SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXVI

VALERIA TORRE

LA "PRIVATIZZAZIONE" DELLE FONTI DI DIRITTO PENALE

Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa

Bononia University Press

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Foggia

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2013 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-869-7

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: ottobre 2013

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
***

La presente monografia è stata sottoposta a procedura di valutazione da parte di una commissione di lettura nominata nell'ambito della Giunta di Dipartimento.

A mio padre e a mia madre

RINGRAZIAMENTI

Trovare le parole per esprimere il senso di profonda gratitudine nei confronti di persone che, per i loro insegnamenti, suggerimenti, incoraggiamenti, hanno avuto un ruolo fondamentale nella realizzazione di questo libro è, per me, un'impresa alquanto difficile.

Spero di poter contare sulla comprensione di quanti mi conoscono, se formulo solo qualche parola di ringraziamento, in modo laconico, ma sincero.

Ringrazio il mio maestro, prof. Luigi Stortoni, che, attraverso il suo esempio, ha rappresentato un punto di riferimento per la mia formazione umana e scientifica. Lo ringrazio per avermi indicato, attraverso un continuo confronto dialettico, aspetti, sfaccettature, sfumature dell'esperienza giuridica che non avrei saputo cogliere. Sperando di non aver male interpretato i suoi insegnamenti.

Ringrazio il prof. Aldemo Manna, per avermi sempre incoraggiata a sviluppare indagini e approfondimenti che hanno contribuito alla mia formazione scientifica e il prof. Elio Belfiore, per i consigli offerti in questi anni di costante dialogo scientifico.

Molti colleghi e amici mi hanno incoraggiata e sostenuta, formulando obiezioni e suggerimenti, tanto che questo libro sarebbe più giusto se fosse presentato come un'opera collettanea. Devo essere, però, particolarmente riconoscente al prof. Marco Mantovani, la cui attenta lettura e supervisione mi ha permesso di correggere e migliorare il lavoro monografico, senza che con ciò lo voglia rendere

responsabile di scelte e di impostazioni, di cui mi assumo la responsabilità per intero.

Per l'acribia con cui ha revisionato il lavoro nella sua fase finale e per alcune puntualizzazioni concettuali, ringrazio il prof. Donato Castronuovo

Un ringraziamento sincero al dott. Giandomenico Salcuni, per la paziente lettura della mia monografia.

Devo ringraziare, inoltre, Maria Sole e Lucrezia, per aver condizionato le sorti di questa monografia, incidendo, in modo particolare, sull'*hic et nunc* della sua versione finale. Scandendo i tempi del mio lavoro, mi hanno "concesso" pause di riflessione, essenziali per far decantare alcuni concetti e migliorane la comprensione. Le ringrazio, in particolare, per aver atteso, con pazienza e rispetto, che finissi di lavorare.

Ringrazio, infine, Michele, per la discutibile, ma assolutamente adeguata co-gestione del *risk management* familiare.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La crisi della legalità. – 2. Il ruolo della dogmatica. – 3. Le trasformazioni del diritto penale. – 4. L'importanza del metodo comparato.

1. *La crisi della legalità*

Le dinamiche economiche e giuridiche mondiali si muovono in spazi globali, spinti da legami transnazionali: spazi e legami non più organizzati politicamente. O, meglio, a fronte di un policentrismo economico e giuridico si registra la totale assenza di un'organizzazione politica che possa paragonarsi al concetto di stato-nazione. Ciò è sintomatico di una crisi del concetto di sovranità nazionale e delle sue forme giuridiche, che ha comportato *in primis* la crisi del concetto di legalità[1]. Un processo di erosione della legalità avviato da fattori esogeni, nell'ambito del fenomeno della globalizzazione, sollecita quindi una rivisitazione dei poteri e delle istituzioni che regolano il concetto di statualità del diritto.

[1] Sul punto M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000. La società globale rappresenta il terreno su cui attori transnazionali, non legittimati democraticamente, sperimentano nuove azioni e nuovi poteri. Il proliferare di nuovi soggetti politici (internazionali e regionali), nonché la frammentazione della razionalità giuridica in "microrazionalità" hanno determinato, infatti, una disseminazione nel sistema politico dei soggetti legittimati ad un'attività normopoietica. Si veda S. RODOTÀ, *Repetorio di fine secolo*, II ed., Roma-Bari, 1999, 35 ss.

L'impossibilità di ordinare il sistema giuridico attraverso schemi noti dello stato di diritto sembra corrispondere alla struttura di una società aperta e pluralista, che pone il soggetto statale allo stesso livello di altri soggetti pubblici e privati nella produzione giuridica (c.d. opacizzazione della sovranità). L'agire sociale non trova più esclusivamente nella legalità la sua fonte di legittimazione, ma si afferma attraverso la stessa prassi come agire giusto ed efficiente.

In questo contesto di inter-legalità si inserisce la riflessione sulle nuove "prassi" di legittimazione e di produzione delle norme giuridiche. Si impone, in tal senso, all'interprete di ricostruire la realtà normativa al di là della norma positiva. La non coincidenza fra testo legale e norma spiega non solo la necessità di concretizzare il diritto attraverso la sua relazione al caso concreto, ma, contemporaneamente, anche l'importanza di assumere una visione sistematica tale da comprendere una serie di principi e di regole poste a livello sovranazionale. Tale prospettiva porta inevitabilmente ad una relativizzazione delle differenze fra sistemi giuridici e, in particolare fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*[2].

---

[2] L'attenuazione delle differenze fra i due sistemi emerge non solo in un contesto di globalizzazione. Attraverso lo studio storico-comparato le affinità fra i sistemi di diritto continentale e di *common law* affiorano riflesse già nelle comuni radici storiche, individuate nel diritto romano. La tradizione di *common law*, in particolare il *case law*, sarebbe l'erede del diritto giurisprudenziale che caratterizza il sistema romano classico, mentre l'*equity* trova le sue origini negli editti dei pretori, che riconoscevano il diritto ad agire *ex aequo et bono*. I diritti continentali troverebbero invece nel *Corpus Iuris* l'idea ispiratrice delle moderne esperienze di codice. Così G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 1958 (trad. it., A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962). La testimonianza storica di una condivisione e circolazione di modelli giuridici fra sistemi di *common law* e di *civil law* è attestata anche dai flussi giuridici che hanno caratterizzato l'esperienza storico-giuridica dello *jus commune,* secondo alcuni già presenti nell'Alto Medioevo: Maur. Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparato*, Roma, 1994; Id., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2000, 28. Lo sviluppo degli ordinamenti corporativisti e della *lex mercatoria*, la rilevanza del diritto giurisprudenziale (si pensi anche all'esperienza dei Grandi Tribunali dell'Italia pre-unitaria) rafforzano l'idea di un'intensa comunicazione fra i sistemi continentali e di *common law*, incoraggiata dalla vivacità e dal dinamismo degli scambi economici, sul punto F. Galgano, *Lex mercatoria*, IV ed., 2001, Bologna *passim*; A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, (voce) *Comparazione Giuridica*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., 48, 1988; M. Graziadei, *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999,

La tendenziale propensione del pensiero giuridico di *civil law* per una costruzione "in forma chiusa" del sistema giuridico, attraverso la distinzione e la definizione di rigide categorie dogmatiche, si scontra con la realtà di un ordinamento giuridico "poroso", incline a "contaminazioni internazionali", che alle volte possono avere un effetto dirompente e deformante dei criteri di imputazione della responsabilità, come testimonia, ad esempio, l'ingresso del principio di precauzione nel nostro sistema penale.

L'esautoramento del potere legislativo avviene, tuttavia, anche ad opera di un fenomeno, endogeno, di "privatizzazione" delle fonti del diritto. Lo schema esplicativo di tipo deduttivo del diritto formale, di matrice liberale, sembra, infatti, arrestarsi innanzi alla complessità e la specificità dei contesti sociali ed economici da regolare, per cui si assiste ad una trasformazione del paradigma regolativo: il diritto sembra, infatti, rinunciare a disciplinare direttamente i comportamenti e tende a risolvere i conflitti attraverso il coinvolgimento di diversi attori sociali attraverso una pratica consensuale di bilanciamento di interessi. Questa logica partecipativa mira, da un lato, a preservare l'identità e la specificità dei sottosistemi sociali regolati, e, dall'altro, a promuovere la "democratizzazione" delle sfere sociali.

Una politica legislativa, coerente con tali nuovi scopi e funzioni del diritto, deve necessariamente aprirsi ad un "poliformismo delle fonti", in cui la normazione pubblica funge da cornice procedurale, che garantisce la conciliazione di istanze e di interessi contrapposti. Il testo di legge deve, pertanto, integrarsi e completarsi con una disciplina particolaristica, quasi sempre autoprodotta o co-prodotta dai soggetti privati.

Il paradigma regolativo ha come scopo, quindi, la creazione di un sistema organizzativo e procedurale, volto ad un controllo indiretto delle sfere sociali, che sono "indotte" ad assumere compiti e funzioni tipicamente pubbliche.

Un'esemplificazione di questo nuovo modello di controllo è la disciplina sulla sicurezza del lavoro, oggetto specifico di questa analisi.

337; Sul punto si veda inoltre: J.M. Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 63 ss.

Come potremo vedere, il modello di *common law* costituisce il prototipo di questa nuova filosofia regolativa, "imitata" dal legislatore europeo e, di conseguenza, da quello italiano. Tuttavia, l'attuazione nei singoli contesti nazionali mostra peculiarità e difformità che possono determinare alcune significative variazioni, in grado di inficiare gli obiettivi e le funzioni che il diritto tende ad assumere nel nuovo assetto sociale.

2. *Il ruolo della dogmatica*

In questo contesto, il diritto giurisprudenziale e il metodo casistico rappresentano un indubbio strumento di sistematizzazione e di organizzazione del discorso giuridico, frammentato secondo realtà così diverse.

L'interesse per i sistemi di *common law* si spiega proprio in questa ottica metodologica: il ritrovamento empirico, induttivo della massima di decisione a partire dai fatti, (*ex facto jus oritur, Rechtsfindung*) costituisce, infatti, l'efficace realizzazione di un sistema giuridico, che si sviluppa secondo logiche reticolari, non più soltanto gerarchicamente ordinate, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale dei paesi anglo-americani sulla responsabilità degli enti.

Così la tradizionale avversione del giurista di *common law* per teorie generalizzanti, sorde agli insegnamenti che provengono da una esperienza futura, mutevole ed imprevedibile, sembra aver "contaminato" anche il formante dottrinale continentale, in cui l'analisi del *legal process* rappresenta uno spunto di riflessione fondamentale della scienza giuridica per individuare un sistema di regole idoneo a fornire la struttura decisionale del caso concreto.

La stessa scienza giuridica dei sistemi continentali, cosciente di tale mutamento "epocale", sembra abbandonare il mito del positivismo legale, in base al quale si riconosceva un rapporto di convergenza assoluta ed univoca fra norma e legge nazionale, per accogliere un metodo di analisi sensibile ai mutamenti e le tensioni generate da un sistema sociale "instabile"[3].

[3] M.R. Ferrarese, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *Quaderni Fiorentini*, 2002, 11 ss. evidenzia la differenza fra *common law* e *ci-*

Sintomatico di tale mutamento prospettico nella scienza giuridica è il superamento della contrapposizione fra pensiero sistematico, proprio della dogmatica (*law in the books*), e pensiero problematico (*law in action*), che caratterizza l'esperienza del c.d. diritto vivente secondo la logica argomentativa propria dell'ermeneutica.

Questa trasformazione spiega, in primo luogo, la crisi della dogmatica, intesa quale ricostruzione del diritto positivo in un'unità razionale, mediante operazioni di astrazione generalizzante degli elementi fondamentali del discorso giuridico. In questa visione l'aspirazione del pensiero dogmatico era quello di ordinare il diritto in un sistema di concetti assiologicamente neutri, mentre l'ordinamento giuridico veniva assunto come "sistema autoriproduttivo", mediante operazioni logico-deduttive. La dogmatica garantiva, quindi, la chiusura del sistema giuridico, erigendo un muro concettuale contro le infiltrazioni di punti di vista extragiuridici o extraordinamentali.

La crisi del positivismo giuridico e legislativo ha indotto, invece, la scienza del diritto a ricercare strumenti esplicativi della realtà giuridica sensibili alle scelte di valore, sottostanti al dato normativo.

In questo contesto la dogmatica assume un nuovo ruolo, di riduzione della molteplicità della materia giuridica a forme unitarie. L'apparato dogmatico risponde, quindi, ad un'esigenza di garanzia della certezza del diritto, che in una società complessa e dinamica rischia di soccombere sotto la spinta del pensiero problematico, piegandosi alla tirannia dell'immediato, sollecitato continuamente dalle mutevoli considerazioni di ordine politico. La dogmatica si proietta, quindi, in una dimensione normativo-pratica, ovvero si orienta all'analisi del diritto vivente[4], consapevole della necessità di un'opera di continua correzione, rimeditazione e ampliamento delle conclusioni raggiunte (c.d. ermeneutica del sospetto[5]).

---

vil law riprendendo la distinzione operata da Schmitt fra diritto di terra e diritto di mare.

[4] Sul ruolo *debole* della dogmatica si vedano le riflessioni di G. Fiandaca, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democraziona penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 44.

[5] Cfr. U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997.

Fra dogmatica ed ermeneutica si deve, quindi, instaurare un rapporto circolare in base al quale l'argomentazione ermeneutica, legata al problema posto dal caso concreto, trova nella sua rielaborazione teorica uno strumento di verifica e di controllo di ordine sistematico, che frena la mobilità del pensiero problematico, procurando un quadro stabile per le elaborazione delle informazioni provenienti dall'ambiente sociale ed economico. La funzione di controllo della dogmatica consiste, pertanto, nell'assicurare una recezione controllata delle valutazioni del caso concreto.

Questa metodologia costituisce la chiave di lettura del fenomeno giuridico che progressivamente ha portato alla costruzione di un sistema giuridico europeo ed internazionale. Solo, infatti, un approccio argomentativo fondato sul metodo casistico può spiegare l'esperienza giuridica europea, caratterizzata dall'intersecarsi di ordinamenti giuridici diversi, secondo una logica reticolare, ove si confrontano differenti *law-makers*.

3. *Le trasformazioni del diritto penale*

L'indagine, pur limitata ad un settore specifico, quello del diritto penale del lavoro, mira a tratteggiare un quadro dei mutamenti e delle condizioni che contribuiscono a delineare un nuovo volto dell'intero sistema penale, in grado di spiegare anche alcune peculiarità dell'ordinamento italiano e, in particolare, della legislazione complementare.

La trasformazione nell'ambito del diritto penale "tecnico" non è semplicemente imputabile ad una contaminazione di matrice anglosassone, che ha alterato la purezza del modello teorico continentale[6], ma è espressione della complessità sociale che plasma anche i modelli giuridici[7].

---

[6] Ribadisce la netta contrapposizione fra *civil law* e *common law* J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 52 s. e, criticamente, 62ss.

[7] Sul punto G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249 s., il quale evidenzia come: «Il legislatore, al pari del giurista in genere, dovrebbe assorbire nel proprio metodo la consapevolezza di come le istituzioni (e le norme) inglobino altresì le regole *non scritte* che

I caratteri che il nuovo modello regolativo rivela, anche a livello sistematico, sono molteplici, tuttavia l'aspetto che sembra corroborare l'ipotesi di ricerca, delineata nel primo capitolo, riguarda le complesse valutazioni sottese al diritto penale complementare, che affiorano in particolare nei giudizi di bilanciamento e nel contenuto del fatto tipico.

Nella scomposizione analitica del reato, normalmente operata nelle costruzioni teoriche continentali, le valutazioni in termini di bilanciamento di interessi costituiscono il fondamento delle cause di giustificazione e trovano pertanto collocazione sistematica nell'ambito dell'antigiuridicità. Analizzando la struttura del diritto penale complementare, anche nell'ordinamento italiano, è possibile constatare come il bilanciamento di interessi è, invece, anticipato a livello di tipicità. Così nel definire i limiti del rischio consentito è necessario includere valutazioni contrapposte di interessi diversi nella stessa tipicità[8].

L'anomalia apparente non solo risulta coerente con gli scopi di tutela della legislazione penale del rischio e con le linee politico-criminali in cui si inscrive, ma sembra confermare la tendenza di progressiva erosione degli aspetti formali del diritto, che nel primo capitolo viene definita di *rematerialization of formal law* (*infra* cap. I, par. 2).

Mancando a priori un interesse giuridicamente prevalente, o meglio in presenza di una coesistenza di una pluralità di interessi

---

orientano di fatto le scelte degli attori sociali e si formano sulla base delle loro aspettative».

[8] La riflessione sull'inversione sistematica fra giudizi di tipicità e giudizi di illiceità o antigiuridicità si è sviluppata a partire dall'esperienza giurisprudenziale e dottrinale sul consenso informato nell'ambito della responsabilità medica e dell'attività sportiva. Sul punto si veda: F. Bricola, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Univ. Pavia*, 1960-61, 89. A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nell'illecito penale*, Napoli, 2000, 494; S. Fiore, *Cause di giustificazione e reati colposi*, Padova, 1996, 41; C.F. Grosso, *Consenso dell'avente diritto* (voce), in *Enc. Giur. Trec.*, VIII, Roma 1988; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura sistematica*, Milano, 2001, 174; R. Riz, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 243 ss; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, I, 3ª ed., 2004, 496; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Milano, 2003, 131.

e di una frammentazione delle istanze politiche, non è possibile costruire la fattispecie oggettiva, attraverso uno schema formale in cui prevale un interesse univoco ed omogeneo, ma nell'ambito della tipicità deve trovare spazio un giudizio complesso di bilanciamento fra vari interessi contrapposti. In questo modo i limiti esterni alla norma penale, ovvero i limiti scriminanti, tradizionalmente individuati negli interessi diversi da quelli direttamente tutelati tramite la norma incriminatrice, vengono inclusi nella definizione della tipicità, così trasformandosi in limiti interni, esegetici[9].

Questa contrazione degli elementi del reato nella sola definizione della tipicità trova ulteriore conferma, se si analizza il contenuto delle fattispecie contravvenzionali che caratterizzano il diritto penale della sicurezza del lavoro.

La difficile demarcazione fra tipicità ed antigiuridicità è dovuta, in primo luogo, alla costruzione dell'illecito secondo il modello dei reati di mera trasgressione. Ovvero il fatto tipico non è più identificabile in un fatto materiale, indizio di antigiuridicità, bensì si evince dal solo contrasto del fatto con il diritto. L'antigiuridicità diventa di

---

[9] Per questa distinzione fra limiti interni, o esegetici, e limiti esterni, o scriminanti, in funzione degli interessi toccati dalla definizione normativa si veda: P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947. Il rischio consentito anticiperebbe, infatti il contenuto dell'antigiuridicità già nel fatto tipico si veda: S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 123; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 318; Id., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 212; Id., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 338, 361; C. Perini, *Il concetto di rischio*, cit., 13 ss. La contrazione degli elementi del reato nella sola tipicità si regista, in particolare, nell'ambito delle fattispecie basate sul momento autorizzativo. Sul ruolo delle autorizzazioni e la loro funzione nella struttura del reato si veda: N. Mazzacuva, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 774, 784; M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, *passim*. Sulla distinzione fra tipicità ed antigiuridicità G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1191 ss.; sulla collocazione sistematica del rischio consentito nell'evoluzione storica dell'istituto Id., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 208. A livello manualistico: C. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 117. Sull'affermazione della categoria dell'antigiuridicità si veda: S. Moccia, *Sui principi di riferimento per un sistema penale tecnologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006; T. Padovani, *Alle origini di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 532.

conseguenza segno di tipicità, la quale risulta fortemente normativizzata[10].

Questa complessa definizione del fatto tipico sembra determinare una perdita di identità del diritto penale[11], che nella definizione delle fattispecie astratte smarrisce la propria autonomia contenutistica, rischiando di appiattirsi su un giudizio di sola antigiuridicità, per cui le condotte realizzate nell'ambito di attività lecite risultano

---

[10] Si veda sul punto M. Donini, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 13, 39 e in particolare 63: «Nella misura in cui, qui, il "fatto" è offensivo secondo criteri di artificiale creazione politica, potrà giustificarsi l'opportunità dell'incriminazione per il perseguimento di scopi meritevoli, ma giammai si riuscirà a conoscere il disvalore prescindendo dalla tutela giuridica che dà volto e consistenza sociale agli interessi assunti a primario rango di protezione da parte dell'ordinamento: nessun "indizio" dell'antigiuridicità, pertanto potrebbe derivare dalla percezione naturalistica di un agire ordinario che sconosca gli obblighi che gli incombono in forza di normazioni settoriali e di precaria "allocazione"». Così la descrizione del fatto coincide con la valutazione di antigiuridicità, per cui solo conoscendo quest'ultima è possibile affermare una responsabilità di tipo "doloso". Id., *Teoria del reato*, cit., 232: «[…] la tecnica del rinvio trasforma i rapporti tra fatto ed antigiuridicità: non si individuano a monte aree e settori di rischio penale capaci di orientare il destinatario del "nucleo" significativo del precetto nella individuazione delle normative periferiche che, completando la disciplina della tipicità, svolgono un mero ruolo di concretizzazione (situazione tipica per gli elementi normativi del fatto)».

[11] Come ultima considerazione sulle costanti legislative del diritto penale complementare, si deve sottolineare un ulteriore aspetto problematico ravvisabile nella scomposizione analitica del reato secondo la logica e le categorie del diritto penale "classico". Quale conseguenza di questa "confusione" fra antigiuridicità e tipicità, quale effetto della normativizzazione del fatto tipico, muta la struttura dell'illecito, per cui si registra un'interscambiabilità fra fare ed omettere. Ciò perché, se il fulcro dell'incriminazione non è più un fatto, bensì la trasgressione di un obbligo, la rilevanza di una simile distinzione perde di valore. Se solo la violazione di un obbligo definisce l'illiceità, risulterà completamente indifferente la natura omissiva o commissiva della condotta. In questo senso: C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220, 1241; Id., *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466, 483; K. Volk, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatiche Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in *Fest. für Tröndle*, Berlin, 1989, 219. Rispetto ai *Pflichtdelikte* rileva l'irrilevanza di tale distinzione F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 90 ss. Sulla conversione fra fattispecie colpose e fattispecie omissive si veda: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 167 (ove qualifica i reati colposi come *Pflichtdelikte*) e 264.

penalmente rilevanti, solo se contrastano con gli *standards* legali altrove definiti[12].

La critica più volte avanzata verso questo nuovo volto del diritto penale è che l'evanescenza del bene giuridico, l'assenza di una valutazione in termini di offensività, il prevalere di giudizi di rischio, il dissolvimento delle modalità di aggressione penalmente rilevanti, oscurano le ragioni sostanziali della legittimità dell'intervento penale, che viene ad uniformarsi su una giustificazione di mera legalità, per cui si punisce non chi produce danni, ma chi produce danni senza la prescritta "autorizzazione"[13].

In relazione ad una tutela preventiva, basata su illeciti cautelari, la stessa tipicità si fonda, alle volte, su valutazioni nomologiche-scientifiche di "prevedibilità" e di "evitabilità", per cui l'illecito contravvenzionale coincide con la regola cautelare positivizzata. La connotazione in termini di "evitabilità" del fatto tipico non si chiude in una formula statica, ma è frutto di un bilanciamento di interessi e anche di valutazioni di esigibilità e di proporzionalità.

L'intervento penale nell'ambito della disciplina complementare[14] non si traduce semplicemente in una "degenerazione" del diritto

---

[12] Sul punto M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 72.

[13] Sul punto M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 155: «[…] la norma finisce per tutelare non già un interesse – cioè un "bene giuridico" –, ma le modalità legalmente prescritte per la soluzione del conflitto fra i vari interessi in gioco». In questo senso anche T. Padovani, *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 330. In senso critico W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione fra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005. Nell'ambito del diritto ambientale è diffuso questo modello legislativo. Rispetto alla tutela dell'ambiente si veda: M. Catenacci, *«Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge «Merli» sull'inquinamento delle acque*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1219, in particolare 1240. Sul diritto penale sanzionatorio F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Riflessioni sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 14 ss., l'A. afferma che la norma penale, in questo caso, sanziona la violazione delle prescrizioni normative dettate per l'amministrazione autoritaria del bene.

[14] Nello schema dell'illecito contravvenzionale, che caratterizza l'intervento penale complementare, vi sono, infine, gli illeciti fondati su momenti autorizzativi, che possono configurarsi come illeciti di mera disobbedienza, ma in realtà possono essere finalizzati specificatamente ad una tutela preventiva, ove l'autorizzazione o il procedimento ingiunzionale svolgano un ruolo fondamentale di controllo di compatibilità agli *standards* di sicurezza. Sul punto si veda M. Catenacci, *La tutela*

penale verso un modello iper-preventivo, ma può rafforzare un diritto penale dell'offesa, fornendo una tutela "legalmente" flessibile dei beni giuridici.

Tuttavia le metamorfosi del diritto penale nella c.d. società del rischio, in particolare la trasformazione e la commistione fra tipicità ed antigiuridicità nella struttura del reato, sono sintomatiche di un profondo cambiamento dello stato di diritto e delle regole che disciplinano la divisione di poteri: la sintomatologia manifestatasi sul terreno del fatto tipico in realtà evidenzia un'erosione del principio di legalità, innescato da fenomeni endogeni dell'intero assetto di valori e di relazioni sociali e giuridiche, che preconizza un processo di de-legificazione, non necessariamente connesso con un processo di *deregulation*.

Questo è forse l'aspetto di maggior rilievo in riferimento agli elementi evolutivi che emergono nel sistema delle fonti: la possibilità di procedere, attraverso un "decentramento" normativo, ad una valorizzazione delle differenze fra i diversi contesti sociali ed economici regolati, anziché appiattire la risposta giuridica su un generico sistema di norme, poco aderente alle esigenze del caso concreto, permette di sperimentare nuove forme di partecipazione democratica, attraverso il coinvolgimento di diversi attori dell'assetto sociale.

Le chiavi di lettura di questo fenomeno, come è evidente, possono essere molteplici e differenti anche i contesti in cui emerge tale nuova prospettiva regolativa. La scelta di focalizzare l'attenzione sulla disciplina della sicurezza del lavoro, correlata alla responsabilità degli enti, parte dalla constatazione della limitata capacità del legislatore, in questi contesti, di individuare un corpo cautelare efficace e coerente all'esigenze preventive specifiche, per cui è necessario l'ausilio di un co-legislatore privato, per regolare la complessità dell'attività produttiva.

Il ricorso a norme di diligenza "elastiche", "indeterminate", "aperte" integrate prevalentemente da un apparato di regole cau-

---

dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penale a struttura "sanzionatoria", Padova, 1996, *passim*; M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, *passim*.

telari "improprie"[15] sembra coordinarsi con processi di autonormazione, in grado di esprimere un quadro comportamentale esigibile in un contesto epistemologico incerto. Il modello cautelare flessibile viene, quindi, individuato tramite regole cautelari autonormate[16], secondo procedure legali di "valutazione e gestione" del rischio.

Il diffondersi a partire dalla sicurezza del lavoro di questo modello preventivo-cautelare, basato su forme di integrazione fra norme di diligenza e regole cautelari di fonte privatistica, ben radicato negli ordinamenti di *common law*, segna una vera e propria rivoluzione copernicana, che trova, invece, non poche resistenze nei sistemi continentali, tradizionalmente più inclini a processi normopoietici pubblici e centralizzati.

Il modello cautelare co-gestionale costituisce un intricato sistema di integrazione fra norme che vede il contenuto del dovere di diligenza e della regola cautelare frantumarsi fra diversi e molteplici livelli di normatività, senza perdere, tuttavia, l'unitarietà degli scopi preventivi posti a livello legislativo.

Questa complessa trama normativa delinea in primo luogo un "processo" preventivo di tipo modulare, capace di plasmarsi rispetto a rischi specifici dell'attività in concreto svolta. Il risultato è costituito da un modello strutturato secondo un tipo di normativa, ove il dovere di diligenza risulta già nettamente distinto dalla regola cautelare perché posto ad un livello ordinamentale superiore e generale rispetto a quello della regola cautelare, che è posta ad un livello subordinato nella gerarchia delle fonti del diritto e specifico rispetto all'ampiezza del dovere di diligenza. Questa differenza, nell'ambito dei sistemi di *common law,* è ben definita anche nell'ambito delle competenze processuali, fra giudice e giuria. L'esistenza di un *duty of care* è una questione di diritto di competenza del giudice, mentre

---

[15] G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e sua trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3, 22; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 484; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., *passim.*

[16] T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen, ec.*, 1996, 1159, 1165; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, *passim*; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 144.

l'estensione del dovere precauzionale e il suo contenuto risulta essere una questione di fatto, su cui decide la giuria.

In questa ottica si giustifica la scelta di una comparazione con i sistemi di *common law,* che, oltre a rappresentare una testimonianza ormai "secolare" della responsabilità degli enti nell'ambito della sicurezza del lavoro, offrono una chiave di lettura affascinante dei sistemi *policentrici*. Tradizionalmente la logica degli ordinamenti anglo-americani non si sviluppa a raggiera dal fulcro codicistico, ma segue un percorso di costante mutamento e consolidamento del diritto vivente, che asseconda gli sviluppi socio-economici della struttura o del sistema sociale. Non vive, in particolare il sistema britannico, il trauma della decodificazione e della frantumazione del sistema, perché nasce già frammentato, ciononostante attraverso un equilibrio di fattori e di poteri tende a stabilizzare i rapporti giuridici nel quadro di un sistema normativo consolidato[17]. Il modello reticolare e concorrente dell'ordinamento di *common law* sarà, quindi, oggetto di specifica trattazione.

4. *L'importanza del metodo comparato*

La disciplina della tutela della sicurezza del lavoro è frutto di un fenomeno di globalizzazione giuridica, ove i singoli ordinamenti nazionali, nell'ambito del contesto europeo, ripropongono prevalentemente il contenuto di obblighi assunti a livello comunitario[18].

---

[17] Sul punto si veda P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V, 2002, 152, 162: «Accanto [n.d.r. ai sistemi di *civil law*], pianeta distaccato con una sua storia appartata, il mondo di *common law*, che ha per proiezione la grande area geografica dell'Inghilterra e delle sue colonie, che non ha vissuto sulla sua pelle la vicenda sconvolgente e innovativa della rivoluzione [n.d.r. francese], che vive ancora una perfetta continuità con i vecchi valori giuridici del medioevo inglese, che avverte come innaturale la statualità del diritto e la sua identificazione in un complesso di leggi, che ignora la grande avventura della codificazione, che affida – al contrario – il divenire del diritto dei tecnici competenti, ai giuristi, e tra questi soprattutto ai giudici che il sano empirismo anglosassone valorizza perché immersi nell'esperienza».

[18] D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000 (aggiornamento), 389 e in generale B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute,*

La strategia politico-criminale si muove secondo scelte che trascendono, quindi, le singole realtà nazionali, per realizzare obiettivi di tutela e di disciplina congiunti nello spazio europeo[19]. Questo fenomeno trova la sua spiegazione in un processo di armonizzazione e di ravvicinamento fra i singoli ordinamenti nazionali, che ha come scopo, principalmente, la creazione di un mercato unico, il cui presupposto è l'annullamento delle disparità di condizioni fra gli operatori economici, che possono falsare le logiche "egalitarie" di mercato e il libero gioco della concorrenza. Questa "sollecitazione comunitaria" costituisce – come già evidenziato – un fattore erosivo della sovranità nazionale e delimitativo del potere legislativo[20].

Accanto alle ragioni politico-criminali "transnazionali", si assiste ad una "de-glocalizzazione"[21] della norma giuridica, che, attraverso un flusso di modelli giuridici, viene *transplanted* in realtà geograficamente, economicamente e socialmente diverse, mostrando una natura camaleontica. In questo contesto un ruolo fondamentale è giocato dalle discipline di settore e dalla normativa che la *corporation* (in particolare i modelli organizzativi delle multinazionali) definisce per gestire i diversi fattori organizzativi e produttivi.

In un sistema legale caratterizzato da fenomeni di globalizzazione, in cui i confini teorici che demarcano la tradizionale contrap-

---

sicurezza, Torino, 1997, 1; A. Culotta, M. Di Lecce, G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1998, V ed., 18; L. Montuschi, (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, cit., 37; Id., *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 59; Id., *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in M. Biagi, (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive comunitarie*, Rimini, 1991, 11; G. Natullo, *La "massima sicurezza tecnologica"*, in *DPL*, 1997, 815; A. Ongus, *Enforcing Regulation: do we need the criminal law?*, in *New Perspective on Economic Crime*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 44 ss.

[19] J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 54.

[20] Sul punto si veda S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 66 ss.

[21] Termine coniato da U. Beck, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung,* Frankfurt am Main, 1997 (trad. it. Cafagna, Sandrelli, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999), per indicare un aspetto del più complesso fenomeno di globalizzazione, in cui abitudini e tradizioni localistiche si radicano in contesti geografici e sociali totalmente diversi da quelli d'orgine, sviluppando attraverso integrazioni e contaminazioni nuovi stili di vita.

posizione fra sistemi di *common law* e *civil law* tendono a sfumare, confondendosi in uno scenario ampio e diversificato di esperienze giuridiche, diviene imprescindibile un approccio di tipo comparato.

La necessità di ricostruire le trame legali dei rapporti economici e sociali nell'ambito di un fenomeno transnazionale sollecita un'apertura dei singoli sistemi giuridici nazionali. La convergenza geografica, politica ed economica di una pluralità di ordinamenti ha creato un fenomeno simbiotico, uno scambio comunicativo fra ordinamenti diversi: contaminazioni, circolazioni ed esportazione di modelli giuridici sembrano inficiare, pertanto, la validità e la forza argomentativa della classificazione *civil law-common law*, i cui caratteri si dissolvono nell'orizzonte unitario della *Western Legal Tradition*[22].

L'approfondimento comparato ha, pertanto, come scopo principale quello di agevolare la circolazione dei modelli giuridici, forzando la chiusura dei sistemi e dei saperi giuridici nazionali. La comparazione fornisce, infatti, gli strumenti per de-strutturare e de-nazionalizzare il sapere giuridico, in modo da rendere i diversi "formanti" giuridici (giurisprudenziale, dottrinale e legislativo) entità com-

[22] Un approccio critico-comparato invita a riflettere se un'ostinata "affezione" a simili distinzioni giuridiche non sia frutto di un atteggiamento "parrocchiale" delle scienze giuridiche nazionali, chiuse in un rassicurante provincialismo giuridico e restie a confrontarsi con un nuovo modello di legalità. In questo caso le scienze giuridiche, incrementando un'anti-storica prospettiva localistica di isolazionismo, opporrebbero resistenza allo sviluppo delle reti di comunicazione, dei rapporti di mercato, dello sviluppo tecnologico. Attraverso una prospettiva comparata di tipo sincronico è possibile trovare conferma dell'ipotesi di un'omogeneità strutturale fra i due sistemi, *civil law* e *common law*, tradizionalmente contrapposti. Le scienze comparate hanno sviluppato, infatti, una nuova tassonomia dei sistemi di diritto continentale e di *common law.* Sulla base del ruolo egemonico che il diritto, la politica, la tradizione esercitano nei sistemi di controllo sociale, le grandi "famiglie giuridiche" sono divise secondo una classificazione tripartita. Il diritto assume un peso preponderante nei sistemi di *common law* e di *civil law*, caratterizzando entrambi i modelli per essere espressione del *rule of professional law*. La *Western Legal Tradition* è un sistema secolarizzato ed autonomo dal sistema politico (c.d. giuridicizzazione del criterio politico o sussunzione del momento politico in quello giuridico). Si contrappone a tale modello, la "famiglia giuridica" in cui gioca un ruolo egemonico la politica (*rule of political law*), come in alcuni Paesi ex socialisti, e quella in cui prevale l'elemento religioso-etico della tradizione (*rule of traditional law*), ad esempio i sistemi giuridici islamici e asiatici, sul punto: U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997.

parabili e sussumibili nell'ambito di categorie e principi generali ed astratti, in qualche modo "universalizzabili"[23].

Lo scopo di questa ricerca è, quindi, volto alla individuazione di un "*common core*", una *koinè* giuridica transnazionale come struttura-ambiente in cui si muovono e si inter-connettono i diversi subsistemi nazionali, per evitare trapianti artificiosi, calati dall'alto, che hanno poca speranza di attecchire.

L'importanza di tale approccio emerge rispetto al sistema giuridico europeo, in cui il rapporto dialettico fra enti statali, regionali e sopranazionali sembra privo dei caratteri della coerenza e della unitarietà, per cui è difficile individuare una connessione di norme e di principi inseriti in una serie concatenata di relazioni di tipo deduttivo, sviluppatesi secondo una logica lineare.

Non desta meraviglia, pertanto, che tale esigenza di armonizzazione sia stata assecondata maggiormente in settori di disciplina complementare, ove il rapporto fra diritto e tecnica è così performante da plasmare anche le scelte di valore, guidate prevalentemente da razionalità tecnica-scientifica, che condiziona gli spazi di discrezionalità legislativa. Proprio nell'ambito della disciplina della c.d. società del rischio, la sicurezza del lavoro o il diritto ambientale costituiscono un punto privilegiato di osservazione di un diritto penale "tecnico", che riesce a superare i conflitti di valore ed ideologici di un'Europa ancora frammentata politicamente, esprimendo una comune matrice europea, un'omogeneità fra le discipline degli stati membri, che mira a adottare un modello di tutela preventivo di fronte alle necessità del rischio tecnologico.

---

[23] G. Gorla, (voce) *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, 1964, 928; G.P. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *Am. J. Comp. L.*, 1998, 683. La tensione verso forme e categorie di pensiero universali non deve, tuttavia, tradursi in una colonizzazione culturale ed autoritaria, in scontro fra saperi particolari (come l'idea, elaborata fra la fine del XIX e la metà del XX sec. di presentare il "diritto ariano", come sistema giuridico superiore). In questo caso si giungerebbe all'affermazione di un diritto monodimensionale, che nega le differenze, mentre la comparazione dovrebbe tendere verso la definizione di uno spazio aperto ad un pluralismo giuridico, arricchito delle esperienza e dei saperi giuridici di differenti realtà storiche, sul punto: P.G. Monateri, *"Cunning Passages". Comparazione e ideologia nei rapporti fra diritto e linguaggio*, in *Riv. Crit. Dir. Prov.*, 1999, 353.

Le direttive europee, invero, nel prescrivere come finalità ultima l'azzeramento o la riduzione del rischio in materia di sicurezza del lavoro[24], mirano ad un elevato livello di tutela fondato sul principio precauzionale e dell'azione preventiva e non si traducono, pertanto, in una semplice rinuncia ad una tutela effettiva della salute, realizzabile solo con l'eliminazione del rischio, ma punta ad una "anticipazione teleologica"[25] della tutela penale.

Se questo per alcuni aspetti costituisce il fulcro assiologico della legislazione penale del rischio ormai assimilato e diffuso a livello internazionale, regionale e nazionale, la tecnica e la prassi legislativa sembrerebbero, invece, mutuate dal sistema anglosassone. In questa analisi il modello anglo-americano per molti aspetti costituisce il prototipo della legislazione penale del lavoro, ove particolarmente interessante appaiono le cornici normative di gestione del rischio, informate secondo principi di riduzione del rischio e di massima sicurezza praticabile/possibile (vedi *infra* paragrafo 2, cap. II, su diritto penale del rischio di "seconda generazione" e cap. IV). Pertanto la comparazione con tali ordinamenti diventa essenziale anche per la migliore comprensione del diritto interno.

A giustificare la comparazione con i paesi di *common law* è anche la loro ormai secolare esperienza giuridica, maturata in tema di responsabilità degli enti, che assume, inevitabilmente, un ruolo fondamentale nella costruzione di un diritto penale dell'attività d'impresa, che voglia effettivamente incidere sui reali contesti criminali e criminogeni. La riflessione, pertanto, si concentrerà sulle nuove ipo-

---

[24] Nello spazio giuridico europeo, prevalentemente la normativa precauzionale sembra convergere su uno scopo di riduzione del rischio laddove, però non sia tecnicamente possibile l'eliminazione del rischio. Si fa largo un nuovo concetto di esigibilità tecnica, influenzata da numerosi parametri di valutazione, non riducibili esclusivamente all'analisi costi benefici. Sul punto G. Marinucci, *Non c'è solo senza colpa,* cit., 24.

[25] Sul punto: T. Padovani, *Il nuovo volto*, cit., 1165; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 388, il quale parla di "rivoluzione copernicana" attuata dalle direttive comunitarie, le quali impongono: «a) l'espressa affermazione del principio dell'analisi preventiva e della valutazione dei rischi; b) il rafforzamento degli obblighi di informazione e di formazione del personale; c) l'allargamento del sistema dei soggetti». Sul punto, recentemente, P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 144.

tesi di omicidio dell'ente, introdotte in Inghilterra e in Italia, e con la disciplina di fonte giurisprudenziale del sistema americano.

L'analisi comparata ha evidenziato una pluralità e una diversificazione di interventi sanzionatori, contemplati nell'ambito dei sistemi di *common law,* che sembra suggerire la necessità di procedere ad un'opera di razionalizzazione dell'intervento penale, attraverso la depenalizzazione di illeciti contravvenzionali, secondo i principi di *extra ratio* e offensività. L'analisi comparata con i sistemi di *common law* evidenzia una differenza peculiare fra i sistemi europei e il sistema nord-americano, ove, nell'ambito della sicurezza del lavoro, vi è una maggiore propensione verso un approccio di tipo econometrico, che consente una ponderazione delle aspettative comportamentali, giuridicamente definite, attraverso lo schema di fattibilità, basata su un'analisi costi-benefici. La praticabilità di un tale approccio merita una riflessione non solo secondo una prospettiva assiologica, ancorata a principi e valori costituzionali, che precluderebbe, *a priori,* un bilanciamento che consenta di sacrificare diritti fondamentali a favore di interessi economici, ma anche in base all'efficienza del sistema costruito su parametri economico.

Capitolo I

IL MUTAMENTO DEL SISTEMA DELLE FONTI E L'EMERGERE DI FONTI PRIVATE IN RELAZIONE A NUOVE STRATEGIE DI CONTROLLO DELLE ATTIVITÀ RISCHIOSE

Sommario: 1. Dalla crisi del diritto (statale) a nuove prospettive evolutive del sistema giuridico. – 1.1. La critica alla *overcriminalization*. – 2. L'affermazione della *reflexive law* come possibile soluzione all'espansione incontrollata dell'ordinamento giuridico. – 3. Il trilemma regolativo di Teubner e l'autonomia dei sottosistemi sociali. – 3.1. La *reflexive law* quale espressione di democraticità. – 4. Autodisciplina e diritto penale. – 5. Il ruolo delle regole procedurali: norme di competenza

1. *Dalla crisi del diritto (statale) a nuove prospettive evolutive del sistema giuridico*

Il diritto penale è interessato da un processo di incessante espansione, che ha destato una condivisibile preoccupazione nell'ambito della scienza penalistica per gli effetti distorsivi che si riflettono sia sul piano sistematico che su quello assiologico[1]. Diversi e molteplici

[1] S. Mir Puig, *Evoluzione politica e involuzione del diritto penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Napoli, 2011, 117, 124; E. Musco, *L'illusione penalista*, Milano, 2004, 60 ss.; C.E. Paliero, "Minima non curat paetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 23, ss. e *passim;* F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Riflessioni sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*; J.M. Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale*, cit., 33 ss., 49 ss., *passim*; L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71.

sono i fattori che influenzano questo processo evolutivo ed espansivo, che coinvolge complessivamente l'intera esperienza giuridica; tuttavia è innegabile che i due fondamentali elementi propulsivi sono l'economia e lo sviluppo tecnologico[2]. Appare sempre più evidente, infatti, come il sistema giuridico sia informato da una prospettiva meramente funzionale agli interessi *contingentemente* dominanti, legati alle esigenze di un'economia globalizzata, dinamizzata da un incontenibile progresso tecnologico. La dimensione transnazionale dell'economia e l'incalzante evoluzione tecnologica[3] (nonché l'inte-

---

[2] M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; Id., *Globalizzazione giuridica*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011, 547; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; B. Romano, *Globalizzazione e spazio del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 203 ss. Nella letteratura di *common law*: J. Braithwaite, *Enforced Self-regulation: a new strategy for corporate crime control*, in *Michigan Law Review*, 1982, 1466, 1474; C. Wells, D. Morgan, O. Quick, *Disasters: A Challenge for the Law*, in *Washburn L. J.*, 1999-2000, 496, 505.

[3] Si vedrà nel corso dell'analisi che diverse sono le posizione sul rapporto fra diritto, economia e tecnica, e sui rischi globali legati al mondo produttivo. La necessità di un intervento legislativo finalizzato ad un controllo sociale degli usi delle tecnologie, condizione di sopravvivenza dello stesso sistema, era già evidenziato da: M. Bessone, *Controllo sociale dell'impresa ed ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, 130, l'A. descrive un mutamento epocale nello sviluppo del capitalismo, per cui: «ogni capitalismo maturo si caratterizza infatti per modalità di impiego delle innovazione tecniche che altro non costituiscono se non un momento di contraddizione tra le strategie di profitto del sistema dell'industria e le esigenze di benessere sociale espresse dalla collettività. Per la natura stessa del processo produttivo, il sistema dell'industria non può che scegliere l'alternativa tecnologica più coerente alla logica del massimo profitto, anche a rischio di privilegiare forme di impiego della tecnica che incrementano le diseconomie esterne, così da aumentare il costo sociale dell'impresa. L'uso del "sapere" applicato alla tecnologia finisce così per svolgere il ruolo di un fattore di dominazione che sviluppa dal suo interno confliggenti istanze di controllo dei modi di gestione delle imprese, che rendono ormai urgente l'elaborazione di una disciplina giuridica davvero razionale». Più di recente, alla luce di un mutato contesto economico e internazionale, F. Galgano, *Globalizzazione e conglomerazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 73, 74 osserva come: «Alla base della politica delle privatizzazioni c'è anche, e forse c'è soprattutto, un più generale mutamento delle condizioni e degli spazi entro i quali si svolge la competizione economica, che non sono più, nell'odierna economia transazionale, le condizioni di una competizione suscettibile di decisivi correttivi politici, né sono più gli spazi di una competizione a carattere prevalentemente nazionale. Il rapporto fra Stato e mercato si è invertito: è il mercato, o meglio sono le società transazionali di *rating*, la fonte che giudica i titoli del debito pubblico emessi dagli Stati e che condiziona la politica finanziaria di questi ultimi». I riflessi sul piano del diritto penale, di tale mutamento epocale dei rapporti fra Stato ed economia sono ben in-

razione fra questi due aspetti dell'assetto sociale) hanno, inoltre, determinato una situazione di perenne emergenza, che svela i limiti del potere legislativo. Il ritmo incessante dei mutamenti tecnologici e il repentino trasformarsi delle logiche economiche sembrano, infatti, inficiare la possibilità di governare o assecondare tali cambiamenti attraverso una logica di *command and control*, strategia legislativa che fa leva su norme di condotta, che prospettano modelli comportamentali, soggetti, però, a rapida obsolescenza[4]. In questo contesto l'ordinamento penale ha reagito attraverso una sovrapproduzione normativa, mostrando di soccombere alla "tirannia dell'immediato"; il risultato è stato un "consumo" eccessivo di norme, che caratterizza con cadenze crescenti la "produzione" legislativa penale[5].

Per definire questo fenomeno sono state utilizzate spesso espressioni di origine sociologica, incapaci, però, di individuare in modo esaustivo i connotati essenziali del nuovo sistema legale: così il riferimento alla società del rischio[6] evidenzia un'interazione di condizioni potenzialmente distruttive, per cui le esigenze di difesa sociale prevalgono, in modo alle volte ingiustificato, sulla razionalità siste-

---

dividuati da M. Donini, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808, 1809 ss.; F. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 92 ss.

[4] Sul punto si veda: S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009: «al diritto "macchina dell'obbedienza" oggi si affianca sempre più di frequente il diritto "regola di conformazione". Questo diritto non richiede obbedienza. Esso organizza i modi dell'osservanza in maniera diversa, spingendo i destinatari a conformarsi, oppure creando sistemi di convenienza, che inducono al consenso con le prescrizioni delle norme»; F. Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2002, 30 s.

[5] C.E. Paliero, "Minim non curat praetor", cit., 32, osserva come la "politica delle urgenze", che caratterizza il modo di legiferare, costituisce un'ulteriore condizione di una "penalizzazione a tappeto".

[6] Sul punto si veda il noto lavoro di U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine Moderne*, Frankfurt am Main, 1986 (trad. it. Privitera-Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000); N. Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991 (trad. it. B. Corsi, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, *passim*). Dal punto di vista etico e filosofico: H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979 (trad. it. P. Rinaudo, a cura di P.P. Portinaro, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993); Id., *Dem bösen Ende näher. Gespräche über das Verhältnis des Menschen zur Natur*, Frankfurt am Main, 1993 (trad. it. P. Becchi, *Sull'orlo dell'abisso. Considerazioni sul rapporto fra uomo e natura*, Torino, 2000).

matica del diritto penale, determinando una *flessibilizzazione* delle categorie dogmatiche[7], tipica del c.d. diritto penale del rischio[8]; alla luce del fenomeno della globalizzazione, il mutamento del sistema giuridico, invece, spiega l'obsolescenza dei meccanismi e degli equilibri dello stato di diritto e la relativa limitatezza dei confini nazionali che delineano il campo di operatività della norma giuridica, per cui l'affermarsi di un diritto globale trova forti resistenze teoriche e pragmatiche nella (rivendicata) sovranità degli Stati e del primato della legge[9]; un aspetto della globalizzazione è colto dal concetto di

---

[7] Fondamentale è la critica di F. Stella, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, III, 2003. Sul punto, inoltre: F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e Limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2011.

[8] Sui mutamenti registrati nel sistema penale c.d. del rischio di fonte giurisprudenziale e come criterio di politica criminale, si vedano: A. di Martino, *Danno e rischio da prodotti. Appunti per una rilettura critica di un'esperienza giurisprudenziale italiana*, in R. Bartoli, (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 437; A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 397, 403; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 367; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminale*, Milano, 2004, 6 ss. Nella dottrina straniera, in senso critico: F. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991; C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993; Id., *Società del rischio e diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani, (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo, 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, 371; B. Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, *passim;* J.M. Paredes Castañòn, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Regimen jurìdico-penal de las actividades peligroas)*, Madrid, 1995. Sulla necessità di una tutela penale per "le generazioni future": G. Stratenwerth, *Zukunftsicherung mit den mitteln des Strafrecht?*, in *ZStW*, 1993, 679 ss. Da ultimo: D. Castronuovo, *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso ogm*, in L. Foffani, Doval Pais, D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Milano, 2013, in corso di pubbl.

[9] Per una ampia panoramica sul fenomeno della globalizzazione: M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto*, cit., *passim*; Id., *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., *passim*; A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, *passim*.; Id., *Runway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, London, 1999 (trad. it. Falcioni, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la*

società post-moderna, in cui il sincretismo di forme e contenuti contamina anche il diritto, appunto, post-moderno[10]. Sorvolando sulla questione terminologica, è sufficiente qui rilevare che tutte le definizioni evidenziano una costante non trascurabile: il sistema giuridico, e quello penale in particolare, sono chiamati a rispondere ai bisogni di regolamentazione collettiva delle attività economiche, produttive e sociali per riequilibrare le inadeguatezze del mercato. Questa stretta relazione, che vede il diritto quale meccanismo di controllo e di governo dell'economia, determina un mutamento della struttura e del contenuto della legislazione verso forme di regolamentazione non identificabile chiaramente attraverso una fonte del diritto, né riducibile semplicemente a strumenti giuridici. I sistemi di *common law* a tal riguardo utilizzato il termine *regulation*, per indicare tutti gli strumenti, non solo giuridici, di governo dell'economia[11].

A questo mutamento dei fini del diritto corrisponde un mutamento della struttura dell'ordinamento; il tentativo, infatti, di rispondere alle mutevoli esigenze dell'economia e della tecnica sembra portare ad una moltiplicazione dei luoghi di produzione norma-

---

nostra vita, Bologna, 2000). Si veda, inoltre, U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, *passim*.

[10] Sul punto si veda in generale: G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001; U. Mattei, A. di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in The Legal Architecture of Europe*, in *Tul. Law. Rev.*, 2001, 3.

[11] Sul punto: R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford Press University, 1999, *passim*; J. Black, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a "post-regulatory" World*, 54, *Curr. Leg. Prob.*, 2001, 103, 133; T. Daintith, *Il diritto come strumento di politica governativa*, in A. Giuliani, N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, tomo III, *La discussione contemporanea*, Napoli, 1987, 3 ss., il quale evidenzia la strumentalizzazione della legge da parte della politica governativa, o dell'"intervento statale nell'economia" concetto composito che indica non solo la legislazione, ma anche la produzione normativa di altri organi e gli strumenti non giuridici utilizzati dal *welfare state* per attuare i piani di politica economica. Si veda altresì: G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725, 735, che definisce la *regulation:* «creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in gioco secondo una logica democratica». Un ordinamento giuridico di tipo regolativo si limita, sostanzialmente, ad indicazioni di massima e standard, cui devono tendere i soggetti, senza prescrivere le modalità d'azione. Sulla *regulation* negli Stati Uniti si veda M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, *passim.*

tiva. Il fenomeno è noto anche come "decentramento normativo"[12], concetto chiave per la lettura dell'intero sistema penale e delle sue strategie di controllo[13].

Il concetto di decentramento normativo è sintomatico di un fenomeno di frammentazione politico-amministrativa dei centri decisionali, dovuto non solo alla globalizzazione, ma anche alla creazione di livelli istituzionali intermedi, come il fenomeno del regionalismo, del federalismo e della *devolution* evidenziano; tramite il decentramento normativo si indica, inoltre, una delimitazione del potere regolativo dello Stato, che concorre insieme ad altri soggetti alla definizione di obiettivi discrezionali e politici. In quest'ultima valenza il concetto di decentramento è espressivo del mutamento concettuale dell'idea di Stato che non si rapporta in senso gerarchico, ma in senso *heterarchical* con i governati, secondo una relazione di tipo orizzontale.

Proprio questa proteiforme struttura, costruita dall'interazioni delle fonti del diritto, delinea l'affermazione di un pluralismo giuridico, che lascia filtrare nell'ordinamento penale nazionale valori ed valutazioni apparentemente estranei alla cultura e alla tradizione liberale di *civil law*. Una "struttura porosa" diventa la condizione necessaria per il funzionamento della norma giuridica, che interagisce con una pluralità di ordinamenti, secondo le direttrici divergenti

---

[12] J. Braithwaite, *Enforced*, cit., 1492; Id., *The New Regulatory State and the Trasformation of Criminology*, in *Brit. Jour. Crim.*, 2000, 40, 225. Definisce tale situazione come "decentramento del controllo", A. Aessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 73 e spec. 77.

[13] J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 103 ss., l'Autrice offre una definizione completa di *decentring regulation*, con una efficace espressione «there is regulation in many rooms» che segnala come «i governi non hanno, e non dovrebbero avere, il monopolio sulla funzione regolativa, che invece si esplica nell'ambito e fra altri attori sociali, come ad esempio le grandi organizzazioni, le associazioni collettive, le commissioni tecniche, le associazioni di professionisti etc., tutte situazioni che non prevedono il coinvolgimento del governo e neanche la sua approvazione». Il decentramento normativo rappresenta anche l'idea chiave del diritto come sistema autopoietico, autoreferenziale, strutturalmente chiuso, ma cognitivamente aperto. Sul punto, si veda, più in generale: G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, *passim*.

della globalizzazione e del decentramento dei luoghi di produzione normativa[14].

Segni di questa tendenza "evolutiva"[15] sono evidenti anche nelle recenti riforme del sistema italiano, che – seppur con orientamenti ondivaghi – ha fatto ricorso, negli ultimi decenni, in modo privilegiato alla sanzione penale, attribuendole una funzione fondamentale – se non esclusiva – nella regolamentazione e nel controllo di attività sociali ed economiche. Ed anche nell'ambito penalistico si riflettono le peculiarità che hanno segnato la profonda trasformazione dell'ordinamento giuridico: il governo dell'economia sembra, infatti, prediligere un diritto di fonte non statuale. L'evoluzione del diritto penale segue, da un lato, la traiettoria di una crescente europeizzazione e/o internazionalizzazione dell'ordinamento e, al contempo, si ramifica tramite un decentramento infra-nazionale delle fonti di produzione normativa[16]. Gli angusti confini nazionali del diritto statuale pregiudicano, infatti, la "gestione giuridico-penale" del mercato, che invece necessita quantomeno di un'armonizzazione fra i diversi

[14] Descrive questo fenomeno di "disaggregazione giuridica" e "dislocazione" di regole e principi: M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 70 s.: «Nello spazio globale si accostano e si sovrappongono vari registri giuridici, che vanno dal regionale al nazionale, all'internazionale, al sovranazionale, al transnazionale […] ognuna di queste dimensioni giuridiche non compone una realtà compatta, separata e distinta dalle altre: piuttosto, ognuna di esse tende in alcuni punti, o attraverso alcuni meccanismi istituzionalizzati, a intersecare le altre, o mantenere con esse una comunicazione più o mena significativa, componendo flussi giuridici variegati e complessi, e instaurando connessioni più o meno stabili, o del tutto sporadiche», nonché 136 ss.

[15] Sull'evoluzione del sistema giuridico e i "nodi pratici" in cui si concreta la crisi del pensiero giuridico moderno, si veda, di recente: G. Messina, *Diritto liquido? La* governance *come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012, 14 ss.

[16] F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543, 550, 563; F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 15. Primi esempi paradigmatici di normative centralizzate a livello sovranazionale e decentralizzate a livello statale sono quelle relative al commercio elettronico e alla tutela della *privacy*. In questi casi l'autoregolamentazione è utilizzata dal legislatore europeo come strumento di armonizzazione, volto al superamento delle difformità delle diverse discipline nazionali. Sul punto sia consentito rinviare a V. Torre, *Modelli di tutela penale della riservatezza in internet*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 2, 233-244; Id., *La gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale nell'era di internet*, Padova, 2004, 237ss.

ordinamenti giuridici[17]. In modo inverso, e allo stesso tempo, il diritto statuale risulta distante dai reali centri produttivi e ciò inficia l'efficacia dell'intervento penale, per cui sempre più spesso il precetto si costruisce su parametri giuridici indefiniti e flessibili, su clausole generali che consentono bilanciamenti in concreto e contaminazioni fra diversi livelli normativi. Questa atipica articolazione dei meccanismi di produzione normativa mira a fornire una risposta efficiente e funzionale alle esigenze regolative della società post-moderna.

L'analisi dell'evoluzione del sistema giuridico, che incontestabilmente si connota per un processo espansivo, è fortemente condizionata da opzioni ideologiche[18]: secondo alcuni l'iperregolamentazione è un male necessario che si legittima politicamente come risposta al "fallimento del mercato", ovvero alla capacità di autodisciplinarsi del sistema economico. Per ovviare all'inanità e alla dannosità della crescente "giuridificazione" sarebbe necessario persino implementare le strategie regolative e di controllo. I meccanismi giuridici di gestione dei conflitti sono, infatti, volutamente indeboliti da *lobbies* politiche, sociali ed economiche, interessate a rendere inefficaci i controlli pubblici, secondo un disegno neoliberista[19]. Pur animato da apprezzabili finalità di giustizia e di perequazione sociale, l'esclusivo potenziamento delle strategie legali di governo del mercato risulta difficilmente praticabile, non solo per l'inevitabile compressione delle sfere di libertà[20], ma anche perché determinerebbe una bu-

---

[17] Evidenzia il carattere nazionale del diritto civile e la internazionalità del diritto commerciale F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 19 ss., *passim*.

[18] Cfr. G. Teubner, *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, in *Soc. dir.*, 1985, 7, 23; Id., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 85, 94. Sui diversi orientamenti teorici, si veda il quadro sintetico tracciato da T. Daintith, *Il diritto come strumento*, cit., 3 ss.

[19] Negli Stati Uniti, spuntare le armi alle agenzie di controllo, attraverso tagli di budget, ha costituito il cavallo di battaglia nelle campagne elettorali repubblicane per le presidenziale sin dall'investitura di Reagan. Sul punto si veda, invece, la tesi sostenuta da I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Trascending the Deregulation Debate*, New York-Oxford, 1992, 8, i quali ritengono semplicistico ricondurre la politica economica di Reagan ad un modello di *deregulation*, in quanto, secondo gli autori, già il presidente Carter aveva abbondantemente deregolamentato numerosi settori economici, mentre sotto l'amministrazione Reagan sarebbe persino cresciuti i limiti legali all'attività economica.

[20] Il fondamento costituzionale dell'autonomia privata è, infatti, riconducibile all'art. 41 Cost., sul punto: A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*,

rocratizzazione eccessivamente onerosa per il dinamismo del sistema economico, che produce, tra l'altro, costi di *enforcement* esorbitanti, zavorre ormai intollerabili in un momento di forte crisi economica dello stato sociale.

Viceversa, dal versante opposto, alcuni orientamenti teorici e politici[21] accentuano i fallimenti del sistema regolativo per avanzare l'ipotesi di una completa *deregulation*: secondo una diversa concezione politico-economica, sulla base di un'analisi costi-benefici, l'opzione di implementare la macchina regolativa dovrebbe essere totalmente accantonata, abbandonando del tutto anche qualsia-

2010, 1895, 1901: «Nonostante la preponderante dimensione pubblicistica della costituzione economica non mancarono e non mancano voci a sostegno della riconducibilità dell'autonomia contrattuale all'art. 41 Cost., al fine di apporre limiti al potere del legislatore di comprimere la suddetta autonomia, e di stabilire, anche nei rapporti interindividuali, garanzie di rispetto dei principi di eguaglianza per evitare abusi del potere privato rispetto a contraenti deboli». La libertà di impresa, riconosciuta all'art. 41 Cost. trova, infatti, proprio nella sicurezza del lavoro, nella libertà e nella dignità umana dei limiti che hanno trovato una traduzione sul piano legislativo nella disciplina del testo unico, d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, così: S. Merlini, *I fondamenti costituzionali*, in B. Deidda, A. Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 17: «È, tuttavia, con il d.lgs. 9.4.2008, n. 81 che questa nuova concezione incomincia a condizionare davvero la libertà organizzativa dell'impresa (vale a dire il "nucleo essenziale" della libertà imprenditoriale) attraverso la posizione di una serie di procedure e di obblighi positivi che inseriscono direttamente *ex lege* il bene della protezione del lavoro fra le finalità che debbono essere obbligatoriamente perseguite dall'imprenditore e dalla sua organizzazione d'impresa in un costante bilanciamento con i fini imprenditoriali che non possono più prevalere naturalmente, in maniera "oggettiva" sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori».

[21] Negli Stati Uniti il partito repubblicano da decenni esprime al suo interno una componente ultraliberista, che auspica una riduzione drastica dell'intervento dello Stato, in quanto, attraverso una produzione normativa eccessiva, si è creata una situazione di soffocamento dell'economia e della società. Sulla "retorica" liberale del capitalismo si vedano le considerazioni di V. Chirayath, K. Eslinger, E. De Zolt, *Differantial Association, Multiple Normative Standard, and the Increasing Incidence of Corporate Deviance in an Era of Globalization*, in *Journ. Bus. Ethic*, 2002, 131, i quali evidenziano, tra l'altro, come l'apparente diminuzione della criminalità dei colletti bianchi, in alcuni periodi della storia americana, sia da spiegare non attraverso l'assunzione di un atteggiamento "virtuoso" del sistema economico, ma solo alla luce dei tagli effettuati alle agenzie di controllo, che hanno avuto come conseguenza una minore incidenza ed effettività. In generale sulla capacità dei colletti bianchi di influenzare sia il procedimento legislativo, sia l'applicazione in concreto, l'attività di *enforcement*, si veda l'analisi pioneristica di E.H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, 53 ss., 300 ss.

si prospettiva legale di regolamentazione delle attività economiche e produttive. Il sistema giuridico dovrebbe limitarsi a "recepire" sistemi normativi extragiuridici, promuovendo una diffusa ed ampia inclusione dell'autodisciplina nell'ordinamento statale. Le linee evolutive dei sistemi giuridici, caratterizzati da un'emergente tendenza verso il contrattualismo e verso fonti private del diritto, sembrerebbero corroborare questo orientamento.

Tale contrapposizione teorica non è insuperabile: entrambi gli orientamenti delineano un nucleo condivisibile di proposte valutative e oscurano, parimenti, aspetti dell'evoluzione del sistema giuridico che andrebbero maggiormente valorizzati[22]. Crescente interesse suscita il fatto che, paradossalmente, malgrado questa pervasiva normazione giuridica, tra le fitte maglie attraverso cui si intrecciano i diversi ordinamenti, ha trovato spazio un processo normopoietico di natura informale e privatistica. Questa inclinazione verso una progressiva riaffermazione di statuti giuridici "privati", di natura pattizia non è, tuttavia, solo il segno della crisi del sistema normativo, preconizzatrice di una incipiente delegificazione. Nonostante (o forse a causa di) questa elefantiasi giuridica che occupa in modo totalizzante ogni aspetto della vita individuale e sociale, il sottosistema socio-economico reagisce, creando un proprio sistema normativo[23], ma nessun ordinamento può rinunciare ad una regolamentazione pubblica del mercato e delle attività produttive[24], né la regolamen-

---

[22] Illustra la contrapposizione teorica ed ideologica fra i due orientamenti, evidenziando la mistificazione del concetto di "mercato non regolato" come indipendente dal diritto: N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma-Bari, 2004, 31, 89 s., 149 s. Sul punto si veda: I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation*, cit., 14, i quali parlano di approccio creativo per costruire un ponte fra una politica di *deregulation* e la strategia regolativa in grado di rappresentare obiettivamente il flusso normativo che definisce le strategia di controllo del mercato.

[23] Una analoga chiave di lettura è offerta da C. de Maglie, *Etica e mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 106 s., l'A. spiega l'origine dei *compliance program* nella diffusione dei codici etici e nell'autoregolamentazione, adottate volontariamente dalle imprese statunitensi per «fare da cuscinetto all'aggressione sanzionatoria del governo».

[24] Così: F. Cafaggi, *Crisi della statualità*, cit., 556, il quale evidenzia come l'emersione di questo fenomeno di integrazione pubblico-privato per alcuni aspetti consente «di esplicitare e proceduralizzare il ruolo dei privati, e tuttavia, nella sua dimensione così rilevante, sembra denunziare qualcosa di più e diverso: l'inidoneità del soggetto pubblico, nella sua veste di regolatore in questo caso, di realizzare

tazione privata si pone in una relazione competitiva o alternativa a quella pubblica.

Gli aspetti innovativi dell'ordinamento giuridico mostrano un volto apparentemente contraddittorio ed incerto: il sistema giuridico, da un lato, tende ad occuparsi di diversi ambiti di attività sociale ed economica secondo una progressiva giuridificazione delle sfere sociali e, dall'altro, coinvolge nell'attività di *law making* attori privati, in alcuni casi delegando loro la funzione regolativa.

Nel tentativo di superare una prospettiva eccessivamente formalistica del diritto[25], che evidenzia, tra l'altro, la precarietà e l'inefficienza di qualsiasi regolamentazione giuridica della globalizzazione,

---

la funzione di mediazione fra interessi configgenti a causa certo della perdita di legittimazione ma anche dell'incapacità di produrre competenze idonee». Sul punto, si veda inoltre: N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim*. Il fenomeno è stato ampiamente approfondito nella letteratura di *common law*, per tutti: I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation*, cit., *passim*. Si veda inoltre: S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., 24, il quale precisa che anche nell'ambito di processi di *deregulation* in realtà si tende a ridimensionare solo il diritto di fonte statuale per accrescere il ruolo del diritto di fonte privatistica, tuttavia l'A. ribadisce che il diritto di fonte negoziale, per inserirsi nell'ordinamento generale, deve salvaguardare e tutelare i diritti fondamentali da eventuali prevaricazioni delle logiche di mercato. Pur valorizzando il ruolo dell'autodisciplina, tuttavia nega la possibile abdicazione da parte della legge: F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., *Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2001, 89.

[25] Tale accentuazione del carattere formale del diritto è stata espressa attraverso il concetto di "nichilismo giuridico", utilizzato nel senso di distacco fra giustizia e diritto, quale mancanza di qualsiasi prospettiva deontica del diritto, che tende ad un formalismo immutabile rispetto alla concretezza dell'esperienza, ad una sistematizzazione logico-formale dell'irrazionale concreto, di rimozione e "sublimazione" del conflitto. Sul punto, oltre ai già citati lavori di N. Irti, si veda la riflessione di V. Ferrari, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. Rossi, *Fine del diritto?*, cit., 38, il quale evidenzia come «la legislazione statale è in crisi anche perché spesso priva di senso compiuto, di un'individuabile linea culturale o etica, aperta a qualsiasi contenuto, capricciosa, in gran misura futile: in sintesi, "nichilista", come ci ha detto Natalino Irti con un libro che tutti abbiamo letto». Diversa è, invece, l'impostazione di A. Carrino, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Dem. dir.*, 1997, 290, 311 che intende far affiorare un valore insopprimibile del diritto che consiste nel consentire scelte da parte di «individui concreti che vivono in sociale comunione l'uno con l'altro – diritto alla salvaguardia e alla tutela della propria individualità, diritto come ciò che ci accomuna». La rinuncia ad un *telos* consentirebbe, secondo M Barcellona, *Il nichilismo giuridico*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, 769, 775, un ordine della autonomie individuali, attraverso l'istituzione di ciascun individuo come "fine in se stesso". Sul processo di intesa giuridificazione della sfere sociali si veda, in generale, G. Teubner, *Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in G. Teubner

sulla base di un approccio critico-comparato, è possibile intravedere, invece, nelle emergenti tendenze del diritto globale non un'alternativa al diritto, ma una possibile alternativa di regolamentazione giuridica, in grado di arginare gli aspetti deleteri del fenomeno di crescente giuridificazione delle sfere sociali[26].

È evidente che l'analisi di questo nuovo volto del sistema giuridico deve necessariamente partire dall'osservazione di un incontrovertibile dato fattuale: l'affermazione di un pluralismo nella dinamica delle fonti, al fine di approfondire, senza preclusioni di tipo dogmatico, le motivazioni di questa frantumazione dell'ordinamento giuridico al di fuori degli spazi statuali. L'ipotesi teorica, che attende una verifica attraverso l'indagine di diritto positivo, parte dal presupposto che l'individuo tende ad auto-organizzarsi in formazioni intermedie, secondo la formula della "*reflexive law*", da intendere quale «progressivo ritrarsi della normazione "dall'alto" dipendente dalla fioritura di forme di autoregolamentazione da parte di organismi sociali»[27]. Caratteristica del *diritto riflessivo* è che i sistemi sociali vengono organizzati tendenzialmente secondo la propria autoregolamentazione e non secondo i modelli di *command and control regulation.* Il ruolo fondamentale che, seppur differenziato secondo i contesti, assume l'autodisciplina e le diverse relazioni che si istaurano fra regolamentazione pubblica e autodisciplina, fanno affiorare un nuovo compito dello stato: regolare l'autodisciplina, *regulation of self-regulation* secondo una proceduralizzazione dei meccanismi autoriproduttivi delle regole[28].

Questa cursoria descrizione fotografa la trasformazione del sistema giuridico, la cui evoluzione costituisce un fenomeno controverso da interpretare.

1.1. La critica alla overcriminalization

La scienza penalistica ha etichettato in modo critico questa tendenza espansiva dell'ordinamento giuridico, segnalando un possibi-

(a cura di), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, Berlin, 1987, 4 ss.

[26] G. Teubner, *Aspetti*, cit., 23.

[27] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 97.

[28] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 9.

le indebolimento delle garanzie del principio di legalità e di certezza del diritto[29]. Ad una più attenta analisi, la breccia aperta nel sistema della legalità non compromette solo la razionalità delle garanzie formali, ma potrebbe oscurare anche l'autonomia sostanziale delle scelte politico-criminali, esposte all'influenza di valutazioni extragiuridiche e a particolarismi politici[30].

Il decentramento normativo rischia di produrre, infatti, una regressione evolutiva dell'ordinamento penale, nella misura in cui i limiti predittivi della funzione legislativa vengono colmati "assimilando" acriticamente parametri extralegali e valutazioni politiche, sociali ed etiche della vita individuale e collettiva, elaborati in altri settori dell'ordinamento o in altri sottosistemi sociali. Il rischio

---

[29] Sulla crisi della legalità, in generale, si veda S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 15 ss., 173 s. L'approccio critico della dottrina penalistica sotto il profilo della legalità è stato particolarmente evidenziato da F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 54; Id., *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 382. Sulla ipercriminalizzazione, ovvero sulla politica di criminalizzazione dei rischi tecnologici, come sintomo dell'incapacità del legislatore di regolare la c.d. società del rischio: F. Centonze, *La normalità*, cit., 20 ss. Sul punto, in generale, si veda F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 15: «insomma, la riflessione sui fenomeni autodiscipinari e sugli strumenti alternativi da essi congegnati al fine di attuare le regole del proprio microordinamento, non può che misurarsi anzitutto con la constatata crisi della legge, espressione solenne dell'autorità dello Stato sovrano, e della stessa sovranità che era alla base della pretesa satale del monopolio della giurisdizione, ciò che rende necessaria una ridifinizione del ruolo della medesima legge nel quadro delle fonti di disciplina dei fatti umani, nonché la ricerca di nuovi equilibri tra regole imposte e regole autonormate, tra prerogative statali e poteri privati». Più in generale: G. Salcuni, *Il principio di legalità*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol.I *Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, 98 ss.

[30] Sul punto: P. Barcellona, *Autonomia e cognitività del diritto moderno: la coerenza giuridica e i mutamenti di fine secolo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 427, 446, il quale evidenzia la perdita di autonomia del diritto intesa come perdita di contenuti, per cui è possibile registrare la perdita del senso nucleare del diritto: «[…] oscurato dal carattere procedimentale del sistema giuridico moderno. Codesto sistema, infatti, a differenza di quanto accadeva nelle epoche precedenti, sembra aver rinunciato a dire secondo un senso unitario, come il mondo si distribuisce tra «diritto» e «illecito», e dunque sembrerebbe precipitato in quella stessa indeterminatezza, contro la quale è concepita la Legge». L'unica garanzia che assicura il diritto è di offrire a ciascun componente della collettività la possibilità di perseguire i propri fini attraverso strumenti giuridici, il diritto risulta da questo punto di vista: «finalizzato all'autodeterminazione di individui irrelati e della società di mercato».

è un'affermazione legale di interessi parziali e particolaristici, che, in un clima di vuoto politico ed istituzionale, imporrebbe la visione unidimensionale delle forze sociali maggiormente influenti sul sistema giuridico, con il risultato di soverchiare le differenze e le peculiarità degli altri sistemi sociali o degli interessi minoritari. Particolarmente avvertito è il pericolo che, in nome di un malinteso pluralismo, si appiattisca la sfera giuridica sulla razionalità economica, che diventerebbe, così, l'unica direttrice interpretativa[31]. Attraverso la dinamica del libero mercato, pare evidente, che si garantirebbe uno spazio solo apparentemente neutrale in cui sviluppare una tensione dialettica dei vari interessi coinvolti[32].

Mutuare i contenuti normativi da sistemi extragiuridici è fenomeno noto come "materializzazione" degli aspetti formali del diritto, situazione che, se vede il sistema giuridico in una prospettiva meramente servente rispetto agli altri sistemi sociali, può svelare una tendenza neo-corporativista, con un conseguente appiattimento valoriale. Un esempio di materializzazione del messaggio giuridico è l'assunzione di una funzione pedagogica del diritto penale, che genera una crescente opacità della linea di confine fra diritto e morale[33].

---

[31] In questo senso sono assolutamente da condividere le conclusioni cui giunge M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi, *Fine del diritto?*, cit., 61, «[…] una globalizzazione di segno quasi esclusivamente economico, che cerca quindi un assetto che sia semplicemente la riproduzione degli interessi che la spingono avanti. Ebbene, qui c'è un punto in finalmente è corretto parlare di possibile "fine del diritto"… Questo è dunque il grande punto critico cui siamo arrivati: *la riduzione della razionalità giuridica a mera razionalità tecnica*».

[32] G. Teubner, *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, in *Soc. dir.*, 1985, 7, 22 ss. Si veda, inoltre, M.R. Ferrarese, voce *Globalizzazione (aspetti istituzionali)*, in *Enc. Sc. Soc.*, Roma, 2001, 1 ss. Sottolineano in chiave critica il rapporto di supremazia dell'economia sugli altri sottosistemi C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Roma-Bari, 2012; L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.

[33] Sul rapporto fra etica e diritto (e diritto penale) si vedano: A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale, The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 139; Id., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012; L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale: pena, categorie dogmatiche, biogiuridica*, in L. Picotti, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, 239 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria*

Nel nostro ordinamento questo sconfinamento "penalistico" si è manifestato anche attraverso un apprezzamento in chiave penalistica di comportamenti economici eticamente riprovevoli[34].

Tale espansione del diritto penale segnala la debolezza del sistema sociale e del sistema politico[35], i quali, incapaci di gestire in modo autonomo i conflitti che una società pluralista e frammentata pone, trasferiscono le problematiche conflittuali nel sistema giuridico. Secondo una logica strumentale ed opportunistica, quindi, il sistema politico, incapace di offrire soluzioni, tende a proiettare in una dimensione giuridica il problema, in modo da deresponsabilizzarsi. L'influenza fra diritto e politica è ovviamente circolare, per cui

---

del garantismo penale, Bari, 1990, 193 ss; G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Scritti in memoria di Nuvolone*, Milano, 1991, 178; B. Magro, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382. F. Stella, *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, 309, ss.

[34] Nel diritto penale dell'economia, G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 39 e 43, evidenzia una inversione dei meccanismi di giuridificazione, ovvero il diritto non è più in grado di svolgere una funzione general-preventiva, affermando o rafforzando precetti già esistenti sul piano sociale, ma opera un rinvio all'etica per colmare la sua incapacità regolativa, ed afferma che: «la morale viene chiamata in causa quando il diritto fallisce». Tuttavia lo sviluppo storico del mercato ha, invece, dimostrato il progressivo bisogno di direzione etica della vita economica,così: P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 86 ss. Sulla necessità di incoraggiare, invece, un dialogo fra diritto, etica ed economia, si veda: G. Conte, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, 114 ss. Per quanto riguarda il diritto penale dell'economia è evidente un processo di eticizzazione dei contenuti precettivi, per cui è frequente nella legislazione economica degli utili anni il rinvio a codici etici o alla deontologia per la definizione di comportamenti illeciti, anche penalmente. Il processo di integrazione del precetto penale attraverso norme deontologiche o di tipo etico sembra contraddire l'asserita "neutralità" della normativa economica, presentata come espressione di valutazioni meramente tecniche. Proprio l'asserita neutralità morale delle condotte penalmente rilevanti del diritto dell'economia giusitificherebbe la mitezza sanzionatoria e il diverso approccio degli organi di controllo formali. Sul carattere "neutro" della normativa di tipo economico e sul tentativo di presentare l'illecito economico come violazione di una mera valutazione tecnica del precetto penale, si veda l'analisi di E. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., 53 ss. Si veda, inoltre, sulla responsabilità degli enti: M. Caputo, *La mano invisibile. Codice etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 2012

[35] Così: N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., 9 ss., 30 ss.; G. Teubner, *Juridification*, cit., 10 ss.

si innesca un meccanismo di *politicizzazione* del diritto, inteso come assunzione da parte del sistema giuridico di funzioni proprie del sistema politico e una *depoliticizzazione* del sistema politico[36]. Da un punto di vista intrasistemico, il crescente ricorso al diritto penale tradirebbe anche una certa arrendevolezza dell'intero ordinamento giuridico, che cede alla "tentazione" di adottare una soluzione penalistica ai problemi sorti in contesti sociali ed economici complessi. L'effetto (e forse anche lo scopo) è una modesta rassicurazione sociale, ottenuta attraverso una proiezione simbolica dell'intervento pubblico/penale[37], che quasi mai offre, invece, un'efficace ed effettiva soluzione ai problemi[38].

L'illusione penalistica[39] si alimenta attraverso la diffusione capillare di una normazione sovrabbondante di particolareggiate misure tecniche, inespressiva di scelte di valore ed incapace di segnare in modo inequivoco un'opzione politico-criminale chiara. La tipologia di norma giuridica, che affianca questo tecno-diritto, privilegia uno schema procedurale, che lascia facilmente filtrare nell'ordi-

---

[36] Il modello di legislazione che si afferma viene qualificato come "diritto regolativo", che secondo G. Teubner, *Aspetti*, cit., 7 ss., è un diritto che ha la singolare caratteristica di essere al tempo stesso politicizzato e socializzato, risultando così collegabile a quel vasto processo indicato da Weber come «materializzazione del diritto formale». Un esempio paradigmatico di materializzazione, legato alla politicizzazione del diritto – e consequenziale depoliticizzazione della politica è la guerra al terrorismo interno ed internazionale, che ha politicizzato il diritto e depoliticizzato la politica. Rispetto al contesto italiano, l'irruzione della politica nel sistema penale è emerso in modo evidente nella riforma dei reati contro la P.A., così: E. Musco, *L'illusione*, cit., 51 ss., 60.

[37] W. Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeit. Rechtspolitik*, 1992, 378 ss.; Id., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NZSt*, 1989, 553, 557; F. Herzog, *Limites al control penal de los riesgos sociales, (Una perspectiva critica ante el derecho penal del peligro)*, in *ADP*, 1993, 317, 319. Su questo punto si veda, in generale: S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 94 ss. il quale evidenzia che, nei settori ai confine fra etica e diritto, le regole tendono più a legittimare che a governare, con l'unico obiettivo di rassicurazione sociale, di "riduzione delle angosce collettive".

[38] Sul deficit di effettività: C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, 1239; Id., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849; K. Seelmann, *Risikostrafrecht. Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umvelt und Betaubungsmittelstrafrecht*, in *Krit. V.*, 1992, 435.

[39] Si vedano le riflessioni di E. Musco, *L'illusione penalistica*, cit., 60, e *passim*.

namento penale valutazioni "esogene"[40]. Probabilmente a causa di questo vuoto contenutistico, si è affermato anche un "diritto penale mite", che adotta illeciti contravvenzionali, strumenti sanzionatori flessibili, meccanismi in concreto deflativi dell'intervento penale, che aspirano a piegare la tradizionale logica repressiva della sanzione penale ad una più utile azione preventiva e promozionale[41].

Questa trasmutazione del diritto penale secondo logiche e finalità prettamente funzionali è stata interpretata criticamente da parte

[40] Sul punto S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 163, il quale evidenzia che nonostante i frequenti richiami alla riduzione della produzione legislativa, attraverso la delegificazione e il recupero di generalità della legge parlamentare: «non si torna ad un puro e semplice recupero dei valori di generalità ed astrattezza della legge. Pure la legge "generale", infatti, conosce i suoi travagli e le sue crisi. Il modello di una legge che opera una scelta netta tra gli interessi in conflitto e si impone alla generalità dei cittadini è spesso negato da una realtà che, all'origine della legislazione, rivela procedure consensuali e preoccupazioni di non delegittimare del tutto nessuno degli interessi in questione. E un modello di regolazione tutto fondato su norme rigide e fattispecie analitiche cede spesso a tecniche che danno evidenza alla necessità di fare della legge uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche assai accelerate; e di rendere immediatamente percepibili i valori che sorreggono la soluzione legislativa».

[41] Individua una correlazione fra evanescenza del precetto penale e mitezza sanzionatoria: F. Bricola, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV. *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 41, 63 il quale prospettava un'opera di razionalizzazione del sistema penale attraverso la depenalizzazione e l'ampliamento del catalogo delle sanzioni penali; T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983, 201. Sull'espansione di illeciti contravvenzionali nell'ambito della legislazione complementare si veda M. Donini, (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 201 ss.; Id *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in Id. (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 4 ss. Id., *Il delitto contravvenzionale*, 1993, *passim.* In generale si può affermare che l'ordinamento penale tendenzialmente adotta sanzioni di tipo preventivo, non solo negative, ma anche positive, il più delle volte ricorrendo alle c.d. norme tecniche, ovvero quelle norme che prescrivono il mezzo più idoneo che deve essere adottato per raggiungere il fine. La strategia preventiva opererebbe anche attraverso forme di incoraggiamento, come ad esempio la previsione di cause di non punibilità in caso di ravvedimento *post-delictum*, determinando così ciò che già Bricola descrivera come «fuga dalla pena detentiva», *op. ult. cit.* Sulla distinzione fra diversi tipi di sanzione cfr. N. Bobbio, *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 314 ss. il quale sottolinea una crescente affermazione di una concezione positiva dello stato, che ricorre a norme positive (comandi, anziché divieti) e a misure positive preventive (dell'incoraggiamento, anziché dell'intimidazione o misure negative retributive).

della dottrina[42], che evidenzia problematicamente anche l'effetto di sovracriminalizzazione, che ne è derivato. Smarrito il significato del principio di *extrema ratio*, il sistema penale tende ad ampliarsi in modo irrazionale e incoerente con i principi di offensività, sussidiarietà e materialità, che costituiscano il fondamento e limite di qualsiasi scelta politico-criminale.

Questa espansione ha, infatti, smantellato l'identità del diritto penale, che ha mutato funzione, struttura e natura. Spesso si è fatto ricorso – in modo simbolico – alla sanzione penale, laddove gli scopi di tutela erano agevolmente perseguibili anche attraverso rimedi civilistici o sanzioni amministrative, se non persino con strumenti extragiuridici[43]. La logica meramente regolativa che anima l'intervento legislativo ha influenzato, inoltre, la struttura della norma penale: il contenuto del divieto o del comando è sfumato attraverso una serie di condizioni di liceità, che rendono difficilmente riconoscibile il significato precettivo, ma consentono invece maggiore flessibilità e corrispondenza a valutazioni particolaristiche (ulteriore esempio di *materialization of formal law*). Una spiccata propensione verso norme di tipo procedurali ha, infatti, trasformato la struttura del precetto, che da norma comando è divenuta norma prammatica, ovvero una norma che risulta strumentale al perseguimento di una finalità[44]. La sanzione penale, piegata a logiche eccentriche rispetto ai principi di offensività, sembra aver alienato il fulcro assiologico del bene giuridico da qualsiasi valutazione politico-criminale. La dottrina non esita a contrassegnare tale fenomeno come una "amministrativizzazione" del diritto penale, indicando nella tutela di funzioni l'obiettivo principale della sanzione punitiva[45].

---

[42] W. Hassemer, *Prävention im Strafrecht*, in *Jus*, 1987, 257 ss.; C.E. Paliero, "Minima non curat", cit., 55 ss, 64 ss.; F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 515 ss.

[43] Si veda sul punto la critica di F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 515 ss.

[44] Questa distinzione veniva già operata da Kant, per approfondimenti si veda: N. Bobbio, *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 192; Id., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 65; le norme prammatiche sono comprese nella categoria degli imperativi ipotetici, stabiliscono i fini e lasciano libero l'interessato sui modi. In questo caso il diritto diviene una tecnica di conservazione ed organizzazione della società.

[45] Sul punto si veda: F. Palazzo, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230; T. Padovani, *Distribuzione di sanzioni penali e sanzioni*

Con un certo anticipo rispetto al contesto europeo di *civil law*, anche nei sistemi di *common law* è possibile registrare un fenomeno di *overcriminalization*[46], valutato in chiave critica da parte della dottrina. In particolare, Coffee ha evidenziato come la linea di confine fra diritto penale e diritto civile si assottigli, creando una interscambiabilità fra le due sanzioni giuridiche[47]. Come esempi di que-

amministrative secondo l'esperienza italiana, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 956, 958, il quale evidenzia la tendenza ad adottare fattispecie integrate da un bilanciamento in concreto, operato dall'autorità amministrativa. Più in generale si parla di "amministrativizzazione della funzione legislativa", così: S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 165, mentre M.F. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, cit., 91, considera la tendenza verso una nozione di diritto caratterizzata in senso procedurale come un contrassegno tipico del diritto globale: «Il diritto globale manifesta una forte inclinazione verso procedure, standard e modelli, piuttosto che verso prescrizioni di comportamento nette e imperative. La tendenza verso una nozione di diritto caratterizzata in senso procedurale implica che il diritto globale rifugga da precetti di tipo sostanziale».

[46] Già S. Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulation*, in *U. Chi. L. R.*, 30, 1963, 423; Id *The Crisis of Overcriminalization*, in *Annals of Am. Acc.*, 1967, 157, segnalava l'inutilità e la dannosità di un eccessivo ricorso alla sanzione penale, in particolare nell'ambito della legislazione economica, in quanto, in ragione della natura tecnica e discrezionale del diritto dell'economia, difficilmente è possibile cogliere i caratteri che dovrebbero contraddistinguere il ricorso alla sanzione penale: la scarsa tassatività del precetto dovuta alle fluttuazioni delle politiche economiche, la conseguente sopravvalutazione di componenti psicologiche, per contrastare l'indeterminatezza della condotta materiale o, al contrario, l'imputazione meramente oggettiva della condotta illecita (*strict liability* per le *regulatory offences*), la mancata riprovevolezza morale della condotta, il rischio di costante obsolescenza delle misure adottate sono tutti elementi che suggeriscono di ricercare fuori dal sistema penale i rimedi giuridici.

[47] J.C. Coffee, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, in *Yale L. J.*, 101, 1991-1992, 1875, 1880. Nel tentativo di ristabilire una linea di confine fra illecito civile ed illecito penale, in modo da accompagnare la comminatoria penale alle garanzie costituzionali del principio di legalità, di colpevolezza, del giusto processo, Coffee rielabora la distinzione fra *price* e *sanction*, attribuendo alla sanzione civile solo lo scopo di internalizzare i costi sociali dell'attività, attraverso rimedi risarcitori, mentre la sanzione penale costituisce un'arma deterrente volta a definitivamente distogliere l'agente dalla realizzazione del comportamento illecito. Questa distinzione fra *prices and sanctions* si ispira alla teoria di R. Cooter, *Prices and Sanctions*, in *Colum. L. Rev.*, 84, 1984, 1523, il quale pone la differenza fra i due rimedi giuridici sulla base dei costi informativi per definire le condotte illecite: ovvero se la condotta che si intende prevenire non è chiaramente definibile a priori, si tenderà ad imporre un obbligo aspirazionale, lasciando all'autonomia privata la possibilità di scelta fra correre il rischio di una sanzione civile e ottimizzare i profitti risparmiando sulle cautele. Laddove, invece, è certo il comportamento che si intende evitare, per l'evidente

sta criticabile espansione del diritto penale, Coffee segnala, infatti, la tendenza a penalizzare comportamenti solo eticamente riprovevoli e la crescente previsione di sanzioni penali per la violazione di qualsiasi standard e regolamento emanato da un'autorità pubblica di controllo[48].

2. *L'affermazione della* reflexive law *come possibile soluzione all'espansione incontrollata dell'ordinamento giuridico*

Il fenomeno di iperregolamentazione non è però una peculiarità del sistema penale, ma interessa in modo universale ogni settore dell'ordinamento giuridico che, a livello nazionale e a livello sovranazionale, si confronta con il mutamento epocale imposto dalla crescente globalizzazione delle relazioni sociali, economiche e politiche[49].

A tal riguardo è stato coniato il termine "giuridificazione" per segnalare una crescente burocratizzazione di aspetti della vita sociale, sintomatica – secondo Habermas – di una «colonizzazione della vita quotidiana» da parte del diritto[50]. L'aspetto maggiormente significativo di questa generalizzata "esplosione legislativa" non è rappresentato solo dal dato quantitativo, ovvero da un «flusso incontrollato di norme»[51], bensì da una inutile e dannosa espropria-

---

dannosità sociale, non risulta tollerabile alcuna deviazione dallo standard imposto, per cui si ricorre ad una sanzione.

[48] J.C. Coffee, *Paradigms Lost*, cit., 1893, parafrasando Alexis De Tocqueville, afferma che: «in America, le più importanti questioni sociali e politiche presto o tardi sfortunatamente diventano un problema di diritto penale». Sull'ipercriminalizzazione dell'attività di impresa si veda J.A. Sigler, J.E. Murphy, *Interactive Corporate Compliance: An Alternative to Regulatory Compulsion*, New York, 1988, 19ss.; Id., *Corporate Conduct in the 1990s*, in J.A. Sigler, J.E. Murphy (a cura di), *Corporate Lawbreaking and Interactive Compliance Resolving the Regulation-Deregulation Dichotomy*, New York, Westport (Connecticut), London, 1991, 154.

[49] Così: G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725 ss.

[50] Sul punto si veda la ricostruzione di G. Teubner, *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, cit., 11 ss.

[51] G. Teubner, *Juridication*, cit., 11 ss. La lettura del fenomeno di "giuridificazione" fatta da S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 22, 29, tende invece ad esaltarne gli aspetti positivi, di cristallizzazione di pretese soggettive in situazioni giuridiche sottratte alla disponibilità della politica. Nell'affermare il primato del diritto sulla

zione da parte del sistema giuridico della gestione di aspetti, conflitti e relazioni socialmente autodisciplinati. Questa "colonizzazione giuridica" ha provocato, come già segnalato, mutamenti significativi sul piano della produzione normativa, ma ha anche determinato un'omologazione delle differenze dei diversi sottosistemi sociali, che tradisce un tentativo autoritario di gestione e controllo sociale[52]. Come si cercherà di evidenziare, una strategia regolativa basata esclusivamente su norme eteroprodotte, anche di fonte legislativa, paradossalmente può costituire il profilo di maggiore criticità per il sistema democratico[53].

La prospettiva critica che delinea in modo sostanziale lo sviluppo globale del sistema giuridico, descrive un quadro preoccupante, che tuttavia risulta parziale. Proprio l'accentuazione degli aspetti sostanziali (ovvero di *materializzazione*) del diritto[54], nel segnalare il

---

politica, l'A. riconosce nel processo di giuridificazione il tentativo di trasferire su un piano giuridico le conquiste fondative acquisite con il *Welfare State* in modo da sottrarle alla fragilità di una garanzia tutta politica. Infatti riconoscere un diritto fondamentale significa metterlo al riparo dagli umori e dalle tirannie delle maggioranze.

[52] Evidenzia come storicamente se, da un lato, l'intervento penale diviene lo strumento "naturale" per regolare situazioni «che si vogliono sottrarre all'autonomia dei privati», e dall'altro, proprio attraverso lo strumento penale deve essere *legittimata* questa espropriazione nei confronti dell'autonomia privata, attribuendo, di conseguenza, alla pena una funzione *pedagogica:* C.E. Paliero, "Minima non curat", cit., 67 ss.

[53] Sul punto si vedano le osservazioni critiche di S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 166 ss. sulla politicizzazione della macchina legislativa da parte della maggioranza parlamentare, il quale evidenzia l'esistenza di leggi quali *diktat* della maggioranza.

[54] Questo processo è stato etichettato come *rematerialization of formal law*, fenomeno che erode la razionalità formale dei sistemi giuridici del XIX secolo, sul punto si veda: G. Teubner, *Substantive and Reflexive elements in modern law*, *Law&Society*, 17, 1983, 239; Id, *Juridification*, cit., 18 ss., l'Autore descrive i caratteri della legge formale come «una struttura formale entro la quale l'autonomia sociale poteva svilupparsi, senza che vi fosse alcun controllo intenzionale su particolari effetti. La tenace sopravvivenza della legge formale può essere spiegata proprio dal fatto che agisce indipendentemente dai particolari effetti che produce sull'assetto sociale e tutto ciò che intende realizzare è uno stato di libertà universale […] È stato il conflitto fra la domanda politica di compensare gli effetti dell'industrializzazione e la struttura del diritto classico formale che ha scatenato la crisi della legge, alla quale il sistema ha risposto attraverso tendenze alla materializzazione. Viceversa, la "*materializated law*"come strumento di governo politico si pone come strumento finalizzato alla produzione di effetti sociali, dalla cui realizzazione ne deriva la legittimità dell'intervento giuridico». Sul punto si veda anche, N.

declino di una visione liberale, in base alla quale l'ordinamento giuridico ha semplicemente lo scopo di garantire le sfere di libertà e di autonomia privata, sollecita una lettura disincantata della (presunta) neutralità della logica deduttiva, su cui si basa l'architettura del diritto liberale. La valenza formale del diritto, cristallizzata nella generalità ed astrattezza della norma giuridica, diviene, infatti, motivo di mistificazione ideologica, nel tentativo di relegare il diritto ad un ruolo meramente strumentale, "notarile" di scelte operate altrove[55], laddove, invece, è chiaro che *sempre* le dinamiche sociali, attraverso complesse ed articolate mediazioni politiche, penetrano l'ordinamento giuridico, plasmandolo sulle pressanti sollecitazioni dei diversi sottosistemi[56].

La corrispondenza funzionale del diritto alle strategie di governo dei diversi sottosistemi sociali ha prodotto inevitabilmente una frantumazione della razionalità formale, rafforzando gli aspetti *materiali (o antiformali)* della legge, con l'assunzione di programmi di scopo, orientati alla realizzazione di fini specifici, attraverso cui l'intervento giuridico si legittima[57].

Irti, *L'ordine giuridico economico*, cit., 101, il quale parla di *diritto degli strumenti* e non *degli scopi.* Sul processo di affermazione della razionalità "materiale" contro la razionalità "formale" si veda l'interrogativo posto da P. Rossi, *Premessa*, in Id. (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 8, che costituisce lo spunto di riflessione dei contributi presenti nel volume.

[55] Al formalismo liberale del diritto, di matrice statalista, si sono contrapposti orientamenti teorici di segno opposto, che segnalavano un evidente sfasamento fra il diritto costituito e realtà sociale, su tale contrapposizione nel pensiero giuridico si veda N. Bobbio, *Teoria*, cit., 243 ss.

[56] Dietro la facciata "generale ed astratta" è possibile, infatti, intravedere gli interessi che la legge nasconde e protegge, in questo senso: S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 161 ss.

[57] L'ordinamento giuridico vira verso una forma di legislazione di tipo *regolativo.* La *regulatory law* «è caratterizzata da una razionalità materiale in opposizione alla razionalità formale, può essere definita attraverso i seguenti caratteri: la sua funzione è di supporto al governo delle esigenze dello stato sociale, la sua legittimazione deriva in modo preponderante dal raggiungimento degli obiettivi, la sua struttura tende ad essere particolaristica, orientata allo scopo», sul punto G. Teubner, *Juridification*, cit., 19. Come evidenzia M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 63 ss.: «se la legislazione aveva un chiaro riferimento nel "mito della legalità", il diritto globale non può accampare tale pretesa e cerca chiavi diverse, spesso accontentandosi di "effettività". Anzi il passaggio dallo spirito di "legalità", che ispirava il diritto legislativo, all'intento di "effettività" che ispira il diritto globale va sottolineato come un passaggio significativo del cambiamento in corso».

Prendendo spunto da questa constatazione, sebbene a livello teorico molto controversa, è possibile inquadrare adeguatamente il fenomeno del decentramento normativo e delineare il ruolo che nei sistemi giuridici "globali" può svolgere il modello strategico della *reflexive law*[58]. Con tale formula concettuale si delinea un percorso di "socializzazione" del diritto, tipico del *Welfare State*, che mira a fronteggiare gli effetti negativi della crescente legificazione, fenomeno che produce il risultato ambivalente, di revocare lo spazio di autonomia e di manovra della società e contemporaneamente di garantirne la libertà[59]. In sintesi, la *funzione* del "diritto riflessivo" è di guidare lo stato sociale, mentre la sua *struttura* – come già evidenziato – è tendenzialmente particolaristica, teleologicamente orientata e fortemente dipendente dall'ausilio delle scienze sociali. Da questo diverso punto di vista il problema fenomenologico della crisi delle strategie regolative del diritto si pone come «problema di "armonizzazione strutturale" che il diritto deve necessariamente risolvere sia nei confronti della politica sia nei confronti del settore della vita sociale da esso volta a volta regolato»[60].

Il tentativo di delineare un collegamento strutturale fra il sistema giuridico e gli altri sottosistemi sociali, salvaguardandone l'autonomia, ha determinato – come già sottolineato – una proliferazione delle fonti del diritto, in quanto, a causa di un palese *deficit* di efficacia della legge statale, il percorso di giuridificazione dei vari sottosistemi è stato tracciato attraverso fonti indirette[61].

L'incremento di tale strategia regolativa, direttamente proporzionale alla complessità degli ordinamenti giuridici, ha accentuato la necessità di coordinare anche i registri normativi dei singoli sottosistemi. Nell'affrontare tale compito sarà necessario, quindi, una lettura della legalità alla luce di una teoria pluralista della norma giuridica e degli ordinamenti giuridici[62], per offrire oltretutto un criterio di soluzione ai conflitti fra i diversi ordinamenti giuridici e norme[63].

---

58 Cfr.: G. Teubner, *Il trilemma regolativo*, cit., 93.

59 Sul punto si veda: G. Teubner, *Il trilemma*, cit., 105.

60 Così G. Teubner, *Aspetti, limiti*, cit., 8 ss.

61 N. Bobbio, *Teoria*, cit., 174 ss.

62 F. Cafaggi, *Crisi della statualità*, cit., 543 ss.

63 F. Cafaggi, *Crisi della statualità*, cit. 554, parla di «normazione delle regole della differenza».

L'individuazione della norma che disciplina il caso concreto costituisce un problema di drammatica rilevanza, in ambito penalistico, in quanto l'assenza di criteri che consentano con chiarezza di determinare, nel groviglio normativo, la norma che prevale, nella concorrenza fra fonti pubbliche e fonti private, inficia la tassatività dell'intero ordinamento giuridico, generando una situazione di incertezza incompatibile tanto con i principi di garanzia del diritto penale, quanto con le funzioni preventive che ad esso si attribuiscono. Occorre, pertanto, creare un meccanismo di validazione di norme che consenta al giudice di districarsi nella trama normativa, intrecciata dai differenti sistemi normativi, garantendo la certezza del diritto. Esempio paradigmatico è il rapporto conflittuale ed instabile fra norme tecniche, di fonte privata, come *standards* e linee guida, e norme giuridiche nell'imputazione colposa: in assenza di un'univoca indicazione legislativa, è necessario prospettare, in via interpretativa, una soluzione che consenta di determinare la norma che prevale in caso di conflitto[64].

3. *Il trilemma regolativo di Teubner e l'autonomia dei sottosistemi sociali*

Come si è cercato di evidenziare, un'espansione incontrollata del diritto penale collide con diversi principi di garanzia e subordina le scelte politico-criminali a logiche meramente funzionali e strumentali ad un governo dell'economia. Tuttavia di tale inarrestabile trasformazione, deprecabile per gli effetti repressivi e coercitivi, bisogna valorizzare alcuni aspetti, che lasciano intravedere i segni di un tentativo di democratizzazione e di riappropriazione da parte della società civile di campi d'azione espropriati dal diritto. Tale prospettiva suggerisce di leggere il pluralismo giuridico e il decen-

[64] Costituisce un esempio che fa riflettere sull'incertezza generata dallo stesso legislatore nell'ambito della responsabilità medica, il recente decreto c.d. Balduzzi e il rifermento all'adesione alle linee guida, come condizione di esonero della responsabilità penale per colpa lieve. La stessa giurisprudenza non ha assunto un atteggiamento univoco sulla natura vincolante o meno delle linee-guida, incrementando il tasso di incertezza giuridica che già affliggeva pesantemente il settore della responsabilità medica.

tramento normativo non semplicemente come segni della crisi della legalità, ma come un progresso, in grado di ovviare al problema degli effetti negativi che la perdita di autonomia e l'accentuazione della logica sostanziale/strumentale del diritto hanno prodotto.

È impensabile, infatti, che il diritto rinunci ad una funzione regolativa nello stato sociale, ma è importante definire i criteri e le linee evolutive del sistema giuridico per evitare che la sua azione comprometta sul piano sostanziale le garanzie di libertà ed autonomia dei diversi sottosistemi sociali[65]. L'autonomia è un presupposto per preservare anche il funzionamento di meccanismi sociali altamente differenziati, che agiscono in una reciproca interazione, determinando una situazione di interdipendenza fra una pluralità di soggetti. Compito del diritto è creare una rete comunicativa[66] in grado di interconnettere le diverse strutture regolate, in un processo di socializzazione (ovvero di condivisione e di internalizzazione) delle aspettative sociali.

Per definire questo nuovo ruolo del diritto si ricorre al termine anglosassone di *responsive regulation*, che indica un "decentramento esterno" di compiti pubblici o una "riflessione interna" degli effetti sociali[67]. Tale modello regolativo si propone come nuovo strumento flessibile, orientato allo scopo, frutto di negoziazione e di partecipazione democratica, in grado di favorire una maggiore interazione fra diversi sottosistemi sociali[68]. In questa ottica la direttrice dell'economia, che si cristallizza nel mito dell'efficienza, deve necessariamente temperarsi alla luce di una "*ratio* collettiva", in cui agli interessi si contrappongono i diritti dell'individuo[69].

---

[65] P. Grossi, *Un diritto senza stato*, in *Quaderni fiorentini*, 1996, 267.

[66] Si parla a tal riguardo di un modello di relazioni politico-istituzionali reticolari (modello della *network/governance*), in cui «la definizione dell'attività amministrativa, sia nei fini che nelle modalità, viene rimessa alla negoziazione tra organi istituzionali pubblici e soggetti privati portatori di interessi particolari», così G. Messina, *Diritto liquido?*, cit., 16.

[67] Cfr.: G. Teubner, *Il trilemma*, cit., 97.

[68] Così: I. Ayres-J. Braithwaite, *Responsive regulaiton*, cit., 5 ss.

[69] Cfr.: P.G. Monateri, *Risultati e regole. Un'analisi giuridica dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. Crit. del dir. Pr.*, 1995, 605. Appare evidente che l'emergenza finanziaria e la crisi che ha colpito l'economia globale stiano nuovamente insidiando il ruolo fondamentale di mediazione del sistema politico, che si trova ancora oggi a rivestire una funzione del tutto vicaria agli interessi economici,

Il funzionamento della *responsive law* è legato, infatti, alla capacità del sistema giuridico di rielaborare gli stimoli esterni, in un'ottica di integrazione e di coordinamento fra i diversi sottosistemi. In questo modo il diritto favorisce un meccanismo di riflessione interna al sistema sociale dei problemi che il suo funzionamento produce: ovvero i sottosistemi sociali "internalizzano" (traduzione funzionale del concetto di interiorizzare) gli effetti collaterali del proprio agire, in modo da arginare la tendenza alla deresponsabilizzazione nell'ambito delle strutture complesse[70]. Questa autoresponsabilizzazione dei sottosistemi è legata al carattere della *reflexive law*: secondo quanto chiarito da Teubner, gli elementi "riflessivi" del diritto sono volti alla costruzione di un sistema normativo che coordina la sua azione nell'ambito e fra sottosistemi sociali, semiautonomi, favorendo meccanismi di integrazione fra istanze contrapposte[71].

La premessa teorica dell'ipotesi di ricerca fin qui elaborata si fonda sull'idea di autonomia del sistema giuridico, che, come qualsiasi sistema sociale, risulta ingovernabile attraverso semplicistici criteri interpretativi di tipo causale[72].

Da questo punto di vista risultano riduttive sia le proposte di iperregolamentazione sia quelle di delegificazione, perché fondate su un presupposto fallace ed indimostrato: ovvero che il sistema sociale e il sistema economico rispondono secondo una logica lineare e diretta alle sollecitazioni, che promanano dal sistema giuridico e viceversa.

Come si cercherà di evidenziare attraverso l'analisi comparata di alcuni settori dei sistemi giuridici occidentali, l'evoluzione del diritto sembra seguire un anomalo percorso, la cui traiettoria è priva di relazione con qualsiasi opzione ideologica basata sulla semplicistica contrapposizione *overregulation/deregulation*[73]: in particolare l'ordinamento penale, anche italiano, evolve attraverso un modello

---

sul punto: G. La Torre, *La comoda menzogna. Il dibattito sulla crisi globale*, Bari, 2011; G. Messina, *Diritto liquido?*, cit., 30.

[70] J. Braithwaite, *Enforced Self-regulation*, cit., 1478.

[71] G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 239.

[72] Così: J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 106 s; G. Teubner, *Juridification*, cit., 20.

[73] Schematizza le possibili combinazioni fra (etero-auto)controllo e (etero-auto)normazione G. Alpa, *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. Zatti (a cura

di normazione atipico e misto pubblico/privato[74], che sfrutta un tipo di controllo più astratto ed indiretto. Per descrivere quindi lo stato e le tendenze del sistema giuridico-penale, sarebbe più corretto fare ricorso ad una prospettiva sincretica, ad una "terza via" fra *iperregulation* e *deregulation*, la sola in grado di offrire un panorama completo e non parziale degli orizzonti penalistici[75].

La necessità di aprirsi a forme di diritto *riflessivo* è accentuata dalla limitatezza della capacità regolativa del diritto sugli altri sottosistemi sociali: Teubner ha schematizzato gli effetti dannosi o l'assoluta inanità che può produrre una eccessiva regolamentazione attraverso l'elaborazione della teoria del "trilemma regolativo". Il diritto non può ignorare la complessità interna e l'impenetrabilità di sottosistemi altamente differenziati che compongono l'intero sistema sociale, imponendo unilateralmente una prospettiva giuridica di funzionamento[76].

---

di), *Le fonti di autodisciplina, Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, 3 ss.

[74] Evidenzia T. Daintith, *Il diritto come strumento*, cit., 18 come: «Negli ultimi cento anni, in Europa occidentale lo stato è progressivamente divenuto un importante attore dei rapporti economici, esprimendosi ora tramite il modello offerto dall'impresa privata e ora tramite gli strumenti tradizionali del diritto pubblico; al contempo, causa la concentrazione del potere economico, l'economia è divenuta sempre meno atomistica e sempre più "organizzata". Conseguentemente, la differenza, sia in termini di struttura interna sia in termini di relazioni esterne, fra la grande impresa privata e l'organizzazione statale è difficilmente percepibile, e i rapporti fra i due fenomeni non possono più ricondursi all'interno della dicotomia diritto pubblico-diritto privato. Questo processo di assimilazione e compenetrazione comporta che talora norme relative a rapporti giuridici privati debbono interpretarsi tramite criteri pubblicistici e viceversa».

[75] C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. Comm*, 2011, 166/I, il quale contrappone al "fallimento del mercato" "il fallimento dello stato": «In sostanza: siamo in presenza di vicende nelle quali si assiste al "fallimento" non solo del mercato, ma anche dello Stato; e nelle quali pertanto la ricerca di regole non può svolgersi né nell'uno né nell'altro. Perciò non rimane altra strada, pur essa evidentemente imperfetta, che affidarla alla volontaria elaborazione delle imprese stesse: confidando allora, in definitiva, sulla pressione sociale che è possibile esercitare nei loro confronti».

[76] Teubner parla di costruire l'«ordine dal rumore», indicando con questa espressione come il diritto costituisca solo un rumore dell'ambiente esterno in cui sottosistemi agiscono e solo attraverso l'osservazione di come i sottosistemi funzionano e si autoregolano, il sistema giuridico può incentivare alcuni comportamenti adattando il proprio intervento alla struttura da regolare. Così: G. Teubner, *Juridification*, cit., 22 ss.

Un'interferenza giuridica sovradimensionata sui sottosistemi autonomi può: 1) suscitare l'indifferenza reciproca del sistema regolato e regolante; 2) determinare la distruzione dell'identità del sistema regolato; 3) determinare la distruzione del sistema regolante. Per ovviare ai limiti segnalati da Teubner[77], il controllo e la regolamentazione delle sfere sociali devono essere perseguiti tramite un modello alternativo, in cui il decentramento normativo diviene il fulcro dell'intero sistema: il diritto può, infatti, solo predisporre i processi sociali di autoregolamentazione[78].

Se analizziamo alla luce del trilemma regolativo di Teubner il funzionamento dell'ordinamento penale, è possibile riconoscere immediatamente gli effetti inutili e dannosi dell'eccesso di normazione: il deficit di effettività è un *Leitmotiv* delle analisi teoriche, quotidianamente sperimentato dalla dimensione applicativa del diritto. La crisi di effettività è per certi aspetti anche il segnale di un atteggiamento indifferente del diritto rispetto agli impulsi delle altre sfere sociali (ovvero l'incapacità di essere *responsive*). Certamente anche la netta trasformazione dell'identità, dei valori e della struttura del diritto penale può interpretarsi come dissoluzione del sistema penale stesso, così come gli effetti distruttivi che il diritto penale produce su alcuni sottosistemi possono condurre allo sgretolarsi della struttura sociale regolata[79].

---

[77] Le riflessioni dell'Autore partono dalla teoria di Luhmann, per cui la funzione riconosciuta al diritto è quella di creare delle aspettative generalizzate di comportamento. Rispetto, però, agli altri sottosistemi sociali, il diritto mira a risolvere i conflitti che al loro interno non trovano composizione. La definizione normativa di aspettative comportamentali generalizzate tuttavia può risultare insufficiente a prevenire o risolvere i conflitti, così come la risoluzione di conflitti può compromettere la dimensione generale ed astratta della normatività. Per risolvere questo contrasto viene in soccorso la struttura riflessiva del diritto, che media fra le due funzioni assegnate al sistema giuridico. L'aspetto riflessivo del diritto implica delle limitazioni alle funzioni del diritto, per cui il controllo diviene indiretto e più astratto per permettere una relazione cooperativa e di interazione fra i diversi sottosistemi sociali.

[78] Cfr.: G. Teubner, *Aspetti*, cit., 15.

[79] Il nostro ordinamento è ricco di esempi di come questa pervasione giuridica innegabilmente abbia prodotto alterazioni che compromettono il funzionamento del sottosistema regolato. Alcuni esempi possono essere tratti dal diritto del lavoro, settore di evidente depoliticizzazione del conflitto di classe e di politicizzazione del diritto, ma anche il diritto di famiglia, alcune forme di tutela della sfera personale e dell'integrità fisica (se sotto questa classificazione è possibile ricondurre la

Nel corso dell'analisi si cercherà di individuare i connotati di un nuovo modello regolativo[80], che agisce secondo un meccanismo ibrido (co-produzione fra pubblico e privato), multiforme (diversi gli attori che agiscono sullo steso piano), indiretto (non incide direttamente sui comportamenti, ma utilizza una forma di controllo mediata, focalizzata sull'interazione fra il sistema e il suo ambiente)[81]. Proprio il carattere indiretto della forma di controllo implica una complessa strutturazione degli elementi sostanziali e procedurali della norma giuridica: la logica procedurale deve infatti sopravanzare gli elementi sostanziali del diritto, in quanto consente l'autoregolamentazione del sottosistema autonomo, che tuttavia agisce attraverso un meccanismo di integrazione e coordinamento con gli altri attori sociali. In sintesi, il diritto può solo promuovere l'autoregolamentazione dei sottosistemi, creando i presupposti per un'integrazione e ed un coordinamento fra i diversi centri di attività sociale.

Il settore dell'ordinamento che offre maggiori spunti di riflessione è il diritto penale dell'impresa, interessato non solo da un maggiore "fermento normativo", ma anche da pionieristiche integrazioni del sistema penale attraverso fonti private. L'analisi del diritto dell'economia rappresenta, inoltre, l'esempio maggiormente esplicativo del trilemma regolativo di Teubner, in quanto il controllo legale dei comportamenti delle organizzazioni private sembra aver raggiunto il limite della capacità di governo pubblico[82].

3.1. La reflexive law *quale espressione di democraticità*

Fin qui l'esposizione si è limitata a mostrare come le esigenze di regolamentazione del mercato abbiano segnato l'evoluzione del diritto, orientato verso direzioni apparentemente contraddittorie, e come, invece, la moltiplicazione dei luoghi di produzione normativa, chiave di lettura del fenomeno, possa contribuire a risolvere la con-

regolamentazione del doping, della procreazione medicalmente assistita, dell'uso di sostanze stupefacenti etc.) si prestano ad essere esempi concreti del trilemma regolativo.

[80] Si veda: J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 111.

[81] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 116.

[82] In questo senso: G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 278.

trapposizione teorica fra i sostenitori di una strategia di regolamentazione legale del mercato e i fautori di un progetto ultraliberista di totale *deregulation.* La valorizzazione del pluralismo delle fonti svela, infatti, una prospettiva di regolamentazione "mista", secondo un modello che, nell'ambito di una cornice di normativa pubblica, consente ai sottosistemi sociali di autodisciplinarsi.

Questa struttura regolativa, riflettendosi sull'assetto delle fonti, sembra inficiare, come già segnalato, le garanzie formali che lo stato liberale assicura al cittadino. La frattura di uno schema di legalità formale inevitabilmente implica – come già accennato – il rischio di frammentazione e di politicizzazione secondo logiche neo-corporativistiche del diritto. Tutto ciò condurrebbe ad una negazione del principio di uguaglianza e del principio democratico dello stato di diritto.

Tuttavia è opportuno verificare se, sul piano delle garanzie di legalità, i modelli alternativi di regolamentazione possano assicurare, nell'ambito di una cornice legale, una maggiore corrispondenza al complesso ed articolato quadro democratico della società pluralista[83].

L'analisi, pertanto, si concentrerà su questa specifica esigenza che l'espansione del diritto penale ha fatto emergere e tralascia altri rilevanti profili inerenti al mutamento sostanziale del diritto penale (come ad esempio il declino dell'offensività, della sussidiarietà, la deflazione penale etc.).

L'evoluzione del diritto può, quindi, essere letta nella prospettiva, sin qui delineata, della *reflexive law*, che presuppone, quindi, il superamento di una visione legalistica e statalista, che ha irrigidito il sistema giuridico in un apparato verticistico e formale di norme, insensibile alla circolazione e alle contaminazioni che promanano dall'interferenza del diritto con altri sottosistemi sociali e con diversi livelli giuridici.

Come già constatato, la generalizzata sovrapproduzione normativa, inizialmente, ha indotto parte della scienza giuridica ad individuare in essa i segni di una crisi del diritto. Tuttavia, come si cercherà di evidenziare nel corso dell'analisi, in base ad un più dettagliato

---

[83] Analogo interrogativo si pone nel caso delle autorità indipendenti, sul punto si veda: D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino, 2010, 57 ss.

esame, sarebbe più corretto parlare di crisi delle forme statuali del diritto[84], in quanto la necessità di gestire i problemi e i conflitti del mondo contemporaneo richiede semplicemente nuovi strumenti giuridici e non l'abbandono di qualsiasi prospettiva legale e giuridica nella regolamentazione delle attività sociali ed economiche.

In un contesto dinamico e composito, il concetto di legalità – come già più volte evidenziato – pare esposto all'influenza di fenomeni erosivi che, attraverso i processi di globalizzazione dei mercati, delimitano il ruolo della legge statale (e il concetto di sovranità nazionale di cui la legalità è espressione), mentre una normazione particolaristica e settoriale compromette l'unità del sistema giuridico (quale estrinsecazione dell'unità del potere politico, di cui il diritto si è fatto espressione)[85]. La crisi della legalità non implica, tuttavia, la crisi del diritto e, se con la dovuta cautela, si supera l'ostinata propensione concettuale a cristallizzare in un binomio indissolubile il rap-

[84] Già G. Delitala, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1962, 78 ss. denunciava il declino del diritto di fonte statale.

[85] Il monopolio legislativo e le teorie monistiche della legalità appaiono sicuramente un retaggio della cultura illuminista, incapaci di spiegare il pluralismo, anche giuridico, che caratterizza le società post-industriali. Già nel primo ventennio del secolo scorso, del resto, si segnalava la "crisi dello Stato", il cui sintomo era la crisi della legalità, sul punto si veda S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1910, 393, l'A. ritiene che sia caratteristica dello stato contemporaneo il risorgere di tendenze corporativistiche, in quanto «l'odierna organizzazione statuale, pel fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, seppur non contrarie, si dimostra per ciò stessa insufficiente», ciò determinerebbe una crisi dello Stato, dovuto «al progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato». Nel panorama contemporaneo è ormai incontestabile che il Parlamento oggi goda di un peso politico minore rispetto a quello di altri organi, quali i partiti, i sindacati e le associazioni industriali, ciò è anche evidenziato da T. Daintith, *Il diritto come strumento*, cit., 7. Sull'evoluzione storica del principio di legalità: G. Teubner, *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (a cura di), *Global law without a State*, Berlin, 1997, 5, 8, secondo l'ideologia propria della classe borghese, l'unità del sistema giuridico rappresenta il simbolo di un'unità politica, di un'identità nazionale ed espressione di una giustizia universale; J. Robè, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, *ivi*, 45, 55. Sul punto N. Bobbio, *Teoria*, cit., 177, parla di limiti esterni e limiti interni al sistema legale.

porto diritto-legge statale, ovvero "giuridicità-statualità"[86], l'analisi potrà effettivamente scandagliare – scevra da condizionamenti ideologici – le diverse alternative che i sistemi giuridici contemporanei hanno elaborato per regolamentare i mercati attraverso un diritto globale o non statuale[87].

La rottura della relazione fra diritto e legge statale potrebbe essere rielaborata alla luce di una lettura critico-comparata del primato della legge statale sulle diverse fonti del diritto, che evidenzia la natura storica e relativa di tale prevalenza legislativa[88]. Secondo un punto di vista storico-comparato, anche il concetto di legislazione non ha mai implicato la riduzione del sistema giuridico alla stretta applicazione di norme, in quanto, in tutti i contesti storici e sociali,

---

[86] La teoria pluralista del diritto, la cui teorizzazione più autorevole è avvenuta ad opera di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, *passim*, si fonda sulla costruzione del diritto come istituzione, per cui è ammissibile che accanto e persino contro lo Stato si affermi un ordinamento giuridico espressione di un'organizzazione o di una struttura sociale. In questo senso giuridicità non coincide con statualità, sul punto si veda, inoltre, la incisiva voce di W. Cesarini Sforza, voce *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *N.N.D.I*, XII., Torino, 1969, 1, nonché N. Bobbio, *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995, 82.

[87] F. Criscuolo, *l'autodisciplina*, cit., 12. In particolare in contesti caratterizzati da maggior fermento politico e sociale, si è registrata l'incompatibilità della via parlamentare. Così evidenzia S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 91 s., per muovere nella direzione della "rivoluzione ecologista e femminista", «bisogna liberarsi dal pregiudizio che identifica nella sede parlamentare (e, più in generale, nelle classiche sedi rappresentative) l'unico luogo dove può essere svolta attività politica e, più specificamente, azione produttiva di nuove regole. Al pluralismo politico e sociale corrisponde già, e può essere rafforzato, un pluralismo delle forme e dei luoghi della rappresentanza e della produzione delle regole». Sulla crisi del diritto di fonte statuale si vedano i diversi contributi pubblicati sul volume P. Rossi, (a cura di), *Fine del diritto?* Bologna, 2009 ed, in particolare, S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 29 s.: «I più diversi tipi di fonti giuridiche, variamente denominate fanno sorgere obblighi e diritti sia per i poteri pubblici nazionali sia per i privati, a cui sono direttamente indirizzati; sottraggono agli stati il monopolio del diritto; rimescolano i sistemi nazionali delle fonti, che perdono il loro tradizionale ordine gerarchico».

[88] Per una lettura storico-comparata del principio di legalità: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, *passim*; Id., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2003, *passim*; Id., *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, *passim*; Id, *Un diritto senza Stato*, in *Quaderni fior.*, 1996, 267. Sul punto si veda altresì F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 49 ss. F. Pergolesi, *Sistema delle fonti normative*, Milano, II ed. rist., 1973, 86, individua nell'affermazione dell'autorità dello stato (sia totalitario che liberale) il motivo di declino delle fonti extrastatali e consuetudinarie.

la varietà di casi non previsti dal legislatore, né risolvibile attraverso un'interpretazione letterale del dato positivo, ha potuto trovare solo nell'attività ermeneutica della prassi giurisprudenziale una coerente definizione giuridica. A maggior ragione le mutevoli esigenze di regolamentazione di una società complessa difficilmente possono essere soddisfatte attraverso una visione statica del diritto, custodito (presuntivamente ed) esclusivamente nella legge, in quanto solo l'elaborazione giurisprudenziale del dato normativo rende il sistema giuridico poroso e flessibile alle sollecitazioni che provengono dal mondo economico e sociale[89], innescando un dinamismo giuridico vitale per l'evoluzione del diritto.

Da tempo gli studiosi di diritto comparato hanno evidenziato, inoltre, come un sistema giuridico non si riduca ad un semplice agglomerato di norme, ma vive di interazioni dinamiche e dialettiche fra il momento creativo e quello applicativo[90]. Già, quindi, l'incontestabile rilievo che assume il formante giurisprudenziale nella costruzione di un sistema giuridico rende instabile la gerarchia delle fonti costruita secondo il concetto di diritto positivo[91].

---

[89] Si veda: H. J. Mertens, *Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?*, in G. Teubner (ed.), *Global law without state*, cit., 34.

[90] La semplice distinzione fra atto normativo o disposizione e norma suggerisce che il contenuto precettivo non coincida mai con una disposizione normativa, che in quanto tale è soggetta ad una pluralità di interpretazioni, per cui la norma (come risultato dell'attività ermeneutica) è sempre frutto della combinazione di legislazione ed interpretazione, sul punto: R. Guastini, (voce) *Ordinamento giuridico*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 1993, 415, 417.

[91] Si veda l'approccio dei comparatisti, a partire dalla «scoperta dei formanti e dei criptotipi» da parte di R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, 1992, 44, un approccio esclusivamente esegetico viene accantonato per ricercare le reali norme operative dei singoli istituti in un determinato contesto giuridico; concorrono a tal fine come fonti del diritto anche il formate giurisprudenziale e quello dottrinale. Per uno sguardo "disincantato" sulla riserva di legge, si vedano le osservazioni di G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it*, 2000, V, 13; Id., *Legalità e democrazia*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, 1252; Id., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge*, cit., 44; Id., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 162; Id., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, V, 2011, 1.

Tuttavia, l'esperienza della globalizzazione sembra aver aperto un'ulteriore breccia nella granitica architettura delle fonti e del principio di legalità, anche attraverso il prorompere delle fonti private[92]. Occorre, a tal riguardo, interrogarsi in che modo i nuovi meccanismi regolativi riescano a metabolizzare i frammenti di un sistema giuridico, che ha ormai spezzato i legami con un concetto statico di legalità.

L'indagine che si intende intraprendere si incentra sulla trasformazione dell'assetto delle fonti del diritto, per cui potrà alle volte forzare alcuni dogmi giuridici, con il rischio di cadere nell'eresia giuridica e penalistica[93]. La mera descrizione di un nuova esperienza giuridica non significa, comunque, automatica adesione ai valo-

---

[92] A. Ravà, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in *La crisi del diritto*, II ed., Padova, 1962, 66, l'Autore segnalava: «qui si incontra una difficoltà specifica, che sta ad ostacolare un congruo svolgimento della crisi nel suo aspetto giuridico. Questa difficoltà nasce dall'importanza preponderante e quasi esclusiva che ha assunto negli ultimi due secoli la legge tra le fonti del diritto, specialmente nei paesi latini. Di fronte alla molteplicità delle fonti giuridiche proprie del diritto romano, e che in diverse forme continuò nel medioevo e nel diritto comune, l'età contemporanea, sia per influenza della Scuola del diritto naturale, sia per il consolidarsi della sovranità dello stato, ha avuto la tendenza ad accentrare tutte le fonti del diritto nella legge e addirittura nei codici. Invano la Scuola storica si è opposta a questa tendenza, facendo notare come la molteplicità delle fonti – che si considerava un disordine – consentisse maggiore flessibilità dell'ordinamento giuridico in relazione all'evolversi del sentimento popolare, e mettendo in rilievo l'arresto dell'evoluzione spontanea e la cristallizzazione del diritto prodotti dalla codificazione». Mentre F. Pergolesi, *Il sistema*, cit., 100 evidenzia come da sempre l'autonomia privata abbia costituito una fonte del diritto, seppur con diversi spazi di operatività e questa considerazione prescinde dalla costruzione teorica della forma di governo, che può oscillare fra individualismo, espressione del potere assoluto ed universalismo, proprio dello stato di diritto. Proprio questa considerazione porta l'A. ad escludere che generalità ed astrattezza siano caratteri della norma giuridica, che, invece, risulterebbe connotata solo da imperatività e legalità, per cui anche il contratto (ancorché strumento di regolamentazione di un rapporto intersoggettivo concreto) assurge a fonte del diritto

[93] Secondo N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1ª ed., 1979, 20, si chiede al giurista: «non di nascondere, ma disvelare, non di capire, ma di mettere a nudo, non di fingere un senso complessivo ed unitario, ma accettare l'indefinita e inattesa molteplicità dell'agire umano…di governare l'illimitato fluire di norme attraverso nozioni, concetti, categorie» e di misurarle alla luce delle norme, al giurista è dato pertanto il compito di «accertare la rispondenza con i contenuti e, dove sia necessario, a lasciarli cadere ad uno ad uno, senza amarezza e senza nostalgia». Sulla necessità di analizzare e sottoporre ad un vaglio critico anche il concreto funzionamento del principio di riserva di legge, si veda: F. Palazzo, *Sistema delle fonti*, cit., 92.

ri sottesi a tale mutamento, né implica la volontà di liquidare l'apparato concettuale e di garanzia che il principio di legalità assicura[94]. Al contrario, l'assoluta convinzione che non sia possibile ridurre il principio di legalità ad una mera distribuzione di competenze nell'ambito dello stato di diritto, dovrebbe condurre ad individuare forme alternative di normazione, funzionalmente equivalenti alla riserva di legge, anche in settori in cui sembrano emergere processi normativi anomali ed inconferenti con le garanzie sottese al principio di legalità. L'intreccio pubblico-privato sul piano delle fonti rinvia, infatti, ad un problema di legittimazione dei meccanismi di produzione del diritto[95]: fuori da un schema di legalità formale, l'attività normopoietica deve necessariamente rintracciare nuove coordinate per il funzionamento del sistema democratico.

In particolare, tale esigenza diventa pressante nell'ambito della società del rischio, ove l'assunzione di decisioni "rischiose" deve necessariamente contemplare l'adesione e la partecipazione più ampia possibile, come previsto dal principio di precauzione[96], per rendere quantomeno «democraticamente giustificabile la definizione e la gestione del rischio». Ciò implica maggiore trasparenza nelle decisione assunte da attori pubblici e privati e maggiore diffusione di informazioni. Questa diffusa partecipazione democratica "attenua la tensione esistente" fra il diritto penale del rischio e il principio di legalità[97].

---

[94] G.P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, in *Columbia Law Review*, 85, 1985, 1268 ss., il quale evidenzia la necessità di non arrendersi all'anomalia del dato normativo, ma ricondurre, da un punto di vista teorico, ad unità sistematica l'apparente paradosso, attraverso *distinzioni* categoriali.

[95] Seppur in base ad un approccio di analisi economica del diritto R. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, in *Un. Penn. Law Rev.*, 144, 1996, 1643, 1690, giunge alla conclusione che sia necessario trovare sistemi alternativi di produzione del diritto rispetto al processo legislativo ed intravede questa possibilità nel processo di riconoscimento e validazione giurisprudenziale di norme sociali.

[96] Sottolinea l'importanza dell'accesso alle informazioni, quale presupposto del funzionamento democratico delle istituzioni post-moderne, G. Forti, *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 197, 217, il quale, tra l'altro, assume che il dovere di «condividere il *know-how* per la valutazione e prevenzione di rischi non ancora pienamente materializzatisi» sia un corollario del principio di precauzione.

[97] Così: F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 238, il quale, evidenzia come il principio di precau-

Un confronto particolarmente sollecitante è offerto dall'analisi comparata dei sistemi di *common law*, storicamente riottosi ad un diritto di fonte legislativa[98], che hanno, nondimeno, saputo combinare le esigenze di tutela sottesa al principio di legalità con un diritto a formazione giurisprudenziale[99].

Tuttavia l'interesse per i sistemi di *common law* è dovuto anche alla particolare duttilità dei loro strumenti giuridici di regolamentazione del mercato e delle attività economiche, basate su strategie multiformi e flessibili, in grado di modularsi secondo le esigenze del

---

zione «ambisca a reagire alla deriva nichilista di un normativismo privo di scopi e di un individualismo libertario», tuttavia avverte come «il precauzionismo propone un'etica quotidiana dotata di respiro universale e un diritto che trova in questa nuova morale una legittimazione che vada oltre il sostrato della scelta politica contingente, nella premessa che tra i compiti del diritto vi è anche quello di disciplinare la scienza, in nome del riaffermato (ancorché precario) primato del *nomos* sulla *téchne*». Osseva l'A. come il principio di precauzione funzioni solo come criterio di politica legislativa (e non, quindi, come categoria di dogmatica penale), che, nella democratizzazione delle scelte "a rischio" vede una possibile chiave di lettura delle forme di regolamentazione della società post-moderna. Mentre esprime, invece, una serrata critica alle forme di flessibilizzazione delle categorie dogmatiche, sulla base del principio di precauzione. Sul punto si veda *infra* cap. V, par. 2

[98] In alcuni casi non è scorretto parlare di preconcetta ostilità verso un diritto di fonte legislativa: sul punto si vedano le considerazioni canzonatorie sulla competenza a legiferare dei membri del parlamento di L.H. Machen, *Defects in Legislation*, in *Va. L. Reg.*, 11, 1905-1906, 451, 555. A testimonianza del tradizionale rapporto problematico fra *common law* e fonte legislativa si veda altresì R. Pound, *Common law and Legislation*, in *Harv. L. Rev.*, 21, 1908, 383, che tuttavia, dopo un'approfondita analisi storica, conclude riconoscendo che il diritto di fonte legislativa dovrebbe essere di preminente rilievo nell'ambito degli ordinamenti moderni, in quanto espressione del principio democratico e frutto di un'elaborazione tecnico-scientifica che non può supportare l'attività di *judicial law making*. Per una esaustiva rappresentazione dell'atteggiamento critico dei paesi di *common law* rispetto alla legge scritta, si veda l'analisi critica di J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, *passim*. Tuttavia si registra, più di recente, in particolare negli Stati Uniti, una tendenziale prevalenza della legge scritta sul *common law*, sul punto si veda: A. Cadoppi, *Dalla* judge made-law *al* criminal code. *Progetti di codice penale nei paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 923-954. Sul punto si veda inoltre: R. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1651.

[99] Sul punto E. Grande, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'autonomia?*, in *Pol. dir.*, 1996, 469 ss. Di notevole interesse, anche se non potrà essere sviluppato in questa sede, è ad esempio il meccanismo di *adjudication* attraverso cui le norme sociali nei sistemi di *common law* entrano nell'ordinamento giuridico, grazie alla mediazione del giudice. Sul punto si veda: R. Cooter, *Decentralized Law*, cit., 1677.

caso concreto. Il modello dei *compliance programs* e della *corporate governance* costituisce un esempio di interazione fra diversi livelli normativi, in cui il diritto di fonte legislativa rappresentata la cornice regolativa entro cui si realizza un controllo pubblico del mercato, attraverso, però, gli strumenti dell'autoregolamentazione[100]. Il sistema giuridico, quindi, spinge il sottosistema economico ad adottare programmi di scopo legislativamente predefiniti, da attuare tramite un percorso regolativo di natura privata[101]. Come osserva de Maglie: «l'esperienza nordamericana dimostra che il diritto penale, per esercitare un'efficace azione preventiva nei confronti dei reati commissibili dalla persona giuridica, deve entrare nell'impresa, invadere le sue strutture interne di autoregolamentazione, condizionare la loro formazione ed il loro modo di essere»[102].

Da questa prospettiva, l'esperienza della responsabilità d'impresa, nell'area di *common law*, costituisce per il penalista un invito a riflettere sul significato di alcuni mutamenti dell'ordinamento. L'elaborazione teorica anglo-americana ha da tempo denunciato gli evidenti fallimenti della de-legificazione, ma anche l'impraticabilità di una miope *overregulation*. La sollecitazione più accattivante proviene però dalla sperimentazione in concreto di meccanismi regolativi alternativi, in grado di apprezzare l'esigenza di una più ampia partecipazione e condivisione delle scelte rischiose, assecondando l'esigenza di democratizzazione del sistema sociale.

---

[100] M.R. Ferrarese, *Il diritto europeo*, cit., 11 ss. Sul punto si veda C. de Maglie, *Etica e mercato*, cit., 73, la quale individua nella disciplina dei *compliance program* una sinallagma funzionale fra Stato ed impresa, che agiscono sullo stesso piano, per fronteggiare la criminalità d'impresa

[101] Osserva G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445, come l'affermazione del principio *societas delinquere non potest* non sia un'acquisizione recente nei sistemi di diritto continentale, che invece, sin dal XII secolo, hanno affermato il principio in base al quale le *universites* potessero non solo realizzare crimini, ma anche essere punite. L'interesse per un'indagine comparata con i sistemi di *common law* non è motivato dalla presunta origine storica di una forma di responsabilità collettiva già conosciuta nei sistemi di *civil law*, bensì dal nuovo modello di regolamentazione, che vede nella disciplina delle *corporations* e delle attività economiche un esempio paradigmatico.

[102] Testualmente C. De Maglie, *Etica e mercato*, cit., 73.

Questo obiettivo è perseguito attraverso un quadro normativo basato su programmi di scopo (*purposiveness*), attuati dagli stessi sottosistemi attraverso una strategia partecipativa nel processo di *lawmaking*[103].

La democratizzazione dei sottosistemi sociali risulta, infatti, funzionale al governo di una società frammentata e pluralista, ove è necessario innanzitutto preservare le differenze. La democratizzazione non si riduce semplicemente ad un'ampia partecipazione politica ed istituzionale, volta a dare adeguata rappresentazione ai vari interessi di un nucleo sociale organizzato, ma richiede la salvaguardia dell'identità e dei valori propri del sottosistema sociale. Da questo punto di vista il concetto di democrazia diviene coessenziale al concetto di autonomia dei sottosistemi sociali[104].

Secondo il modello teorico delineato prevalentemente nell'ambito della dottrina di *common law*, le disposizioni normative, in un sistema legale così strutturato, non si limitano a proporre un apparato statico, definito, chiuso di norme, di principi generali, di categorie e di concetti giuridici, bensì mirano ad un'interazione di forze sociali, controlli e vincoli istituzionali, complesse strutture organizzative. La norma giuridica di fonte statuale si pone come disposizione a "trama aperta", volta a costruire: «quadri regolativi di indirizzo e controllo delle relazioni tra singole aree di "autonomia" dei privati e nella istituzionalizzazione di "aree" pubbliche ove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un "consenso discorsivo"»[105]. In questo senso il controllo pubblico "sfrutta" la natura ibrida del modello di regolamentazione, che favorisce il coinvolgimento di diversi attori sociali nella realizzazione di una complessa politica sociale.

---

[103] Così: I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation*, cit., 17.

[104] Sul punto: F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 33. Per una incisiva descrizione del concetto di autonomia si veda S. Romano, (voce) *Autonomia*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico* Milano, 1947, il quale sottolinea la non sovrapposizione fra autonomia e potere originario, in quanto l'autonomia presuppone un rapporto fra ordinamenti giuridici, che renderebbe compatibile la presenza di fonti di autodisciplina nell'ambito dell'ordinamento giuridico generale. Sulla concorrenza di ordinamenti autonomi: P. Grossi, *Un diritto senza Stato*, cit., 280.

[105] Cfr.: A. Febbrajo, *Introduzione*, in G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., XI.

A tal fine il diritto dismette una funzione meramente autoritaria, per cui non svolge alcuna funzione di comando, né definisce i comportamenti leciti ed illeciti, ma risponde ad un'esigenza di integrazione e di composizione delle differenze, favorendo, attraverso una procedura di decentramento normativo[106], l'autoregolamentazione. La "costruzione" giuridica di strutture, organizzazioni, procedure, reti informative e ridistribuzione di competenze tende a preservare l'autonomia dei sistemi sociali, per cui la norma giuridica opera per costituire e formalizzare meccanismi di autodisciplina, di negoziazione, di decentralizzazione e di mediazione dei conflitti[107].

I nuovi compiti, che il diritto si propone, sono di armonizzare e di conciliare l'autonomia dei sistemi sociali con una prospettiva centralizzata di controllo da parte del *welfare state*. Nell'adempiere tale funzione di mediazione, il diritto utilizza, quindi, una strategia di controllo indiretto: come già accennato, predispone una organizzazione attraverso cui il sottosistema si autoregola, rispondendo però alle esigenze dell'ambiente esterno[108]. Strumenti di questa "regolamentazione dell'autoregolamentazione" sono, pertanto, norme

---

[106] G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 277.

[107] Questa tendenza caratterizza il "diritto globale": sul punto M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 110: «Oggi le istituzioni rinunciano più o meno consistentemente ad imporre dall'alto rigidi modelli di comportamento e prevalgono atteggiamenti istituzionali tesi a tenere conto della possibile risposta e reazione degli stessi destinatari cui si rivolgono. Parallelamente, ci si allontana da quella caratterizzazione "generale ed astratta" che era propria della legge. La crescente tendenza del diritto globale verso modalità non legislative si accorda bene con il nuovo protagonismo degli attori privati, e conferisce un nuovo rilievo alle periferie, ai luoghi ed ai dettagli, in coerenza con una impostazione giuridica di tipo casistico». Sul punto osserva S. Cassese, *Eclisse*, cit., 35: «Al diritto "macchina dell'obbedienza" oggi si affianca sempre più di frequente il diritto "regola di conformazione". Questo diritto non richiede obbedienza. Esso organizza i modi dell'osservanza in maniera diversa, spingendo i destinatari a conformarsi oppure creando sistemi di convenienze che inducono al consenso con le prescrizioni delle norme. Si pensi a tutta la discussione sulle norme vincolanti e al *soft law. Si aggiunga che le classi politiche, per esigenze varie, in larga misura dettate dallo sviluppo delle istituzioni democratiche, mirano sempre più a ordinare i poteri nazionali come enabling States, fondati sulla collaborazione con i cittadini, con mutui diritti e responsabilità*» (corsivo aggiunto).

[108] Già S. Romano, *Lo Stato moderno*, cit., 390, individuava in un ruolo di mero controllo e sorveglianza, la funzione principale dello Stato moderno.

procedurali attraverso cui si innesca un meccanismo di autodisciplina[109].

Il "controllo mediante organizzazione"[110] sembra suggerire un nuovo modello di governo delle attività economiche e sociali in grado di superare i limiti esposti dal trilemma regolativo di Teubner, in quanto lascia, attraverso l'autodisciplina, ampia autonomia ai sottosistemi sociali regolati.

L'indagine che si intende compiere si propone pertanto di verificare se e in che misura possa trovare (o aver trovato) realizzazione questo modello e se il suo funzionamento in concreto abbia realizzato o tradito le ambizioni di democratizzazione delle sfere sociali. Prima di procedere all'analisi dei singoli settori dell'ordinamento, è opportuno fornire ancora qualche indicazione teorica sugli elementi che fondano il modello regolativo qui delineato: l'autodisciplina e il ruolo delle norme procedurali.

4. *Autodisciplina e diritto penale*

L'irrompere di fonti private nel diritto ha costituito una tendenza costante degli ordinamenti giuridici nel XX secolo, in particolare nei settori più esposti ai fenomeni della globalizzazione economica: il diritto commerciale (in particolare il commercio internazionale), il diritto civile, il diritto del lavoro e delle relazioni industriali hanno con relativa facilità metabolizzato questo mutamento, avvantag-

---

[109] Sul punto si vedano le cursorie considerazioni di N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*, in *Giur. Comm.*, 2003, 693/I: «Poiché la responsabilità amministrativa esprime il rischio dell'organizzazione, tale rischio può essere fronteggiato soltanto con l'adozione di modelli organizzativi. L'organizzazione cura se stessa mediante ulteriore organizzazione. È soltanto un esempio di un processo più generale, non indagabile in questa sede, per cui le società si vanno trasformando in apparati procedurali».

[110] Sul punto, si veda l'analisi di G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza del lavoro*, Torino, 2009, *passim*; C. Piergallini, *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2012, 526.

giandosi dell'apporto che micro-sistemi autoregolamentati possono offrire[111]. Il processo evolutivo si articola fra una involontaria circolazione e contaminazione di modelli e una consapevole creazione di regole giuridiche, prodotte dalla società civile autodisciplinata: condizioni che hanno dato origine ad una forma di «proto-diritto della globalizzazione»[112].

Questa tendenza verso la decentralizzazione delle fonti normative[113] ha innescato un'inversione delle linee di sviluppo degli ordinamenti giuridici liberali: se il fulcro del sistema giuridico, nelle costruzioni teoriche del XVIII e del XIX secolo, è l'idea di codice, che esercita una forza centripeta rispetto alle diverse aeree dell'ordinamento, nelle esperienze giuridiche contemporanee, viceversa, è la periferia del sistema legale, più vicina ai processi di formazione di regole sociali, ad operare quale elemento propulsivo dei meccanismi normopoietici[114]. La contiguità che si istaura fra la periferia del si-

---

[111] Il processo di globalizzazione economica ha dapprima favorito un effetto "extraterritoriale" delle norme giuridiche di alcuni ordinamenti statali, che hanno "seguito" le imprese multinazionali oltre i confini nazionali. Il monopolio della legge statale e il concetto di sovranità nazionale hanno vissuto quindi un primo ridimensionamento dovuto a forme più o meno aggressive di imperialismo economico. Sul punto: P. Muchlinski, *'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law*, cit., 79 ss.

[112] G. Teubner, *Juridificazion.*, cit.; G. Rossi, cit., 62.

[113] R. Cooter, *Structural Adjudication and New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, in *International Review of Law and Economics*, 14, 1994, 215-251; Id., *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1643; Id, *Decentralized Law*, in *New Zealand Business Law Quarterly*, 4, 1998, 239.

[114] Sulla problematica relazione fra codice penale e legislazione complementare si veda: C.F. Grosso, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 18, 26, che evidenzia come la proliferazione di statuti particolari e l'abbandono del modello codicistico favorisce anche lo sgretolarsi dei principi e delle norme di parte generale, che devono adattarsi alle necessità del contingente. Sul punto si veda inoltre: M. Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1652, 1957; G. Fiandaca, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.; C. Fiore, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 73; F. Palazzo, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss. In generale, sulle tendenze evolutive dell'ordinamento giuridico, il prevalere della micro legislazione e microsistemi si veda: S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 161 ss.

stema giuridico e i processi di autoregolamentazione dei diversi settori sociali consente, inoltre, un interscambio osmotico fra sistema legale e sistema sociale, reso possibile dal riconoscimento e dalla legittimazione delle fonti private del diritto, che, conseguentemente, assumono una natura pubblica[115].

L'ordinamento, pertanto, sembra allontanarsi da un modello gerarchico, per articolarsi tendenzialmente attraverso una impostazione *heterarchical*[116], ove le fonti del diritto non si compongono secondo un disegno costituzionale di tipo verticistico, ma mirano ad un allineamento orizzontale[117], così da condividere in modo paritario la funzione normativa.

Attraverso questa decentralizzazione normativa si recupera, inoltre, una condizione fondamentale dei sistemi liberali: le molteplici variazioni giuridiche, che astrattamente possono regolare i rapporti sociali ed economici, si istituzionalizzano attraverso un mecca-

---

[115] Sul punto: T. Daintith, *Il diritto come strumento*, 33, il quale afferma: «il modo in cui lo stato introduce e regola queste sfere di autoregolamentazione costituisce un ottimo esempio di una disciplina di diritto pubblico delle situazioni soggettive private: l'attribuzione della competenza e il controllo dei relativi procedimenti decisionali interni realizzano funzioni centrali di diritto pubblico. L'autoregolamentazione si sostanzia in un preciso ed esplicito consenso governativo a una distribuzione del potere economico. E allorché tale potere (provocato o da un consapevole decentramento dei poteri pubblico o dalla concentrazione industriale, o dall'associazionismo sindacale, o da che altro) viene esercitato da organizzazioni private di categoria che l'applicazione della politica governativa si avvale di modelli pubblicistici piuttosto che privatistici».

[116] G. Teubner, *'Global Bukowina'*, cit., 5 ss.

[117] Secondo R. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1645, la produzione normativa, in un sistema decentralizzato, promana dal basso verso l'alto, ovvero le norme sociali, le consuetudini, i *customs*, rappresentano la struttura portante dell'intero ordinamento giuridico, tanto che anche il giudice è vincolato all'adozione degli *standards* diffusi nella comunità sociale ove si è verificato l'illecito. In questo modo si attribuisce al giudice una funzione di *adjudication, Rechtfinden*, non invece una funzione propulsiva o creativa del diritto. La presenza di una legge scritta, secondo Cooter, nella regolamentazione di un'economia complessa presenta aspetti di rigidità incompatibili con le esigenze di flessibilità del mercato ed inoltre impone dei costi informativi sia al legislatore sia al giudice che invece l'applicazione di *standards* sociali non implica. Tuttavia è innegabile che la frammentazione della società genera norme sociali particolaristiche, per cui in caso di conflitto è necessario individuare delle regole di prevalenza. In questo caso, sebbene Cooter indichi come *ultima ratio* questa soluzione, le regole di conflitto dovrebbero promanare da una norma scritta o da un principio generale dell'ordinamento giuridico.

nismo di riconoscimento e di validizione di processi normopoietici che si svolgono a livello più basso, quindi più direttamente governabili dal singolo. I diversi corpi normativi non entrano in conflitto fra loro, in quanto si pongono come una molteplicità di processi giuridici tutti egualmente validi, che la garanzia del pluralismo giuridico tende ad ordinare attraverso un modello di inter-legalità[118]. Il principio regolatore è quello di sussidiarietà (orizzontale), che permette una fungibilità tra le fonti normative regolata da un meccanismo di integrazione secondo uno schema di relazione concorrente[119].

Nel quadro normativo pubblico, l'autodisciplina si pone, quindi, ad un livello mediano di regolamentazione che contribuisce al processo di democratizzazione delle diverse sfere sociali, svolgendo in questo senso una funzione pubblica[120].

Un esempio concreto di quanto descritto è, secondo alcuni, la nuova *lex mercatoria*: la sua natura è controversa, tuttavia è innega-

---

[118] G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., 143 ss. In questo processo di delegificazione «il riordino dei poteri pubblici libera spazi a beneficio dell'autonomia privata, in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale», così: A. Moscarini, *Le fonti*, cit., 1903.

[119] Sul principio di sussidiarietà si veda, inoltre, M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 123, 135, il quale ricollega il principio di sussidiarietà ad un miglior contemperamento integrazioni fra ordinamenti e principio di democrazia: «sussidiarietà comunitaria come principio, genericamente, esprime l'esigenza che l'intervento pubblico rimanga il più possibile vicino ai cittadini che sono i destinatari, sì che, nell'ambito dei una ripartizione verticale e orizzontale di competenze, le decisioni che riguardano i cittadini debbano essere preferibilmente e prioritariamente assunte da organismi in prossimità democratica rispetto ai destinatari. Solo in caso di impossibilità o inadeguatezza dell'operato di tali organi e istituzioni, è legittimo il ricorso a centri decisionali più distanti».

[120] Sebbene rispetto ad un contesto sociale, politico ed economico totalmente diverso, già S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 390, aveva colto l'importanza ed il contributo che organizzazioni intermedie potevano offrire al governo della pubblica economia ed afferma: «Le esigenze economiche della società moderna hanno potuto così far rinascere una distribuzione e un'organizzazione dei singoli, che prima aveva caratteri e finalità diverse, ma che è in sostanza una fase nuova di un'antica e perenne esigenza sociale. Da questo punto di vista, il sistema corporativo, considerato nel suo svolgimento normale e non nelle sue degenerazioni, appare naturale, può servire a mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo, fonte di contrasti e di lotte, a sviluppare il sentimento di solidarietà fra i singoli, e il sentimento di reciproco rispetto fra i diversi gruppi di individui, contribuendo così ad una più completa e compatta organizzazione sociale».

bile che essa rappresenta un esempio di standardizzazione collettiva di pratiche di commercio e aiuta a comprendere il funzionamento di una pluralità di ordinamenti, interconnessi secondo logiche competitive o cooperative e non semplicemente gerarchiche. Tuttavia, proprio l'esempio della nuova *lex mercatoria* evidenzia come non tutte le forme autodisciplinari soddisfino quelle esigenze di democratizzazione e di controllo orizzontale, che sembrano meglio garantite, invece, attraverso la *reflexive law.* Nonostante la natura privatistica della fonte, nel caso della *lex mercatoria* non sarebbe corretto parlare di autonomia, che presuppone la coincidenza fra chi detta le regole e il destinatario[121], in quanto sono principalmente gruppi di influenza che impongono unilateralmente regole secondo una logica eteronoma di tipo pubblicistico. A ragione si è parlato, in questo caso, di falsa democratizzazione e di strisciante corporativismo[122].

L'esperienza concreta più pertinente da cui partire per verificare l'ipotesi di ricerca è – come già accennato – la realtà delle *corporations*. Il ruolo centrale giocato dagli enti collettivi nella definizione giuridica dei rapporti economici ha favorito l'affermazione di una struttura orizzontale delle fonti del diritto: attraverso l'apertura delle procedure decisionali, lo Stato e il soggetto privato contrattano il contenuto della norma giuridica ed ugualmente, a livello interaziendale, le procedure decisionali vedono il più ampio coinvolgimento delle diverse forze sociali. I codici etici e i regolamenti interazienda-

---

[121] Sul punto: N. Bobbio, *Teoria*, cit., 65 «il concetto di autonomia viene utilizzato nel senso proprio di norme o complesso di norme in cui il legislatore ed esecutore si identificano, tanto nel diritto privato quanto nel diritto pubblico».

[122] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit. 75, si mostra scettico sul senso di "spontanea adesione" nel caso di *lex mercatoria.* In senso critico anche: N. Lipari, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 31, il quale valuta in senso negativo la proposta di considerare come fulcro del sistema la *lex mercatoria*, «assunta come sistema di regole negoziale rispetto al quale la legge dovrebbe operare da meccanismo recettivo o di segno meramente ratificatorio. Deve dunque affermarsi, in termini chiari ed espliciti, che questa frenesia liberista nella quale siamo piombati, il tentativo cui stiamo assistendo di una distruzione concentrica del modello dello Stato sociale (non quindi solo delle sue discorsive attuazioni), l'identificazione strisciante tra sistema capitalistico e sistema consumistico (quasi che la logica del mercato debba inevitabilmente condurre ad un vortice senza limiti) rappresentano una vistosa contraddizione con i principi costituzionali». Sul punto si veda: A. Gambaro, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, I, 881.

li, non solo hanno dato massimo impulso alla circolazione e all'affermazione di modelli regolamentari di tipo privatistico, ma hanno costruito un modello interaziendale di autoregolamentazione che, in non pochi frangenti, trova riconoscimento e validazione nell'ordinamento giuridico statale: ciò ha favorito, conseguentemente, l'affermazione dei diritti fondamentali e la tutela costituzionale delle attività industriali[123].

La disciplina interaziendale costituisce per alcuni aspetti un ordinamento giuridico autonomo[124], sia quando si pone come regola-

[123] Sul punto si veda: G. Teubner, *Aspetti*, cit., 18. Un esempio concreto di come diversi ordinamenti giuridici possono convivere, sollecitando reciprocamente integrazioni e ulteriori sviluppi, è proprio il campo della c.d. Responsabilità sociale d'impresa (rsi): nel vuoto politico che caratterizza il governo globale dell'economia a livello istituzionale si è operato attraverso l'individuazione di una politica di impresa generalmente condivisa anche dagli operatori economici, che si sono impegnati ad autodisciplinarsi secondo le direttive definite al livello pattizio. Nel corso degli ultimi decenni si è affermata, inizialmente a livello internazionale e successivamente in ambito europeo, una crescente consapevolezza dei compiti e delle funzioni dell'impresa multinazionale, che ha trovato espressione a livello istituzionale nelle Linee Guida OCSE del 1976, rivolte agli Stati e alle multinazionali, al fine di promuovere la rsi, anche attraverso codici di condotta, e, in seguito, nella Dichiarazione Tripartita dei Principi riguardanti le Aziende multinazionali e la Politica Sociale dell'Oil, del 1977 (riformulato nel 2000). Anche l'Onu ha proposto il Global Compact (nel 1999), un codice di condotta volontario cui possono aderire le imprese, sul punto si veda: G. Conte, *Codici etici*, cit., 110 ss. Diverse anche le iniziative a livello europeo, tra cui si distinguono, oltre diverse commissioni di studio, anche alcuni fonti di *soft law*, come il Libro Verde della Commissione della Comunità Europea, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* (COM(2001) 366) e la Comunicazione della Commissione della Comunità Europea, *La responsabilità sociale delle imprese allo sviluppo sostenibile* (COM(2002) 347); per un quadro esaustivo sull'argomento si veda M. Ricci, *Ambiente di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Lavoro e responsabilità dell'impresa*, Bologna, 2006, 33. Più in generale, sul ruolo normopoietico delle grandi imprese transnazionali: M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 131.

[124] Sul punto già S. Romano, *L'ordinamento*, cit., 62 osservava come «qualsiasi persona potrà dare un regime, un assetto, un'organizzazione ad un suo stabilimento industriale, ad una scuola da lui tenuta, ad una sua impresa commerciale. Anche in tutti questi casi si avranno piccoli istituzioni, microcosmi giuridici, dei quali l'elemento personale, che dell'istituzione rappresenta il *dominus*, potrà essere riassunto in un solo individuo, che però si integra con altri elementi che, fusi assieme e coordinati, costituiranno quella unità che potrà chiamarsi azienda, in senso ampio. Questa sarà un'istituzione, pel suo diritto interno, e, come tale, avrà un capo, un legislatore, dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e ingranaggi amministrativi: sarà quindi un mondo giuridico a sé, completo nel suo genere e nei suoi fini».

mentazione prettamente privata che vincola l'apparato manageriale o intraziendale, e, a maggior ragione, quando assume una rilevanza generale, esterna, sulla base di una regolamentazione consensuale, negoziata, attraverso cui si definiscono le condizioni e i presupposti della responsabilità sociale dell'impresa nei confronti degli *stakeholders* o si impongono, unilateralmente, ai *partners* commerciali le misure da adottare per intrattenere relazioni giuridiche con l'impresa[125]. Da questo angolo visuale l'adozione di linee guida e di codici etici (*business ethics*) esplica una funzione performativa sull'ambiente esterno[126], attraverso l'esercizio di una chiara funzione regolativa supplementare e/o alternativa a quella legislativa[127].

Tale regolamentazione interna sembra l'unica strategia regolativa in grado di incidere sui modelli strutturali del processo decisionale all'interno dell'organizzazione, in modo da "armonizzarsi" con il sistema giuridico e con quello politico: compito del diritto è, quindi,

---

[125] P. Muchlinski, *'Global Bukowina'*, cit., 84: l'A. analizza il concetto di *proto-law* elaborato da Teubner ed individua proprio nell'attività normativa delle multinazionali degli esempi di sistemi auto-disciplinati. Sul punto si veda altresì, J. Braithwaite, *Enforced Self-Regulation*, cit., 1473. Si veda, nella letteratura italiana, per una chiara distinzione fra i diversi concetti e prospettive della responsabilità sociale d'impresa e etica d'impresa: G. Bosi, *Impresa etica, etica d'impresa e diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2011, 124/I, il quale, tra l'altro, puntualizza come, in questo senso, l'organizzazione è concepita «alla stregua di una struttura democratica, là dove gli *stakeholders* nel complesso sono quello che il popolo è nella concezione classica della democrazia».

[126] V. Haufler, *A Public Role for the Private Sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington DC, 2001. Si veda altresì per una sintetica panoramica sull'affermazione della *self-regulation*: A. Belcher, *The Invention, Innovation and Diffusion of Self-Regulation in Corporate Governance*, in *North. Ire. L. Quart.*, 47, 1996, 322; A. Page, *Self-regulation: the Constitutional Dimension*, in *Mod. Law Rev.*, 49, 141, 1986.

[127] C. Angelici, *Responabilità sociale dell'impresa*, cit., 163-168/I, riprendendo le considerazioni dell'A. sui codici etici, è possibile affermare che, in generale, l'autodisciplina si colloca: «in una sorta di spazio vuoto, se si preferisce di zona grigia, fra "mercato" e "stato" […] Ed in effetti loro funzione, o comunque aspirazione, è appunto quella di rispondere ad esigenze che né il "mercato" né gli ordinamenti giuridici sono in grado di soddisfare». Sul punto si veda, inoltre, F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 33. Riconosce una chiara valenza giuridica ai codici di autodisciplina e ai codici etici, N. Irti, *Due temi di diritto societario*, cit., 699/I, il quale attribuisce ai codici etici la funzione di «determinazione unilaterale, ma giuridicamente vincolante, del grado di buona fede e di diligenza, che la società si obbliga a praticare».

modificare i rapporti sociali di potere all'interno dell'organizzazione privata, in modo che rispondano ad una finalità "pubblica"[128].

Sotto il profilo penalistico, il contributo, che le fonti private possono offrire, è limitato ad una relazione di tipo cooperativo, quindi complementare alla normazione pubblica, ove la legge delinea i principi o gli scopi da raggiungere e la fonte privata concorre a dettagliare i singoli comportamenti[129]. Questa relazione fra fonti pubbliche e fonti private si articola, in alcuni casi, secondo una procedura legale, che rinvia esplicitamente all'autoregolamentazione o a fonti di *self-regulation*, dotate di diversi gradi di autonomia rispetto all'ordinamento generale[130], oppure si realizza attraverso un meccanismo di convalida giurisprudenziale *ex post* della regola autonormata[131].

L'ordinamento giuridico intermedio, che si afferma tramite l'intervento dell'autodisciplina, in questo caso serve a "decodificare" le scelte poste dall'ordinamento giuridico generale e modularle in ba-

---

[128] J. Braithwaite, *Enforced Self Regulation*, cit., 1470; G. Teubner, *Il trilemma*, cit., 108.

[129] Sulle diverse forme di integrazione norma pubblica/norma privata si veda: A. Ongus, *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxf. J. Leg. St.*, 13, 1995, 97, 100. Questo tipo di regolamentazione si inserisce nell'ambito di un sistema normativo pubblico, secondo un modello di integrazione normativa o di co-legislazione, (noto come *mandated self-regulation*, o *sanctionated self-regulation*, o *coerced self-regulation*, o *enforced self regulation*) ove la struttura normativa di fonte pubblica stabilisce le condizioni di validità e di funzionamento della norma privata (*regulating self-regulation*) (J. Black, *Decentring*, cit., 103). Per questa situazione ibrida di fonti pubbliche e private sarebbe, quindi, più corretto parlare di *co-regulation*, termine che indica un fenomeno di decentralizzazione normativa parziale, il cui risultato, sul piano regolativo, è privo dei connotati propri dell'autodisciplina, per la rilevanza e l'impulso dato dalla disciplina pubblicistica.

[130] Si veda il settore della tutela della riservatezza, tra i primi in cui si è operato un rinvio ai codici deontologici. Il fenomeno è in espansione, oltre ai settori della responsabilità da reato degli enti e della sicurezza del lavoro, la necessità di ancorare la valutazione della responsabilità penale a parametri certi è emersa in particolare nell'ambito della colpa medica, con il rinvio alle linee guida, previste dal c.d. decreto Balduzzi.

[131] Il rilievo che la fonte privata assume nella definizione dell'obbligo di garanzia e dell'obbligo di diligenza è oramai un dato incontestabile anche nei sistemi di *civil law*. Un settore di notevole rilievo è quello della standardizzazione di norme tecniche, ove il criterio di legittimazione è quello del sapere tecnico, sul punto: F. Cafaggi, *La crisi della statualità*, cit., 557.

se ai singoli settori di attività[132]. Quali canali di specificazione della normativa posta dall'alto, le fonti autodisciplinari, in questo caso, concorrono allo svolgimento di una funzione prettamente regolativa.

Nell'ambito penalistico, la regola autonormata è, perciò, espressione di un principio già posto dall'ordinamento generale, come, ad esempio, nella colpa, la regola di diligenza[133]. Tuttavia, l'intervento

---

[132] Interessanti sono le tesi che J. Braithwaite, *Enforced*, cit., 1474 ss. porta a sostegno di questo nuovo modello regolativi di tipo misto, frutto dell'interazione fra pubblico e privato, le tesi possono essere sintetizzate in questi cinque punti: 1) l'autodisciplina è caratterizzata da maggiore specificità rispetto alla insopprimibile vaghezza della normativa di fonte legislativa; 2) risulta inoltre essere più semplice rispetto alla complessità che necessariamente presenta una fonte legislativa per l'obiettivo di disciplinare un numero notevole di situazioni eterogenee; 3) ne deriva, inoltre, la possibilità per l'autodisciplina di essere esaustiva rispetto alla cronica lacunosità della legge; 4) questo implica una maggiore difesa sociale in quanto la normativa risulta più penetrante, per cui difficilmente aggirabile da consulenti legali delle *corporation*; 5) da ultimo segnala la capacità dell'autodisciplina di adeguarsi prontamente alle innovazioni tecnologiche.

[133] Proprio la corrispondenza, da un punto di vista contenutistico, fra autodisciplina e ordinamento generale conferisce un carattere prettamente normativo alla regolamentazione privata, che si pone come «risultante di due momenti, quello organizzativo, relativo alla nascita di una istituzione (autodisciplinare) e quello normativo, connesso alla elezione di un complesso di regole relative alla condotta dei singoli soggetti organizzati come dell'organizzazione stessa, entrambi coessenziali e tipici della iniziale manifestazione di giuridicità che suole ricondursi al *nomen* di ordinamento giuridico», sul punto: F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 99. «L'insorgenza di un fenomeno autodisciplinare coincide, pertanto, con la nascita di un'organizzazione nel contesto della quale i soggetti formulano ed impongono norme di condotta alle quali si atterranno nei loro comportamenti e nelle loro attività, e creano gli strumenti di controllo necessari ad assicurarne l'attuazione. Quanto asserito giustifica l'evocazione, divenuta ormai tradizionale, della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici in sede di "giustificazione" del fenomeno autodisciplinare, alla stregua dell'ordinamento generale». Sul punto già S. Romano, *L'ordinamento*, cit., 105 s. evidenziava che il fenomeno mediante il quale si rende un'organizzazione fra privati essenzialmente autoritativa costituisce un fenomeno giuridico a "doppia faccia": «L'uno è quello dello Stato, e per esso la figura del contratto è, almeno di regola, la sola che può avere rilevanza: tutto ciò che non riesce a comporsi in essa rimane non tutelato da tale ordinamento e rischia anche di essere dichiarato illegittimo. L'altro è l'ordinamento particolare che si concreta in un'istituzione o più istituzioni costituite di intraprenditori o di operai, e ciò che pel diritto dello Stato è un contratto, per tale ordinamento vale come sistema a sé, più o meno autonomo, di diritto obbiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l'organizzazione dispone, nell'interno di essa […] Quando si constata universalmente che le leggi statuali su tale materia sono inadeguate, ciò non ha altro significato che all'infuori e

di una formazione sociale intermedia, dotata di autonomia normativa, come la disciplina aziendale nell'ambito della normativa sulla sicurezza del lavoro, permette di attuare in modo specifico ed effettivo i principi astratti e generali, che difficilmente si adattano alla particolarità di attività di settore[134]. Ma nello specificare il principio generale ed astratto, "innovano", ovvero individuano nuove ipotesi di diligenza, che non riducono, ma allargano il campo della responsabilità[135], conferendo all'autodisciplina i caratteri della specialità e dell'originalità. Si introduce così un'idea "gradualistica di normatività", in cui il fondamento di una norma non si basa (solo) sulla va-

---

talvolta in opposizione a tali leggi, si sono venuti costituendo degli ordinamenti che reclamano, sinora invano, di essere accolti nelle medesime leggi, in modo che alle sanzioni che essi ottengono nell'interno delle imprese industriali, dei gruppi professionali, ecc., si possano aggiungere quelle più efficaci che sarebbero dello Stato. In altri termini, si hanno degli enti che, in parte, pel diritto statuale sono enti di fatto, ma che, considerati in sé, hanno quel carattere istituzionale che ne fa, secondo i concetti già svolti, degli organismi giuridici».

[134] Il riconoscimento di un carattere autonomo in questo caso non è compromesso dal fatto che un ordinamento privato si costituisce in base all'ordinamento statale, come già segnalava S. Romano, voce, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 16: «un ordinamento che si costituisce in base ad un ordinamento superiore, non si confonde e si amalgama, almeno sempre e necessariamente, con quest'ultimo, ma può restare ben distinto da esso. Senza dubbio, i due ordinamenti staranno in connessione l'uno con l'altro, e questa connessione sarà, secondo i casi, più o meno stretta, ma di regola non si risolverà in una vera e propria medesimezza. Donde la possibilità che ricorrano gli estremi dell'autonomia, la quale, si noti bene, implica una indipendenza che però non è necessario che sia assoluta, ma tollera una serie di gradazione». Inoltre, sottolinea l'A., che: «la figura dell'autonomia è da escludere per gli ordinamenti costituiti da privati all'infuori di ogni attacco con un ordinamento superiore e quindi con l'ordinamento statale» (*ibidem* 24) ed ancora: «il carattere specifico dell'autonomia deve ricercarsi non tanto nell'elemento della volontà con cui questa può esplicarsi, quanto nel fatto oggettivo della formazione di un ordinamento che abbia certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento» (*ibidem* 29). Ed ancora più chiaramente in *L'ordinamento*, cit., 162, l'A. afferma che «la c.d. disciplina dello stabilimento non rientra, se non indirettamente e per colleganza estrinseca, nel contratto del lavoro. Certo, senza tale contratto, il lavoratore non sarebbe ad essa vincolato, ma questo non è che un suo presupposto. La disciplina nasce non dal patto contrattuale, ma dall'organizzazione interna all'impresa, di cui viene a far parte previo tale patto: organizzazione che il diritto statuale non prende in considerazione diretta». Sulla funzione integratrice dei codici di autodisciplina: C. Pedrazzi, *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1050.

[135] Quasi testualmente: N. Irti, *Due temi di governo societario*, cit., 699/I.

lidità «dei processi produttivi del diritto ma sull'effettività della loro rilevanza giuridica»[136]. La norma autodisciplina, in altre parole, esplica un effetto regolativo, in quanto costituisce un efficace strumento giuridico, per cui la sua osservanza è legata alla capacità di incidere effettivamente sulla situazione concreta, non solo alla sua astratta efficacia vincolante.

Anzi, pur dotata di alcuni caratteri che connotano la normatività, le fonti di autodisciplina in diritto penale, in realtà, difettano del requisito essenziale dell'efficacia vincolante. La responsabilità dell'assenza di tale carattere è da attribuire al legislatore, che, ove rinvia a fonti di autodisciplina, omette di prevedere un meccanismo di formalizzazione, in modo da vincolare all'osservanza sia i privati, che si autodisciplinano, sia il giudice, il quale, nella situazione attuale, ha, invece, un potere assolutamente discrezionale sul processo di giuridificazione di fonti private[137].

Individuare un meccanismo attraverso il quale riconoscere efficacia vincolante alle fonti private significa risolvere un problema di certezza del diritto e di predeterminabilità delle decisioni della prassi giurisprudenziale.

Da questa articolata angolazione, la legge non può limitarsi a legittimare una delega della funzione normativa alla fonte privata, in

---

[136] Così, A. Moscarini, *Le fonti*, cit., 1914.

[137] In ambito societario, invece, la "disciplina dei privati" assume contenuti di originalità e di specialità, e, conseguentemente, esplica un'efficacia vincolante, in quanto assume un carattere oggettivo, che vincola, al pari di qualsiasi altra norma, lo stesso soggetto che le ha poste. In questo senso: N. Irti, *Due temi di governo societario*, cit., 699/I. Diversa e contraria è, invece, l'opinione di A. Gambaro, *Etica dell'impresa*, cit., 887, il quale ritiene che senza una espressa traduzione in norme imperative, le istanze dei codici etici resteranno «scritte in un libro dei sogni». Tuttavia, l'A. opera un distinguo fra codici etici e norme etiche che si traducono in vincoli di diritto privato, ovvero «parti di codici etici riguardanti l'organizzazione d'impresa nei rapporti interni ed esterni ad essa, con regole destinate all'applicazione giuridica con vincoli di diritto privato attinente ai rapporti di lavoro subordinato dei lavoratori e del management ovvero i rapporti contrattuali attraverso i quali l'impresa ponga vincoli coerenti con istanze etiche nella produzione di beni e nella prestazione di servizi». Il riferimento è, evidentemente, ai codici di autodisciplina e ai modelli organizzativi, che, come abbiamo visto, sono dotati di efficacia vincolante nell'ambito dei rapporti endoaziendali ed assumono rilevo oggettivo, e quindi efficace esterna. Sui codici etici altrettanto critica è la posizione di G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 23 ss.

quanto il problema non si riduce semplicisticamente alla contrapposizione teorica per il carattere assoluto o relativo della riserva di legge in diritto penale[138].

Viceversa è opportuno interrogarsi se, rispetto alle fonti private con efficacia esterna, tale legittimazione legislativa assolva al compito di garanzia del principio di democrazia, insito nella funzione normativa[139]. Ovvero occorre verificare se la regola autonormata, qualora sia dotata di un'efficacia *erga omnes* – per cui si impone come regola "oggettiva"[140], di validità generale – sia espressione non di libertà, ma di un "potere dei privati"[141] quale connotato ordinamentale di legittimazione normopoetica, e soddisfi, inoltre, le esigenze sottese al principio di legalità, che della democraticità è l'espressione tecnico-formale. Verificata tale condizione, non dovrebbero, poi sorgere, ostacoli per vincolare i destinatari del precetto autonormato – ovvero il privato che l'ha posta e il giudice che ne deve dare attuazione – alla sua osservanza.

Esula dai limitati confini di questa analisi una riflessione sul concetto di democrazia[142], il cui contenuto costituisce, tuttavia, il cri-

---

[138] È indubbio che il rinvio legislativo ad una fonte di autodisciplina le conferisca un carattere giuridico, per cui vincolante ed, in questo caso, siamo in presenza di un vero è proprio fenomeno di "privatizzazione del diritto". Il discorso, invece, dovrebbe allargarsi anche a quelle situazioni di volontaria assunzione di regole di fonte privata, che pur mancando di efficacia vincolante, nondimeno assumono rilevanza giuridica.

[139] F. Cafaggi, *La crisi della statualità*, cit., 572 ss. R. Cooter, *Decentralized Law*, cit., 1677. In senso critico: A. Ongus, *Rethinking*, cit., 98, il quale evidenzia la possibilità che un sistema autoregolamentato possa mancare di democraticità

[140] Secondo S. Romano, *L'ordinamento*, cit., 17, l'obiettività è una caratteristica del diritto e «si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e si innalza sugli individui». Sulla rilevanza oggettiva del "diritto autodisciplinato" si veda: N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa"*.

[141] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 49. In questo caso non si fa riferimento al concetto di autonomia privata quale sinonimo di autonomia contrattuale, in quanto la norma che trova la propria fonte nell'autodisciplina presenta i caratteri della generalità ed astrattezza, tipici delle norme delle norme pubblicistiche, sul punto: R. Guastini, (voce) *ordinamento giuridico*, cit., 431.

[142] La riflessione teorica su concetto di democrazia nell'epoca della globalizzazione, è segnata dalla situazione di profonda crisi delle istituzioni democratiche "tradizionali", da cui deriva la necessità di individuare strumenti di "rivitalizzazione" della democrazia, come osserva: C. Galli, *Il disagio della democrazia,* Torino, 2011, 6, 71, 81 ss. Sull'esigenza di colmare il deficit di democraticità che la glo-

terio di legittimazione anche di scelte normative operate attraverso procedimenti informali, non statuali, per cui è doveroso delineare, seppur attraverso una definizione stipulativa, il significato che assume in questo specifico contesto di ricerca: il valore democratico di una decisione politica si riconosce nella correttezza della procedura che legittima l'autorità pubblica ad emanare regole sulla base di una partecipazione allargata. Non è tuttavia una soluzione condivisa, anche tramite il principio di maggioranza, a garantire il rispetto della democrazia, bensì le condizioni procedurali che consentono un dialogo democratico volto all'accordo sulla base delle migliori argomentazioni[143]. Il significato della democrazia procedurale si esprime nel funzionamento del principio di sussidiarietà, che governa, attraverso regole di compatibilità, i rapporti fra diritto statuale e norme poste

---

balizzazione ha prodotto in diversi contesti economici, politici, sociali si vedano le riflessioni di S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 35, 42 ss., il quale propone un concetto di democrazia giocato sulla contrapposizione dialettica fra inclusione/esclusione e, fra i diversi rimedi, suggerisce un sistema integrato di democrazia partecipativa e democrazia diretta. Significative sono le riflessioni di C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 41, il quale individua come causa principale della crisi della democrazia, ovvero la sua "banalizzazione", l'affermazione di un'economia globalizzata, che conferisce sempre più potere e ricchezza alle imprese multinazionali (o transnazionali), affievolendo, quindi, qualsiasi politica egualitaria e determinando il tramonto di forme di democrazia attiva e creativa (60). In particolare con riferimento al sistema giuridico: F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 31, l'A. si interroga su cosa «debba intendersi per democrazia in un contesto di ordine internazionale articolato in enti, organizzazioni, associazioni e imprese sui quali i cittadini quasi mai hanno possibilità di esercitare un controllo, non disponendo di basi sufficienti per manifestare consenso o dissenso, essendo ormai chiaro che l'incapacità dei sistemi democratici di venire a patti con la realtà sopra descritta sancirà una volta per tutte la marginalità di ogni azione tesa a definire forme e limiti dell'intervento politico». Nella letteratura penalistica: M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*; G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, cit., 1; Id., *Legalità e democrazia*, cit., 1252; Id., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., 162; M. Ronco, *Il principio di legalità*, in M. Ronco (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, 20 ss.

[143] Rivendicano un ruolo fondamentale della scienza penalistica di controllo sulla razionalità democratica, quale argine alle spinte corporativiste, M. Donini, G. Insolera, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge*, cit., 22; diversa, invece, è la posizione di G. Fiandaca, *ivi*, 45, il quale, invece, attribuisce alla scienza penale un "ruolo debole", più attenta alla sfera applicativa del diritto.

dai gruppi intermedi che si autodisciplinano, in modo da favorire un processo di inclusione fra soggetti diversi, salvaguardando un concetto pluralista di democrazia[144]. Tutelare l'esigenza dell'individuo di autorganizzarsi in strutture intermedie non implica, quindi, la passiva accettazione di qualsiasi regola autonormata, ma solo di quelle regole espressione di autonomia, riflessività, democraticità, ben potendo una fonte privata (come ad esempio nella *lex mercatoria*) essere espressione anche di interessi corporativi, quindi riaffermazione di un potere autoritario-conformativo, espressione tipica di diritto pubblico[145]. Lo scopo principale è determinare un processo di inclusione, senza sacrificare il diritto alla differenza, diritto fondamentale per salvaguardare il funzionamento di una società pluralista.

Non è possibile offrire una risposta sulla validità di questo modello prima di aver verificato come si strutturi in concreto la norma penale nel sistema regolativo sin qui delineato, pertanto solo dopo l'analisi di alcuni settori normativi, che seguirà nei prossimi capitoli, sarà possibile appurare come effettivamente il principio di legalità e di democraticità abbiano trovato realizzazione nei singoli ordinamenti e quale risposta gli stessi abbiano elaborato al problema dell'efficacia della disposizione autonormata.

La premessa di questa ipotesi di ricerca è, pertanto, fondata sulla possibilità di individuare le garanzie di democraticità non in una riduttiva assimilazione della fonte privata a quella legislativa, ma proprio nella procedura di produzione della regola autonormata. Lo scopo è, infine, quello di delineare un processo di giuridificazione *ex ante* della regola autonormata, in modo da riconoscerle un'efficacia vincolante, così da "stabilizzare" le pretese giuridiche in un quadro

---

[144] Sul punto diffusamente S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 138, 171 e *passim*. Secondo G. Teubner, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale,* in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili,* Roma, 2005, 76: «La democrazia, intesa come principio organizzativo che al di là della politica istituzionalizzata, può funzionare solo se, in campi diversi, i potenziali di decisione sono per un verso fortemente specializzati, organizzati e razionalizzati e, per l'latro, non acquisiscono mai il controllo completo del proprio settore sociale, bensì sono a loro volta soggetti a un processo di controllo da parte di una molteplicità decentrata di processi comunicativi spontanei».

[145] F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 27, 77.

di incertezza epistemologica, come quello in cui si inscrive la disciplina della sicurezza del lavoro e della responsabilità degli enti.

5. *Il ruolo delle regole procedurali: norme di competenza*

Come già evidenziato, è la procedura[146] il fulcro delle garanzie che un concetto articolato e composito di democrazia esige. Essa esplica diverse funzioni: attraverso una proceduralizzazione del diritto, *in primis*, si salvaguarda l'autonomia dei sottosistemi sociali da influenze esterne. Inoltre la procedura contribuisce a delineare la struttura legale per lo sviluppo di un modello autodisciplinare, valido ed efficace, favorendo, così, una regolamentazione attraverso un decentramento esterno delle funzioni pubbliche. In questo modo, il sistema giuridico interviene in modo indiretto, responsabilizzando gli altri sottosistemi sociali verso la gestione e il governo dell'ambiente sociale esterno (processo di internalizzazione degli effetti collaterali). Infine una regolamentazione procedurale garantisce una migliore "canalizzazione" dei conflitti tramite un meccanismo integrativo[147].

Secondo Teubner il diritto in questo modo «si limiterebbe a regolare organizzazioni e procedure e a ridistribuire diritti di regolazione. Questo significa che, in concreto, nell'attuale situazione lo scopo principale del diritto non consiste più nel tenere sottocontrollo il potere e neppure nell'incrementare la partecipazione individuale al potere nel senso enfatico prospettato dalla c.d. "democrazia partecipativa", ma consiste invece nel progettare strutture organizzative interne (associazioni pubbliche, sindacati, mass media) che siano sensibili agli effetti sociali prodotti dalle strategie di massimiz-

---

[146] A. Febbrajo, *Introduzione*, cit., XVIII; G. Teubner, *Aspetti*, cit., 27 s. Id., *Il trilemma*, cit., 99, «la proceduralizzazione appare pertanto come una risposta sociale a determinate esigenze di organizzazione auto-referenziale in base ad "autonomia", "esternalizzazione e "coordinamento"». Sul punto si veda inoltre, F. Criscuolo, *L'autodisciplina*, cit., 10 ss. La tendenza alla proceduralizzazione del diritto si accompagna una formalizzazione del precetto, che propone degli obiettivi funzionali, sul punto: M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 91 s.

[147] G. Teubner, *Juridification*, cit., 33 ss.

zazione della specifica razionalità da essi adottata. La creazione di condizioni strutturali favorevoli allo sviluppo di una "coscienza organizzativa", che rifletta l'equilibrio tra funzione e attività del sistema sociale, dovrebbe essere il compito integrativo svolto dal diritto riflessivo»[148].

La dimensione procedurale del diritto, attraverso anche una decentralizzazione del sistema di controllo, assicura in sostanza il mantenimento di una pluralità di alternative d'azione, la conciliazione dei dissensi, il cambiamento e la flessibilità della risposta normativa. L'azione del sistema legale mira così ad indurre alcuni comportamenti, per cui la norma – anche penale – svolge una funzione di coordinamento fra i diversi sottosistemi[149].

Il modello c.d. di *responsive regulation* fa leva, quindi, su norme di organizzazione e procedure, che non coincidono con una regola, bensì delineano un processo ove una serie di situazioni conflittuali, di interessi particolaristici, anziché trovare soluzione nella regola giuridica, tendono ad un'integrazione nel processo comunicativo creato dal sistema giuridico.

Ricostruendo il concetto di democrazia che affiora in questa analisi, è possibile quindi sostenere che rispetto ad una società frammentata e pluralista, articolata attraverso organizzazioni complesse, il processo di democratizzazione non si riduce all'incremento della partecipazione degli interessati, né semplicemente all'eliminazione di situazioni sperequate di potere (asimmetrie informative etc.), ma nell'imporre all'ente privato (sia individuale che collettivo) di internalizzare i conflitti e gli effetti collaterali del proprio

[148] Così: G. Teubner, *Aspetti*, cit., 28 il quale descrive una "regolazione decentrata del contesto". Si veda, inoltre, T. Daintith, *Il diritto come strumento*, cit., 33, il quale definisce le procedure norme che «stabiliscono processi decisionali o forme di soluzione dei conflitti fra soggetti privati». Commenta Daintith che la rilevanza di tale categorie di norme sarebbe dovuta alla fiducia governativa riposta nella partecipazione di associazioni private alla formulazione o attuazione di obiettivi di politica governativa: fenomeno riconducibile appunto all'autoregolamentazione. La disciplina procedurale sarebbe il mezzo con il quale lo stato crea ed organizza la struttura interna di tali associazioni nonché la forma dei reciproci rapporti fra di esse.

[149] J. Black, *Costitutionalising Self-Regulation*, 59, *Mod. Law Rev.*, 1996, 24, 47.

agire[150], attraverso un processo riflessivo che ne garantisce la salvaguardia della sua peculiare identità. La riflessività del diritto, come garanzia della differenza, costituisce un passaggio necessario attraverso cui si deve sostituire un controllo esterno con un più efficace controllo interno[151].

Il modello teorico di controllo mediante organizzazione, ovvero di regolamentazione dell'autodisciplina, sembrerebbe corrispondere alle esigenze di un concetto composito di democrazia, mentre le regole procedurali e il decentramento normativo costituirebbero gli ingranaggi del meccanismo regolativo.

In sintesi il modello strategico che pare emergere è frutto di un'interazione fra diritto materiale (nel senso sopra precisato) e diritto riflessivo. Tuttavia, per salvaguardare l'autonomia del sottosistema regolato, accanto ad un'accentuazione degli aspetti sostanziali, il diritto tende a potenziare anche gli aspetti formali attraverso la specializzazione, la professionalizzazione e la sistematizzazione interna. Ciò preserva anche una differenziazione funzionale della società che ne accresce la sua autonomia ed identità. Da questa constatazione se ne deduce che il diritto assume un carattere autoreferenziale[152]: il sistema legale reagisce e risponde solo ai propri impulsi, che tuttavia sono reinterpretati alla luce delle necessità e delle esigenze esterne[153]. Questa apertura verso i sottosistemi sociali sembra confermata anche dalla particolare struttura che ha assunto la nor-

---

[150] J. Black, *Costitutionalising*, cit., 30.

[151] G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 278 ss. La riflessività in questo senso si configura come capacità del diritto di regolare sistemi sociali attraverso la *self-regulation.*

[152] Sul punto G. Teubner, *Aspetti*, cit., 14, che parla di "riferimento autopoietico" quale garanzia dell'autonomia dei sottosistemi sociali, che presentano la propria differenziazione funzionale. Id., *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., 20, 27 ss. ovvero come forma di organizzazione chiusa, ma cognitivamente aperta verso l'ambiente o il contesto in cui opera.

[153] G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 249, Id., *Il diritto*, cit., 2 ss. ciò significa che gli impulsi provenienti dal mondo esterno non sono semplicemente ignorati, né si riflettono in modo lineare nel sistema giuridico, quanto piuttosto vengono selettivamente filtrati nella struttura legale ed adattati secondo la logica evolutiva del diritto. Sul punto si veda inoltre: J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 109

ma giuridica: come già segnalato, essa si articola secondo procedure, *standards* a trama aperta o regole orientate allo scopo[154].

Questo, tuttavia, è un quadro teorico che non trova piena realizzazione in alcun ordinamento, ma segna un'ipotesi verso cui potrebbe (o è auspicabile che si evolva) evolvere il diritto. Occorre ora "collaudarlo" in un contesto giuridico reale.

[154] G. Teubner, *Substantive and Reflexive*, cit., 254, la struttura che assume la norma giuridica indica una tendenza al perseguimento di obiettivi politici, in contrasto con il diritto dello stato liberale, che si limitava a garantire solo spazi di autonomia private. È evidente che questo processo di materializzazione della legge inizialmente si inserisce nel passaggio evolutivo dello stato liberale allo stato interventista, ma successivamente diviene il nocciolo teorico-ideologico della c.d. *substantive law*, che rivendica come funzione del diritto quella di intervenire nei processi sociali. Questo aspetto del sistema legale può esprimere un carattere regressivo del diritto, che, incapace di confrontarsi con la complessità delle iterazioni dei sottosistemi sociali differenziati, risponde semplicemente con un'ottica autoritaria e centralizzata. Mentre la predominanza di aspetti *responsive* e riflessivi del diritto, laddove quindi si compie un processo di democratizzazione delle sfere sociali, sarebbe compatibile con un sistema sociale complesso e differenziato.

Capitolo II

IL CONTROLLO MEDIANTE ORGANIZZAZIONE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL MODELLO INGLESE SULLA SICUREZZA DEL LAVORO

Sommario: 1. L'affermazione di statuti particolari quale espressione di logiche corporativiste e prassi negoziali di risoluzione dei conflitti. – 2. Il diritto penale della sicurezza del lavoro: modelli di tutela. – 3. Origine ed evoluzione storica della tutela della sicurezza ed igiene del lavoro e la prevenzione delle malattie professionali come prototipo del c.d. diritto penale del rischio. – 3.1. Il diritto penale del rischio e funzione "comunicativa" del diritto. – 4. Il sistema britannico della sicurezza del lavoro: evoluzione storica. – 4.1. *Robens Committee*. – 5. *Health and Safety at Work Act 1974* e la *proactive regulation and control*. – 5.1. La complessità istituzionale e la struttura amministrativa della disciplina dell'*HSWA*: il ruolo della commissione e dell'esecutivo. – 5.2. L'attività ispettiva. – 5.3. L'articolazione e l'integrazione delle fonti normative: delegificazione e autodisciplina nella *Health and Safety Regulation*. – 5.3.1. *Duty of care* fra *negligence e statutory law*. – 5.3.2. General duty clause *e modelli di integrazione*. – 6. Il sistema aziendale come realtà istituzionale autonoma, che persegue fini pubblicistici: dimensione normativa e informativa. – 7. La peculiarità del sistema di *common law*: dal modello *command and control* alle logiche promozionali del diritto "preventivo". – 8. *Carrot and stick*. – 9. Aspetti problematici delle strategie di *compliace*.

1. *L'affermazione di statuti particolari quale espressione di logiche corporativiste e prassi negoziali di risoluzione dei conflitti*

L'analisi assume come principale strumento investigativo l'approfondimento esegetico, al fine di descrivere il profondo cambiamento che l'ordinamento giuridico vive attraverso la produzione di leggi settoriali, leggi speciali e normativa complementare. Come evi-

denziato dalla dottrina, la configurazione del sistema giuridico muta, delineando un movimento erratico rispetto alla razionalità di un "sistema tolemaico" il cui fulcro si incentra sull'idea di codice[1].

Questa preliminare considerazione parte dall'osservazione – già evidenziata nel precedente capitolo – del processo di intensa giuridificazione dei rapporti sociali ed economici, che pare segnalare un "eccesso di delega" dei sistemi sociali e politici a carico del sistema giuridico[2], de-

---

[1] L'ipertrofia della legge come segno di crisi del diritto è già al centro della riflessione di F. Carnelutti, *La morte del diritto*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 178, 180, il quale afferma: «questa illusoria vitalità (l'ipertrofia) è più veramente la febbre che lo consuma (il diritto)» *ibidem* 190. Sul punto insuperabili restano le osservazioni di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1ª, 1979 e successive edizioni. Sul versante penalistico si vedano: F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione di beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 466; Id., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 694; C.E. Paliero, "Minima non curat paetor", cit., *passim* e, in particolare, sul processo di decodificazione 83 ss.

[2] Per un'analisi da un punto di vista sociologico si rinvia: N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., 36 e 192, il quale evidenzia che nel passaggio del problema del trattamento del rischio dal sistema politico al sistema giuridico, quest'ultimo reagisce deformando i principi e le logiche giuridiche. Così si spiega il passaggio ad un tipo di responsabilità oggettiva, la crisi del nesso causale, il superamento del concetto di diritto soggettivo, l'inadeguatezza di forme di responsabilità individuale; tutti mutamenti particolarmente delicati rispetto al sistema penale. Sotto il profilo dell'impostazione della responsabilità penale, le logiche dei sistemi complessi compromettono la possibilità di individuare una responsabilità individuale, come evidenzia: U. Beck, *La società del rischio*, cit., 43: «Il significato biografico dell'idea di sistema si mostra in quanto *è possibile fare delle cose e continuarle a fare, senza doversene assumere la responsabilità.* Si agisce, per così dire, in propria assenza. L'altro generalizzato – il sistema – agisce in ciascuno ed attraverso ciascuno: questa è la morale da schiavi della civiltà, in cui si agisce personalmente e socialmente come se si fosse soggetti ad un destino naturale, alla "legge di gravità" del sistema». Si veda, inoltre, V. Ferrari, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. Rossi, *Fine del diritto*, cit., 37: «Quando nel 1985 Lawrence Friedman ci parlava di "giustizia totale", riferendosi alla crescente tendenza dei contemporanei a indirizzare le loro aspettative verso il sistema giuridico e specialmente verso le corti di giustizia in forma di *rights*, non soltanto contribuiva alla comprensione di fenomeni sociali come la *litigation explosion*, che abbiamo già ricordato, ma apportava altresì un elemento di ottimismo circa la capacità del sistema giuridico di assorbire, canalizzandolo nelle istituzioni formali, un cumulo crescente di tensioni sociali. Un asse portante dello stato sociale, d'altronde, è stato precisamente questo, sia pure con le note differenze tra luogo e luogo, le note deviazioni verso assistenzialismo funzionale allo scambio politico e le altrettanto note conseguenze in termini di incremento del debito pubblico di molti paesi, fra cui primariamente il nostro».

terminando un "consumo di norme"[3] sproporzionato. Questa "pervasione giuridica" svela, in realtà, una logica sottile e complessa ove il diritto ingloba settori e ambiti tradizionalmente delegati all'autonomia negoziale, la cui logica eminentemente privatistica lascia un'insopprimibile traccia nella finalità di «edificare l'autorità delle leggi sul negoziato consenso delle parti sociali, così risolvendole in veri e propri statuti di gruppo»[4].

Il nuovo percorso che l'ordinamento giuridico traccia nella sua recente evoluzione mostra uno sviluppo apparentemente contraddittorio: sottraendo all'autonomia negoziale dei singoli la disciplina di rapporti fondamentali, lo stato liberale dilata le sue funzioni e il suo ambito di attività, ma a sua volta rimanda all'autonomia dei gruppi e delle categorie, secondo una logica neo-contrattualista, la definizione dei termini e delle condizioni dei medesimi rapporti[5]. Così, ad esempio, il consumatore esprime le sue rivendicazioni e i suoi interessi non nell'ambito di un rapporto negoziale intersoggettivo, bensì proietta verso una "dimensione pubblica" istanze privatistiche, ma reiterate nella collettività, sancendo attraverso le disposizioni imperative, penalmente sanzionate, gli interessi e la tutela del consumatore[6].

---

[3] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 4ª ed., 1999, 4, 66. G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, (a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova), Padova, rist. 1963, 13, il come anche l'attività normativa dello Stato diventa così capillare da instaurare "la dittatura della circolare". Ciò significa che la legge perde la funzione di volontà superiore che domina e dirige le volontà dirette, ma diventa volontà particolare. Fra la legge e le altre norme dell'agire pratico non vi è più differenza, così norma privata e norma pubblica tendono ad identificarsi.

[4] N. Irti, *L'età*, cit., 3; 39 ss. il quale individua in tale fenomeno giuridico l'esistenza di un contraddittorio, particolarismo legislativo, 117 ss.; G. Alpa, L. Rossi Carleo, *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 40 ss.; F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 123.

[5] Si passa da una tutela dei diritti ad una tutela dello *status*, ovvero la tutela della «posizione dell'individuo nelle varie cerchie e comunità sociali, si svolge e realizza mediante il *negoziato con le autorità pubbliche*.», così: N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 41.

[6] Così rileva: N. Irti, *L'età*, cit., 41 «l'individuo, rifugiatosi all'interno del gruppo, chiede soltanto a questo, alla sua capacità di pressione e di minaccia, alla sua forza di negoziato, la tutela di interessi e di prerogative». L'affermazione dei diritti sociali e dei diritti collettivi segna il declino della "logica proprietaria" dei diritti e la necessità di istituzionalizzare i diritti sociali, per evitare collusioni fra

Tale fenomeno di giuridificazione di istanze tradizionalmente negoziali avviene, inoltre, attraverso la "negoziazione collettiva" della disciplina, mediante l'affermazione di particolarismi legislativi e statuti giuridici.

Il policentrismo[7] assume, di conseguenza, il ruolo di figura simbolica del sistema giuridico, anche penale e si manifesta inesorabilmente nella diversificazione del linguaggio tecnico, nella delimitazione dei destinatari per categorie, nel particolarismo della materia disciplinata, nell'istituzione di autorità indipendenti e nel pluralismo delle fonti. Tutti aspetti di un sistema che si scompone in settori specifici, pervasi da logiche autonome e principi organici, ma che soprattutto prevalgono sulle disposizioni generali e astratte.

L'affermazione di statuti particolari e la prevalenza di logiche negoziali si diffondono principalmente in settori dove marcati conflitti sociali, economici e di classe hanno determinato la crisi dello stato liberale, la cui trasposizione giuridica è l'idea di codice[8]. Il configurarsi di un interventismo statale attraverso l'affermazione di micro-sistemi (sistemi autonomi) giuridici necessita, pertanto, di una riflessione sistematica, al fine di giungere ad un processo di consolidazione giuridica, recuperando, in questo modo, la certezza della legge o meglio la *certezza delle leggi*. L'ordinamento giuridico appare sempre avviluppato in una "vorticosa fluidità", costituito da uno «stratificarsi di norme, mescolarsi di linguaggi e di nomenclature tecniche, collidere di logiche e criteri regolativi»[9] e questa immagine di "un mondo in frantumi" è espressione di una società frammentata e pulviscolare, che rivendica, tuttavia, la certezza dei singoli statuti e dei singoli corpi di leggi, anche in un modello in cui prevale la singola *regula* sul sistema[10].

---

autorità pubblica ed interessi privati, sul punto si veda, inoltre: S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 108 ss.

[7] N. Irti, *L'età*, cit., 86, 113 ss.

[8] Sulla crisi del diritto dovuta allo complessità sociale ed economica, che ha progressivamente emarginato l'individuo dalle scelte e dalla gestione dei sistemi produttivi, imponendo un intervento statale diffuso e capillare, si veda: G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 13, 21.

[9] Così N. Irti, *L'età*, cit., 95.

[10] Tale situazione è per certi aspetti paragonabile alla frammentazione giuridica tipica dei sistemi legali medievali. Sul punto: di Maur. Lupoi, *Alle radici del*

L'ingresso di logiche negoziali nell'ambito di un sistema di legalità formale ha implicato una de-formalizzazione del processo normativo, che si è aperto all'intervento di diversi co-legislatori, di natura pubblica e privata[11]. Dal momento in cui lo Stato muta la sua funzione, trasformandola nella gestione di attività industriali ed economiche, anche la sua struttura si adegua e si plasma secondo la natura di queste organizzazioni complesse. L'assetto istituzionale sembra, infatti, ripetere dall'organizzazione societaria il modello organizzativo e, così come non è certo l'assemblea dei soci nelle società commerciali a svolgere un ruolo fondamentale, anche il Parlamento perde la funzione centrale di luogo della direzione politica e legislativa[12]. Mutano processi e luoghi della mediazione politica e, accanto ad istituzioni pubbliche, si affermano enti privati come luoghi di mediazione di diversi interessi. In particolare l'impresa si afferma come soggetto politico autonomo, che gestisce, secondo una logica micro-corporativista, i conflitti. Ciò ha determinato inevitabilmente una "rottura" del sistema di legalità, inteso come circuito chiuso e rigido di fonti del diritto e di processi legislativi.

In questo contesto la definizione del procedimento normativo che si esplica in forma "negoziata" ha comportato principalmente la de-strutturazione dell'assetto delle fonti: in particolare la "delega" all'autodisciplina diviene essenziale per implementare una strategia cooperativa, che sia in grado di sviluppare modelli regolativi adatti alla singola realtà[13].

---

mondo giuridico europeo, cit., *passim*; Id., *Sistemi giuridici comparati.*, cit., 28; P. Grossi, *Ordine giuridico medievale*, cit., 52 ss. e 223 ss.

[11] Il fenomeno è stato visto come collasso della distinzione pubblico-privato accompagnata dall'emersione di istituzioni regolative ibride, sul punto si veda J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 110. G. Messina, *Il diritto liquido?*, cit., 83 ss.

[12] G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 23 s. Sul punto si veda, inoltre, l'evoluzione parallela della forme e delle strutture della democrazia politica e della democrazia economica descritta da F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 157.

[13] F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 125 riconosce una tendenza del potere economico al rifiuto di una mediazione politica e di riappropriazione degli strumenti normativi, vocazione ereditata dalla classe mercantile medievale. Si vedano, inoltre: P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in *Societas puniri potest*, Atti Convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002, Padova, 2003, 35. Sul ruolo della *collective and individual selfregu-*

Se il processo normopoietico si de-formalizza, la struttura precettiva della disposizione normativa invece si "formalizza". Ovvero la norma da precetto si trasforma in uno spazio procedurale per elaborare soluzioni giuridiche flessibili, per cui, come delineato nel primo capitolo, il sistema giuridico si apre a contenuti particolaristici (*rematerialization of formal law*), frantumando la razionalità "universale" del diritto formale in una pluralità di interessi contingenti. Il fine non è più governare le relazioni umane ed economiche, bensì di ampliarle, di legalizzarle, rispondendo alle varie finalità organizzative e di contrattazione dei vari fenomeni sociali ed economici. Il diritto non segue più una logica rigorosamente deduttiva, propria dei sistemi in cui il diritto è posto dall'alto, bensì risponde ad esigenze di contrattazione, orientandosi secondo criteri di ragionevolezza nell'ambito di un processo di bilanciamento in concreto di beni[14].

Il diritto, anche penale, diventa un sistema di garanzie eminentemente procedurale e si trasforma in funzione del procedimento che si istaura fra i protagonisti delle singole realtà economiche e sociali, al fine di "concordare" una soluzione – anche – provvisoria e contingente ai conflitti di interessi. La stessa analisi strutturale del testo legislativo, che prevede generalmente delle disposizioni finali, caratterizzate dall'esclusivo elemento sanzionatorio e prive di precetto, costituisce un ulteriore riconoscimento di una logica strumentale del diritto penale rispetto al procedimento di composizione del conflitto di interessi[15].

Tramontata l'idea di poter fondare l'espressione giuridica di una società in via deduttiva a partire da verità assiomatiche, coerenti con un'ottica semplificata del torto/ragione, l'unica metodologia rispondente alle esigenze di flessibilità e di mobilità del sistema sociale ed economico è quella improntata al dialogo e alla negoziazione.

---

lation si veda J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, London, Butterworths, 2003, 316, 322 ss.

[14] P. Barcellona, *Autonomia e cognitività del diritto moderno*, cit., 427

[15] In particolare emerge tale modello legislativo nell'ambito della tutela ambientale, F. Paccagnella, *Prevenzione di incidenti rilevanti connessi a sostanze pericolose*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 16; P. Patrono, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147.

L'analisi del mutato contesto sociale, economico e normativo non può tuttavia prescindere dal «patrimonio concettuale del passato» e dai valori e dalle garanzie poste a fondamento del discorso giuridico e politico. La de-strutturazione del processo normativo e la de-formalizzazione dell'attività normopoietica non implicano una "liquidazione" del principio di legalità, viceversa richiedono uno sforzo ulteriore per dominare ed informare anche «l'inquieto moto delle norme speciali»[16] alla luce dei principi e delle garanzie sottesi alla legalità.

L'irrinunciabile esigenza di certezza del diritto e di affermazione del principio di legalità rappresentano un innegabile valore e condizione di operatività di qualsiasi sistema normativo, anche se orientato verso prospettive utilitaristiche-efficientiste[17]. Anzi un sistema giuridico flessibile e dinamico, pur derogando alla "tradizionale" gerarchia delle fonti di produzione del diritto e prescrivendo in modo dettagliato le funzioni e i compiti attribuiti al sistema normativo secondario o extra-giuridico, determina maggiore certezza attraverso la costruzione di una procedura di definizione del precetto. La garanzia di legalità si basa, quindi, sulle "procedure di produzione del singolo precetto", che compensano la fluidità contenutistica, caratteristica dello scenario normativo esistente. Conseguentemente, l'assenza di una prospettiva precettiva disponibile *a priori* trova un ade-

[16] N. Irti, *L'età.*, cit., 100. Sul nuovo contenuto *dinamico* assunto dal concetto di certezza del diritto si veda: G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 60 ss. e *passim*

[17] Il sistema giuridico è caratterizzato, infatti, dall'assenza di un sistema valoriale, che ne giustifica e legittima l'intervento e trova, pertanto, solo nell'efficienza/effettività, quindi in un'ottica utilitaristica, il suo fondamento. Tuttavia, se risulta arduo o impossibile il tentativo di rinvenire un sistema di valori su cui fondare il diritto positivo, diviene, invece, imprescindibile dover, necessariamente, accentuare i profili di garanzia procedurale, affinché la soluzione dei conflitti avvenga attraverso il maggior consenso possibile. Sull'assenza di una prospettiva assiologica del diritto e sulla supremazia di considerazioni basate su di una logica utilitaristica, efficientista, come carattere della *governante*, si veda: G. Messina, *Diritto liquido?*, cit., 77 ss. Si veda, inoltre, per analoghe considerazioni sul diritto globale, M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 63: «[…] se la legislazione aveva un chiaro riferimento al "mito" della legalità, il diritto globale non può accampare tale pretesa e cerca chiavi diverse, spesso accontentandosi di "effettività". Anzi il passaggio dallo spirito di "legalità", che ispirava il diritto legislativo, all'intento di "effettività" che ispira il diritto globale va sottolineato come un passaggio significativo del cambiamento in corso».

guato bilanciamento in una procedura di produzione della norma, che coinvolge i suoi stessi destinatari.

La fenomenologia sin qui descritta è sintomatica di un cambiamento strutturale del sistema penale, che nell'ambito della tutela dell'ambiente di lavoro trova una manifestazione paradigmatica. Il diritto penale del lavoro assurge, in diversi ordinamenti, a sottosistema, realizzando così una tutela di valori (estranei o) complementari a quelli previsti dal nucleo codicistico.

L'approccio comparativo ha come scopo quello di verificare non solo un'omogeneità sul piano della tecnica legislativa e delle fonti del diritto, ma anche di far emergere – se esiste – una linea politica tendenzialmente uniforme di tutela e di modelli di disciplina che permetta di costruire un sistema intorno ad un nucleo unitario, fulcro teleologico di raccordo dei diversi frammenti normativi[18].

La tutela penale del lavoro, il cui scopo originario era quello di "governare" la fabbrica[19], si è imposto anche come sistema di governo delle persone giuridiche, pertanto l'analisi sospinge naturalmente verso l'approfondimento di alcuni aspetti della responsabilità delle persone giuridiche.

La proiezione della *business regulation* a livello meta-individuale costituisce, infatti, un'ovvia conseguenza della constatazione che le attività economiche sono principalmente svolte da soggetti collettivi[20], per cui non può essere ignorata la specificità dei destinatari in

---

[18] T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983, 18. Sul punto si veda: R. Baldwin, T. Daintith, *Harmonization and Hazard. Regulating Health and Safety in the European Workplace*, London, 1992, *passim*, in cui si delineano le direttrici della disciplina europea nell'ambito della sicurezza sul lavoro in base alla dicotomia fra giustizia ed effettività, che sembra riproporre la contrapposizione fra *regulation v. deregulation*. La disciplina europea vive, infatti, una continua tensione, che è suscitata, da un lato, dalla necessità di non interferire con il libero mercato e dalla preoccupazione di non produrre effetti distorsivi o barriere alla libera concorrenza e, quindi, di minimizzare l'intervento legislativo, dall'altro, dall'esigenza di assicurare un livello adeguato di protezione sociale per i lavoratori e quindi di interventi legislativi più incisivi.

[19] Osserva G Messina, *Diritto liquido?*, cit., 20, come: «[…] il concetto di governabilità ed efficienza istituzionale, prima ancora che alla problematica della complessità delle relazioni, è interno, nel dibattito novecentesco, alla riflessione di certe *èlites* su come controllare la richiesta di modificare gli equilibri sociali».

[20] Sul punto C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 14, il quale parla di *de-individualizzazione* degli agenti, per cui l'evento lesivo è un prodotto dell'organizzazione complessa.

concreto del messaggio giuridico, in quanto proprio in ragione della loro peculiare natura si è imposto un modello di regolamentazione completamente, diverso da quello tradizionale, destinato ai soggetti individuali[21].

2. *Il diritto penale della sicurezza del lavoro: modelli di tutela*

Attraverso un'analisi descrittiva del sistema penale di tutela della sicurezza del lavoro, è possibile osservare come si siano avvicendati pressoché in tutte le realtà giuridiche occidentali due modelli di regolamentazione[22].

Le tecniche legislative adottate possono essere classificate, in base alla differente filosofia politica che li anima, in due categorie. Un primo modello di disciplina, che potremmo definire la prima generazione della "disciplina delle attività pericolose", è caratterizzato da una normativa settoriale, specifica e dettagliata, in cui emerge un tentativo, forse un po' ingenuo, di tendenziale "positivizzazione" dei doveri precauzionali[23], volti all'abbattimento del *pericolo*. L'ambizione a creare un sistema precauzionale legislativamente chiuso informava le intenzioni del legislatore delle prime regolamentazioni sulla sicurezza del lavoro, ma l'esperienza ha dimostrato l'inanità di simile tentativo: un sistema siffatto, rigido e poco adattabile di fronte all'emergenza dell'era tecnologica, ha creato inevitabili lacune di tutela, rendendo necessario una "integrazione" ed un adattamento del sistema positivo sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale, attraverso il ricorso a generici doveri di diligenza o a clausole generali di tutela[24].

---

[21] S. Kadish, *Some Observations*, cit., 432 ss.

[22] A. Culotta, M. Di Lecce, G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavori*, Milano, 1998, V ed., 160 ss.

[23] Sulla difficile positivizzazione delle regole cautelari nel sistema penale del lavoro si veda: P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 141, 153 ss.

[24] Si pensi, nella prassi giurisprudenziale, il ricorso alla colpa generica, anche nei casi in cui vi è una sovrabbondante legislazione cautelare, o il ricorso all'art. 2087 c.c., come norma di chiusura dell'intero sistema della sicurezza del lavoro. Ma anche alla forzatura di tali disposizioni nella relativa prassi applicativa. Sul punto si veda *infra* cap. V.

Il modello "di seconda generazione" si ispira, invece, ad una filosofia "co-gestionale" o "cooperativa", in cui la norma giuridica si formalizza, offrendo prevalentemente un tipo di tutela procedurale, in cui si incontrano e si combinano i diversi interessi antagonisti[25]. Il passaggio da un sistema all'altro sembra seguire uno sviluppo progressivo e lineare e, in particolare in Europa, è sollecitato dalle disposizioni normative comunitarie.

La normativa sulla sicurezza del lavoro "di seconda generazione" è, infatti, il risultato delle tecniche comunitarie di c.d. armonizzazione coesiva[26], processo realizzato mediante l'adozione di diverse direttive che hanno imposto agli Stati membri una progressiva adesione ai principi europei. L'intera materia si fonda su alcune basilari enunciazioni contenute già nell'art. 118A dell'Atto Unico Europeo (e successivamente nell'art. 137 del Trattato CE e, dopo il Trattato di Lisbona, art. 153) che prevede il «miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori» (tale obiettivo è ulteriormente confermato anche all'art. 91 della Costituzione europea).

---

[25] La prevalenza di illeciti contravvenzionali, basati sul momento autorizzativo o animati da un finalismo preventivo-cautelare costituisce il fattore essenziale di questo mutamento di obiettivi nella legislazione penale complementare, dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni, così: T. Padovani, *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1989, 321 e 330; Id., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670. Sul punto: F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, cit., 19 ss., il quale parla di fatti non lesivi di un bene, ma elusivi di uno scopo. Si veda inoltre: G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 406. Per una panoramica sull'evoluzione teorica del concetto di bene giuridico: G. Fiandaca, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42, in particolare 59 ss. Evidenzia come l'individuazione del concetto di bene giuridico non nella sua dimensione statica, bensì quale unità dinamica funzionale si traduce di fatto in una tutela di funzioni: F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 170.

[26] B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 1, 3 s.; M. Ricci, *Alcune osservazioni introduttive in tema di sicurezza sul lavoro*, in Id. (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 18 s. In generale sul diritto penale di derivazione europea, limitandosi ai lavori più recenti: G. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, *passim*; C. Sotis, *Il diritto senza codici. Uno studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007, *passim.*

Una dettagliata definizione del programma europeo sulla sicurezza dell'ambiente di lavoro è offerta dalla direttiva-quadro 12 giugno 1989, n. 391 «concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro».

In particolare la direttiva 89/391/CEE segna una svolta nel panorama normativo europeo e nazionale, in quanto, differenziandosi dalla precedente impostazione "tecnico-regolamentare", impronta la sua azione più sul piano dei rapporti endo-aziendali e delle relazioni industriali, ovvero predilige una forma di gestione della sicurezza "orizzontale", attraverso l'instaurazione di un rapporto collaborativo fra lavoratore-datore di lavoro.

Il principio cardine sancisce l'obbligo di approntare una strategia globale di sicurezza, per adeguare il lavoro alle esigenze della persona (c.d. nozione integrale di salute)[27]. Tale obiettivo si realizza attraverso l'eliminazione dei rischi alla fonte e il continuo aggiornamento delle misure di sicurezza.

Il corretto adempimento del "debito di sicurezza" implica, quindi, una procedura di gestione in cui i fattori produttivi vengono apprezzati in relazione alle specifiche esigenze, attraverso una strategia programmata preventivamente e "condivisa" da diversi soggetti della realtà aziendale[28]. Nella definizione di questa procedura il parametro di valutazione è quello della "massima sicurezza tecnologicamente possibile", come già emerge nel preambolo della direttiva al dodicesimo "considerando".

La portata generale e radicale di tale impostazione affiora, in particolare, dal contenuto dell'obbligo che impone di intervenire preliminarmente sull'organizzazione dei fattori produttivi. La prerogativa del datore di lavoro-imprenditore viene quindi subordinata, o quantomeno influenzata, da un modello di gestione della sicurez-

---

[27] B. Maggi, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in *Ambiente, salute*, cit., 406.; L. Montuschi, *La sicurezza del lavoro e l'arte del possibile*, in *LD*, 1995, 405.

[28] M. Biagi, *Dalla nocività conflittuale alla sicurezza partecipata: relazioni industriali e ambiente di lavoro in Europa verso il 1992*, in Id. (a cura di) *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive comunitarie*, Rimini, 1991, 123, 133; L. Galantino, *Diritto del lavoro*, III ed., Torino, 2003, 163 ss.

za, in cui emerge uno stretto collegamento fra la tutela dell'ambiente di lavoro e la sua organizzazione.

Fulcro teleologico di questo "nuovo volto"[29] del diritto penale del lavoro è *tendenzialmente* l'abbattimento del *rischio*, assicurato attraverso una serie di misure precauzionali che, tuttavia, garantiscono con certezza solo una sua riduzione e non l'azzeramento. L'intervento normativo, sebbene si collochi nell'ambito di un sistema giuridico informato al principio di precauzione, non è, infatti, in grado di realizzare una politica di *assoluta* sicurezza, in quanto ogni politica precauzionale è sollecitata da una valutazione basata sull'incertezza scientifica. Se, da un lato, si allarga la sfera di intervento pubblico, dall'altro diventa opportuno e necessario equilibrare "l'espansività" del modello regolativo precauzionale con le esigenze di libertà del sistema economico, tecnologico e sociale, altrimenti, ove estremizzato il significato e la portata del principio di precauzione, porterebbe al divieto assoluto di esercitare qualsiasi attività produttiva.

L'intervento pubblico realizzato alla luce del principio di precauzione si legittima, infatti, in presenza non solo di un pericolo scientificamente accertato – giudizio che esprime una probabilità di danno –, ma anche in presenza di un rischio: ovvero una situazione di incertezza scientifica, che si colloca al di sotto della soglia di pericolo, che non di meno merita considerazione politica e giuridica. La rilevanza di una situazione di rischio ha ricevuto, quindi, legittima collocazione ed espressione nel principio di precauzione, la cui operatività copre situazioni di "non-ancora-pericolo" (*Noch nicht Gefahr*), ma proprio per la limitata capacità predittiva tipica di una valutazione in termini di rischio, l'intervento restrittivo deve essere limitato rispetto al principio di proporzione e stretta necessità per evitare inutili compressioni di sfere di libertà[30].

---

[29] T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1151.

[30] Sul punto: G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in G. Forti, M. Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 573; F. D'Alessandro, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericolo nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., 1133; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 227; C. Ruga Riva, *Principio di*

Il principio di precauzione, conseguentemente, ha un carattere relativo e deve contemperarsi con altri principi dell'ordinamento giuridico e, in particolare, con i principi di libertà di iniziativa economica e di impresa. Questo aspetto del principio di precauzione assume un rilievo fondamentale nella disciplina delle attività produttive e rischiose, aprendosi a due diverse letture, fra loro complementari. Se, da un lato, infatti, il principio di precauzione fonda una politica di sicurezza, dall'altro, delimita l'intervento pubblico e, quindi, regolativo. Il ricorrere a doveri di diligenza e regole cautelari più elastiche, indeterminate, "aperte"[31], "protocollari"[32], "improprie"[33], volte esclusivamente alla riduzione del rischio diventa, quindi, un presupposto indispensabile per riportare l'intervento pubblico e normativo nell'alveo della ragionevolezza. Solo attraverso questo modello di disciplina è possibile, infatti, garantire in concreto un intervento, nel processo normopoietico, dei diversi attori sociali, in modo da rafforzare la democraticità di una decisione che può averi pesanti ripercussioni, non solo in un'ottica di massimizzazione dei profitti, e, quindi, della libertà di impresa, ma anche sulle possibilità di lavoro[34].

---

precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1743 ss. Sia consentito il rinvio a: V. Torre, *Tutela penale della salute ed elettrosmog*, in *Grandi Temi di diritto penale. La tutela della persona*, Torino, 2006, 934 ss

[31] F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 185, 189 s., evidenzia come le regole cautelari c.d. aperte costituiscano una positivizzazione della colpa generica: «In sostanza, siamo in presenza di una sorta di metamorfosi, artificiosa, per cui la colpa generica diventa apparentemente specifica. Artificiosa, perché nella sostanza queste ipotesi mantengono la fisionomia e le caratteristiche della colpa generica, ma nella forma sono oggetto di una previsione normativa come è proprio della colpa specifica».

[32] Così F. Giunta *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1, 12.

[33] Sul punto P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., *passim*

[34] Si veda, a tal riguardo, la drammatica contrapposizione, non solo istituzionale, ma anche sociale, emersa nel caso c.d. Ilva. La valorizzazione del principio di precauzione in questo caso avrebbe imposto di assumere una decisione, condivisa attraverso procedure democratiche, non certo di tipo parlamentare. Su tale aspetto cfr. *infra* cap. V.

3. *Origine ed evoluzione storica della tutela della sicurezza ed igiene del lavoro e la prevenzione delle malattie professionali come prototipo del c.d. diritto penale del rischio*

La tutela delle condizioni di lavoro è un fenomeno strettamente legato alla rivoluzione industriale e al suo sviluppo. In modo semplicistico, si potrebbero delineare i termini di un primo conflitto generatosi con l'industrializzazione, in cui si contrappongono gli interessi della produzione e dell'incremento della ricchezza, da un lato, e la tutela del lavoratore, dall'altro[35]. La tutela dell'ambiente lavorativo diventa un settore nevralgico del nuovo ordine sociale, in cui emergono progressivamente conflitti, non più fondati sulla contrapposizione di classe e di ridistribuzione della ricchezza, ma sull'allocazione dei rischi.

[35] Già nell'elaborazioni teoriche di inizio Novecento era ben diffusa l'idea che la formazione e lo sviluppo della legislazione industriale caratterizzasse in modo preminente il sistema giuridico di quei tempi, sul punto G. Bortolotto, *La protezione legale degli operai*, in E. Pessina, (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. XIV, 1913, 1-396; G. Perrin, *Labour Law. Ch. 8. Occupational Risk and Social Security*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, (a cura di David), 1994, Tübingen-Boston-Lancaster, 1 ss. Almeno in Europa potrebbe considerarsi la legislazione a tutela del lavoratore la prima forma di espansione dello stato liberale, il quale muta anche da un punto di vista istituzionale. Attraverso l'assunzione di nuovi compiti, testimoniata dalla crescente espansione della legislazione sociale, la forma di stato liberale evolve verso un modello di stato sociale, come tradizionalmente la storiografia e gli studi economici sociali usano classificare. Da un punto di vista giuridico potremmo indicare tale fase come l'inizio di un processo inesorabile di giuridificazione dei conflitti e rapporti sociali, o come Luhmann insegna, inizia una forma di delega del sistema politico-sociale al sistema giuridico, che ancora oggi con le notevoli difficoltà sembra gestirla. In Italia nell'epoca fascista la giuridificazione dei rapporti di lavoro costituisce uno sviluppo coerente con l'idea corporativista e le istanze stataliste, che in qualche modo risolvevano la debolezza che la classe operaia aveva vissuto in regime di libertà contrattuale; non a caso proprio nel ventennio vi è notevole impulso alla tutela legale del lavoratore, secondo i principi delle stato corporativo, espressi nella Carta del Lavoro, approvata il 21 Aprile 1927, che racchiude i principi generali dell'ordinamento e individua i criteri direttivi per l'interpretazione della legge. Sul punto si veda: L. De litala, *Diritto penale del lavoro e della pubblica economia*, Torino, 1939, 12 ss. il quale riconosce autonomia alla disciplina giuslavoristica, quale sistema dotato di principi ed istituti propri. Nel sistema inglese: B.L. Huchins, *A history of Factory Legisaltion*, II ed., London, 1911.

Questa elementare schematizzazione tende ad articolarsi in modo sempre più complesso con lo sviluppo della società industriale e post-industriale, in cui si sono affermate nuove istanze collettive, quali la tutela ambientale e del consumatore, e sono affiorati nuovi aspetti e diritti della personalità, promossi e/o minacciati dall'evoluzione tecnologica[36] e da forme di danno anonimo o cumulativo, diffuso. Non trascurabile è, poi, la proiezione a livello globale di tutti questi fenomeni, che si inter-connettono a livello mondiale, coinvolgendo diversi soggetti pubblici e privati in un confronto di istanze e rivendicazioni confliggenti.

Tale mutamento dell'assetto socio-economico ha determinato, come ormai diffusamente si ritiene, l'avvento della c.d. società del rischio: i sistemi sociali, politici ed economici incapaci di gestire tale complessità sembrano delegare al sistema giuridico, secondo l'analisi di Luhmann, il compito fondamentale di risolvere (o meglio tentare di risolvere, alle volte senza alcun successo) tali conflitti[37] e, in particolare, è il diritto penale ad essere sovente chiamato a fornire soluzioni[38]. La difficoltà dei sistemi sociali, economici e politici di risolvere i problemi, che al loro interno si pongono, si trasforma, quindi, in un problema del sistema giuridico comune ai modelli di *common law* e di diritto continentale. L'ordinamento giuridico, pertanto, deve rispondere alle esigenze di riduzione e di semplificazione della realtà sottostante, costantemente animata da un dinamismo dialettico che impedisce di soddisfare, all'interno di un quadro di

[36] La complessità sociale ed esistenziale dell'individuo pone nuove sfide al diritto, chiamato a gestire le scelte di fine vita, la procreazione assistita, la frontiere della genetica e a tutelare la riservatezza nella società dell'informazione. Sul rapporto fra diritto, tecnica e tutela della persona, ha precorsi i tempi F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1079.

[37] Il mutamento sociale impone al sistema giuridico di svolgere il duplice compito di regolare i confini degli altri sistemi sociali e, al tempo stesso, di regolare i conflitti, fungendo da sistema di comunicazione. Questo snodo delicato del diritto penale moderno determina «tensioni tra l'imperativo dell'autonomia e la funzione di comunicazione» del diritto, sul punto: P. Barcellona, *Autonomia e cognitività*, cit., 436.

[38] G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto*, cit., 32 evidenziava come l'attività statale si realizza attraverso una minutissima rete delle legislazioni, ove proliferano i reati, soprattutto in materia economica.

valori consolidato, le esigenze di stabilizzazione del sistema sociale, travolto, invece, da incessanti e sempre nuovi problemi.

Lo stato di *surmenage*, che il sistema giuridico e penale denuncia, è determinato, quindi, da una crisi "da complessità"[39], che si manifesta in una sintomatologia che potrebbe definirsi patologica, con oscillazioni schizofreniche fra (ineffettive) iper-regolamentazione e *deregulation.*

Da questo punto di vista, l'analisi della legislazione penale del lavoro costituisce un elemento fondamentale per la comprensione dei paradigmi normativi generali che regolano la c.d. società del rischio.

Un nuovo modello normativo si afferma, inizialmente, nell'ambito della sicurezza del lavoro, diffondendosi, successivamente, nell'ambito della tutela dell'ambiente e del consumatore e nei settori di diritto penale dell'economia.

È possibile osservare, infatti, che, da un punto di vista formale, la legislazione penale del rischio è caratterizzata da una concorrenza di fonti, che si riflette in una complessità strutturale delle singole fattispecie, il cui contenuto risulta disperso in una molteplicità di testi normativi, concatenati da continui rinvii ed integrazioni; da un punto di vista sanzionatorio, invece, si ricerca un maggiore equilibrio attraverso la variazione delle risposte punitive e il coordinamento fra sanzione penale e sanzione amministrativa[40].

Questo modello di disciplina è, del resto, una scelta imposta dall'aspirazione del diritto penale moderno ad operare attraverso strumenti preventivi, che implicano una valutazione il più possibile

---

[39] C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220, 1240, parla a questo proposito di crisi da complessità per eziologia e modalità esecutiva della responsabilità del produttore. Id., *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466.

[40] Quale esempio si può assumere il modello tedesco di legislazione complementare, sul punto: G. De Simone, *Il diritto penale complementare nel sistema tedesco: un primo sguardo d'insieme*, in *La riforma della legislazione penale*, cit., 87 ss; C.E. Paliero, *Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, 125. Nell'ambito della sicurezza del lavoro, D. Castronuovo, *La tutela della sicurezza del lavoro nel sistema del diritto penale complementare tedesco*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 787.

aderente alla realtà fattuale, in modo da ritagliare le regole cautelari sul rischio specifico connesso ad una determinata attività.

Le definizioni generali ed astratte si dimostrano poco effettive, se non inutili, facendo emergere la necessità, non solo di discipline di settore, ma, soprattutto, di valutazioni da operare in concreto, determinando la crisi del monopolio del legislatore in materia penale e la ripartizione di competenze normative tra più organi[41].

L'efficienza preventiva di una singola disciplina risulta, infatti, direttamente proporzionale al suo grado di specificità. Si spiega, così, l'esigenza di un intervento integrativo della normazione secondaria, attraverso regolamenti, tabelle ministeriali, autorizzazioni ed anche autodisciplina. La complessa stratificazione dei conflitti sociali ed economici impone, inoltre, in ogni definizione normativa, di tener conto di visioni prospettiche antagoniste, il cui dinamismo implica una serie continua di bilanciamenti in concreto[42].

---

[41] S. Kadish, *Some Observations On The Use Of Criminal Sanctions In Enforcing Economic Regulations*, in *University of Chicago Law review*, 1963, 423 ss. L'A. criticamente osserva come la regolamentazione delle attività economiche attraverso la sanzione penale stravolge i canoni tradizionali del sistema punitivo, in particolare evidenzia l'inadeguatezza del diritto penale a regolamentare attività economiche, in quanto il precetto più che descrivere fatti illeciti, offre delle valutazioni, che, tra l'altro, risultano mutevoli a seconda del contesto socio-economico. Ciò inficia la determinatezza della fattispecie e tale *vulnus* ai principi garantistici del diritto penale difficilmente potrebbe trovare giustificazioni nella presunta funzione preventiva del diritto penale.

[42] In questi casi la norma non tutelerebbe interessi ma le modalità legalmente prescritte per la soluzione del conflitto dei vari interessi in gioco. Si spiega così il passaggio da una tutela dei beni ad una tutela di funzioni, in questo senso: T. Padovani, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 421, in particolare 457; T. Padovani, *Tutela dei beni e tutela di funzioni*, cit., 674; T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 70. Per quanto riguarda le linee evolutive del sistema contravvenzionale nella legislazione complementare si veda: M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 157 e 362; Id., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini, D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 201 ss. Rispetto alla legislazione ambientale si veda: A. Manna, *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 851.

Diventa essenziale, in questa ottica, un coordinamento fra i diversi compiti del diritto e, soprattutto, la costruzione di un canale comunicativo fra differenti sistemi sociali e giuridici, che prevedono un intervento articolato di distinti rami dell'ordinamento[43].

La maggiore aspettativa preventiva riposta nella sanzione penale, inserita in un disegno politico-criminale "orientato alle conseguenze", costituisce, tuttavia, il punto maggiormente critico di questo sistema. Come appare dal quadro normativo sin qui brevemente tratteggiato, notevoli sono le deroghe ai principi del diritto penale liberale[44], che si giustificano solo nell'ottica di una maggiore efficienza del sistema "preventivo" rispetto a quello tipicamente repressivo del modello classico di diritto penale.

L'efficacia di tale bilanciamento fra garanzie e principi del diritto penale e potenzialità preventiva non sembra, tuttavia, facilmente verificabile. La difficoltà di giungere a delle conclusioni sulla reale capacità di incidere del sistema penale sulla realtà economica e sociale è dovuto non solo alla scarsa propensione dei giuristi a testare i modelli teorici sulla base di indagine empiriche[45], ma anche, come

---

[43] Ad esempio la materia ambientale costituisce un settore privilegiato in cui si sperimentano tecniche di tutela incrociata, sul punto si veda: M. Catenacci, *Appunti sulle tecniche "incrociate" di tutela nel diritto penale dell'ambiente, (l. 10.5.1976 n. 319, c.d. legge Merli)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 395.

[44] La prevalenza degli effetti strumentali del diritto penale sugli aspetti simbolici ha determinato, infatti, un affievolimento della risposta sanzionatoria, accompagnata da un precetto che veicola generalmente un messaggio di tipo tecnico, privo di contenuti etici. Questo diverso atteggiarsi del sistema punitivo del rischio produce una situazione problematica spesso evidenziata dalla dottrina e riguarda le ampie deroghe al sistema delle garanzie ritenute necessarie per il funzionamento del diritto penale preventivo, sul punto: J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 42 s. In relazione a profili inerenti al principio di colpevolezza si veda l'approfondita analisi su reati artificiali di E.R. Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1996; nonché: A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 90 ss.

[45] Il solo interrogarsi sull'efficacia preventiva del diritto penale sembra insinuare il dubbio e preludere una risposta incerta sulla reale capacità di funzionamento del sistema penale così costruito. Per alcuni profili tali sospetti risultano sicuramente fondati, in quanto il ricorso ad una tecnica normativa incrociata, aumentando la complessità dell'intervento penale, accresce proporzionalmente anche il rischio di ineffettività. Laddove, infatti, l'operatività del sistema penale risulta subordinata all'attivazione di apparati diversi e alla realizzazione di norme organizzative maggiore è la difficoltà applicativa della norma penale. Ma la cronica assenza (più volte lamentata nell'ambito penalistico) di letteratura scientifica e di indagini

evidenziato nel primo capitolo, alla scarsa utilità di schemi interpretativi dei fenomeni sociali e giuridici fondati su criteri causali, di efficace diretta.

3.1. Il diritto penale del rischio e funzione "comunicativa" del diritto

L'ipotesi da cui prende l'abbrivio questa ricerca parte, invece, dal presupposto dell'influenza solo indiretta che il diritto può esercitare sui sottosistemi sociali, in quanto la capacità regolativa del sistema giuridico è tarata sulla capacità di autoregolarsi delle strutture sociali. Pertanto scopo dell'indagine è quella di rilevare la reciproca "interferenza" dei sistemi sociali, ed in particolare come il sistema giuridico riesce a "comunicare" con gli altri sottosistemi attraverso il controllo dell'organizzazione e della struttura, sollecitando un'autoregolamentazione coerente con gli obiettivi delineati nell'ambito del sistema giuridico.

Quest'ultimo aspetto costituisce il nucleo problematico di tutta la struttura teorica sin qui delineata: il coinvolgimento di soggetti privati nell'attività di *law making* ha suscitato numerose critiche circa la legittimità e l'effettività delle fonti di autodisciplina[46], ma

---

empiriche sull'efficacia (simbolica o effettiva) del diritto penale in generale e del diritto penale "orientato alle conseguenze", in particolare, non permette di giungere a nessuna conclusione certa circa le risposte e le soluzioni offerte dal diritto penale ai problemi della società del rischio, né legittima a priori l'esclusione della fattibilità di un complesso disegno di intervento normativo. Del resto non pare che il diritto penale "classico", del *Kernstrafrecht* sembri funzionare meglio o sia in grado di offrire risposte soddisfacenti, vista anche la mancata riflessione sull'efficacia deterrente, general e special preventiva. Sul punto: C.E. Paliero, *Il principio di effettività*, cit., 507 e 535. Sulla carenza di osservazione empirica, G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e del controllo penale*, Milano, 2000, 152; G. Marinucci, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, 1193, 1197; A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 133, il quale evidenzia il significato fortemente simbolico del diritto penale, in contrasto con l'art. 27 primo comma Cost. In particolare per l'illecito colposo evidenza tale carenza D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 49.

[46] Si veda più approfonditamente *infra* cap. V. Sul punto si vedano le osservazioni critiche di F. Pearce, S. Tombs, *Hazards, Law and Class: Contextualizing the Regulation of Corporate crime*, in *Social & Legal Strudies*, 1997, 79, 97 ss. i quali, pur aderendo ad una prospettiva regolativa "interventista", ovvero con una forte preponderanza di regolamentazione pubblica, con finalità deterrente, tuttavia rico-

anche per la scarsa inclinazione dei paesi di *civil law* verso processi normativi informali, di co-gestione.

Tuttavia, è la necessità di indagare i mutamenti della realtà a sollecitare l'approfondimento di questa controversa evoluzione dei sistemi giuridici e ad alimentare un'aspettativa circa la possibilità di scorgere un panorama di modelli alternativi di integrazione, in grado di minimizzare il rischio di ineffettività di un modello, che altrimenti risulterebbe eccessivamente orientato verso la *deregulation* e l'autodisciplina e svincolato da qualsiasi forma di controllo pubblico[47].

Tale ipotesi teorica è elaborata a partire dall'esperienza di *cooperative regulation* e dei *compliance programs* sviluppatasi nei sistemi anglo-americani e suggerisce – come già evidenziato nel primo capitolo – l'esistenza di una "terza via" fra *de-regulation* e *overregulation* [48]. In questo contesto regolativo il fattore organizzativo e, quindi, l'autodisciplina hanno assunto un ruolo centrale fra le forme di controllo e di valutazione della responsabilità sociale e penale d'impresa. In particolare, l'analisi della responsabilità penale del-

---

noscono l'importanza di una strategia che combina, integrandoli reciprocamente, elementi normativi statali e locali, pubblici e privati.

[47] Anche a livello teorico non vi è una contrapposizione di categorie e funzioni fra *self-regualtion* e *public regulation*, ma una *strategia articolata attraverso un continuum di normativa pubblica e privata*, sul punto si veda: J. Braithwaite, *Enforced self-regualtion*, cit., 1466 ss. N. Gunningham, *Industry Self regulation. An Istitutional Perspective*, in *Law&Policy*, 1997, 363 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, cit., 35 ss. Un'indagine di diritto comparato, dimostra, invece, come nell'ambito delle relazioni industriali sia proprio l'origine contrattuale a vincolare maggiormente le parti sociali alla definizioni negoziale delle condizioni economiche e lavorative e non, invece, la minaccia di sanzioni. Anzi, attraverso un approfondimento del principio *pacta sunt servanda* è proprio la stigmatizzazione sociale, economica, religiosa a dare forza al contenuto dell'obbligazione contrattuale, mentre la previsione di una sanzione "pubblica" non può che consolidare un sistema di interrelazioni già fortemente vincolante a livello esclusivamente sociale. Sul punto si veda: O. Kahn Freund, *Pacta Sunt Servanda--A Principle and its Limits: Some Thoughts Prompted by Comparative Labour Law*, in *Tul. Law Rev.*, 1974, 894, il quale riconosce "una funzione normativa" agli accordi collettivi.

[48] La complessità dello stato post-moderno è tale per cui anche i sistemi ispirati al più radicale liberismo e votati a politiche economiche di privatizzazione non possono sicuramente fare a meno di un minimo di "regolamentazione", mentre pare scontato che un eccesso di leggi sia sintomatico di una disfunzione nel sistema sociale e politico. L'obiettivo è, quindi, designare un nuovo spazio per il governo "privato" di pubblici servizi.

le *corporations* offre un punto di osservazione stimolante, in quanto permette di cogliere l'importanza del momento organizzativo e dell'autodisciplina nell'ambito dell'impresa, al fine di elaborare un giudizio di responsabilità penale.

Come si cercherà di evidenziare, *de iure condito*, nonostante l'introduzione nell'ordinamento italiano della responsabilità penale delle persone giuridiche, permane la difficoltà di elaborare uno schema di imputazione soggettiva dei reati alle *corporations*, dovuto all'inadeguatezza di strumenti teorici e giuridici nel valutare la portata del *corporate crime.* I modelli di imputazione penale sono plasmati, infatti, secondo orientamenti teorici prettamente individualistici[49], mentre, come hanno rilevato autorevoli studiosi[50], solo il concetto di *organizational fault* riesce a riflettere in modo appropriato la "riprovevolezza" del comportamento dell'ente e l'esatta dimensione del fenomeno criminale.

---

[49] L'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 richiama in modo evidente il principio dell'immedesimazione organica, mentre l'art. 7 si basa sostanzialmente su di una forma di agevolazione colposa. Manca una responsabilità diretta dell'ente, che avrebbe sicuramente favorito anche l'imputazione delle fattispecie colpose di omicidio e lesioni nell'ambito della sicurezza del lavoro, sul punto *infra* cap. V.

[50] Sul punto si veda l'articolata critica al *metodological individualism* elaborata da P. French, *Collective and Corporate responsabilità*, New York, Columbia University Press, 1984, *passim* e in part. 5 ss., ove distingue fra *aggregate collectivity* quale mera aggregazione di persone (*random collectivity*) cui è imputabile una responsabilità di tipo oggettivo e ciascun membro è oggettivamente responsabile per l'evento occorso. Contrapposto a questa forma di entità collettiva, vi è una *conglomerate collectivity*, in cui una continuità spazio-temporale, eventualmente organizzata attraverso procedure, delinea un processo decisionale metapersonale, cui è imputabile anche moralmente il verificarsi di un evento. In questo contesto l'essere umano è fungibile, in quanto rientra in una struttura articolata di competenze e funzioni, che vanifica del tutto la dimensione individuale. In ragione di questo carattere l'evento imputato all'ente collettivo non può essere imputato anche al singolo individuo. Fra questo tipo di collettività French annovera le *corporations.* Si veda inoltre: J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, *Cime and Accountability*, Cambridge University Press, Hong Kong, 1993, 17, 29 ss. Id., *On the Plausibility of Corporate Crime Control*, in G. Geis, R. Meier, L. Salinger, *White Collar Crime*, 3 ed., New York, 1999, 433 ss., i quali evidenziano come l'*intention* della *corporation* è desumibile dal processo decisionale che caratterizza la struttura organizzativa e ricollegano la possibilità di esprimere un giudizio di responsabilità alla possibilità che ha la *corporation*, analogamente all'essere umano, di correggere e modificare il proprio comportamento. Per un quadro di sintesi si veda: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 44 ss. Su queste posizioni anche: C. Wells, *Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability*, in *Crim. L. R.*, 1993, 551 ss.

Il concetto di colpevolezza dell'ente, come espressione di una colpevolezza di organizzazione, è strettamente connesso con il ruolo e la funzione che il diritto può giocare nell'ambito della regolamentazione delle attività economiche.

Se, infatti, l'influenza che il diritto può esercitare sulle organizzazioni complesse è indiretta, in quanto agisce sulla strutturazione dei modelli gestionali, sulla politica d'impresa e sulla cultura del *management*, è questo aspetto che deve essere valutato nell'ambito di un giudizio di colpevolezza dell'ente.

Se, inoltre, l'obiettivo di motivare l'impresa, secondo uno schema legale di comportamento, è raggiungibile solo attraverso strategie di regolamentazione indiretta, di controllo mediante organizzazione, è necessario che assurgano, ad oggetto del giudizio di riprovevolezza, la strutturazione dei fattori organizzativi e l'elaborazione di discipline interne[51]: come dimostra l'ampia casistica giurisprudenziale esistente[52] nei paesi di *common law* la causa di eventi fatali, nell'esercizio di attività produttive, è legata sostanzialmente alla presenza di "errori latenti" insiti nella strutturazione dell'organizzazione aziendale; per prevenire, quindi, la commissione di reati è necessario modificare la struttura organizzativa e non punire il singolo, facente funzione di capro espiatorio.

La possibilità di agire diversamente, nel senso indicato dal diritto, fondamento di qualsiasi giudizio di colpevolezza, è, pertanto, legata alla diversa organizzazione interna nell'ambito dell'impresa. Nella misura in cui anche l'impresa risulta, seppur in modo indiretto, "motivabile" attraverso il diritto, ne discende anche la possibilità

---

[51] Sottolinea C. Angelici, *Responsabilità*, cit., 173 che la funzione dei codici etici e dell'autodisciplina è creare un'identità, un'anima su cui calibrare il rimprovero di colpevolezza. Già C. Pedrazzi, *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 1049 e 1051, evidenziava come: «Porre un codice etico significa, in sintesi, fissare in termini espliciti il principio che l'interesse aziendale non può valere come scusa o pretesto per infrangere la legge… Le leggi, per trovare applicazione, necessitano dell'adesione dei destinatari; i codici etici servono a promuoverla: un'interpretazione dei valori giuridici su scala aziendale predispone e incoraggia l'interiorizzazione da parte dei singoli operatori».

[52] Cfr. *infra* cap. III.

di imputare direttamente all'organizzazione complessa il comportamento illecito, e conseguentemente punirla[53].

4. *Il sistema britannico della sicurezza del lavoro: evoluzione storica*

Per comprendere il significato di tale mutamento nella prospettiva di regolamentazione della c.d. società del rischio, è necessario verificare il concreto funzionamento del sistema positivo e, a tal fine, sarà assunto come modello di riferimento la disciplina della sicurezza del lavoro in Inghilterra[54].

[53] Esula sia dalle competenze che dallo scopo dell'indagine una riflessione sul fondamento della punibilità delle persone giuridiche. Obiezioni teoriche alla responsabilità penale delle persone giuridiche, hanno, peraltro, soltanto ostacolato la reale percezione e comprensione di un fenomeno criminale di notevole gravità e diffusione, sul punto si veda: C. Wells, *Corporations*, cit., 20. Dal punto di vista filosofico: P. French, *Collective*, cit., 30 ss. 48 ss., ha ben evidenziato come le *corporations* siano persone morali e, quindi, moralmente responsabili delle condotte volontariamente poste in essere. L'essenza della personalità morale non è infatti di natura biologica, ma prettamente metafisica, secondo l'A. ciò che caratterizza la persona morale è l'agire volontario. In quanto le *corporation* hanno una struttura organizzativa che corrisponde all'*intention*, la *corporation internal decision structure* (CID), anche le *corporation* possono essere annoverate fra le persone morali. Il CID dirige secondo un diagramma organizzativo di competenze e funzioni l'agire della persona giuridica, costituendo la grammatica dei processi decisionali della *corporation*. L'A. elabora alcuni principi generali che costituiscono il fondamento della responsabilità morale: in base al *primary principle of accountability* (PPA), di ascendenza aristotelica, è moralmente responsabile colui che agisce intenzionalmente e in tale locuzione sono comprese anche le azioni caratterizzate da una intenzionalità o consapevolezza anche solo potenziale; il secondo principio è quello della *extended principle of accountability*, in base al quale si è responsabili anche per le azioni che gli altri compiono in conseguenza di un nostro comportamento volontario. Tale principio si modella perfettamente sul tipo di responsabilità delle persone giuridiche, in cui l'agire individuale viene "incorporato" nel comportamento della persona giuridica. L'ultimo principio è quello di *responsive accountability*, in base al quale solo le persone morali imparano (o possono imparare) dagli errori, per cui possono modificare il proprio comportamento volontariamente in modo da realizzare comportamenti non dannosi. Quest'ultimo principio costituisce il fondamento della responsabilità anche penale delle *corporations.* Si veda inoltre, P.H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minnesota Law Review*, 1991, 1095 ss.

[54] Il settore della sicurezza del lavoro costituisce uno dei primi ambiti di emersione della criminalità dei colletti bianchi, sin dal XIX secolo, infatti, diver-

Nell'ambito della tradizione di *common law*, l'affermazione dei doveri di sicurezza è legata in origine a forme di obbligazioni contrattuali del datore di lavoro[55], di natura accessoria e riconducibili ad un generale *duty of care*[56]. La violazione di tale dovere determi-

se legislazioni emanarono normative a tutela dei lavoratori, provviste di sanzioni criminali. La crescente penalizzazione dei comportamenti posti in violazione della normativa di sicurezza sanciva definitivamente l'emergere di un nuovo fenomeno criminale, legato all'esercizio di attività economiche. Si trattava, già allora, di illeciti formali, contravvenzionali, basati su obblighi di informazione e di documentazione, fattispecie artificiali, *mala quia prohibita*, sul punto si veda: W.G. Carson, *White Collar Crime, and the Enforcement of Factory Legislation,* in *Brit. Journ. Crim.,* 1970, 383, 387.

[55] Proprio l'origine negoziale del *duty of care* e la sua affermazione giurisprudenziale permette di cogliere come l'origine contrattuale di tale dovere presenti limiti sostanziali, determinati dal fatto che la regola di *common law* presuppone una condizione di libero mercato, che nell'ambito della tutela dei lavoratori, dell'ambiente, dei consumatori, non potrà mai realizzarsi, per una serie di condizioni di disuguaglianza, che solo l'intervento legislativo può colmare. In particolare le prime regole elaborate nell'ambito di *common law* esprimevano chiaramente come i rapporti fra datore di lavoro e lavoratore si ispirassero ad un regime giuridico di libero scambio, in cui si assumeva che il lavoratore accettasse di esporsi durante l'attività lavorativa ai rischi che questa presentava, e ciò in base ad un principio di autoresponsabilità. Questo tipo di relazione si fondava su di un presupposto inverosimile: ovvero che le posizioni di forza dei due contraenti fossero uguali. Esempio di questa concezione del lavoro era la dottrina – oramai superata – del *common employment*, che escludeva la responsabilità del datore di lavoro, sia per *direct liability* che per *vicarious liability*, per i danni subiti dal proprio dipendente a causa di una negligenza del compagno di lavoro, perché tale situazione rientrava nei rischi tipici dell'attività lavorativa oggetto del contratto. Sul punto: *Priestley v Fowler* (1837) 3 M & W 1; *Farwell v Boston & Worcester Rail Road Corpn* (1842) 4 Metcalf 49, 3 Macq 316; *Hutchinson v York, Newcastle, & Berwick Ry Co* (1850) 5 Exch 343; 34 Digest 207, 1697, 19 LJEx 296, 15 LTOS 230, riportati da J. Munkman, *Employer's Liability,* London, 1985, 7 ss. *Bartonshill Coal Co v Reid* (1838) 3 Macq 266; 34 Digest 126, 971, 31 LTOS 255; *Bartonshill Coal Co v McGuire* (1858) 3 Macq 300; 34 Digest 126, 972, 31 LTOS 258. L'operatività della dottrina del *common employment*, fu sostanzialmente ridotta con l'*Employers' Liability Act* 1880 e nel *case law* con la decisione *Smith v Baker & Sons* [1891] AC 325. Nel caso *Wilsons and Clyde Coal Co v English* [1937] AC 57, cit., la *defence* fu ulteriormente limitata ai soli casi di *vicarious liability.* Il *Law Reform Act* 1948 abolì definitivamente la *common employment defence.* Sempre a una prassi giurisprudenziale così orientata si deve l'estensione dell'istituto della *contributory negligence* nell'ambito degli incidenti sul luogo di lavoro, che escludevano qualsiasi forma di responsabilità del datore di lavoro in presenza di negligenze del lavoratore. L'evoluzione giurisprudenziale, nell'ambito civilistico, ha trasformato questo istituto da causa di esclusione della responsabilità a fattore mitigante della responsabilità per risarcimento dei danni.

[56] Sul punto J. Munkman, *Employer's,* cit., 82.

nava una *common law liability*, ovvero una ipotesi di responsabilità non contemplata da nessun atto del Parlamento, il cui accertamento era subordinato alla prova della *negligence*. Un ruolo preminente nell'elaborazione del contenuto del *duty of care* è stato svolto dalla prassi giurisprudenziale[57]; tuttavia tale dovere, per fonte e per natura, risulta avere un contenuto mutevole e tutt'ora privo di una definizione dettagliata e precisa.

In base ai principi di *common law*, il datore di lavoro è responsabile direttamente per tutti i danni causati per sua negligenza, concetto ampio che comprende la violazione del dovere generale di

[57] Copiosa la giurisprudenza su tale istituto: *Smith v Baker & Son* [1891] AC 325, HL; *Wilsons and Clyde Coal Co Ltd v. English* [1938] AC 57, [1937] 3 All ER 628; *Paris v Stepney Borough Council* [1951] I All ER 42, HL; *Latimer v AEC Ltd* [1953] AC 2 All ER 449, HL; *Wilson v Tyneside Window Cleaning Co* [1958] 2 QB 110 [1958] 2 All ER 265 CA; *Knowles v Liverpool City Council* [1993] 4 All ER 321 [1993] I WRL 1428-1431, HL; *AC Billings & Sons Ltd v Riden* [1958], AC 240 [1957] 3 All ER I, HL; *Franklin v Gramophone Co Ltd* [1948], I KB 542 [1948] I All ER 353; *National Coal Board v England* [1954] AC 403, [1954] I All ER 546, HL; *Chipacase v British Titan Products Co Ltd* [1956] I QB 545, [1956] I All ER 613, CA; *Kilgollan v William Cook zz6 Co Ltd* [1956] 2 All ER 294 [1956] I WRL 527, CA; *Edwards v National Coal Board*, [1949], I KB 704-712, [1949] I All ER 743-747; *McCarthy v Coldair Ltd* [1951] 2TRL 1226; *Marshall v Gotham Co Ltd* [1954] AC 360 – 373, [1954] I All ER 937-942; *Johnson v Lindsay & Co* [1891] AC 371; 34 Digest 215, 1773, 61 LJQB 90, 65 LT 97; *Weir (or Wilson) v Merry & Cunningham* (1868) 6 Macph (HL) 84; 34 Digest 207, 1697 xiv, 40 Sc Jur 486; *Connell v Nimmo (James) & Co Ltd* [1923] SC 737; 34 Digest 226, case p; *Monaghan v Rhodes (W H) & Son* [1920] 1 KB 487; 34 Digest 205, 1682, 89 LJKB 379, 122 LT 537; *Toronto Power Co Ltd v Paskwan* [1915] AC 734; 34 Digest 196, 1611, 84 LJPC 148, 113 LT 353; *Cribb v Kynoch Ltd* [1907] 2 KB 548; 34 Digest 211, 1742, 76 LJKB 948, 97 LT 181; *Young v Hoffman Manufacturing Co Ltd* [1907] 2 KB 646; 34 Digest 210, 1731, 76 LJKB 993, 97 LT 230; *Fanton v Denville* [1932] 2 KB 309; Digest Supp, 101 LJKB 641, 147 LT 243; *Bain v Fife Coal Co* [1935] SC 681; Digest Supp.; *Rudd v Elder Dempster & Co Ltd* [1933] 1 KB 566; Digest Supp, 102 LJKB 275, 148 LT 337, 25 BWCC 482, on appeal [1934] AC 244; *Lochgelly Iron & Coal Co Ltd v M'Mullan* [1934] AC 1; Digest Supp, 102 LJPC 123, 149 LT 526, 26 BWCC 463; *Butler (or Black) v Fife Coal Co Ltd* [1912] AC 149; 34 Digest 218, 1809, 81 LJPC 97, 106 LT 161, 5 BWCC 217; *Williams v Birmingham Battery & Metal Co* [1899] 2 QB 338; 34 Digest 195, 1590, 68 LJQB 918, 81 LT 62; *Hedley v Pinkney & Sons SS Co* [1894] AC 222; 34 Digest 210, 1726, 63 LJQB 419, 70 LT 630; *Griffiths v London & St Katharine Docks Co* (1884) 13 QBD 259; 34 Digest 204, 1665, 53 LJQB 504, 51 LT 533. Sulla *negligence* in *common law* cfr. Halsbury's Laws of England, 4ª ed., 1997, 421.

adottare una ragionevole cura nel selezionare i lavoratori e nel provvedere che strumenti ed organizzazione siano sicuri[58].

L'evoluzione della responsabilità del datore di lavoro ha seguito, tuttavia, un percorso binario, per cui all'impianto giuridico fondato sul *common law* si sono affiancati, nel corso del XIX secolo, rimedi di diritto positivo e, conseguentemente, il contenuto del dovere di *common law* è stato integrato, ma non soppiantato da obblighi statutari.

Questo mutamento si iscrive nel più generale cambiamento che lo stato liberale subisce in seguito ai conflitti emersi dopo la rivoluzione industriale, che portano all'affermazione di uno stato interventista nei settori tradizionalmente lasciati al *laissez-faire* liberista[59]. Tale evoluzione economico-sociale si manifesta con l'affermazione legislativa del diritto del lavoratore ad un ambiente salubre, che costituisce un passaggio fondamentale, attraverso il quale si trasferisce in una dimensione positiva il contenuto di una rivendicazione originariamente negoziale[60].

---

[58] La *negligence* e il *duty of care* del datore di lavoro sono concetti aperti, astrattamente indefiniti, che la giurisprudenza ha nel corso del tempo cercato di determinare attraverso alcuni criteri operativi, basati su specifici parametri di valutazione, come: la prevedibilità del danno, che generalmente deriva dalla presenza di un *duty of care* (esistenza che implica una valutazione sulla correttezza e l'opportunità del dovere); la violazione negligente di un tale dovere; la verifica di una relazione causale fra la violazione e il danno. Nonostante la sua "fluidità", la *negligence*, così strutturata, impone e delimita il dovere preventivo-cautelare, circoscrivendolo in relazione al rischio concreto e non su parametri astratti. Sul punto: *Paris v Stepney Borough Council* [1951] I All ER 42, HL; *Carwright v GKN Sankey Ltd* [1973] 14 KIR 349 – 363, CA; *R. v. Board of Trustee of the Science Museum* [1993] 3 All ER 853

[59] Nell'ambito dei paesi di *common law* l'influenza che la filosofia liberista ha avuto sul modello delle relazioni industriali si riflette anche nella costruzione dello stato sociale, come risulta dal rapporto Beveridge (considerato il fondatore del *Welfare State* in Inghilterra), che prevede solo un intervento minimo dello stato nel garantire le condizioni minime di sicurezza sociale, il cui eventuale accrescimento è legato al potere contrattuale degli individui, sul punto: M. M. Papaleoni, *Il diritto del lavoro nei paesi a «common law»*, tomo II, Padova, 1982, 397 ss.

[60] Sul punto si veda la ricostruzione storica realizzata da W.G. Carson, *The Institutionalization of Ambiguity: Early British Factory Act*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar Crime: Theory and Research,* London, 1980, 142 ss. Sul punto si veda, inoltre, G. Bortolotto, *La protezione legale*, cit., 4 ss., il quale rileva come la tutela delle condizioni di lavoro fosse inizialmente una concessione fatta spontaneamente (e in modo paternalistico) dal datore di lavoro, che nell'ambito di un siste-

Nonostante, quindi, la vivace attività giurisprudenziale, il legislatore britannico è intervento in modo solerte per riequilibrare le posizioni di forza nel sistema della sicurezza del lavoro, introducendo disposizioni dettagliate rispetto a diversi settori di attività, in grado di offrire una tutela adeguata attraverso una normativa pubblica, cogente[61].

La storia legislativa della tutela della sicurezza del lavoro in Gran Bretagna ha origine nel XIX secolo, con l'emanazione di alcune normative di settore a tutela di particolari categorie di persone (donne e bambini già dal 1802, *Health and Morals of Apprentice*, 1802) e specifici ambiti di attività[62]. Tali discipline sono state implementate nel corso del tempo, creando, tuttavia, un sistema generalmente molto frammentato. Nella seconda metà del XIX, per la prima volta, veniva effettuato un riordino e un consolidamento dell'assetto normativo, con l'emanazione del *Factory and Workshop Act 1878*, e dell'*Employer Liability Act 1880*.

Nel corso del XX secolo, la legislazione britannica sulla sicurezza nei luoghi di lavoro subisce una forte espansione, con l'emanazione di numerose normative di settore[63] e, in modo analogo alla struttura e ai modelli prevalenti negli ordinamenti giuridici occidentali, anche il sistema britannico sulla sicurezza del lavoro era suddiviso

---

ma "totalitario" di *laissez fair*, riconosceva contrattualmente alcuni diritti, per cui si è reso necessario a tutela dei lavoratoti l'intervento dello stato attraverso una disciplina imperativa. Più in generale sul processo di "positivizzazione" di obblighi contrattuali: N. Irti, *L'età*, cit., 40.

[61] Mentre, infatti, la *judge made law* presuppone una situazione di libero mercato, l'affermazione di un diritto statutario è espressione della necessità di bilanciare e tutelare interessi contrapposti e subalterni ed amplia le prospettive di tutela per il lavoratore.

[62] R. Baldwin, *The British System in General*, in R. Baldwin, T. Dainith, *Harmonization and Hazard*, cit., 204 ss.; W.G. Carson, *The Institutionalization of Ambiguity: Early British Factory Act*, in Geis, Stotland, *White Collar*, cit., 142 ss., il primo intervento legislativo nel sistema britannico è la *Health and Morals of Apprentices Act* del 1802, posto a tutela dei fanciulli, che venivano sfruttati nelle fabbriche, vittime di abusi e soggetti a condizioni di vita incompatibili con un equilibrato sviluppo fisico ed intellettuale sul punto; W. Szubert, *Labour Law. Ch. 7. Safety and Health at Work*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, (a cura di David) 1983, 1, 13.

[63] Sul punto si vedano i volumi dell'*Halsbury's Statutes of England and Wales* e dell'*Halsbury's Law of England*, dedicati alla disciplina della sicurezza del lavoro.

per singoli corpi normativi, destinati a disciplinare specifici ambiti di attività. Il quadro, pertanto, si presentava fino alla metà del secolo scorso alquanto frammentato ed articolato[64].

Nonostante l'eterogeneità contenutistica, è possibile cogliere un dato comune alla congerie normativa sulla sicurezza del lavoro, dato dal fatto che le singole violazioni, annoverate nella categoria delle *statutory offences*, si basano su di una forma di responsabilità assoluta, senza alcuna prova ulteriore della *negligence.* Per quanto riguarda il profilo prettamente punitivo, l'ascrizione della responsabilità nell'ambito della violazione delle *statutory rules* è, quindi, su base oggettiva, e, in particolare, la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza dell'ambiente lavorativo si presenta come una *absolute liability*, ovvero con i caratteri di un dovere personale non delegabile.

La crescente e continua espansione dell'universo giuridico della tutela del luogo di lavoro aveva, tuttavia, trasformato inevitabilmente l'apparato legislativo in un agglomerato asistematico e disorganizzato[65], in cui si affermava una produzione normativa legata alla necessità di gestire il "contingente", con la prevalenza della singola regola o della disciplina speciale sulle esigenze di omogeneità sistematica.

---

[64] J. Munkman, *Employer's*, cit., 18. La normativa statutaria, generalmente contrapposta a quella di *common law*, prevedeva normalmente misure punitive, ma anche specifici rimedi risarcitori a favore della vittima, che poteva agire nei confronti del datore di lavoro per la violazione di una normativa sulla sicurezza del lavoro e attivare rimedi compensatori. I rimedi previsti dal sistema legislativo si affiancavano, ma non sostituivano le azioni che il lavoratore poteva intraprendere nell'ambito del sistema di *common law*. Questa possibilità di agire sia secondo i rimedi previsti dalla *statutory rules* che dal *common law* è legata alla distinzione netta fra la violazione di una norma statutaria e il concetto di *negligence* di *common law*, per cui generalmente le due forme di disciplina e di tutela corrono parallele senza interferenze. La *House of Lords* ha riconosciuto, tuttavia, al singolo lavoratore la possibilità di agire con i rimedi di *common law* nei confronti del datore di lavoro nel caso di violazione di norma statutaria se la finalità precauzionale della norma scritta include anche la classe di attività e di persone cui appartiene il lavoratore. In questo caso si parla di *statutory negligence*, secondo l'espressione utilizzata da lord Wright in *Lochgelly Iron and Coal Co v M'Mullan* [1934] AC 1.

[65] I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation*, cit., 110. Nel delineare due possibili forme di intervento legislativo gli AA. parlano di legislazione "gargantuan in length" contrapposto ad un forma "liberale" in cui l'intervento è volto a definire il minimo standard.

Per frenare tale elefantiasi regolativa il legislatore britannico adottò una tecnica legislativa di "consolidamento" del quadro normativo, attraverso una politica riformista volta ad un riassetto generale ed unitario. Il primo intervento in tal senso fu il *Factory Act 1961*, ma solo nel 1970 fu istituita una commissione allo scopo di creare un modello di tutela unificato.

L'intento riformatore era quello di costruire un nuovo modello di tutela, basato su una singola disciplina omnicomprensiva ed integrata, che non ha, tuttavia, assunto un ruolo meramente ricognitivo della normativa vigente, ma ha sostituito gradualmente, attraverso normativa e codici di settore, il previgente sistema di tutela (come ad esempio il *Factories Act* 1961 e *Offices, Shops and Railway Premises Act* 1963).

Questo modello elaborato dalla *Robens' Committee* può considerarsi il prototipo normativo e teorico delle aree di *common law* e progressivamente anche dello spazio giuridico europeo.

4.1. Robens Committee

Lord Robens ha presieduto la commissione britannica di riforma del *Health and Safety at Work*, istituita nel 1970 allo scopo di redigere un rapporto sulla legislazione vigente in materia di tutela della sicurezza del lavoro ed avanzare proposte di riforma del settore[66].

L'analisi e le proposte della Commissione, racchiuse nel *Report* (Cmnd 5034, conosciuto come *Robens Report*) presentato al Parlamento nel luglio 1972, costituiscono una pietra miliare nell'ambito della normativa a tutela della sicurezza del lavoro (in particolare per le legislazioni di *common law)* e si pone quale modello di regolamentazione c.d. consensuale[67]. Non pare, pertanto, superfluo soffermarsi sull'analisi del *Report* che racchiude proposte e riflessioni che hanno preconizzato le linee evolutive della sicurezza del lavoro in Europa.

Le conclusioni cui era giunta la Commissione contenevano una critica severa al modello legislativo "tradizionale" in materia di sicu-

---

[66] R. Baldwin, *The British*, cit, 205 ss.

[67] R. Baldwin, C. McCrudden, *Regulation and Public Law*, London, 1987, 132 ss.

rezza del lavoro, che, secondo la Commissione, non solo si era dimostrato ineffettivo, ma persino controproducente.

La legislazione allora vigente, divisa in nove gruppi di statuti e completata da oltre cinquecento regolamentazioni sub-legislative, era giudicata eccessiva e, nonostante tale pletora di dettagliate prescrizioni, lasciava inevitabili lacune di tutela[68].

Per la rapida obsolescenza in cui incorrevano le singole discipline di settore e per la mancanza assoluta di flessibilità, gli *standards* tecnici si rivelavano inidonei a tutelare l'incolumità del lavoratore[69], acuendo i conflitti scaturiti da dinamiche sociali ed economiche strettamente connesse con l'emergere di nuove fonti di pericolo[70].

La capillare diffusione della legislazione tecnica si dimostrava, inoltre, controproducente, in quanto "cullava" il datore di lavoro nella rassicurante "certezza" di adempiere i doveri di diligenza attraverso i parametri definiti dalla legge e dalle agenzie di controllo (cinque dipartimenti governativi, con competenze distinte e sette ispettorati centrali)[71].

Secondo la commissione questa situazione generava uno stato di apatia, mentre per guadagnare effettività, in un'ottica preventiva, sarebbe stato opportuno sollecitare chi produce i rischi nel luogo di lavoro ad assumere la responsabilità e chi ne è esposto ad esercitare il controllo sulle fonti di pericolo.

Il programma definito dalla commissione individuava alcune condizioni fondamentali, su cui basare un'efficiente riforma del sistema di prevenzione e di tutela, articolata a livello istituzionale e normativo in modo da organizzare un coerente apparato di controllo coordinato a livello politico-amministrativo.

---

[68] *Safety and Health at Work. Report of the Committee*, 1970-1972, Chairman Lord Robens (da ora in poi *Robens' Report*), HMSO, 1972, 31 ss. «*In sum, the excessive fragmentation of the legislation and of its administration is a serious obstacle to the creation of a more modern code of law, to its effective implementation, and to the development of a clear and comprehensive strategy for the promotion of the safety and health at work*…A major exercise in unification is needed to rationalize the statès contribution to safety and health at work and to maximize its efficiency».

[69] A. Ongus, *Rethinking Self-Regulation*, cit., 108. Sul rischio obsolescenza degli standard tecnici si veda il *Robens' Report*, 56.

[70] Si veda sul punto il disastro di Aberfall del 1966.

[71] R. Cooter, *Prices and Sanctions*, cit., 1523.

A livello istituzionale, la commissione proponeva la creazione di un organo indipendente di controllo centralizzato ed unificato[72], la cui azione doveva coordinarsi con una classe manageriale responsabile e prevedere il coinvolgimento dei lavoratori e delle autorità locali. In questo senso il *Robens' Report* invitava ad un uso oculato e parsimonioso delle risorse ispettive, che dovevano essere programmate e definite secondo piani di controllo periodici, incentivando un rapporto collaborativo (*compliance*), puntellato da una serie di obblighi di informazione e di certificazione, piuttosto che relegare l'attività di controllo alla mera repressione.

A livello normativo, coerentemente con tale filosofia, il *Report* suggeriva un innovativo modello di regolamentazione, in cui veniva esaltata come caratteristica essenziale la flessibilità e la dinamicità[73] di una struttura preventiva creata attraverso un modello decentralizzato di *law making*[74].

Il compito di sintetizzare il contenuto precauzionale doveva essere affidato ad una legislazione quadro[75], che sanciva un generale dovere di diligenza per la prevenzione di incidenti e malattie professionali (il medesimo *general duty of care* sarebbe stato, poi, statuito nell'ambito della convenzione ILO 155 del 1981), in modo da de-

---

[72] Sul punto *Robens' Report*, 60 ss. La proposta di prevedere un organo centralizzato mirava a superare la frammentazione e la mancanza di coordinamento registrata fra le autorità di controllo, fra cui le autorità locali e sette organi autonomi e distinti per i diversi settori di attività; lo scopo era quindi di raggiungere un *operational efficiency.*

[73] Il *Robens' Report* dedica un intero capitolo sul modello legislativo e sul contenuto del testo di legge. Emerge in particolare la necessità di basare la nuova legislazione su clausole generali, espressione dei doveri fondamentali del datore di lavoro e del lavoratore, in questo modo i lavori preparatori mostrano di recepire il contenuto del dovere di diligence che già la giurisprudenza anglosassone aveva enucleato nel corso del tempo: «to provide a safe working system including safe premise, a safe working enviroment, safe equipment, trained and cometent personnel, and adequate instruction and supervision», 46. La formale statuizione di un principio generale nell'ambito di una legge avrebbe un innegabile potere simbolico e comunicativo, il cui effetto sarebbe quello di definire con chiarezza la responsabilità legale e sociale di chi ha il controllo di tutte le circostanze e condizioni in cui si svolge l'attività lavorativa, secondo il *report.*

[74] R. Cooter, *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, in *International Review of Law and Economics*, 14, 1994, 215-231,; Id., *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit.; Id, *Decentralized Law*, cit., 239.

[75] Il *Robens' Report*, 44.

terminare una netta cesura con il modello di legislazione dettagliata adottato in UK ed ampiamente diffuso in diverse nazioni europee. Il contenuto dello *statutory of care* avrebbe dovuto, inoltre, recepire l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi nell'ambito della *negligence* del datore di lavoro.

Coerentemente a tali obiettivi anche il sistema sanzionatorio elaborato dalla commissione predisponeva un apparato, volto all'imposizione di un sistema di sicurezza efficace, piuttosto che alla comminazione e all'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Nell'ottica *carrot and stick*, le misure punitive si basavano su di un "doppio binario" per cui alle severe sanzioni pecuniarie, la cui applicazione era accompagnata da garanzie processuali, veniva affidata una finalità deterrente. Il ricorso a questo genere di sanzione costituiva una *extrema ratio*, in un sistema che doveva, comunque, essere costellato da una serie di misure "costruttive" di natura amministrativa, non giudiziale, volte a chiarire e specificare al datore di lavoro i suoi obblighi.

La commissione prendeva anche in considerazione la possibilità di introdurre una serie di ordini risarcitori, al cui adempimento poteva essere subordinata la sospensione della pena pecuniaria. La finalità di questo modello sanzionatorio è, quindi, chiaramente special-preventiva.

Il modello elaborato dalla commissione era basato su di un alto livello di interazione fra datore di lavoro e lavoratori, che avrebbe dovuto condurre all'assunzione volontaria di misure di sicurezza, nell'ambito delle coordinate individuate dalla legislazione quadro e dalle *public agencies*.

Le disposizioni legislative avrebbero dovuto assumere principalmente una funzione di "*setting goal*", mentre la parte prescrittiva-precauzionale sarebbe stata lasciata alla normativa secondaria e alle fonti di autodisciplina.

La commissione manifestava, comunque, una netta propensione per le fonti volontarie di disciplina, che avrebbero dovuto cedere il passo alla disciplina pubblica solo nel caso non fossero concretamente praticabili forme di autoregolamentazione[76]. L'operatività e

[76] *Robens' Report*, cit., 44.

i contenuti dell'autodisciplina sarebbero stati delineati nell'ambito delle discipline definite dalle autorità pubbliche: pur evidenziando un parziale esautoramento dei poteri del Parlamento, la commissione, presieduta da Lord Robens, riteneva, tuttavia, inevitabile una tale conseguenza, in parte mitigata dal fatto che il controllo democratico si sarebbe esercitato sulla definizione dei principi e, quindi, sulle scelte fondamentali di valore[77].

Condivisione delle responsabilità e autodisciplina contribuivano all'effettiva partecipazione nel processo di *decision making* di tutti gli attori sociali e politici, interessati al controllo dei rischi. In ambito aziendale, il datore di lavoro avrebbe dovuto stilare un documento scritto sulla sicurezza, mentre i lavoratori avrebbero dovuto assumere una funzione di controllo, contribuendo, tramite un sistema di rappresentanza statutariamente definito, ad implementare i sistemi preventivi e precauzionali.

Lo scopo di tale sistema era di incrementare una strategia cooperativa, rendendo il sistema giuridico flessibile e dinamico, capace di aggiornarsi e di modularsi sulle esigenze mutevoli del mercato e dell'evoluzione tecnologica. Si sarebbe ridotto, in questo modo, l'impatto negativo che invece ha dimostrato di avere un sistema eccessivamente regolamentato e meramente punitivo[78].

In particolare il *Robens' Report* evidenziava come i fattori essenziali nel *safety and health at work* siano l'attitudine, la capacità, l'attività delle persone e l'efficienza del sistema lavorativo. La commissione rilevava, inoltre, come fosse stata trascurata nel corso del tempo l'importanza dei fattori organizzativi, della formazione, della concertazione, del controllo sulle *perfomance* di sicurezza. Questi fattori – come già la giurisprudenza aveva evidenziato – risulta-

[77] Interessanti sono le proposte della commissione per formalizzare l'autodisciplina: la pubblicazione da parte delle agenzie di controllo dei codici di settore avrebbe implicato un processo di formalizzazione, presupposto per l'applicazione di procedure sanzionatorie nel caso di loro violazione.

[78] La medesima filosofia sembra seguita anche dalle agenzie deputate al controllo e all'applicazione delle misure di sicurezza sul lavoro precedenti all'*HSW Act* 1974, sul punto si veda l'indagine di W.G. Carson, *White Collar Crime*, cit., 383, lo scopo principale degli ispettori era quello di indurre all'applicazione delle misure, piuttosto che assecondare un mero obiettivo punitivo, di perseguimento formale della violazione.

no essenziali, per l'influenza esercitata sui comportamenti concreti dei singoli, che si adeguano ad un sistema orientato ad una cultura della sicurezza.

Un problema bene evidenziato dalla commissione di riforma, di difficile soluzione era (ed è tutt'ora) quello di collocare correttamente, nella struttura aziendale, il potere decisionale sulle politiche della sicurezza del lavoro, per evitare un meccanismo di de-responsabilizzazione della classe dirigenziale.

Secondo la commissione obiettivo fondamentale del *management* dovrebbe essere quello della sicurezza del luogo di lavoro, che assurgerebbe a funzione primaria non delegabile: le scelte e la gestione si operano a livello apicale, per cui la responsabilità deve ricadere sul *senior management*. La tendenza, già registrata dalla *Robens Committee*, è, invece, quella di decentralizzare le responsabilità e le funzioni inerenti alla gestione della sicurezza del lavoro in modo che si "disperdano" verso la base, cosicché diventano indistinti i singoli ruoli e responsabilità, così come sfuma la possibilità di imputare effettivamente a qualcuno la violazione degli *standards* di sicurezza.

La portata "rivoluzionaria" di questo progetto sulla tutela della sicurezza del lavoro emerge chiaramente se si riflette come sin ad allora gli aspetti fondamentali del sistema erano organizzati su regolamentazione e controllo pubblico, mentre l'autodisciplina e l'autoispezione costituivano aspetti marginali del modello di controllo.

Questa situazione, alquanto sbilanciata verso profili pubblicistici, doveva, secondo gli obiettivi della riforma, essere riequilibrata, attraverso una maggiore valorizzazione degli aspetti organizzativi e culturali dell'impresa. Gli obiettivi della nuova politica legislativa, pertanto, richiedevano «una migliore organizzazione del lavoro, una maggiore partecipazione da parte del *management*, una più estesa partecipazione dei lavoratori […] al fine di creare le condizioni per una *self-regulation* maggiormente effettiva»[79].

---

[79] *Robens' Report*, cit., 12, testualmente: «*The most fundamental conclusion to which our investigations have led us is this. There are severe practical limits on the extent to which progressively better standards of safety and health at work can be brought about through negative regulation by external agencies. We need a more effectively self-regulation system*. This call for the acceptance and exercise of

Cercando di sintetizzare i caratteri della logica co-gestionale di tutela espressi nel progetto della *Robens' Committe* è possibile affermare che questi si concretizzano, principalmente, attraverso l'interrelazione fra diversi momenti e soggetti in un complesso procedimento che, nel definire un programma di sicurezza, approda all'individuazione di una serie di misure di prevenzione da applicare al singolo stabilimento, definendo, così, i limiti di tolleranza giuridica dell'esercizio dell'attività produttiva.

I vantaggi di questa scelta politico-legislativa emergono, in primo luogo, nella possibilità di definire la dimensione del rischio consentito attraverso una valutazione, in cui vengono in considerazione tutti gli aspetti rilevanti della situazione assunta nella sua concretezza.

Questa maggiore aderenza della misura di liceità rispetto al rischio situazionale garantisce, indubbiamente, una maggiore efficacia preventiva, in quanto ogni programma di sicurezza risulta plasmato rispetto allo specifico rischio, insito nella particolare attività svolta.

Un simile modello di gestione permette, inoltre, una definizione dinamica e mutevole delle condizioni di liceità, in quanto, nel prevedere una serie di controlli periodici e di obblighi di aggiornamento, favorisce un continuo e costante adeguamento ai migliori *standards* di sicurezza.

È innegabile che, a livello applicativo, questa definizione normativa della dimensione di tolleranza giuridica potrebbe agevolare anche l'interprete nel ridescrivere, nell'ambito dell'imputazione oggettiva e soggettiva dell'evento, il contenuto del dovere di diligenza, che condiziona l'esercizio lecito delle attività rischiose.

Questo modello preventivo, che assume come giustificazione e legittimazione una prospettiva efficientista ed utilitaristica e ricorre al diritto penale solo come *extrema ratio*, ha costituito un paradig-

---

appropriate responsibilities at all levels within industry and commerce. It calls for better system of safety organization, for more management initiatives, and for more involvement of workpeople themselves. The objectives of future policy must therefore include not only increasing the effectiveness of the states contribution to safety and health at work but also, and more importantly, creating the conditions for more effective self-regulation»

ma alternativo al modello repressivo, in cui la concretizzazione del rischio consentito è, invece, affidato prevalentemente ed inevitabilmente ad un sistema di regole, a formazione giurisprudenziale, alle volte frutto dell'emotività del contingente[80].

Il testo legislativo viene assunto, invece, quale traduzione giuridica di un sistema di *risk management*, ovvero come progetto finalizzato al maggior controllo della gestione dei rischi connessi ad attività industriali, costruito su di un sistema di accesso, sia da parte della pubblica amministrazione, sia da parte dei privati, alle informazioni riguardanti fattori produttivi.

Coerente con questa tendenza risulta, di conseguenza, anche la tecnica normativa adottata, che si mostra particolarmente complessa. Il testo legislativo non si pone come un corpo normativo definito e completo, ma dà impulso ad un'attività normativa di fonte secondaria e costituisce il presupposto di operatività di normative già esistenti. L'informazione giuridica viaggia, quindi, prevalentemente su reti normative "minori", particolaristiche, secondarie, e alle volte private sancendo, definitivamente, un'irreversibile crisi di legalità[81].

5. Health and Safety at Work Act 1974 *e la* proactive regulation and control

La filosofia della *Robens Committee* ha animato la riforma del 1974, *Health and Safety at Work Act* 1974, che prevede una serie di obblighi generali per il datore di lavoro, per i lavoratori, per i lavoratori autonomi ed istituisce due organismi di controllo.

---

[80] Se, come evidenzia, N. Irti, *L'età*, cit., 44, attraverso clausole generali di diligenza si rischia di spostare il problema da un piano di scelte politiche e legislative ad un piano giudiziale, pare evidente che la generalità ed astrattezza previste dal testo legislativo, nel modello prospettato, vengano colmate dall'emanazione di normativa secondaria o autodiscipline. In questo senso è opportuno riflettere come, oltre al rischio di un esautoramento del potere democratico, questo modello determina anche uno stravolgimento del potere giurisdizionale.

[81] Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel cap. I e nel cap. V.

L'impianto legislativo ha una struttura notevolmente complessa, intervenendo non solo sull'assetto normativo, ma anche istituzionale dell'ordinamento: da un lato, infatti, introduce nuove disposizioni normative (*general duties*), *offences* e procedure sanzionatorie, dall'altro, modifica anche l'assetto istituzionale, non solo creando due nuove autorità amministrative, ma anche definendo nuovi poteri normativi, forme di de-legificazioni e rapporti fra fonti primarie e secondarie, nell'ambito di un ampio progetto di organizzazione della disciplina.

La trama normativa è articolata attraverso sette capi: secondo una tecnica legislativa consolidata e ampiamente diffusa nei sistemi di *common law*, una premessa alla legge individua gli obiettivi e la filosofia che sottende l'intervento legislativo, mentre le sezioni successive delineano la struttura normativa ed istituzionale funzionale al perseguimento delle finalità esplicitate nella premessa.

Nella sec. 1 si individua l'ambito di operatività della legge, attraverso l'esplicita menzione della finalità di tutela. Nella premessa il concetto di sicurezza e igiene del luogo di lavoro si amplia fino a comprendere anche la tutela dell'ambiente esterno, ovvero di soggetti non lavoratori, esposti nondimeno al rischio inerente all'attività produttiva. Si assume come obiettivo di tutela, quindi, un concetto di ambiente non solo lavorativo, ma anche esterno, quale principale luogo minacciato dai rischi connessi con le attività produttive. Questa lettura delle finalità di tutela è avvalorata dalle successive integrazioni e dalle correlazioni fra il testo *HSWA* del 1974 e la disciplina della tutela ambientale e della tutela del consumatore[82], che si costituiscono come corpi normativi "satellitari" rispetto al fulcro rappresentato dall'*HSWA* 1974.

In questo senso è possibile riconoscere la complementarietà e la convergenza di scopi di tutela nel diritto ambientale e nel diritto sulla sicurezza del lavoro. Entrambe le discipline costituiscono, infatti, i limiti esterni all'esercizio della libertà economica e tendono a supportare e a promuove interessi destinati altrimenti a soccombere nel libero gioco delle parti. La debolezza della posizione soggettiva del

[82] L'*Environmental Protection Act* 1990 ha infatti integrato e sostituito la lett. d) della sec. 1 dell'*HSWA* 1974, mentre le stesse finalità di tutela sono perseguite dalla disciplina di tutela del consumatore. Sul punto si veda: E. Evans, *Effective Management of Product Liability Risk in the United Kingdom*, in *Def. Council J.*, 68, 2001, 316, 317; J. Munkman, *Employer's*, cit., 218 ss.

cittadino, così come del lavoratore, necessita, infatti, di un intervento pubblico orientato ad un rafforzamento della tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

La complementarietà delle singole discipline settoriali si coglie nella comune finalità di raggiungere il giusto equilibrio fra le esigenze dell'economia, finalizzata alla massimizzazione del profitto, e le esigenze di tutela e di giustizia di quanti subiscono i rischi connessi a precise politiche imprenditoriali, in particolare i rischi per la salute[83].

La prassi del bilanciamento, quale strumento per la soluzione dei conflitti fra diritti sovraordinati, trova concretizzazione in scelte di politica legislativa, che attualizzano il significato di principi generali, attraverso una continua e dinamica regolamentazione dei rapporti umani. Nell'ambito di uno stesso contesto giuridico si tutelano, quindi, gli interessi meta-individuali della salute e della sicurezza del lavoratore, dell'ambiente e della popolazione, realizzando una tecnica normativa di tipo "orizzontale"[84].

Dalla complessa articolazione della finalità di tutela non sembra possibile enucleare un concetto di sintesi, in grado di individuare un bene giuridico di categoria, anche perché la mancanza di sistematicità e la scarsa propensione per astrazioni teoriche del sistema giuridico britannico costituiscono un ostacolo alle inclinazioni speculative dei giuristi di *civil law* e trasformano il percorso interpretativo volto all'individuazione di beni giuridici in una forzatura dogmatica.

---

[83] Sin dalla prefazione il *Robens' Report* evidenzia come nonostante la sua attività di indagine sia limitata esclusivamente alla regolamentazione della sicurezza e della salubrità dei luoghi di lavoro, tale argomento è strettamente connesso, sin dalla rivoluzione industriale, anche alla sicurezza dei trasporti e della tutela ambientale. Più diffusamente si sofferma sul punto nel capitolo X, in cui si riconosce legittimità e competenza anche per la sicurezza pubblica in generale al medesimo organo di controllo sulla sicurezza del lavoro.

[84] Che la tutela della sicurezza del lavoro nel sistema britannico si estenda fino a comprendere, quindi, la tutela delle persone che, pur non essendo impiegati nell'attività lavorativa, sono nondimeno a "rischio" è testimoniata, inoltre, dal contenuto specifico di alcuni profili del dovere del datore di lavoro (come ad esempio la *General duties of employers and self-employed to person other than their employees*, Sec. 3, così come le sec. 2-9). La complessità della prospettiva preventiva precauzionale ha richiesto – come accennato – notevoli integrazioni, come dimostrano la sostituzione della sec. 5 con la disciplina dell'*Environmental Protection Act 1990*, e l'integrazione della sec. 6, che individua le condizioni della responsabilità del produttore, completata con il *Consumer Protection Act 1987*.

I sistemi di *common law* – come più volte rilevato – sono poco orientati a questo tipo di concettualizzazioni, per cui è opportuno abbandonare il proposito di tradurre questa ampia finalità di tutela in termini teorici, propri della tradizione continentale, isolando un bene giuridico quale concetto di sintesi.

Nonostante queste differenze culturali, prima ancora che giuridiche, è, tuttavia, plausibile rinvenire un'affinità fra la legislazione britannica sulla sicurezza dell'ambiente lavorativo e il sistema normativo italiano, alla luce di questa ampia finalità di tutela che sembrerebbe caratterizzare il sistema britannico e anche la disciplina italiana[85]. L'articolata composizione legislativa di entrambi i sistemi di tutela della sicurezza del lavoro invita a scorgere, come oggetto comune di tutela, una molteplicità di *diritti* che si atteggiano in modo differente in relazione ad aspetti o a fasi particolari dell'attività produttiva e tendono contrapporsi agli interessi meramente economici che animano, invece, l'esercizio di un'attività di impresa.

*5.1. La complessità istituzionale e la struttura amministrativa della disciplina dell'*HSWA*: il ruolo della commissione e dell'esecutivo*

Esplicitate le ampie finalità precauzionali, la premessa dell'*HSWA* 1974 indica anche gli strumenti normativi, *codes of practice* e regolamenti, attraverso cui soddisfare tali esigenze di tutela. La struttura normativa è particolarmente dinamica, non coincide con un nuovo corpo dispositivo, ma è costituita da un meccanismo volto a realizzare una riforma "permanente" che non solo sostituirà la normativa

[85] Le basi dei diversi sistemi giuridici sembrano, infatti, poggiare su un *idem sentire*, sul punto: M.R. Ferrarese, *Prima lezione*, cit., 80; G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, il quale, sul presupposto che tra le varie esperienze giuridiche penalistiche del mondo occidentale, esista un'affinità di concetti e problemi, intravede anche un'aspirazione di unità e di armonizzazione fra i diversi sistemi, che tendono a proiettarsi in una dimensione sovranazionale, nonostante il marcato localismo che ha caratterizzato il diritto penale negli ultimi secoli. Sul punto si veda, in particolare, l'analisi comparata del *corporate manslaughter*, realizzata da G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate Manslaughter, Torino, 2009, 35, il quale, sulla base delle recenti riforme sull'illecito colposo in Italia e nel Regno Unito, ritiene esista «una wittgensteiniana "somiglianza di famiglia" tra i sistemi europei».

vigente, ma provvederà costantemente all'aggiornamento di *standards* e di regolamenti.

La politica delineata nell'*HSWA* 1974 si realizza, principalmente, attraverso una delega di funzioni istituzionali a due organismi: la commissione e l'esecutivo. Focalizzare l'attenzione sull'apparato politico-amministrativo, che sorregge la scelta legislativa dell'*HSWA*, costituisce una premessa necessaria per apprezzare l'attività e l'importanza degli organi di controllo nel funzionamento di questo modello di tutela integrato e fondato principalmente su di una continua collaborazione e cogestione fra i diversi attori sociali.

Nell'ambito di una politica della sicurezza monitorata e attivata dagli organismi pubblici[86], la delega all'autodisciplina e il riconoscimento della libertà (seppur condizionata) di adottare modelli di tutela personalizzati e flessibili, costituiscono una forma di integrazione organizzativa pubblico-privata, etero-diretta, ma autodisciplinata.

La *Health and Safety Commission* (*HSC*)[87], istituita dalla Sec. 10 dell'*HSWA*, è presieduta da un direttore generale, nominato dal segretario di Stato ed è costituita da rappresentati degli imprenditori, dei lavorati e delle autonomie locali (questi ultimi a tutela degli interessi della collettività). La sua struttura non appartiene ad alcun preesistente dipartimento governativo, sebbene agisca nell'ambito delle direttive politiche impartite dal *Secretary of State for Employment* (sec. 12), di cui assicura la realizzazione, concorrendo anche all'espletamento delle sue funzioni. La rappresentanza dei diversi attori sociali, nell'ambito dell'*HSC* costituisce una prima forma di consensualismo che si pone come una forma di *collective self-regulation*[88].

La sua funzione non è meramente consultiva, ma di amministrazione attiva e realizza un modello fortemente centralizzato[89] ed unificato di *policy-making*, di *law making* e di *enforcement*.

---

[86] Sul punto si veda l'analisi di B.M. Hutter, *An Inspector Calls. The Importance pf Proactive Enforcement in the Regulatory Context,* in *Brit. J. Crim.,* 1986, 114.

[87] W. Szubert, *Labour Law*, cit., 14, 54; cfr., inoltre, *Halsbury's Laws of England*, vol. 20, IV ed., London 1993, para 451, 282 ss.

[88] J. Black, *Decentring*, cit., 107.

[89] Il modello istituzionale è centralizzato, se paragonato alla frammentazione istituzionale della precedente normativa, ciò comunque non è incoerente con un modello normativo fortemente de-centralizzato, secondo un rapporto di integrazione fra leggi, regolamenti e discipline aziendali.

L'attività della *HSC*, disciplinata secondo gli obblighi e le competenze stabilite alla sec. 11, comprende, inoltre, attività di ricerca, di consulenza, di formazione e di promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro. Fondamentale è l'attività di informazione, volta alla diffusione di una cultura della sicurezza, che impone alla Commissione di aggiornare ed informare le parti sociali e gli organi istituzionali sugli sviluppi scientifici e tecnologici.

La Commissione è anche legittimata a stipulare accordi con dipartimenti ministeriali e governativi per la realizzazione di scopi e di funzioni previsti dalla disciplina dell'*HSWA.*

Per l'adempimento degli obblighi istituzionali, la Commissione è dotata di poteri autonomi di amministrazione e di gestione delle risorse umane ed economiche, mentre è priva di poteri normativi, eccetto che per l'emanazione di *codes of practice.* Il potere normativo è invece riconosciuto al *Secretary of Labor Department*, che è a capo della Commissione.

Questo organismo è affiancato dalla *Health and Safety Executive* (*HSE*), ovvero un consiglio di esperti, nominato dalla Commissione (*HSC*), che elabora piani e proposte, presentati alla commissione durante incontri bisettimanali ed è responsabile per la realizzazione delle politiche di sicurezza definite dalla commissione. Compito dell'esecutivo, in base alla sub-sec. 4 lett. a-b della Sec. 11 è di contribuire alla realizzazione delle politiche di sicurezza adottate dalla Commissione, favorendo l'applicazione delle direttive emanate[90]. L'attività propositiva della *HSE* e della *HSC*, secondo la sec. 11, dà impulso all'emanazione di nuovi *standards* di sicurezza da parte del *Secretary of State for Employment.*

La Commissione, in base alla sec. 14, ha il potere di istituire commissioni di inchiesta e avviare indagini su questioni e casi particolari, inerenti all'applicazione della legge.

5.2. L'attività ispettiva

Il potere/dovere di *enforcement* è attribuito all'Esecutivo (*HSE*), ma in base alla sec. 18 il Segretario di Stato può affidare, attraver-

[90] Sul punto cfr. *Regulation of Environmental Powers Act* 2000.

so un regolamento, tale potere anche ad altre autorità, in particolare alle autorità locali che possono amministrarlo in modo del tutto autonomo rispetto all'attività della Commissione e dell'Esecutivo.

La Commissione e l'Esecutivo possono invece delegare, sotto propria responsabilità, le funzioni di controllo a diversi dipartimenti o nominare singoli ispettori. Attualmente l'attività ispettiva è svolta da sei differenti ispettorati, secondo piani di ispezioni periodiche, che possono essere sollecitate anche dai lavoratori o dai loro rappresentanti. Da tali ispezioni sono dispensate generalmente le piccole aziende.

L'attività ispettiva è, come già evidenziato, solo un aspetto di un più articolato e complesso approccio consultivo e di *advisory* che le autorità di controllo britanniche svolgono istituzionalmente, rispecchiando una cultura e una filosofia volta più all'applicazione della legge (all'effettività) che all'inutile punizione[91].

Le autorità ispettive, definiti alla Sec. 20, sono dotati di ampi poteri discrezionali e, in particolare, possono effettuare controlli, accedendo direttamente agli impianti produttivi, raccogliendo prove e documentandone l'attività[92]. L'agenzia di controllo può anche formulare richieste di informazioni, consultare i documenti e gli archivi dell'impresa e più in generale richiedere la collaborazione del responsabile dello stabilimento, il cui silenzio può essere valutato sfavorevolmente, in un giudizio complessivo sulla "vita" dell'ente.

Le autorità ispettive hanno la possibilità di ricorrere ad alcuni provvedimenti amministrativi ed imporre in prima istanza l'adozione di particolari misure entro un determinato periodo di tempo, proponendo, secondo anche le disposizioni dei codici pratici, differenti modi di adempimento dei doveri di sicurezza (sec. 23). Tramite *Improvement Notices* (sec. 21) le autorità di controllo possono far rilevare specifiche violazioni delle norme statutarie e di altre norme di sicurezza. Questi provvedimenti vengono emanati allo scopo di migliorare la sicurezza dei luoghi di lavoro e di rimuovere le condizioni che incidono negativamente sulla sicurezza dell'ambiente la-

---

[91] R. Baldwin, *The British System*, cit.; W.G. Carson, *White Collar*, cit., 383; B.M. Hutter, *An inspector calls*, cit., 114.

[92] Sul punto: *Laws v. Keane* 1983 SLT 40.

vorativo. Tali ammonizioni devono essere puntualmente motivate e devono contestare in modo particolareggiato le disposizioni violate.

Solo nei casi gravi, di rischi fatali e di lesioni personali, ma anche in caso di reiterate violazioni, è possibile fare ricorso a *Prohibition Notices* (sec. 22). Nella motivazione di tale provvedimento devono essere indicate le specifiche violazioni contestate ed essere individuati i rischi sorti in seguito (*id est:* a causa dell') all'inosservanza delle disposizioni precauzionali. Oltre ad imporre sanzioni risarcitorie, il provvedimento può prevedere la sospensione o la chiusura degli impianti fuori norma[93].

In diverse circostanze l'ispettore può intervenire per eliminare pericoli nell'uso di sostanze pericolose e nelle modalità produttive (Sec. 25).

5.3. *L'articolazione e l'integrazione delle fonti normative: delegificazione e autodisciplina nella* Health and Safety Regulation

Dalla trama normativa della *Health and Safety at Work* sin qui tracciata, emergono i caratteri di un sotto-sistema o microsistema giuridico, con caratteri autonomi[94], che, pur inserendosi inizialmente nell'ambito di un contesto giuridico generale (ovvero l'ordinamento giuridico generale, secondo un rapporto di genere a specie, raffigurabile attraverso due cerchi concentrici[95]), tende a sviluppare percorsi indipendenti e ad avviare un processo di consolidazione, che sancisce una cesura con il sistema-ambiente, marcata dall'imporsi di fonti e di processi normativi diversi ed indipendenti.

Dal costituire una specificazione della norma generale (*general duty of care* nei sistemi di *common law*), la legge particolare tende a rivendicare contenuti ed attributi autonomi, accostandosi al sistema generale quale sistema concorrente, erodendo così gli spazi applicativi della norma generale. Il diritto speciale si espande, quindi,

---

[93] W. Szubert, *Labour Law*, cit., 66 ss.

[94] Tendenza rilevata da N. Irti, *L'età*, cit., 46; T. Padovani, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 122: il quale evidenzia la tendenza a «legiferare per microsistemi conchiusi, concependo ciascun testo normativo come monade isolata, e presidiandolo quindi di sanzioni penali avulse da una considerazione sistematica».

[95] N. Irti, *L'età*, cit., 56.

inglobando settori di disciplina ed ambiti di materia affini, contaminandone principi e meccanismi regolatori. Il rapporto da genere a specie si dissolve[96] e ciò è evidente in modo particolare nel rapporto fra *negligence* e *statutory duty of care* e nella nuova prospettiva "olistica" (*infra* cap. III) della responsabilità penale dell'impresa rispetto al *corporate manslaughter*.

Al suo interno l'*HSWA* si struttura a sua volta come poli-sistema: la libertà e la flessibilità della logica co-gestionale sono tali da costruire una rete normativa a maglie larghe, in cui, oltre ai processi regolativi attribuiti agli organi di controllo, le singole unità aziendali possono inserirsi come sistemi indipendenti, dotati di capacità normativa, di organizzazione, gestionale ed informativa.

Dall'arretramento della funzione legislativa emergono, quindi, due piani normativi: il primo affiora attraverso l'integrazione fra normativa-quadro di fonte legislativa e fonti secondarie; il secondo si concretizza nell'ambito aziendale, attraverso momenti di democrazia industriale e nell'autodisciplina[97].

---

[96] Ritornando alla metafora geometrica dei cerchi concentrici, potrebbe in questo sviluppo del sistema giuridico segnalarsi l'affinamento della corona circolare fino a quando l'esuberanza paradossale del cerchio minore (legge speciale) giunge ad inglobare il cerchio maggiore (legge generale), che assume una funzione residuale. In questo mondo il sistema-madre perde in estensione a favore del micro-sistema resosi autonomo, creando un inter-sistema, ovvero «una relazione tra sistemi di norme definite in base al loro contenuto». Sul punto: N. Irti, *L'età*, cit., 61 ss., 71. G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., *passim.* A tal riguardo si è parlato di «legislazione penale "di tipo generale"», per indicare l'"affiancamento" alla disciplina codicistica di disposizioni complementari, sul punto, testualmente, C.F. Grosso, *Diritto penale e tutela della salute*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, 97; D. Petrini, *Reati di pericolo e tutela della salute del consumatore*, Milano, 1990, 32, 65.

[97] Sebbene sia ormai tramontata l'esperienza neo-corporativista nell'ambito di modelli societari in cui la presenza dei lavoratori viene garantita negli organismi di controllo sulla gestione societaria, per allargare la base decisionale di scelte manageriali e finanziarie, il modello co-gestionale rappresenta invece una risorsa nell'ambito della tutela del luogo di lavoro. La logica micro-corporativista si impone nelle recenti esperienze legislative come modello fondamentale in ambiti decisionali dell'impresa in cui vengono in rilievo la sicurezza del lavoro e dell'ambiente. Alla luce della rilevanza del principio di precauzione, è necessario valorizzare il coinvolgimento del lavoratore e dei diversi attori sociali nelle scelte che involgono le condizioni di lavoro e di sicurezza; assecondando, infatti, il principio di precauzione nella sua valenza di criterio d'azione politica non è possibile alienare da scelte rischiose i soggetti, che loro malgrado, ne sono coinvolti o potenziali vittime.

Seppur in modo cursorio, è opportuno approfondire la prima forma di integrazione per constatare come si intreccia con il secondo piano normativo costituito dall'autodisciplina.

Come evidenziato, la "proceduralizzazione" della trama legislativa ha determinato un vuoto a livello contenutistico, colmato, in primo luogo, attraverso l'integrazione con fonti secondarie, la cui legittimità deriva dalla conformità del procedimento normopoietico ad uno schema predefinito legislativamente. La complessità normativa è, tuttavia, dovuta non solo ai necessari rinvii recettizi operati dall'*HSWA*, ma anche alla dinamicità del testo legislativo, che non offre una disposizione normativa finale, definitiva, ma individua le condizioni per creare un laboratorio normativo in grado di adeguarsi costantemente agli aspetti specifici della realtà regolata.

La ricostruzione della trama regolativa, disseminata tra diversi atti e disposizioni, sembra evidenziare la predominanza degli aspetti "sostanziali" del diritto, nel senso evidenziato nel primo capitolo, ovvero si registra una frantumazione della razionalità formale del diritto a favore di una logica particolaristica ed orientata alle conseguenze.

Accanto alle numerose clausole generali che semplicemente enunciano il contenuto del dovere di diligenza e definiscono, in modo generico, le disposizioni *precauzionali*, altre disposizioni descrivono una forma di tutela procedimentale, che, tendenzialmente, mira alla specificazione della regola *cautelare* solo attraverso le fonti subordinate e l'autodisciplina. Questo scivolamento verso un livello normativo secondario o *fattuale* permette una maggiore permeabilità del diritto verso contenuti e obiettivi dei diversi sottosistemi

---

Non sorprende, pertanto, che, nonostante lo smembramento e la frantumazione dei centri decisionali, si riproponga come modello organizzativo ed istituzionale quello basato su di una logica aziendale, micro-corporativa proprio nell'ambito della tutela dell'ambiente di lavoro. Sul punto: F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 162; G. Teubner, *Il trilemma*, cit., 93, il quale riconosce espressamente il fallimento della logica corporativa, che, tuttavia, resiste solo come fenomeno micro-corporativo. L'affermarsi di una logica corporativa e co-gestionale ha caratterizzato, anche se in modo differente, l'esperienza societaria tedesca ed inglese del dopoguerra, tuttavia l'imporsi di gruppi di società e la strutturazione normativa di *holdings* ha decretato l'esautoramento di organismi misti, di democrazia economica e ha ben presto evidenziato l'effimero contributo e la difficile partecipazione dei lavoratori nell'ambito delle decisioni assunte dalla società madre in un sistema economico globalizzato.

sociali regolati. Tale vicinanza al contesto situazionale del processo normopoietico sub-legislativo (sia eteronormato che autonormato) consente di approntare una tutela preventiva e non meramente cautelativa.

Come evidenziato nel primo capitolo la norma di fonte legislativa si pone ad una distanza tale dal contesto da regolare che può solo individuare degli obiettivi cautelativi, mentre sono solo le fonti secondarie e quella di autodisciplina in grado di specificare il contenuto cautelare del generale obbligo di prevenzione[98].

Funzionale a tale logica è, dunque, il processo di delegificazione, che ha portato progressivamente a sostituire la disciplina precedente (come è successo per diverse disposizioni del *Factories Act* 1961 e *Office, Shops and Railway Premises Act* 1963) con i rego-

[98] Fra le fonti di integrazione legate principalmente alla struttura della disposizione precettiva delle regole cautelari si annoverano i codici pratici e le linee guida. In particolare l'attività ispettiva della *HSC* si combina ed integra con il potere di emanare *Codes of Practice and Guidance* (sec. 16) per favorire l'applicazione delle norme di sicurezza previste dalla sec. 2 alla sec. 9. Il testo legislativo del 1974 configura un'ulteriore relazione fra fonti primarie e fonti secondarie, secondo una politica di de-legificazione. Diversamente, infatti, dal rapporto di integrazione e di specificazione che intercorre fra legge e codici di pratica, si delinea una nuova potestà normativa in capo al segretario di Stato e ad alcuni ministeri (in base alle *Sections* 15 e 50), in forza della quale tali organi sono autorizzati ad emanare regolamenti (*Guidance Notes)*, con finalità precauzionale, generalmente su sollecitazione della *HSC*, che, in tal modo, assume una fondamentale funzione propulsiva. *Guidance notes* possono essere emanati anche da commissioni private, attraverso l'*industrial self-regualtion* e hanno la funzione di guidare il datore di lavoro all'adempimento delle clausole generali contenute nel testo legislativo. Sul punto si veda la ricostruzione di R. Baldwin, *The British System*, cit., 207 ss. L'emanazione di un codice deve essere approvato dal Segretario di Stato e sottoposto a particolari procedure di pubblicità legale. In base alla *section* 53 un codice pratico include *standards*, regolamenti specifici ed ogni altra documentazione utile come guida. Tali atti normativi assumono evidentemente una funzione solo integratrice delle disposizioni legislative, infatti non possono che specificare la genericità delle prescrizioni precauzionali previste nei primi articoli del testo legislativo. Si spiega in questo senso perché la violazione delle norme previste dal *Code of Practice* non implica di per sé responsabilità civile, né penale (sec. 17). Solo nel caso in cui un procedimento penale sia avviato contro il datore di lavoro per un reato diverso (come ad esempio l'omicidio e le lesioni colpose), la violazione dei requisiti richiesti nei codici pratici può essere assunta come prova indiretta della violazione delle clausole generali previste dalla normativa quadro. È onere dell'accusa provare però la violazione, allegando anche l'avviso di pubblicazione del codice e lo specifico codice violato, nonché la sua rilevanza nell'ambito di un giudizio di *breach of statutory rule.*

lamenti e ad armonizzare tutto il sistema della sicurezza del lavoro sulla base dei principi e dei caratteri espressi nell'*HSWA* 1974[99].

A questo complesso sottosistema normativo, prevalentemente pubblico, si affianca, intersecandolo, il sottosistema aziendale che, affermandosi come ordinamento semi-autonomo, esplica un'essenziale funzione regolativa.

Attraverso il rinvio a fonti di autodisciplina, non solo si legittima l'ingresso di fonti privatistiche nell'ambito dell'ordinamento giuridico primario, ma si conclude e si specifica, in funzione della singola realtà aziendale, quel processo normopoietico iniziato con l'emanazione della normativa quadro.

Per valutare l'importanza di tale intervento è opportuno verificare brevemente il contenuto precettivo della normativa pubblica, che, senza questa ulteriore integrazione, risulterebbe sospesa in una inconsistente dimensione regolativa priva di aderenza alla realtà sottostante da governare. Solo dopo aver constatato il contenuto minimale dei doveri imposti nell'ambito della disciplina-quadro, nonostante (e forse a causa di) un'ampia finalità precauzionale, sarà possibile cogliere il ruolo fondamentale che assume l'autodisciplina nell'ambito della definizione dei criteri di imputazione della responsabilità penale. La regola cautelare autonormata, che contenutisticamente colora il grado precettivo della clausola generale, assume, infatti, un ruolo determinante per delineare la portata applicativa della disposizione penale.

Il ruolo dell'autodisciplina non si riduce, tuttavia, alla sola condivisione della funzione di *law-making*, in quanto rappresenta anche il momento principale di adempimento degli obblighi di sicurezza, che grava sul datore di lavoro. In questa strategia di co-responsabi-

[99] Agli inizi degli anni Novanta il legislatore ha provveduto attraverso il *Deregulation and Contracting Out Act 1994* Sec. 37 ad un riordino della disciplina dell'*HSWA* abrogando le disposizioni ridondanti e superflue, ciò si è imposto anche in ragione della struttura normativa della disciplina della sicurezza del lavoro, che è "aperta" e si integra, come già rilevato, con diverse disposizioni statutarie: appare, infatti, logica la correlazione con la tutela ambientale e con la protezione del consumatore, esplicitata nelle ampie finalità di tutela previste nella sec. 1. L'affinità degli scopi di tutela e l'omogeneità di disciplina di questi settori rendono opportuna un'integrazione fra i vari testi normativi, per garantire un'armonizzazione fra gli strumenti giuridici, ispirata anche a criteri di economia legislativa.

lizzazione dei soggetti "a rischio penale", si tende ad esplicare una forma di controllo indiretto, plasmando la struttura organizzativa dell'impresa in funzione degli obiettivi di tutela pubblica.

5.3.1. Duty of care *fra* negligence *e* statutory law

I principali obblighi di sicurezza del datore di lavoro sono volti a garantire la sicurezza del luogo di lavoro, per tutelare i lavoratori (sec. 2) e per proteggere i soggetti non dipendenti, egualmente coinvolti dall'attività di impresa (sec. 3). È possibile enucleare cinque obblighi specifici del datore di lavoro, il quale deve: provvedere a realizzare e mantenere l'impianto e il sistema produttivo sicuro e senza rischi per la salute; provvedere ad un sistema di trasporto dei beni sicuro e privo di rischi per la salute; provvedere alla formazione, istruzione, informazione e supervisione di queste attività in modo da assicurare la sicurezza e la salute dei lavoratori; provvedere a che il luogo di lavoro (compresi i mezzi di accesso e di uscita) sia sicuro e privo di rischi per la salute; provvedere, più in generale, a che anche l'ambiente di lavoro sia sicuro e privo di rischi per salute[100].

Nel determinare, in concreto, il comportamento dovuto in base alle clausole generali previste dall'*HSWA*, l'interprete è agevolato, non solo dalla normativa regolamentare, ma anche dai criteri sviluppati nell'ambito della giurisprudenza in tema di *duty of care* di *common law*[101] (infra cap. III)

---

[100] R. Baldwin, *The British System*, cit., 207 ss. Il sistema britannico si costruisce tuttavia su due percorsi giuridici paralleli, che alle volte si intrecciano, influenzando la costruzione di concetti e principi comuni. Accanto al sistema positivo, che prevede diversi *duties of care* di fonte statutaria, il datore di lavoro è destinatario di un *duty of care* la cui origine è di *common law* e per alcuni aspetti presenta doveri corrispettivi al sistema statutario di regolamentazione e tutela del luogo di lavoro.

[101] Fra i due concetti di *common law* e di *statutory law* potrebbe, infatti, esserci parziale coincidenza, ciò tuttavia non deve indurre ad una facile traduzione dei termini in concetti di *civil law*. La *negligence* non corrisponde alla colpa generica, così come non è possibile collocare nella colpa specifica i casi di *breach of statutory duty;* il sistema anglosassone esclude tale uniformità contenutistica fra i due tipi di violazione. Anzi li distingue nettamente, per cui se vi è violazione di regole cautelari scritte, teoricamente non è possibile inferire l'esistenza della *negligence*, mentre il rispetto di tali norme può nondimeno coesistere con una responsabilità per *negligence.* Nonostante la segnalata contrapposizione, tuttavia, nell'analizzare i criteri "operazionali" di definizione del comportamento diligente attraverso cui la prassi

La generalità del *duty of care* si riduce attraverso la specificazione e l'individuazione in base al *test* del *reasonably practicable*[102], che si fonda su una valutazione di prevedibilità compiuta avendo presente l'evoluzione tecnologica e il progresso scientifico[103].

Nel definire la prevedibilità del rischio assumono notevole rilievo le pubblicazioni della *HSE* e, ovviamente, anche le discipline aziendali o di settore della *industrial self-regulation.*.

La prevedibilità, però, è solo un parametro, che deve essere letto alla luce del grado del rischio (*magnitudine of the risk*), nell'ambito di una valutazione dinamica. Questo implica, da un lato, la con-

---

giurisprudenziale accerta l'esistenza del *duty of care* e la sua violazione dal punto di vista meramente oggettivo, è possibile constatare rispetto a questo frammento del complesso procedimento di attribuzione della responsabilità, che lo *statutory system* e il *common law* utilizzano un patrimonio giuridico comune.

[102] Sul punto: R. Baldwin, *The British*, cit., 206 ss. In particolare si veda *Edwards v National Coal Board*, [1949] 1 KB 704; *Paris v Stepney B.C.* [1951] A.C. 367 che enunciano come condizioni: 1) la gravità del danno; 2) probabilità del suo verificarsi. In particolare per quanto riguarda le statutory offences concernenti la sicurezza collettiva si veda *Sweet v Parsley* [1969] 1 All ER 347 at 362, [1970] AC 132 at 163 Lord Diplock: «But where the subject-matter of a statute is the regulation of a particular activity involving potential danger to public health, safety or morals, in which citizens have a choice as to whether they participate or not, the court may feel driven to infer an intention of Parliament to impose, by penal sanctions, a higher duty of care on those who choose to participate and to place on them an obligation to take whatever measures may be necessary to prevent the prohibited act, without regard to those considerations of cost or business practicability which play a part in the determination of what would be required of them in order to fulfill the ordinary common law duty of care».

[103] Generalmente, nell'ambito dello *statutory law*, contrariamente alla *negligence* di *common law*, non è richiesta una valutazione di tipo soggettivo, in quanto il *breach of statutory law* è un parametro oggettivo di attribuzione della responsabilità, che non implica alcuna forma di riprovevolezza morale, né alcuno stato mentale o soggettivo biasimevole. Tuttavia, nell'accertamento della *breach of statutory rule*, è possibile dare rilievo alle eventuali conoscenze specifiche dell'agente rispetto al caso concreto o alla persona del soggetto passivo, verso cui ha un *duty of care.*

Adsett v K and L Steelfounders and Engineers Ltd [1953] I WRL 1447, DC; *Jane v National Coal Board* [1963] 2 All ER 220; *Boyton v Willment Bros Ltd* [1971] 3 All ER 624, [1971] I WRL 1625, CA. Il parametro da utilizzare non è tuttavia né quello della miglior scienza ed esperienza, ma quello della comune conoscenza diffusa ovviamente nel settore specifico. Sul punto si veda: G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29, 48 e, spec. 50 s.

siderazione della gravità del potenziale danno e, dall'altro, il grado di verificabilità[104].

Quindi, sulla base di questi due fattori, si opera una valutazione costi-benefici[105], che, tuttavia non si limita ad una cinica considerazione di ordine economico, ma implica una globale valutazione, di tipo certamente utilitaristico, in cui, però, la tutela dei beni personali non può essere bilanciata con l'interesse ad un risparmio di spesa[106]. Se si verifica una sproporzione, tale da rendere il rischio insignificante rispetto al sacrificio, il datore di lavoro è dispensato da tale obbligo di tutela. Questa complessa valutazione è sintetizzata dal concetto di *practicability*[107].

Nonostante i criteri elaborati dalla giurisprudenza, la definizione del dovere precauzionale del datore di lavoro potrebbe apparire come sospesa in un livello di estrema genericità e di rarefatta normatività, che compromette la certezza del diritto. La genericità dei doveri di sicurezza previsti dalla legislazione britannica sembra, infatti, estendere notevolmente la responsabilità del datore di lavoro,

---

[104] Si veda il caso di Zeebrugge, dove la probabilità che la nave salpasse con le porte aperte era remota, ma, cionondimeno, doveva essere presa in considerazione, per adeguare il comportamento dell'equipaggio alla gravità del rischio, che invece era estremamente elevato. Diversamente nel caso *Bolton v Stone* [1951] AC 850, il rischio fu considerato effimero, la cui eliminazione implicava, però, costi elevati. Se, diversamente, le misure per arginare o eliminare il rischio fossero state facilmente disponibili, sarebbe potuto sorgere un *duty of care.*

[105] *Morris v West Hartlepool* sul bilanciamento costi benefici. Sul punto *Edwards v. National Coal Board* [1949] 1 KB 704, [1949] 1 All ER 143 (CA), Lord Asquith afferma: «"reasonable practicable" is a narrower term than "physically possible" and seems to me to imply that a computation must be made by owner in which the quantum of risk is placed in one scale and the sacrifice involved in the measures necessary for overruling the risk (whether in money, time or trouble) is placed in the other, and that, if it be shown that there is a gross disproportion between them – the risk being insignificant in relation to the sacrifice – the defendants discharge the onus on them. Moreover, this computation falls to be made by the owner at a point in time anterior to the accident». Si veda inoltre *Marshall v. Gotham & Co* [1954] AC 360; [1954] 1 All ER 937 (HL)

[106] Sul punto si vedano le osservazioni Fleming, riportate da G. Marinucci, *Innovazione*, cit., 45-46.

[107] Sul punto, G. Marinucci, *Innovazioni*, cit., 53; L'estensione del dovere di cautela, la valutazione costi-benefici, la fattibilità di un sistema precauzionale sono questioni di fatto, per cui esse sono decise – a seconda dei casi e della procedure – dalla giuria o dal giudice che agisce come giuria, sul punto: J. Munkman, *Employer's*, cit., 12 ed., 1995, 38, 43

per il quale l'adempimento del generale *duty of care*, non si limita al rispetto di prescrizioni positive sub-legislative.

Code of practices e *standard of care* rappresentano, infatti, solo una prova di quello che il datore di lavoro deve conoscere, mentre il rispetto della normativa secondaria non esaurisce né il contenuto del dovere di precauzione della *general clause*, né assurge a *due diligence defense*. Nell'ambito del sotto-sistema statutario, il mancato adeguamento ai *codes of practice*, emanati sulla base del potere riconosciuto alla *HSC* dall'art. 16 dell'*HSWA* 1974, costituisce *prima facie* prova della violazione del dovere di precauzione, ma non è elemento conclusivo della responsabilità del datore di lavoro.

A questa limitata copertura preventivo-cautelare, definita da regole scritte sub-legislative, si associa una parziale rilevanza del sistema statutario della sicurezza, che non esaurisce il contenuto degli obblighi cautelari incombenti sul datore di lavoro, in quanto il sistema concorrente di *common law* può, nel caso concreto, individuare specifici *duties of care*, ulteriori agli obblighi sanciti a livello positivo.

Secondo il *common law*, infatti, il datore di lavoro ha una responsabilità per *negligence* laddove, anche in assenza di regolamenti scritti, pur prevedendo o avendo ragione di prevedere la rischiosità dell'attività, non adotta misure di sicurezza. Viceversa, pur nel rispetto delle norme statutarie, può affermarsi una responsabilità per *negligence*[108].

La flessibilità di un modello preventivo-cautelare costruito su considerazioni empiriche e fattuali rischia di trascurare, però, i profili normativi della regola cautelare, per cui, dinanzi alla fluidità del quadro normativo, il sistema dell'*HSWA* tenta di arginare tale mobilità attraverso il rinvio ad un livello normativo di fonte inferiore (*id est* l'autodisciplina).

---

[108] A *fortiori*, neanche il riferimento alle *general and approved practice*, ovvero agli usi generalmente diffusi e riconosciuti validi nel settore di attività, costituisce un elemento condizionante o conclusivo per la valutazione sulla *negligence*. J. Munkman, *Employer's*, cit., 50: «*General and approved practice in an industry is the primary guide in determining the standard of care; but it is not inflexible and may be departed from when there is a failure to take account of some a proved danger*». Sul, punto: G. Marinucci, *Innovazioni*, cit. 31 ss.

I modelli comportamentali definiti dalla fonte pubblicistica, quindi, necessitano di un'ulteriore integrazione, ed è in questo frangente del processo di attribuzione della responsabilità per la violazione del dovere generale di sicurezza, che l'autodisciplina sembra assumere un ruolo determinante per definire il contenuto del dovere di sicurezza.

Nell'ambito della sicurezza del lavoro, per fronteggiare i rischi tipici connessi alla specifica attività produttiva, la valutazione di praticabilità, ovvero di esigibilità, delle misure di prevenzione è affidata alla politica aziendale del datore di lavoro, che definisce, nella gestione della organizzazione dei fattori produttivi, la misura del rischio ragionevole da correre, in una più ampia politica di *risk assessment.*

Rispetto all'individuazione della responsabilità nelle organizzazioni complesse la determinazione del rischio prevedibile e delle misure di sicurezza doverose devono, infatti, essere calibrate sul tipo di unità produttiva, per cui solo l'organizzazione dei fattori produttivi e la gestione concreta dell'attività possono offrire indicazioni conclusive sull'oggettiva violazione della clausola di sicurezza[109].

La conformità dell'autodisciplina agli *standard* scritti e al concetto di *duty of care* di *common law*, permette di attribuire a questo processo normativo la funzione di spiegare e specificare il contenuto cautelare, definito, a livello legislativo, solo attraverso principi[110]. Vi è, quindi, una germogliazione di un micro-sistema, dotato anche dei

---

[109] Sul punto I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive regulation*, cit., 101 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 310 ss.

[110] Attribuisce un ruolo essenziale ai codici etici, C. Angelici, *Responsabilità*, cit., 175: «[…] un ruolo dei "codici etici" può essere ravvisato, e ne rappresenta forse il terreno di elezione, quando si tratta di applicare norme le quali, presentandosi come clausole generali, implicano l'utilizzazione di parametri valutativi da desumere mediante un'analisi di dati extragiuridici ed in definitiva di esigenze non giuridicamente canonizzate, ma generalmente riconosciute per la vita associata». In modo analogo A. Gambaro, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, cit., 889, evidenzia come i codici etici vengono «utilizzati nell'interpretazione ed applicazione della legge, con la determinazione di obblighi giuridici integrativi in base a clausole generali operanti nell'ordinamento giuridico», per cui il giurista ha il compito: «difficile ma necessario, di ricercare un equilibrio tra norme, principi e istanze morali in adesione alle richieste della società civile. E si predispongono anche le condizioni per il passaggio dall'assioma, per il quale la legge deve tutto regolare e disporre, a un costume che esprima le tendenze etiche di fondo della società civile e che costituisca guida per l'opera del giurista» (893).

caratteri dell'autonormazione, che si struttura in unità autonome, secondo una logica delle unità aziendali[111].

Nel processo di delegificazione che ha vissuto la normativa sulla sicurezza del lavoro, da un punto di vista comparativo, non è, tuttavia, il ricorso all'autodisciplina o alla fonte sub-legislativa a suscitare il maggiore interesse, ma è il complessivo approccio regolativo, che sulla base di una valutazione di *praticabilità* della misura prevenzionale, che costituisce la specificazione della clausola generale posta dal legislatore, è in grado di evocare un quadro normativo stabile, volto a dare attuazione alle misure tecniche per assicurare una efficiente prevenzione. Nonostante la fluidità del percorso normativo che porta all'individuazione delle specifiche misure prevenzionali e il riferimento a valutazioni di efficienza, anche in termini costi-benefici, l'intervento *ex ante* degli organi di controllo, garantisce la definizione delle aspettative comportamentali, attraverso un costante impegno, non limitato ad interventi punitivi e di mero controllo, ma di assistenza nei confronti dei soggetti privati, in un'ottica anche di contenimento dei costi (cultura dell'efficienza).

L'approccio italiano alla prevenzione è paradossalmente definito solo dall'interpretazione giurisprudenziale, che elabora paradigmi presuntivamente più efficaci, solo perché interviene sempre *ex post*, ricostruendo il modello prevenzionale secondo la logica del "senno del poi", che, se assume come parametro nomologico quello della massima sicurezza possibile (cultura dell'efficacia), non fa i conti con i costi, non solo economici, ma soprattutto in termini di vite umane, che un intervento solo *a posteriori* comporta[112].

---

[111] G. Teubner, *Il diritto*, cit., 8 ss. e 30 ss.

[112] Sottolinea questa contrapposizione fra cultura dell'efficienza, espressa nella formula della concreta fattibilità (propria dei paesi di *common law*) e cultura dell'efficacia, espressa nella formula della massima sicurezza possibile (propria dell'Europa continentale): A. Zini, *Il quadro normativo per la tutela della salute dei lavoratori dopo il d.lgs. n. 106/2009*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 45, 47.

5.3.2. General duty clause *e modelli di integrazione*

Questo complesso quadro istituzionale e normativo ha, quindi, come obiettivo l'*enforcement* di alcune clausole generali, che esplicitano obblighi "prestazionali", che devono essere adempiute dai datori di lavoro. L'indeterminatezza delle clausole generali, previste dall'*HSWA*, è direttamente proporzionale all'ampiezza della loro portata applicativa[113], ma, correlata a questa prima equazione, è il conseguente incremento della regolamentazione tecnica e specifica.

Il proliferare della normativa tecnica, quindi, aumenta progressivamente in funzione della generalità ed astrattezza della clausola generale, per cui risulta chiaro come l'enunciazione di principi o di disposizioni programmatiche necessiti concretamente di integrazioni rispetto a singoli e specifiche circostanze. La clausola generale, per essere operante, deve integrarsi con singole regole di condotta[114], i cui contenuti si basano sulla valutazione degli elementi concreti emersi nel contesto situazionale e delimitano gli spazi di libertà dell'attività umana[115].

---

[113] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

[114] G. Marinucci, *La colpa*, cit., 241. Nella legislazione penale del lavoro T. Padovani, *Il nuovo volto*, cit., 1161, parla di "clausola di compatibilità" prescrizioni dettate nei limiti del "concretamente possibile" o del "tecnicamente attuabile". Inoltre: D. Castronuovo, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir.pen.cont.*, 14 novembre 2012; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 544-550

[115] Non si sfugge ai problemi creati dalla "mobilità e mutevolezza" del quadro scientifico di riferimento anche optando per una prospettiva di tutela anticipata, più volte prospettata come alternativa al diritto penale d'evento e costruita tramite reati di mera condotta, reati di pericolo, reati di mera trasgressione, illeciti contravvenzionali, svincolati dalla realizzazione dell'evento. Anche in una prospettiva di tutela anticipata non è possibile rinunciare ad una maggiore determinatezza e specificità del precetto precauzionale, in quanto non è possibile liquidare la necessità di una tutela preventiva e risolvere i problemi di imputazione oggettiva e colposa d'evento esclusivamente dirigendo le linee di politica criminale verso un'anticipazione di tutela, che, se non saldamente ancorata a valutazioni scientifiche, risulta essere una gabbia normativa di nessuna utilità. Cercando di distaccarsi da un'equazione poco verificata quale "prevenzione *uguale* anticipazione di tutela", bisognerebbe considerare come la costruzione del fatto tipico non può far leva su una finalità preventiva realizzata esclusivamente attraverso un arretramento della soglia di punibilità, che anzi rischia di perdersi fra rapporti causali sovracomplessi e inutilmente distanti rispetto a condotte effettivamente pericolose. L'incertezza scientifica, così come

La generalità e l'astrattezza del modello precettivo, contenuto nella clausola generale, può, quindi, essere "ridotta" attraverso singole regole di condotta, di fonte secondaria, che integrano il precetto preventivo-cautelare[116].

Secondo un modello alternativo, invece, è il momento applicativo, proprio dell'accertamento della responsabilità, ad assumere una rilevanza fondamentale anche per l'individuazione della regola cautelare, che si assume, comunque, essere preesistente alla fase di giudizio[117]. In quest'ultimo caso, la legislazione per clausole generali

---

ostacola l'interprete nella ricostruzione della regola cautelare, ha anche assottigliato o quasi azzerato la capacità "predittiva" del legislatore, che deve mantenere tuttavia un ruolo fondamentale di definizione di scelte di valore. Nell'ambito di politiche legislative e criminali che delineano un quadro assiologico di riferimento certo e consolidato, la funzione preventiva può, quindi, essere salvaguardata anche attraverso una distribuzione di "scelte rischiose" da assumere a livello politico-amministrativo fra diversi organismi di controllo e di governo. Ovvero forse non è utile paralizzare l'attività economica, solo per assecondare i bisogni di sicurezza collettiva, piuttosto risulta necessario "domare" l'evoluzione tecnologica, puntellandola con un sistema precauzionale flessibile e il più dettagliato possibile. In particolare, il ricorso ai reati di pericolo astratto non si traduce nella formulazione di una fattispecie di pericolo generico, poco fondati su parametri nomologici. Esempio lampante di un consumo "eccessivo di norme", latore di ineffettività ed inefficienza è il diritto penale del lavoro in Italia. Nonostante si contino oltre 1500 fattispecie contravvenzionali, rappresentando il corpo normativo principale della legislazione complementare, non sembra affatto che tale proliferazione di illeciti contravvenzionali abbia agevolato l'interprete nell'accertamento della responsabilità penale. Anzi il più delle volte, da un lato, l'obsolescenza dei precetti precauzionali, dall'altro l'incertezza circa la regola cautelare effettivamente operante al momento del *tempus commissi delicti* ha agevolato il radicarsi di una prassi incline a riconoscere in modo smisurato ipotesi di colpa generica. Sul punto si veda D. Petrini, *Reati di pericolo e tutela dei consumatori*, cit., 62; C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 504 ss.

[116] In questo senso anche: S. Kadish, *Some Observations*, cit., 430 ss.

[117] In questa seconda ipotesi, in assenza quindi di una normativa volta ad integrare e specificare il principio precauzionale, il legislatore affida principalmente al giudice, attraverso le clausole generali, la soluzione di un problema storico-politico, con il rischio di alterare la consueta dialettica fra "legge e giudizio", fra "regola generale" e "caso concreto", nonché il rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi: la mediazione fra interessi configgenti, funzione del potere politico, viene trasferita, infatti, a livello applicativo, con un tradizionale fenomeno di "supplenza giudiziaria". Conseguentemente la classe politica rinuncia al suo compito di filtro di istanze particolaristiche, trasferendo esclusivamente sul piano della soluzione del caso concreto la gestione dei conflitti. In particolare l'esperienza giurisprudenziale di *civil law* ha conosciuto – come è noto – casi in cui il giudice diventava creatore di leggi scientifiche, anziché limitarsi a "usufruire" delle conoscenze scientifiche esistenti. In alcuni celebri casi, in particolare in Germania, la prassi giurispruden-

funge da argine dei processi di giuridificazione, in quanto consente di colmare per via interpretativa le lacune e di proporre un'interpretazione evolutiva o di veicolare valori meta-giuridici[118].

La frattura del sistema di legalità sembra, in entrambe le forme di integrazione prospettate, uno scenario ineluttabile, in cui si iscrivono le linee di sviluppo della politica legislativa di diversi ordinamenti, dovendo ormai constatare il fallimento di corpi legislativi prevalentemente basati su rigidi schemi prescrittivi, destinati a rapida obsolescenza[119].

---

ziale ha elaborato persino un concetto di causalità distinto da quella scientifica, con la sola funzione di creare un criterio di attribuzione della responsabilità. Questo meccanismo di "concretizzazione" dei principi, di "riduzione" della generalità e della astrattezza della clausola generale crea nei sistemi di *civil law* una frattura del sistema di legalità formale, come appare evidente nello stesso ordinamento penale italiano, che adotta, nell'ambito della responsabilità colposa ed omissiva, una struttura normativa "aperta", del tutto comparabile alle clausole generali presenti nell'*HSWA*. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 170, rispetto al delitto colposo riconosce un «vuoto di positività», di «apertura dello schema legale», in cui «precipitano tutte le norme prudenziali scritte». Così: F. Bricola, (voce) *Teoria del reato*, in *NNDI*, XIX, 1973, 7. Sulla tecnica legislativa del diritto penale economico e il ricorso ad integrazioni, rinvii e clausole generali, si veda: K. Tiedemann, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 1 e spec. 4, ove evidenzia il *vulnus* al principio di legalità, che si verifica a causa di una tecnica legislativa sovrabbondante di clausole generali.

[118] G. Alpa, *La c.d. giuridificazione*, cit., 728.

[119] Tralasciando momentaneamente l'analisi dell'*HSWA*, è opportuno riportare il discorso su aspetti di carattere generale, per constatare come l'incapacità dell'ordinamento giuridico a riformare o riformulare le condizioni di validità di una norma giuridica renda difficoltoso qualsiasi cambiamento che sia in grado di flessibilizzare il diritto secondo le esigenze dei mutamenti sociali ed economici. Tale difficoltà conduce a ricercare una soluzione sul piano interpretativo, proprio attraverso clausole generali, che individuano delle norme "prestazionali", programmatiche, per cui il giudice, in assenza di una regolamentazione, assume il compito di gestire il conflitto. Ma è incontestabile che riconoscendo al giudice maggiori poteri discrezionali ci si allontana da una rigorosa legalità, con grave pericolo per la certezza del diritto: sul punto si vedano le considerazioni di A. Ravà, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, cit., 67; si veda inoltre, G. Marinucci, *La colpa*, cit., 171, secondo il quale: «l'interprete deve farsi carico del lavoro di costruzione della fattispecie lasciato interrotto dal legislatore». P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie"*, cit., 55 e 60, il quale evidenzia la tendenza alla «*ri-valutazione ex post* circa l'efficacia della regola cautelare». Questo meccanismo, da un lato, crea una paralisi degli operatori economici e sociali, in quanto, soprattutto in settori altamente tecnologizzati, manca la possibilità di individuare una prassi normativamente rilevante per definire in modo certo il comportamento diligente, dall'altro, rischia di agevolare un sistema giurisprudenziale che attribuisce al giudice il potere di creazione *ex post* della rego-

Pare evidente che la concretizzazione della clausola generale attraverso un processo ermeneutico, operato, quindi, dal giudice, crei un *vulnus* anche al principio di determinatezza e di tassatività. L'incertezza scientifica, che costella l'esercizio di attività produttive, come è stato autorevolmente rilevato[120], rischia di svincolare la prassi giurisprudenziale da un paradigma nomologico-precauzionale di riferimento, rendendola libera di individuare modelli comportamentali iper-preventivi o estremamente lassisti a seconda delle esigenze del caso concreto[121] o sui principi, apparentemente antitetici, su cui si ritiene sia fondato l'ordinamento giuridico: la protezione dei beni o la libertà di agire[122].

Il ricorso a clausole generali, oltre a scontrarsi con le esigenze di tassatività del sistema penale, può anche determinare una caduta dell'efficacia preventiva del dovere di diligenza e, nelle ipotesi di reati causali puri, vanifica il procedimento di imputazione colposa dell'evento, creando, sostanzialmente, la possibilità per gli operatori economici di invocare l'incertezza scientifica e la vaghezza normativa per eludere la responsabilità penale o, viceversa, consentendo all'accusa di procedere senza una contestazione specifica.

Il ricorso, invece, ad una normativa dettagliata, di settore, di fonte subordinata, se salvaguarda la tassatività del precetto e del sistema, compromette, invece, le garanzie sottese alla riserva di legge: l'apparente neutralità di una valutazione tecnica, contenuta in precetti secondari, dissimula, in realtà, un'opzione valoriale, che

---

la cautelare. Sul punto già A. Stoppato, *L'evento prevedibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, 1898, 140 evidenziava i rischi di una prassi giurisprudenziale libera da paradigmi di giudizio logico-scientifici.

[120] F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 431 ss.

[121] Sulle difficoltà probatorie del nesso fra colpa ed evento, si vedano le osservazioni che già G.B. Impallomeni, *L'omicidio nel diritto penale*, 1900, 136 formulava rispetto agli infortuni sul lavoro e sull'eccessivo rigore di pronunce giurisprudenziali basate su regole cautelari la cui estensione ed indeterminatezza poneva in capo al datore di lavoro oneri alle volte paralizzanti o comunque diseconomici, pur tuttavia inefficienti e di incerta potenzialità precauzionale. Sulla logica *fuzzy* come paradigma di valutazione delle linee chiaroscurali della responsabilità penale si veda: P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 126.

[122] G. Marinucci, *La colpa*, cit., 207, 210, il quale evidenzia i limiti "informativi" dei concetti di rischio consentito ed adeguatezza sociale.

dovrebbe essere compiuta nel più ampio rispetto del principio di legalità.

È in questa difficoltà di legiferare, che si colloca la prospettiva regolativa adottata nei sistemi di *common law*, secondo uno schema di *cooperative regulation.* Un modello di disciplina cautelare, flessibile, capace di modellarsi sulle esigenze del caso concreto delinea una regola cautelare specifica, quindi, con maggiore efficacia preventiva e, al contempo, attraverso una strategia di *compliance*, piuttosto che di *command and control regulation*, si cerca di "governare" la complessità mediante una più ampia condivisione delle scelte e delle responsabilità fra diversi attori del sistema economico-aziendale.

Correlata a questa scelta sembra scontata una frammentazione delle scelte politiche fra diversi organi di governo ed autonomie locali, che non si traduce, però, in un meccanismo di de-responsabilizzazione, al contrario, attraverso una partecipazione equilibrata, si determinano le condizioni per una maggiore responsabilizzazione dei diversi attori sociali.

La soluzione adottata nell'ambito della tutela della sicurezza del lavoro britannico si ispira a questa logica, in cui emerge la necessità di allargare la base partecipativa nell'assunzione di decisioni rischiose, in modo da convogliare maggiori consensi possibili.

In questo contesto si inseriscono le esperienze di *co-regulation* e di *self-regulation*, come esempi di processi normopoietici volti alla creazione e all'individuazione della specifica misura cautelare[123], nonché di accertamento della violazione del *duty of care:* l'assenza di una valida normativa aziendale è già di per sé sintomatico di un'infrazione consapevole del dovere di sicurezza, mentre la violazione della normativa aziendale concorre a definire i parametri di una accertamento della responsabilità dei singoli ed è indizio di ineffettività del sistema di sicurezza adottato.

[123] Sul punto: C. Pedrazzi, *Codici etici*, cit., 1050, il quale attribuisce ai codici etici la funzione di integrare la legge positiva: «L'autodisciplina privata può anticipare e guidare l'intervento del legislatore, e al tempo stesso può surrogarlo in materie che male si prestano a regolamentazioni troppo generali e astratte».

In un sistema normativo così strutturato, l'ampiezza della clausola generale costituisce un elemento funzionale anche per l'attività delle agenzie di controllo, le quali, attraverso parametri normativi così elastici, riescono ad apprezzare l'etica e la cultura aziendale nel quotidiano lavoro di *enforcement*. La tecnica legislativa è, infatti, espressione di una specifica scelta che offre anche maggiore potere discrezionale alle agenzie di controllo, che non devono necessariamente focalizzare l'attività investigativa su singole violazioni – con dispendio di tempo e di risorse economiche – ma sono legittimate a verificare complessivamente l'attività dell'ente e dell'organizzazione aziendale, fulcro del sistema di gestione del rischio.

A differenza dei sistemi di *civil law*, il proliferare di clausole generali nei sistemi di *common law* non comporta difficoltà istituzionali e/o costituzionali di alterazione di equilibri fra poteri dello stato, ma costituisce la naturale espressione dei compiti e della funzione di *judge made law*, quale sistema di "ritrovamento" della norma a partire dal caso, *jus ex facto oritur.* In un sistema di legalità flessibile, che apre anche a forme atipiche di *rule making*, la "rottura" con il sistema della legalità è più facilmente assimilata e metabolizzata.

Nonostante la maggiore elasticità costituzionale ed il maggiore equilibrio istituzionale degli ordinamenti di *common law*, il contenuto delle clausole generali previste dall'*HSWA* 1974 è sorretto da notevoli indicazioni e definizioni giuridiche, sia di fonte secondarie, sia di *soft law*, che accompagnano l'interprete nella concretizzazione del dovere precauzionale.

Sebbene l'aspetto contenutistico delle prescrizioni precauzionali sia alquanto scarno ed affidato a clausole generali, la disciplina britannica è, invece, particolarmente dettagliata nel definire le procedure, volte a specificare il contenuto del *duty of care.*

Così l'*HSWA* 1974 (*sections* 2 ss.) impone al datore di lavoro un generale dovere di diligenza[124], il cui contenuto è di assicurare nel

[124] Sul dovere di diligenza previsto dall'*HSWA* 1974: *Bolton Metropolitan Council v. Malrod Insulations Ltd* [1993] ICR 358, [1993] 91 LGR (sub-s (1)); *R v. Gateway Foodmarkets Ltd* [1997] 3 All ER 78, [1997] 2 Cr App Rep 40, CA (sub-s (1)); *R v. Swan Hunter Shipbuilders Ltd* [1982] 1 All ER 264, [1981] 2

modo ragionevolmente praticabile (assicurare *so far as is reasonably practicable*, conosciuto anche con l'acronimo SFAIRP[125]) la sicurezza del luogo di lavoro, degli impianti e dell'ambiente circostante.

La descrizione di una dettagliata procedura di specificazione della clausola generale attraverso l'autodisciplina e l'elaborazione di norme tecniche da parte dell'autorità pubblica riescono a tradurre un sistema normativo, apparentemente vago ed indefinito, in un dispositivo precettivo efficiente e flessibile.

6. *Il sistema aziendale come realtà istituzionale autonoma, che persegue fini pubblicistici: dimensione normativa e informativa*

Nell'adempimento del dovere di diligenza, il datore di lavoro segue, quindi, alcune procedure-presupposto, per cui, pur nell'evanescenza contenutistica, la regola cautelare guadagna sul piano procedurale la garanzia di certezza di un sistema regolativo fondato su un programma complesso di sicurezza.

La regola cautelare – come più volte evidenziato – assume una dimensione procedurale, in quanto viene in rilievo l'efficienza di un'organizzazione che ha la funzione di costruire un sistema precauzionale dinamico. Il datore di lavoro è tenuto, infatti, ad elaborare un documento scritto di sicurezza[126] e a supervisionare la realiz-

---

Lloyd's Rep. 605, CA (sub-s (1)); *West Bromwich Building Society Ltd v. Townsend* [1983] ICR 257, [1983] IRLR 147 (sub-s (1)); *Carmichael v Rosehall Engineering Works Ltd* [1983] IRLR 480, 1984 SLT 40 n; *R v. Associated Octel Co Ltd* [1994] 4 All ER 1051, [1995] ICR 281, CA, affd at [1996] 4 All ER 846, [1996] WRL 1543, HL (sub-s (1)); *R. V. Board of Trustees of the Science Museum* [1993] 3 All ER 853 [1993]1 WLR 1171, CA 8 sub-s(1)); *R v. British Steel plc* [1995] 1 WRL 1356, [1995] ICR 586, CA (sub-s (1); *R. v. Mara* [1987] 1 All ER 478, [1987] 1 WRL 87, CA; *R v. Yorkshire Sheeting &Insulation Ltd* [2003] EWCA Crim 458 (sub-s (1)); *Cook v Square D Ltd* [1992] ICR 262, CA.

[125] HSW 1974 § 2 impone ad ogni datore di lavoro: «the duty […] to ensure, so far as is reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees».

[126] Già la prassi giurisprudenziale, in realtà, richiedeva la documentazione scritta (*printed rules*) e la diffusione di prescrizioni di sicurezza, sul punto: *Wilson v Tyneside Window Cleaning Co.* [1956 W. No. 207.] C. A.[1958] 2 Q B 110; Biddle v. Hart [1907] 1 K.B. 649; 23 T.L.R. 262 applied; Hodgson v. British Arc Welding Co. Ltd. [1946] K.B. 302; 62 T.L.R. 275; [1946] 1 All E.R. 95 approved; Taylor v.

zazione del sistema preventivo e precauzionale, non solo fornendo informazioni ed istruzioni, ma provvedendo anche alla formazione del personale. La violazione di un tale dovere prevede la comminazione di una sanzione[127], in base a quanto prescritto alla *section* 33.

L'*HSWA* 1974 prevede anche l'istituzione, in ambito aziendale, di commissioni di sicurezza, con il compito di monitorare le misure preventive ed intraprendere azioni volte al miglioramento della sicurezza del luogo di lavoro. In ogni caso costituisce un dovere del datore di lavoro consultare le rappresentanze di sicurezza dei lavoratori per costituire un'effettiva strategia cooperativa. Coerentemente a tale filosofia cooperativa, la *sec*. 7 prevede un analogo obbligo di collaborazione a carico del lavoratore.

Si afferma, in questo modo, un meccanismo di controllo indiretto, attraverso l'organizzazione, ove il legislatore rinuncia a regolare direttamente le singole condotte, per l'incapacità di operare valutazioni preventivo-precauzionali efficaci per singoli settori di attività e istituzionalizza, pertanto, una complessa struttura organizzativa, cui attribuisce funzioni normopoietiche.

Si innesca, inoltre, una "dinamica normativa", legittimata anche da parte della giurisprudenza, che riconosce l'esistenza ed il ruolo che le discipline aziendali di sicurezza possono aver svolto nella definizione della condotta del datore di lavoro, avallandone la funzione di *standards* comportamentali alla cui stregua valutare la responsabilità del datore di lavoro.

La contrapposizione fra clausole generali e normativa dettagliata (considerata un ostacolo al progresso della sicurezza, in quanto, nonostante sia affetta da "elefantiasi", risulta sempre lacunosa) vede, quindi, una valida alternativa in un modello in cui vengono individuati i soggetti (datore di lavoro) portatori di obblighi aspirazionali (ovvero raggiungere degli obiettivi, seguire un fine) – *perfor-*

Sims & Sims [1942] W.N. 124; 58 T.L.R. 339; [1942] 2 All E.R. 375 and Cilia v. H. M. James & Sons [1954] 1 W.L.R. 721; [1954] 2 All E.R. 9 explained. McArdle v Andmac Roofing Co and Others (1967) 1 AFR 583.

[127] W. Szubert, *Labour Law*, cit., 70.

mance standards, in modo da incoraggiare l'iniziativa del singolo nell'intraprendere responsabilmente la tutela della sicurezza[128].

La procedimentalizzazione di una prassi di bilanciamento di interessi dovrebbe garantire una definizione della dimensione del rischio consentito, secondo modelli di razionalità culturale, democraticamente legittimati. Strumentale a questa logica è l'instaurazione di un meccanismo che mira ad annullare le asimmetrie informative, che impediscono una corretta e leale co-gestione del rischio da parte di diversi soggetti. Fondamentali risultano, quindi, gli obblighi di informazione, quale presupposto operativo di co-determinazione e democrazia industriale[129].

Oltre ad una serie di generici obblighi precauzionali, specificati da obblighi prevenzionali di fonte sub-legislativa e di fonte privata, il testo dell'*HSWA* è costellato da una serie di obblighi di informazione, che sembrano consolidare un rapporto collaborativo fra autorità di controllo e impresa.

Nell'ambito di una tutela procedimentale assume rilievo essenziale il rapporto di trasparenza con l'autorità di controllo. L'attività amministrativa è, infatti, agevolata da una serie di poteri, previsti dalle sec. 27 ss., che legittimano sia la Commissione che altri organi di controllo a richiedere "informazioni rilevanti", il cui utilizzo è consentito esclusivamente nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni[130].

---

[128] In alternativa sono stati elaborati anche altri modelli di regolamentazione del rischio, che tendono ad individuare un *minimum standards* di sicurezza, facoltizzando l'interessato a compiere ulteriori miglioramenti e variazioni, tali da adattare le prescrizioni al caso concreto. Alcune forme di flessibilità sono previste sia negli USA (variazioni temporanee per adattare un vecchio impianto ai nuovi standards, dimostrando, però, che si ha un piano di *compliance* in atto; variazioni permanenti, solo se si dimostra che le misure adottate sono tanto sicure quanto quelle derogate,) che in UK (solo se approvati dal *Secretary of State for Employment).*

[129] Sul punto si veda: E. Evans, *Effective management of Product*, cit., 318; N. Gunningham, J. Rees, *Indutry Self-regulation*, cit., 382 ss.; M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale*, cit., 244.

[130] La Commissione e altre autorità di controllo, nell'esercizio dei loro poteri, possono emettere provvedimenti formali (*notice*) di richiesta di informazioni La finalità pubblica legittima la diffusione e la rivelazione di informazioni, ottenute anche senza il consenso della persona che le ha fornite, a condizione, però, che le informazioni raccolte vengano trattate in modo pertinente e non eccedenti il fine pubblico. Sotto questo profilo, l'*Employment Protection Act* 1975 completa, inte-

Nel rispetto della filosofia "cooperativa", che ha ispirato i lavori di riforma della tutela della sicurezza del lavoro, il datore di lavoro è gravato da obblighi di informazione anche nei confronti dei lavoratori, per renderli consapevoli dei rischi, diffondendo rapporti e documenti di sicurezza[131], strumentali al loro diritto/dovere di condividere le scelte di gestione del rischio.

La violazione di tali obblighi rientra tra le *offences* della section 33 (*Intentionally or recklessly*). Gli obblighi di informazione, accanto ai doveri di conservazione dei dati, anch'essi sanzionati, esaltano l'importanza, sottolineata anche a livello sanzionatorio, di un dovere di fedeltà e di lealtà nel rapporto fra autorità di controllo e privati.

Ciò conferma, significativamente, la filosofia co-gestionale che anima il testo legislativo: la funzione dell'apparato sanzionatorio risulta finalizzato al rafforzamento degli strumenti di democrazia partecipativa nell'ambito del mercato economico, per cui assumono un ruolo fondamentale gli obblighi di informazione e di comunicazione. L'indicazione, da cui è possibile dedurre questa marcata tendenza a privilegiare un sistema di controllo del rischio attraverso la predisposizione di una rete informativa, è costituita dal ricorso alla sanzione penale in caso di violazione di obblighi di notifica e di comunicazione. La possibilità di verificare documentalmente l'adozione di misure di sicurezza costituisce, quindi, un aspetto del sistema preventivo-cautelare persino di maggior rilievo rispetto all'adempimento concreto degli obblighi cautelari che le prescrivono, in quanto consente un rapporto collaborativo fra i diversi soggetti, la cui compromissione esprime il contenuto di massimo disvalore anche penale. La corretta informazione, infatti, costituisce la base per un rapporto fra vari sottosistemi, che si intersecano nella ricerca di una risposta adeguata alla minaccia ambientale in senso ampio[132].

---

grando, la disciplina degli obblighi di informazione e di documentazione già previsti dall'*HSWA* 1974.

[131] La giurisprudenza anglosassone ha sempre prestato attenzione a questo profilo di obblighi del datore di lavoro, sul punto si veda: *General Cleaning Contractors Ltd v Christmas* [1953] AC 180, 189

[132] Si vedano sul punto le riflessioni di M. Catenacci, *La tutela penale*, cit., 91 ss.; Id., *Appunti sulle tecniche "incrociate" di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, *(l. 10.5.1976 n. 319, c.d. legge Merli)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 395, 413. Sul punto si veda, inoltre: S. Riondato, *Profili penali della norma-*

Nell'ambito della strategia del *carrot and stick*, infrangere il rapporto di fiducia che caratterizza il modello di *compliance* costituisce un elemento di notevole disvalore, la cui stigmatizzazione, anche attraverso strumenti punitivi, è funzionale ad un'efficiente ed un'effettiva strategia di implementazione *volontaria* della sicurezza. È necessario, tuttavia, precisare che l'intervento sanzionatorio, comunque, si ispira ad un modello razionale ed equilibrato rispetto alla gravità e al disvalore delle condotte[133].

---

tiva sul rischio di incidente rilevante connesso ad attività industriali, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 1049, 1063, il quale ritiene che un simile sistema sia volto ad un'azione comune, fondata sul «consenso (compromesso) in materia di valori-guida per la fissazione delle eventuali soglie di rischio consentito».

[133] Per quanto riguarda la responsabilità nell'ambito dei reati realizzati dai privati, in generale è possibile rilevare come l'*HSWA* 1974, nonostante un intervento sanzionatorio diffuso ed esteso, abbia rinunciato ad un regime sanzionatorio severo, ma ineffettivo, per favorire un tipo di controllo amministrativo, incrementato dai poteri ispettivi, ma anche dall'attività di consulenza. La violazione dei doveri previsti dall'*HSWA* implica una responsabilità penale, basata sulla *strict liability* e l'onere della prova (*section* 40) di aver adottato tutte le misure idonee a realizzare gli obiettivi della *general duty clause* incombe sul datore di lavoro: *Nimmo v Alexander Cowan & Son Ltd* [1968] ICR 234, CA; *Larner v British Steel plc* [1993] 4 All ER 102 [1993] ICR 551, CA. La violazione dei generali doveri di sicurezza costituisce una *offence* ed è disciplinata dalla disposizione sanzionatoria di cui alla *section* 33 lett. a). La possibilità di imporre sanzioni è affidata alla competenza delle corti, che, oltre ad imporre sanzioni pecuniarie, possono applicare misure alternative, di tipo risarcitorio. È possibile individuare diversi gruppi di *offences*: 1) violazione di qualunque condizione, regolamento, divieto di sicurezza: le prime lettere a) e b) della *sec*. 33 sono dedicate alle prescrizioni di sicurezza previste dalla *sec*. 2 fino alla 9, mentre la violazione della normativa regolamentare, di cui alla *sec*. 15 cade sotto la disposizione della *section* 33 lett. c). La violazione di tali disposizioni rileva quale *offence* punita con pene fino a due anni. Come evidenziato in precedenza, l'astrattezza del dovere di diligenza previsto alle *sec*. 2 e ss. è tale per cui solo la violazione della normativa subordinata e interaziendale può costituire un indizio della violazione della clausola generale. La clausola generale, infatti, vive nella concretezza e specificità delle singole disposizioni cautelari, disperse tra l'ordinamento giuridico generale e il sistema normativo aziendale; 2) ostacolo all'esercizio di poteri ispettivi, tramite qualsiasi comportamento intenzionale. La violazione dei provvedimenti imposti dagli ispettori è soggetta alle disposizioni della *section* 33 lett. e) e g), mentre l'intenzionale impedimento dell'attività ispettiva cade sotto la previsione della lett. h). Tutte le violazioni sono punite con pena pecuniaria; 3) violazione delle prescrizioni ingiunzionali, emanate dalla Commissione e dalle autorità di controllo, o dal giudice, punita con una sanzione fino a due anni di reclusione. 4) violazioni degli obblighi di informazione e dei provvedimenti amministrativi volti ad ottenere informazioni, punita anch'essa fino a due anni. A queste condotte che violano un dovere di trasparenza e fedeltà, si aggiungono, anche per omogeneità

7. *La peculiarità del sistema di* common law*: dal modello* command and control *alle logiche promozionali del diritto "preventivo"*

Un diverso modello di regolamentazione, basato per alcuni aspetti sull'autoregolamentazione, appare, quindi, funzionale alle scelte e alle tendenze politico-criminali diffuse nell'ambito della tutela della sicurezza del lavoro. In questo settore l'obiettivo, infatti, è di implementare anche attraverso la previsione di sanzioni penali, una cultura od un cambiamento sociale ispirati ad un maggiore equilibrio fra interessi contrapposti.

Simile finalità ha costituito il perno teleologico dei sistemi anglo-americani di diritto penale del lavoro, che assumono una funzione "pedagogica", difficilmente conciliabile con un modello regolativo "forte" fondato sul paradigma di *command and control*[134], da cui, pertanto, si distanzia per contemperarsi invece con un sistema di c.d. controllo promozionale.

Il modello *command and control* presenta, infatti, profili incompatibili con gli scopi di prevenzione proprie della regolamentazione della sicurezza del lavoro. Da un punto di vista meramente descrittivo la *command and control regulation* attribuisce allo Stato un ruolo centrale, riconoscendo a quest'ultimo una capacità/legittimità esclusiva di governare e di controllare i comportamenti. Ma

---

sanzionatoria, le fattispecie di false informazioni, rese intenzionalmente, ma anche *recklessly*, e di diffusione di false informazioni, anche nei documenti o registri obbligatori sulla sicurezza, per ottenere fraudolentemente certificazioni o autorizzazioni o nascondere violazioni delle prescrizioni di sicurezza. Tali condotte sono punite con una pena detentiva fino a due anni. La sub-*sec*. 4 della *sec*. 33 prevede come *offences* la violazione delle licenze o delle autorizzazioni rilasciate per l'esercizio dell'attività produttiva. Anche tali disposizioni prevedono una sanzione detentiva fino a due anni. Le *offences* previste dall'*HSWA* possono essere definite nell'ambito di sistemi procedurali alternativi (*summary and indictment*), che favoriscono una pronta e celere risposta sanzionatoria, che si diversifica fra sanzioni detentive, pene pecuniarie e misure rimediali alternative (*sec*. 42). La sec. 37 prevede i reati della persona giuridica, su cui incombe la prova di aver adottato tutte le misure ragionevoli e fattibili (*section* 40). Sul punto: W.G. Carson, *Some Sociological Aspects of strict liability and Enforcement on Factory Legislation*, in *Mod. Law. Rev*., 396-412 (1970); W. Szubert, *Labour Law*, cit., 76

[134] Sul punto si veda: R. Cooter, *Structural Adjudication and the New Law Merchant*, cit.; Id., *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 163; Id., *Decentralized Law*, cit., 239.

l'approccio unilaterale da cui parte tale strategia, la semplicità di un paradigma di causa-effetto, l'ineffettività di tale progressione lineare sono tali da determinare un fallimento del sistema regolativo (*regulatory failure*[135]). In primo luogo perché gli strumenti, prevalentemente repressivi sono inappropriati e inadeguati rispetto alla complessità della struttura sociale (la sanzione come unica garanzia di effettività – *instrument failure*), inoltre le conoscenze sono insufficienti per poter regolare settori specifici di attività (*information failure*), o implementare le discipline esistenti (*implementation failure*). In questo sistema i "governati" sono poco motivati all'osservanza della disciplina (*motivation failure*), che alle volte risulta distante e ineffettiva rispetto alle esigenze concrete del singolo settore di attività[136].

Il modello tradizionale entra in crisi, in primo luogo, per un'incapacità predittiva dello stesso legislatore, che non è più in grado di governare attraverso la generalità e l'astrattezza delle leggi, ma deve necessariamente delegare, per governare i singoli settori dell'attività di impresa.

Si afferma, quindi, un modello de-centralizzato di normazione, che implica la frammentazione dell'esercizio del potere e del controllo, in quanto riconosce ampia autonomia agli attori sociali, legittimando l'esistenza di complesse interazioni e interdipendenze fra attori sociali e potere pubblico. Tutto ciò porta, necessariamente, ad un ordinamento giuridico "co-prodotto", attraverso l'implementazione dei sistemi di partecipazione e di democrazia industriale[137].

---

[135] Il fallimento del sistema regolativo è quindi dovuto alla complessità interazione di diversi fattori sociali e alla frammentazione e costruzione del sapere che genera una *information asymmetry* tra "governanti e governati". Nessuno possiede la globalità delle informazioni che sono necessarie a gestire la complessità. Sul punto si veda: J. Black, *Decentring Regulation*, cit., 105.

[136] *Ibidem*, 106 ss. L'Autrice individua gli elementi essenziali che spiegano la necessità di optare per un decentramento normativo: : la complessità, la frammentazione delle conoscenze, la frammentazione dell'esercizio del potere e del controllo, l'autonomia, l'interazione e l'interdipendenza dei vari sottosistemi sociali, il collasso della distinzione pubblico/privato suggeriscono una diagnosi di totale fallimento delle strategie regolative centralizzate e l'ingovernabilità delle rete sociali e dei sistemi che in esse si interconnettono.

[137] In questo senso si veda l'analisi compiuta da T. Padovani, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir.*

Il collasso della distinzione fra pubblico e privato e l'identificazione di un'organizzazione ibrida o una rete che combina attori pubblici e privati[138]sembra essere la naturale conseguenza di questo nuovo fenomeno giuridico. Tale anfibiotica natura delle istituzioni di governo e di controllo delle attività produttive si riflette anche sulle strategie regolative, che sono – come evidenziato nel capitolo I – essenzialmente: ibride (commistione pubblico-privato), molteplici, indirette. Sinteticamente: la decentralizzazione normativa implica uno scivolamento della potestà normativa dallo Stato non solo verso gli enti locali, ma anche verso i luoghi aziendali come espressione del molteplice. Lo scopo ambizioso è instaurare una continuità fra normativa statale e non statale, non più contrapposte secondo una logica concorrente, ma unite in un modello cooperativo.

Simile strategia regolativa tralascia di disciplinare direttamente le condotte, ma si incentra, principalmente, sul rapporto tra sistema e ambiente, attraverso tecniche diverse (procedure, bilanciamenti etc.). Il nuovo paradigma regolativo si struttura, infatti, attraverso un modello di controllo indiretto, appunto il "controllo attraverso l'organizzazione"[139].

In questo contesto la *self-regulation* ha rappresentato una soluzione e una strategia normativa, la cui flessibilità e riflessività agevola la definizione di normative di settore dettagliate e tendenzialmente esaustive, che garantiscono anche maggiore adesione (*compliance*) da parte dei destinatari del precetto. La funzione "regolativa" della *self-regulation* si traduce, infatti, nella possibilità di controllare o intervenire nel processo formativo della norma, adattandola alla

proc. pen., 1985, 367, 372, il quale evidenzia la necessità di operare una riduzione del precetto normativo astratto nell'ambito dell'impresa, attraverso le norme proprie dell'impresa che concorrono ad individuare i soggetti responsabili. In questo senso si veda inoltre: A. Alessandri, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, 193, 205 ss.

[138] W. Streeck, P. Schmitter, *Private interest Government: Beyond Market and State*, London, 1985, *passim*.

[139] Sul concetto di "controllo attraverso organizzazione", fondamentale paradigma della disciplina societaria ed aziendale si veda G. Teubner, mentre sul nuovo modello regolativo si veda J. Braithwaite. Sul punto si rinvia al cap. I.

singola unità produttiva ed economica[140]. In questo senso l'integrazione può avvenire anche attraverso una disciplina intra-aziendale.

L'azienda ha, infatti, un'innegabile funzione regolativa (*intra-firm regulation*) e si pone come esempio della de-localizzazione della potestà normativa, che viene trasferita dallo Stato al molteplice della società frammentata. Nel contesto aziendale, la *self-regulation* diventa, quindi, un processo regolativo introdotto da una normativa pubblica (impulso pubblico), che ne legittima l'ingresso nel sistema giuridico.

8. Carrot and stick

La maggiore diffusione di un modello di *corresponsive regulation* nell'ambito aziendale e delle relazioni industriali si spiega, in primo luogo, con la possibilità di superare, in una dimensione così circoscritta e limitata come l'azienda, le asimmetrie informative[141], che, invece, in materia ambientale e di tutela del consumatore, possono essere risolte quasi esclusivamente con un intervento pubblico (obblighi di informazioni ed agenzie di controllo).

L'esistenza di pratiche negoziate fra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, la diffusione di modelli micro-corporativi di democrazia industriale, la capillare affermazione di obblighi di in-

---

[140] Si favorisce un intervento puntuale ed efficace della sanzione penale che non colpisce esemplarmente capri espiatori, ma interviene laddove effettivamente sono collocate i centri decisionali, sul punto: A. Alessandri, *Impresa*, cit., 196. Sul punto si veda inoltre I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive*, cit., 54 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 316 ss.,

[141] Evidenzia G. Forti, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., 197, come gli stessi attori sociali, nel contesto post-keynesiano della "seconda modernità" "rivestano una posizione istituzionale che li farà garanti dell'uguaglianza nell'applicazione delle regole e, quindi, dell'*accesso* all'istituzioni. L'idea post-keynesiana di uno Stato che si ritrae dalla diretta regolazione della vita economico-sociale, incentivando strategia di autodisciplina e *compliance* da parte dei soggetti privati, ha dunque come presupposto cognitivo una migliore conoscenza delle situazione da parte degli operatori, più prossimi alle situazioni locali". Sulla maggiore versatilità della disciplina sulla sicurezza del lavoro nell'adozione di modelli cooperativi di regolamentazione, si veda, inoltre, M. Aalders, T. Wilthagen, *Moving Beyond Command and Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Enviroment*, in *Law & Policy*, 1997, 415 ss.

formazione, costituiscono il presupposto di questo maggiore coinvolgimento dei lavoratori nell'ambito decisionale dell'attività produttiva, che comporta un maggior controllo del fenomeno delle esternalità (costi collaterali dell'attività svolta), gestite attraverso un modello co-gestionale[142]. Le caratteristiche principali di questo modello regolativo sono la proceduralizzazione di un processo decisionale "collettivo".

L'omogeneità degli interessi che si contrappongono nell'ambito della sicurezza del lavoro e la maggiore inclinazione che tale settore mostra per forme consensuali di regolamentazioni, o *collective self-regulation*, costituiscono un terreno privilegiato per confrontare le ipotesi di ricerca qui delineata.

Il sistema giuridico delle relazioni industriali tende generalmente verso questo modello di regolamentazione, ma solo gli ordinamenti di *common law* sembrano aver caratterizzato in modo complessivo il quadro normativo secondo questa filosofia cooperativa, informando anche i profili punitivi/sanzionatori.

Nei contesti anglo-americani, in alternativa al modello repressivo e centralizzato, si sono affermate, infatti, nuove strategie di governo, ispirate alla c.d. *carrot and stick*[143], ovvero strumenti finanziari, legali ed informativi che incentivano il comportamento osservante, affiancati da strumenti punitivi deterrenti rispetto a potenziali condotte illecite.

Nell'ambito di una tale politica di controllo, elemento fondamentale è la strategia di *compliance*, ove l'*enforcement*, solo come ultima *ratio* anche a livello applicativo, fa leva sulle misure punitive[144], seguendo una progressione ascendente di severità proporzionata alla gravità della violazione e alla reiterazione di comportamenti inosservanti, secondo lo schema "*tit for tat*"[145].

---

[142] A. Ongus, *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxf. Jour. Leg. St.*, 1995, 97-108. Si veda, inoltre, M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale*, cit., 241.

[143] C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, Milano, 2003, *passim*

[144] Come evidenziato già da W.G. Carson, *The Institutionalization*, cit., 162 ss.

[145] Ovvero: pan per focaccia. Per un'approfondita analisi di questa nuova prospettiva punitiva, conosciuta come "enforcement pyramid", si veda il lavoro di I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation*, cit., 38 ss. Secondo gli autori un modello dinamico di *enforcement* del sistema regolativo prevede una diversificazione sanzionatoria che spazia dalle strategia *soft* di *compliance* a strumenti interditti-

In tale contesto una varietà di opzioni sanzionatorie si associa ad una articolata trama normativa, che intreccia *self-regulation* e *public regulation*, in un *continuum* fra strategie di *compliance* e *command and control*[146].

La peculiarità del momento applicativo, che nei sistemi di *common law* tradizionalmente riveste un interesse preminente, sembra suggerire un'inversione metodologica nell'ordine di indagine dei diversi fattori che caratterizzano l'esperienza giuridica. È, infatti, più proficuo ripercorrere l'esperienza giuridica sviluppatasi nell'ambito della criminalità dell'impresa e delle *corporations* a partire dalla filosofia che anima le agenzie di *enforcement*, in modo da poter ricavare un quadro coerente e non distorto anche del profilo normativo-precettivo.

---

vi, riabilitativi e deterrenti. Si vedano inoltre, J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 80 ss.; J. Rees, *Reforming the Worplace: a Study of Self-regulation in Occuaptional Safety*, Philadelphia, 1988, 178, il quale propone un modello di sintesi fra il *cooperative model* e il *punitive model*, in grado di graduare l'attuazione della disciplina in relazione al tipo di soggetto regolato. Tale modello di sintesi propone una *flexible enforcement.* J.A. Sigler, J.E. Murphy, *Corporate Lawbreaking and Interactive Compliance. Resolving the Regulation-Deregulation Dichotomy*, New York-Westport, Connecticut-London, 1991, 17 ss., 27 ss., i quali rielaborano la teoria di Braithwaite e Ayres.

[146] Si veda: D. Sinclair, *Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dychotomies*, in *Law & Policy*, 1997, 529 ss., il quale, come generalmente la dottrina australiana sembra evidenziare, tenta di superare la netta contrapposizione fra *public v. self-regulation*, a favore di una strategia mista, in grado di evitare i deficit di effettività ed efficacia insiti in ciascun modello regolativo. In questo senso anche M. Aalders, T. Wilthangen, *Moving Beyond Command and Control: Reflexivity*, cit., 435; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, Butterworths, Colchester, 2003, 35 ss.; N. Gunningham, *Industry Self regulation. An Istitutional Perspective*, in *Law&Policy*, 1997, 363 ss.; Seppur da una prospettiva diversa, avversa alla *self-regulation* si vedano: F. Pearce, S. Tombs, *Hazards*, cit., 95, 103 ss. secondo i quali il concetto di *regulation* può essere spiegato solo attraverso un processo che coinvolge il numero più ampio possibile di attori sociali, responsabili di una corretta informazione pubblica, fondamentale per qualsiasi dinamica di regolamentazione democratica. Tuttavia delimitano il funzionamento della nuova strategia normativa solo nell'ambito di una regolamentazione pubblica, che si avvale di strumenti deterrenti piuttosto che *cooperativi*. In questo senso anche: L. Snider, *Cooperative Models and Corporate Crime: Panacea or Cop-out?*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, 419 ss., il quale evidenzia come una strategia regolativa di tipo cooperative venga spesso strumentalizzata dalla nuova destra semplicemente per indebolire il sistema di controllo pubblico a favore di un mercato deregolamentato di fatto.

Le agenzie di controllo, infatti, sono orientate verso la negoziazione e il *compliance* nell'applicazione delle misure preventivo-cautelari, per cui collaborano con il datore di lavoro non solo per definire il contenuto del *duty of care* a livello aziendale, ma anche per fornire le informazioni necessarie ad un continuo aggiornamento degli strumenti di sicurezza. La forma di controllo sociale realizzato dalle agenzie è, quindi, sostanzialmente svolta attraverso una "prestazione di servizi" alle imprese. Tale strategia si avvale prevalentemente di *regulatory offences*, ovvero di illeciti di natura tecnica, corredati da un apparato sanzionatorio mite, che hanno come obiettivo di orientare l'attività d'impresa verso finalità pubbliche, come la tutela dell'ambiente di lavoro.

Sul piano pragmatico/applicativo, il controllo e l'accertamento della responsabilità penale sono, inoltre, operazioni che implicano la valutazione dell'intera vita dell'azienda. In particolare, sia per delineare i contorni della "condotta" della persona giuridica, sia per fare emergere un atteggiamento riprovevole, ovvero la *mens rea* dell'impresa, risulta necessaria una valutazione complessiva dell'ente. Il pregio di questa nuova prospettiva di controllo è quello di aver valorizzato la strutturazione dei fattori organizzativi e la disciplina interna come elementi preponderanti nella valutazione della responsabilità dell'impresa, rispetto al singolo episodio trasgressivo di discipline di settore.

Questo diverso atteggiamento nell'*enforcement* dell'*economic regulation* ha, però, come effetto una de-criminalizzazione di fatto delle violazioni minori, attuata attraverso l'attività di controllo e *compliance* delle agenzie competenti per i singoli settori[147].

---

[147] Sul punto J. Braithwaite, *White Collar Crime*, in G. Geis, R. Meier, L.M. Salinger, *White Collar Crime: classic and contemporary views*, 3 ed., New York, 1995, 122, il quale non valuta in termini critici tale diverso atteggiarsi delle agenzie di controllo rispetto alle violazioni delle *corporations*, sebbene riconosca una situazione profondamente disuguale nel funzionamento del sistema penale che avvantaggia le *corporations* e trascura le esigenze degli individui. In questo senso anche: J. Rees, *Reforming*, cit., 182, il quale però segnala il problema di un *adversarial legalism* da parte degli attori economici, laddove l'*enforcement* risulta troppo sbilanciato verso un modello punitivo. Da una prospettiva critica, invece, parte: C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., 4 ss. la quale descrive la *proactive strategy*, contrapposta alla *reactive strategy* propria dei corpi di polizia, come velo che cela l'effettiva portata del crimine economico. In questo senso anche:

Per cogliere, quindi, le ragioni della scarsa applicazione della sanzione penale nell'ambito della criminalità economica, è necessario comprendere come, in generale, per la criminalità di impresa, la descrizione del comportamento illecito non si arresta alla mera constatazione di un singolo fatto inosservante, assumendo, pertanto, rilievo, sociale e penale, una concatenazione di comportamenti, che cumulativamente definiscono la lesività della condotta aziendale, rilevabile solo attraverso una serie di controlli programmati e ripetuti.

La scarsa applicazione delle sanzioni penali nell'ambito dell'attività economica sarebbe dovuta, quindi, al tipo di precetto e, di conseguenza, al tipo di illecito che caratterizza la disciplina penale delle attività economiche.

Ma tale peculiarità – come evidenziato – costituisce un riflesso della diversa attitudine degli ispettori e degli organi di controllo nei confronti della criminalità di impresa[148]. Lo scopo è indurre i diversi attori sociali al *compliance*, piuttosto che punire. In particolare, nell'ambito della sicurezza del lavoro si mira a risolvere il conflitto generatosi dalla rivoluzione industriale, fra interessi dell'impresa e tutela del lavoratore, che resterebbe, comunque, sospeso o irrisolto, se si adottasse una politica sociale e criminale meramente punitiva[149].

Tuttavia, proprio questo differente atteggiamento nella regolamentazione e nel controllo delle attività economiche, ha agevolato anche forme collusive di controllo, ostacolando l'emersione del fenomeno criminale legato al mondo dell'impresa.

Questo ambivalente esito delle strategie regolative basate sul *compliance* merita una più attenta riflessione, per verificare non solo l'adeguatezza degli strumenti punitivi nel fronteggiare il crimine economico, ma anche la capacità di stigmatizzazione dei comportamenti devianti e di proiezione simbolica della risposta punitiva.

J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 12 ss. Maggiormente critica è l'analisi di F. Pearce, S. Tombs, *Hazards, Law and Class*, cit., 79.

[148] W.G. Carson, *White Collar Crime and the Enforcement of Factory Legislation*, cit., 383. Id., *The Institutionalization of Ambiguity: Early British Factory Act*, cit., 162, 169 ss.

[149] Parla di strategia *proactive:* B.M. Hutter, *An inspector calls*, cit., 114.

9. *Aspetti problematici delle strategie di* compliace

L'adozione di una strategia regolativa di *compliance* può avere, quindi, un risvolto quantomeno ambiguo[150]. Nel seguire questo percorso a *rebours*, dall'*enforcement* al precetto, è facile scorgere come la finalità precipua del momento applicativo-sanzionatorio delle attività economiche, abbia influito sulla struttura dei precetti, indirizzati all'operatore economico. Il profilo critico di questa strategia emerge, in particolare, rispetto alla responsabilità delle persone giuridiche, mentre infatti per il datore di lavoro, persona fisica, è sempre possibile ricorrere allo strumento "classico" del diritto penale, secondo una tradizionale – anche se non del tutto condivisibile – distinzione, le *corporations*, quali protagonisti della scena economica mondiale, sarebbero autori solo di *mala quia prohibita*, ovvero di *quasi-offences*, la cui regolamentazione è prevista nell'ambito delle *regulatory offences.* Tali illeciti costituiscono un avamposto sanzionatorio con finalità preventiva a tutela della collettività e tale logica preventiva informa la struttura del precetto e criteri di imputazione dell'illecito. Il modello regolativo, infatti, è basato su illeciti di mera condotta, imputati esclusivamente in base a criteri di responsabilità oggettiva.

La creazione di un sottosistema punitivo basato esclusivamente su *regulatory offences* ha contribuito ad avvalorare la diffusa convinzione che gli illeciti commessi nell'ambito delle attività economiche siano privi di lesività o di riprovevolezza penale o morale, in quanto dotati di contenuto di tipo tecnico, neutro[151] e ciò ha oscurato la portata lesiva della criminalità economica.

La differenza fra *mala quia prohibita* e *mala in se*, ovvero i reati tradizionali, che compiono le persone fisiche, è sottolineata anche da una diversa competenza nel compito di controllo ed *enforcement:*

---

[150] W.G. Carson, *The Institutionalization of Ambiguity*, cit., 142 ss.

[151] Questa è la maggiore obiezione sull'utilità della sanzione penale nel campo della disciplina economica sollevata da S. Kadish, *Some Observations*, cit., 435 ss. L'A. evidenzia l'inopportunità di ricorrere alla sanzione penale in settori in cui non vi è un consolidato consenso sociale sui valori che pretendono tutela penale. Il diritto penale dovrebbe infatti tutelare beni ed interessi socialmente condivisi e non fungere da "promotore di moralità", affermando interessi solo contingentemente condivisi, ma possibilmente destinati a tramontare nell'arco di breve tempo.

gli illeciti di minore rilievo, le *regulatory offences*, sono sottoposte all'attività delle *agenzie*, non della polizia; la filosofia delle agenzie è di condurre al *compliance*, disinteressandosi – alle volte anche in modo collusivo – degli aspetti punitivi[152]. La flebile risposta repressiva nei confronti delle persone giuridiche è, quindi, stata sicuramente acuita anche da questa distinta competenza per l'attività di controllo e di *enforcement*, attribuita per gli illeciti minori alle agenzie di controllo e per i reati più gravi alla polizia[153], separazione che ha anche determinato un mancato coordinamento nelle indagini. In caso di morti sul lavoro, la *HSE*[154] ha l'obbligo di indagare sulla violazione delle *regulatory offences*, ma non possiede assoluta legittimità a perseguire il *common law crime* di omicidio colposo, *manslaughter*.

La limitata "capacità penale" degli enti artificiali sembra, apparentemente, trovare spiegazione nella rilevanza della *mens rea*, che condiziona il meccanismo di imputazione dei *true crime.* Nella tradizione dei sistemi di *common law*, i *mala in se* sono moralmente connotati da una "volontà malvagia", la cui espressione viene sintetizzata nel concetto di *mens rea.*

La difficoltà di attribuire stati mentali riprovevoli ad un soggetto artificiale[155], come la *corporation*, ha ostacolato, pertanto, il riconoscimento della responsabilità penale della persona giuridica

---

[152] Sul punto si veda F. Pearce, S. Tombs, *Hazards, Law and Class*, cit., 1997, 92 ss. Sul funzionamento dell'*enforcement* nel sistema inglese, si veda anche: R. Baldwin, *The British*, cit., 215 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 284, 294 ss. Questa attitudine specifica dei controllori tuttavia trova anche una differente e più realistica motivazione: la mancanza di risorse economiche impedisce che l'agenzia di controllo possa programmare e realizzare un piano di intervento diffuso e capillare, che permetta una procedura sanzionatoria anche rispetto ad infrazioni di minor rilievo.

[153] C. Wells, *Corporate Manslaghter*, cit., 52.

[154] Le *regulatory offences*, infatti, non vengono generalmente perseguite dalla polizia, ma da organi o agenzie di controllo e la competenza, in caso di rilevanza penale, è comunque di corti inferiori, legittimate ad comminare solo sanzioni di lieve entità, sul punto si veda J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 288 ss. Soltanto nel 1998, con il "Protocol of Liason on Work-related Death" fra l'agenzia competente per la sicurezza dell'ambiente lavorativo, la *HSE*, e la polizia è stato siglato un accordo di collaborazione per le indagini relative alle morti sul luogo del lavoro. Prima di questa data non vi è stata alcuna possibilità di convergenza degli sforzi investigativi verso un obiettivo unitario e strategicamente articolato.

[155] A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1101 ss.

nell'ambito dei *true crimes.* Sarebbe esclusa – quasi ontologicamente – la possibilità per le *corporations* di infrangere i precetti che contemplano gravi reati[156].

Questa convinzione, largamente diffusa nel secolo passato, ha marcato profondamente il fenomeno criminale legato alle criminalità d'impresa, oscurando qualsiasi valutazione in termini di riprovevolezza dei comportamenti devianti del mondo economico.

Il crimine economico è privato nella sostanza di qualsiasi aspetto biasimevole, in quanto il sotto-sistema penale/sanzionatorio della criminalità d'impresa sembra non intersecare mai il sistema punitivo maggiore, ma corre parallelo a questo su binari privi di materialità, offensività e riprovevolezza. Conseguentemente accade che, nel contesto di un'attività economica, gli eventi tipici "morte o lesioni personali" vengono tradizionalmente percepiti come semplici fatalità, quasi sempre privi di consistenza penale. L'evento tipico della morte di un individuo assurge, infatti, ad elemento integrativo del delitto di omicidio, se chi ha cagionato la morte di un uomo è una persona fisica, ma, se la morte è conseguenza di una fallimentare politica della sicurezza del lavoro, o a tutela del consumatore, o della collettività, viene in rilievo solo l'illecito di natura precauzionale e/o prevenzional, collocato nel sottosistema punitivo secondario[157].

La criminalità d'impresa, sebbene non sia meno violenta o meno aggressiva della criminalità comune o organizzata, si sottrae, sovente, al giudizio del sistema punitivo principale, in quanto sottoposta alla valutazione "neutra" di un sotto-sistema punitivo più mite. È evidente come sia la differente qualificazione, in termini penalistici, della condotta criminale nell'ambito dell'attività di impresa e non

---

[156] Schierato a favore di un individualismo metodologico è F.A. Hayek, *Individualism and the Economic Order*, London, Routledge & Kegan Paul, 1949. Sul punto si veda l'articolata critica di P. French, *Collective*, cit., 170 ss. J. Braithwaithe, B. Fisse, *Corporations, Crime*, cit., 28 ss.

[157] Come è evidente nell'ambito della sicurezza del lavoro in Inghilterra, sul punto: C. Wells, *The Decline and Rise of English Murder: Corporate Crime and Individual Responsability*, in *Crim. L. R.*, 1988, 788 ss. Negli USA si veda: L.S. Schrager, J.F. Short, *How Serious a Crime? Perceptions of Organizational and Common Crime*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar Crime*, cit., 16 ss.

certo l'assenza di offensività, a marcare i limiti di operatività della sanzione penale, sia a livello normativo, sia a livello applicativo[158].

Il potere di stigmatizzazione del sistema penale incontra, in realtà, un unico ostacolo sostanziale nella definizione della responsabilità delle organizzazioni complesse, dovuto al funzionamento del sistema punitivo secondo logiche prevalentemente modellate sull'autore individuale[159], per cui, pur valorizzando un giudizio complessivo sulla "vita" della persona giuridica, sulla cultura e sull'etica dell'impresa nell'ambito delle *regulatory offences*, il sistema di *common law* non ha ancora sviluppato un concetto autonomo di colpevolezza della organizzazione complessa, in grado di funzionare come criterio ascrittivo della responsabilità penale. Questa innegabile esigenza politico criminale ha trovato solo parziale ed incompleta traduzione a livello normativo, nel *corporate killing*, frustrando conseguentemente le richieste di difesa sociale, emergenti nella nuova società del rischio.

Il quadro normativo della responsabilità penale della persona giuridica, così strutturato, risulta, conseguentemente, incapace di rappresentare effettivamente il fenomeno criminale legato all'esercizio di attività pericolose, sebbene lecite, in quanto socialmente utili.

Il parziale funzionamento di una strategia repressiva "tradizionale", fondata sui *true crime* destinata a colpire i comportamenti devianti nell'ambito dell'attività d'impresa non invalida esclusivamente l'efficacia simbolica del diritto penale, ma compromette anche la strategia di controllo attraverso il *compliance.* Un meccanismo di regolamentazione su base cooperativa può, infatti, funzionare correttamente, nella misura in cui è supportato dalla minaccia di misure punitive forti. Non è possibile, né auspicabile rinunciare a strumenti deterrenti nell'ambito della regolamentazione delle attività economiche, in quanto la minaccia di sanzione risulta strumentale all'*enforcement* delle strategia preventiva.

---

[158] Sul punto: C. Wells, *Corporations*, cit., 15. Qualsiasi valutazione in termini di offensività è infatti *a priori* esclusa sulla base della natura bagatellare della criminalità economica; ciò ha impedito di verificare in concreto le conseguenza lesive dei comportamenti devianti nell'ambito economico.

[159] C. Wells, *Corporations*, cit., 12 ss. Sul punto già H. Gross, *Organization Structure and Organizational Crime*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar*, cit., 52.

Come emerge dalla piramide sanzionatoria delineata da Braithwaite e Ayres, deve necessariamente coesistere con una strategia di *compliance* un momento punitivo, che completa, rafforzando, il modello di controllo *carrot and stick*[160]. Privato del bastone sanzionatorio, la strategia di controllo mediante organizzazione si presenta come un gigante con i piedi di argilla.

Nel corso degli ultimi decenni, il sistema giuridico anglo-americano, sottoposto a forti sollecitazioni dovute ad emergenti esigenze di tutela e difesa sociale, ha cercato di definire criteri di responsabilità penale della persona giuridica, in modo da colmare la discrasia fra la percezione sociale della criminalità economica e la sua qualificazione giuridica. Coerentemente a tale prospettiva si è affermato un concetto di *organizational crime*[161], il cui perno è rappresentato

[160] Braithwaite chiaramente ribadisce anche nei più recenti lavori come sia preferibile una strategia punitiva, anche severa, rispetto ad una strategia meramente promozionale, laddove siano in rilievo violazioni volontarie e ripetute della disciplina delle attività economiche. Evidenzia come una politica legislativa e di controllo meramente promozionale induce ad un *creative compliance*, ovvero ad un *compliance* meramente estetico, di facciata, in grado di mascherare le violazioni di legge, sul punto si veda: J. Braithwaite, *Rewards and Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2002, 13 ss. Sul punto inoltre: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 297 ss., i quali in riferimento alla disciplina della sicurezza del lavoro descrivono una situazione di sostanziale decriminalizzazione dei *work crime*, a causa non solo dell'atteggiamento collaborativo delle agenzie di controllo, ma anche a causa della mancanza di risorse che impedisce di condurre un controllo sistematico delle aziende, della difficoltà di resistere in giudizio nei ricorso inoltrati dalle aziende per le sanzioni applicate e per la scarsa applicazione del sistema punitivo principale, unico strumento effettivamente deterrente e con efficacia stigmatizzante. Di tale mancanza, secondo gli autori, ne risente anche il sottosistema regolativo della sicurezza del lavoro.

[161] Sull'importanza del fattore organizzativo si veda: F. Pearce, *Crime and Capitalist Business Corporations*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, cit., 35 ss. Secondo la definizione di L.S. Schrager, J.F. Short, *How Serious a Crime?*, cit., 16, *organizational crime* è «illegal acts of omission or commission of an individual or a group of individuals in a legitimate formal organization in accordance with the operative goals of the organization, which have a serious physical or economic impact on employee, consumers or the general public». Sul punto si veda inoltre: A. Hochstetler, H. Copes, *Organizational culture and Organizational Crime*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, cit., 210 ss. Che definiscono l'*organizational crime* come «illegal acts by officers, managers or employers of legitimate formal organizations in furtherance of their conception, however far fletched or erroneous, of organizational interests or goal. Organizational crime also may take the form of acts of omission as when supervisor react with indifference or tacit endorsement to crime of subordinate […] Organizational forces play an im-

dal contenuto della *organisational fault*[162]. La colpevolezza d'organizzazione, come elaborata dalla dottrina e da alcune *dissenting opinion* dei giudici di *common law*, è un modello normativo di colpevolezza, che si struttura principalmente attraverso criteri normativizzati di comportamento, in grado di proiettare, quindi, a livello giuridico-penale il disvalore soggettivo del comportamento dell'ente.

Come in seguito si cercherà di evidenziare, tale forma di colpevolezza assume consistenza, non solo attraverso alcune distinzioni e specificazioni della misura oggettiva della colpa e dei criteri di imputazione oggettiva della negligenza (come ad esempio l'*objective recklessness*, *gross negligence*), ma anche mediante il riconoscimento di processi decisionali equiparabili all'*intention*, al *knowledge* e al *wilful blindness*[163]. La ricostruzione in termini meta-individuali della colpevolezza non implica, necessariamente, un appiattimento su di una forma di responsabilità di posizione, in quanto, nella ricerca di nuovi criteri di imputazione del fatto all'ente, l'esigibilità del comportamento diviene un elemento individualizzante fondamentale, che recupera il profilo soggettivo della responsabilità penale nell'ambito delle *corporations*. La colpevolezza della *corporation* non può, infatti, essere intesa come valutazione di stati cerebrali, bensì come *corporate policy*[164].

Tale valutazione di esigibilità si inserisce in una cornice normativa, generale ed astratta, di *public regulation*, ma si specifica

---

portant part in its genesis, in its course, and in reaction to it». Sull'organizzazione come fattore criminogeno e come elemento rilevante nella valutazione dell'illiceità delle condotte dei singoli nell'ambito dell'impresa, si veda: A. Alessandri, *Impresa*, cit., 194. Si veda, inoltre, F. Bricola, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, 75 ss.

[162] Sul ritardo che ha interessato il sistema anglo-americano nell'elaborazione di una *organizational fault*, si veda: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 81 ss.

[163] Sul punto J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 89 ss. Gli AA. portano come esempio il codice penale australiano (Criminal code act 1995, s 12.3) che esplicitamente impone alle *corporation* di aderire ad una cultura di impresa non criminogena, per cui la violazione di tale obbligo diviene fondamento di una vera responsabilità d'impresa, che potremmo definire omissiva mediante commissione. Gli AA. fondano la responsabilità della *corporation* sull'inadempimento dell'obbligo di valutare e gestire il rischio criminogeno nell'ambito dell'impresa.

[164] Sul punto: J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 26 ss.; P.H. Bucy, *Corporate Ethos*, cit., 1095; P. French, *Corporation*, cit, 48 ss.

nell'ambito di ogni impresa (non solo enti collettivi) attraverso modelli normativi basati sulla *self-regulation e co-regulation*[165].

In questo contesto assumono un rilievo notevole la cultura d'impresa, l'intero sistema organizzativo, le regole procedurali e decisionali interne all'organizzazione, le pratiche generalmente seguite e le politiche aziendali adottate, in quanto sono elementi che concorrono a delineare non solo il concetto di *organizational fault*, ma anche il concreto suo accertamento[166].

La filosofia che ispira questo nuovo paradigma punitivo, orientato alla prevenzione dei *corporate crimes*, trova solo parziale rappresentazione sul piano normativo nella disciplina del *corporate manslaughter,* che si basa su di un modello ascrittivo della responsabilità penale fondato su di un concetto meta-individuale di condotta e di colpevolezza. Tale riforma ha interessato, però, solo la fattispecie di omicidio, per cui la mancata trasformazione del modello generale di ascrizione della responsabilità penale dell'ente obbliga, invece, il sistema giuridico ad operare con strumenti arcaici ed inadeguati rispetto a tutte le altre ipotesi di reato.

Tale "arretratezza" è stata attribuita anche ad alcune peculiarità del sistema britannico, che, a causa degli ostacoli teorici sorti con l'adesione alla teoria dell'*identification test* (si veda *infra* cap. III), con difficoltà è giunto alla creazione di una fattispecie di *corporate killing*. Tuttavia, anche, il sistema statunitense, nei criteri di ascrizione della responsabilità penale all'ente, ha evidenziato una incoerente valutazione della colpevolezza dell'ente, che, sostanzialmente, è stata aggirata, ancorando la responsabilità dell'impresa a logiche di *vicarious liability*, *respondeat superior*, pur sempre informate a modelli individualistici.

Delimitando, per ora, il campo di indagine all'esperienza britannica, come in seguito si avrà modo di evidenziare, l'introduzione del *corporate manslaughter* testimonia la necessità di elaborare profili di ascrizione della responsabilità penale della persona giuridica, in grado di apprezzare in modo autonomo la "colpevolezza dell'ente". Questa evoluzione sembra per certi aspetti già preconizzata da al-

---

165 Si vedano le osservazioni di C. Angelici, *Responsabilità sociale*, cit., 173.

166 Così: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 80 ss.

cuni *leading cases* nell'ambito della responsabilità penale degli enti, ove è da tempo emerso un interesse notevole per gli aspetti strutturali ed organizzativi, in cui si inserisce, come fulcro della valutazione penale, la disciplina aziendale.

L'analisi del formante giurisprudenziale evidenzia una spiccata consapevolezza del sistema britannico, già alla fine del XIX sec., del ruolo che i fattori organizzativi e strutturali dell'ente giocano nel perseguimento di obiettivi di interessi pubblici, per cui si è delineato, seppur in modo empirico e asistematico, un modello di controllo delle attività produttive legato alla disciplina ed alla regolamentazione dei fattori aziendali e, solo indirettamente, connesso al controllo dei comportamenti singoli.

Importanti e significativi interventi normativi e giurisprudenziali hanno delineato una reale responsabilità dell'ente, sollecitati, in particolare, dalla prassi applicativa delle agenzie di controllo che, da tempo, hanno individuato nella organizzazione aziendale il fulcro, su cui incentrare la valutazione di responsabilità, anche delle infrazioni di minor rilievo. La diffusa convinzione, in parte confermata dal concetto di responsabilità della persona giuridica, che la singola violazione, sia della *statutory rule* che di *common law*, non sia necessariamente sintomatica di una gestione negligente dell'attività di impresa, induce i controllori a sottovalutare episodi isolati di infrazioni lievi, al fine di far risaltare il volto complessivo della persona giuridica, la cui attività è valutata, in modo completo e obiettivo, solo se si prendono in considerazione i molteplici aspetti della vita dell'ente. In questo contesto è fisiologico uno svilimento del significato offensivo della singola infrazione, che assume rilievo solo nell'ambito di una vita aziendale "riprovevole": in questo modo sembrerebbe affermarsi un modello di responsabilità "per la condotta di vita", inaccettabile per le persone fisiche, ma apparentemente adeguata alle esigenze punitive delle persone giuridiche.

Capitolo III

LA COLPA D'ORGANIZZAZIONE NELL'ESPERIENZA INGLESE DEL *CORPORATE KILLING*

Sommario: 1. La strategia repressiva per i "*true crime*": *the stick*. L'esperienza del corporate *manslaughter*. – 2. Tendenze di sviluppo della responsabilità penale d'impresa: le *regulatory offences*. – 3. L'evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche: l'*identification test*. – 3.1. I *cases law*. – 3.2. Considerazioni critiche nell'applicazione giurisprudenziale dell'*identification test*. – 4. *Vicarious liability* e *direct liability*. Un differente criterio di imputazione? – 5. L'evoluzione del concetto di *mens rea* e del contenuto della *negligence* come presupposto della costruzione di una colpevolezza di organizzazione. – 6. Il ruolo della giurisprudenza nell'affermazione della colpevolezza d'organizzazione. – 7. L'affermazione della colpevolezza d'organizzazione nell'ambito dell'omicidio colposo. – 8. La proposta della *Law Commission* e dell'*Home Office*. – 8.1. La proposta dell'*Home Office* e il *draft bill* del 2005. – 8.2. La riforma (dis-)attesa? – 8.2.1 Le condizioni di operatività del *corporate manslaughter*. – 9. Considerazioni critiche.

1. *La strategia repressiva per i "*true crime*":* the stick. *L'esperienza del* corporate manslaughter

Dopo aver analizzato il modello regolativo fondato su di una filosofia di *compliance* (*the carrot*), è necessario completare l'indagine, focalizzando l'attenzione sul momento prettamente repressivo, della più ampia ed articolata strategia politico-criminale c.d. *carrot and stick.* Nel verificare come funzioni in concreto il paradigma repressivo (*the stick*), si scorgono peculiarità del sistema britannico (e

di *common law* in generale), che sembrano, lentamente, scardinare la diffusa convinzione in base alla quale il fenomeno criminale legato alle attività economiche e alle persone giuridiche ricada, generalmente, nell'ambito di un diritto "artificiale", le cui scelte di penalizzazione attingono indicazioni dal solo mondo della tecnica, piuttosto che da un sistema di valori socialmente condiviso.

In questa rappresentazione giuridica, che riconosce esclusivamente una natura artificiale alla criminalità economica, si verifica un parziale appannamento di quelle che sono le esperienze più dolorose e allarmanti della società post-moderna: nell'ambito dell'esercizio di attività economiche si sono, infatti, verificati disastri di notevoli dimensioni, con esiti fatali per l'incolumità collettiva e la vita delle singole persone[1].

In questo capitolo si cercherà di tracciare, attraverso il contributo problematico della prassi giurisprudenziale, un quadro della criminalità d'impresa, in cui emerge come l'assunto che la criminalità economica abbia una natura esclusivamente "artificiale" risulti parziale e persino fuorviante, in quanto ricostruisce una realtà amputata di aspetti e di sfaccettature che maggiormente alimentano e condizionano la percezione collettiva del rischio[2]. Sul piano normativo tale rappresentazione "artificiale" del crimine economico si è tradot-

---

[1] L'oggetto di questa analisi esula, tuttavia, dalla riflessione teorica sul diritto penale del rischio e, in particolare, non si propone di interrogarsi sulla fondatezza di un bene giuridico quale la "sopravvivenza delle generazioni future", in quanto intende approfondire solo un aspetto del sistema inglese che potrebbe offrire un più fecondo stimolo per un'ipotesi concreta di disciplina penale dell'attività produttiva. Il problema, limitatamente all'analisi che si intende intraprendere, non è, infatti, quello di verificare la fattibilità di un disegno politico criminale ad ampio spettro, in cui il diritto penale, quale *deus ex machina* della società post-moderna, animato dal nobile fine di salvare il genere umano dall'estinzione, assume il compito di colpire la criminalità dei colletti bianchi (c.d. la criminalità dei ricchi) anche attraverso vistose deroghe ai principi di legalità, offensività, colpevolezza. Viceversa lo scopo è quello di verificare possibili modelli alternativi di tutela per beni giuridici individuali, posti in pericolo o lesi proprio dall'esercizio in forma collettiva di attività economiche. Sul punto si vedano le diverse prospettive di: J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 34; C. Prittwitz, *Società del rischio e diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Critica e Giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 371 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1193 ss.; G. Stratenwerth, *Zukunftsicherung*, cit., *679 ss.*

[2] J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 29.

to nella costruzione di un sottosistema punitivo mite e del tutto inefficiente, il cui risultato è stata una depenalizzazione prasseologica di manifestazioni criminali legate all'attività di impresa[3].

Il sistema inglese, cui è circoscritta l'indagine in questo capitolo, risulta anche in questo caso particolarmente stimolante, in quanto fornisce un paradigma evolutivo della responsabilità d'impresa, per certi aspetti, coerente con il modello regolativo di "controllo mediante organizzazione".

I recenti sviluppi dottrinali e legislativi del sistema inglese hanno, fra l'altro, condotto ad una forma di imputazione della fattispecie di omicidio direttamente alla *corporation*. Come si avrà modo di dimostrare, la costruzione di un diritto punitivo per le persone giuridiche (e quindi il controllo dell'attività economica) si avvale, in questo caso, del diritto penale "tradizionale", rimodellato alla luce delle esigenze di responsabilizzazione delle organizzazioni complesse[4].

Il legislatore britannico ha, infatti, espressamente tipizzato la fattispecie di *corporate killing*, frutto di un sincretismo fra sistemi e strategie opposte, in cui ad un soggetto artificiale, quale la persona giuridica, si attribuisce la responsabilità di un delitto naturale, di un *mala in se*. In questa nuova ipotesi delittuosa – come si avrà modo di constatare nel corso di questa analisi – non solo rileva la modalità di causazione dell'evento e di tipizzazione della condotta – modalità regolata da processi di imputazione scanditi da normative tecniche, regole preventivo-cautelari pubbliche ed autonormate – ma emerge, anche e soprattutto, una nuova forma di colpevolezza: *organizational fault*[5].

La più marcata affermazione della colpevolezza d'organizzazione, nell'ordinamento penale inglese rispetto a quello italiano, consente di trarre ulteriori elementi per tratteggiare le linee di sviluppo dei sistemi giuridici contemporanei, in cui l'istanza di responsabiliz-

---

[3] Questa è la tesi fondamentale di H.E. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., *passim*.

[4] C. Wells, *Corporate Manslaughter: a Cultural and Legal Form*, in *Crim. Law Forum*, 1995, 45 ss.

[5] Sul punto si veda la ricostruzione storica dell'affermazione giurisprudenziale e legislativa del *corporate fault* operata da: A. Hainsworth, *The case for Establishing Indipendent Schemes of Corporate and Individual Fault in the Criminal Law*, in *J. Crim. L.*, 2001, 420.

zazione delle persone giuridiche ha fatto leva su forme di normazione privata. La "privatizzazione" del diritto, anche penale, ha, infatti, consentito di far emergere l'aspetto "soggettivo" del giudizio di responsabilità delle organizzazioni complesse, che, nell'esprimere la propria "personalità" attraverso meccanismi di autonormazione, pongono le basi anche per un giudizio di colpevolezza in senso normativo[6].

Da questa breve premessa sembrerebbe affiorare una certa arretratezza teorica e legislativa del sistema italiano, di cui si argomenterà più approfonditamente, attraverso la comparazione fra la disciplina italiana della responsabilità amministrativa da reato, rispetto alle ipotesi di omicidio e lesioni (legge n. 123/2007 e d.lgs. n. 81/2008) e la fattispecie di *corporate killing*.

Pur avendo introdotto una responsabilità dell'ente, il legislatore italiano non ha costruito una fattispecie di reato, in cui il soggetto attivo è l'ente, per cui la stessa dottrina inquadra la responsabilità degli enti da reato nell'istituto del concorso di persone[7].

A prescindere dalle ricostruzioni sistematiche, la lettura del dato positivo evidenzia non solo l'assenza di una fattispecie autonoma di *corporate crime*, ma anche la mancanza di una colpevolezza dell'ente. Questa lacuna, in realtà, è frutto di una scelta compromissoria che il legislatore ha dovuto adottare, cedendo in parte alle pressioni del mondo imprenditoriale. Il risultato sembra essere quello di un modello ibrido, che, da un lato, si indirizza verso un tipo di criminalità colposa, ovvero quella dei "reati commessi in attività"[8], e fa riferimento a *deficit* organizzativi, ovvero alla colpa d'organizzazione, e, dall'altro, ha finito per adottare, in corso d'opera, un modello di imputazione volto a responsabilizzare l'ente per i "reati decisione",

---

[6] Così C. Angelici, *Responsabilità sociale*, cit., 175.

[7] E.R. Belfiore, *Colpevolezza e rimporverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1748; G. Forti, *Uno sgurado*, cit., 1263; C.E. Paliero, *La società punita*, cit., 1535 ss.; C. Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in M Bertolino, L Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, III, 2049 s.; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Riv.soc.*, 2002, 410.

[8] Su questa distinzione: C. Piergallini, *Pardigma dell'autocontrollo*, cit., 2050.

ovvero gli illeciti dolosi, attraverso un paradigma sostanzialmente di immedesimazione organica[9]. Questa incerta finalizzazione della responsabilità da reato degli enti si riflette sulla disciplina di imputazione del reato che mostra una certa incongurenza fra criteri oggettivi, basati sul "vantaggio" e sull'"interesse", sostanzialmente costruiti per un tipo di responsabilità dolosa e i criteri soggettivi, adeguati, invece, per un tipo di responsabilità colposa.

2. *Tendenze di sviluppo della responsabilità penale d'impresa: le* regulatory offences

Nell'immaginario collettivo, i gravi incidenti e i disastri, verificatesi nel corso degli ultimi decenni del secolo scorso, hanno origine dall'inefficienza degli *standards* di sicurezza utilizzati dalle *corporations*, generalmente ritenuti laschi e, conseguentemente, carenti sotto il profilo precauzionale. Ciò ha, evidentemente, generato un'ansia diffusa[10], cui il sistema britannico ha reagito, principalmente, attra-

[9] Così E.R. Belfiore, *Colpevolezza*, cit., 1743; C.E. Paliero, *La società punita*, cit., 1543; C. Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo*, cit., 2051.

[10] Così si esprime l'*Home Secretary* David Blunkett: «There is great public concern at the criminal law's lack of success in convicting companies of manslaughter where a death has occurred due to gross negligence by the organisation as a whole" ed ancora: "The law needs to be clear and effective in order to secure public confidence and must bite properly on large corporations whose failure to set or maintain standards causes a death. It is not targeted at conscientious companies that take their health and safety responsibilities seriously». Si veda, inoltre, S. Field, N. Jörg, *Manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, 156 s. G. Forlin, *Corporate Liability: Work Related Deaths and Criminal Prosecutions*, London, 2004, 1 ss.; S. Griffin, *Corporate Manslaughter: A Radical Reform?*, in *Journ. Crim. Law*, 2007, 151 ss.; A. Rideley, L. Dunford, *Corporate Killing – Legislating for Unlawful Death*, in *Ind. L. J.*, 1997, 99 ss.; B. Sullivan, *Corporate Killing – Some Government Proposal*, in *Crim. Law Rev.*, 2001, 31. Sul punto in particolare: F.T. Cullen, W.J. Maakestad, J. Cavender, *The Ford Pinto Case and Beyond. Moral Boundaries and the Criminal Sanction*, in E. Hochstedler (a cura di), *Corporation as Criminal*, London, 1984, 281, i quali descrivono la reazione, in seguito al Pinto case, dell'opinione pubblica americana e la successiva articolazione di movimenti dei diritti civili a favore di una più pressante punizione dei *white collar crimes*. Sull'esigenza di sedare l'ansia collettiva di sicurezza e sulla legislazione del rischio: C. Piergallini, *Responsabilità da prodotto*, cit., 8 ss. Si veda inoltre J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., 12 ss. che evidenzia come si sia sviluppata una

verso una strategia basata su di una politica sociale e criminale, volta ad una maggiore responsabilizzazione delle organizzazioni complesse, anche, ma non solo, attraverso una scelta di penalizzazione mirata a colpire gli enti collettivi.

Nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica e la sicurezza del lavoro, il legislatore britannico ha, infatti, opportunamente indirizzato la reazione punitiva e preventiva verso la persona giuridica. Questa scelta, come già evidenziato, non si limita ad un'azione prettamente punitiva, ma si inserisce in un contesto sociale ed economico che, nel corso degli ultimi anni, ha rafforzato un sistema di responsabilizzazione sociale e penale dell'ente, basandosi sull'implementazione di una politica aziendale di sicurezza, nonché sulla promozione di una cultura e di un'etica che si riflettono, innanzitutto, sul piano organizzativo[11].

Come già rilevato, nelle strategie di governo dell'impresa, le scelte del legislatore britannico hanno puntato, prevalentemente, a focalizzare una costante attenzione per obiettivi di *health and safety*, quale elemento essenziale nell'ambito della *corporate governance.* Questo obiettivo – come evidenziato nel precedente capitolo – è stato perseguito, in primo luogo, attraverso un *regulatory system*, che connota il complesso testo legislativo della *Health and Safety at Work Act* 1974. Il principale strumento di *enforcement* è imperniato su una strategia promozionale, volta ad incentivare una cultura della responsabilità sociale di impresa e corredata da un apparato coercitivo fondato su illeciti minori, imputati oggettivamente e rivolti, principalmente, all'ente collettivo[12].

---

elevata "sensibilità al rischio" cui, comunque, non corrisponde un egual livello di rischio oggettivo.

[11] Come visto, le politiche legislative di promozione "culturale" non si limitano pertanto a definire singoli comportamenti, ma tendono ad indurre i destinatari a responsabilizzarsi verso gli obiettivi posti dal legislatore, sul punto si veda la definizione elaborata da G. Alpa, *La giuridificazione*, cit., 745, di "promozione" nell'ambito della politica europea a tutela del consumatore e del risparmiatore.

[12] Le linee politico-criminale e la *ratio* del modello legislativo sono chiarite nel *Robens' Report*, HMSO, 1972, della *Robens Committe*, sulla sicurezza del lavoro. Sul punto si veda, inoltre, A. Ridley, L. Dunford, *Corporate Killing*, cit., 100. Sui criteri di ascrizione delle violazioni dell'*HSWA* 1974 all'impresa si veda: *R v. British Steel Plc*, [1995] IRLR 310, [1995] 1 WLR 1356, [1995] ICR 586 che san-

La realizzazione di un modello di *corporate governance* ha informato, quindi, l'affermazione e l'evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ambito della sicurezza del lavoro, influenzando, conseguentemente, la tecnica legislativa in funzione dell'obiettivo di monitorare attraverso paradigmi organizzativi l'attività dell'ente.

La disciplina di fonte statutaria costituisce uno strumento di governo, nell'ambito di una politica della sicurezza della collettività, privo, tuttavia, di efficacia repressiva e stigmatizzante. Tali funzioni competono al sistema penale "tradizionale", che, fino alla riforma del *corporate manslaughter*, si basava solo su strumenti giuridici di *common law*, elaborati, quindi, esclusivamente nell'ambito del formante giurisprudenziale.

Le soluzioni prospettate, in via interpretativa, si sono dimostrate, però, del tutto inefficienti ed inadeguate a fronteggiare le forme più gravi di responsabilità delle persone giuridiche, come dimostrano le numerose assoluzioni per *corporate manslaughter*, basate sul criterio di fonte giurisprudenziale dell'*identification test*. Paradossalmente, gli attori principali del sistema socio-economico hanno goduto di una immunità di fatto, rispetto a scelte aziendali foriere di risultati disastrosi per l'incolumità pubblica ed individuale.

Cercando di delineare il percorso del progressivo affermarsi della responsabilità penale delle persone giuridiche è possibile distinguere tre diverse fasi storico-giuridiche[13], che si sono sviluppate parallelamente alla evoluzione della normativa sulla sicurezza del lavoro: una prima forma di responsabilità "collettiva" ha iniziato ad affermarsi nel diciannovesimo secolo, nell'ambito delle *statutory offences*, ed è legata ad un processo di imputazione vicaria e/o oggettiva della responsabilità penale[14].

---

cisce l'imputazione oggettiva della violazione dei doveri di sicurezza del datore di lavoro, doveri riconosciuti come assoluti ed in delegabili.

[13] Sul punto: S. Field, N. Jörg, *Manslaughter*, cit., 158 ss.; C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 86 ss.; si veda inoltre Id., *Corporate manslaughter*, cit., 56 ss.

[14] Secondo la C. Wells, *Corporations*, cit., 89 ss. questa forma di responsabilità costituisce un'eccezione alla responsabilità del padrone per gli atti dei propri servitori, circoscritta solo ai casi in cui il datore di lavoro avesse comandato o espressamente acconsentito a tale azione.

Una seconda forma di responsabilità, affermatasi nel corso del ventesimo secolo, è costruita sull'identificazione fra la persona giuridica e gli individui, che, al suo interno, hanno potere decisionale: questa è, in sintesi, la dottrina dell'*identification test* o *alter ego*, che ammette, quindi, la possibilità di imputare alla persona giuridica anche *common law crimes*, ovvero reati caratterizzati da forme di colpevolezza.

L'ultimo modello di responsabilità è delineata dalla riforma legislativa del *corporate manslaughter*, ed è espressione di una concezione "olisitica"[15] della persona giuridica, in cui emerge un'ipotesi di colpa di organizzazione, di matrice meta-individuale[16].

Una prima affermazione della responsabilità della *corporation* è circoscritta, quindi, solo ad alcune forme di illecito, le *regulatory offences*, illeciti di creazione legislativa, *mala quia prohibita*, prevalentemente finalizzati alla tutela di beni collettivi, quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la salute pubblica. La propensione del sistema inglese verso forme di responsabilità oggettiva[17], sareb-

---

[15] Questa è la definizione usata da C. Wells, *Corporations*, cit., 124 in relazione alla forma di responsabilità penale delle persone giuridiche elaborata dalla *Law Commission* nel 1996.

[16] Sull'evoluzione della responsabilità della persona giuridica nel sistema britannico, si veda: G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 37 ss.

[17] Nell'universo della responsabilità oggettiva si distingue fra responsabilità diretta e responsabilità per fatto altrui. Nell'ambito delle *regulatory offences*, la giurisprudenza non è riuscita ad elaborare criteri univoci e certi per distinguere fra *vicarious* e *strict liability*, indicando generalmente un criterio interpretativo oggettivo, legato al tenore letterario del testo legislativo, uno valoriale, legato all'oggetto di tutela e uno soggettivo, riferito all'intenzione del legislatore. Una linea distintiva, tracciata dalla prassi e dalla scienza penalistica, considera la *strict liability based rule* un dovere non delegabile, proprio del datore di lavoro, mentre la *vicarious liability* una forma di responsabilità per fatto altrui che il datore di lavoro assume per l'illecito commesso nell'ambito dell'attività lavorativa dal dipendente. Nell'interpretare una normativa statutaria e individuare il tipo di responsabilità richiesta, se basata sulla *strict liability* o sulla *vicarious liability*, bisogna considerare l'oggetto dello statuto, il significato delle parole, la natura dei doveri prescritti, nonché la persona su cui gravano tali doveri, in modo da imputare la responsabilità a chi è richiesto effettivamente l'adempimento degli stessi. La differenza fra *vicarious liability* e *strict liability* potrebbe essere sintetizzata in modo schematico, per cui la prima è la responsabilità per un atto di un altro che agisce allo scopo e nei limiti del suo impiego, mentre la *strict liability* è la responsabilità per la violazione di doveri personali. Sul punto si veda: A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan. G.J. Virgo, *Simester and Sullinvan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2010,

be circoscritta, teoricamente e quasi esclusivamente, alla regolamentazione di attività produttive e, più in generale, alle *public welfare offences*.

Le *strict liability offences* sono strumenti giuridici funzionali al governo e alla disciplina dei cambiamenti sociali ed economici, che hanno caratterizzato la società occidentale negli ultimi due secoli[18].

263 ss., 246 ss. Nella prassi giurisprudenziale: *Evans and Co, Limited v. London County Counsel* [1914] 3KB 315; *Mousell Bros Ltd v London and North Western R y Co* [1917] 2 KB 836, 845, in cui si afferma una *vicarious liability* del datore di lavoro, *corporation* e si tracciano dei criteri interpretativi per attribuire mediante *vicarious liability* le *statutory offences* alla *corporation* nel caso di illeciti realizzati dal suo dipendente «done by a servant while acting within the scope of his employment». Così: «Prima facie, no responsibility rests upon a master for criminal acts done by his servant to which he is not a party. But it may be that there is an intention on the part of the legislature, in order to guard against the happening of a forbidden thing, to impose a liability upon a principal, even though the principal is entirely innocent of the act done by the servant. There are plenty of instances of this. Thus, under the licensing laws, a licensee is in some cases liable for the acts of his servant, oven though these acts are done by the servant without any knowledge at all on the part of his master. The same thing is true under the provisions of the Acts dealing with the sale of foods and drugs. The master may be held responsible and made amenable to the penalty enjoined by the law although he is absolutely ignorant of the act of his servant. In those cases it is to be gathered from the language of the statute that the legislature intended that the principal should be liable, and it may said that the doing of an act has been absolutely forbidden, and the doing of it is made a criminal offence even though the mens rea is absent». E ancora «To discover whether any particular act has or has not this effect [vicarious liability, ndr] it is necessary to have regard to the object of the statute, the words used, the nature of the duty imposed, the person on whom the duty is imposed, the person by whom the duty would be performed in the ordinary course of events, and the person on whom the penalty is imposed». «Statutory offences of strict liability. Even where an offence is one of strict liability, vicarious liability can arise only where this appears clearly to have been the intention of the legislature. Where the offence is so defined as to impose a strict duty upon a person, that person may be liable in respect of the performance of that duty by his servant or agent, whether there has been delegation or not, if to hold otherwise would be to render the statutory provision ineffective». Secondo C. Wells, *Corporations*, cit., 91, tale caso costituisce un momento intermedio che preconizza l'affermazione della responsabilità penale delle persone giuridiche anche per i reati caratterizzati da colpevolezza. Sul punto si veda, inoltre, *Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport*, [1993] QB. La responsabilità per i reati d'impresa e delle persone giuridiche per le *regulatory offences*, basandosi su criteri oggettivi, non pare, tuttavia, inficiata dalla poca chiarezza che su tale differenza ancora esiste, in quanto generalmente si riconosce, comunque, una responsabilità della *corporation* per *agency* o vicaria.

[18] E. R. Belfiore, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'"*igonratia legis*"*, in *Foro it*., 1995, II, 154 ss., 135. Il cambiamento delle condizioni sociali – co-

Lo sviluppo di un sistema economico complesso, caratterizzato da notevoli rischi per l'incolumità pubblica, ha incrementato la domanda di ordine e di sicurezza sociale[19], il cui soddisfacimento è stato assicurato attraverso un bilanciamento fra difesa sociale e garanzie, ove le garanzie individuali, tendenzialmente, soccombono innanzi all'affermarsi di interessi collettivi, protetti tramite la creazione dei c.d. *public welfare offences*[20].

La necessità di strutturare in modo efficiente il controllo delle attività economiche, l'esigenza di tutela di beni super-individuali, nell'esercizio di attività lecite, ma rischiose, il ricorso a forme di tutela anticipata, la difficoltà processuale di provare legami causali ed elementi di colpevolezza, hanno indotto il legislatore britannico (e in genere i sistemi di *common law*) ad optare per un sistema di responsabilità senza riprovevolezza, nell'ambito della tutela di beni collettivi[21].

---

me più volte evidenziato nei capitoli precedenti – ha colto impreparato il legislatore, costretto a ricorrere a forme di tutela eccezionale, proiettando sul versante penalistico le nuove funzioni assunte dallo Stato nella sua evoluzione verso il modello di stato sociale. Alla tutela dei beni si è affiancata la tutela delle funzioni dell'apparato statale, attraverso un mutamento giuridico manifestatosi, nei sistemi di *common law*, con la produzione di *statutory offences.* Sul punto si veda la ricostruzione storica di G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 42 ss.

[19] Lord Pearce, nel caso *Sweet v. Parseley* [1970], evidenzia come gli *statutory offences* incidano soprattutto nel campo di attività industriali che possono mettere a repentaglio la vita e la salute dei cittadini. Uguale iter logico è stato assunto nel caso *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972], ove la condanna di un farmacista è seguita al solo accertamento dell'*actus reus*. Ancora nel caso *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Storkwain Ltd.* [1986], la buona fede del farmacista nell'aver venduto una sostanza stupefacente, dietro la presentazione di una ricetta contraffatta, sebbene escludesse la colpevolezza, non ha esonerato l'imputato dalla responsabilità penale per il solo verificarsi dell'elemento oggettivo. Sul punto si veda: M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 159 ss., 173 s.

[20] E.R. Belfiore, *Brevi note*, cit., 136; F.B. Sayre, *Public Welfare Offences*, in *Col.Law Rev.*, 1933, 55. L'autore non assume una posizione critica nei confronti di tale fenomeno normativo, bensì solleva il problema di dover individuare i criteri guida per distinguere i reati a responsabilità oggettiva, da quelli basati sulla responsabilità colpevole.

[21] In senso critico: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, V ed., 2006, 166. Si veda inoltre *Pearks, Gunston and Tee, Ltd v Ward* [1902] 2 KB: «By the general principles of the criminal law, if a matter is made a criminal offence, it is essential that there should be something in the nature of mens rea, and, therefore, in ordinary cases a corporation cannot be guilty of a criminal offence, nor can a master be liable criminally for an offence committed by his servant. But there are

Nelle *statutory offences*, infatti, il legislatore evidenzia, esplicitamente, gli interessi tutelati dalla norma, che appaiono di assoluta preminenza, tanto da adombrare qualsiasi valutazione giuridica sensibile ad un sistema di garanzie individuali. La tutela del *public welfare* fa pendere, quindi, l'ago della bilancia a favore delle esigenze preventive-punitive a scapito dei principi garantisti[22]: nell'ambito di

---

exceptions to this rule in the case of quasi-criminal offences, as they may be termed – that is to say, where certain acts are forbidden by law under a penalty, possibly even under a personal penalty, such as imprisonment – at any rate, in default of payment of a fine; and the reason for this is that the legislature has thought it so important to prevent the particular act from being committed that it absolutely forbids it to be done; and if it is done the offender is liable to a penalty whether he had any mens me or not, and whether or not he intended to commit a breach of the law». Nel caso *Cundy v. Le Cocq* [1884] l'appellante, gestore di un locale pubblico, fu condannato per aver servito da bere ad un ubriaco, condotta prevista come reato. La circostanza che l'appellante non fosse a conoscenza dello stato dell'avventore, non fu ritenuta sufficiente ad escludere la *mens rea*. Il giudice Stephen, infatti, ritenendo che scopo del legislatore fosse di ridurre il tasso dell'alcolismo, ha ritenuto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie criminosa la conoscenza di un elemento essenziale del reato, quale lo stato di ubriachezza. Prevale nella disposizione della legge una finalità di difesa sociale, il reato in questione fu, infatti, incluso fra le *offences* contro l'ordine pubblico. Le considerazioni di Stephen non si limitano a considerare irrilevante la *mens rea* nel caso concreto, ma tendono ad affermare un principio di ampia portata, secondo il quale la necessaria realizzazione dell'elemento soggettivo non sarebbe più un principio di rilevanza generale. *Parker v. Alder* [1889], *Hobbes v. Winchester Corporation* [1910].

[22] Da un punto di vista descrittivo, la responsabilità oggettiva nei sistemi di *common law* è difficilmente qualificabile, in quanto la produzione normativa non si è attenuta a criteri ben determinati per fissare i suoi limiti, ma ha spaziato in molteplici ambiti, coprendo varie forme di illecito. L'incoerenza e la mancanza di un principio, che identifichi le situazioni in cui s'impone la responsabilità oggettiva, è evidenziata da G. Williams, *Textbook of criminal law*, London, 1983, 934, l'Autore imputa, come causa, l'indeterminatezza del dettato normativo, fonte dell'ampia discrezionalità del giudice, legittimato a qualsiasi arbitrio. Nell'ampia categoria della responsabilità oggettiva generalmente sono confluiti differenti criteri di imputazione come la *absolute liability*, la *strict liability*, e la *costructive liability*, forme di imputazione oggettiva o mista che rivestono – come si vedrà in seguito – un ruolo fondamentale nell'ambito della responsabilità delle persone giuridiche. Cercando di delineare un quadro sintetico delle forme di responsabilità oggettiva, è possibile distinguere una forma di responsabilità che prescinde del tutto dalla colpevolezza, *absolute liability*, in cui è fortemente accentuata una funzione preventiva: il titolare dell'obbligo, la cui violazione è penalmente rilevante, è sempre responsabile, senza che sia possibile avvalersi di alcuna *defense*. La *strict liability* integrerebbe, invece, un'ipotesi di presunzione di colpevolezza, contestabile con le *defences* ed attenuata dalla discrezionalità dell'azione penale. Sul punto si veda: M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 165, per *defences* si intende un'eccezione difensiva in sen-

un sottosistema punitivo, privo di una forte stigmatizzazione sociale e morale e la cui illiceità è racchiusa, prevalentemente, nella "disobbedienza della legge", è possibile – secondo un diffuso orientamento teorico e politico criminale – anche rinunciare a forme di garanzia, sostanziali e processuali, proprie del sistema penale principale.

Questa deroga condiziona, però, anche la misura della reazione sanzionatoria, che risulta corredata da un apparato punitivo alquanto mite. Ciò ha agevolato, evidentemente, l'affermazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, in quanto, per tale forma di imputazione, non si è posto alcun ostacolo o resistenza, di rilievo né teorico, né pratico[23]. In questo contesto socio-giuridico si

---

so lato, che può riguardare sia le cause esimenti che corrispondono ora alle cause di giustificazione, ora alle scusanti, oppure a fatti impeditivi di elementi costitutivi del reato, come l'errore sul fatto, il costringimento, sino ad abbracciare la mancata prova di elementi costitutivi. Infine è possibile annoverare la *costructive liability* nella categoria della responsabilità oggettiva, in quanto rappresenta una forma di responsabilità mista, di *versari in re illicita*, attraverso cui si imputa un elemento del reato su base oggettiva. Questa forma di responsabilità è stata spesso indicata come possibile soluzione giuridica all'imputazione dell'evento morte al datore di lavoro o all'imprenditore che esercita un'attività pericolosa, violando gli standard di sicurezza.

[23] È opportuno ricordare che i sistemi giuridici anglo-americani vantano una tradizione ormai secolare riguardo alla responsabilità penale delle persone giuridiche, la cui origine storica viene generalmente ricondotta alla responsabilità del padrone per gli atti compiuti dai servitore, di epoca medievale, sul punto: C. Wells, *Corporations*, cit., 88. Il primo caso di responsabilità vicaria del datore di lavoro per gli atti del suo dipendente è: *Boson v Standford* [1690]2 Salk 440. Nel *common law* si è cercato di offrire una giustificazione a questa forma di responsabilità vicaria del datore di lavoro, Lord Brougham, in *Duncan v Findlater* [1839] 6 Cl&Fin 894 afferma: «The rule of liability and its reason I take to be this: I am liable for what is done for me and under my orders by the men I employ… and the reason I am liable is this, that by employing them I set the whole thing in motion», si veda inoltre Chief Justice Shaw in un caso giurisprudenziale statunitense: *Farwell v Boston and Worcester Rly Road Corpn* [1842] 4 Metcalf 49: «This rule is obviously founded on the great principle of social duty, that every man in the management of his own affairs, whether by himself or by his agents or servants, shall so conduct them as not to injure another; and if he does not, and another thereby sustains damage, he shall answer for it». Casi citati da J. Munkman, *Employer's*, cit., 5. Si veda, inoltre, la ricostruzione storica di G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 15 ss. Il *Criminal Law Act* 1827 la *sec.* 14 amplia questa forma di responsabilità del padrone per gli atti del servitore, prevedendo che, se non diversamente statuito dal legislatore, il termine persona contenuto negli *statutes* si dovesse intendere indifferentemente diretto a persone fisiche e persone giuridiche. Tale previsione viene ribadita nell'*Interpretation Act* 1889, che costituirà la base per imputare le *offences* direttamente

colloca, pertanto, la normativa a tutela della sicurezza del lavoro, caratterizzata, infatti, da *absolute liability offences*[24].

Le motivazioni politico-criminali di questa scelta sono controverse e alquanto complesse: esse si fondano su valutazioni prettamente efficientiste e funzionaliste, che assumono come valida risposta ai fenomeni criminali delle attività produttive la responsabilità senza colpevolezza[25], che dovrebbe svolgere un'efficace funzione

alla persona giuridica, in quanto basate su responsabilità oggettiva. Sebbene il *common law* rifiuti forme di *vicarious liability*, fanno eccezione le *statutory offences*, per cui, sin dal XIX secolo, si registrano casi in cui viene affermata la responsabilità penale delle persone giuridiche.

[24] Nell'ambito della sicurezza del lavoro i doveri inerenti all'adozione di un sistema precauzionale efficace non sono delegabili, in quanto l'*HSWA* prevede delle *absolute prohibitions*: «The criminal liability of a corporate employer under s. 3(1) is not limited to the acts of the "directing mind" or senior management of the company. A corporate employer does not escape criminal liability under s. 3(1) if at "directing mind" or senior management level, the company has taken reasonable care. It could not be accepted that the words "it shall be the duty of every employer to conduct his undertaking in such a way as to ensure", should be read as if the words "through senior management" appear immediately after the word "employer". It would drive a juggernaut through the legislative scheme if corporate employers could avoid criminal liability on the basis that the company through its "directing mind" or senior management was not involved». Sul punto si veda inoltre: *R. v. Board of Trustee of the Science Museum* [1993] 3 All ER 853. Sul punto R. Baldwin, *The British*, cit., 204 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 288. Così hanno stabilito i giudici anche nel: *British Steel pls.* [1994] 2All ER 99.

[25] In realtà il panorama giurisprudenziale non pare caratterizzato da uniformità di vedute rispetto alla responsabilità oggettiva. Il giudice Devlin, nel caso *Reynolds v. G.H. Austin & Son Ltd.* [1951], sebbene riconosca come necessaria l'assunzione di drastiche misure per salvaguardare l'interesse pubblico, ritiene di primaria importanza valutare se la risposta punitiva possa sortire effetti deterrenti, o sul reo o sul resto della collettività. Presupposto dell'efficacia dell'azione penale è il riconoscimento di un minimo coefficiente psicologico, che si realizzi nella possibilità di influenzare o controllare la condotta imputata. Se vien meno questo presupposto manca la legittimazione della reazione penale. Un orientamento analogo è espresso nel caso *Lim Chin Aik v. The Queen* [1963]. Lord Evershed non ritiene sufficiente motivare la deviazione dalla responsabilità colpevole in base alla gravità del danno sociale, evidenziando l'importanza di considerare le possibilità del soggetto di intervenire coscientemente nella catena causale che ha prodotto l'offesa. La sua dissertazione inizia con la perentoria affermazione: «That proof of the existence of guilty intent is an essential ingredient of a crime at common law is not all in doubt».

special e general preventiva[26], inducendo il soggetto ad elevare gli *standards* di diligenza, in modo tale da non incorrere in errore[27].

---

[26] Nella prassi giurisprudenziale si veda: *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972], la condanna di un imprenditore per l'immissione di sostanze inquinanti nell'ambiente, è fondata sulla sola prova *dell'actus reus*: la *pollution* è un'ipotesi di responsabilità oggettiva, temperata dalla discrezionalità dell'azione penale, in quanto gli organi di controllo amministrativo tendono a stimolare la collaborazione delle imprese. Il *trend* evolutivo della responsabilità oggettiva registra, nonostante autorevoli critiche, un notevole incremento, nel sistema inglese, nell'ambito della tutela ambientale, per i reati valutari, di circolazione stradale, di possesso di armi. Fra i più convinti sostenitori delle ragioni della responsabilità oggettiva B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2ª ed., London 1981, cit. da M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 179 ss.

[27] Per quanto riguarda la responsabilità oggettiva, è comunque sempre necessaria un'espressa previsione legislativa, che legittimi una deroga al principio di colpevolezza. La necessità di un'espressa previsione legislativa è statuito nel *leading case Sweet v Parsley* (1969) 53 Cr App. R. 221, in cui si afferma che nell'interpretazione della legge per imputare una *statutory offecences* è sempre necessaria la *mens rea*, (quindi vige una presunzione), sempre che non vi sia espressa deroga da parte del legislatore. Nella sua dissertazione Lord Reid interpreta il silenzio della legge sull'elemento soggettivo in base alla presunzione che sia richiesta la *mens rea*, quale elemento essenziale del reato. Infatti, sebbene la legge determini solo la condotta esterna, senza alcun riferimento all'elemento soggettivo, ciò non è sufficiente a definire un reato come *absolute offences*; innanzi ad un dubbio interpretativo, inoltre, bisogna sempre propendere per la versione più favorevole all'imputato. La sentenza in esame ha affermato questo principio, cui il successivo orientamento giurisprudenziale si è attenuto. Tuttavia in assenza di una espressa previsione di legge, tale previsione può essere *overruled* alla luce della natura dell'illecito, del grado dell'offesa, dell'utilità dell'attività, della severità della punizione che ne consegue, quindi fondamentalmente il tipo di imputazione è stabilita o dalla *statutory law* o dal *judicial precedent*. Sul punto si vada: A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's*, cit., 175 ss. Il *Privy Council*, in *Gammon (Hong Kong) Ltd v. A-G of Hong Kong* [1985], riconosce l'esistenza di una presunzione di legge, in base alla quale la responsabilità penale richiede la *mens rea*. Lord Scarman formula delle proposizioni, in conformità delle quali la norma deve essere interpretata: «1) C'è una presunzione di legge secondo cui la *mens rea* è richiesta prima che una persona possa essere ritenuta colpevole di un reato; 2) la presunzione è particolarmente forte, nei casi in cui il reato sia *truly criminal* nella sua sostanza; 3) la presunzione si applica agli *statutory offences* e può essere vinta solo se ciò è chiaramente o per necessaria implicazione l'effetto della legge; 4) il solo caso in cui tale presunzione può essere superata si registra qualora la legge contempli questioni di carattere sociale; 5) anche quando la legge riguarda tali materie, la presunzione di *mens rea* è valida tranne nel caso in cui sia evidente che l'imposizione della responsabilità oggettiva renderà più efficace il raggiungimento del fine della legge tramite lo stimolo ad una maggiore vigilanza per prevenire la commissione dell'atto illecito». Su tali motivi politico-criminali che giustificano il ricorso a forme di responsabilità oggettiva e vicaria, R. Card, *Cross-Jones Criminal law*, Oxford, XII ed., 152,

In questa ottica utilitaristica, la responsabilità oggettiva ha dimostrato di essere uno strumento giuridico idoneo a fronteggiare comportamenti disfunzionali all'organizzazione e al governo delle attività economiche, in quanto l'assenza di riprovevolezza morale nell'ambito delle *regulatory offences* e l'imputazione oggettiva dell'illecito hanno consentito l'attribuzione di responsabilità penale a soggetti collettivi. Le persone giuridiche vengono, infatti, qualificate tradizionalmente come "calcolatori amorali", ovvero come soggetti insensibili alle valutazioni etiche, la cui razionalità è esclusivamente basata su una valutazione costi-benefici[28].

Le prime pronunce che affrontano il problema della responsabilità penale delle persone giuridiche sono della prima metà dell'Ottocento. La prima pronuncia sul *corporate responsibility* è del 1842, *Birmingham & Glouster Railway Co* (1842) 3 QB 223; 114 ER 492, in cui si contesta alla *corporation* una condotta omissiva, ovvero non

154, 783. A fronte di questa maggiore consapevolezza e sensibilità per il principio di colpevolezza registrato nella prassi, si pone un orientamento opposto, espresso in alcune decisioni, che comportano un notevole arretramento nell'evoluzione del sistema inglese verso il recupero della responsabilità colpevole. Il *leading case* di tale orientamento è rappresentato dal caso: *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1969] contemporaneo al caso *Sweet v. Parseley* [1970], esprime l'opposta opinione, in base alla quale non è richiesta alcuna *mens rea*. L'imputato, in possesso di due scatole di anfetamine, aveva affermato di non conoscerne il contenuto illecito. La House of Lords ha ritenuto di non poter scindere la consapevolezza di possedere una scatola con la consapevolezza di conoscerne il contenuto.

[28] Cfr. C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 68. Questo approccio prettamente economista non è unanimemente condiviso. Evidenziano la complessità della struttura organizzativa della *corporation*, caratterizzata da una molteplicità di sfaccettature e di tensioni contrastanti, difficilmente riducibile ad una semplicistica rappresentazione unitaria: R. Kagan, J. Scholz, *The Criminology of the Corporation and regulatory Enforcement Strategies*, in K. Hawkins, J. Thomas (a cura di), *Enforcing regulation*, Boston, 1984, 38 ss., si veda inoltre la ricostruzione di J. J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 60 ss.; J.C. Coffee, *"No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L. Rev.*, 1981, 389; M.B. Metzger, C.R. Schwenk, *Decision Making Models, Devil's Advocacy, and the Control of Corporate Crme*, in *Am. Bus. Law J.*, 1990, 328; M. Miller, *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt L. R.*, 1993, 209. In Italia evidenzia l'assenza di un agire razionale, che esprime coerenza fra mezzi e fini, nell'ambito delle organizzazione complesse, F. Centonze, *La normalità*, cit., 196 ss., 268 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 334 ss.

aver ottemperato ad un provvedimento giudiziario[29]. In un caso di poco successivo, la responsabilità della *corporation* si estende anche a condotte commissive: *R v. Great North of England Rly Co*, 1846, 115 ER 1294, 9 QB 315), in cui la distruzione di una strada pubblica a seguito della costruzione di un ponte, viene imputata alla *Corporation*, secondo la dottrina del *respondeat superior*, poi abbandonata dalla *jurisprudence* britannica a favore dell'*identification test*[30].

Interessante evidenziare come questioni processuali, relative all'affermazione delle responsabilità penale delle persone giuridiche, vengono superate in entrambe le pronunce, ove viene ipotizzata la possibilità di procedere contro una *corporation* per *indictment*, rispetto al *breach of a duty imposed upon it by law*, ma si esclude la responsabilità per i crimini più gravi, in quanto, in tal caso, è richiesto uno specifico stato mentale, che non può essere ravvisato in capo alla *corporation.*

La *corporation* non sarebbe, infatti, oberata da nessun dovere sociale, la cui violazione potrebbe essere realizzata da un "*corrupt mind*" come la persona fisica. In assenza, quindi, di uno stato mentale riprovevole non sarebbe possibile imputare i *common law crimes* e anche le pene previste per questo genere di reati sarebbero adeguate solo alla persona fisica, in quanto si basano su pene detentive[31].

La maggiore propensione del sistema anglosassone a riconoscere forme oggettive di responsabilità penale dell'ente risponde anche ad esigenze di economia processuale[32], ma, essendo limitata solo ad alcune categorie di reati, ha rallentato, tuttavia, una più complessa elaborazione della responsabilità penale della persona giuridica fondata sulla colpevolezza.

---

[29] Sul punto si veda: G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 38 ss.; R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 32 ss.

[30] C.C. Wells, *Corporations*, 89 s. Per una ricostruzione storica della responsabilità delle persone giuridiche in Gran Bretagna, si veda: A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 200 ss.

[31] In seguito l'evoluzione giurisprudenziale affinerà i concetti e le forme di imputazione: *Chisholm v Doulton* (1889) 22 QBD 736, 741, per Cave in cui si stabilisce la possibilità di attribuire le *statutory offences* direttamente al datore di lavoro, qualora il legislatore preveda l'imputazione in base a responsabilità oggettiva.

[32] Sembra questa la ragione invincibile della responsabilità oggettiva, sul punto si veda: M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 180.

3. *L'evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche: l'*identification test

L'affermazione, invece, della responsabilità delle persone giuridiche per illeciti più gravi è segnata, da un lato, dall'elaborazione giurisprudenziale di un criterio di imputazione della colpevolezza del singolo agente alla *corporation*, secondo la teoria dell'*identification test*, e, dall'altro, dalla riforma legislativa dell'*homicide*, che ha offerto l'occasione per introdurre nel sistema inglese la fattispecie di *corporate manslaughter.*

Come si avrà modo di verificare nel corso di questo capitolo, le esigenze di politica criminale, connesse all'esercizio di attività rischiose, si sono tradotte in una soluzione normativa tendenzialmente volta ad affermare forme di imputazione e di colpevolezza tipiche del sistema punitivo "tradizionale", secondo le direttive di un diritto penale repressivo, con funzione deterrente. A dare notevole impulso all'attività legislativa è stato, tuttavia, l'acuto lavoro teorico della dottrina, che ha sviluppato la riflessione giuridica della responsabilità delle persone giuridiche nell'ambito del nuovo assetto sociale ed economico, caratterizzato da forme di allocazione del rischio del tutto randomiche e anonime[33], che hanno fatto emergere in modo drammatico l'arcaicità e l'arretratezza degli strumenti giuridici a disposizione della prassi giurisprudenziale.

Per valutare il significato di tale intervento legislativo, è utile collocarsi nell'angolo prospettico della dimensione applicativa del diritto, in quanto solo attraverso il carattere problematico e topico della prassi giurisprudenziale è possibile cogliere evoluzione e limiti dei nuovi strumenti giuridici, affermatesi nell'ambito della criminalità d'impresa.

---

[33] In seguito ad una serie di gravi disastri legati all'esercizio in forma collettiva di attività pericolosa, in Gran Bretagna si è accresciuta, infatti, un'istanza pubblica di sicurezza, che ha sollecitato un globale ripensamento della responsabilità delle persone giuridiche, alla luce di emergenti esigenze di difesa sociale. Sul punto: C. de Maglie, *L'etica il mercato*, cit., 145 ss.; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003, 7 ss.; C. Wells, *Negotiating Tragedy: law and Disasters*, 1995, London, *passim*; Id., *Inquests, Inquiries and Indictments: The Official Reception of Death by Disaster*, in *Legal Studies*, 1991, 71.; Id., *Corporate Manslaughter*, cit., 45 ss.

Nella prassi giurisprudenziale emergono *topoi*, la cui problematicità ha dimostrato l'"arcaicità" di una visione prettamente psicologizzante di colpevolezza e l'inadeguatezza di un modello filosofico su base individualistica, nel valutare la responsabilità penale della persona giuridica. La *corporation*, descritta come soggetto privo di uno spessore psicologico e morale, secondo questa visione antropomorfica di responsabilità, sarebbe incapace di agire in modo riprovevole e di percepire il significato stigmatizzante della pena[34].

L'aver ignorato il ruolo che la *corporation*, come figura soggettiva autonoma rispetto alla somma dei singoli individui che la compongono, assume nella determinazione di politiche produttive, ambientali e di sicurezza, ha fornito una giustificazione prima morale, poi anche giuridica della loro immunità di fatto. Questa scarsa consapevolezza (o consapevole obnubilazione) della capacità decisionale della *corporation* ha irrigidito la distinzione fra *regulatory offences* (*mala quia prohibita*) e *common crime* (*mala in se*), sclerotizzando anche i criteri ascrittivi della responsabilità, sicché il sistema inglese ha, per lungo tempo, avversato un concetto autonomo di responsabilità, in grado di fondare l'imputazione diretta di un *true crime* alla persona giuridica[35].

Sebbene nel corso del '900 fossero ormai superati gli ostacoli teorici e procedurali per l'affermazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, i giudici si sono sempre mossi con molta circospezione nell'ambito di reati che richiedono forme di colpevolezza; ancora nella prima metà del secolo scorso, si negava, ad esempio, la responsabilità per omicidio involontario della *corporation* sulla base del fatto che non poteva essere celebrato un processo contro una persona giuridica per atti di violenza, in quanto non si poteva agire per *indictment,* perché, come precedentemente ricor-

---

[34] In senso critico, A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., 1101 ss.

[35] Tale avversione teorica per una più estesa forma di responsabilità penale della persona giuridica sembra, in realtà, dissimulare l'interesse a rendere immuni dal rischio penale proprio gli operatori economici, sul punto A. Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, 15.

dato, non era possibile individuare una appropriata *mens rea* nelle azioni della *corporation*[36].

Il perdurare di categorie concettuali strettamente legate all'autore individuale ha, tuttavia, anche impedito, nell'ambito dei *common crime*, l'affermarsi di forme di ascrizione della colpevolezza alla persona giuridica in modo vicario[37], soluzione adottata, invece, disinvoltamente nel sistema nordamericano. Paradossalmente si sono estese alla persona giuridiche le medesime garanzie poste a tutela dell'individuo, senza, invece, promuovere una forma di responsabilità penale analoga[38].

Così nell'ambito della prassi giurisprudenziale si è sostenuto che la responsabilità penale è legata essenzialmente ad una riprovevolezza morale, carattere dell'agire umano, individuale, pertanto incompatibile con il concetto di persona giuridica, che costituisce un'astrazione (*Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd* [1915] AC 705, 713), un'entità impalpabile (*Flitcroft's Case* (1882) 21 Ch D 519, 533), un'entità metafisica, il cui concetto si allontana dall'uso comune, che invece deve guidare il giudice nell'interpretazione del *common law* (*The Pharmaceutical Society v London & Provincial Supply Association Ltd* (1880) 5 App. Cas. 857, HL). Sulla base di queste considerazioni si spiega la famosa affermazione di Thurlow: «Did you ever expect a corporation to have a

[36] Il *leading case* è: *R v. Cory Bros and Co Ltd* [1927] 1 KB 810

[37] Cfr.: A. Ashworth, *Principle*, op. cit., 167. Eccezioni al principio di colpevolezza e concessioni a favore di *vicarious liability* sono previste solo in due casi: quando la legge usa termini come "sell", "use", "possess", le cui condotte possono essere anche realizzate tramite l'aiuto di terze persone (subalterni) ciononondimeno gli illeciti realizzati nell'ambito di tale attività vengono imputati al proprietario del negozio, a chi ne ha la licenza o il permesso. Un altro caso di deroga al principio di colpevolezza si ha nel caso del *delegation principle*, per cui la delega non implica un meccanismo di de-responsabilizzazione, per cui il delegante risponde degli illeciti del delegato. Su questa persistente avversione verso un'affermazione di una forma di responsabilità penale delle persone giuridiche "generale" ovvero estesa anche ai *common law crime* si veda: A. Pinto, M. Evans, *Corporate Criminal Liability*, London, 2003, 15, gli Autori, ricostruisco attraverso fonti giurisprudenziale le difficoltà nel riconoscere una responsabilità penale delle persone giuridiche.

[38] In questo senso: G. Marinucci, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1193, 1207.

conscience when it has no soul to be damned and non body to be kicked».

Si è sostenuto, per lungo tempo, che una *corporation* non può essere punita per i crimini più gravi, perché le conseguenze sanzionatorie sono ritagliate sull'autore individuale e non sono suscettibili di applicazione nei confronti di una persona giuridica. Inoltre, da un punto di vista procedurale, i crimini più gravi, perseguiti tramite *indictment*, richiedono la presenza dell'imputato in udienza, per affermare o meno la sua colpevolezza. Dal momento che la persona giuridica non può assolutamente presenziare ad un processo, non è neanche possibile procedure nei suoi confronti[39].

Sulla base, quindi, di una diversità normativa – che in alcune elaborazioni teoriche si è imposta come differenza morale, se non anche ontologica – fra *regulatory offences* e *common law crimes*, il sistema giuridico inglese ha elaborato, con una certa difficoltà, un diverso "processo" di imputazione (sostanzialmente vicaria, anche se nominalmente diretta) per *true crime*, che è ammesso solo nel caso in cui l'illecito penale sia realizzato da chi ha potere organizzativo e di rappresentanza, ovvero dalla "mente della persona giuridica"[40]. Questa schematicamente è la dottrina dell'*identification test*[41], ben

[39] Questo ostacolo, che vale solo per i procedimenti mediante *indictment*, è stato poi superato con il *Criminal Justice Act* 1925. Sul punto già *R v. Cory Bros and Co Ltd* [1927] 1 KB 810, aveva "rimosso" tale ostacolo procedurale, tuttavia, affrontando un caso di *corporate manslaughter*, si ritengono insuperabili alcuni problemi di diritto sostanziale, per cui si nega la possibilità di procedere contro una persona giuridica nel caso di reati che implicano atti di violenza.

[40] Cfr *HL Bolton Co Ltd v TJ Graham & Sons Ltd* [1957] 1 QB 159, in cui espressamente si afferma che: «having regard to the standing of the directors in control of the company's business, the intention of the directors was in the circumstances the intention of the company».

[41] Anche conosciuto come *alter ego test.* Si veda *Halsbury's Laws* para 35: «… Criminal liability of a corporation arises where an offence is committed in the course of the corporation's business by a person in control of its affairs to such a degree that it may fairly be said to think and act through him so that his actions and intent are the actions and intent of the corporation. It is not enough that the person whose conduct it is sought to impute to the corporation is a manager or responsible agent or high executive; whether persons are the "directing mind and will" of the corporation, so that their conduct in its affairs becomes the conduct of the corporation, must depend on all the circumstances … A corporation is vicariously liable for a crime committed by its servant or agent in the course of his employment or agency in the same circumstances as an employer or principal who is

radicata nella tradizione di *common law* inglese, che potrebbe essere classificata come un criterio di imputazione soggettivo per i *common law crimes*, contrapposto alla responsabilità oggettiva, nell'ambito delle *regulatory offences.*

Il principio stabilito nell'*identification test* vede la sua prima affermazione nell'ambito del diritto civile, con il caso *Lennards Carruing Co Ltd v Asitic Petroleum Ltd* [1915] AC 705, in cui la richiesta di risarcimento dei danni per la perdita di ingenti quantitativi di petrolio, in seguito all'affondamento di una nave della *Lennard*, fu inoltrata direttamente alla proprietà dell'imbarcazione, ovvero a una persona giuridica, per una negligenza, che la difesa, invece, attribuiva esclusivamente al responsabile tecnico.

Nel rigettare le tesi della difesa, si fa ricorso al principio dell'*alter ego test*: «La persona giuridica è un'astrazione, non ha una mente, né, tantomeno un corpo; la sua volontà dovrà, pertanto, essere ricercata nella persona che realmente esprime la volontà e l'intelletto della persona giuridica»[42].

---

a natural person». Il paragraph 52 prevede: «Vicarious liability; the general rule. In general a master or principal is not criminally liable for an offence committed by his servant or agent even though it is committed in the course of the employment or agency. There is no presumption that a crime committed by a servant or agent in the course of his duties has been authorised by the master or principal. To this general rule, however, there are exceptions both at common law and under statute». Il paragraph 54 rispetto alla *vicarious liability* nell'ambito delle *statutory offences*, prevede: «Criminal liability may be imposed by statute on a master or principal for the acts or omissions of his servant or agent either expressly or by implication. The implication may arise either because a person has delegated to another the performance of his own statutory duties or because the acts of another may be in law his own acts. Such liability may arise where the offence is one requiring mens rea or one imposing strict liability». Cfr. per un'approfondita trattazione: A. Pinto, M. Evans, *Corporate Criminal Liability*, cit., London, 2003, 46. C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 93 ss.

[42] Testualmente: «A corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation. That person may be under the direction of the shareholders in general meeting; that person may be the board of directors itself, or it may be, and in some companies it is so, that that person has an authority co-ordinate with the board of directors given to him under the articles of association, and is appointed by the general meeting of the company, and can only be removed by the general meeting of the company».

Le prime elaborazioni di questo principio, in ambito penale, sono contenute in tre celebri sentenze[43] del 1944, tutte relative a casi di frode, nelle quali la *mens rea* della *corporation* si desume dall'atteggiamento colpevole dei *manager directors*, i quali hanno il potere direttivo e di rappresentanza.

Nel caso *Dpp v. Kent and Sussex Contractors* [1944] KB 146, nelle motivazioni della condanna si afferma, esplicitamente, che: «Se un funzionario di una società, agendo nell'ambito delle sue competenze e poteri, esibisce un documento che sa essere falso e tramite il quale intende truffare, ritengo, in accordo con quanto autorevolmente affermato, che la sua conoscenza e la sua volontà debba essere imputata alla società»[44]. Ed ancora: «Riguardo la responsabilità della persona giuridica per illeciti civili e penali, un'analisi casistica mostra come si sia evoluto l'atteggiamento delle corti, in ragione del ruolo giocato dalle persone giuridiche nei tempi moderni. Una volta l'esistenza e/o più tardi l'estensione e le condizioni della responsabilità civile delle persone giuridiche erano dubbie, a causa della difficoltà teorica di imputare un atto illecito o un'omissione ad una persona fittizia. Diverse decisioni hanno chiarito questo profilo. Ugualmente la responsabilità penale della persona giuridica ha costituito un argomento controverso, in parte a causa delle difficoltà teoriche, in parte a causa di difficoltà procedurali»[45].

---

[43] Si veda il commento di C. Wells, *Corporations*, cit., 94 ss.

[44] Così: «If the responsible agent of a company, acting within the scope of his authority, puts forward on its behalf a document which he knows to be false and by which he intends to deceive, I apprehend that, according to the authorities that my Lord has cited, his knowledge and intention must be imputed to the company».

[45] Così il testo: «With regard to the liability of a body corporate for torts or crimes, a perusal of the cases shows, to my mind, that there has been a development in the attitude of the courts arising from the large part played in modern times by limited liability companies. At one time the existence, and later the extent and conditions of such a body's liability in tort was a matter of doubt, due partly to the theoretical difficulty of imputing wrongful acts or omissions to a fictitious person, and it required a long series of decisions to clear up the position. Similarly, the liability of a body corporate for crimes was at one time a matter of doubt, partly owing to the theoretical difficulty of imputing a criminal intention to a fictitious person and partly to technical difficulties of procedure. Procedure has received attention from the legislature, as for instance, in s. 33 of the Criminal Justice Act, 1925, and the theoretical difficulty of imputing criminal intention is no longer felt to the same extent».

Nel caso *R v ICR Haulage Ltd* [1944] KB 551 si ribadisce l'operatività del criterio dell'*identification test* anche rispetto ad un reato di *common law*: «Se l'atto criminale di una persona, il suo stato di mente, la volontà, la conoscenza sono da considerare della società di cui è impiegato, dipende dalla natura delle sue funzioni, dalla sua posizione di direttore o impiegato della società e da altri rilevanti fattori e circostanze [per cui …] le azioni di un manager costituiscono le azioni della società e la truffa di tale persona è la truffa della società, pertanto ammettiamo la condanna contro la persona giuridica»[46].

Il terzo caso *Moore v Bresler Ltd* [1944] 2All ER 515 il principio, che la *corporation* possa essere responsabile anche per reati caratterizzati da responsabilità colpevole, è ammessa e, in particolare, in questo caso i *managers*, pur perseguendo fraudolentemente un interesse privato, hanno agito nell'ambito dell'organizzazione, esercitando le funzioni e i poteri che gli spettavano nell'ambito dell'organigramma aziendale[47]. In questo caso, quindi, sebbene la *corporation* non aveva autorizzato o avallato il comportamento fraudolento, la responsabilità della persona giuridica deriva dalla rilevanza della funzione svolta dai due dirigenti condannati e dal fatto che questi avessero comunque agito nell'ambito delle loro attribuzioni, per cui la loro condotta era, di fatto, la condotta della persona giuridica.

Il principio viene, però, sviluppato compiutamente solo decenni dopo: il *leading case* è la decisione dalla *House of Lord* in *Tesco Supermarket Ltd v Nattrass* [1972] AC 153[48], in cui viene contestata ad una società che gestisce una catena di supermercati di aver esposto un cartello pubblicitario di sconti, vendendo tuttavia la merce

---

[46] Così il testo: «Whether the criminal act of an agent including his state of mind, intention, knowledge or belief is the act of the company employing him depends on the nature of the charge, the relative position of the officer or agent to the company and other relevant facts and circumstances … the acts of the managing director were the acts of the company and the fraud of that person was the fraud of the company, that we upheld the conviction against the company».

[47] Si vedano i diversi commenti di: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate*, cit., 60 ss.; C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 93 ss.; Id., *Corporation: Culture, Risk and Criminal Liability*, in *Crim. Law. Rev.*, 1993, 554 ss.; Id., *Corporate Manslaughter*, cit., 58.

[48] Per una approfondimento giurisprudenziale si veda R. Lottini, *La responsabilità penale*, cit., 50 ss.; 55ss.

a prezzo pieno. Tale condotta integra una *strict liability-negligence based offence*, prevista dal *Trade Descriptions Act* 1968, ovvero un illecito statutario, basato su responsabilità oggettiva, che prevede, nondimeno, la possibilità per l'imputato di avvalersi di una *defence*, la *due diligence*[49], ovvero di fornire la prova di aver tenuto un comportamento diligente.

La previsione della *due diligence defense* "contamina" l'imputazione oggettiva dell'illecito con una valutazione in termini normativi ed individualizzati della responsabilità, che cerca in qualche modo di ovviare il rigore della responsabilità oggettiva[50]. Se l'illecito fos-

---

[49] In particolare il par. 24 de; Trade Descriptions Act 1968, prevede che: «in any proceedings for an offence under this Act it shall …be a defence for the person charged to prove – a) that the commission of the offence was due to …the act or default of another person, … and b) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence». Sul punto C. Wells, *Corporate Manslaughter*, cit., 60.

[50] Così espressamente in *Tesco Supermarket v. Natrass:* «Over a century ago the courts invented the idea of an absolute offence. The accepted doctrines of the common law put them in a difficulty. There was a presumption that when Parliament makes the commission of certain acts an offence it intends that mens rea shall be a constituent of that offence whether or not there is any reference to the knowledge or state of mind of the accused. And it was and is held to be an invariable rule that where mens rea is a constituent of any offence the burden of proving mens rea is on the prosecution. Some day this House may have to re-examine that rule, but that is another matter. For the protection of purchasers or consumers Parliament in many cases made it an offence for a trader to do certain things. Normally those things were done on his behalf by his servants and cases arose where the doing of the forbidden thing was solely the fault of a servant, the master having done all he could to prevent it and being entirely ignorant of its having been done. The just course would have been to hold that, once the facts constituting the offence had been proved, mens rea would be presumed unless the accused proved that he was blameless. The courts could not, or thought they could not, take that course. But they could and did hold in many such cases on a construction of the statutory provision that Parliament must be deemed to have intended to depart from the general rule and to make the offence absolute in the sense that mens rea was not to be a constituent of the offence. This has led to great difficulties. If the offence is not held to be absolute the requirement that the prosecutor must prove mens rea makes it impossible to enforce the enactment in very many cases. If the offence is held to be absolute that leads to the conviction of persons who are entirely blameless: an injustice which brings the law into disrepute. So Parliament has found it necessary to devise a method of avoiding this difficulty. But instead of passing a general enactment that it shall always be a defence for the accused to prove that he was no party to the offence and had done all he could to prevent it, Parliament has chosen to deal with the problem piecemeal, and has in an increasing number of cases enacted in

se stato semplicemente di *vicarious liability* sarebbe stato imputato all'ente senza nessuna ulteriore verifica. In questo caso, invece, la presenza della *due diligence* richiede la prova, oltre che della violazione materiale del precetto, anche dell'assenza di uno stato mentale *reprehensible*, ovvero l'assenza di *negligence.* La *corporation* può, perciò, provare a sua difesa di aver assunto tutte le precauzioni ragionevoli, ovvero dare prova della *due diligence defense.*

La prova di questa eccezione difensiva implica una valutazione di un profilo personale della responsabilità (ovvero l'assenza di uno stato mentale, comunque, riprovevole), che impedisce conseguentemente il trasferimento di un *reprehensible state of mind*[51] attraverso un meccanismo di responsabilità vicaria. La persona giuridica deve, pertanto, semplicemente dimostrare che l'illecito è opera di un suo agente, persona diversa da sé, in modo da far valere il divieto di attribuire *vicariously* elementi soggettivi.

La *corporation* invocò la *due diligence defense* prevista dal par. 24 del *Trade Descriptions Act* 1968 sulla base del fatto che la violazione della disposizione statutaria si era verificata, nonostante avesse predisposto un sistema di misure preventive ragionevolmente idoneo ad evitare questo tipo di reati. La difesa evidenziava, inoltre, come la realizzazione dell'illecito fosse da imputare ad "*another person*", ovvero al *manager* locale che gestiva direttamente il negozio e alla commessa. Su questo presupposto, secondo la difesa, non sarebbe possibile applicare l'*identification test* per trasferire dal singolo agente all'ente la responsabilità penale, in quanto non vi era alcuna coincidenza fra il *manager* e la *corporation:* il *manager* del supermercato, infatti, non rientrava tra le figure di rilievo della *corporation* (la cui funzione è espressamente indicata al par. 20 del *Trade*

various forms with regard to particular offences that it shall be a defence to prove various exculpatory circumstances».

[51] Così Lord Diplok: «Due diligence is in law the converse of negligence and negligence connotes a reprehensible state of mind – a lack of care for the consequences of his physical acts on the part of the person doing them. To establish a defence under section 24 (1) (b) of the Act, a principal need only show that he personally acted without negligence. Accordingly, where the principal who relies on this defence is a corporation a question to be answered is: What natural person or persons are to be treated as being the corporation itself, and not merely its agents, for the purpose of taking precautions and exercising diligence?».

Descriptions Act 1968: «director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate»), non avendo neanche alcuna delega formale.

In prima istanza, i giudici, pur riconoscendo, in astratto, l'esistenza della *due diligence defense*, negarono che, nel caso concreto, la *corporation* se ne potesse avvalere, in quanto ritennero che l'errore non poteva essere imputato a persona diversa rispetto alla *Tesco Supermarket*. La *Divisional Court* confermò la condanna e rigettò l'appello, ma seguì un percorso argomentativo diverso: in base al *delegation principle* ritenne che la *corporation* dovesse rispondere vicariamente degli atti del delegato, ovvero del *manager* del supermercato, cui aveva trasferito la funzione di controllo. In base al *delegation principle* il datore di lavoro, persona fisica o giuridica è irrilevante, risponde degli atti del delegato, tramite una forma di *agency* o di *vicarious liability*.

Pur rigettando l'appello, poiché la questione di diritto era di interesse pubblico, la *Divisional Court* portò innanzi all'*House of Lords* la questione di diritto attinente alla responsabilità dell'ente[52].

L'*House of Lords* riconobbe per *Tesco Supermarket* l'esistenza della *defense* e ricostruì l'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità della *corporation*, negando che nel caso concreto si possa fare riferimento, come ha fatto la *Divisional Court*, al *delegation principle*, e affermando la correttezza, invece, dell'interpretazione basata sul principio dell'*alter ego* o *identification test.* Nel caso concreto il direttore della singola unità commerciale non poteva assumere il ruolo di *directing mind* della *corporation*, per cui la sua *negligence* non implica la *negligence* della *corporation*, che, invece, aveva pro-

[52] La questione di diritto è così posta innanzi all'*House of Lords:* «Certificate under section 1 (2) of the Administration of Justice Act 1960, that a point of law of general public importance was involved in the decision, namely, "whether a person charged with an offence under section 11 (2) of the Trade Descriptions Act 1968 in a retail shop owned by him would have a defence under section 24 (1) of the Act if: – (a) he instituted an efficient system to avoid the commission of offences under the Act by any person under his control; (b) he reasonably delegated to the manager of the shop the duty of operating the said system in that shop; (c) the manager failed to perform such duty efficiently; (d) the offence charged was committed by reason of such failure; (e) such failure by the said manager is the act or default of another person relied on under section 24 (1)"».

vato di aver adottato un sistema di sicurezza efficace contro queste forme di illecito (ovvero aveva provato la *due diligence defense*).

Lord Reid delinea il principio dell'*alter ego* e ne descrive il contenuto:

> Devo iniziare prendendo in considerazione la natura della personalità che, attraverso una finzione, la legge attribuisce ad una società. Una persona fisica ha una mente che può esprimere una volontà o una determinata conoscenza o essere negligente, ma ha anche delle mani per realizzare le sue intenzioni. Una società non ha nulla di tutto questo: deve agire attraverso le persone fisiche. Perciò la persona che agisce non parla, né agisce per la persona giuridica, ma egli agisce come se fosse la persona giuridica e la sua mente che dirige i suoi atti è la mente della persona giuridica. L'agente non agisce come rappresentate, dipendente, funzionario o delegato, egli è l'impersonificazione della società, o, si potrebbe dire, parla ed ascolta attraverso gli organi della società, nell'ambito della sua sfera di competenza, e la sua mente è la mente della società. Se è colpevole, allora la persona giuridica è colpevole. È una questione di diritto se, una volta accertati i fatti, una persona, nel fare particolari cose, deve essere considerata un mero dipendente della società. In questo caso la responsabilità della persona giuridica può essere ricostruita solo vicariamente[53].

[53] Il testo: «I must start by considering the nature of the personality which by a fiction the law attributes to a corporation. A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. There is no question of the company being vicariously liable. He is not acting as a servant, representative, agent or delegate. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company. It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company's servant or agent. In that case any liability of the company can only be a statutory or vicarious liability».

3.1. I cases law

Tesco case sancisce definitivamente l'affermazione dell'*identification test*, che diventa parte integrante della *Law of England*[54]; tuttavia la sua applicazione giurisprudenziale dimostra in modo lampante l'inadeguatezza di tali strumenti giuridici per imputare la responsabilità penale alla *corporation*.

I nodi problematici che la prassi giurisprudenziale ha dovuto affrontare nell'imputazione di stati mentali alle persone giuridiche, sono affiorati in particolare nell'ambito della sicurezza del luogo di lavoro, ove si è evidenziata, tra l'altro, la difficoltà di costruire la fattispecie di omicidio colposo come strettamente connessa, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, alle manchevolezze del sistema organizzativo della *corporation*.

Il *corporate manslaughter* non ha, infatti, trovato un'adeguata affermazione nella prassi applicativa, che, pur prendendo atto dell'inadeguatezza degli strumenti giuridici dell'*identification test*, non ha elaborato alcuna soluzione per inquadrare la responsabilità degli enti alla luce di tale ipotesi criminosa, ma ha adottato un criterio di imputazione dell'omicidio alla *corporation* costruito attraverso l'accertamento della responsabilità personale di un soggetto, che sia in grado di manifestare la "*directing mind*" della *corporation* e si identifica, quindi, con essa.

Il profilo operativo dell'*identification test* rivela aspetti critici, che fanno emergere come tale criterio sia inappropriato, oltre ad essere causa di disfunzioni applicative e di lacune di tutela sconcertanti. Le ragioni di tali insufficienze, sebbene diverse, sono riconducibili ad un'erronea impostazione della responsabilità delle persone giuridiche: l'ostinata affezione per modelli culturali, prima che giuridici, di stampo individualista.

L'operatività del criterio dell'*identification test* è legato, infatti, all'individuazione e alla definizione dei soggetti che possono effettivamente costituire il "cervello" della *corporation*[55], ma spesso,

---

[54] Si veda, inoltre, *P & O European Ferries (Dover) Ltd* [1991] 93 Cr App R 72 (Central Criminal Court).

[55] Sul punto cfr.: *Tesco Store Ltd v Brent London Borough Council*, [1993] 2 All ER 718, nel *leading case*, già precedentemente analizzato, emerge la possibilità

come evidenziato dalla dottrina[56], nell'ambito delle organizzazione complesse, si tende ad opacizzare la linea di responsabilità all'interno delle singole unità produttive, al fine di eludere qualsiasi forma di responsabilità sia individuale, che collettiva. Di questa difficoltà si avvede anche Lord Reid nel caso *Tesco Supermarket* che cerca di offrire una soluzione, citando il caso *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd*. [1957] 1 Q.B. 159:

> Una persona giuridica può essere paragonata in diversi modi ad una persona fisica: ha, infatti, un cervello ed un sistema nervoso centrale che controlla le sue azioni; ha anche mani che maneggiano strumenti e si muovono coerentemente con le indicazioni del centro. Alcune persone della società sono semplici dipendenti o funzionari, che rappresentano solo le mani che realizzano il lavoro e non possono essere considerate come la mente o la volontà della società. Altri sono direttori e manager che rappresentano la *directing mind and will* della società e controllano ciò che si fa. Gli stati mentali di questi soggetti costituiscono gli stati mentali della società e sono in tal modo considerati dalla legge.[57]

Sulla base di questa generica distinzione Lord Reid esclude che nel "centro nervoso" della *corporation* possano includersi sempli-

---

della società di far leva su una *defence*, per evitare la *vicarious liability* per un'*offence* realizzata dal dipendente. La *defence* si basa sullo stato di ignoranza o di errore, che è abbastanza frequente nell'ambito delle grandi catene di distribuzione, in quanto la singola violazione della legge a tutela del consumatore o sul commercio, non può verosimilmente essere nota ai *senior manager* della *corporation* che pertanto andranno sempre assolti. Gli *statutory law* – come già evidenziato – si basano su responsabilità oggettiva, ma spesso prevedono delle *defence* che permettono di individualizzare il rimprovero, per cui si presentano come *hybrid offence.*

[56] J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, *Crime and Accountability*, cit., 39 s. e in particolare 47, sul Tesco case. Si veda, inoltre, S. Field, N. Jörg, *Manslaughter*, cit., 159; C. Wells, *Manslaughter*, cit., 136.

[57] «A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such».

cemente le figure delineate dal par. 20 del *Trade Descriptions Act*, in quanto, in base ad un visione dinamica della *corporation*, ritiene che il centro decisionale, che dà azione e voce alla persona giuridica, possa delegare alcune funzioni a settori differenti della *corporation*, attribuendo loro anche un potere discrezionale. Ma la delega di funzioni e di poteri allarga il centro cerebrale della persona giuridica, sicché gli atti compiuti dal delegato sono atti propri della persona giuridica[58], ma proprio tale fluidità nel diagramma organizzativo delle responsabilità nell'ambito delle *corporation* rende ardua l'allocazione della responsabilità a loro interno[59].

Nonostante una lunga ed ingiustificata latitanza del legislatore in tema di *corporate crimes*, l'elaborazione giurisprudenziale non ha formulato nuovi criteri in grado di spiegare e valorizzare il ruolo e la responsabilità d'impresa. Tuttavia, è stata proprio la prassi ad illuminare possibili percorsi alternativi all'*identification test*, utilizzando, in particolare, valutazioni inerenti al sistema organizzativo e non alla singola persona[60].

Fra i casi emblematici dell'incapacità del sistema giuridico di rispondere alle esigenze di tutela della collettività vi è l'affondamento della nave *Herald* della *Free Enterprise* a largo delle costi inglesi. Il

---

[58] Lord Reid: «Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate full discretion to act independently of instructions from them. I see no difficulty in holding that they have thereby put such a delegate in their place so that within the scope of the delegation he can act as the company».

[59] Si veda sul punto anche: *Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport* [1993] 3 All ER 25, [1993] 1 WLR 1025, [1994] 1 Lloyd's Rep 75, ove si ripresenta la difficoltà di individuare un soggetto responsabile all'interno dell'azienda, difficoltà, che ovviamente, compromette l'operatività dell'*identification test:* «Since the justices had not investigated how the company was managed and who might have been at fault, it followed that the charge against the company had not been made out». Si veda, inoltre, *R v. British Steel Plc*, [1995] IRLR 310, [1995] 1 WLR 1356, [1995] ICR 586. Sul punto: J. Gobert, G. Punch, *Rethinking*, cit., 62 ss.

[60] Sul punto si veda: A. Hainsworth, *The Case for Establishing*, cit., 421

disastro di Zeebrugge è stato oggetto di *Coroner's inquest*, *judicial inquiry* e diversi gradi di giudizio[61].

La commissione d'inchiesta, immediatamente insediata, delinea una dettagliata e inquietante ricostruzione dell'accaduto. L'indagine, che non è finalizzata all'accertamento della responsabilità penale, ma semplicemente alla descrizione oggettiva dei fatti, accertò che la causa principale e immediata del disastro era dovuta alla mancata chiusura delle porte dell'imbarcazione prima che la nave avesse salpato. L'assistente di bordo, addetto alla chiusura delle porte, non si accorse del segnale cui doveva seguire l'ovvia e doverosa operazione della chiusura della porta della nave, in quanto si era addormentato. Dopo alcune manovre, l'imbarcazione, colma d'acqua, affondò causando la morte di oltre 150 passeggeri e di 38 membri dell'equipaggio.

Nel corso dell'indagine furono individuate numerose violazioni dei doveri che, secondo una ripartizione di compiti distribuiti fra i membri dell'equipaggio, avevano avuto come conseguenza la mancata chiusura delle porte e il mancato controllo su un'operazione apparentemente scontata.

Nella descrizione dell'incidente affiorano critiche severe non solo ai membri dell'equipaggio, ma anche alla società proprietaria, che gestiva la nave, la *Townsend Car Ferries Limited*. Le parole di Sheen J, presidente della commissione d'inchiesta, esprimono in modo chiaro le motivazioni di un aspro giudizio critico:

---

[61] Sulle diverse inchieste e diversi gradi di indagine si veda la ricostruzione storica di: C. Wells *Corporations and Criminal*, cit., 54 ss.; Id., *Inquests, Inquiries and Indictments: The Official Reception of Death by Disaster*, in *Legal Studies*, 1991, 71; Id., *Corporate manslaughter*, cit., 62 s.; Id., *Manslaughter and Corporate Crime*, in *New Law Journal*, 1989, 931. Per un'analisi critica, si veda inoltre: J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 19, 31, 228 s. i quali sostengono che il fallimento della *coronial inquest* e del procedimento penale per *manslaughter* è dovuto al fatto che gli strumenti giuridici non sono adeguati ad individuare la responsabilità della *corporation* per un crimine, in quanto sono nati e strutturati per una finalità diversa. Gli Autori, invece, propendo per un regime di giustizia privata, attuato mediante un procedimento di *self-investigation*. L'*Accountability Model*, come ideato dagli autori, costituisce una parte di una più ampia strategia di *monitored self-regulation*.

"A prima vista le colpe che hanno portato a questo disastro furono le suindicate condotte erronee di tipo omissivo imputabili al Master, al capo e al nostromo, ma anche all'incapacità del capitano Kirby di emanare e far osservare ordini chiari. Tuttavia una completa indagine sulle circostanze del disastro giunge inesorabilmente alla conclusione che le colpe emergenti o principali sono da collocare più in alto nell'organigramma societario. La dirigenza, infatti, non ha mostrato alcuna consapevolezza della sua responsabilità nell'ambito della gestione della sicurezza della nave. Non ha mai posto attenzione a quali ordini impartire per la sicurezza delle loro navi. I dirigenti non avevano alcuna conoscenza adeguata di quali fossero i propri doveri. Sembra che vi sia stata una mancanza di riflessione su come dovesse essere organizzata la nave Herald per la corsa Dover/Zeebrugge. Tutti coloro coinvolti nella gestione dell'attività, dai membri dell'ufficio di direzione fino al più giovane sovraintendente, furono responsabili in ciò che deve essere considerato come una responsabilità condivisa per i fallimenti del *management*. Dalla testa ai piedi la struttura societaria era affetta da una malattia di cialtroneria. Ciò si appalesa in modo emblematico dalla prova di Mr AP Young, il quale era il direttore operativo e Mr WJ Ayers, che era il direttore tecnico. Come diventerà evidente nel proseguo di questa relazione, la commissione è stata particolarmente colpita dalle dichiarazioni di questi due signori. L'imprecisione nel fornire dettagliate e chiare direttive è una causa di questo disastro. Questo è un grave indizio che deve essere spiegato in modo particolareggiato"[62].

[62] Così il testo: «At first sight the faults which led to this disaster were the aforesaid errors of omission on the part of the Master, the Chief Officer and the assistant bosun, and also the failure by Captain Kirby to issue and enforce clear orders. But a full investigation into the circumstances of the disaster leads inexorably to the conclusion that the underlying or cardinal faults lay higher up in the company. The Board of Directors did not appreciate their responsibility for the safe management of their ships. They did not apply their minds to the question: What orders should be given for the safety of our ships? The Directors did not have any proper comprehension of what their duties were. There appears to have been a lack of thought about the way in which the HERALD ought to have been organized for the Dover/Zeebrugge run. All concerned in management, from the members of the Board of Directors down to the junior superintendents, were guilty of fault in that all must be regarded as sharing responsibility for the failure of management. From top to bottom the body corporate was infected with the disease of sloppiness. This became particularly apparent from the evidence of Mr AP Young, who was the Operations Director and Mr WJ Ayers, who was Technical Director. As will become

Il rapporto evidenzia l'assenza di un sistema o di una procedura di sicurezza in grado di garantire che la nave salpasse con le porte chiuse, mediante comunicazione con il ponte. Nonostante già in passato la nave fosse salpata quattro o cinque volte con gli sportelli aperti, nessuna denuncia, né registrazione formale era stata fatta dalla *company.* L'inchiesta sottolineava, inoltre, l'assoluta mancanza di un sistema adeguato a garantire il più alto *standard* di sicurezza.

In ambito processuale, invece, la questione dirimente per l'affermazione della *corporate fault* era costituita dall'accertamento della responsabilità per *involuntary manslaughter* dei vertici della società, in base alle condizioni stabilite dall'*identification test*.

L'accertamento delle pratiche invalse nella gestione dell'attività sembravano preludere, infatti, ad un giudizio complessivo di responsabilità: durante le indagini, emerse che la sera del disastro nessuno, in concreto, aveva vigilato da terra le manovre dell'imbarcazione, né la prassi dell'azienda prevedeva un tale tipo di controllo per evitare questa (grave) omissione (ad es. sia la notifica a terra della chiusura delle porte, sia il controllo della chiusura delle porte da terra avrebbero potuto evitare il disastro) e non ebbe alcun rilievo esimente che gli "addetti al lavoro", ovvero gli esperti del settore interpellati come *expert witness*, ritenessero superflua una rigida procedura di controllo, in quanto tale prassi fu ritenuta talmente sciatta ed imprudente da non poter assurgere a *standard* comportamentale. La *negligence* dimostrata nella gestione della delicata fase di sbarco, ancorché riferita ad un evento scarsamente probabile, fu anche considerata particolarmente seria in ragione della gravità delle conseguenze, che nel caso dell'incidente dell'*Herald Free Enterprise* erano prevedibilmente gravissimi.

Tuttavia, nonostante le caratteristiche del caso concreto fossero sintomatiche di una grave negligenza nell'organizzazione e nella gestione del rischio, non fu possibile fondare l'imputazione individuale dell'omicidio involontario. Il requisito soggettivo minimo dell'omi-

---

apparent from later passages in this report, the court was singularly unimpressed by both these gentlemen. The failure on the part of the shore management to give proper and clear directions was a contributory cause of the disaster. This is a serious finding which must be explained in some detail».

cidio involontario era – durante la fase processuale[63] – la *recklessness*, il cui procedimento probatorio era scandito dal *Cadwell-test*. Il test prevede che la valutazione della colpevolezza sia sviluppata attraverso alcuni passaggi: la condotta deve aver creato un rischio serio ed ovvio dell'evento morte; tale valutazione deve essere effettuata secondo il parametro della persona prudente, integrata dalle eventuali conoscenze fattuali dell'agente concreto[64].

Secondo questo schema probatorio, non fu possibile accertare alcuna forma di colpevolezza nei riguardi di alcun *senior manager*, in quanto il rischio di salpare a porte aperte non fu ritenuto serio, né ovvio, sulla base di una valutazione prettamente frequentista[65].

Il giudizio di prevedibilità avente ad oggetto la possibilità di salpare a porte aperte è, secondo il *Cadwell test*[66], una valutazione di tipo oggettivo, che nel caso concreto fu condizionato dalle testimonianze raccolte dagli addetti del settore[67], secondo i quali tale evenienza costituiva un pericolo talmente tanto remoto che non poteva essere oggetto di valutazione concreta alcuna.

---

[63] In seguito con il caso Adomako fu reintrodotta la responsabilità per *gross negligence* per l'omicidio involontario.

[64] La struttura argomentativa che ha condotta alla decisione di assolvere la *corporation* era basata su due quesiti, come sintetizzati da Lord Turner J nelle motivazioni: è stato creato un ovvio e serio rischio? Ha l'agente inavvertitamente agito, senza riflettere sulla gravità del rischio. Sulla base di 138 testimonianze il giudice concluse che non vi è prova che un operatore avveduto e prudente avrebbe o dovrebbe ritenere o prevedere che il sistema lavorativo creasse un grave e serio rischio di salpare a porte aperte. Sul punto: C. Wells, *Corporation: Culture*, cit., 555, la quale critica il test della *recklessness* basato esclusivamente su una probabilità frequentista, e propone di integrare tale valutazione con una più ampia riflessione sulla gravità del rischio implicito nell'attività svolta, per cui se il rischio è qualitativamente serio, la probabilità necessaria per affermare una responsabilità per *recklessness* può essere anche bassa.

[65] C. Wells, *Corporate Manslaughter*, cit., 63; Id., *Corporations: Culture*, cit., 555 s.

[66] Sul test della *recklessness*, si veda: F. Curi, Tertium datur. *Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartite dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

[67] Una caratteristica che accomuna tutti gli *expert witness* ascoltati durante il processo è il fatto che erano e erano stati tutti dipendenti della compagnia di navigazione. Questo sicuramente ha rappresentato un elemento che ha inquinato la corretta applicazione del *recklessness-test*, effettuato su base meramente oggettiva.

A supporto di tale conclusione vi è l'argomento che, nel corso degli anni, oltre sessantamila viaggi erano stati realizzati dalla compagnia senza che si fosse verificato un tale evento (in realtà, pur essendosi verificati errori del genere, non furono mai ufficialmente riportati in quanto fortunatamente non causarono vittime).

La violazione oggettiva di regole di condotta e le numerosi e gravi manchevolezze del sistema di sicurezza, sebbene fossero innegabilmente sintomatici della *negligence* nella gestione dell'attività di trasporto, non furono, pertanto, sufficienti a fondare un giudizio di colpevolezza per *manslaughter* dei *senior manager*, in quanto – secondo il test della *recklessness* – nessun individuo prudente avrebbe percepito il rischio di un tale evento, non avendo mai avuto conoscenza di una simile evenienza.

L'impossibilità di ricostruire la responsabilità individuale dei vertici dell'impresa ha vanificato conseguentemente qualsiasi ipotesi di responsabilità dell'ente, in quanto questa è vincolata (o nullificata) alla colpevolezza di coloro che "impersonificano" la *corporation*, che, quindi, agisce per loro tramite. La soluzione giuridica costruita sull'*identification test* pare obbligata, anche se presenta, comunque, alcuni aspetti paradossali.

Nella ricostruzione della vicenda, tuttavia, i giudici non mancano di evidenziare come non sia possibile imputare il disastro semplicemente alla singola violazione della regola statutaria, sia da un punto di vista causale, che normativo. I giudici distinguono, infatti, fra violazione occasionale della regola di diligenza prevista dallo statuto o dal *common law* e la grave mancanza di un sistema di sicurezza complessivamente adeguato a fronteggiare rischi la cui entità può assumere la dimensione della catastrofe.

Questo aspetto assume un rilievo fondamentale per l'accertamento della causalità nell'ambito di un rapporto sovracomplesso, in cui si intersecano diverse condotte in una rete di interrelazioni umane. Sotto questo profilo, la necessità di accertare nell'ambito di un giudizio di responsabilità individuale, la singola condotta rappresenta un indubbio aspetto problematico, che porta a conseguenze alle volte assurde o quantomeno inique. Imputare a singole condotte, pur gravemente negligenti, macro-eventi o eventi disastrosi, la cui entità non è assolutamente correlata al disvalore obiettivo della

condotta, trasforma l'accertamento della responsabilità penale in un processo di ricerca di un capro espiatorio.

Le persone giuridiche, intenzionalmente, provvedono a decentralizzare le scelte rischiose, in modo da allocare eventuali responsabilità verso il basso, ovvero tendono a formare un diagramma organizzativo ove le funzione e i poteri inerenti alle scelte ad alto "rischio penale" vengono volutamente obnubilate, in modo da rendere vana la ricerca di un autore individuale.

Così nel caso del disastro di Zeebrugge, il comportamento obiettivamente negligente del membro dell'equipaggio, che, addormentatosi durante una delicata manovra, innesca una relazione causale che produce un evento disastroso, pur nella sua gravità, non riesce a spiegare l'imputazione di un evento, il cui enorme disvalore annulla qualsiasi relazione di tipo valoriale fra azione ed evento e, pertanto, conduce ad una valutazione di responsabilità penale sproporzionata.

Se, poi, la condotta del singolo membro dell'equipaggio viene collocata nel contesto specifico di azione, è possibile riscontrare elementi che sviliscono ulteriormente la gravità del singolo comportamento rispetto all'evento concreto: nell'ambito dell'indagine, ad esempio, fu accertato che i membri dell'equipaggio erano sottoposti a turni estenuanti di lavoro, per cui il pericolo che i dipendenti della società, esausti, potessero gestire in modo inappropriato l'attività di trasporto era, comunque, sempre riconducibile ad una politica d'impresa esclusivamente orientata al profitto e insensibile ad una cultura della sicurezza e ad un'etica della responsabilità.

La complessità della rete causale induce a ritenere che nell'ambito della attività svolte dalle organizzazioni sovraindividuali sia opportuno prescindere dalla verifica, quasi mai soddisfacente, di singoli frammenti causali, legati alle condotte individuali, e ad assumere il sistema organizzativo come modello di attribuzione della responsabilità penale, senza rinunciare ad una spiegazione comunque soddisfacente del rapporto causa-effetto[68].

---

[68] Come ben evidenziato da C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 303ss., l'agente modello individuale risulterebbe ipodotato rispetto alle possibilità di controllo e gestione del rischio nell'ambito delle organizzazioni complesse.

Questa soluzione permetterebbe di superare evidenti aporie del sistema giuridico, che, da un lato, condanna la *corporation*, rea di aver violato le clausole precauzionali che impongono l'adozione di un sistema lavorativo sicuro, dall'altro, ne esclude la responsabilità per l'evidente difficoltà di riconoscere una forma di colpevolezza a livello individuale.

Paradigmatica dell'anomalia della responsabilità penale dell'ente, spiegata attraverso l'*identification test*, è il caso di *Southall*, ove persero la vita sette persone, a causa di un errore umano imputabile all'autista e a causa di errori sistematici, dovuti all'adozione di strumenti di sicurezza e di sistemi di allarme, palesemente inadeguati[69]. Nonostante la compagnia di trasporto fosse consapevole della carenza della strumentazione minima di sicurezza, decise di non interrompere il traffico ferroviario:

> Il HST aveva un autista di considerevole esperienza, ma non vi era una seconda persona al seguito. Il veicolo era dotato di due strumenti di sicurezza automatici. Ognuno era finalizzato a prevenire il superamento di un segnale di pericolo. Un sistema era il segnale di avvertimento automatico, già in uso in Gran Bretagna sin dagli anni '50. Esso fu deliberatamente spento. L'altro sistema era la protezione automatica del treno che l'imputato stava guidando per Railtrack ed era l'unico operatore del Regno unito ad usarlo. Anche questo era stato spento. Il guidatore sapeva che entrambi i sistemi di protezione non erano operativi. Lo spostamento del treno fu correttamente segnalato, per esempio, i segnali sulla linea princi-

[69] I tentativi di superare tale limiti tecnico-giuridici ha spinto la pubblica accusa, nel caso dell'incidente ferroviario di Southall, a formulare imputazioni prescindendo dall'identificazione della persona che esprime la *directing mind* in J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 33. La pubblica accusa in questo caso fondava il giudizio di colpevolezza della persona giuridica sull'aver adottato una prassi particolarmente sciatta e negligente (in violazione della *Safety and Health regulation*, come la stessa compagnia ha ammesso) in ambito di sicurezza dei trasporti, tuttavia la corte d'Appello non era evidentemente pronta ad accettare una nuova teorizzazione della colpa d'organizzazione, sostituendo il vecchio criterio dell'"*identification test*" ovvero dell'individuazione della persona fisica come "*directing mind*". In particolare la decisione all'origine dell'incidente era stata presa dal *management* medio e non dalla direzione, pertanto non risultava sufficiente per fondare una responsabilità dell'impresa, mancando tale anello del *management* di quel potere decisionale che può esprimere la volontà della persona giuridica.

> pale che interessava HST, prima dell'intersezione, lampeggiò inizialmente al verde, poi a doppio giallo, poi giallo e infine al rosso. Il guidatore del HST si ricordava di aver attraverso il segnale verde, ma al successivo passaggio il segnale era rosso. Frenò in maniera energica, ma fu troppo tardi, poiché stava viaggiando ad una media di 116 mph a soli 3600 metri immediatamente prima dell'incidente[70].

La violazione della generale clausola di diligenza prevista dalla *HSWA* 1974 viene imputata alla *corporation*, che tra l'altro si dichiara colpevole. La pubblica accusa decide, quindi, di agire contro l'autista e la *corporation*, *Great Western Trasportation* per *manslaughter*, escludendo, invece, dall'imputazione i *senior managers*.

Questa strategia si pone, evidentemente, in contrasto con i criteri dell'*indentification test*, ma è deliberatamente adottata dall'accusa, che intende superare gli augusti confini applicativi dell'*identification test* e di ampliare l'operatività della responsabilità della persona giuridica attraverso l'adozione di un nuovo modello di imputazione penale, come aveva già lumeggiato la prassi giurisprudenziale nel caso *Meridian* (cfr. *infra*).

Come evidenziato dall'accusa, in seguito all'*overruling* del caso *Adomako*[71], l'*involuntary manslaughter* si fonderebbe, in questo ca-

---

[70] Così il testo: «The HST had a driver of considerable experience but no second competent person with him. The power car was fitted with two safety devices independent of the driver. Each was designed to prevent a signal being passed at danger. One system was the Automatic Warning System (AWS) which had been in common use in the United Kingdom since the 1950s. It had been deliberately switched off. The other system was Automatic Train Protection (ATP) which the defendant was piloting for Railtrack and was the only United Kingdom operator using it. It had been switched off. The driver knew that neither AWS nor ATP were operating. The movement of the train was correctly signalled ie the signals on the up main line affecting the HST prior to the junction were set successively at green, double yellow, single yellow and red. The HST driver remembered passing through the green signal but next recalled seeing the red signal. He braked as hard as he could, but, as he was travelling at an average of 116 mph over the 3,600 metres immediately preceding the accident, it was too late».

[71] La disciplina dell'omicidio involontario era stato riformato dalla decisione *Adomako*, che aveva determinato una *overruling* della *manslaughter*, allargando la responsabilità per omicidio volontario anche ai casi di *gross negligence.* Si veda *Adomako* [1991]: «The ordinary principles of the law of negligence apply to ascertain whether or not the defendant has been in breach of a duty of care towards the victim who has died. If such breach of duty is established, the next question is wheth-

so, sulla sola prova della *gross negligence*, e non della *recklessness*, sulla cui base, invece, fu deciso il caso dell'*Herald Free Enterprise.* Coerentemente all'evoluzione giurisprudenziale in tema di *involuntary manslaughter*, la pubblica accusa, partendo dal presupposto che l'*Adomako test*, ovvero la *negligence* è una valutazione oggettiva, che non richiede la prova di elementi psicologici, argomentò che era possibile agire direttamente contro la *corporation*, senza che vi fosse necessità di provare la responsabilità individuale di un *senior manager*, come richiesto dall'*identification test.*

I giudici mantennero un contegno prudente e di fronte alla costruzione accusatoria[72], che prospettava la possibilità di imputare direttamente all'ente l'evento morte sulla base di criteri oggettivi propri della *negligence*, riaffermarono il criterio dell'*identification test.*

La Corte d'Appello evidenziò, tuttavia, la necessità di ripensare la responsabilità penale per omicidio della *corporation*:

> Grandi società dovrebbero essere suscettibili di incriminazione per omicidio colposo come le società unipersonali. Dove gli elementi di una *common law offence* sono identici a quelli delle *statutory offence*, non vi è alcuna giustificazione per tracciare una distinzione in termini di responsabilità fra i due reati e l'interesse pubblico che richiede una più diffusa operatività della condanna per omicidio colposo nei confronti delle persone giuridiche. Si ritiene (l'accusa ritiene n.d.t.) che gli elementi dell'omicidio per colpa grave siano gli stessi riguardo sia una persona giuridica che una persona fisica e consistono sostanzialmente in una violazione, gravemente negligente, del dovere di prevenire l'evento morte. Per-

er that breach of duty caused the death of the victim. If so, the jury must go on to consider whether that breach of duty should be characterised as gross negligence and therefore as a crime. This will depend on the seriousness of the breach of duty committed by the defendant in all the circumstances in which the defendant was placed when it occurred. The jury will have to consider whether the extent to which the defendant's conduct departed from the proper standard of care incumbent upon him, involving as it must have done a risk of death to the patient, was such that it should be judged criminal».

[72] *Attorney General's Reference* No 2 of 1999, CA, Criminal Division, 2000: «Manslaughter by gross negligence can be proved in the absence of evidence as to the state of the defendant's mind, although there may be cases where the defendant's state of mind is relevant to the jury's consideration when assessing the grossness and criminality of his conduct».

tanto, non è necessario né appropriato indagare se vi sia la responsabilità di un dipendente della società per l'omicidio colposo, che può essere propriamente considerato come colui che agisce impersonificando la società. La colpa in diritto penale segue il concetto civilistico di colpa come applicato alle società: l'unica differenza è che, per il diritto penale, la negligenza deve essere grave. Delle tre teorie della responsabilità delle persone giuridiche, precisamente la responsabilità vicaria, l'*identification* e la responsabilità personale, è la responsabilità personale a dover essere applicata. Nel presente caso, dovrebbe essere consentito alla giuria di condannare, se è persuasa che le morti si sono verificate a causa di una grave violazione dell'imputato del suo dovere personale di provvedere ad un sistema operativo di sicurezza. Mentre la teoria dell'*identification*, che trasferisce (o meglio identifica) alla società gli stati mentali dei manager e dei dirigenti superiori, è stata elaborata al fine di evitare ingiustizie: infatti costituirebbe una distorsione del sistema di imputazione giuridica se qualsiasi stato mentale di ogni singolo dipendente fosse attribuito alla persona giuridica, che, in realtà, è completamente privo di responsabilità[73].

[73] Così testualmente in *Attorney General's Reference* no. 2 of 1999: «Large companies should be as susceptible to prosecution for manslaughter as one-man companies. Where the ingredients of a common law offence are identical to those of a statutory offence, there is no justification for drawing a distinction as to liability between the two and the public interest requires the more emphatic denunciation of a company inherent in a conviction for manslaughter. He submitted that the ingredients of the offence of gross negligence manslaughter are the same in relation to a body corporate as to a human being, namely grossly negligent breach of a duty to a deceased causative of his death. It is, he submitted, unnecessary and inappropriate to enquire whether there is an employee in the company who is guilty of the offence of manslaughter who can be properly be said to have been acting as the embodiment of the company. The criminal law of negligence follows the civil law of negligence as applied to corporations: the only difference is that, to be criminal, the negligence must be gross. Of the three theories of corporate criminal liability, namely vicarious liability, identification and personal liability, it is personal liability which should here apply. In the present case, it would have been open to the jury to convict if they were satisfied that the deaths occurred by reason of a gross breach by the defendant of its personal duty to have a safe system of train operation in place. The identification theory, attributing to the company the mind and will of senior directors and managers, was developed in order to avoid injustice: it would bring the law into disrepute if every act and state of mind of an individual employee was attributed to a company which was entirely blameless».

Sebbene la decisione si concluda con l'assoluzione della GWT, è interessante notare come la responsabilità penale delle persone giuridiche, elaborata alla luce dell'*identification test*, non sia mai stata percepita come una soluzione appagante, bensì sia stata sempre stata oggetto di obiezioni critiche nell'ambito della prassi applicativa, ove maggiormente e tragicamente affiorano esigenze di difesa sociale, solo apparentemente configgenti con le esigenze di coerenza sistemica o teorica del diritto penale.

Come emerge dalla motivazione dell'assoluzione, il principio di colpevolezza e un implicito rispetto del principio di legalità sembrano frenare i giudici nell'elaborazione di un nuovo criterio di imputazione della responsabilità penale alle persone giuridiche, che in realtà poteva fondarsi sulla base di un concetto di *corporate negligence*, non certo ignoto alla prassi giurisprudenziale (sul punto si veda *infra*).

La *judge made law* offre ulteriori spunti di riflessione, per la costruzione di nuovi modelli di disciplina, che è importante valutare, per confrontare la distanza fra le esigenze di tutela che emergono a livello applicativo e le risposte che il legislatore britannico è riuscito a fornire.

Interessante a tal proposito, il caso *Meridian* [1995][74], in cui viene lumeggiato un quadro alternativo della responsabilità della persona giuridica, individuando nelle regole che disciplinano in concreto la *corporation* e la sua attività delle "*rules of attribution*", ovvero i criteri di imputazione alla persona giuridica degli atti e delle decisioni dei singoli[75], a prescindere dai principi generali di *vicarious liability*, *agency* e *identification test*.

---

[74] C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 101 s.; C. Wells, D. Morgan, O. Quick, *Disasters a Challenge for the Law*, *in Wash. Law. J.*, *2000*, 514. Sul punto si veda, inoltre, G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 76.

[75] Il caso *Meridian* 3 All ER 918 offre un criterio complementare all'*identification test*, costruendo la responsabilità della *corporation* alla luce delle regole di attribuzione, specifiche dell'atto compiuto. In sintesi la motivazione ha lo scopo di affermare un principio in base al quale «(1) that a company's rights and obligations were determined by rules whereby the acts of natural persons were attributed to the company normally to be determined by reference to the primary rules of attribution generally contained in the company's constitution and implied by company law and or general rules of agency; but that, in an exceptional case, where application of those principles would defeat the intended application of a particular provision

Nel caso concreto, nell'ambito di una speculazione finanziaria, volta all'acquisizione di una posizione dominante in alcune società, la Meridian omette di fornire le informazione obbligatorie rivolte agli organi di controllo. Il problema si pone rispetto agli atti di acquisizione azionaria, compiuti da due *middle managers*, Koo e Ng, che avevano agito all'insaputa del consiglio direttivo e per vantaggio personale. Applicando il criterio dell'*identification test*, la *corporation* non dovrebbe rispondere di alcuna infrazione, ma l'argomentazione del *Privy Council* si snoda attraverso un percorso alternativo, che permette l'attribuzione di responsabilità anche alla *company*:

> Non fu, pertanto, necessario in questo caso interrogarsi se Koo potesse essere considerato in senso generale la "directing mind and will" della società. Tuttavia, al fine di evitare equivoci interpretativi, è opportuno specificare che, quando un dipendente di una società ha l'autorità di agire nel suo interesse, la rappresentazione della condotta sarà a qualsiasi fine imputata alla compagnia stessa. Ciò costituisce un elemento che deve essere ricostruito in concreto riguardo al fatto se la specifica regola richieda uno stato mentale che possa essere "trasferito" alla società. […] Ugualmente, in un caso in cui una società aveva un obbligo di stornare dei fondi per motivi reddituali e la sua fraudolenta violazione era penalmente sanzionata, la Divisional Court ha ritenuto possibile attribuire la condotta intenzionale del dipendente, autorizzato a violare l'obbligo penale, direttamente alla società. Diversamente invece, se un dipendente di una società autorizzato alla guida di un camion, investa per negligenza o avventatezza un pedone, in tal caso, pare ovvio che la società non ne risponda. Ciascun caso è un esempio di una regola di imputazione che per specifici fini deve essere ritagliata sul significato e sulla *ratio* del precetto penale[76].

---

to companies, it was necessary to devise a special rule of attribution to determine whose act or knowledge or state of mind was for the purpose of that provision to be attributed to the company; that, although the description of such a person as the "directing mind and will" of a company did not have to be apposite in every case, knowledge of an act of a company's duly authorised servant or agent, or the state of mind with which it was done, would be attributed to the company only where a true construction of the relevant substantive provision so required».

[76] Testualmente: «It was therefore not necessary in this case to inquire into whether Koo could have been described in some more general sense as the "direct-

La motivazione, quindi, attribuisce rilievo primario non solo alle regole che in concreto definiscono l'attività della *corporation*, ma anche allo statuto e agli atti interni che assegnano potere di rappresentanza ai singoli e alla specificità del singolo precetto penale. Nel verificare la attribuibilità degli atti dei singoli all'ente, il *Privy Council* non si arresta all'asfittica costruzione dell'*identification test*, che renderebbe in tali casi sempre irresponsabile la persona giuridica, ma costruisce la motivazione sui criteri di attribuzione che, esplicitamente o implicitamente, possono essere enucleati dall'analisi del dato normativo: pertanto, se l'acquisizione azionaria ha direttamente effetto per la *corporation*, che, quindi, ne trae vantaggio, anche se il *chief board* non ne è a conoscenza, anche i doveri, inerenti all'acquisizione di una posizione dominante, devono essere immediatamente adempiuti, nel momento in cui chi compie l'acquisizione è a conoscenza di aver superato la quota consentita dal mercato. La violazione (anche inconsapevole) di questo obbligo è direttamente imputabile alla *company*, a prescindere dal fatto che l'autore individuale sia collocato in una posizione apicale, come invece richiede il principio dell'*identification test*[77], che, nelle motivazioni della sentenza, viene definito un "antropoformismo" applicabile solo ad alcuni casi, e che, in quanto tale, non può costituire un criterio generale di imputazione.

---

ing mind and will" of the company. But their Lordships would wish to guard themselves against being understood to mean that whenever a servant of a company has authority to do an act on its behalf, knowledge of that act will for all purposes be attributed to the company. It is a question of construction in each case as to whether the particular rule requires that the knowledge that an act has been done, or the state of mind with which it was done, should be attributed to the company. Sometimes, as in In re Supply of Ready Mixed Concrete (No. 2) [1995] 1 A.C. 456 and this case, it will be appropriate. Likewise in a case in which a company was required to make a return for revenue purposes and the statute made it an offence to make a false return with intent to deceive, the Divisional Court held that the mens rea of the servant authorized to discharge the duty to make the return should be attributed to the company: see Moore v. I. Bresler Ltd. [1944] 2 All E.R. 515. On the other hand, the fact that a company's employee is authorised to drive a lorry does not in itself lead to the conclusion that if he kills someone by reckless driving, the company will be guilty of manslaughter. There is no inconsistency. Each is an example of an attribution rule for a particular purpose, tailored as it always must be to the terms and policies of the substantive rule».

[77] Sul punto si veda, inoltre, C. Wells, *Corporations*, cit., 103.

Nella più recente prassi giurisprudenziale[78] sembra, quindi, affermarsi un approccio di tipo "organizzativo", più adeguato ad individuare la responsabilità penale dell'ente e più idoneo, quindi, a fronteggiare "giuridicamente" la complessità del fenomeno criminale legato all'attività di imprese. Questa emergente consapevolezza, affermatasi nell'ambito del diritto penale dell'economia, preconizza le scelte compiute dal legislatore britannico nella disciplina del *corporate killing*, sebbene, proprio in tema di *corporate manslaughter*, la giurisprudenza non si sia dimostrata così incline a recepire un criterio elaborato nell'ambito del diritto penale economico[79] e lo stesso legislatore non abbia compiutamente recepito i suggerimenti della prassi.

*3.2. Considerazioni critiche nell'applicazione giurisprudenziale dell'*identification test

È innegabile che l'elaborazione del criterio dell'*identification test* costituisce un ulteriore passaggio verso una più ampia forma di responsabilità della persona giuridica, tuttavia la possibilità di individuare un singolo colpevole, la cui condotta può essere assunta come causa di un disastro, diventa estremamente ardua[80], in quanto spesso nell'ambito di organizzazioni complesse la prova della colpevolezza ai vertici della struttura diviene impalpabile a causa di una intenzionale opacità della linea di responsabilità all'interno dell'organizzazione, che rende sfumata l'affermazione di responsabilità penale per *crime* della *corporation*[81].

Le dimensioni e la complessità del livello organizzativo delle *corporations* sono tali, infatti, da rendere evanescente qualsiasi im-

---

[78] Per la giurisprudenza successiva al caso *Meridian*, si veda: G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 82 ss. e la giurisprudenza *ivi* commentata.

[79] Evidenziano l'incoerenza fra le disposizione dell'*HSWA* 1974, tendenzialmente più inclini a riconoscere una forma autonoma e diretta di responsabilità dell'ente, e la casistica giurisprudenziale in tema di *corporate manslaughter*, A. Ridley, L. Dunford, *Corporate Killing*, cit., 104.

[80] In questo senso: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 32 ss.

[81] Nonostante il *common law* riconosca in base al *principle of delegation* la possibilità per imputare attraverso la *vicarious liability* la violazione di *statutory offences*, questo criterio non è tuttavia utilizzabile per *common law crimes.*

putazione individuale della responsabilità e ciò crea, di conseguenza, uno schermo protettivo anche nei confronti della persona giuridica[82]. Da un punto di vista causale, se il danno è anonimo o a vittimizzazione di massa, la condotta difficilmente risulta attribuibile ad un solo soggetto o legato ad una vicenda decisionale singola.

Sebbene l'ordinamento inglese abbia elaborato nell'ambito della sicurezza del lavoro un nuovo criterio ascrittivo della responsabilità, non sembra superfluo soffermarsi ancora sui profili problematici dell'*identification test.* La riforma sul *corporate manslaughter*, infatti, non ha introdotto un criterio di imputazione di carattere generale, per cui tutti i *common law crim*es continuato ad essere imputati attraverso l'*identification test*, e dal suo funzionamento pratico è possibile trarre spunti di riflessione critica per i criteri di ascrizione della responsabilità penale alla persona giuridica adottati nel nostro sistema penale.

Nonostante la novella legislativa sul *corporate mansalughter* abbia, in parte, superato i profili problematici emersi dall'analisi del formante giurisprudenziale sull'*identitification test*, la sua analisi può sicuramente suggerire una riflessione critica anche della riforma inglese del 2007. Le stesse osservazioni critiche mosse al criterio dell'*identification test* possono essere, in parte, trasferite anche alla disciplina legislativa del *corporate manslaughter*, come si avrà modo di evidenziare.

La disciplina di matrice giurisprudenziale, richiedendo come presupposto dell'affermazione della responsabilità penale della per-

[82] Nell'incidente di Clapham, infatti, la corte ritenne impossibile identificare l'autore individuale in una società di tali dimensioni, come la *British Rail*, come anche nell'incidente di Herald of Free Enterprise non fu possibile identificare alcuna responsabilità individuale, in modo da poter affermare la responsabilità della *corporation.* Sul punto S. Field, N. Jörg, *Manslaughter*, cit., 162. L'assoluzione delle *corporations* in entrambi casi generò un senso collettivo di rabbia e sdegno. Sull'ipotesi di riconoscere una responsabilità tendenzialmente esclusiva alla persona giuridica, per evitare il "vuoto imputativo" della dimensione individuale: G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 26; C. de Maglie, *Etica e mercato*, cit., 269, 274 proprio al fine di fronteggiare forme di "responsabilità diffusa" e per evitare, quindi, "un'irresponsabilità organizzata". Si veda, in particolare sulle misure sanzionatorie adeguate al contenimento della criminalità economica, L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Milano, 1997, 256.

sona giuridica, l'identificazione di un autore individuale, quale proiezione della "*directing mind and will*" della *corporation*, ha determinato, sul piano applicativo, l'inoperatività sostanziale del *corporate manslaughter*, che ha conosciuto solo sei applicazioni e solo rispetto ad imprese di piccole dimensioni ed unipersonali[83], sebbene in diverse vicende processuali a carico della persona giuridica fossero sempre state riscontrate palesi violazioni dell'*HSWA* 1974.

L'adozione dell'*identification test* ha contribuito – come evidenziato – alla paralisi di una parte del sottosistema punitivo del diritto penale del lavoro, il cui funzionamento, nel caso della *corporation*, fino alla riforma del 2007, era ancorato esclusivamente all'efficacia preventiva dell'*HSWA* 1974. Tuttavia, l'apparato normativo di natura regolamentare, pur condividendo con il sistema penale la finalità di tutelare la sicurezza collettiva e di implementare gli *standards* cautelari, non ha potuto supplire all'assenza di una significativa reazione penale, in quanto risultava del tutto incapace di esplicare una funzione simbolica e stigmatizzante dei comportamenti socialmente dannosi. Scopo della disciplina statutaria non è quello di riconoscere la riprovevolezza di alcuni comportamenti, ma semplicemente di assicurare, attraverso molteplici strategie, l'adozione di *standards* comportamentali prudenziali.

Questa operatività "amputata" del sistema del *carrot and stick* ha contribuito ad alimentare la fallace costruzione sociale di una devianza economica priva del carattere prettamente criminale, imma-

[83] Il primo caso fu *R v. Kite* del 1994 inedito, in cui il direttore di un campo estivo venne condannato per la morte di quattro ragazzi, che caddero dalla barca mentre erano in gita. Mr Kite, a sua volta condannato per *manslaughter*, fu riconosciuto come *directing mind* della *corporation*, che fu pertanto condannata. Sul punto si veda: R. Lottini, *La responsabilità penale*, cit., 65. L'organizzazione aziendale ha visto nel corso degli ultimi decenni una progressiva decentralizzazione dei servizi, anche di quelli funzionali alla sicurezza, per cui è pressoché impossibile verificare ed accertare che la violazione del *duty of care* sia stato realizzato a livello apicale, in quanto quasi sempre anche questa delicatissima funzione viene delegata al *middle managment* o dato in *out-oursing*. Così: J. Braithwaite, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London, 1984, 102. Secondo i dati forniti nel 2001 dall'*HO* dal 1992 fino al 1998 solo 59 casi di *corporation manslaughter* sono stati denunciati dalla *HSE* al *CPS*, che ne ha perseguiti solo 18, di cui solo 4 hanno avuto come esito una condanna. Mentre secondo quanto riportato dall'*HO*, al 2005 su 34 procedimenti per *corporate manslaughter* solo 6 sono state le condanne.

gine ulteriormente supportata a livello istituzionale, dalla competenza pressoché esclusiva dell'agenzia di controllo ad indagare sulle violazione del *HSWA* 1974, anche in presenza di *unlawful death*[84].

L'efficacia preventiva del *regulatory system* è risultata, inoltre, affievolita dall'impenetrabilità delle logiche aziendali e dall'impossibilità di stimare l'effettiva applicazione della *Health and Safety regulation.*

L'attività degli organi di controllo e dell'autorità giudiziaria può essere limitata dalla possibilità che le *corporations* hanno di dichiararsi colpevoli (*disclosure*), laddove si verifichino eventi anche catastrofici (come nel caso Southall), per evitare ulteriori accertamenti sulla violazione della normativa precauzionale[85]. In presenza di una *disclosure* l'attività di indagine si arresta; in tal modo diventa anche problematico individuare la *directing mind* utile per garantire l'applicabilità dell'*identification test* e, conseguentemente, sia il sistema precauzionale, che quello repressivo risultavano ineffettivi.

Il modello inglese, pertanto, pur ispirandosi ad un sistema *carrot and stick* ha reso di fatto del tutto inoperante il sotto-sistema punitivo (*stick*), lasciando sguarnito di un'efficace arma deterrente anche il sotto-sistema contravvenzionale preventivo (*carrot*). Una maggiore repressione dei *corporate crime* avrebbe avuto, invece, l'effetto di rinvigorire anche il sistema di *compliance* realizzato attraverso le *statutory rules*[86].

Una strategia così articolata, monca di una parte essenziale, ovvero paralizzata dalla inoperatività dei *corporate crimes*, si è dimostrata, quindi, debole ed inappropriata, anche per l'assoluta inadeguatezza delle sanzioni previste dalle *regulatory offences* in relazione ai colossali interessi economici delle *corporations*.

In base ad una logica di efficienza economica, la comminazione di pene pecuniarie nell'ambito solo delle *regulatory offences*

---

[84] Sulla tendenza a privare della natura criminale i comportamenti devianti delle *corporations*, presentandoli come esclusivamente lesivi di discipline regolamentari si veda: A. Ridley, L. Dunford, *Corporate Killing*, cit., 103; C. Wells, *Corporations*, cit., 23 ss. Si veda più diffusamente il capitolo II.

[85] In questo modo ha agito, ad esempio, la *Great Western Trains*, nel caso *Southall rail crash*.

[86] A. Ashworth, *Principles*, cit., 118. Sul punto si veda C. Wells, *Restatment or Reform*, in *Criminal Law Rev.*, 1986, 314.

dell'*HSWA* risulta irrisoria per aziende di grandi dimensioni e costituisce un incentivo alla violazione della regolamentazione di sicurezza, contribuendo ad alimentare e rafforzare una cinica prospettiva utilitaristica ed amorale, che assevera: "il crimine paga"[87].

Da un punto di vista meramente criminologico, ben evidenziato dagli studiosi anglo-americani[88], nell'ambito di attività complesse, articolate secondo modelli organizzativi meta-individuali, l'ineffettività della reazione punitiva è dovuta, non solo alla scarsità e limitatezza degli strumenti giuridici, ma anche alla vastità di mezzi finanziari che le grandi società possono muovere per difendersi o per coprire le proprie responsabilità.

Anche la fiducia che i sistemi giuridici e alcuni studiosi ripongono nella sanzione della pubblicità negativa, che avrebbe lo scopo di compromettere l'immagine dell'impresa, offuscata dalle responsabilità accertate in seguito a gravi incidenti, è oggetto di valutazioni controverse[89]. Basta riflettere sulle enormi capacità che le grandi organizzazioni hanno di promuovere una campagna pubblicitaria volta a difendere il proprio operato e la propria immagine[90]. Mentre i costi e le perdite che a causa della cattiva immagine pubblica la *corporation* deve affrontare, verranno in seguito "spalmati" sui consumatori e/o dipendenti.

---

[87] R. Cooter, *Price and Sanctions*, cit., 1523; M. Miller, *Federal Santencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt L. R.*, 1993, 203; F. Pearce, S. Tombs, *Hazards, Law and Class*, cit., 80.

[88] Sicuramente l'attenzione dei sistemi giuridici e penali dei paesi di *common law* per gli studi empirici e criminologici permette una maggiore consapevolezza degli strumenti cui è possibile ricorrere e degli effetti che gli stessi possono produrre, sul punto si vedano le ricorrenti considerazioni operate anche sul piano dell'effettiva operatività delle misure giuridiche volte a limitare la criminalità economica J.C. Coffee, *Making the Punishment fit the Corporation: The Problem of Finding an Opatimal Corporation Criminal Sanction*, in *North. Ill. U. R. L.*, 1980, 6. Analoghe considerazioni in C. de Maglie, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, 88.

[89] Coffee evidenzia la limitatezza dei mezzi "pubblicitari" che il sistema giuridico può utilizzare rispetto alle colossali campagne pubblicitarie condotte dalle multinazionali. Tuttavia negli ultimi anni il boicottaggio di alcuni prodotti come quelli della Nestlé o della Nike hanno indotto le multinazionali ha mutare politica d'impresa (almeno di facciata) per riacquistare la fiducia della clientela attenta agli aspetti etici del commercio.

[90] C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 114.

Laddove invece si verificano macro-eventi disastrosi o eventi talmente diffusi da assumere dimensioni catastrofiche, la preoccupazione per l'immagine aziendale rappresenta un problema di poco conto.

A ciò si aggiunga che, difficilmente, una società pone deliberatamente a rischio la vita e l'incolumità di una persona, mentre è molto probabile che un incidente si verifichi solo per una scarsa considerazione di una corretta politica di gestione del rischio, ma la possibilità di giocare sull'incertezza scientifica e la natura sovracomplessa dei rapporti causali costituisce un ottimo viatico per coprire le reali carenze gestionali ed organizzative della *corporation.*

In sintesi la differente valutazione giuridica della responsabilità penale degli enti in funzione del tipo di illecito – *common law crime* e *regulatory offence* – ha determinato un meccanismo punitivo, che ha agito in modo selettivo, assicurando alla *corporation* – come emerge dalla casistica giurisprudenziale – una condizione di "irresponsabilità penale" di fatto, rispetto ai crimini più gravi. Il fallimento dei criteri di imputazione dei *common crimes* rispetto alle *corporations* ha, infatti, sostanzialmente paralizzato la disciplina penale, il cui funzionamento si appoggia soltanto sugli illeciti minori. L'efficacia deterrente degli illeciti minori è risultata, tuttavia, compromessa dall'assenza di un'azione punitiva, il cui funzionamento è strettamente legato all'azione general-preventiva del sistema penale tradizionale.

Questo ha costituito indubbiamente il tallone d'Achille del sistema britannico, che ha completamente trascurato, fino alla riforma della disciplina dell'omicidio, la possibilità di imputare direttamente all'ente l'evento tipico, senza ricorrere all'individuazione della responsabilità individuale del *senior manager*.

Come si cercherà di evidenziare, ciò è stato determinato, in particolare, dal fatto che, nonostante una ragguardevole produzione giurisprudenziale avesse già da tempo individuato una sorta di *negligence* nell'organizzazione dei fattori produttivi – ma in ambiti di disciplina differenti dalle ipotesi di omicidio colposo – il sistema giuridico ha subito un'incomprensibile fase di arresto nell'elaborazione di un concetto ampio di colpevolezza della *corporation.*

Solo con l'introduzione della fattispecie di *corporate killing* il sistema britannico sembra essersi riscattato da una visione "arcaica" di colpevolezza, proponendo una fattispecie propria della persona giuridica.

Una situazione di analogo stallo sembra permanere, invece, nel nostro ordinamento giuridico, che, nonostante le novità legislative segnalate in teme di sicurezza del lavoro, è fermo ad un concetto di responsabilità della persona giuridica "indiretta", mediata dall'integrazione della fattispecie individuale, in quanto non si è riusciti ad elaborare un criterio di imputazione "olistico" per la persona giuridica, valorizzando la categoria dogmatica della colpevolezza in una dimensione meta-individuale.

4. Vicarious liability *e* direct liability. *Un differente criterio di imputazione?*

L'analisi del formante giurisprudenziale ha evidenziato come, a livello applicativo, l'adozione dell'*identification test* ha rappresentato una risposta inadeguata alla criminalità d'impresa. Tuttavia anche a livello teorico è possibile sollevare alcuni dubbi sulla coerenza sistematica dei criteri di imputazione utilizzati nell'ambito della responsabilità delle persone giuridiche.

Sebbene si distingua fra "*vicarious*" *liability* che «usually connotes liability for offences of strict liability committed by a person's agent or employee» e *direct liability* che «connotes liability of a corporation for offences committed by someone within the company who is a "directing mind"»[91], alla luce dell'analisi appena conclusa, non pare possibile effettivamente contrapporre due modelli di responsabilità sulla base della presenza o meno di elementi di colpevolezza: è innegabile che anche l'*identification test* possa di fatto (al

[91] Sui modelli teorici che giustificano il ricorso alla responsabilità oggettiva si veda: C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit. 153. Id., *Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v Natrass Revisited*, in *Mod. Law Rev.*, 1994, 817.

di là delle parole utilizzate) essere annoverato fra le forme di *vicarious liability*[92].

L'origine teorica dei due modelli di imputazione *vicarious* e *alter ego* è evidentemente legata ad un'impostazione individualistica, che non riesce a disancorarsi da caratteristiche di tipo prettamente morale ed umano del giudizio di responsabilità penale. Sia la *vicarious liability* che la *direct liability*, in realtà, si fondano su un modello di *agency*, che, sebbene sia più circoscritto, tuttavia, nel caso dell'*identification test*, viene presentato con abile argomentazione retorica come forma di responsabilità diretta della *corporation*[93].

La costruzione dell'*identification test* si presenta come mero *ossequio labiale* della responsabilità penale personale, fondandosi di fatto sulla responsabilità di un individuo in posizione apicale, che, conseguentemente, deve essere identificato come soggetto "diverso" dalla persona giuridica.

Maggiore coerenza sistemica impone, perciò, di ricercare un criterio di imputazione realmente *diretto* di un *true crime* alla persona giuridica, in modo che, anche nel caso di enti artificiali, l'accertamento della responsabilità penale possa avvenire concretamente sulla base del principio di colpevolezza.

In questa ottica, sarebbe opportuno scindere il concetto di responsabilità da attributi e da circostanze esclusivamente umane, in modo da ricostruire un concetto autonomo, idoneo a comprendere anche la responsabilità delle persone giuridiche.

Il passaggio da un concetto di responsabilità individuale ad un concetto di responsabilità collettiva, dovrebbe necessariamente prescindere da criteri psicologici e fondarsi su una valutazione normativa del comportamento della *corporation*[94]. Ciò permetterebbe di valutare, in concreto, il disvalore oggettivo e soggettivo della condotta imputata alla persona giuridica, senza, tra l'altro, cadere in forme surrettizie di responsabilità per fatto altrui: l'*identification test*, come emerge anche nel caso *Meridian* e da altri casi giurisprudenziali analizzati, fallisce nella proiezione giuridica della colpevolezza

[92] Sul punto J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 62.
[93] A. Ashworth, *Principles*, cit., 119.
[94] Sul punto P. French, *Collective*, cit., *passim*.

dell'ente, in quanto nel processo di imputazione della responsabilità penale manca qualsiasi riflessione sulle misure adottate dall'ente per evitare gli illeciti dei propri dipendenti, in particolare dei *senior manager*.

Una valutazione effettiva della *organizational fault* dovrebbe, invece, consentire una più ampia considerazione della gestione di impresa, in cui dovrebbe emergere un deficit organizzativo come presupposto della responsabilità penale[95].

L'introduzione del *corporate killing* ha, sicuramente, rappresentato un modello di disciplina da valutare attentamente, soprattutto in un'ottica di riforma della normativa italiana, tuttavia a questa soluzione, l'ordinamento inglese è giunto grazie ad una sollecitante prassi giurisprudenziale, che, in diversi contesti di disciplina, è riuscita ad evidenziare aspetti criminologici della criminalità economica e carenze sistematiche del diritto penale delle persone giuridiche.

Il confronto che si rinnova nell'ambito dei sistemi di *common law* fra prassi giurisprudenziale, elaborazione teorica ed evoluzione normativa ha permesso un'osmosi di conoscenze fra i diversi formanti del sistema giuridico, praticamente sconosciuto nel nostro sistema giuridico. Gli spunti di riflessione emersi dalla prassi giurisprudenziale inglese costituiscono, pertanto, un ricco materiale di indagine anche per lo studioso italiano, che ha l'opportunità di verificare l'efficacia del modello teorico e normativo adottato nel nostro sistema, con i limiti e le difficoltà emerse nella casistica ormai secolare di modelli analoghi in un ordinamento straniero, in modo da poter verificare i diversi strumenti giuridici con cui realizzare tale esigenza di responsabilizzazione in via autonoma dell'ente[96].

---

[95] Non mancano riserve critiche sui presupposti della responsabilità penale per "organizzazione difettosa", la quale si fonderebbe non certo su un fatto, ma genericamente sulla "condotta di vita dell'ente". Evidenzia questo aspetto "eticizzante" della responsabilità penale dell'ente E.R. Belfiore, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, III, 1743, 1747.

[96] Ad esempio, si potrebbe prevedere una *due diligence defense*, o fondare la responsabilità sulla relazione causale fra l'illecito commesso dai *senior manager* e la struttura organizzativa, che, se non ha attivamente incoraggiato, deve quantomeno aver omesso qualsiasi forma di controllo e di vigilanza sull'attività dei suoi rappresentanti. Questa è la tesi sostenuta da J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 70 ss. i quali riconoscono una responsabilità prevalentemente omissiva della persona

5. *L'evoluzione del concetto di* mens rea *e del contenuto della* negligence *come presupposti della costruzione di una colpevolezza di organizzazione*

Queste sin qui descritte sono le esigenze di tutela, le ragioni di politica criminale e di razionalità sistematica, che hanno sollecitato una riforma del *corporate manslaughter*, risultato di una complessa interazione di elementi giuridici: l'intreccio di molteplici fattori evolutivi, che si sono sviluppati nei diversi formanti giuridici ha, infatti, contribuito alla trasformazione di categorie concettuali, quali la colpevolezza e la *negligence*, fondamentali per l'affermazione dell'*organizational fault* e il *corporate manslaughter.*

La sensibilità che il sistema britannico, contrariamente a quello statunitense, ha riservato al principio di colpevolezza[97] è alla base della continua ricerca di criteri di colpevolezza d'organizzazione. In tutte le definizione teoriche del *fault element* dell'ente emerge, infatti, una netta tendenza a formulare e distinguere gli elementi di uno stato soggettivo, seppur normativizzato secondo i modelli e i diversi gradi di *negligence* (e alle volte di una forma di *recklessness*).

La difficoltà ad elaborare un concetto di *organizational fault* è dovuta alla tradizionale formulazione della *mens rea* quale criterio eminentemente psicologico. Pare evidente che un'accezione di colpevolezza esclusivamente psicologizzante e di natura etica, possa

---

giuridica, ipotizzando una collocazione sistematica nell'ambito eventualmente anche di fattispecie concorsuali. Ricostruiscono in modo differente la responsabilità dell'ente J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 39 ss. L'essenza della *reactive fault*, su cui gli autori fondano la responsabilità dell'ente, consiste in una valutazione delle misure che l'ente ha adottato per preventive l'illecito e della normativa interna in grado di perseguire disciplinarmente le condotte illecite dei singoli, in seguito alla scoperta dell'illecito.

[97] A.T.H. Smith evidenzia l'importanza di riferirsi alla *mens rea* nella sua funzione di traguardo ideale verso cui il sistema giuridico deve evolvere. L'esigenza di una dogmatica, che non abbia funzione esclusivamente interpretativa, ma propulsiva e critica nei confronti del diritto positivo è sensibilmente avvertita rispetto alla questione della colpevolezza. Sul punto: A.T.H. Smith, *On actus reus and mens rea*, in P.R. Glazebrook (a cura di), *Reshaping the criminal law*, London 1978, 103, in questo senso è possibile individuare dei punti di contatto fra *mens rea* ed il principio di colpevolezza, nei suoi risvolti dogmatici e di politica criminale. Sulla *mens rea*, si veda: A. Cadoppi, (voce) *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 618.

riferirsi solo alla persona fisica[98]. Così, l'impossibilità di rinvenire stati mentali reali nell'agire della *corporation* ha, infatti, fortemente ostacolato l'affermazione della colpevolezza d'organizzazione. Tuttavia, i più recenti orientamenti dottrinali sembrano proiettare la *mens rea* verso orizzonti normativizzati, mostrando una maggiore duttilità teorica, che permette di ritagliare un concetto tipicamente individuale sulle caratteristiche dell'ente collettivo[99].

Ashworth[100] sottolinea come il concetto di *mens rea* assuma rilevanza quale fondamento del rimprovero, per aver commesso un reato, laddove si ha la possibilità di scegliere e decidere differentemente. Tale elemento, oltre a fondare la legittimità della reazione penale, determina anche i limiti della punizione, secondo un principio di proporzionalità, non solo riferito all'entità del danno, ma anche alla colpevolezza.

La teoria della *mens rea*, sviluppata nell'ambito della teoria liberale[101], conduce a riconoscere una generale capacità di agire e di poter effettuare una scelta fra possibili alternative di modelli comportamentali. L'esercizio di tale prerogativa risulta essere un diritto innegabile per il cittadino, ma anche il presupposto basilare ed imprescindibile su cui fondare un giudizio di responsabilità penale e procedere alla commisurazione di una sanzione proporzionale all'entità della scelta operata. Solo così si può efficacemente garantire la più

---

[98] E. Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 23.

[99] È chiaro che una valenza normativa del giudizio di colpevolezza favorisca l'affermazione della responsabilità penale dell'ente, facendo venire meno gli ultimi ostacoli teorici legati ad una visione psicologizzante della responsabilità. Sul punto: C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 51; Id., *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 21 ss.

[100] A. Ashworth, *Belief, Intent and Criminal Liability* in J. Eekelaar, J. Bell (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudences*, Clarendon Press, Oxford, 1987; Id., *Principles*, cit., 128.

[101] H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968.

ampia libertà e capacità di controllo delle proprie azioni compatibile con tali diritti[102] e la previsione delle loro conseguenze.

L'evoluzione più interessante del concetto di *mens rea* è determinata da una progressiva normativizzazione, che permette anche di superare la secolare esclusione della *negligence* dalla categoria del *fault element*[103]. Se il concetto si basa sulla possibilità di agire diversamente, dunque, nell'ambito del test della *negligence*, ove emergono alcuni profili di individualizzazione del giudizio, è possibile rinvenire uno spazio per una simile valutazione della capacità/possibilità dell'autore di determinarsi in modo diverso[104].

---

[102] D.A.J. Richards, *Right utility and crime*, in M. Tonry, N. Morris, *Crime and Justice: an annual review*, London, 1981, 274. La corrispondenza fra i due concetti di *mens rea* e di colpevolezza in senso normativo, elaborati in sistemi giuridici differenti, sembra evidente ed emerge in particolare dalla compenetrazione, nell'ambito del giudizio soggettivo, fra elementi personalistici ed elementi di tipo valoriali/normativi, quale il bilanciamento di interessi, che permettono anche una graduazione nel giudizio di colpevolezza. Sotto questo profilo sembrerebbe in atto un tendenziale avvicinamento della dottrina di *common law* della *mens re*a e quella della colpevolezza in senso normativo, testimoniata nei più recenti contributi scientifici: A. Ashworth, *Principles*, cit., 192; B.M. Baker, *Mens Rea, Negligence and criminal Law Reform*, *Law and Phil.*, 6, 1987, 53, 81; A. Duff, *Intention*, *Agency and Criminal Liability*, 1990, Oxford, 160; A.W. Norrie, *Crime*, *Reason and History .A critical Introduction to Criminal Law*, London, 1993, H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., 1968. Nella manualistica: A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simester and Sullinvan's Criminal Law*, cit., 125, la scelta di collocare nel capitolo della *mens rea* la *negligence* mostra una netta preferenza degli autori per un concetto ampia "normativo" di colpevolezza in grado di comprendere al suo interno anche forme di colpa come la *negligence.* Gli autori, in particolare, evidenziano come anche nell'accertamento della *negligence* sia necessario un test soggettivo, si veda anche R. Card, *Cross-Jones*, cit., 99.

[103] L'autorevole manuale J. C. Smith, B. Hogan, *Criminal law*, XI ed. London, 2005, 90 s., esclude la *negligence* dalla *mens rea*, criticando quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, che accomuna le due forme di imputazione, 129 sulla *negligence* in generale, esclude, quindi, che possa essere qualificata come stato mentale.

[104] Accanto a questo innegabile processo di normativizzazione della colpevolezza, la prassi giurisprudenziale ha però conosciuto anche un processo di oggettivizzazione ben evidente nella definizione della *recklessness*. La tendenza della giurisprudenza, nel caso della *recklessness*, ad avviare un processo di oggettivazione, che favorisce valutazioni in chiave normativa di stati soggettivi, consente l'elaborazione di una colpevolezza d'impresa, così come testimoniato da alcune elaborazioni dottrinali, inclini a riconoscere alla *corporation* anche uno stato soggettivo maggiormente grave come l'*intention* o la *recklessness.* Questa maggiore versatilità che il sistema anglosassone sembra manifestare nell'ambito dell'elemento soggetti-

Tale processo di proiezione normativa della *mens rea* e di individualizzazione del giudizio di *negligence* costituisce il punto di partenza per la costruzione di una colpevolezza d'organizzazione.

Accanto ad elementi che hanno favorito l'affermazione di un "archetipo giurisprudenziale" di colpevolezza d'organizzazione, esistono, tuttavia, aspetti che ne hanno rallentato una compiuta enucleazione sia a livello legislativo, che giurisprudenziale: sebbene l'imputazione per *gross negligence* dei *common law crimes* sia determinata dalla violazione di un *duty of care* che, sempre più spesso coincide, contenutisticamente, con la violazione di *breach of statutory law*, i due giudizi, invece di condividere la medesima base normativa e i medesimi criteri di ascrizione, sono rigidamente distinti. La coincidenza dal punto di vista contenutistico, se opportunamente valorizzata, avrebbe, invece, accentuato la valenza normativa della responsabilità per *negligence* e, di conseguenza, anche l'elaborazione della categoria della *corporate negligence*.

Tale discrasia fra i diversi formanti giuridici è evidente nell'ambito della sicurezza del lavoro, il cui quadro normativo è alquanto complesso ed articolato: la responsabilità penale per la sicurezza dei luoghi di lavoro può derivare – come già osservato – dalla violazione di *common law* o *statutory law*, secondo un tipo di relazione concorrente.

Simile distinzione ha dato luogo ad una congerie normativa in cui è difficile districarsi, con conseguenti contraddizioni sistemiche: l'esistenza di una pluralità di regole giuridiche su un medesimo oggetto di disciplina, rende, infatti, difficoltosa l'enucleazione di una regola comportamentale generale ed astratta e, di conseguenza, impedisce un'esatta individuazione della responsabilità penale, che sembra fluttuare, in modo incerto, fra violazione di re-

---

vo verso valutazioni oggettive, si combina con bilanciamenti in concreto di interessi confliggenti, che, se, da un lato, costituisce sicuramente una risorsa per l'elaborazione della nuova categoria della colpa d'organizzazione, dall'altro, tuttavia, rischia di sbilanciare il fulcro della valutazione della colpevolezza verso considerazioni eticizzanti, svincolati da un'effettiva valutazione delle possibilità di scelta dell'individuo. Sul punto si veda: F. Curi, *Tertium datur*, cit., 47 ss.; A. Manna, *Alla ricerca di una terza forma, tra dolo e colpa*, in A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp. 239 ss.

gole statutarie e *common law crime*, come ha dimostrato l'analisi giurisprudenziale.

Nonostante tale duplicazione di obblighi, è innegabile registrare una compenetrazione, da un punto di vista contenutistico, fra *breach of statutory law* e *negligence* del *common law*, che ha anche consentito un progressivo riconoscimento della violazione delle norme statutarie, quale indizio della valutazione, in concreto, della *negligence*[105], come già avvenuto nell'ambito del *tort law*[106].

Storicamente la distinzione fra *negligence* e *statutory duties* si basa sul differente criterio ascrittivo della responsabilità penale: nelle *regulatory offences*, la responsabilità viene imputata secondo un criterio oggettivo o anche *vicariuosly*, mentre la *negligence* richiede un processo ascrittivo in cui vengano considerate anche le circostanze di fatto che rendono *ragionevole* l'osservanza del modello comportamentale descritto dalla *law of negligence.*

Dall'analisi degli obblighi di sicurezza, di fonte statutaria, tale distinzione sembra ridursi, se non del tutto svanire, in quanto gli *statutory duties* sono strutturati come *performative duties*, il cui adempimento non richiede, semplicemente, l'adozione di singole misure preventivo-cautelari, bensì un impegno complessivo della *corporation*, che deve adottare, già a livello manageriale, scelte univoche di tutela della sicurezza, secondo il modello di diritto riflessivo, delineato nei capitoli precedenti. Pertanto, anche l'accertamento della violazione di obblighi statutari si svolge secondo un processo di imputazione del tutto analogo a quello previsto per la *negligence.* La violazione di un dovere *aspirazionale*, infatti, non può ridursi alla mera infrazione di una norma di fonte positiva, ma impone di ricostruire la regola preventivo-cautelare alla luce delle esigenze di tutela che emergono nel contesto che deve essere disciplinato, secondo quanto è ragionevole attendersi in base alle circostanze obiettive[107].

---

[105] Nel *case law* questa necessità è stata evidenziata nel caso Seabord.

[106] Nell'ambito del *tort law* è possibile assumere il *breach of statutory law* come indizio della *negligence* o come presunzione di *negligence (negligence per se):* La tendenza nei paesi del Common wealth è quella di introdurre una due diligence defence nel caso di violazioni imputate su strict liability, sul punto: J.C. Smith, B. Hogan, *Criminal law*, cit., 135, i quali parlano di "halfway house".

[107] Da questo punto di vista, sembra evidente l'analogia fra il processo di sovrapposizione e di commistione fra colpa specifica e colpa generica, che avviene

L'aver modulato gli obblighi statutari secondo il modello di *performative duties*, oltre a determinare un'analogia contenutistica con il concetto di *negligence*, ha favorito – come già osservato nel precedente capitolo – l'affermazione di un diritto autodisciplinato, quale specificazione e sintesi della regola preventivo-cautelare, nell'ambito della valutazione della responsabilità del datore di lavoro, sia ente che persona fisica.

Proprio la valorizzazione dell'autodisciplina nell'ambito degli illeciti statutari consente, quindi, una forma di specificazione della responsabilità, del tutto analoga a quella prevista nell'ambito della *negligence* di *common law.*

Analogamente, il meccanismo di imputazione della *corporate negligence* richiede un adeguamento alla dimensione collettiva della responsabilità dell'ente, in cui è opportuno sottolineare che la valutazione in chiave "soggettiva", tesa ad esprimere un giudizio di riprovevolezza nell'ambito della colpa d'organizzazione, coinvolge globalmente tutta l'attività produttiva e il sistema di gestione del rischio.

Nell'ambito della criminalità delle persone giuridiche non è, infatti, opportuno adottare un modello individualizzante, basato su criteri soggettivi/psicologizzanti – come ha evidenziato la *Law Commission* nel *report* sul *corporate manslaughter* (v. *infra*), quanto, piuttosto specificare, in relazione al tipo di attività e al modello di produzione, lo standard comportamentale richiesto.

Coerentemente con la complessa struttura della *negligence* risulta necessario valutare, quindi, l'articolata rete di elementi normativi che regola l'attività d'impresa, in modo da integrare la valutazione della colpevolezza d'impresa, attraverso un giudizio sulla "vita" e la "personalità" della *corporation*, giudizio che non svilisce in un

---

nell'ordinamento penale italiano, come conseguenza della creazione di regole cautelari "aperte", "improprie", in cui l'accertamento della colpa specifica richiede il medesimo processo interpretativo di individuazione della norma cautelare di quello previsto per la colpa generica. Per queste considerazioni si veda F. Palazzo, *Morti*, cit., 186. È opportuno precisare che non è possibile individuare una corrispondenza fra colpa specifica/*regulatory offences* e colpa generica/*negligence*, in quanto le *regulatory offences* sono basate sulla *strict liability* o *vicarious liability*, anche se, come già osservato, è comune la finalità preventivo-cautelare.

generico rimprovero etico, se ancorato a precisi parametri organizzativi, giuridicamente predefiniti.

Tale valutazione viene compiuta in base ad un parametro normativo stabilito, in modo generale ed astratto, dalla *law of negligence*, ma trova concreta specificazione e, quindi, individualizzazione nella integrazione del precetto preventivo-cautelare attraverso le forme di autodisciplina. In questo modo il parametro di valutazione della responsabilità è, effettivamente, ritagliato sul binomio potere-dovere, che fonda qualsiasi giudizio di esigibilità in concreto della condotta doverosa. È essenziale, infatti, arricchire la valutazione astratta, del giudizio di *negligence*, attraverso considerazioni specifiche attinenti all'articolato modello organizzativo adottato dall'ente, in modo da riflettere il reale contenuto garantista di un'imputazione colpevole, ma anche la precipua finalità precauzionale perseguita dalla normativa sulla sicurezza dell'ambiente di lavoro[108].

Dall'analisi della prassi giurisprudenziale è possibile tratteggiare il percorso ermeneutico che progressivamente ha condotto alla creazione di una forma di *corporate negligence*, in cui innegabilmente anche le fonti di autodisciplina assumono un rilievo notevole quale aspetto soggettivo della responsabilità dell'ente.

La fecondità dell'approccio casistico e la rilevanza della prassi giurisprudenziale costituiscono, inoltre, l'elemento di maggior caratterizzazione dei sistemi di *common law*, per cui diviene impossibile ignorarne il contributo nello sviluppo del sistema giuridico[109].

---

[108] Anche la disciplina sul *corporate manslaughter* del resto individua fra gli elementi che la giuria prende in considerazione per valutare la *gorss breach* da parte della *corporation* non solo le violazioni di tutte le disciplina dettate in material di sicurezza del lavoro, ma anche "attitudes, policies, systems or accepted practices" che valorizzino gli aspetti culturali dell'ente, sul punto si veda N. Lacey, C. Wells, O. Quick, *Recostructing Criminal Law*, IV ed., Cambridge, 2010, 686.

[109] U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione*, op. cit., 14; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992. La prospettiva d'indagine è alquanto stimolante ed inusuale per i giuristi di *civil law.* La rilevanza dell'attività giurisprudenziale, con l'adozione del *case law method*, determina infatti una "rottura" nella tradizione dei diritti continentali del processo applicativo del diritto, ridotto a mera operazione deduttiva della decisione del caso concreto dalla norma positiva. Si afferma un concetto di diritto non più coincidente con la sola legge. In questo modo si evidenzia come la norma giuridica non esaurisca il suo contenuto nella disposizione legislativa, ma si trasformi, arricchendosi, nell'interpretazione giurisprudenziale. L'attività interpretativa del giudice non è più e non è solo vincolata alla legge, ma

6. *Il ruolo della giurisprudenza nell'affermazione della colpevolezza d'organizzazione*

Nella definizione della colpevolezza d'organizzazione è possibile, quindi, individuare un intreccio di esperienze giuridiche, sollecitate, in primo luogo, dalla "sensibilità" verso questo tipo di problema teorico, prima ancora che pratico, mostrata dalla giurisprudenza, che si è formata con riguardo ai doveri del datore di lavoro.

Da questo punto di vista il sistema giuridico inglese mostra, a primo acchito, maggiore sensibilità verso il principio di colpevolezza, per cui qualsiasi ipotesi di estensione ai *common crimes* del modello di responsabilità degli illeciti statutari o anche di forme miste di responsabilità oggettiva e colpevole è *a priori* scartata[110].

L'ambito della sicurezza del lavoro e della tutela dei beni collettivi si presta più facilmente a questo tipo di "sperimentazione giuridica" volta alla costruzione di un concetto di responsabilità collettiva, autonoma rispetto a quella individuale, in quanto la sua disciplina si articola fra una pluralità di fonti che, intersecandosi, costitui-

---

risulta condizionata da una serie di "sollecitazioni giuridiche", filtrate dalla peculiarità del caso concreto, che influenzano l'attività decisionale. In questo senso il diritto giurisprudenziale si modula secondo la logica dinamica che si pone come modello per un sistema transnazionale ed europeo e asseconda la necessità mutevoli del mercato unico. Il "trapianto" a livello transnazionale del modello giurisprudenziale di *common law* si mostra infatti più flessibile nell'assimilare i modelli giuridici "esogeni", aprendosi verso valutazioni extra-giuridiche o meglio extra-ordinamentali attraverso un'opera di mediazione fra diversi principi e ordinamenti, realizzata principalmente nello spazio processuale. Sul punto: A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *Comparazione*, cit., 50. Attraverso una metodologia di tipo comparato è possibile evidenziare come il sistema giuridico, tradizionalmente considerato nei sistemi continentali quale blocco monolitico, custodito nel testo della legge, secondo una prospettiva strutturalista, si compone invece di elementi sistemici interagenti. Superando una prospettiva di positivismo legislativo, è possibile "osservare" la struttura giuridica che modella l'esperienza giuridica dei sistemi di *common law* e di *civil law* attraverso il diverso atteggiarsi dei tre fondamentali fattori, c.d. formanti, quello legislativo, giudiziario e dottrinale.

[110] La possibilità di far derivare direttamente dalla violazione degli illeciti statutari anche la responsabilità penale per *corporate killing*, in base ad un criterio di *constructive liability*, avrebbe, secondo i riformatori inglesi, non solo legato la responsabilità penale per un omicidio involontario alla violazione di qualsiasi regola statutaria, anche con effimero contenuto offensivo, ma anche introdotto una forma occulta di responsabilità oggettiva, incompatibile con il principio di colpevolezza del *common law.*

scono una fitta trama normativa in grado di coprire potenzialmente una diversità di situazioni (e quindi di rischi), in modo che la specifica regola cautelare o standard comportamentale possa essere enucleata dalla molteplicità delle combinazioni ed integrazioni giuridiche che ne discendono. La specificità del precetto, così costruito, e la sua maggiore aderenza al rischio concreto garantiscono, inoltre, una più efficace attitudine preventiva. Tuttavia, come già rilevato, proprio questa concorrenza di una pluralità di fonti, necessita non solo di un notevole lavoro interpretativo, ma, soprattutto, di una sintesi normativa, che trova compiuta espressione attraverso un diritto autodisciplinato.

Nel corso del tempo la prassi giurisprudenziale ha arricchito il concetto di *employer duty* di *common law*, evidenziando l'importanza di un'adeguata funzionalizzazione e strutturazione dei fattori organizzativi rispetto alle esigenze di sicurezza del luogo di lavoro. Il dovere assolutamente personale del datore di lavoro *to take reasonable care for the safety of his workmen* viene distinto nell'applicazione giurisprudenziale in diversi sottodoveri: 1) provvedere a creare uno *staff* competente; 2) provvedere e mantenere un'adeguata struttura; 3) costituire un sistema di effettiva supervisione[111] e, più in generale, un generale dovere del datore di lavoro di provvedere ad un *sistema di lavoro sicuro*[112].

La prassi giurisprudenziale, che si è sviluppata sul contenuto dell'obbligo del datore di lavoro *to take of care for the safety of employees*, fornisce, quindi, un apporto significativo per l'elaborazione del concetto di colpevolezza d'organizzazione.

La giurisprudenza, pur affrontando casi legati alla violazione di *statutory offences*, ha cercato sempre di evidenziare come, a prescindere dalla violazione dei singoli precetti statutari, il datore di lavoro sia responsabile personalmente, e non *vicariously*, per la violazio-

[111] Lord Wright così si esprimeva in *Butler (or Black) v. Fife Coal Co*. (3) ([1925] A.C. 173), ([1937] 3 All E.R. 640): «The obligation is threefold, "the provision of a competent staff of men, adequate material, and a proper system and effective supervision"». Si veda inoltre *Wilsons and Clyde Coal Co Ltd v English*, [1938] AC 57; *Vaughan v Ropner & Co Ltd* (1947) 80 L 1 L rep. 119

[112] Così Lord Pearce in *Wilson v Tyneside Window Cleaning Co* [1958] CA 2 QB 110. Si veda inolre, *Crookal v Vickers-Armstrong Ltd* [1955] 2 All ER 12.

ne di un *duty of care* di *common law*[113], in cui l'accertamento della *negligence* del datore di lavoro si è sempre incentrata sul fallimento delle procedure precauzionali e prevenzionali, adottati dal datore di lavoro e necessari (*reasonable*) per creare un "sistema di lavoro sicuro".

Un sistema di lavoro deficitario, sotto il profilo della sicurezza, emerge, quindi, da una indagine complessiva sull'intera organizzazione produttiva, volta ad individuare difetti dovuti ad una serie di errori necessariamente permanenti o persistenti, che si presume il datore di lavoro conosca o abbia il dovere di conoscere (quindi è la conoscibilità che rileva, a prescindere della conoscenza effettiva).

Questo genere di errori o difetti sono diversi da quelli dovuti a cause temporanee o contingenti, che possono, eventualmente, affiorare nella quotidianità e che non sono ascrivibili, quindi, al sistema o al metodo di lavoro. La condotta penalmente rilevante non costituisce, semplicemente, la violazione di una regola statutaria, ma integra, spesso, una violazione concreta del *duty of care* di *common law.*

In particolare, quindi, assume rilievo fondamentale il *system of work*[114], che include l'organizzazione del lavoro, la realizzazio-

---

[113] Il dovere di adottare "a safe method of work" è stato inizialmente elaborato nell'ambito del *case law* scozzese: *Sword v Cameron* [1839] 1d 493; e poi diffuso anche nelle corti inglesi: *Smith v Baker and Sons* [1891] AC 325(HL). Sul punto si veda J. Munkman, *Employer's*, cit., 1985, 10.

[114] Così alcuni paradigmatici casi giurisprudenziale, scolpiscono la responsabilità del datore di lavoro proprio per la negligente organizzazione del *system of work: Bain v Fife Coal Co* [1935] SC 681; Digest Supp. Lor Clerk: «The substantive fault alleged against the defenders was that they failed in their duty at common law to take adequate precautions for the pursuer's safety. In particular, it was said that the failure of the defenders to have for the pursuer adequate working space, reasonably fenced or at any rate reasonably placed against danger, was a failure on the part of the defenders to have *a safe or proper system of working, so as to make the defenders liable to the pursuer at common law as for personal negligence*». Nel caso *Winter v Cardiff Rural District Council* [1950] 1 All ER 819, 822: «Apart from statute, an employer is under certain obligations to his servants to provide for their safety. He may delegate the carrying out of such obligations, but he cannot delegate or avoid his own responsibility for their proper performance. So, if the person left to carry out such an obligation is negligent in carrying it out and that negligence causes injury to a fellow servant, the employer is liable in damages and cannot rely on the rule of common employment. One of these obligations is to *provide a safe system of working*. A system of working normally implies that the work consists of

ne concreta degli obiettivi di produzione, le discipline aziendali, la strutturazione del ciclo lavorativo, l'adozione delle misure preventivo-cautelari, la suddivisione del lavoro nell'ambito dell'impresa.

---

a series of similar or somewhat similar operations and the conception of a system of working is not easily applied to a case where only a single act of a particular kind is to be performed. The duty to provide a safe system of working is not absolute, but only to do his best to fulfill the obligation imposed on him, though, indeed, a high standard is exacted. That duty must be considered in relation to the circumstances of each particular case, and the question to be answered is whether adequate provision was made for the carrying out of the job in hand under the general system of work adopted by the employer or under some special system adapted to meet the particular circumstances of the case. It is always a question whether the negligence complained of is the failure of the employer to inaugurate and maintain a safe system or the casual departure from that system as the result of the negligence of an individual fellow workman. The difference is between a case where sufficient and adequate provisions have been made, which will, if carried out, protect the workman unless one of his fellows does not use proper care in carrying out the system, and a case where the system itself makes no such provision. The duty of the employer is to act reasonably in all the circumstances». Sul punto, inoltre, *Hudson v Ridge Manufacturing Co Ltd* [1957] 2 QB 348; *Stafford v Antwerp Steamship Co Ltd* [1965] 2 Lloyd' Rep. 104. La complessità della valutazione emerge, in particolare, nell'accertamento delle condotte omissive: Lord Keith in *Cavanagh v Ulster Weaving Co Ltd* [1960] AC 145, 165: «The ruling principle is that an employer is bound to take reasonable care for the safety of his workmen and all other rules or formulas must be taken subject to this principle. All that Lord Dunedin meant, in my opinion, was that if a plaintiff was complaining of a particular act of omission as constituting negligence, there were two ways in which he might endeavour to show this: by proving that the omission complained of was a precaution commonly undertaken by others in like circumstances, or was so obvious "that it would be folly in anyone to neglect to provide it […] Where the negligence of the employer consists of what I may call a fault of omission, I think it is absolutely necessary that the proof of that fault of omission should be one of two kinds, either - to show that the thing which he did not do was a thing which was commonly done by other persons in like circumstances, or - to show that it was a thing which was so obviously wanted that it would be folly in anyone to neglect to provide it». La trattazione dei giudici si sofferma in particolare su un'approfondita valutazione semantica delle varie locuzioni utilizzate dalla giurisprudenza per caratterizzare la *negligence* del datore di lavoro: in un precedente Lord Dunedin [il caso Morton v. William Dixon, Ltd., 1909 S.C. 807] definì la condotta negligente del datore di lavoro "folly", il problema che si pone è definitorio, come possa essere interpretata la c.d. formula Dunedin: «to neglect to provide something else, cannot be justified». «It would be stupid not to provide it», or «that no sensible man would fail to provide it», or «that common sense would dictate that it should be provided». «inexcusable»; «does not detract from the test of the conduct and judgment of the reasonable and prudent man». «It is true that in some cases there may be precautions which are so obvious that no evidence is required on the subject». Sul punto si veda: Munkman, *Employer's*, cit., 47.

Questa valutazione, come evidenziato dalla giurisprudenza è alquanto complessa. Nel caso *Speed v Swift (Thomas) & Co Ltd* [1943] 1KB557, si afferma che:

> Là dove il sistema di lavoro è regolare e uniforme, è ragionevole, semplicemente, definire quale sia l'errore di sistema e cosa sia, invece, una mera negligenza del tutto casuale. Dove, come nel caso in considerazione, il sistema di lavoro muta, necessariamente, in relazione alle circostanze di ogni specifico lavoro, la possibilità di distinguere cosa sia errore sistematico o negligenza casuale è, alquanto, impalpabile. Tale distinzione implica una valutazione dell'organigramma del lavoro, della sequenza attraverso la quale si dipanano le diverse fasi lavorative, nonché la previsione di adeguate informazioni ed avvertimenti per l'emanazione di specifiche istruzioni. Il fondamento della responsabilità in tali casi è basata sul presupposto che il datore di lavoro sia una persona individuale che organizza il sistema di lavoro. In realtà, oggi il datore di lavoro è una società di capitali, basata su una gerarchia di funzionari i cui doveri e competenze variano da quella del direttore generale a quella del mero dipendente, e da ciò deriva una crescente difficoltà di determinare se la negligenza accertata sia una colpa del direttore generale, dovuta al fatto di non aver provveduto a organizzare un adeguato sistema di lavoro, o se sia dovuto ad un errore del dipendente nell'adempimento delle proprie mansioni[115].

[115] Testualmente: «Where the work is regular and uniform, it is reasonably simple to define what falls within the system of working and what is mere casual negligence of an employee. Where, as in the present case, the system of working must vary with the circumstances of each particular job, the question where system ends and casual negligence begins is infinitely more difficult to answer. It includes, in the words of Lord Greene MR, the physical lay-out of the job, the sequence in which the work is to be carried out, the provision in proper cases of warnings and notices and the issue of special instructions. The last shows the difficulty of the position. The theory of liability in such a case is based upon the supposition that the master is an individual who lays down the general system of working. In practice the employer today is a limited company and there is a hierarchy of officials whose duties vary in infinite gradation from those of the master to those of the mere laborer and the result is that it has become increasingly difficult to say whether the negligence proved is the negligence of the master in not providing a proper system of working or that of a servant in failing to carry out the system».

Pertanto il dovere di diligenza non si appiattisce, semplicemente, sull'adempimento dell'*HSWA* o di doveri statutari, ma richiede una più complessa valutazione dell'attività del datore di lavoro. La mera violazione dei dovere previsti nella disciplina statutaria da parte del dipendente, se rende *vicarious liable* il datore di lavoro, non assurge a *negligence* e ciò è ben evidente nell'analisi fornita nel caso *Wilsons*, da Lord Wright:

> L'obbligo di provvedere e di preservare adeguatamente l'impianto e gli strumenti di lavoro ha carattere continuativo, per cui non è, comunque, violato da un semplice uso erroneo o inappropriato dell'impianto o degli attrezzi, dovuto ad un condotta colposa del dipendente o ad un momentaneo disguido o una del tutto fortuita deviazione dagli schemi produttivi, se queste situazioni possono essere qualificate come episodica negligenza di *manager*, di capireparto o di altri dipendenti. Può essere difficile, in alcuni casi, distinguere concretamente fra l'incapacità del datore di lavoro di adempiere all'obbligo di provvedere e preservare le condizioni di sicurezza e la negligenza del dipendente nell'osservanza di quanto prescritto[116].

Questa distinzione è stata ulteriormente ribadita nel caso Seaboard. Lord Keith distingue fra «causal negligence of a company's

[116] Testualmente: «The obligation to provide and maintain proper plant and appliances is a continuing obligation. It is not, however, broken by a mere misuse of, or failure to use, proper plant and appliances, due to the negligence of a fellow-servant, or a merely temporary failure to keep in order or adjust plant and appliances, or a casual departure from the system of working, if these matters can be regarded as the casual negligence of the managers, foremen, or other employees. It may be difficult, in some cases, to distinguish, on the facts, between the employer's failure to provide and maintain and the fellow-servants' negligence in the respects indicated». In questo stesso senso si era espresso Lord Aitchison in *Wilson and Clyde Coal Co Ltd v English*, 1936 SC 883, 904: «Broadly stated, the distinction is between the general and particular, between the practice and method adopted in carrying on the master's business of which the master is presumed to be aware and the insufficiency of which he can guard against, and isolated or day to day acts of the servant of which the master is not presumed to be aware and which he cannot guard against; in short, it is the distinction between what is permanent or continuous on the one hand and what is merely casual and emerges in the day's work on the other hand». Sulla difficoltà di distinguere fra violazioni occasionali del dipendente, e violazioni del datore di lavoro si veda anche *Colfar v Coggins and Griffiths (Liverpool) Ltd* [1945] AC 197 (HL).

employee and the failure to provide a safe system of conducting the company's activities»:

> Sarebbe sorprendente se il Parlamento avesse inteso nel paragrafo 31 (n.d.t. Merchant Shipping Act 1988) che il proprietario di una nave debba essere penalmente responsabile per ogni condotta, commissiva od omissiva, di un funzionario della società o di un membro dell'equipaggio, che realizzi manovre nautiche poco sicure, estendendo così la responsabilità dal comportamento del *manager*, che non provvede agli errori organizzativi, fino alla condotta del mozzo o dello *steward* di chiudere la porta […] Ciò porta alla conclusione che bisogna aderire alla tesi, in base alla quale è necessario elaborare un sistema sicuro di gestione della nave, da parte di tutti coloro che sono implicati nelle manovre concrete di sicurezza e tutte le misure per condurre a tale *standard*[117].

L'affermarsi di "criptotipi" nella elaborazione giuridica della *negligence* sembra incanalare l'evoluzione della responsabilità d'impresa verso forme di colpa d'organizzazione, che non è stata del tutto accolta nella riforma legislativa sul *corporate manslaughter*.

L'inclinazione del sistema inglese a riconoscere una forma di responsabilità prettamente "aziendale" si evince anche dalla natura degli obblighi di sicurezza, che non sono delegabili[118].

Questa preclusione deriva dalla tipologia di prestazione richiesta al datore di lavoro, che non può esaurirsi nel semplice adempimento di singoli precetti precauzionali e/o prevenzionali, ma richiede una globale strutturazione dei fattori produttivi ed organizzativi in modo da prevenire alla fonte i rischi inerenti all'attività lavorati-

---

[117] «It would be surprising if by the language used in section 31 Parliament intended that the owner of a ship should be criminally liable for any act or omission by any officer of the company or member of the crew which resulted in unsafe operation of the ship, ranging from a failure by the managing director to arrange repairs to a failure by the bosun or cabin steward to close portholes… The steps to be taken are to be such as will secure that the ship is operated in a safe manner. That conveys to me the idea of laying down a safe manner of operating the ship by those involved in the actual operation of it and taking appropriate measures to bring it about that such safe manner is adhered to».

[118] Cfr.: A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan. G.J. Virgo, *Simester and Sullinvan's Criminal Law*, op. cit., 272. Sul punto si veda, inoltre, *Wilsons and Clyde Coal Co v English* [1937] AC 57, cit.

va. In questo contesto è evidente che una delega non può esonerare il datore di lavoro da responsabilità penale, ma tutt'al più, può modificare il contenuto del singolo precetto precauzionale, imponendo obblighi i cui contenuti consistono nel selezionare persone competenti e nel fornirle di tutti gli strumenti necessari per la realizzazione di un sistema di lavoro sicuro[119]. La delega non solleva, tuttavia, il datore di lavoro dall'obbligo di controllo e di aggiornamento dei sistemi di sicurezza[120].

Proprio da alcuni di questi casi giudiziari sembrano prendere spunto alcune iniziative di riforma elaborata dalla *Law Commission* e dall'*Home Office*, ma che solo parzialmente sono state seguite nella recente legislazione sul *corporate killing.*

7. *L'affermazione della colpevolezza d'organizzazione nell'ambito dell'omicidio colposo*

L'assenza di un criterio autonomo di responsabilità collettiva, drammaticamente emersa nella prassi giurisprudenziale, ha innescato una forte spinta propulsiva per l'elaborazione teorica della *organizational fault*, tale da superare anche gli ostacoli opposti dall'inerzia legislativa.

---

[119] La giurisprudenza britannica già nel caso *Wilsons & Clyde Coal Co Ltd v English* cit., 84, si preoccupava di delineare i limiti e il contenuto del dovere di diligenza nell'ambito della delega di funzioni: «Culpable negligence in supervision, if the master takes the supervision on himself, or where he devolves it on others; the heedless selection of unskilful o r incompetent persons for the duty, or the failure to provide or supply the means of providing proper machinery or materials, may furnish grounds of liability (and there may be other duties, varying according to the nature of the employment) wherein, if the master fails, he may be responsible». «Held – (i) the employers were not absolved from their duty to take due care in the provision of a reasonably safe system of working by the appointment of a competent person to perform that duty. Although the employers might, and in some events were bound to, appoint someone as their agent in the discharge of their duty, the employers remained responsible. (ii) the doctrine of common employment does not apply where it is proved that a defective system of working has been provided. *To provide a proper system of working is a paramount duty, and, if it is delegated by a master to another, the master still remains liable*».

[120] *Butler v Fife Coal Co Ltd* [1912] AC 149.

Nel panorama giuridico si registra una grande attività scientifica, che ha interessato non solo il mondo accademico, ma le stesse istituzioni, come la *Law Commission* e l'*Home Office*, nonché – come visto – la prassi giurisprudenziale, per giungere ad individuare un criterio soggettivo di imputazione dei *corporate crime* – soprattutto riguardo al problema del *corporate killing* – in grado di armonizzare le innegabili esigenze di difesa sociale con le garanzie del principio di colpevolezza.

Nelle diverse prospettazioni teoriche, il *corporate killing* non si riduce semplicisticamente – come più volte evidenziato – ad agganciare la responsabilità dell'evento ad una generica illiceità della condotta, posta in violazione di norme di natura statutaria. Tale forma di responsabilità è già contemplata nell'ambito della disciplina sulla sicurezza del lavoro, ma si è dimostrata del tutto inefficace, non solo a causa di una risposta sanzionatoria di tipo esclusivamente pecuniario, ma anche perché incapace di rappresentare adeguatamente il disvalore oggettivo e soggettivo del *corporate killing*.

L'intento riformatore è, invece, animato dal perseguimento di un fine altamente simbolico[121], che si riflette nella scelta di introdurre nel sistema penale, attraverso una *statutory law* una rilevante modifica dell'*involuntary manslaughter*, reato di *common law*.

Come evidenziato nei lavori di riforma, all'affermazione della rilevanza penale della condotta della *corporation* nel caso di omicidio, si sarebbe potuti giungere anche attraverso una più modesta modifica dell'ordinamento inglese, ampliando i poteri di *sentencing* del giudice, essendo già contemplato il *corporate killing* come una *offence* nell'ambito della *HSWA* 1974, come ipotesi di responsabilità oggettiva. Tuttavia la Commissione di riforma accantona tale eventualità, escludendo che il modello di responsabilità penale riconosciuto nella disciplina legislativa della sicurezza del lavoro – ed esplicitato nel caso *British steel* – possa costituire un criterio adeguato anche nel caso del *corporate manslaughter*, in quanto fondamentalmente le violazione del *HSWA* 1974 sono basate su un criterio di tipo oggettivo, incapace, quindi, di esprimere un giudizio di riprovevolezza per il modo in cui viene gestita ed organizzata l'attività di impresa.

---

[121] C. Wells, *Corporations and Criminal*, cit., 122.

Da questo punto di vista il sistema giuridico inglese mostra una notevole sensibilità verso il principio di colpevolezza, per cui qualsiasi ipotesi di estensione ai *common crimes* del modello di responsabilità degli illeciti statutari o anche di forme miste di responsabilità oggettiva e colpevole è a priori scartata[122].

È apparso necessario, invece, tipizzare un tipo di condotta specifica dell'ente, in grado di apprezzare i profili organizzativi, intrinsecamente connessi con la responsabilità penale d'impresa: il *corporate killing* non è una fattispecie di *manslaughter*, che si distingue soltanto dal punto di vista del soggetto agente, bensì è un illecito diverso già sul piano oggettivo. Questa è la strada percorsa anche durante i lavori di riforma e nella novella legislativa sul *corporate killing*, in cui si è evidenziato come la responsabilità dell'ente debba essere valutata in un contesto normativo, economico e sociale, in grado di esprimere, in modo coerente, un giudizio complessivo sulla "vita e la cultura" della *corporation*, quale completamento di un processo ascrittivo della responsabilità penale, effettivamente basato anche su aspetti soggettivi.

La valorizzazione di questo profilo "personalistico" della responsabilità dell'ente, è strumentale alla diffusione di "una cultu-

[122] La possibilità di far derivare direttamente dalla violazione degli illeciti statutari anche la responsabilità penale per *corporate killing*, in base ad un criterio di *constructive liability*, avrebbe, secondo i riformatori inglesi, non solo legato la responsabilità penale per un omicidio involontario alla violazione di qualsiasi regola statutaria, anche con effimero contenuto offensivo, ma anche introdotto una forma occulta di responsabilità oggettiva, incompatibile con il principio di colpevolezza del *common law*. Sulle forme ibride di responsabilità penale nel sistema inglese si veda: R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 94. Per lo stesso motivo è da scartarsi l'ipotesi di attribuire attraverso la *recklessness* oggettiva l'omicidio alla *corporation*, essendo ormai pacifica la caratterizzazione di questa forma di ascrizione della responsabilità penale come ipotesi di responsabilità oggettiva. Si veda sul punto la ricostruzione critica di F. Curi, *Tertium datur*, cit., 79 ss. Ammettere la *Caldwell recklessness* nel caso dell'omicidio della *corporation*, se indubbiamente incrementa il senso di sicurezza sociale, privilegiando esigenze di difesa sociale, mortifica le ragioni di garanzia sottese al principio di colpevolezza, che non sono solo baluardo a tutela dell'individuo nei confronti del potere punitivo, ma costituiscono lo strumento fondamentale affinché la norma possa effettivamente svolgere una funzione di orientamento sociale. La valorizzazione della responsabilità colpevole anche rispetto a soggetti collettivi persegue, pertanto, obiettivi di efficacia e effettività, in modo che il messaggio culturale, prima che giuridico, veicolato attraverso il diritto, in concreto incida sui comportamenti e sull'etica dell'impresa.

ra della sicurezza", che viene già assunta come momento essenziale della formazione del *management*, nell'ambito sia della preparazione universitaria, sia della formazione aziendale. La responsabilità verso la società, l'ambiente, la sicurezza, secondo tale programma "culturale", diventa una condizione fondamentale dell'agire politico ed economico nel mondo imprenditoriale, altrettanto importante come lo scopo di perseguire il profitto. Anzi il perseguimento di obiettivi di sicurezza e l'adesione a protocolli precauzionali si trasformano in motivo di beneficio economico innegabile, che deriva non solo per la riduzione dei costi di gestione (abbattuti dall'assenza di onerosi controlli che possono paralizzare l'attività produttiva e il pagamento di eventuali sanzioni), ma anche per la possibilità di convogliare maggiori consensi da parte dell'opinione pubblica. L'incentivazione e la promozione di tale politica aziendale si traduce, quindi, in un profitto, realizzato da una maggiore affermazione dell'impresa sul mercato.

Secondo un modello "olistico" di *corporate killing*, il giudizio di responsabilità è focalizzato su aspetti organizzativi, che si mostrano incoerenti o inadeguati a realizzare gli obiettivi di tutela che la legge impone all'attore economico di perseguire. Sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo, l'evento morte risulta connesso ad un processo lavorativo costruito su procedure e regole decisionali, che trascurano lo scopo di tutela dell'incolumità pubblica ed individuale che l'azienda deve condividere, per assumere lo *status* di *corporate citizen*[123], ovvero quello di un soggetto portatore di istanze di libertà, nella misura in cui è in grado di percepire i valori etici e sociali, gli obiettivi economici e le scelte politiche del contesto in cui opera.

Questo accentuato interesse per i profili formativi, culturali ed etici nell'ambito aziendale è espressione di una nuova prospettiva, che attraverso la co-responsabilizzazione degli operatori economici persegue scopi pubblici. Congeniale a questa nuova filosofia è, conseguentemente, l'attribuzione di un potere normativo alla stessa azienda, in modo da poter salvaguardare l'autonomia del sottosiste-

[123] Il sistema anglosassone è fortemente pervaso da questa idea delle *corporation* come soggetto che condivide un diritto e un dovere di cittadinanza, quale appartenenza ad un determinato contesto sociale e morale, sul punto: J. Braithwaite, B. Fisse, *Corporations*, cit., 200; J. Rees, *Reforming*, cit., 179 ss.

ma economico e conciliare interessi endogeni con istanze esogene, dell'ambiente in cui opera[124].

Come più volte evidenziato, lo scopo del legislatore nell'ambito dell'*HSWA* 1974, come nella riforma sull'omicidio della persona giuridica, non è volto a fornire esclusivamente indicazioni comportamentali di tipo tecnico, ma tende ad un ruolo promozionale, "pedagogico", per cui la violazione di una singola norma evidenzia, in realtà, l'infrazione di un dovere di co-responsabilità e di collaborazione, sintomatico di una politica d'impresa incurante, o poco incline, ad esaltare, fra i principi del proprio *management*, la tutela della sicurezza del luogo di lavoro, interna ed esterna.

Il legislatore ha, quindi, cercato di costruire un sistema a doppio binario, in cui, però, sia il momento preventivo, affidato alla *regulatory offences*, che quello repressivo, realizzato attraverso il *corporate manslaughter*, sono animati dalla medesima filosofia di efficienza e promozione di una cultura della sicurezza.

Ciò spiega la ragione per cui la competenza ad investigare sulle violazioni dell'*HSWA* 1974 è attribuita ad ispettori dell'agenzia indipendente, *HSE*, la cui attività, difficilmente, ha come esito un procedimento penale, bensì l'applicazione di sanzioni amministrative destinate ad imporre una politica di sicurezza. Dal punto di vista penalistico, invece, la circostanza che per quasi trenta anni gli ufficiali della *HSE* non abbiano avuto legittimazione a riferire al PCC eventuali violazioni dell'*HSWA*, testimonia un ruolo fortemente propulsivo, piuttosto che punitivo dell'organo di controllo[125].

Anche l'assenza di disposizioni tecniche e dettagliate di obblighi di diligenza evidenzia come il testo legislativo miri ad un *performative duty*, ovvero ad imporre un'obbligazione di risultato sul datore di lavoro, che sarà libero di combinare e adeguare il piano aziendale e imprenditoriale rispetto a canoni di sicurezza, attraverso codici di condotta e regolamenti privati.

Questo patrimonio di esperienze politico-sociali si relaziona con una politica criminale che, necessariamente, apprezza momenti di

---

[124] Questo è il concetto chiave della *reflexive law*, come tratteggiata nel primo capitolo.

[125] Sul punto si veda inoltre C. Wells, *Corporations*, cit., 121 ss.

co-gestione anche nella definizione della responsabilità penale, per cui nell'ambito dei sistemi che fanno leva su questa nuova strategia di governo, la strutturazione dell'azienda quale entità autonoma e, pertanto, responsabile rispetto a finalità eminentemente pubbliche, quali la tutela ambientale, del lavoratore, del consumatore, costituisce un elemento positivo di valutazione, che può rilevare in sede di accertamento della responsabilità penale, o di determinazione della sanzione.

Questa maggiore autonomia privata nella definizione di regole cautelari e di misure di sicurezza agevola anche la possibilità di valutare la responsabilità dell'ente e di imputare l'evento tipico. Nell'ambito di un simile modello di legislazione, i maggiori poteri e la libertà nell'organizzazione aziendale riconosciuti al destinatario della norma e, quindi, anche alla persona giuridica, rendono plausibile e legittima, nelle diverse ipotesi di riforma, una sua maggiore responsabilizzazione.

In particolare, la struttura normativa dell'impresa diventa oggetto di indagine quale fondamento della *organizational fault*, intesa come predisposizione della persona giuridica a realizzare scelte criminali. Errori sistematici, mancanza di coordinamento, assenza di procedure interne e di codici di comportamento sono, infatti, indici di una "pericolosità sociale" dell'organizzazione, sanzionata, in via preventiva, attraverso un sotto-sistema punitivo mite, penal-amministrativo e nel caso in cui si verifichi un evento tipico, diviene elemento di valutazione della colpevolezza d'organizzazione.

In una strategia a "doppio binario", che persegue il fine di promuovere una cultura della sicurezza, si inserisce, quale arma deterrente, la nuova disciplina del *corporate killing.* L'auspicio che ha mosso il riformatore britannico è di "diffondere", attraverso strumenti general-preventivi, una maggiore responsabilità anche fra i singoli operatori dell'impresa, proprio attraverso la condanna della persona giuridica.

In questo contesto, il ricorso a severe misure punitive contemplate dalla regolamentazione pubblica si indirizzano soltanto verso quelle imprese che non aderiscono ad un programma di sicurezza e si mostrano refrattarie rispetto a qualsiasi modello di co-responsabilizza-

zione e co-gestione delle politiche ambientali, di protezione dell'ambiente lavorativo, di tutela del consumatore e della collettività.

8. *La proposta della* Law Commission *e dell'*Home Office

Il ripensamento della responsabilità delle *corporations* è diventato il *leit Motiv* dell'attività di organi istituzionali. La disciplina di fonte giurisprudenziale sul *corporate manslaughter* è stata, infatti, oggetto di discussione e di riflessione, come dimostrano le proposte avanzate dalla *Law Commission* sin dal 1996 (*Law Commission* n. 237: *Legislating the Criminal Code: Involuntary manslaughter*) e incluse nel documento consultivo del governo nel 2000 (*Home Office*: *Reforming the Law on Involuntary Manslaughter: The Government's Proposal*), che hanno dato luogo al *Draft Bill* del marzo 2005, proposta legislativa, che si è concretizzata nel *Corporate Homicide Act 2007*, entrato in vigore ad aprile 2008.

Tali documenti, nonché l'iniziativa legislativa, hanno cercato di indirizzare la crescente richiesta di penalizzazione nel modo più efficiente, incidendo, attraverso la sanzione penale, direttamente sulla struttura dell'organizzazione aziendale e sulla sua innegabile potenzialità criminogena[126]. I documenti istituzionali differiscono fra loro per alcuni aspetti fondamentali, per cui saranno oggetto di analisi e confronto per verificare come gli auspici riformatori siano stati tradotti in legge.

I lavori della *Law Commission* e le considerazioni svolte dal *Home Office* concordano sull'introduzione di una nuova fattispecie, il *corporate killing*, optando deliberatamente per una riforma di più ampio significato culturale e simbolico.

Come hanno dimostrato le indagini sui disastri occorsi nella recente storia britannica, è innegabile l'affermazione di una nuo-

[126] G. Slapper, S. Tombs, *Corporate Crime*, London, 1999, *passim*, sviluppando le riflessioni di Sutherland, definiscono il *corporate crime* una necessità strutturale intrinsecamente correlata al capitalismo.

va fenomenologia delittuosa: la *corporate violence*[127], attraverso tale espressione intendendosi evidenziare come la causa degli incidenti sia strettamente connesso alla struttura aziendale, piuttosto che al comportamento illecito di un individuo.

Questa nuova forma di responsabilità meta-individuale non si applica solo all'attività economica svolta in forma societaria, ma si estende a tutte le organizzazione complesse[128].

Mentre il *report* del 1996 elaborato dalla *Law Commission* e il documento redatto nel 2000 dall'*Home Office*, pur auspicando una generale rivisitazione dell'istituto della *involuntary manslaughter*, focalizzano l'attenzione sui fenomeni colposi legati all'attività produttiva, il *Corporate Homicide Act* 2007 si è limitato ad introdurre solo l'ipotesi di *corporate killing*, rinunciando ad una generale riforma della fattispecie di omicidio colposo, nonché ad introdurre un criterio generale di imputazione dei reati alla *corporation*.

Il *corporate killing* costituisce un'ipotesi di omicidio colposo nello svolgimento di un'attività d'impresa, causato da una condotta del *management* non conforme a *standards* ragionevoli di precauzione.

Gli ostacoli teorici e le difficoltà prasseologiche, incontrate nel corso del lungo *iter* della riforma, hanno implicato la ridefinizione e la specificazione di alcuni concetti generali di diritto penale alla luce delle peculiari esigenze della responsabilità della persona giuridica.

---

[127] I casi più devastanti sono quelli dell'incendio della stazione di metropolitana della *King's Cross Station* a Londra, 18 novembre 1987, il disastro di una piattaforma petrolifera, *Piper Alpha* nel mare del nord, nel luglio 1988, l'incidente ferroviario di Clapham, del 12 dicembre 1988, e il caso dell'affondamento della nave salpata da Zeebrugge per Dover, con gli sportelli aperti, tutti disastri fatali per centinaia di persone, che non hanno mai trovato responsabili. Nel *Southhall Rail crash* avvenuto il 19 settembre 1997, la compagnia, *Great Western Trains*, ha ammesso la propria responsabilità per le violazione dell'*HSWA*, ma gli elementi probatori raccolti non furono sufficiente per condannare la società anche per *corporate manslaughter*, in quanto non vi è stato accertamento di responsabilità individuali ai vertici dell'impresa, secondo il principio dell'*identification test*: R. Mokhiber, *Corporate crime and Violence*, San Francisco, 1988 http:/www.corporatepredators.org/top100.html; C.M.V. Clarkson, *Kicking Corporate Bodies and Daming Their Souls*, in *Mod. Law. Rev.*, 1996, 557, 559; J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, cit., 103 ss.

[128] D. Ormerod, R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Crim. L. Rev.*, 2008, 589, 607.

In particolare, ai fini di questa indagine, è interessante segnalare la definizione di *negligence* elaborata dalla *Law Commission*, volta a dotare di un contenuto più stringente un criterio di imputazione cronicamente vago, nonostante i notevoli e numerosi interventi interpretativi della giurisprudenza[129]. La *Law Commission*, nel *report* n. 237 del 4 marzo 1996, valuta criticamente il concetto di *gross negligence* elaborato per l'omicidio involontario, in quanto, a causa della struttura "circolare" della definizione, mortifica il contenuto garantista del principio di determinatezza e si sottrae a qualsiasi parametro di verificabilità empirica.

Secondo la costante giurisprudenza inglese[130], l'elemento soggettivo dell'*involuntary manslaughter* si basa sulla valutazione della *gross negligence*, che consiste nella violazione di un *duty of care*[131], causale rispetto alla morte della vittima. La violazione di un *duty of care* deve, comunque, integrare un'ipotesi di *gross negligence*, caratteristica che dipende dalla gravità della violazione e dal grado di rischio che implica.

La *Law Commission* evidenzia la natura tautologica della definizione di *negligence* e ne propone una nuova che, aderendo ad un recente e consolidato indirizzo dottrinario, si basa su un concetto di colpevolezza "normativo", ovvero un concetto di riprovevolezza,

---

[129] Sulla problematica collocazione sistematica della *negligence* nell'ambito della *mens rea*, si veda F. Curi, Tertium Datur. *Dal* common law *al* civil law, cit., 65 ss.

[130] Così come sancito nel caso *Adomako* [1995] 1 AC 171, tuttavia prima del 1995 l'*involuntary manslaughter* comprendeva solo la *manslaughter* realizzata con *recklessness*, per cui nel caso di notevoli disastri, l'indagine e la relativa accusa miravano, in base all'*identification test*, a verificare non la *gross negligence* di un *senior manager*, bensì la più complessa prova della *recklessness* del *senior manager*. Sul concetto di *negligence* in generale si veda *Corda v Peerless Transportation Co 27* NyS 2d 198, 4 *AmLR* 2d 147 (1947): «a failure to exercise that care and caution which a reasonable and prudent person ordinarily would exercise under like conditions and circumstances».

[131] Il concetto di *duty of care* potrebbe essere tradotto con il concetto di dovere di diligenza, tuttavia tale trasposizione linguistica risulta essere riduttiva ed incapace di esprimere la più complessa sfumatura semantica del concetto di *care*, che implica oltre ad un dovere di diligenza anche un onere di protezione e cura nei confronti di particolari soggetti. Per evitare, quindi, semplificazioni banalizzanti, nel corso di questo lavoro verrà tendenzialmente utilizzato il termine inglese, in questa valenza.

blameworthy, piuttosto che un semplice stato psicologico, difficilmente rinvenibile nell'ambito di comportamenti colposi[132].

La definizione offerta dalla *Law Commission* indica tre elementi essenziali per *manslaughter by gross carelessness*: 1) l'azione deve essere causa della morte; 2) il rischio dell'evento morte deve essere ovvio, secondo il parametro della persona ragionevole e l'agente deve essere in grado di poter apprezzare tale rischio; 3) la condotta dell'agente deve discostarsi notevolmente rispetto a quanto era ragionevole attendersi in quelle determinate circostanze[133].

Questa definizione generale viene modulata, nel *report* della Commissione, in funzione delle esigenze specifiche di imputazione che la responsabilità penale della *corporation* impone. A tal fine, la *Law Commission* esclude che il requisito della prevedibilità dell'evento morte, per l'ovvietà del rischio, di cui l'agente poteva avvedersi, sia un giudizio riferibile anche alla *corporation*, in quanto la prevedibilità di un rischio ovvio si colora, a parere della *Commission*, di sfumature psicologizzanti, incompatibili con un procedimento di imputazione di un evento alla *corporation*. Il rimprovero di *gross negligence* si ferma, pertanto, solo all'accertamento della causazione della morte e alla constatazione di quanto sia stata disattesa un'aspettativa comportamentale, ragionevole in quelle determinate circostanze.

Secondo la definizione della *clause* n. 4 del *report* una persona giuridica è responsabile per *corporate killing* se: a) un *management failure* è la causa o una delle cause della morte; b) tale manchevolezza connota un comportamento che si pone al di fuori di quanto

---

[132] Ovviamente la traduzione di *mens rea* con colpevolezza in senso normativo è un azzardo avanzato in questo lavoro, senza alcuna pretesa di legittimare tale equiparazione nell'orizzonte comparato. Per i lavori della *Law Commission*, si veda C. Wells, *Corporate*, cit., 123. Sulla necessità di inquadrare la colpevolezza dell'ente nell'ambito di una accezione propriamente normativa si veda A. Manna, *La regola dell'oltre ragionevole dubbio*, cit., 653.

[133] Letteralmente: 1) the act is cause of the death; 2) the risk of death would have been obvious to a reasonable person and the accused must have been capable of appreciating the risk; 3) the accused conduct fell far below what could be reasonably be expected of him in the circumstances.

possa ragionevolmente attendersi da una *corporation* in tali circostanze[134].

È evidente, quindi, che il concetto di *gross negligence*, se riferito alla *corporation* vive un processo di oggettivazione[135], quanto meno dello *standard* comportamentale, sebbene nel complesso processo di imputazione della *negligence*, non manchi una misura valutativa di tipo individualizzante, come già emerge nella prassi giurisprudenziale.

Definito il concetto di condotta negligente, la posizione della *Law Commission* rispetto al *corporate manslaughter*, è, sinteticamente, schematizzata nella *recommendation* n. 11 del *report*, che, in questi termini espone i punti nodali della responsabilità dell'ente: a) è necessaria una specifica incriminazione della *corporation*, corrispondente all'ipotesi di omicidio colposo della persona fisica; b) come per l'omicidio realizzato dalla persona fisica, anche la fattispecie riferita alla *corporation* è integrata, allorquando la condotta dell'agente, causale rispetto all'evento morte, è notevolmente distante dallo *standard* di ragionevolezza, che ci si poteva attendere in quella determinata circostanza; c) diversamente dall'ipotesi individuale, la fattispecie riferita alla *corporation* non deve basarsi su un rischio ovvio o sulla possibilità che l'agente potesse avvedersi del rischio.

Ai fini della responsabilità dell'ente, la morte può e deve essere considerata come conseguenza della condotta della *corporation*, se

---

[134] *Clause n. 4 Law Commisione Report*: «A Corporation is guilty of corporate killing if: a) a management failure by the corporation is the cause or one of the causes of a person's death; and b) that failure constitutes conduct falling far below what can reasonably be expected of the corporation in the circumstances».

[135] Tuttavia questa forma di *negligence* oggettivata non costituisce un *quid novum* per l'ordinamento inglese, che già nell'ambito delle attività rischiose, come ad esempio la circolazione stradale, richiede uno standard generale di comportamento, per offrire una garanzia agli altri soggetti che intervengono all'attività rischiosa, in modo che possano confidare sulla corretta applicazione del *duty of care*, senza che circostanze contingenti e specifiche possano richiedere una "riformulazione" della regola cautelare in funzione delle particolari caratteristiche del singolo. In questo caso la *negligence* definisce piuttosto il comportamento, la condotta e non tanto il risultato, che invece segue i tradizionali criteri di imputazione.

è provocata dall'inadeguatezza del modo in cui l'attività della *corporation* è gestita ed organizzata, ai fini della sicurezza collettiva[136].

La più evidente differenza, sottolineata anche dalla *Law Commission*, fra l'*identification test* e la proposta legislativa si riflette, ovviamente, nella descrizione e nella individuazione della condotta, cui si imputa l'evento morte.

Come già evidenziato, nella proposta della Commissione, la condotta della *corporation* si sostanzia nel concetto di *management failure*, espressione sintetica che indica l'inadeguatezza del modo in cui l'attività imprenditoriale viene gestita e organizzata, rispetto agli scopi di tutela della salute e della sicurezza delle persone impiegate o interessate dall'attività imprenditoriale[137]. Attraverso l'*identification test*, invece, vi è una semplice traslazione della responsabilità del singolo, espressione della *directing mind* dell'ente, verso la persona giuridica.

Nell'analizzare il nesso causale fra condotta ed evento, la proposta della *Law Commission* distingue tra la condotta, eventualmente negligente, del singolo, la cui collocazione ai vertici aziendali costituisce condizione di imputazione dell'*involuntary homicide* nell'*identification test*, e la condotta propria della *corporation*, connotata da negligenza, che assurge a condizione necessaria dell'evento morte, nella relazione causale che fonda la responsabilità della persona giuridica.

Oltre questa doverosa puntualizzazione, sul primo termine della relazione causale fra condotta ed evento nel *corporate killing*, la

---

[136] Secondo la *Law Commission*: «1) that there should be a special offence of corporate killing, broadly corresponding to the individual offence of killing by gross carelessness; 2) that (like the individual offence) the corporate offence should be committed only where the defendant's conduct in causing the death falls far below what could be reasonably be expected; 3) that (unlike the individual offence) the corporate offence should not require that the risk be obvious, or that the defendant be capable of appreciating the risk; 4) that for the purpose of the corporate offence, a death should be regarded as having been caused by the conduct of a corporation if it is caused by failure, in the way in which the corporation's activities are managed or organised, to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities».

[137] Letteralmente «There is a management failure by the company if the way in which its activities are managed or orgaanised fails to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities».

Commissione specifica che, in tema di causalità, la *defense of "break in the chain of causation*" si applica in misura molto limitata, in quanto, anche se la causa immediata della morte può essere la *gross negligence* di un singolo dipendente, ciò non basta ad assolvere la *corporation*, che potrebbe aver violato il *duty of care* non assumendo misure preventive necessarie per eliminare o per diminuire il rischio di imprudenze e negligenze del singolo dipendente[138].

La *Law Commission* avanza sul punto una specifica raccomandazione, suggerendo che, ai fini del *corporate crime*, sia possibile considerare il *management failure* della persona giuridica causa dell'evento anche quando la condotta commissiva o omissiva di una persona singola appaia esserne la causa immediata[139]. Ciò comporta che l'indagine sul primo termine del rapporto causale, che lega condotta ed evento, cada, in modo appropriato, sull'attività della *corporation e*, quindi, su una condotta meta-individuale.

A differenza dei criteri dell'*identification test*, lo *status* del singolo autore del *common crime* diviene un elemento superfluo ai fini dell'imputazione dell'omicidio colposo all'ente. La *Law Commission*, accogliendo le osservazioni formulate dalla giurisprudenza, pone in evidenzia come sia necessario distinguere il *management failure* nel *system of work*, condizione di responsabilità dell'ente, dall'*operational negligence*, ovvero un tipo di negligenza che caratterizza l'attività eventualmente e contingentemente realizzata dai singoli nell'ambito dell'attività produttiva[140].

Nelle considerazione esposte dalla *Law Commission* sembra emergere chiaramente come il *corporate killing* sia un reato che si distingue dalle altre forme di omicidio già sul piano oggettivo, in quanto il disvalore della condotta, materialmente legata all'evento, seppur tipizzata attraverso un criterio causale, deve essere letto alla luce dei criteri di corretta gestione del sistema di lavoro.

---

[138] Sul punto si veda: J. Gobert, M. Punch, *Rethinking*, cit., 107.

[139] «We recommend that, for the purpose of the corporate offence, it should be possible for a management failure on the part of corporation to be cause of a person's death even if the immediate cause is the act or omission of an individual (recommendation n. 12)».

[140] Così: B. Sullivan, *Corporate Killing – Some Government Proposal*, in *Crim. Law Rev.*, 2001, 33 s., il quale coglie nella definizione della *Law Commission*, cit., il tentativo di far emergere l'*organizational liability.*

In questo senso, la tipizzazione della condotta non avviene semplicemente in base a criteri naturalistici propri dell'imputazione causale, ma deve essere ricostruita innegabilmente alla luce di criteri normativi, il cui fondamento è costituito dal generale obbligo di sicurezza che incombe sul datore di lavoro, così come specificato nell'ambito della disciplina aziendale.

Questa traduzione in chiave normativa dei criteri di tipizzazione trasformerebbe il *corporate manslaughter* in un particolare reato d'obbligo, realizzato indifferentemente in forma omissiva o commissiva[141]. Il criterio di tipizzazione non si limita, inoltre, alla mera considerazione di singoli episodi, ma consente – anzi impone – un'indagine complessiva sulle strategie preventive adottate dall'ente per prevenire quello specifico rischio.

Come già osservato, la violazione delle clausole generali dell'*HSWA* 1974, nonostante possa coincidere contenutisticamente con la violazione del *duty of care* di *common law*[142], non è sufficiente per affermare la *negligence* di *common law.*

L'accertamento del *breach of statutory duty* si limita a verificare l'oggettiva violazione della norma statutaria ed, eventualmente, l'assenza di *defenses*, legalmente previste. Si basa, quindi, su un criterio eminentemente oggettivo, di qui la facilità di imputare direttamente all'ente la violazione delle misure precauzionali, attraverso un modello di responsabilità oggettiva, legittimo solo per le *statutory offences*[143]. Mentre, anche nel caso di soggetti artificiali, l'affermazio-

---

[141] Diversa è la posizione di G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., 248, nota 824 il quale opera una sottile distinzione fra condotte che disattendono uno standard comportamentali e condotte che contravvengono una regola precauzionale.

[142] Sul punto J. Munkman, *Employer's,* cit., 222 ss.

[143] Così dichiara Lord Clerk Aichison, nel caso *Bain v Fife Coal Co* [1935] SC 681; Digest Supp: «Where a duty is laid upon an employer by statute, and that duty is so expressed as to be absolute, and the duty is not discharged, it is no answer to a claim in respect of its breach to say that the breach was not caused by the failure of the employer upon whom the duty is laid, or that it was caused by the failure of some other person. The duty in such a case is a duty to do, or abstain from doing, what the statute in absolute terms enjoins; and the breach of the duty is, by itself, negligence without proof of any negligence other than the failure to comply with the imperative statutory direction. I refer also to the judgment of the House of Lords in M'Mullan v. Lochgelly Iron and Coal Co., 5 in which it was held, affirming a judgment of this Division, that failure on the part of employers to fulfil a statutory obligation was, per se, personal negligence on their part. I quote one sentence from

ne della responsabilità per *corporate killing* deve presentare sfaccettature di tipo personalistico, necessarie per completare l'imputazione della responsabilità per un *common crime*.

Coerentemente a tale prospettiva, le violazioni delle prescrizioni cautelari, sanzionate al *par*. 33 dell'*HSWA* 1974, costituiscono solo un "indizio" di *negligence* della *corporation*, fungendo, quindi, da criterio probatorio nella ricostruzione dell'aspetto oggettivo della *negligence*, la cui valutazione deve essere completata anche attraverso un giudizio di tipo "soggettivo", che consiste in un apprezzamento di natura individualizzante in relazione alla struttura organizzativa e la capacità gestionale della singola impresa.

La gestione dell'attività economica assume, pertanto, un rilievo fondamentale, nel cui ambito, inconfutabilmente, l'attività normopoietica dell'azienda, i codici di autoregolamentazione utilizzati, i modelli organizzativi realizzati, costituiscono aspetti e modalità di adempimento di una clausola generale di diligenza, che attribuisce grande autonomia all'impresa e, correlativamente, grande responsabilità[144].

A tal riguardo è da evidenziare una certa elasticità del sistema inglese nel definire il contenuto degli obblighi di sicurezza, la cui morfologia può assumere il volto della *negligence* di *common law*, o dei doveri di fonte statutaria, ma che trova nelle fonti di natura privatistica una concretizzazione normativa dei criteri di imputazio-

---

the speech of Lord Wright (at p. 78), which succinctly sums up the legal position: 'In strict legal analysis, negligence means more than heedless or careless conduct, whether in omission or commission; it properly connotes the complex concept of duty, breach, and damage thereby suffered by the person to whom the duty was owing; on all this the liability depends, and, if this liability is attached by law formally to the employer, as happens in the case of a breach of the statutory duty, the whole position is, I apprehend, correctly described as "personal negligence of the employer."' I reach, therefore, the conclusion that the first part of the direction sought was rightly refused, inasmuch as it left out of account the absolute duty imposed upon the defenders by Regulation 123 (c) in relation to the main cause of action».

[144] In questo senso: di P. French, *Collective*, cit., 48 ss. e *passim*, il processo decisionale interno alla *corporation* diviene elemento sintomatico di un atteggiamento "soggettivo" della persona giuridica, che quindi diviene penalmente responsabile. La possibilità della persona giuridica di organizzare i fattore produttivi in funzione di obiettivi di sicurezza e salute dei lavoratori rende l'ente soggetto eticamente e giuridicamente responsabile, secondo quanto teorizzato anche da H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., 228.

ne soggettiva. Tale indeterminatezza è, tuttavia, compensata da un più penetrante meccanismo di individuazione ed accertamento della violazione di tali obblighi[145].

La *Law Commission* si preoccupa, inoltre, di sottolineare come la valutazione della violazione degli *standards* comportamentali non deve essere un elemento legislativamente definito, in quanto è una questione di fatto, di competenza della giuria, che dovrà basarsi su di un'analisi costi benefici o sulle pratiche diffuse nello specifico settore (*Best practices*)[146].

Secondo queste indicazioni, la giuria compie una prima valutazione sull'"adeguatezza" del comportamento e, successivamente, approfondisce gli aspetti personalisitici, in grado di valorizzare l'effettiva "possibilità di agire diversamente", quale fondamento e limite della sanzione penale, nella sua funzione di general e special prevenzione. Conseguentemente, quando solo attraverso un giudizio basato su conoscenze scientifiche acquisite *ex post* sia possibile

---

[145] Caratteristica tipica dei sistemi di *common law*, è una maggiore sensibilità ai profili processuali di categorie concettuali di diritto sostanziale, come ha rilevato G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, cit., 54: «Non è lecito paragonare il diritto penale inglese con quello continentale senza prendere in considerazione la procedura penale inglese. Ciò che al giurista continentale sembra arretratezza del diritto penale inglese, riposa in gran parte proprio su riconosciuti meriti della procedura penale: sul sistema delle giurie, sulla teoria legale della prova, sul diritto dei giuristi. Un diritto che deve essere applicato da una giuria, deve consapevolmente rinunciare a certe sottigliezze, che solo con difficoltà possono essere rese intelligibili ad un giudice popolare privo di dottrina. Il *law of evidence* costringe ad una più forte accentuazione del lato esteriore del reato nei confronti degli eventi interni all'animo dell'autore, che si possono molto più difficilmente stabilire. Il sistema dei precedenti, infine, porta con sé il pericolo che, per opera di una decisione giuridicamente vincolante, il progresso della scienza giuridica venga interrotto ad un determinato punto del suo sviluppo. Ne deriva che il diritto penale inglese dei nostri giorni, e specialmente la dottrina della colpevolezza, sembrano spesso al giurista continentale essersi fermati ad un grado di sviluppo, che nella storia giuridica continentale appartiene al passato».

[146] Bingham's *Negligence Cases*, London, 2002, 456, 476, l'oggetto del dovere di diligenza comprende l'obbligo di fornire delle istruzioni ed adeguarsi alle *General practice of Industry.* Tuttavia il datore di lavoro, come visto nella valutazione della *negligence*, non potrà avvantaggiarsi di alcuna *defense* se prova di aver agito conformemente alle pratiche consuetudinarie, in quanto l'adeguamento a regole non scritte non è un'indicazione conclusiva sulla *due diligence*, visto che le pratiche possono essere sciatte. Sul punto, diversamente, *Thompson v Smiths Shiprepairers* [1984] Q.B., 405.

valutare i rischi del caso concreto, vengono meno i presupposti sia dell'(in)adeguatezza sociale, sia della colpevolezza[147].

La rilevanza che assumono i doveri di sicurezza, sia di *common law*, che statutari nel complesso giudizio di colpevolezza esclude che il *corporate killing* possa introdurre nuovi oneri a carico dell'impresa, ma, semplicemente, rappresenta una nuova strategia per rendere più efficace la legislazione sulla sicurezza dei luoghi di lavoro, senza aggravare, inutilmente, la posizione dei singoli nell'ambito delle organizzazioni complesse.

*8.1. La proposta dell'*Home office *e il* draft bill *del 2005*

L'*Home Office* sviluppa, ulteriormente, gli spunti di riflessioni emersi nei lavori della *Law Commission* e, per alcuni aspetti, approfondisce profili peculiari della criminalità economica, nell'ambito delle dinamiche societarie e dei gruppi di società. L'ufficio governativo condivide l'analisi in base alla quale gli incidenti sul lavoro sono difficilmente riconducibili alla negligenza di un singolo, quanto piuttosto al fattore condizionante legato al *failure of systems controlling the risk with the carelessness of individuals*, e propone, già nel report del 2000, una nuova *offence*, propria delle *corporations*.

L'*Home Office* presta particolare attenzione agli aspetti empirici della criminalità economica, allo scopo di implementare sul piano dell'effettività i riflessi sanzionatori della nuova disciplina. A tal fine l'ufficio governativo esclude che le sanzioni per *corporate manslaughter*, dirette ai singoli individui, possano avere efficacia deterrente nei confronti della *corporation* ed evidenzia come tali sanzioni, spesso, non impediscono neanche che i singoli *managers* continuino a svolgere e gestire, occultamente, un'attività d'impresa in modo azzardato. Restare ancorati ad una prospettiva punitiva di tipo individuale determina, pertanto, una menomazione della risposta sanzionatoria sul piano della difesa sociale, in quanto la collettività resta

[147] Su questa "doppia posizione" della *negligence* nell'ambito delle più recenti teorizzazioni della dottrina di *common law*, si veda: F. Curi, Tertium datur, cit., 71.

disarmata innanzi ai rischi inerenti ad una attività produttiva gestita, violando regole prudenziali.

Su questo presupposto, l'ufficio governativo ritiene che la sanzione debba indirizzarsi verso la *corporation*, distinguendo nettamente la responsabilità personale dei singoli amministratori rispetto a quella collettiva propria della *corporation*. Diversamente da quanto suggerito dalla *Law Commission*, l'*Home Office* propone nel caso di *corporate manslaughter* di applicare anche ai singoli *officiers* una pena interdittiva, che potenzi l'efficacia deterrente della nuova incriminazione e fornisca uno strumento di difesa sociale[148].

La complessa analisi dell'*Home Office* affronta, come già accennato, il problema dei gruppi societari, e concretamente prevede l'obbligo di ciascun CEO di agire nell'interesse della propria società e non del gruppo, le cui direttive non hanno pertanto alcun rilievo scriminante. Inoltre, come evidenziato da Braithwaite, la tendenza dei gruppi di imprese a decentralizzare le "decisioni rischiose" [149] e, quindi, la responsabilità penale deve essere fronteggiata con l'estensione della responsabilità anche alla società madre, quando questa agisce come società ombra della controllata, cui sono stati trasferite tutte le funzioni inerenti alla gestione del rischio.

La preoccupazione dell'*Home Office* è, fondamentalmente, quella di neutralizzare le strategie elusive, attraverso le quali, nei gruppi di società, le società controllate, oberate dagli oneri di sicurezza, vengono dotate di scarse risorse economiche proprio al fine di evadere gli obblighi penali e i *compensation order* di natura risarcitoria in caso di condanna. Tale meccanismo produce l'effetto di una depenalizzazione di fatto, cui è possibile ovviare attraverso indagini mirate a far emergere come causa della morte del dipendente della controllata sia un eventuale *failure* del *senior management* della controllante.

---

[148] Si accoglie l'osservazione formulata da alcuni commentatori, i quali hanno evidenziato come le sanzioni contro le persone giuridiche siano più effettive quando accompagnata da sanzioni anche contro i singoli, sul punto: C. Wells, *Corporations*, cit., 127. Sul punto si veda, inoltre: B. Sullivan, *Corporate Killing*, cit., 36, 39.

[149] J. Braithwaite, *Corporate Crime*, cit., 308 e *passim.*

Per garantire l'adempimento di *compensation orders*, l'*Home Office* propose anche l'introduzione di un provvedimento di "congelamento" preventivo di tutti i beni dell'impresa, al fine di garantire il risarcimento delle vittime. Tale rimedio – come evidenzia lo stesso *Home Office* – appare tuttavia impraticabile, in quanto contrasta con la Convezione europea dei diritti umani, che sancisce il principio della presunzione di non colpevolezza e vieta, conseguentemente, qualsiasi conseguenza punitiva a prescindere dall'accertamento processuale della responsabilità.

8.2. La riforma (dis-)attesa?

Nel marzo 2005 l'*Home Office*[150] ha presentato un *draft bill* specifico sul *corporate manslaughter*, nella cui premessa il legislatore sottolinea come lo scopo non sia quello di creare nuovi oneri e limiti di fonte regolamentare, ma semplicemente di rendere effettivi i *duties of care* già presenti nell'ordinamento inglese.

In seguito ad una dettagliata analisi e ad alcune proposte avanzate dalla Commissione parlamentare affari interni, lavoro e pensioni, il disegno di legge è stato, ulteriormente, emendato e, infine, emanato nel 2007, entrando definitivamente in vigore il 6 aprile 2008.

Come si è cercato di evidenziare, secondo la strategia c.d. *carrot and stick*, raffigurazione di un sistema misto fra strategie promozionali e misure coercitive, la nuova legge non sostituisce l'apparato normativo contenuto nell'*HSWA* 1974, quanto, piuttosto, ne costituisce un necessario complemento, fornendo alla disciplina di fonte statutaria, caratterizzata da misure *soft* volte alla promozione di una cultura della sicurezza, una più incisiva dotazione coercitiva, in grado di esplicare un'efficace funzione deterrente. Tale complementarietà è confermata dal fatto che la *corporation*, così come i singoli *managers* possano rispondere anche di eventuali violazioni

[150] I tempi della riforma lasciano pensare che forte sia stata una motivazione elettorale a muovere il governo non solo ad introdurre una fattispecie di *corporate killing* (promessa elettorale della campagna del 2000), ma anche di includere fra i soggetti attivi del reato, contrariamente a quanto previsto dalla *Law Commission* ed in altri contesti legislativi, anche la Corona.

dell'*HSWA* 1974, oltre che di omicidio colposo[151], secondo quanto espressamente stabilito dalla *sec.* 19 della legge.

Nell'ambito degli obiettivi delineati dell'*Home Office*, l'effettività della tutela delle vittime, dei lavoratori e della collettività assume una rilevanza assoluta; laddove la disciplina di *common law* del *corporate manslaughter* si è, invece, dimostrata fallimentare nel perseguire tale politica di efficienza e di effettività, come ampiamente emerso nella prassi giurisprudenziale. L'intento riformatore è, pertanto, quello di focalizzare il rimprovero sugli errori manageriali ed organizzativi, in modo da adeguare la risposta normativa alla complessità dei procedimenti decisionali nell'ambito di organizzazioni collettive.

Nel perseguire tale politica, l'*Home Office* – come più volte evidenziato – ritiene opportuno un bilanciamento fra l'effettività di un sistema punitivo e l'esigenza di non oberare eccessivamente il sistema economico di limiti e di oneri penalmente rilevanti, sicchè l'obiettivo del legislatore britannico è, semplicemente, quello di rendere effettiva la già esistente ed abbondante legislazione sulla sicurezza del luogo di lavoro[152]. A tale scopo, attraverso il *corporate manslaughter*, il legislatore britannico intende superare uno schema ascrittivo della responsabilità, che ormai concordemente, dottrina e giurisprudenza, ritengono essere l'anello debole del sistema penale di *common law*, ovvero l'*identification test*, quale criterio di imputazione dei *common crimes*, *mala in se*.

L'aspetto innovativo della nuova fattispecie – come già evidenziato – si incentra su criteri di imputazione alla *corporation* di eventi legati causalmente ad errori e negligenze del modo di esercitare la sua attività, organizzarla e gestirla.

La coerenza sistematica di tale scelta non risponde solo ad un'esigenza di razionalità teorica, ma ha un innegabile riflesso pratico sul piano della effettività della risposta sanzionatoria. La pena colpisce i centri decisionali di produzione del rischio, determinando un'appropriata allocazione delle responsabilità nell'ambito di un concetto meta-individuale di colpevolezza. Coerentemente a tale obiettivo anche il corredo sanzionatorio della nuova legge incide *in primis* sulla strut-

---

[151] Secondo D. Ormerod, R. Taylor, *Corporate Manslaughter*, cit., 595, questa disposizione determinerebbe una violazione del *ne bis in idem.*

[152] Come più volte evidenziato il problema non è prettamente normativo, ma di *enforcement.*

tura aziendale, per cui, oltre ad una pena pecuniaria illimitata, l'apparato punitivo fa perno sul *remedial order*, *sec*. 9, che, secondo lo schema del modello ingiunzionale, impone l'osservanza di obbligazioni di *facere* infungibili[153] e sul *publicity order*, *sec*. 10, a carico della *corporation*, che colpisce, direttamente, l'immagine aziendale.

L'innovazione introdotta con il *corporate manslaughter* non ha, tuttavia, lo scopo di sostituire l'*identification test* con un nuovo modello di ascrizione della responsabilità, bensì di introdurre solo una nuova fattispecie di omicidio proprio della *corporation*. Per tutti gli altri *common crimes* resta valido, quindi, il criterio dell'*identification test*.

La peculiarità della nuova fattispecie è confermata anche dalla *sec*. 18 della legge che esclude un concorso di persone fra *manager* e *corporation*; la responsabilità dell'ente e quella del singolo sono differenziate già sul piano oggettivo, fondandosi su due diversi reati: il *corporate manslaughter* e l'*involuntary manslaughter*. Ciò evidenzia come il *corporate manslaughter* costituisca un'ipotesi di illecito autonomo, che si differenzia strutturalmente dall'omicidio involontario di *common law*, per il profondo coinvolgimento che le caratteristiche del soggetto agente, la *corporation*, imprime al modello di illecito. Questa marcata differenza, ontologica, prima ancora che normativa, impedisce di ipotizzare qualsiasi forma di concorso fra il singolo e la *corporation* nella commissione del *corporate killing*, il quale sembra strutturarsi come reato proprio ed esclusivo dell'ente.

Secondo la definizione contenuta nella legge, una *company* è colpevole di *corporate manslaughter* se il modo in cui le sue attività sono gestite ed organizzate dal senior *management* è causa della morte di una persona e la gestione e l'organizzazione dell'attività lavorativa costituiscono una grave violazione del dovere di diligenza, imposto alla persona giuridica.

La fattispecie, fondata su una condotta meta-individuale, riferibile al *senior management*, potrebbe considerarsi espressione di una visione "olistica" della responsabilità dell'ente, teoria da tempo tratteggiata dalla dottrina[154], come unica prospettiva normativa in

[153] A. Alessandri, *Parte generale,* in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte Generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 52.

[154] Si deve a C. Wells, nella sua celebre monografia, una compiuta teorizzazione della prospettiva olistica nell'ambito della responsabilità penale degli enti. Se-

grado di individuare una reale responsabilità penale degli enti. Le aspirazioni riformatrici auspicate dalla giurisprudenza e le ambizioni teoriche nutrite dalla dottrina – come si avrà modo di evidenziare al termine di questa breve indagine – non sembrano, tuttavia, aver trovato una coerente traduzione nel testo legislativo.

La definizione legislativa di *corporate killing* rinvia, infatti, ad una serie di concetti e categorie penalistiche, che necessitano di ulteriore approfondimento. Tale operazione interpretativa è di notevole complessità e, pur investendo aspetti apparentemente secondari della fattispecie, può produrre effetti distorsivi della *ratio legis* sul piano applicativo.

8.2.1. Le condizioni di operatività del corporate manslaughter

Secondo la *sec.* 1 del *Corporate Manslaughter* e *Corporate Homicide Act* 2007 una persona giuridica è penalmente responsabile se il modo in cui vengono gestite ed organizzate le sue attività: 1) causa la morte di una persona; 2) ed integra una grave violazione di uno specifico dovere di precauzione nei confronti della vittima[155].

Scomponendo quest'ultimo requisito della fattispecie, attraverso i diversi elementi normativi che lo costituiscono, risulta chiaro quanto sia articolato il processo di imputazione della responsabilità.

a) il nesso di rischio

Il primo elemento da cui partire è il nesso di rischio fra la condotta e l'evento, requisito implicito, che affiora nell'accertamento dell'esistenza del *duty of care.*

La persona giuridica deve essere obbligata da un *duty of care*, ovvero da un dovere di protezione e controllo nei confronti di par-

---

condo alcuni commentatori la scelta del legislatore inglese consiste, invece, in una implicita adesione alla teoria dell'aggregazione. Per una forma di responsabilità, diretta, delle persone giuridiche, secondo un approccio "olistico", in Italia, A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità della* societas, in *St. sen.*, 2006, 239, 265 ss.; C.E. Paliero, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 288.

[155] Letteralmente: «An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised – (a) causes a person's death, and (b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased».

ticolari categorie di persone o in settori di attività specifici, definiti dal *common law* o, in alcuni casi, anche da espressa previsione legislativa, come emerge dalla *sec*. 2 comma 4.

La *sec*. 2 specifica che il significato di un "*relevant duty of care*", in relazione ad un'organizzazione, consiste in un dovere "*owed under the law of negligence by the organisation*". Affinché possa muoversi un rimprovero, deve esistere giuridicamente, in capo alla *corporation*, un particolare dovere precauzionale nei confronti della vittima, che informa le condizioni e le modalità di attività dell'organizzazione. L'esistenza di un *duty of care* costituisce una questione di diritto, che è compito del giudice individuare, secondo le regole della *civil negligence*.

L'*Home Office* si preoccupa di specificare, anche dal punto di vista contenutistico, quali tipi di regole precauzionali possano dare luogo a responsabilità per *corporate manslaughter*, attraverso una dettagliata elencazione della *sec*. 2.

Il fatto di specificare il contenuto del precetto e la relazione fra la finalità precauzionale e il rischio che si è concretizzato nell'evento, pone in luce il nesso (di rischio), che fonda l'attribuzione di responsabilità e delimita, in funzione dello scopo della norma, la porzione di rischio non più tollerato nello svolgimento di attività consentite. È innegabile che in questo modo, oltre a valorizzare lo specifico contenuto precauzionale della norma, si recupera effettività, in quanto si rende trasparente la correlazione fra norma violata ed attribuzione di responsabilità, esaltando la c.d. funzione di richiamo della fattispecie.

Secondo la definizione legislativa la nuova fattispecie si realizza quando il *management failure*, che cagiona la morte di una persona, si caratterizza per essere una *seria* violazione di un significativo dovere di precauzione.

L'accertamento di una grave violazione del *duty of care* è una questione di fatto, di competenza della giuria. In questo processo di ascrizione della responsabilità, una complessa interrelazione fra il *duty of care* del sistema giuridico di *common law* e gli *standard* precauzionali di *statutory law*, ovvero fra formante giurisprudenziale e legislativo, scandisce le diverse fasi dell'accertamento della *negligence* di *common law*.

L'*Home Office* sottolinea come non ogni *breachs of duty of care* costituisca la base per l'imputazione della nuova fattispecie penale, bensì solo quei comportamenti che integrano un'ipotesi di *gross negligence* e, accogliendo la definizione della *Law Commission*, definisce colpa grave una condotta che si allontana notevolmente dagli *standards* comportamentali che era ragionevole fossero adottati in quelle determinate circostanze.

Proprio l'importanza delle norme statutarie ha indotto il legislatore britannico a fornire una definizione del concetto di "*health and safety legislation or guidance*", specificandone alla *sec.* 8 il significato. Tale locuzione ricomprende qualsiasi normativa correlata alle questioni di sicurezza e salubrità, in particolare la legge *HSWA* 1974[156]: ogni codice, regolamento, manuale o analoga pubblicazione, che concerne la materia della salute e della sicurezza, anche emanate dalle autorità preposte alla sua attuazione[157].

La legge alla *sec*. 8 fornisce una serie di *statutory criteria*, che possono, però, solo fornire una cornice per guidare, ma non vincolare l'attività di *adjudicating* della *organisation's culpability.*

La giuria è libera di formare il proprio giudizio, avendo riguardo a qualsiasi altra circostanza che ritiene rilevante per la questione, escludendo che l'indicazione della "*health and safety legislation or guidance*" abbia un carattere esaustivo.

Ciò consente alla giuria di verificare se atteggiamenti, politiche, sistemi e prassi aziendali abbiano, in qualche modo, incoraggiato o tollerato simili violazioni. Seguendo l'esempio dell'ordinamento australiano, la legge inglese tende a dare ampio risalto anche alla disciplina e alla politica aziendale nella valutazione della responsabilità dell'ente[158].

---

[156] Interpretazione chiarita alla *sec.* 25 «any enactment dealing with health and safety matters, including in particular the Health and Safety at work or any legislation made under such act».

[157] Puntualizzazione contenuta alla *sec.* 8. «Any code, guidance, manual o similar publication that is concerned with health and safety matters and is made or issued (under an enactment or otherwise) by an authority responsible for the enforcement of any health and safety legislation».

[158] C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., 172; G. De Vero, *La responsabilità penale*, cit., 77 ss.; R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 103.

La giuria deve valutare, quindi, se la condotta della *corporation*, che ha violato una prescrizione di sicurezza di qualsiasi fonte, sia notevolmente difforme dagli *standard* precauzionali, ovvero si allontani in modo apprezzabile da ciò che era ragionevole aspettarsi (test di *gross negligence*) in quelle specifiche circostanze[159]. In questa valutazione, come emerge dalla *sec.* 8 della legge, non può avere rilievo solo la mera violazione di una norma precauzionale, ma si deve necessariamente valorizzare tutta l'attività gestionale e normativa della *corporation.*

Per alcuni aspetti la nuova legge esprime una sintesi unitaria della relazione concorrente fra *statutory duties* e *common law negligence*. Le diverse sfaccettature del *duty of care* interagiscono attraverso un processo "osmotico" di contenuti precauzionali di fonti diverse, favorendo una maggiore convergenza, sul piano pratico, dei due modelli di tutela, tracciati nello *statutory law* e nel *common law* (carota e bastone).

Particolare rilievo assume lo stretto rapporto che l'*Home Office* delinea fra la legge scritta e il concetto di *negligence* nell'ambito della *corporation*. In base ad una più stretta connessione, registrata da tempo, sul piano contenutistico, fra *common law duties* e *breach of statutory duty*, è possibile delineare anche un concetto composito ed articolato di responsabilità che offre un quadro globale del comportamento della *corporation*, evitando la frantumazione della responsabilità e del precetto precauzionale in settori di disciplina non coordinati.

b) management failure

Il processo di ascrizione della responsabilità penale, infine, deve essere indirizzato verso l'accertamento di una falla nel sistema organizzativo e gestionale del *risk management* ed *assessment*, piuttosto che su una casuale ed isolata inadempienza del singolo.

In particolare il cuore della nuova fattispecie è un *management failure* da parte del *senior management*[160]: al comma terzo della *sec.*

---

[159] S. Griffin, *Corporate Manslaughter*, cit., 158 s.

[160] Nella versione originaria del 2005, il disegno di legge faceva riferimento al *senior manager*, poi sostituito con il concetto di *senior management.*

1 il legislatore britannico puntualizza che l'ente risponde, allorquando il modo in cui l'attività è gestita ed è organizzata dal *senior manager* costituisce un elemento sostanziale della violazione dell'obbligo di precauzione[161]. La responsabilità si afferma solo per come viene gestita l'attività della struttura apicale dell'ente, piuttosto che per una singola violazione.

La limitazione della responsabilità solo rispetto agli errori del *senior management* è introdotta al fine di colpire i reali centri decisionali della politica aziendale o di una parte sostanziale di essa. Tuttavia la delimitazione attraverso il concetto di *senior management* della responsabilità d'impresa rischia di sfumare in un'indicazione troppo generica, per cui il legislatore britannico si preoccupa di indirizzare l'indagine solo verso i soggetti che hanno un ruolo rilevante.

Secondo la definizione legislativa il *senior management* è composto dalle persone che giocano un ruolo significativo a) nell'assumere decisioni su come l'attività o una parte sostanziale di essa deve essere gestita; oppure b) nel gestire e nell'organizzare della stessa[162].

Il *senior management* rappresenta, quindi, la struttura apicale che incide nel processo decisionale o gestionale dell'intera o anche di una parte sostanziale dell'attività esercitata dalla *corporation*. Questa definizione implica, pertanto, che il giudizio di responsabilità è condizionato e ritagliato sul tipo e sulle dimensioni dell'azienda. L'astrattezza della definizione legislativa deve essere, pertanto, "ridotta" attraverso la disciplina e la struttura societaria, per riflettere, in una corretta dimensione applicativa, le responsabilità e le funzioni stabilite nel concreto organigramma aziendale.

Il disegno di legge del 2005 richiedeva, inoltre, l'accertamento della consapevolezza dei rischi o della loro conoscibilità da parte del *senior manager*. La prova di questa conoscenza o conoscibilità – se-

---

[161] Letteralmente: «An organisation is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection».

[162] Secondo la definizione legislativa, il *senior management* è costituito da coloro i quali: «play a significant role in the making of decisions about how the whole or substantial part of the company's activities are to be managed or organized or play a significant role in the actual managing or organizing of the whole or a substantial part of those activities». Sul punto S. Griffin, *Corporate Manslaughter*, cit., 156 ss.

condo quanto indicato dall'*Home Office* – sarebbe rinvenibile attraverso un'indagine sull'attività della *corporation*, ove assumono rilievo precedenti violazioni eventualmente contestate attraverso sanzioni amministrative della *improvement* oppure dalla *prohibition notice.* Questa clausola è stata eliminata nella versione definitiva della legge, ove compare, tuttavia, un nuovo elemento delimitativo della responsabilità: il *senior management failure* deve essere un fattore *sostanziale* della grave violazione del dovere precauzionale e/o prevenzionale. Non è chiaro se il contributo sostanziale del *senior management failure* sia escluso dalla rilevanza causale della condotta individuale del *middle-manager* o di qualsiasi altro dipendente della *corporation*. Questo elemento molto probabilmente condizionerà in modo "sostanziale" l'operatività della fattispecie, offrendo un facile *escamotage* processuale per eludere la responsabilità dell'ente[163].

9. *Considerazioni critiche*

Il panorama giuridico di *common law* sembra offrire orizzonti di innegabile interesse ed originalità per la costruzione normativa della responsabilità penale dell'ente nella fattispecie di omicidio colposo. La regola cautelare della persona giuridica è costruita, nell'articolato quadro giuridico della sicurezza del lavoro, attraverso una co-autoria fra il legislatore e i soggetti privati, esempio di sincretismo fra *public regulation* e *private regulation*. Gli *standards* di sicurezza, che definiscono le *regulatory offences* (*mala quia prohibita*), rappresentano la struttura normativa della regola cautelare (ovvero una forma di tutela preventiva, che stigmatizza comportamenti precriminali), specificata nell'ambito della organizzazione aziendale attraverso regole di fonte privatistica. Tali *standard* costituiscono elementi strutturali del più ampio concetto di *negligence*, fondamento del modello di imputazione dell'evento morte.

[163] Questa è la critica rivolta da D. Ormerod, R. Taylor, *Corporate Manslaughter*, cit., 600 ss.

Il criterio di imputazione, delineato dalla riforma, presenta, tuttavia, alcuni aspetti contraddittori, che potrebbero riproporre le medesime difficoltà applicative già emerse nell'ambito dell'*identification test*.

Sebbene, infatti, la riforma ricostruisca in modo coerente quella che potrebbe essere la rete normativa, in cui si intrecciano *common law duties*, *stautories duties*, *codes of conduct*, nella definizione del "programma precauzionale" che la *corporation* deve adottare, questa complessa valutazione normativa, rischia di ridursi all'accertamento del comportamento illecito del *senior manager*.

Se il presupposto di attribuzione della responsabilità è incardinato esclusivamente nel *failure* del *senior management*, ancorché non sia necessario l'accertamento della responsabilità penale individuale, la responsabilità dell'ente potrebbe essere confusa con la condotta dei singoli *senior managers*. La stessa definizione legislativa, tra l'altro, non si emancipa da una prospettiva individualista, in quanto ritaglia la struttura apicale attraverso il ruolo che i singoli esercitano[164].

La scelta legislativa di incentrare il modello di responsabilità sugli errori del *senior manager*, anche se presentato in modo impersonale con la locuzione di *senior management*, si presta, quantomeno, ad una lettura riduttiva, in cui rileva solo l'accertamento dell'obiettiva illiceità del comportamento singolo, senza tuttavia addentrarsi nelle valutazioni di colpevolezza.

Questa condizione non sembra svincolarsi dalla prospettiva filosofica e politico-criminale di carattere individualistico, proprio dell'*identification test* e, pertanto, è inespressiva del vero significato della *corporate fault*. Secondo i primi commentatori[165], più che una prospettiva "olistica", la nuova legge sull'omicidio della *corporation* sembra tradurre normativamente gli assunti dell'*aggregation theory*, secondo la quale la responsabilità dell'ente andrebbe ricostruita in base ai comportamenti concorrenti dei singoli, privi di significato giuridico, se assunti nella loro dimensione individuale, ma in

---

[164] Critiche in questo senso erano già state sollevata rispetto al concetto di *management failure*, da C. Wells, *Corporations*, cit., 126 s. Sul punto si veda, inoltre, S. Griffin, *Corporate Manslaughter*, cit., 156 ss.

[165] In questo senso: D. Ormerod, R. Taylor, *Corporate Manslaughter*, cit., 598.

grado di dare contenuto ad una forma di colpevolezza d'organizzazione, se letti in una prospettiva collettiva, in una sorta di "somma algebrica"dei singoli comportamenti e stati mentali.

La difficoltà di individuare, inoltre, l'errore del senior management può essere di facile ed immediata soluzione rispetto alle piccole imprese, ma imprese di grandi dimensioni rendono opaca la linea di divisione dei poteri

Un modello, realmente alternativo, dovrebbe prescindere da qualsiasi condizione individuale e focalizzare l'attenzione sull'attività dell'ente, sulla forma e sulla modalità di organizzazione e sulla disciplina intraziendale come espressione dell'*ethos*, della cultura aziendale. In questa valutazione, il giudizio di riprovevolezza si fonderebbe su una complessa ponderazione di fattori, in cui la disciplina aziendale può assurgere, insieme alla sua effettiva adozione, a sintomo o di *negligence* o di *compliance*.

La versione definitiva della legge sul *corporate manslaughter* introduce, inoltre, un elemento delimitativo della responsabilità dell'impresa, che può inficiare l'effettività dell'intero apparato punitivo: secondo la *sec.* 1 la negligenza organizzativa, decisionale, gestionale della struttura apicale devono assurgere a fattore sostanziale nella violazione della regola precauzionale causa della morte.

Oltre ai prevedibili problemi interpretativi, legati all'indeterminatezza della formula utilizzata dal legislatore, si potrebbe registrare la paradossale situazione in cui la morte può essere causalmente legata ad un singolo atto, anche intenzionale del *senior manager* e, tuttavia, non essere imputata alla *corporation*, se non si ha la prova che la violazione, causa della morte, è stata determinata, in modo *sostanziale*, da come il *senior management* ha gestito ed organizzato l'attività produttiva. Sul piano applicativo, la nuova disciplina potrebbe, quindi, avere persino un'operatività più ristretta, rispetto a quella delineata attraverso il criterio giurisprudenziale dell'*identification test*, in cui qualsiasi stato mentale dei soggetti che rappresentano la "*controlling mind*" della *corporation* viene "trasferito" all'ente, in base ad un rapporto di immedesimazione organica. Questa scelta, da alcuni commentatori accolta con favore, perché sarebbe in concreto effettivamente armonica con il principio di responsa-

bilità penale personale[166], trascura una dato empirico-criminologico, in base al quale i *senior management*, intenzionalmente, trasferisce decisioni rischiose verso il basso, ovvero sarebbero "i vertici societari ad implementare o quanto meno a favorire questi processi, al fine appunto di occultare responsabilità facenti sicuramente capo a difetti di organizzazione e di vigilanza all'interno dell'impresa, se non addirittura a precise politiche devianti"[167].

Nonostante tali profili critici, la legge sul *corporate manslaughter* costituisce per il giurista italiano una prospettiva d'indagine fondamentale per sottoporre ad un vaglio critico l'evoluzione della responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica.

Alla luce dei risultati raggiunti nel panorama comparato, la scelta del legislatore italiano, nel d.lgs. 231/2001, appare costruita su modelli di responsabilità obsoleti, collocati in un'ottica ancorata alla responsabilità del singolo[168]. Anche nell'ipotesi di responsabili-

---

[166] Sul punto, invece, condivide tale limitazione della responsabilità penale G. Gentile, *L'illecito colposo*, cit., il quale ritiene che tale presupposto sia espressione del principio di personalità della responsabilità colpevole. Bisogna, tuttavia, osservare che se, da un punto di vista dommatico, tale limitazione risponde ad una logica garantista, da un punto di vista politico-criminale e criminologico, trascura, del tutto, un dato ben evidenziato nella dottrina e nella prassi dei paesi di *common law:* ovvero sono sempre più i quadri intermedi a commettere i reati, mentre il *senior management* è totalmente "estraneo" alla commissione del reato, in base ad una divisione dei compiti fra vertici dell'impresa che nella "decentralizzazione" delle decisioni a rischio penale trova un efficace *escamotage* nell'elusione della responsabilità penale. Evidenzia la difficoltà di individuare una *sostanziale negligence* del *senior management*, prendendo ad esempio il caso Southall: J. Gobert, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen Yeras in the Making but was it Worth the Wait?*, in *Mod. Law Rev.*, 2008, 413, 417. A ciò si aggiunga, che la stessa impresa potrebbe "attribuire" tutta la responsabilità penale al comportamento volontario del *senior management*, facendo venir meno il presupposto, sostanzialmente, di natura colposa di un *management faliure*. Si veda, in Italia, il caso della Costa Concordia, in cui sin dal primo momento la linea difensiva della società è stata quella di imputare la responsabilità di compiere la manovra "dell'inchino", ad una scelta del capitano. Sul punto: F. Curi, "*Finchè la barca va...*" *(Il fatto sconsiderato dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch.pen.*, 2012, 1.

[167] Così, testualmente, G. De Vero, *La responsabilità*, cit., 28; C. de Maglie, *Etica e mercato*, cit., 277, L. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., 256

[168] Nonostante l'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 sancisca la piena autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella del singolo, tale disposizione appare incoerente con i criteri oggettivi di imputazione del reato enucleati all'art. 5, incentrati su modello legato alla teoria della immedesimazione organica. Non possono,

tà autonoma prevista dall'art 8 d.lgs. n. 231/2001, sebbene non sia richiesto l'accertamento della responsabilità penale individuale, è, tuttavia, necessario verificare l'esistenza obiettiva di un fatto di reato, realizzato materialmente dal singolo, anche non identificato, o non imputabile, o non punibile per cause diverse dall'amnistia[169].

La responsabilità dell'ente sembrerebbe accedere, secondo i criteri oggettivi enucleati all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, al reato di un soggetto qualificato, che ha agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente[170]. Sostanzialmente si afferma non una forma di responsabilità autonoma della persona giuridica, ma uno schema ascrittivo della responsabilità, affine ai modelli di responsabilità indiretta o *par richocet*[171].

---

pertanto, essere ignorati tali elementi di contraddittorietà e di ambivalenza della disciplina italiana, che, da un lato, rivendica piena autonomia, secondo le più avanzate elaborazioni della *corporate criminality*, dall'altro, invece, tratteggia un modello di responsabilità "indiretta" della persona giuridica. Sulla controversa collocazione ed interpretazione dell'art. 8 del d.lgs. N. 231/2001 si veda: G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 148, 168, 204 ss. Si veda sul punto F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, cit., 1 ss. il quale ritiene che il *novum* della disciplina della responsabilità dell'ente consiste nell'introduzione di una «fattispecie pluri-ascrittiva eventuale, in base alla quale la responsabilità dell'ente risulta, ad un tempo, *subordinata* al reato realizzato dalla persone fisica e *autonoma* dalla responsabilità di quest'ultima».

[169] D. Pulitanò, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, 853, 963, il quale auspica, in particolare rispetto ai reati colposi, l'introduzione di un criterio «che svincoli in modo chiaro e completo la responsabilità dell'ente dal fatto colposo d'una singola persona fisica».

[170] Non è privo di significato che spesso la responsabilità degli enti venga annoverata quale forma di manifestazione del reato, nell'ambito del concorso di persone. In questo senso individua nella responsabilità dell'ente una forma di concorso necessario C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in AA.VV., Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 17, 24; mentre M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 393, 410, qualifica la responsabilità dell'ente come forma di concorso anomalo.

[171] In questo senso: M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 393, 405. Sui diversi modelli di disciplina: G. De Simone, *Persone giuridiche e diritto penale: i paradigmi di responsabilità ipotizzabili*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 69 ss.; Id., *La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparatistica*, in AA.VV., Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 217 ss.

Differente, invece, la forma di responsabilità costruita per il *corporate killing* ove, effettivamente, già la fattispecie oggettiva è strutturata come fatto autonomo proprio dell'ente, che, a causa di una disfunzione organizzativa dell'apparato manageriale, ha gestito i fattori produttivi, violando un rilevante dovere di diligenza, indirizzato alla salvaguardia della salute e della sicurezza del lavoratore.

Anche rispetto ai criteri soggettivi di imputazione del reato all'ente, mentre la soluzione legislativa britannica tendenzialmente valorizza la *negligence* dell'ente, quale espressione di un atteggiamento riprovevole, che affiora dalla cultura, dall'etica e dal "modo di vita" dell'ente, in Italia, invece, la colpevolezza d'organizzazione, così come tratteggiata dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 esprime un giudizio di responsabilità fondamentalmente in termini negativi[172], mentre la colpa d'organizzazione, ricostruita dalla disposizione dell'art. 7 d.lgs. 231/2001, sembrerebbe delineare una forma di agevolazione colposa: in entrambi i casi manca una valutazione "personale" dell'illecito proprio dell'ente. In base all'art. 6 la responsabilità dell'ente si fonda su una forma ibrida di colpevolezza, in cui non si richiede la prova in positivo del comportamento illecito, quanto la prova di una eccezione difensiva[173] (che potrebbe accostarsi alle *due diligence defence* di *common law*), ovvero che l'ente ha adottato ed efficacemente applicato modelli organizzativi volti ad impedire la commissione di un reato.

---

[172] E.R. Belfiore, *Colpevolezza*, cit., 1752, l'A. evidenzia come, a causa della scarsa tassatività di tutta la disciplina contenuta nel d.lgs. 231/2001, il giudizio sulla colpevolezza dell'ente si trasformi in "colpa per condotta di vita dell'ente", con palese deviazione da quei principi garantistici, *in primis* il principio di colpevolezza, che fondano, limitandola, la responsabilità penale "tradizionale", ovvero delle persone fisiche.

[173] D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415, 429 individua nell'art. 6 una causa di esclusione della punibilità, mentre individuano una scusante nell'adozione dei modelli organizzativi: G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126, 1135; G. De Simone, *Persone giuridiche e diritto penale*, cit., 107; F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in cit., 2004, 1, 10; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa degli enti, il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1103.

L'art. 7 adotta, invece, una formula ambigua, basata su un'imperfetta costruzione della colpa d'organizzazione, non essendo possibile enucleare vere e proprie regole cautelari, né adottare i criteri di individuazione ed accertamento dell'illecito colposo, se non attraverso un percorso ermeneutico incerto e controverso[174]. In conclusione risulta che la responsabilità dell'ente è pur sempre "indiretta"[175] e, tra l'altro, a causa della genericità dei modelli organizzativi diffusi nel sistema economico italiano, privi di qualsiasi efficacia performativa sui concreti comportamenti aziendali ed esenti da qualsiasi forma di controllo preventivo e continuativo da parte di organi amministrativi di controllo, assolutamente disfunzionale in un'ottica di valorizzazione della responsabilità dell'ente come responsabilità colpevole[176].

---

[174] F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità*, cit., 12, solleva la questione della «predeterminabilità di un *modello* che dia all'ente garanzie di esenzione da pena. Come è stato opportunamente osservato, sotto questo profilo l'indeterminatezza del modello ripropone la stessa carenza di tipicità che attraverso l'intero campo della colpa (generica). Ciò non significa però che la tensione tra funzione preventiva delle regole cautelari e l'istanza di legalità debba considerarsi irrisolta o irrisolvibile; tanto meno può accertarsi l'idea che essa venga risolta con il sacrificio della legalità. La strada da percorrere sembra dunque quella di estendere alla responsabilità da reato gli sforzi compiuti nel campo della colpa generica affinchè la sua normativizzazione consenta di compensare la perdita che essa produce sul versante della colpevolezza, con l'incremento che ne può conseguire sul piano della determinatezza». Tale è la prospettiva che anima la riflessione più generale sul diritto penale del rischio di L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Il rischio da ignoto tecnologico*, 2002, 85, 105 ss.

[175] Sul punto si veda G. De Vero, *La responsabilità*, cit., 116, nota 5, pur qualificando come "diretta" la responsabilità dell'ente delineata nella normativa italiana, puntualizza che tale qualifica deve essere assunta nella sua valenza "minima", se comparata ai modelli di responsabilità delle persone giuridiche del sistema inglese ed australiano.

[176] Da questo punto di vista sono condivisibili le osservazioni critiche di G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126, 1142; Id., *La responsabilità*, cit., 198; G. Marinucci, *"Societas puniri potest"*, cit. 1198; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 434; F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 54; Id., *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 382, 389. Seppur con diverse argomentazioni e diverse sfumature, evidenziano non solo l'assoluta inefficacia di modelli normativi basati su codici etici ed autodisciplina, ma anche il *vulnus* al principio di legalità. Sul punto si veda, inoltre, F. Giunta, *Attività bancaria.*, 13, il quale coglie l'analogia con disciplina della sicurezza del lavoro, in particolare per l'introduzione di "una regola cautelare procedimen-

Come si avrà modo di verificare nel corso del capitolo dedicato all'analisi del sistema italiano, la normativa italiana solleva, inoltre, dubbi e perplessità in particolare rispetto all'imputazione all'ente di reati colposi, che, nondimeno, devono essere realizzati sempre nell'interesse e a vantaggio dell'ente. Di questa aporia si darà conto nel capitolo V.

---

tale (o protocollare), rimessa interamente all'ente collettivo, che provvede a darvi effettività attraverso una formazione privata". Tuttavia le riflessioni critiche sono sicuramente calzanti nei confronti della legislazione italiana, in particolare per l'assenza di meccanismi ed organismi di controllo che intervengono preventivamente a vigilare sulla legittimità e sull'efficacia di normative aziendali e privatistiche, ma potrebbero risultare eccessive se volte a negare la validità di un nuovo modello di regolamentazione ed affermazione della responsabilità sociale e penale dell'impresa, ormai diffuso nell'ambito dei sistemi di *common law.* Per ora è difficile trarre le conclusioni su queste nuove forme di integrazione fra regolamentazione pubblica e privata, sarà la forza attrattiva di tali modelli giuridici, basata ovviamente sull'efficacia degli stessi, a tratteggiare un quadro più completo ed attendibile in grado di guidare anche le scelte del futuro legislatore.

Capitolo IV

LA TUTELA DELLA SICUREZZA DEL LAVORO NEGLI USA: COSTI E BENEFICI DI UN APPROCCIO EFFICIENTISTA

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'origine e l'evoluzione della sicurezza del luogo di lavoro negli USA. – 3. L'esperienza americana della tutela del lavoro: OSHA (*Occupational Safety and Health Act* 1970). – 4. L'approccio cooperativo e consensuale dell'organo di controllo. – 4.1. L'attività ispettiva. – 4.2. Poteri sanzionatori. – 5. Le fonti del dovere di prevenzione. Complementarietà ed integrazione fra *standards OSHA* e *compliance program*: "costi e benefici" di una politica *market oriented.* – 5.1. *General Duty Clause.* – 5.2. L'istituzionalizzazione della dimensione aziendale. *Compliance program*: dinamismo e settorializzazione delle regole cautelari. – 6. La struttura dei *compliance program* e il ruolo fondamentale della dimensione informativa. – 6.1. La valorizzazione dei *compliance program* nell'esperienza nordamericana. – 7. La violazione degli *standards* e della *general duty clause*: l'(in)efficienza delle regole del mercato per la tutela del lavoratore. – 8. L'(in)effettività di un approccio punitivo. – 8.1. L'omicidio della *corporation.* – 9. Il diritto penale del "controllo mediante organizzazione".

1. *Introduzione*

La regolamentazione sulla sicurezza del lavoro nord-americana segue un percorso per alcuni aspetti analogo al modello britannico, sebbene sul piano della concreta effettività si connota per caratteri indiscutibilmente legati ad una filosofia economica e sociale, marcatamente improntata ad una visione di libero mercato.

Fino all'emanazione del testo federale del 1970 sulla sicurezza dell'ambiente lavorativo, i costi degli incidenti e delle malattie professionali vengono considerate esternalità, che, a causa dell'ineffet-

tività di un meccanismo meramente risarcitorio, venivano "scaricate" sugli stessi lavoratori, vittime di un sistema lavorativo insalubre o pericoloso. Diversamente dal sistema britannico, nel *common law* nord-americano non si era affermato un *duty of care* del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, per cui anche una mera tutela risarcitoria era destinata al fallimento, perché poco radicata nella coscienza giuridica delle corti americane.

L'assenza di una dimensione pubblicistica, nell'ambito della sicurezza del lavoro, ha portato ad un'incentivazione di rimedi, su base volontaria, come la *self-regulation*, nel tentativo di arginare nuovi interventi legislativi in un sistema giuridico delle attività economiche, già in altri ambiti iper-regolamentato.

Forse a causa di questa accentuazione della regolamentazione su base volontaristica, nell'esperienza americana della sicurezza del lavoro la *law in the books* differisce dalla *law in action*, in quanto solo il contesto applicativo permette di cogliere l'(in-)influenza che il sistema giuridico ha nell'ambito delle attività economiche[1]. Se il sistema nord-americano suscita un forte interesse, nonché esercita una grande forza attrattiva sui sistemi europei, dovrebbe, far riflettere come l'aver perseguito, attraverso la deregolamentazione e la privatizzazione delle discipline di interesse pubblico, un obiettivo di efficienza preventiva, abbia comportato una compressione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Nella valutazione costi-benefici, che, in un'ottica efficientista, informa tutto il sistema statunitense della sicurezza del lavoro[2], la tutela dei diritti non ha una prevalenza assoluta, ma è sempre un elemento da bilanciare con gli interessi economici.

Lo stesso sistema nord-americano, in conseguenza degli scandali finanziari, sembra aver mutato tendenza, registrando un'inversione del processo di *deregulation*, orientandosi verso un modello di

---

[1] Sull'evoluzione e sull'affermazione della disciplina della sicurezza del lavoro: B.W. Mintz, *OSHA. History, Law, and Policy*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington, 1984, 339.

[2] Maggiormente marcata è la contrapposizione evidenziata da A. Zini, *Il quadro normativo per la tutela della salute dei lavoratori*, cit., 47, fra l'approccio efficientista nord-americano e la cultura dell'efficacia, propria del sistema continentale europeo.

controllo pubblico del mercato economico, più incisivo, che preconizza un lento ridimensionamento delle politiche neo-liberali, perseguite dall'amministrazione Reagan in poi.

Come per il sistema inglese, anche per quello americano è possibile distinguere due strategie regolative, che corrono parallele secondo il modello *carrot and stick*, suddividendo, così, l'analisi dell'azione *proactive*, promozionale, da quella *reactiva*, deterrente e punitiva.

Se il modello *carrot and stick*, che informa tutta la regolamentazione dell'attività economica americana costruisce un *pattern* teorico di indubbio interesse per il giurista europeo, tuttavia, per analizzare fecondamente questo modello sarebbe necessario allargare l'orizzonte di indagine a tutti gli strumenti regolativi, giuridici ed extragiuridici, che concorrono alla realizzazione di una complessa strategia di controllo dell'attività economica.

È difficile cogliere la rilevanza del solo fattore repressivo-punitivo, legato alla sanzione penale, se non si conosce la carica punitiva che, nel sistema nord-americano, esercita la sanzione civile, né è possibile apprezzare la reale efficacia del modello regolativo, se non si conosce l'attività di *enforcement* degli organi amministrativi di controllo. Tutto ciò richiede una competenza che, inevitabilmente, esorbita dai confini che delimitano lo sviluppo di questa analisi, per cui saranno solo cursoriamente trattate.

Quale considerazione preliminare è opportuno segnalare come una politica sociale, economica e criminale così complessa, sia minacciata da un rischio di inoperatività, accresciuta dal fatto che, da un lato, l'azione *proactive* dell'agenzia di controllo, finalizzata alla prevenzione e al *compliance*, è indebolita da rimedi giurisdizionali, riconosciuti al datore di lavoro, che, seppur legalmente, non solo ostacolano un'efficiente attività di *enforcement*, ma influiscono sulla attività normativa dell'agenzia di controllo. Dall'altro, una politica liberista, volta al ridimensionamento del controllo pubblico sul mercato, ha progressivamente ridotto le risorse economiche ed umane, destinate all'attività di controllo[3]. L'inefficienza dei controlli e,

[3] Così: S.A. Shapiro, T.O. McGarity, *Workers at Risk, the Failed Promise of the Occupational Safety and Health Administration*, Westport, 1993, *passim*. Si

conseguentemente, l'ineffettività della disciplina della sicurezza del lavoro costituiscono un argomento a favore delle forze industriali ed economiche, che, nell'ottica di un'aspirazione totalmente liberista e deregolamentata del mercato del lavoro, insistono sull'inutilità di una *public regulation*, e rivendicano una maggiore autonomia nell'ambito di un sistema normativo più flessibile[4].

Il profilo reattivo del sistema, basato sullo strumento dello "*stick*", dimostra un'analoga debolezza, sul piano applicativo: l'azione-reazione repressiva, predisposta dal "tradizionale" sistema pena-

---

veda, inoltre, BNA Special Report, *Occupational Safety & Health: 7 Critical Issues for the 1990s*, Washington, 1989, 1. Durante l'era reganiana l'agenzia di controllo sulla sicurezza del lavoro ha subito un taglio del personale di oltre un terzo, costringendo l'organo di controllo a rivedere i piani di ispezione. La soluzione adottata si fondava esclusivamente su un rapporto di fiducia con le imprese: infatti venivano escluse dall'attività ispettiva le aziende che riportavano una bassa percentuale di incidenti. Ovviamente questo sistema ha indotto i datori di lavoro a non denunciare gli incidenti, pertanto sull'entità della morti bianche e sul numero di incidenti occorsi sul luogo di lavoro vi è un elevata cifra oscura, con valutazioni approssimative e discordanti fra le varie agenzie di controllo ed istituzioni federali e statali. Sul punto si veda, inoltre, A. Rycroft, *Corporate Homicide*, in *Afr. J. Crim. Just.*, 2004, 141, 146. Come si avrà modo di evidenziare, questo è l'assunto della *capture theory*, che contesta la legittimità e l'efficacia del sistema di controllo, indebolito dalle pressioni dei poteri economici.

[4] Secondo un approccio meramente economicista, corrisponde, comunque, ad un interesse del datore di lavoro garantire la sicurezza dell'ambiente lavorativo: in questo modo, infatti, diminuirebbero i costi, che l'impresa deve affrontare per rimedi risarcitori e giorni di lavoro persi. In questo senso si esprime anche la dottrina aziendalista: sul punto P. Bastia, *Implicazioni organizzative*, cit., 30. Indipendentemente, quindi, dalla presenza di una regolamentazione pubblica, le forze economiche si mostrerebbero sensibili alla tutela di questo tipo di interessi, sebbene per motivazioni meramente legate ad una valutazione costi-benefici. Significativo è il dissenso espresso da Teplow, rappresentante dei datori di lavoro e vicepresidente dell'*Industrial Relation of American Iron and Steel Institute*, il quale non solo sottovaluta il problema della sicurezza del lavoro, che non rappresenta affatto un'emergenza nazionale tale da richiedere un nuovo intervento regolativo dell'attività economica, ma ritiene anche perfettamente funzionanti i rimedi che fino all'emanazione dell'*OSHA* 1970 volontariamente avevano adottato alcuni datori di lavoro. Il suo intervento critico, durante il dibattito politico che ha preceduto l'emanazione della legge quadro, si segnala anche per una aperta avversione verso una regolamentazione federale, che accresce solo i limiti e gli oneri, invadendo la spazio giuridico dei singoli stati. In ultimo, Teplow segnala anche il pericolo che la disciplina posta a tutela dell'ambiente di lavoro possa costituire un facile strumento di opportunistici ricatti sindacali. Il discorso è riportato da B. W. Mintz, *OSHA*, cit., 10 ss.

le, è, infatti, praticamente inesistente. Riguardo alle più gravi violazioni, che mettono a repentaglio la vita e la dignità del lavoratore, il sistema punitivo non riesce neanche a perseguire uno scopo di stigmatizzazione sociale del comportamento "disobbediente", a causa di una mitezza sanzionatoria, che presenta, quindi, scarso effetto deterrente.

Le cause di questo fallimento sono, comunque, molteplici e difficilmente enucleabili, senza un'accurata analisi del sistema normativo, affrontata in particolare alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale.

Focalizzando l'attenzione sugli aspetti prettamente giuridico-penali si cercherà, pertanto, di individuare quegli elementi che caratterizzano il modello di *responsive law*, in modo da verificare come il sistema americano traduca, in soluzioni pratiche, la strategia di controllo mediante organizzazione, assunta come ipotesi di ricerca di questo lavoro.

2. *L'origine e l'evoluzione della sicurezza del luogo di lavoro negli USA*

La tutela legale della sicurezza del luogo di lavoro si è affermata faticosamente nell'ordinamento nord-americano, nonostante, da un punto di vista fenomenologico, esigenze di protezione, in un'economia fortemente industrializzata, fossero emerse con netto anticipo rispetto al contesto italiano, caratterizzato, invece, di un tipo di economia prettamente agricola.

La grande espansione economica del XIX secolo ha visto, infatti, un notevole incremento di attività produttive pericolose[5], che

[5] Nell'America proto-capitalista vi fu un ingente investimento di capitali da parte delle *corporations* che investivano nello sfruttamento minerario e nella costruzione di infrastrutture. Anche con l'avvento di tecnologie più avanzate e nei processi di automatizzazione la gravità degli incidenti sul luogo di lavoro non paiono diminuire, se alla fine dell'Ottocento, solo nell'ambito dell'industria mineraria, la stima degli incidenti mortali era talmente elevata da contare 3,4 per mille morti ogni anno, sul punto: J. Corn, *Protective Legislation for Coal Miners, 1870-1900: Responsa to Safety and Health Hazard*, in D. Rosner, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work. Workers' Safety and Health*, Blomington and Indianapolis, 1987, 67; A. Derickson, *"To be His Own Benefactor": The Founding of the Couer*

ha posto, al centro di un aspro conflitto di classe[6], il problema della sicurezza dell'attività lavorativa. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico nord-americano ed in particolare la storia legislativa della tutela del lavoro mostrano una notevole permeabilità agli *input* che prevengono dal contesto sociale ed economico. In un sistema liberista, ispirato al *free labor* e al *free market*[7], già Tocqueville evidenziava come le differenze di classe, con l'avvento della nuova economia proto-capitalista, si sarebbero progressivamente accentuate e, in particolare, il sistema delle relazioni industriali avrebbe creato nuovi conflitti, dovuti al completo disinteresse del datore di lavoro per la salute e l'incolumità dei propri dipendenti.

In un regime economico ispirato al contrattualismo, il datore di lavoro, infatti, non assumeva alcun obbligo di sicurezza nei confronti dei lavoratori. La stessa giurisprudenza assecondava questa propensione del mercato economico, escludendo qualsiasi tipo di pretesa o di diritto del lavoratore ad un ambiente sicuro e salubre.

Il ricorso ad alcune *defences*, come la *contributory negligence*, (concorso di colpe della vittima lavoratore), dell'accettazione del rischio (*volenti non fit iniura*) e del *fellow servant rule* (in base al quale il lavoratore non può invocare un risarcimento di danni nei confronti del datore di lavoro, se il danno è derivato dalla condotta di altri dipendenti), sono solo esempi della miopia, emersa nella prassi giurisprudenziale di fronte ai rischi (e ai danni) originati dalle attività produttive e che, di fatto, hanno favorito un'immunità per il datore di lavoro.

L'esigenza di una tutela giuridica, basata su rimedi non meramente risarcitori, ma sensibile al diritto del lavoratore ad un am-

---

D'Alene Miners' Union Hospital, 1891, in D. Rosner, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work*, cit., 3 ss. che riporta percentuali di morti sul lavoro e incidenti gravi molto più elevate.

[6] Così: D. Rosener, G. Markowitz, *Safety and Health as a Class Issue: The Workers'Health Bureau of America during the 1920s*, in D. Rosener, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work*, cit., 53 ss.

[7] Sul punto si veda: R. Asher, *The Limits of Big Business Paternalism: Relief for Injured Workers in the Years before Workmen's Compensation*, in D. Rosner, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work*, cit., 19: «Injured industrial workers, for example, could testify to the "freedom" that the judge-made law of industrial torts gave them – freedom to bear the costs of industrial hazards because employers were relieved for responsibility for negligent human action and negligent policies».

biente lavorativo sicuro, è stata progressivamente espressa ed affermata attraverso forme di rivendicazioni sindacalmente organizzate, cui, generalmente, il datore di lavoro era libero di aderire o meno. L'assenza, tuttavia, di un quadro normativo adeguato ad esprimere questa nuova esigenza di tutela, lasciava nella totale anomia il sistema delle relazioni industriali, in cui si è affermata solo una forma di rimedio compensatorio, adottato dal datore di lavoro su base volontaria. Riconoscendo esclusivamente la possibilità di ottenere un risarcimento del danno, tale rimedio non soddisfaceva l'esigenza primaria del lavoratore, che è quella di vivere e lavorare in un ambiente sicuro.

Si spiega così il ritardo, con cui si afferma la disciplina sulla sicurezza del lavoro: ancora nel 1920 non tutti gli Stati avevano una legislazione a tutela delle condizioni di lavoro, e le leggi statali esistenti perseguivano un effetto "cosmetico"[8], ovvero non costituivano uno strumento a tutela del lavoratore, quanto un palliativo per sedare i conflitti sorti nei luoghi di lavoro. Mentre a livello federale non vi è stato alcun intervento normativo fino al 1970.

3. *L'esperienza americana della tutela del lavoro: OSHA (*Occupational Safety and Health Act *1970)*

Un aspro conflitto sociale e pressanti istanze, espresse dai movimenti politici, ambientalisti, sindacali degli anni '60 indussero la classe politica americana ad assumere, agli inizi degli anni '70, alcuni provvedimenti fondamentali nell'ambito della tutela ambientale e del lavoro. La già iper-regolamentata[9] attività economica delle im-

[8] M.A. Rothstein, *Occupational Safety and Health Law*, St. Paul, 1998, 2.

[9] Contrariamente a quanto generalmente ritenuto, le attività economiche negli USA nel corso del secolo scorso sono state oggetto di numerose discipline e regolamentazioni. Il dopoguerra ha visto infatti una forte espansione della disciplina regolamentare, per cui il sistema americano si presentava come un *regulatory welfare state.* In mancanza infatti di imprese pubbliche, il controllo dell'attività economica poteva avvenire solo attraverso una capillare regolamentazione pubblica, sul punto: J.R. Edwards, *Regulation, the Costitution, and the Economy. The regulation road to serfdom*, Lanham, New York, Oxford, 1998, *passim*. Agli inizi degli anni '80 si contavano circa 300.000 *offences*, sul punto si veda J.C. Coffee, *Paradigma*

prese americane viene sottoposta a più penetranti forme di regolamentazioni, poco sperimentate fino ad allora.

Così, ad esempio, nel corso della presidenza Nixon, viene istituita l'Agenzia di Protezione Ambientale (*Independent Executive Agency of federal government - Environmental Protection Agency - EPA*), mentre nell'ambito della tutela della sicurezza del lavoro e protezione per le malattie professionali viene creata un'agenzia, deputata al controllo e alla definizione dei nuovi *standards* di tutela (*Occupational Safety and Health Administration - OSHA*), nonché un centro nazionale di ricerca (*National Institute of Occupational Safety and Health - NIOSH*) e una autorità con funzione para-giurisdizionale (*Occupational Safety and Health Review Commission - OSHRC*), istituiti dall'*OSHA*, del 29 dicembre 1970[10].

Sull'onda emotiva scaturita da alcuni gravi incidenti sul lavoro, il Congresso, dopo decenni di stagnazione legislativa, emanò alacremente diverse discipline per la sicurezza del luogo di lavoro. Il 28 aprile 1971 entra in vigore l'*Occupational Safety and Health Act*, ma già l'anno precedente una normativa settoriale era stata varata per il lavoro minerario, il *Federal Coal Mine Health and Safety Act* (*MSHA*, 1969), allo scopo di fronteggiare il problema della vasta diffusione di carcinomi polmonari fra i minatori e di limitare gli incidenti sul luogo di lavoro.

La storia legislativa dell'*OSHA* è alquanto travagliata, frutto di numerosi compromessi fra diverse forze politiche e, per molti aspetti, si presenta come una legge che tradisce una valenza prettamente simbolica, volta solo a catalizzare consenso[11].

Il testo legislativo riflette questo limite, che evidenzia, in particolare, l'incapacità del legislatore di operare delle scelte di valore in

---

Lost, cit., 1881. Successivamente, dalla "gestione Reagan" si assiste a un fenomeno inverso di pesante *de-regulation*, con un notevole ingresso di *self-regulation.*

[10] Sul punto: S.A. Shapiro, T.O. McGarity, *Reorinting OSHA: Regulatory Alternative and Legislative Reform*, in *Yale J. on Reg.*, 1989, 1. Più in generale sul modello nord-americano delle agenzie di controllo si veda: F. Centonze, *La normalità*, cit., 400.

[11] Su consenso sociale e legislazione simbolica, si veda E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80 ss.; Id., *L'illusione*, cit., 169 ss.; C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

un contesto conflittuale. Il testo, pertanto, privo di una definizione di modelli comportamentali definiti, risulta poco tassativo, caratterizzato da una generale vaghezza, che, in modo ridondante ripropone, senza specificare, i doveri generali di sicurezza. Sul piano applicativo, la travagliata evoluzione legislativa rende difficile anche appellarsi ad un criterio interpretativo di tipo soggettivo, infatti, l'intenzione del legislatore non è univocamente enucleabile nell'ermeneusi della legge, in quanto una scelta compromissoria ha imposto un generale disimpegno su temi e scelte valoriali precise.

Nonostante la pochezza contenutistica, la genericità della regolamentazione sembrerebbe costituire una risorsa, che ha permesso una longeva immutabilità ad un testo congegnato in modo tale da adeguarsi alle molteplici situazioni della realtà economica e produttiva. Questo spiega anche il valore simbolico riconosciuto all'*OSHA* del 1971, che si pone come testo base sulla sicurezza del lavoro.

Con l'esplicita finalità di creare una rete normativa federale, in grado di ordinare il groviglio normativo sviluppatosi, a livello statale e federale, nell'ambito della protezione della sicurezza e la salute nel luogo di lavoro, l'*OSH Act* mira a superare le evidenti lacune di un sistema statale deficitario che, a causa della sua disomogeneità, risultava inadeguato a disciplinare, in modo coerente, i diversi aspetti della sicurezza del lavoro. Fino al 1970 non esisteva, infatti, una disciplina uniforme ed esaustiva, per la protezione del lavoratore a livello federale.

Il testo originario[12], conosciuto anche come "*Employees' Bill of Rights*", aveva, tuttavia, una portata limitata ed un ambito di operatività ristretto. Tale limitata operatività era dovuta, in primo luogo, alla presenza di una clausola di riserva (*preemption clause*), per cui l'*OSH Act* 1970 non si applica ad ambiti e settori già regolamentati da altre autorità (come ad esempio gli impianti nucleari) e, comunque, la competenza è esclusa per i lavoratori pubblici (federali, statali e municipali), per l'aviazione e le miniere.

L'ambito di applicazione dell'*OSH Act* era, inoltre, confinato, quasi esclusivamente, alla prevenzione degli incidenti sul luogo di

[12] Riformato dal PL 101-552, novembre 5, 1990 e dal PL 105-198, luglio 16, 1998, dal PL 105-241, settembre 19, 1998.

lavoro, in quanto un grande disinteresse scientifico ha impedito, per lungo tempo, di approfondire l'origine di malattie professionali. È recente, infatti, l'attenzione e l'interesse per studi epidemiologici nell'ambiente di lavoro e lo sviluppo di discipline come l'igiene e la medicina del lavoro. Per quanto riguarda le malattie professionali[13], la limitata operatività della normativa si spiegava, quindi, per le ridotte conoscenze scientifiche, destinate, invece, a svilupparsi nel corso degli anni, con lo sviluppo della ricerca e l'acquisizione di nuove conoscenze nell'ambito della disciplina dell'igiene industriale e del lavoro.

Nonostante i limiti normativi ed epistemologici, l'esperienza giurisprudenziale, sviluppatasi in seguito all'entrata in vigore del testo legislativo, riconosce un significato di portata generale all'*OSHA*, per cui già nel 1975 la Suprema Corte[14] afferma che l'intenzione del legislatore, una volta accertata l'assoluta inadeguatezza dei rimedi esistenti a tutela dei lavoratori, era volta a creare un nuovo dovere di natura statutaria, per evitare condizioni di lavoro insicure e insalubri, rafforzando i poteri del *Secretary of Labor* nel definire nuovi *standards* di sicurezza e i suoi poteri ispettivi[15]. Lo scopo è quello di preservare le risorse umane della nazione e garantire condizioni di lavoro sicure per ogni lavoratore, pertanto il contenuto delle norme di sicurezza dovrebbe rispondere, inoltre, ad un'etica non riducibile o condizionabile attraverso un'analisi costi-benefici.

Tale punto di vista sembra aver guidato le scelte del Congresso, che, valutando come intangibili i benefici di una corretta prevenzione degli incidenti e delle malattie professionali, ha elaborato il testo fondamentale, senza alcun riferimento a valutazioni di tipo economicistico: l'*OSH Act* 1970, prevede, infatti, che i luoghi di lavoro debbano essere liberi da qualsiasi rischio per la vita o l'incolumità

---

[13] G. Perrin, *Labour Law. Ch. 8. Occupational Risk and Social Security*, in David (a cura di), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1994, Tübingen-Boston-Lancaster, 12 ss. S.A. Shapiro, T.O. McGarity, *Worker at Risk*, cit., 89.

[14] Atlas Roofing Co. v. OSHRC, 518 F. 2d 990 (5th Cir. 1975) – 430 U.S. 422 (1977)

[15] W. Szubert, *Labour Law*, cit., 7.

dei lavoratori[16], senza attribuire alcuna rilevanza ad un'analisi costi-benefici.

Questa direttiva è disattesa, sotto diversi punti di vista, dall'applicazione concreta della legge. I criteri, infatti, normopoietici che deve seguire l'*OSHA* nell'emanazione degli *standards* prevedono che il *Secretary of Labor* compia un accertamento costi-benefici nell'individuazione dei nuovi *standards* precauzionali, seppur a livello macro-economico[17].

Al di là del forte valore simbolico dei proclami del legislatore federale, la realtà normativa, *law in facts*, sembra, quindi, realizzare una situazione diversa dalla *law in books*. Se la normativa federale preclude qualsiasi bilanciamento fra sicurezza del luogo di lavoro e i costi della prevenzione, di fatto, la pesante *de-regulation* e il massiccio ingresso dell'autodisciplina in settori di *public welfare State* consentono, nell'ambito della regolamentazione privata e degli *standard* tecnici, un ampio spazio per questo tipo di valutazione, efficientista e meramente orientata alla massimizzazione dei profitti.

Da questo punto di vista, sostanzialmente, la disciplina statunitense si pone in netto contrasto con quelli che sono i presupposti di una "strategia" di tipo riflessivo, che, invece, informa il modello europeo sulla sicurezza del lavoro.

In generale, la verifica sul piano dell'effettività del sistema della sicurezza del lavoro americana offre risultati preoccupanti. Da un lato, il complessivo disinteresse per la sicurezza dei luoghi di lavoro ha mostrato il volto di una società – quella americana – frammentata e disinteressata ai problemi di settori sociali deboli. Non meraviglia se le campagne elettorali siano state giocate e vinte sulla base di programmi politici e legislativi, volti alla riduzioni di controlli e alla deregolamentazione. La pressante influenza delle *lobbies* economiche ha, infatti, contribuito al successo di una politica sociale ed economica, così fortemente orientata ad una visione unilateralmente liberista.

---

[16] *OSH* Act 1971, prevede che i luoghi di lavoro forniti dai datori di lavoro siano: «free from recognized hazards that are causing or are likely to cause death or serious physical harm to his employees».

[17] I.L. Freitshans, *Corporate Compliance: Desining an Effective OSHA Complinace Progam*, 1993, 29; M.A. Rothstein, *Occupational Safety*, cit., 88.

Dall'altro lato, sulla sicurezza del lavoro hanno inciso notevolmente i tentativi, da parte del sistema economico, di depotenziare le autorità di controllo[18], compromettendo progressivamente il loro potere regolamentare, ispettivo e sanzionatorio. Attraverso meccanismi di influenza formale ed informale, ben individuati Sutherland[19] e ulteriormente approfonditi dalla "*capture theory*", le notevoli pressioni, che i gruppi di potere economico esercitano sulle agenzie di controllo, sono tali da pregiudicare il funzionamento delle *regulatory agencies*, determinando ciò che gli economisti qualificano come *market faliure.* In questo contesto la presenza di un'autorità di controllo, così influenzata da interessi lobbistici, non solo sarebbe inutile, ma persino dannosa, in quanto crea solo una parvenza di gestione delle istanze di protezione dei lavoratori, ma di fatto "sterilizza" la possibilità di individuare forme alternative di intervento e deresponsabilizza la classe politica[20].

In particolare, i limiti che la normativa di sicurezza *OSHA* prescrive sono tali da mortificare qualsiasi politica volta al recepimento del principio di precauzione nel sistema americano, per cui spesso vi è – come si avrà modo di rilevare – un *gap* incolmabile fra l'uso di sostanze tossiche nell'attività lavorativa e la disciplina *OSHA*, dovuto non solo all'incertezza scientifica, inerente a situazioni in cui non vi è ancora una consolidata conoscenza, ma anche all'impossibilità materiale per l'agenzia di controllo di emanare *standards* più efficienti, ostacolata da soggetti portatori di contro-interessi.

---

[18] Evidenzia drastici tagli di *budget* F. Centonze, *La normalità*, cit., 408.

[19] Sul punto H. Sutherland, *I crimini dei colletti bianchi*, cit., 302 s.

[20] Sul punto si veda l'analisi critica di J.W. Coleman, *The Criminal Elite. The Sociology of White Collar Crime*, New York, 1985, 152, 241. Sulla differente strategia di disciplina ed accertamento della responsabilità delle persone giuridiche e della prevalenza di un *compliance-oriented enforcement* si veda: F. Pearce, S. Tombs, *Ideology, Hegemony and Empiricism: Compliace Theories of Regulation*, in *Brit. Journ. Crim.*, 1990, 423, 443; G. Slapper, S. Tombs, *Corporate Crime*, Edimburgh, 1999, 166 ss. Comparativamente la protezione dell'ambiente ha subito minori pressioni lobbistiche, in quanto costituisce un settore che suscita preoccupazioni e allarmi "democraticamente" distribuiti su tutte le fasce della popolazione.

4. *L'approccio cooperativo e consensuale dell'organo di controllo*

La complessità strutturale, riflessa anche a livello istituzionale e normativo, della disciplina statunitense rispecchia i caratteri e la natura del diritto penale c.d. di seconda generazione, della c.d. società del rischio, secondo la distinzione operata nelle premesse di questo lavoro.

Come per l'ordinamento britannico, è possibile cogliere pienamente il significato delle disposizioni normative di fonte privata e il ruolo dei *compliance program*, solo soffermandoci preliminarmente sul ruolo e sulla funzione dell'apparato politico-amministrativo. La strategia *carrot and stick*, in un'ottica di co-gestione e di collaborazione pubblico-privato – come precedentemente descritta – corrisponde, infatti, ad un modello ideale, che, in non pochi frangenti, è stato nella pratica disatteso nell'esperienza nord-americana.

A livello istituzionale, l'assetto politico-amministrativo nella sicurezza del lavoro muta con l'*OSH Act*, che designa il *Occupational Safety and Health Administration* del *Labor Department*, quale *leadership* politica e scientifica nell'ambito della sicurezza e della prevenzione delle malattie professionali. L'agenzia è strutturata secondo un modello centrale e organizzata in tre livelli: una sede nazionale, 11 uffici regionali e 54 uffici di area.

L'attività dell'*OSHA*, così come delineato nel testo normativo, si costruisce attraverso strategie basilari, finalizzate alla tutela dell'ambiente lavorativo e volte ad una forte, ma effettiva applicazione della disciplina, nonché ad uno sviluppo della ricerca e dell'informazione e all'implementazione di collaborazioni e di programmi cooperativi con le parti sociali

L'agenzia accentra le funzioni di organo di controllo, di *enforcement* e, nella definizione degli *standards*, assume la funzione di *rulemaker.*

Il principale obiettivo di questo nuovo organo istituzionale dovrebbe essere quello di favorire una cultura della sicurezza, attraverso la prevenzione, ma anche la repressione di violazioni prodromiche a condotte, connotate da più grave disvalore e offensività. In un'ottica di tutela della sicurezza dei luoghi di lavoro, l'*OSHA* promuove anche lo sviluppo delle conoscenze scientifiche, implemen-

tando un sistema normativo di regole tecniche, con funzione preventivo-cautelare.

La molteplicità dei compiti e delle funzioni dell'*OSHA* fotografa la complessità del sistema della sicurezza del lavoro, perennemente sospeso in una situazione di difficile equilibrio istituzionale di poteri e di strategie di intervento, non sempre efficacemente coordinati. La stretta interconnessione fra i vari rami dell'amministrazione e la finalizzazione di ogni specifica attività al *compliance*, determinano un alto rischio di ineffettività, in quanto il successo di tale strategia può solo raggiungersi tramite un'azione sinergica fra tutte le funzioni esplicate. La dipendenza, infatti, della strategia di *compliance*, dalla corretta azione di ogni specifica funzione, rende, infatti, vulnerabile l'intero sistema alle debolezze di ogni sua singola parte.

4.1. L'attività ispettiva

Nel perseguimento di tali obiettivi, assume un ruolo fondamentale l'attività ispettiva, che costituisce una forma di controllo parapenale con un innegabilmente effetto anche deterrente, rispetto ai potenziali trasgressori delle misure di sicurezza.

Il datore di lavoro ha un fondamentale obbligo di tutela, espresso nella *sec*. 5 lett. a) e b) dell'*OSHA* e attraverso il rinvio a fonti sub-legislative, viene individuato un complesso di obblighi di sicurezza, a carico del datore di lavoro il cui controllo è garantito dall'attività ispettiva dell'*OSHA*, che persegue una finalità preventiva, in un'ottica di efficienza.

La *sec*. 8 dell'*OSHA* autorizza la corrispondente agenzia a compiere un'attività di controllo, anche attraverso ispezioni del luogo di lavoro e accesso ai dati, che i datori di lavoro sono tenuti a conservare o raccogliere (*Material Safety Data Sheets - MSDS*). I funzionari *OSHA* sono, quindi, legittimati ad accedere agli impianti, per ispezioni e controlli, per raccogliere informazioni, dati, documenti e per rivolgere domande.

Qualsiasi attività di controllo amministrativo normalmente dovrebbe essere annunciata al datore di lavoro con un mandato[21], sul-

[21] La necessità di un mandato d'ispezione è un diritto costituzionalmente riconosciuto, già dal 1967. Nel caso *Camara v. Municipal Court* 387 US 523, 87

la base di una sospetta violazione di legge. Tuttavia, nell'ambito dei controlli gli *OSHA compliance officers* (COs) hanno, di fatto, accesso, in qualsiasi tempo e in qualsiasi circostanza, sul luogo di lavoro, con la sola formalità di dimostrare la loro identità di COs. Essendo la disponibilità a collaborare un elemento di valutazione dell'attitudine al *compliance*, difficilmente un'impresa si opporrà all'ispezione o farà valere il suo diritto alla *privacy*, richiedendo il mandato[22].

L'attività di controllo ed ispettiva è realizzata secondo una dettagliata programmazione, che tende ad escludere le aziende con o meno 10 lavoratori.

La richiesta di ispezione può sempre essere avanzata anche dai lavoratori o da loro rappresentanti. È interessante evidenziare come l'*OSH* Act 1970 §657 preveda espressamente che le ispezioni e i controlli delle autorità competenti siano seguite personalmente da un rappresentante dei lavoratori. In un'ottica di democratizzazione dei sistemi sociali, l'intervento del rappresentante dei lavoratori, durante l'ispezione *OSHA*, è garanzia di un modello partecipativo "forte", in quanto viene offerta la possibilità di instaurare un rapporto collaborativo fra lavoratori e agenzia di controllo. Ciò favorisce, innegabilmente, una più realistica rappresentazione delle misure di sicurezza adottate in concreto e un'attività di *enforcement* più efficace.

Entro sei mesi dall'ispezione, l'*OSHA* deve pubblicare un rapporto finale e successivamente individuare l'eventuale sanzione.

S.Ct. 1727, 18 L.Ed.2d.930 (1967) e nel caso *See v. Seattle* 387 U.S. 541, 87 S.Ct. 1737, 18 L.Ed.2d.943 (1967), la Corte Suprema ha prescritto l'obbligo di mandato per qualsiasi tipo di ispezione, in quanto ricade nei diritti costituzionalmente garantiti dal quarto emendamento, ovvero la *privacy* come diritto inviolabile dell'individuo. Tuttavia nel caso delle ispezioni *OSHA* dopo uno scontro istituzionale fra corti distrettuali e *OSHA*, la Supreme Court non ha confermato la posizione del *Secratary of Labor*, richiedendo comunque il mandato per le ispezioni *OSHA*., *Marshall v. Barlow'Inc.*, 436 U.S. 307 (1978). Sul punto si veda B.W. Mintz, *OSHA. History, Law and Policy*, cit., 366.

[22] Il bilanciamento fra il diritto alla privacy e l'esigenza di compiere ispezioni sul luogo di lavoro viene solo apparentemente risolto limitando il potere ispettivo dell'*OSHA*, imponendo il rispetto del quarto emendamento, in quanto nella pratica rifiutare l'accesso all'azienda implica in base ai regolamenti *OSHA* una serie di ulteriori indagini, obbligo di motivazioni, alle volte anche procedimenti disciplinari, che nella prassi raramente registra il diniego da parte del datore di lavoro. Sul punto si veda *Marshall v. Barlow'Inc.*, 436 U.S. 307, cit.

Durante tali ispezioni l'autorità di controllo deve riportare tutte le violazioni accertate e può ordinare in base all'*OSH* Act *Section* 13 l'adozione di maggiori misure cautelari e, nei casi più gravi, anche la chiusura di uno stabilimento.

In base alla *Section* 17 gli ispettori, nel caso vengano accertate violazione dell'*OSH Act*, possono ingiungere l'adeguamento alla normativa vigente entro un determinato tempo e, discrezionalmente, imporre una sanzione civile. Contrariamente alla filosofia collaborativa e consultiva che anima le agenzie di controllo inglesi, è fuori dalla competenza degli ispettori prestare attività pubblica di consulenza ed *advisor*, anche per evitare pericolose deresponsabilizzazioni, connivenze e collusioni.

4.2. Poteri sanzionatori

Correlati all'attività ispettiva sono, necessariamente, i poteri sanzionatori di cui è dotata l'*OSHA*; laddove, infatti, l'agenzia di controllo rileva la violazione della normativa di settore o l'inosservanza delle misure ingiunzionali, può applicare sanzioni civili, di tipo pecuniario, anche secondo un meccanismo di tassi giornalieri per ogni giorno di ritardo nell'adeguamento ai provvedimenti preventivo-cautelari.

La commisurazione delle sanzioni *OSHA* si basano su criteri di tipo oggettivo, legati alla gravità o meno della violazione (da *nonserious* fino a *serious*), e criteri di tipo soggettivo, relativi sia all'elemento psicologico, che ad eventuali recidive.

Secondo tali criteri, la dosimetria sanzionatoria sarà, pertanto, orientata verso sanzioni più elevante, nel caso di violazioni ripetute; sebbene imputate a titolo meramente oggettivo[23], la prova di violazioni volontarie o realizzate nel totale disinteresse per la normativa, aggrava la pena[24], che, nel caso di recidiva viene raddoppiata.

---

[23] Sul punto *Reich v. D.M. Sabia Co.* 90 F3d 854 (3d Cir. 1996); *George Hyman Construction Co v. OSHRC* 582 F.2d 834 (4th Cir. 1978).

[24] Alcuni orientamenti giurisprudenziale hanno tentato di assimilare la ripetitività della violazione alla prova della volontorietà: *Bethlehem Steel Corp. v. OSHRC* 540 F2d 157 (3d Cir. 1976)

Contrariamente alla scelta operata dal sistema inglese, che ha introdotto una fattispecie specifica di *corporate killing*, l'*OSHA* prevede solo un'ipotesi di morte quale conseguenza della violazione, volontaria e consapevole della normativa di sicurezza. In questo caso scatta l'operatività della norma penale: la *sec*. 17 contempla una *federal offence*, ma la competenza ad irrogare sanzioni pecuniarie e detentive esorbita dalle normali funzioni dell'*OSHA*, per essere, invece, attribuita al *Justice Department* della corte distrettuale. La responsabilità penale è basata su di una condotta volontaria, posta in consapevole violazione degli *standards OSHA*[25], cui è causalmente legato l'evento morte, ascritto su un piano, però, meramente oggettivo.

L'operatività della norma penale è condizionata dalla presenza di alcuni requisiti oggettivi e soggettivi: sul piano oggettivo la contestazione del *federal crime* è solo possibile se basata su una condotta posta in violazione degli *specifici standards*, non è, invece, possibile basare la responsabilità penale semplicemente sulla violazione della clausola generale[26]. La condotta, inoltre, deve caratterizzarsi per una particolare gravità. Sul piano soggettivo, è necessario solo la consapevolezza (dell'illiceità) e la volontarietà della condotta, mentre l'evento si imputa oggettivamente.

Nell'ottica di un approccio collaborativo, inoltre, l'*OSH Act* prevede una serie di obblighi di raccolta dati e di comunicazione di incidenti o malattie professionali. La violazione dei doveri di informazione e di raccolta dati, nonché l'ostruzione dell'attività ispettiva costituisce una *federal offence.* La valorizzazione del momento informativo è tale per cui – come per il sistema britannico – è identica la dosimetria sanzionatoria della *federal offence* della morte come

[25] Il concetto di volontarietà è stato elaborato dalla giurisprudenza che tende a marcare la differenza fra una violazione *willful* e una violazione accidentale, ai fini soprattutto della commisurazione della pena. Sul punto si veda *C.N. Flagg & Co.* 2 OSHC 1195, 1974-75 OSHD 18686 (1974) (538 F2d 308 (2d Cir. 1976); *Frank Irey Jr. Inc. V. OSHRC* 519 F2d 1200 (3d Cir. 1974).

[26] È difficile distinguere fra violazioni civile e penale, la giurisprudenza nel caso *Atlas Roofing Co. v. OSHRC* 518 F2d 990 (5th Cir. 1975) segue l'orientamento della Suprema Corte, che propone sette criteri distintivi, in *Kennedy v. Mendonza Martinez* 372 U.S. 144 83 S. Ct. 554, 9 L. Ed. 2d. 644 (1963). Sulla difficoltà di distinguere sanzione civile e sanzione penale: J. C. Coffee, *Paradigma Lost*, cit. 1875.

conseguenza della violazione della *safety regulation*, e la violazione di obblighi informativi.

La struttura dell'*OSH Act* prevede una separazione fra le funzioni di controllo e sanzionatorie da quelle di giudizio (*adjudicating*). A tal fine l'*OSH Act* ha istituito un organo para-giurisdizionale (*semi-juridical body*)[27], con competenza a rivedere le sanzioni inflitte dall'*OSHA*, ma non ha alcuna competenza, invece, a rivedere gli standards emanati dall'*OSHA*.

Tale nuova istituzione è la *OSH*RC, un'agenzia federale indipendente, composta da rappresentanti dei lavoratori, del *management*, da esperti e da professionisti della sicurezza e da rappresentanti pubblici. La Commissione svolge una funzione consultiva ed espleta anche un ruolo giurisdizionale, di risoluzione alternativa dei conflitti e di istanza di conciliazione preventiva con competenza limitata ai provvedimenti assunti dalla *Occupational Safety and Health Administration*, durante la sua attività istituzionale di controllo, mentre la decisione giudiziaria sui ricorsi è attribuita ad un giudice amministrativo, la cui decisione è appellabile alla *U.S. Court of Appeal.*

5. *Le fonti del dovere di prevenzione. Complementarietà ed integrazione fra* standards OSHA *e* compliance program*: "costi e benefici" di una politica* market oriented

L'attività normativa dell'*OSHA* si caratterizza prevalentemente per essere una normativa di tipo tecnico, che si fonda sui risultati dell'attività di ricerca svolta dal *NIOSH* (*National Institute Occupational Safety and Health*). La complementarietà di questi due momenti, in cui la competenza tecnico-scientifica sembra informare e plasmare la funzione normativa, è ben evidente nella struttura normativa ed istituzionale, delineata dall'*OSH Act*, che prevede un organismo federale di ricerca e di implementazione delle conoscenze scientifiche. Mentre l'amministrazione dell'*Occupational Safety and Health* è interna al *Department of Labor*, l'istituto di ricerca

[27] W. Szubert, *Labour Law*, cit., 75.

(*NIOSH*) è collocato nell'ambito del *Department of Health and Human Services*.

L'attività di *rulemaking* si basa sulle valutazioni e sulle pubblicazioni dell'istituto di ricerca *NIOSH* e assume, come fondamento empirico, le informazioni conservate e raccolte dagli stessi datori di lavoro (per cui risulta fondamentale l'obbligo di informazione e raccolta dati a carico dei datori di lavoro).

L'istituto di ricerca, previsto dalla *Section* 22 dell'*OSH Act*, sviluppa studi epidemiologici sulle malattie professionali e definisce le linee guida (*Criteria Documents*, pubblicazioni annuali per la definizione degli *standards*), che verranno utilizzati dall'agenzia *OSHA* per elaborare nuovi *standards* cautelari. Lo sviluppo e l'elaborazione di nuove regole cautelari prevede una durata giuridicamente predeterminata, che è compresa fra i 3 e i 5 anni.

Il lavoro realizzato dalla Commissione di ricerca si muove in campo di grande incertezza scientifica e, prevalentemente, fa uso di studi epidemiologici, la cui capacità esplicativa dei processi causali è fortemente limitata ad inferenze di tipo probabilistico/statistico[28].

Questa incertezza scientifica ha creato notevoli conflitti, legati principalmente alla profonda differenza fra l'approccio scientifico e l'approccio giuridico, conflitto che si riflette, in particolare, nell'imputazione della responsabilità penale[29].

---

[28] Sulla limitata capacità preventiva della normativa precauzionale delle agenzie americane si veda F. D'Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 280, F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 561 s.

[29] Sui pericoli di una strumentalizzazione dell'incertezza scientifica per avvalorare scelte politico-criminali ipercautelative, F. Giunta, *Il diritto penale e il principio di precauzione*, cit., 227; Id., *Prudenza nella scienza* versus *prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pub.*, 2003, 162; F. Centonze, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e nelle valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2001, 1232; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 283 ss.; C. Piergallini, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 327; F. Stella, *Giustizia e Modernità*, cit., 587 ss. La difficoltà di individuare una legge scientifica è anche artatamente creata da "scienziati organici" pronti a schierarsi a favore di un maggiore sviluppo industriale, per ottenere finanziamenti privati. Sul punto è emblematica la vicenda del piombo nel petrolio, la cui pericolosità era spudoratamente nascosta da insigni scienziati negli anni '20, sebbene si registrassero casi di malattie neuronali, del sangue, sul punto: D. Rosener, G. Markowitz,

La definizione delle condizioni di responsabilità attraverso *standards* tecnici può, infatti, essere sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria, che opera una valutazione giuridica delle leggi scientifiche, che sono alla base delle definizioni tecniche e delle misure cautelari[30]. Se, da un lato, la possibilità di un rimedio giurisdizio-

A Gift of God? The Public Health Controversy over Leaded Gasoline during the 1920s, cit., 121.

[30] Sul punto si veda: F. Centonze, *La normalità*, cit., 404, F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza*, cit., 62. La continua dialettica fra razionalità scientifica e razionalità giuridica culmina nell'esperienza americana della *OSHA* con il caso *Cargill, Inc. v. United States*, 173 F. 3d 323 (5th Cir. 1999),: l'istituto di ricerca, il *NIOSH*, era accusato di non aver elaborato e sviluppato la ricerca scientifica secondo il *Federal Advisory Committee Act* (*FACA*), tale violazione avrebbe inficiato i risultati della ricerca, determinando una lesione agli interessi del *Methane Awareness Resource Group* (*MARG*), la cui legittimità ad agire fu riconosciuta dalla corte di appello. Nel valutare l'interesse attivo del *MARG* ad agire, la Corte di Appello ha dovuto considerare la correttezza scientifica del procedimento utilizzato dal *NIOSH*, per accertare la lesione degli interessi di parte. La Corte d'Appello su tale punto si è pronunciata senza alcuna audizione di "*special master*", ma sulla base delle lamentele avanzate dal *MARG*, che accusava di inadeguatezza, incompetenza e irregolare costituzione la *NIOSH*'s *BSC* (*Board of Scientific Counselors*). Sebbene ritenne competente il *NIOSH*'s *BSC* a costituire una *peer review*, il problema cruciale, evidenziato dalla Corte, fu l'"invadenza" e lo sconfinamento del sistema giuridico negli ambiti di competenza tecnica/scientifica. l'interrogativo di fondo è se: «one can unravel and tease apart the role of predictability in science and under law when complex scientific evidence has become so intertwined into the occupational health legal and regulatory fabric. Fifth Circuit Requires Injunctive Relief for NIOSH's Failure to File Advisory Committee Charter with Wrong Congressional Committee: The National Institute of Occupational Safety and Health wished to do a study of the health effects on miners from diesel exhaust, so it had its Board of Scientific Counselors peer review the protocol for the study. An organization of mining companies, believing the BSC had been improperly created under the Federal Advisory Committee Act, sued to enjoin the use of the protocol until it was review by a properly created peer review group. In *Cargill, Inc. v. United States*, 173 F.3d 323 (1999), the Fifth Circuit found that the chartering and use of the BSC had accorded with all the requirements of FACA but one – NIOSH had filed the charter of the BSC with the House Commerce Committee rather than the House Labor Committee. FACA requires an advisory committee charter to be filed with the congressional committees having legislative jurisdiction over the agency to which the advisory committee reports, before any meetings of the advisory committee. Because the Department of Health and Human Services (of which NIOSH is a component) chartered the BSC, the charter was sent to the congressional committees with jurisdiction over HHS. The court, however, held that because the BSC was to report to NIOSH, rather than HHS, the congressional committees with jurisdiction over NIOSH, rather than HHS, should receive the charter. In remanding the case to the district court, the court said that the fact that the violation seems trivial and incon-

nale verso eventuali abusi e arbitri delle agenzie di controllo costituisce un'espressione della legalità e della "razionalità del sistema americano"[31], dall'altro, proprio a causa dell'influenza che le grandi *lobbies* economiche esercitano anche sul sistema giudiziario americano, tale uno strumento rischia di affievolire e spuntare le armi agli enti esponenziali di tutela di interessi diffusi e collettivi, secondo quanto già, in modo lungimirante, Sutherland aveva evidenziato[32].

Nell'ambito dell'attività normativa dell'*OSHA*, è possibile includere gli *standard* e limiti-soglia, che sebbene siano solo "regole tecniche", concorrono, tuttavia, nella definizione della pretesa giuridica, in quanto hanno incontestabilmente una natura preventivo-cau-

sequential should not deter the court from granting some type of injunctive relief. Nevertheless, it went on to say that the district court need not automatically bar the use of all of the BSCs work products as requested by the plaintiffs. The court concluded that the district court should A fashion an injunctive remedy that will encourage compliance with FAC's strictures while remaining sensitive to its principal purposes of public accountability and avoidance of wasteful expenditures».

[31] Così F. Centonze, *La normalità*, cit., 403.

[32] La capacità di investire grandi capitali per consentire la migliore difesa e "immettere" nel processo teorie favorevoli al sistema economico è stato uno degli argomenti addotti da Sutherland per spiegare la bassa criminalizzazione dei crimini dei colletti bianchi. Mentre spiega proprio la subordinazione della scienza ad interessi contingenti F. Centonze, *Scienza spazzatura e scienza corrotta*, cit., 1232. Il giudice nel valutare la validità di uno standard *OSHA* ha solo a disposizione ciò che le parti riescono a produrre nel contenzioso, per cui, pare quasi scontata, la possibilità per le associazioni industriali di categoria, che spesso ricorrono alla tutela giurisdizionale contro l'emanazione di nuovi *standards*, poter "gestire" l'enorme e contraddittorio materiale scientifico a proprio vantaggio (sul punto si veda l'osservazione critica di F. Centonze, *La normalità*, cit., 409). Ben evidenziato da Sutherland, come ulteriore motivo che determina una ipocriminalizzazione del crimine dei colletti bianchi, è la possibilità di *fixing*, ovvero di "aggiustare i processi" da parte degli esponenti del sistema economico. Oltre alla generale possibilità nel sistema nord-americano di ricoprire diversi incarichi nel corso della vita, Sutehrland evidenzia come un esponente del sistema politico, amministrativo e giudiziario ambisce sempre ad avere un ruolo di rilievo nel sistema economico, non solo per il prestigio, ma anche per le enormi possibilità di guadagno. I decisori pubblici, quindi, assumono sempre un atteggiamento di benevola accondiscendenza nei confronti dei poteri forti, per poter a fine incarico aspirare ad una nomina nella grande industria. Infine è utile ricordare come il sistema di reclutamento dei giudici negli USA sia legato ad un'investitura democratica, il che significa ad elezioni che necessitano di ingenti somme di danaro per le campagne elettorali. Le conclusioni sono scontante: può essere effettivamente considerata un rimedio democratico il ricorso all'autorità giudiziaria, o piuttosto un'arma nelle mani della grande industria per invalidare l'attività dei controllori?

telare o anche semplicemente precauzionale, per cui definiscono il precetto prevenzionale, nell'ambito della disciplina della sicurezza del lavoro.

L'attività dell'*OSHA* è divisa, secondo i campi di competenza, fra due componenti indipendenti della medesima agenzia: il *Director of Health Standards*, che elabora i *time weighted average* (*TWA*) e i *permissible exposure limits* (*PEL*) e il *Director of Safety's office* impegnato nella certificazione e approvazione dei sistemi di sicurezza.

Gli *standards* elaborati dall'*OSHA* sono pubblicati, con ampia motivazione e spiegazione, periodicamente sul *Federal Register* (mentre la *Federal Agenda* riporta una tavola sinottica dello sviluppo degli *standards*, in modo da agevolarne l'adeguamento e facilitarne la conoscenza); entro sessanta giorni, le parti interessate (lavoratori, associazioni, datori di lavoro) possono sollevare obiezioni e rivolgere commenti, cosicché l'emanazione di uno *standard* prevede una (potenziale) procedura di consultazioni e di interpellanze pubbliche, basata su *cross-examination on crucial issues.*

Questa procedura è avviata attraverso la pubblicazione del *Notice of Proposed Rulemaking* o *Advance Notice of Proposed Rulemaking*, volte a sollecitare il dialogo su nuove regolamentazioni o eventuali modifiche.

L'intervento preventivo di diversi attori del sistema economico e produttivo favorisce un processo di democratizzazione, che, se correttamente realizzato, si pone come modello di collaborazione normativa, i cui i diversi soggetti, pubblici e privati si pongono in una relazione di tipo orizzontale per la definizione di un sistema regolativo, ispirato alla *reflexive law.*

La fase conclusiva della procedura di emanazione di uno *standard* prevede l'approvazione da parte del Congresso e del *General Accounting Office*, che hanno potere di emendare le regolamentazioni finali[33].

[33] Secondo le procedure stabilite dallo *Small Business Regulatory Enforcment and Fairness Act* (*SBREFA*).

Contro le disposizioni degli *standards* si può agire per ottenere una revisione giudiziale, in questo caso la competenza è della Corte d'Appello del distretto territoriale, in cui ha residenza il ricorrente[34].

L'attività di *rulemaking* dell'*OSHA* è fondata su di una discrezionalità fortemente vincolata ad alcuni parametri sostanziali, che definiscono anche la legittimità degli *standards*. L'*OSHA* deve dimostrare che gli *standards* emanati sono «*reasonably necessary or appropriate for safe workplace*».

Il *leading case*, conosciuto come il *Benzene case*[35], spiega, in modo particolareggiato, i criteri cui deve attenersi il *Secretary of Labor* nell'emanazione degli *standards*. I giudici della 5th Cir. ritennero che il *Secretary of Labor* doveva verificare, in primo luogo, se i benefici attesi nell'adozione del nuovo *standard* fossero ragionevolmente proporzionati ai costi, che esso implicava[36]. La verifica deve articolarsi sulla prova che le aspettative del *Secretary* sui benefici dello *standard* siano effettivamente fondate, anche sulla base di una valutazione costi-benefici in modo da poter esprimere un giudizio complessivo di ragionevolezza. Nel confermare la decisione della 5th Cir. la *Supreme Court* adotta un criterio aggiuntivo, ritenuto di fondamentale importanza: il rischio deve essere significativo, in questo senso il datore di lavoro non è tenuto a provvedere ad un luogo di lavoro libero da rischi, ma deve eliminare, per quanto possibile, i rischi significativi di danno.

---

[34] Questo articolato procedimento di emanazione di nuovi standard rappresenta una forma di garanzia democratica, secondo F. D'Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 371 ss.

[35] L'argomento è trattato in modo specifico nel c.d. *Benzene Case*, *Industrial Union Department*, *AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 100 S.Ct. 2844, 65 L.Ed. 2d 1010 (1980). Sul punto F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 280 ss; F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 567.

[36] Parte della giurisprudenza, nonostante l'opinione affermata nel *Benzene case*, sembra, tuttavia, interpretare lo spirito del testo legislativo, nel senso di escludere qualsiasi riferimento esplicito alla fattibilità economica, nella valutazione degli *standards*, sul presupposto che il bene primario sia la sicurezza e la salute pubblica, su cui non è possibile operare nessuna valutazione in termini economici. Oltre alla *dissenting opinion* del c.d. *Benzene case*, si veda: *American Textile Manufacturers Institute Inc. v. Donovan* 452 U.S. 490, 101 S.Ct.2478, 69 L.Ed.2d 185 (1981); *AFL-CIO v. Marshall* 617 F.2d 636 (D.C. Cir. 1979); *United Steelworkers of America v Marshall*, 647 F.2d 1189 (D.C. Cir. 1980)

Il contenuto degli *standards* – contrariamente allo spirito che ha animato la riforma – deve, quindi, ispirarsi ad un'analisi costi – benefici delle precauzioni che vengono prescritte. Ciò, astrattamente, non implica un giudizio di fattibilità economica, ma solo una valutazione di tipo tecnico.

È evidente, tuttavia, che i criteri dettati per l'emanazione degli *standards* sono condizionati da valutazioni anche di tipo economico, che penalizzano fortemente il significato della riforma. Richiedere, infatti, che lo *standard* sia necessario e appropriato, implica un'analisi complessa sulla fattibilità, fortemente ancorata ad una valutazione costi-benefici anche economica[37].

Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, nell'emanazione degli *standard*, è necessario fornire anche un'adeguata spiegazione del "*significant harm*", ovvero l'*OSHA* deve anche esplicitare la motivazione dello *standard* emanato, sulla base della rilevanza del danno[38]: il criterio di "un rischio significativo" assume, quindi, il ruolo di presupposto basilare per l'emanazione di una nuova disciplina precauzionale e condiziona la tutela dei lavoratori in modo sostanziale.

Il fondamento scientifico del rischio, che lo *standard* mira ad inibire deve, pertanto, essere ancorato ad una valutazione di probabilità significativa. Tale criterio, tuttavia, contraddice lo spirito dell'intervento di tutela anticipata di gestione del rischio, che dovrebbe caratterizzare l'attività normopoietica dell'*OSHA*, in quanto l'emanazione dello *standard* si legittimerebbe solo quando la situazione di rischio assume un fondamento scientifico, tale da trasformare il rischio in un vero e proprio pericolo.

In questo caso, pare evidente che l'incertezza scientifica sulla pericolosità di sostanze o sui tipi di lavorazioni, determina una situazione, che, a causa della complessa procedura di emanazione de-

---

[37] Sul punto *National Grain & Feed Association v. Osha* 866 F.2d 717 (5th Cir.1988). Cfr.: J.W. Coleman *The criminal*, cit., 159, evidenzia come proprio l'*OAHA* abbia sempre fatto riferimento a valutazioni costi-benefici nell'emanazione degli standard, comparativamente in misura maggiore rispetto alle altre agenzie, a causa dell'influenza che le lobby economiche esercitano sull'attività in concreto di *enforcement*.

[38] *United Steelworkers of America v Marshall*, 647 F.2d 1189 (D.C. Cir. 1980).

gli *standards*, "grava" direttamente sui lavoratori[39]: l'*OSHA*, per realizzare una effettiva politica della sicurezza, deve dimostrare, secondo il test della *best available evidence*, anche la necessità di adottare un nuovo *standard*.

Attraverso gli *standards*, la clausola generale dell'*OSHA* viene specificata, con obblighi dettagliati sulle misure prevenzionali che il datore di lavoro deve adottare, mantenendo condizioni e prassi *ragionevolmente necessarie* per la protezione del lavoratore. Ciò implica che il datore di lavoro ha un obbligo di informarsi riguardo agli *standards*, applicabili allo stabilimento e deve, inoltre, assicurare che i lavoratori rispettino tali misure prevenzionali.

È possibile classificare i diversi metodi di definizione degli *standards* di sicurezza, a seconda della loro origine, natura o funzione[40].

I *National Consensus Standards* sono discipline private, adottati dal *Secretary of Labor* ed hanno costituito la fonte principale degli *OSHA standards* nei primi due anni di vigenza della disciplina generale, in seguito l'attività e il potere di *rulemaking* ha seguito procedure e percorsi diversi, stabiliti dall'*Administrative Procedure Act*[41].

Nei primi anni di applicazione della legge, per evitare il rischio di inoperatività, si è data la possibilità di utilizzare *standards* esistenti,

---

[39] Non sorprende che di fronte alla rigidità del *Benzene test*, alcuni orientamenti giurisprudenziali abbiano cercato di ampliare il potere discrezionale dell'*OSHA* nell'emanazione degli standard, giustificando l'attività normopoietica anche in presenza di rischi non scientificamente accertati, sul punto *United Steelworkes of America v. Marshall* 647 F.2d 1189 (D.C.Cir. 1980); *Lead Industries Association Inc. v. Donovan* 453 U.S. 913, 101 S.Ct. 3148, 69 L.Ed.2d. 997 (1981); *Bulding & Construction Trades Department v. Brock* 838 F.2d 1258 (D.C.Cir. 1988); *United Auto Workers v. Pendergrass* 878 F.2d 389 (D.C.Cir.1989); *National Cottonseed Products Associaciation v. Brock* 825 F.2d 482 (D.C.Cir.1987); *Forging Industry Association v. Secretary of Labor* 773 F.2d 1436 (4th Cir. 1985); *International Union, UAW v. OSHA* 938 F.2d 1310 (D.C. Cir. 1991).

[40] Generalmente si distingue: *national consensus standards; interim standards; permanent standards; emergency temporary standards; specification standards and performance standards; general and specific standards; horizontal or vertical standards; general duties clause enforcement when no specific standards apply*.

[41] Questo tipo di *standard* veniva classificato anche come *Interim Standard* (o *start-up standard*), un modello di standardizzazione che includeva tutti i *National Consensus Standards* (come ANSI e ACGIH). Tale termine ormai non è più utilizzato, sebbene alle volte, sia adoperato per indicare misure provvisorie in attesa di regolamentazioni definitive.

creati da *industrial trade associations* e *professional societies*[42], senza ricorrere alla procedura di emanazione richiesta dalla legge amministrativa americana[43].

Con il termine *National Consensus Standards* si intende oggi definire gli *standards* elaborati da alcuni organismi privati[44], che collaborano attivamente con l'amministrazione *OSH* per l'implementazione della normativa esistente. In base alla *sec.* 6 dell'*OSHA*, generalmente, i *national consensus standard* sono adottati dall'agenzia *OSHA*[45], in quanto la specificità e la diversità dei diversi settori di attività è tale per cui non è possibile neanche per l'agenzia deputata a tale funzione definire tutti gli *standards* di sicurezza. Questa procedura costituisce un esempio di "giuridificazione" di normativa privata, mediante il quale vengono richiamate una serie di normative tecniche, implicitamente collegate alla materia regolata dallo *standard*. In questo caso, poiché tramite rinvio, l'*OSHA* non ha l'opportunità di valutare la congruenza tecnico-scientifica delle regole di fonte privata queste vengono, pertanto, interpretate restrittivamente[46].

---

[42] Così infatti prevede la section 3(9): «1) a standard adopted and promulagated by a nationally recognized standards-producing organization under procedures whereby interested and affected persons have reached substancial agreement; 2) was formulated in a manner affording an opportunity for diverse views to be considered; and 3) has been designated a national consensus standard by the Secretary after consultation with other appropriate federal agencies».

[43] Essi contemplano solo i requisiti minimi di sicurezza e sono sempre stati alla base di numerose controversie, perché si presentano non solo come misure di tutela flebili, ma alle volte risultano essere misure troppo rigide ed inattendibili. In particolare, è stato evidenziato che gli studi compiuti per elaborare tali *standards* si limitino a verificare gli effetti di talune sostanze (soprattutto nelle indagini di limiti tabellari – PEL, TVL, TWA) su un uomo bianco di età compresa fra i 25 e 35 anni. Sono quindi *standards* difficilmente estensibili a categorie tradizionalmente più deboli, come donne, anziani. Si veda sul punto *UAW v. Johnson Control Inc.*, 499 U.S. 187, 113 L. Ed. 2d 158, 111 S. Ct. 1196 (1991)

[44] I gruppi sono composti da *American Conference of Governmental Industrial Hygienist (ACGIH); American National Standards Institute (ANSI); National Safety Council (NSC); National Fire Prevention Association (NFPA).*

[45] Sul punto si veda *Town Construction Co. V. OSHRC*, 847 F.2d 1187 (6th Cir. 1988); *Noblecraft Industries, Inc v. Secretary of Labor* 614 F. 2d 199 (9th Cir. 1980); *Modern Drop Forge Co. v. Secretary of Labor* 683 F. ed 1105 (7th Cir. 1982). Citati da M.A. Rothstein, *Occupational*, cit., 69 ss.

[46] *Dunlop v Ashworth, 538 F.2d 562 - 4th Cir. 1976*

L'emanazione di nuovi *standards* può essere inoltre sollecitata da una petizione di cittadini: fondamentali sono state, ad esempio, le battaglie contro il cloruro di vinile e l'acrilonitrile[47].

Il *Secretary of Labor* può anche adottare *Emergency Temporary Standard*, senza seguire le procedure amministrative definite per l'attività regolamentare delle agenzie. Le *Emergency Temporary Standards* sono discipline di sicurezza previste espressamente fra le attribuzioni dell'*OSH Act* 1970 e pubblicate sul *Federal Register.* Tali misure hanno un'immediata applicazione e sono occasionati dalla rilevazione di un grave pericolo per i lavoratori, la cui protezione non può essere demandata ai *permanent standards*. Sono immediatamente vincolanti per il datore di lavoro, anche se non sono state espletate tutte le normali procedure di approvazione, ma la loro pubblicazione sul *Federal Register* avvia un procedimento formale, che deve, comunque, condurre entro sei mesi alla conversione in un *permanent standards*[48].

Con il termine *Permanent Standards* si indica una regolamentazione di sicurezza completa e definitiva, emanata dalla *OSHA*. Il *Secretary of Labor* è legittimato ad emanare tali disciplina, dopo una verifica di ragionevole necessità ed adeguatezza, nonché di fattibilità.

Gli atti regolamentari della *OSHA* possono essere classificati in *specification standards* e *performance standards.* I primi, anche detti *design standard* impongono misure e condizioni dettagliate e specifiche, che sono, pertanto, obbligatori, altrimenti si è sottoposti ad una procedura sanzionatoria, verso cui è possibile far valere la *defense* che le misure utilizzate, diverse da quelle prescritte, sono valsi ad evitare un più rischio grave. Generalmente tali misure specifiche sono considerate, dagli stessi attori del sistema economico, una limitazione al progresso tecnico della sicurezza del lavoro.

---

[47] Per un'approfondita descrizione si veda: B.W. Mintz, *OSHA*, cit., 40 s.

[48] Questo, ovviamente, è un provvedimento d'urgenza, che si legittima in base alla gravità delle condizioni di fatto esistenti. Non è necessario, tuttavia, che si abbia assoluta certezza sulla pericolosità delle condizioni regolate con ETS, è sufficiente che si dimostri esservi più che una possibilità di un grave danno. Il caso più noto di ETS riguarda l'asbesto, l'introduzione di uno standard notevolmente più basso rispetto a quello prescritto dalla precedente normativa.

I *performance standards* obbligano a raggiungere un determinato livello di protezione, attraverso l'imposizione di programmi di scopo, la cui realizzazione è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, per cui possono essere ricondotti, da un punto di vista sostanziale, al generale dovere di sicurezza prevista dall'*OSH Act* 1970[49].

Può accadere che per ragioni tecniche si è impossibilitati ad adeguarsi ai nuovi *standards*, per cui è concessa una deroga momentanea (*temporary variance*)[50], che prevede un regime preventivo-precauzionale derogatorio, che l'azienda, fino all'adozione dei nuovi *standards*, è tenuta, comunque, a rispettare.

La flessibilità del sistema statunitense permette, inoltre, al datore di lavoro di adeguare le misure prevenzionali alle esigenze produttive dei propri impianti, derogando agli *standards* generali (*permanent variance*)[51], ma si deve dare dimostrazione che le misure alterative sono equivalenti, da un punto di vista prevenzionale e funzionale, a quelle definite dalla disciplina *OSHA*. In questo caso la deroga possiede un carattere definitivo, ma è necessaria un'autorizzazione interlocutoria (*interim order*), in attesa che l'*OSHA* valuti la richiesta di modifica.

---

[49] Nel primo decennio di applicazione dell'*OSH Act* furono privilegiati i *specification standards*, sebbene fosse evidente che il tal modo si imponevano misure troppo rigide, alle volte non confacenti con le peculiarità e specificità del singolo luogo di lavoro. Tale tecnica legislativa si è rivelata essere anche un limite allo sviluppo e all'applicazione di misure tecnicamente più avanzate ed efficienti. Vi era però un certo scetticismo e sfiducia nell'uso di *performance standards*, in quanto si ritiene potesse creare facili *escamotage* per il datore di lavoro che intendeva evitare qualsiasi tipo di responsabilità adottando sistemi di sicurezza laschi. In realtà il maggior problema è l'incertezza e la scarsa determinatezza che l'integrazione di tali precetti riflettono anche nella determinazione della responsabilità penale. Come anche per la *general duty clause*, prevista alla *sec.* 5 lett. a), è evidente che un sistema "vago" di precetti precauzionali può determinare numerosi svantaggi in particolare per il datore di lavoro, che non potrà mai avere consapevolezza di quali regole seguire e se il suo comportamento è conforme o meno alle regole di sicurezza, in quanto non è persino possibile enucleare un precetto determinato, da standard troppo generici. In ultima istanza la decisione sulle misure di sicurezza adeguate ricade completamente sotto la responsabilità del datore di lavoro, che si presuppone abbia il controllo dell'attività lavorativa e del luogo di lavoro, senza che neanche i funzionari *OSHA* possano intervenire per guidare le scelte da assumere in concreto.

[50] Sul punto M.A. Rothstein, *Occupational*, cit., 124.

[51] *Ibidem*, 125.

La promozione di una cultura della sicurezza prevede, inoltre, che possano essere adottati *standards* sperimentali, se si partecipa ad un programma approvato dalle agenzie pubbliche.

L'attività normativa dell'*OSHA* si completa con le *guidelines* che non hanno forza vincolante, pertanto, la loro violazione non costituisce una violazione dell'*OSH Act*, ma indirizzano il datore di lavoro nella valutazione e gestione del rischio. Le linee guida sono strumenti flessibili, *soft law*, di diffusione e di informazione delle conoscenze scientifiche e delle politiche di sicurezza.

L'*OSHA* ha anche competenza ad emanare regolamenti, che differiscono dagli *standards* per il fatto di prescrivere una procedura o di imporre un obbligo, che non è direttamente finalizzato alla eliminazione o alla minimizzazione di un rischio. In generale, gli *standards* hanno una esplicita ed immediata funzione prevenzionale, laddove la *regulation*, generalmente, prescrive dei comportamenti per rischi non ancora accertati o prevede norme con un contenuto solo indirettamente precauzionale (ad. es. l'imposizione di obblighi di informazione o di raccolta dati). Anche le *regulations* sono passibili di una revisione giudiziale, ad opera del giudice distrettuale[52].

In generale, è possibile rilevare come i vincoli, che l'*OSHA* incontra nell'emanazione di uno *standards*, costituiscono un limite fortemente penalizzante per l'efficacia preventiva della regolamentazione di sicurezza. Di fronte alle numerosi fonti di rischio, dovute all'uso di sostanze nocive, l'*OSHA* agisce con un forte ritardo, per cui non solo la copertura precauzionale risulta essere vistosamente ridotta rispetto all'enorme quantità di rischi[53], ma la lentezza del procedimento di emanazione di uno *standard* e le condizioni, cui è sottoposta l'attività normativa, ne determinano una repentina obsolescenza.

---

[52] Sulla differenza *standards/regulation* si veda: *Lousiana Chemical Association v. Bingham*, 657 F 2d 777 (5th Cir. 1981).

[53] Nel 1990 l'*OSHA* aveva emanato soltanto 24 *substance-specific health standard*, un numero assolutamente non comparabile alla quantità di sostanze tossiche utilizzate nell'industria. Sul punto: G. Cohen, *Preemption: A Union Lawer's View*, in BNA Special Report, *Occupational Safety & Health. & Critical Issues for the 1990s*, 1989, 31.

Non è un caso che, negli ultimi anni, si è preferito agire attraverso *standard* generici, proponendo un modello prevezionale, per molti aspetti, analogo a quello italiano, costellato da regole cautelari protocollari, "aperte" o "improprie", che individuano un obiettivo, piuttosto che un modello comportamentale definito.

5.1. General Duty Clause

Nei campi non coperti specificatamente dalla normativa regolamentare della *OSHA*, l'ampia operatività della *general duty clause*, prevista dalla *Section* 5 (a)(1) *OSH* Act, impone al datore di lavoro di provvedere affinché il luogo di lavoro sia libero da "*recognized hazards*"[54]. La clausola generale è operativa, nel caso non vi sia una specifica previsione di uno *standard* di sicurezza, determinando, quindi, la chiusura del sistema di sicurezza, al fine di evitare lacune di tutela[55].

L'esistenza di clausole generali, riconducibili al principio del *neminem laedere*, è diffusa nel sistema di *common law*, pertanto, la legge statutaria ha semplicemente "ritrascritto" questo "*general duty to others*", in base al quale il datore di lavoro deve approntare un sistema di sicurezza aggiuntivo, per fronteggiare rischi non espressamente regolati dagli *standards OSHA*[56].

Come evidenziato anche nei lavori preparatori, una simile tecnica normativa può condurre ad un sistema eccessivamente gravoso per il datore di lavoro, che deve adempiere ad un obbligo di tutela

---

[54] Letteralmente la *sec.* 5 (a)1 recita: «furnish… a place of employment which is free from recognized hazards that are causing or likely to cause death or serious physical harm to employees». Su tale diffuso criterio di tutela si veda W. Szubert, *Labour Law*, cit., 19-30.

[55] Così: *Brisk Waterproofing Co.* 1 OSHC 1263, 1973-1974 OSHD, 16345 (1973); *American Smelting & Refining Co. v. OSHRC* 501 F.2d 504, 512 (8th Cir. 1974); *Marquette Cement Manufacturing Co.* 3 OSHC 1975-1976 OSHD, 20353 (1976).

[56] Il contenuto prevenzionale è, pertanto identico, per cui nel dare attuazione a tale obbligo si adempie sia al *general duty clause* statutario, sia al «*common duty to bring no adverse effects to the life and health of their employees thoughout the course of their employment*» State report No. 1282, 91st Cong. 2d Sess. 10-11 (1970).

particolarmente esteso[57]. Tuttavia, per mitigare il rigore di questo sistema precauzionale pervasivo, l'obbligo di prevenzione sorge solo di fronte ad un *recognized risk*, fronteggiabile attraverso misure di sicurezza *feasibily.* Queste due condizioni giocano un ruolo di fondamento e di limite della clausola generale.

L'ampiezza della clausola deve essere letta, inoltre, alla luce della filosofia co-gestionale fra privati e autorità pubbliche e del rapporto collaborativo fra datore di lavoro e lavoratori nell'adoperarsi, affinché le misure di sicurezza concretizzino effettivamente quegli obblighi "aspirazionali" o promozionali contenuti nell'*OSH Act* 1970 e nella regolamentazione *OSHA*.

Ovviamente è ampia la discrezionalità giurisdizionale nel valutare l'adeguatezza delle misure utilizzate per fronteggiare i rischi non catalogati[58].

Tale discrezionalità è, comunque, regolata da ferree regole probatorie, per cui, nel caso di presunta violazione del *general duty clause*, è compito dell'accusa, ovvero del *Secretary* provare non semplicemente il mancato adeguamento ai doveri precauzionali, ma anche individuare le esatte misure di sicurezza, che avrebbero implementato le precauzioni nell'ambito dell'azienda[59].

La mancanza assoluta di definizioni del termine "*recognized hazard*" non ha determinato l'incostituzionalità per eccessiva vaghezza della norma, ma, secondo la più accreditata tendenza giurisprudenziale[60], tale confine "aperto" dell'obbligo di prevenzione implica che

---

[57] Queste le preoccupazioni espresse nelle dichiarazioni del senatore Dominick, 116 Cong. Rec. 36531 (1970): «it is essentially unfair to employers to require compliance with a vague mandate applied to highly complex industrial circumstances. Under such a requirement, the employer will simply have no way of knowing whether he is complying with law or not, nor will the inspector have any concrete criteria, either statutory or administrative, to guide him in finding a violation».

[58] Teal v. Dupont, 728 F.2d 799 (6th Cir. 1984); Brock v. Dun – Par Engineered Form Co., 843 F. 2d 1135 (8th Circ. 1988); Spancrete Northeast Co. v. OSHRC, 905 F 2d 589, 591 (2d Cir.1990).

[59] Si veda: W. Szubert, *Labour Law*, cit., 76. Il *leading case* è *National Realty & Construction Company v. OSHRC* 489 F2d 1257 (D.C. Cir. 1973).

[60] ASARCO v. OSHRC, 501F.2d 504 (CA8 1974); United States Steelworkers of America v. Marshall, 592 F. 2d 693 (3d Cir. 1979) e 647 f. 2d 1189 (D.C. Cir. 1980); *Ensign-Bickford Co. v. OSHRC* 717 F.2d 1419 (D.C. Cir. 1983); *Donovan v. Royal Logging Co.* 645 F.2d 822 (9th Cir. 1981).

i rischi evitabili non sono solo quelli tassativamente definiti dalla regolamentazione *OSHA*, ma anche situazioni di insicurezza rilevanti[61], che il datore di lavoro è, nondimeno, tenuto a fronteggiare con opportune misure precauzionali.

Tale "*multidimensional concept*" è connesso a tutti i tipi di rischio ed include, non solo i rischi riconosciuti dal datore di lavoro, dalla commissione di sicurezza, ma anche tutti i rischi evidenziati dal mondo scientifico. Coerentemente con il regime probatorio sopra menzionato, in questo caso è il *Secretary* ad avere l'onere della prova della prevedibilità del rischio[62].

La "notorietà" del rischio è un requisito essenziale, di cui l'*OSHA* deve dare prova nella contestazione della violazione della clausola generale[63].

Il rischio è *recognized*, se il datore di lavoro lo conosceva o avrebbe dovuto conoscerlo (*constructive knowledge*)[64] o è un rischio noto nell'ambito del settore industriale della specifica attività. La prova della consapevolezza si raggiunge anche sulla base dei casi registrati nell'ambito dello specifico settore industriale, sulla base della pubblicità che le categorie di industriali hanno fatto sui rischi specifici e danni correlati, sui consigli e avvertimenti, offerti anche da industrie private o da consulenti della sicurezza ed, infine, dalle stesse misure approntate dal datore di lavoro per fronteggiare il rischio specifico. Infatti la presenza di preesistenti misure di sicurezza, an-

---

[61] Situazioni che «any reasonable person would have recognize». Sul punto si veda McLaughilin v. Union Oil Co., 869 F. 2d 1039 (7th Cir.1989); Tir-State Roofing & Sheet Metal, Inc. v. OSHRC, 685 F. ed 878 (4th Cir. 1982); Babcock & Wilcox Co. v. OSHRC, 622 F.2d 1160 (3d Cir. 1980).

[62] Donovan v. Royal Jogging Co., 645 F. ed 822 (9th Cir. 1981)

[63] La conoscibilità del rischio è stato uno degli argomenti più dibattuti anche durante i lavori preparatori, in quanto la locuzione utilizzata lascia indeterminato il parametro di riferimento. Durante il dibattito precedente all'emanazione della legge si era optato per un concetto di riconoscibilità attraverso "basic human senses", locuzione che comunque non ha apportato maggiore chiarezza, che tuttavia è stata utilizzata come linea difensiva nei primi procedimenti per violazione della *sec.* 5 lett. a): *American Smelting & Refining Company (ASARCO) v. OSHRC*, 501 F.2d 504 (8th Cir. 1974). Si veda inoltre: *General Dynamic Corp. v. OSHRC* 599 F.2d 453 (1st Cir. 1979).

[64] Sul punto: *Joe Minerals Corp. v. OSHRC* 647 F.2d 840 (8th Cir. 1981); *Magma Copper Co. v Marshall* 608 F.2d 373 (9th Cir. 1979); *Atlantic Sugar Association v.* OSHC 1355, 1976-77 OSHD, 20821 (1976).

corché non adeguate, dimostrano la consapevolezza del rischio, gestito tuttavia in modo errato[65].

Il rischio si può riferire sia alle condizioni di lavoro, che alle misure di prevenzione inadeguate, ma anche a strumenti di prevenzione rischiosi. Il caso eclatante è *American Cyanamid Co.*[66], in cui la pratica della sterilizzazione chirurgica, imposto alle lavoratrici fertili era finalizzato all'eliminazione del rischio di effetti teratogeni del piombo. Tale misura preventiva non fu, tuttavia, ritenuta una pratica rischiosa.

Il *Secretary* deve, inoltre, dimostrare che la gestione del rischio è *feaseble*, e su questa condizione, il datore di lavoro può costruire la *defense* di impraticabilità delle misure di sicurezza. La fattibilità deve riguardare sia l'aspetto economico, che tecnologico, per cui, nella contestazione della *general duty clause*, il *Secretary* deve dimostrare "feasibility and likely utility" delle misure omesse[67]. Ciò non significa appiattire la valutazione semplicemente sulle pratiche diffuse nell'ambito economico della specifica attività, ma richiede una valutazione compiuta da esperti.

Quindi solo una condotta rischiosa, che risulti, tuttavia, *feasibly preventable*, costituisce una violazione della clausola generale[68].

Questa condizione non implica, necessariamente, la produzione di un evento, ma condiziona la natura della condotta, che deve mostrare una potenzialità lesiva tale da produrre lesioni o morte[69].

---

[65] *Waldron Healthcare Center* 16 OSHC 1052, 1993 OSHD, 30021 (1993); *Pepperidge Farm Inc.* 17 OSHC 1993, 1997 OSHD, 31301 (1997); *Litton Systems Inc.* 10 OSHC 1179, 1981 OSHD, 25817 (1981); *Continental Oil Co. v. OSHRC* 630 F.2d 446 (6th Cir. 1980); *Donovan v. Missouri Farmer Association* 674 F.2d 690 (8th Cir. 1982).

[66] *American Cyanamid Co*. (OSHC 1596, 1981 OSHD, 25338 (1981).

[67] Il *leading case* è *National Realty & Construction Co. v. OSHRC*, 489 F.2d 1257 (D.C. Cir. 1973). L'orientamento poi è stato confermato nei casi *Carlyle Compressor Co. V. OSHRC* 683 F.2d 673 (2d. Cir. 1982): *Donovan v. Royal Logging Co.*, 645 F.2d 822 (9th Cir. 1981); *St. Joe Minerals Corp. v. OSHRC* 647 F.2d 840 (8th Cir. 1981).

[68] *Getty Oil Co. v. OSHRC* 530 F.2d 1143 (5th Cir. 1976).

[69] *Titanium Metals Cor. Of America v Usery* 579 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1978); *American Smelting & Refining Co. v. OSHRC* 501 F.2d 504 (8th Cir. 1974); *Brennan v. OSHRC* 501 F.2d 1196. 1202 n.9 (7th Cir.1978); *Marshall v. L.E. Myers Co.*589 F2d 270 (7th Cir. 1978); *National Realty & Construction Co. Inc. v. HSHRC*

La potenzialità lesiva, ovviamente, può essere riconosciuta in base a diversi gradi di accadibilità, la cui misura incide notevolmente sull'accertamento della responsabilità. Ma né attraverso l'attività della commissione, né attraverso la prassi giurisprudenziale è possibile individuare un parametro certo di probabilità dell'evento. Orientamenti ondivaghi richiedono, in base al test della *reasonable foreseeability*, diversi gradi di verificabilità fino alla trasmutazione in un grado di *possibility* o di mera non impossibilità[70].

Perseguire un obiettivo di sicurezza diventa un compito talmente rilevante, che il datore di lavoro non può invocare come *defense* la difficoltà o l'eccessivo onere economico nell'adozione di misure supplementari: non è, infatti, ammessa un'analisi costi benefici, su base meramente economica[71]. È possibile solo far valere la "*impossibility of compliance*", ma l'onere della prova, a carico del datore di lavoro, è difficile da soddisfare[72].

Per facilitare l'adempimento degli obblighi prevenzionali è riconosciuto un potere ingiunzionale all'*OSHA*, per cui l'adozione di misure di sicurezza conformi agli *standards* entro un determinato periodo, può essere motivo di riduzione della pena pecuniaria[73].

In conclusione se dunque il luogo di lavoro deve essere "*free*" da rischi noti, ciò implica che il datore di lavoro è tenuto ad impiegare tutte le misure precauzionali fattibili, per abbattere il più possibile il rischio, ma ciò non si traduce nell'obbligo di eliminare qualsiasi

---

489 F.2d 1257 (D.C. Cir. 1973); *Illinois Power Co. v. OSHRC* 632 F.2d 25 (7th Cir. 1980); *Genral Dynamic Corp. v. OSHRC* 599 F.2d 453 (1st Cir. 1979).

[70] *Pratt & Whitney Aircraft v. Secreatry of Labor* 649 F.2d 96 (2d Cir. 1981); *United States Steel Corp.* 10 OSHC 1752, 1982 OSHD, 26123 (1982).

[71] *American Texile Manufacturers Institute, Inc. (ATMI) v. Donovan*, 452 U.S. 490, 69 L. Ed. 2 d 185, 101 S. Ct. 2478 (1981); *Long Beach Container Terminal Inc., v. OSHRC*, 811 F.2d 477 (9th Cir.1987). Cfr. W. Szubert, *Labour Law*, cit., 77.

[72] Tenuto conto delle eccessive sanzioni pecuniarie previste dal sistema statunitense e dell'estensione dell'obbligo di sicurezza, secondo alcuni, questa rigidità, potrebbe produrre un effetto controproducente, fino a spingere il datore di lavoro all'illegalità. R. Cooter, *Price and Sanctions*, cit., 1523.

[73] Si veda il caso della De Coster egg farm, azienda agricola, accusata di sottoporre i propri dipendenti a condizioni disumane e vessatorie, l'adozione del 90% delle misure di sicurezza regolamentari entro dodici mesi dall'ingiunzione dell'*OSHA* gli è valsa una sostanziale riduzione della pena pecuniaria.

rischio, per cui risulta contenutisticamente attenuato l'obbligo prevenzionale.

5.2. *L'istituzionalizzazione della dimensione aziendale.* Compliance program*: dinamismo e settorializzazione delle regole cautelari*

La filosofia *OSHA* mira a creare una struttura ed una regolamentazione flessibile per identificare e valutare i rischi presenti sul luogo di lavoro, attraverso lo strumento dei *compliance*, che possono essere assunti come integrazione degli *standards OSHA*.

Il dovere basilare del datore di lavoro è l'identificazione e la valutazione dei rischi, in modo da adeguarsi alla *General duty clause* e agli *OSHA standards.* Per adempiere a tale obbligo, il datore di lavoro deve definire un piano di gestione del rischio, che implica non solo una struttura normativa, ma anche informativa, che ne garantisca l'effettività in ambito aziendale.

Prima di affrontare lo studio dei *compliance program* è necessario anticipare alcuni caratteri che saranno evidenziati nel corso di questa analisi.

L'adozione di un *compliance program* non consiste meramente nell'adozione di alcune misure di sicurezza, individuate dal datore di lavoro nell'ambito della propria attività di impresa e sottoposte al vaglio degli organi di controllo.

Questa dimensione "statica" della regola cautelare è pressoché "in via di estinzione" nell'ambito della disciplina delle attività imprenditoriali ed economiche negli ordinamenti di *common law*, mentre lo sviluppo di una dimensione dinamica della regola cautelare e "procedimentale" costituisce l'aspetto innovativo di maggiore interesse per definire le condizioni di responsabilità e di imputazione di un reato nell'ambito di organizzazioni complesse.

La definizione di un *compliance program* può essere considerato come una forma di adempimento di un obbligo cautelare, di fonte legislativa, la cui natura flessibile accentua una dimensione dinamica ed individualizzata, che sembra più adeguata ad incontrare le esigenze di sicurezza delle singole imprese e a "precorrere" i programmi di sicurezza emanati dall'*OSHA*, attraverso una strategia preventiva, fortemente imperniata su modelli preventivi di *risk assessment* e *risk management.*

Questa complessa funzione preventiva comporta un impegno continuativo del datore di lavoro nell'aggiornare e nel rimodellare i programmi di sicurezza (*cyclical pattern*), che si rendano necessari nell'ambito della propria azienda ed implica, da un lato, la possibilità di individuare più agevolmente l'/gli autore/i o meglio il/i responsabile/i individuale/i della violazione della misura di sicurezza e, dall'altro, di facilitare una forma di imputazione "colpevole" all'ente.

La visione empirico – pragmatica dei sistemi di *common law*, nel tradurre questa aspettativa giuridica teorico/astratta in termini di effettività, dilata le funzioni del *compliance program*, attribuendo ad essi, non solo il compito di soddisfare pretese meramente giuridiche, ma anche funzioni "promozionali/educative", fino a lambire, infatti, aspetti prettamente culturali dell'attività e dell'ambiente aziendale.

L'operatività di un *compliance program* non è limitata all'adozione di misure di sicurezza, sia esse auto o eteroprodotte, ma "incoraggia" il datore di lavoro a promuovere un'etica della sicurezza nell'agire quotidiano.

Questo obiettivo spiega la notevole importanza che assumono, negli USA, i corsi sulla sicurezza, gestiti non solo dalla agenzie di controllo (*OSHA* e *NIOSH*), ma anche dalle università. Particolare rilievo viene dato ai corsi realizzati *in-house*, ovvero nell'ambito della stessa azienda, che costituiscono un indice di valutazione dell'efficienza dei *compliance* ed è riconducibile ad uno specifico dovere del datore di lavoro, che deve rendere disponibile materiale informativo e formativo per i lavoratori.

Fatta questa breve premessa, è possibile valutare meglio anche gli effetti positivi del *compliance method*. La previsione, nell'ambito di un'azienda, di un particolare *compliance program OSHA*, nonostante la gravosità di un impegno continuo, richiesto nell'elaborare ed aggiornare le "procedure di sicurezza", solleva, comunque, il datore di lavoro da una serie di oneri e "rischi", innanzitutto penali, incrementando (teoricamente) la reciproca fiducia e collaborazione fra autorità pubblica e privato. Il legislatore americano è riuscito a creare, progressivamente, una serie di disincentivi (*tort liabili-*

ty, *OSHA* e *EPA* sanzioni, sanzioni penali) ed incentivi (risparmio di spesa, ma anche di carattere economico, oltre una serie di certificazioni, che concorrono ad un sistema di pubblicità o a creare un'immagine positiva dell'azienda, nonché il ricorso alla c.d. *regulatory compliance defence*), per incoraggiare l'adozione dei *compliance program*.

Innegabile è, comunque, la libertà, di cui gode il datore di lavoro nell'individuare il programma di sicurezza, che maggiormente si attaglia alle esigenze aziendali: ciò ha come conseguenza una maggiore specificazione delle misure cautelari, con conseguente rafforzamento della capacità preventiva, dimostrata, secondo i dati forniti dall'*OSHA*, da una diminuzione degli incidenti sul lavoro e delle c.d. morti bianche. Questa maggiore discrezionalità ha come conseguenza un risparmio sui costi degli incidenti e delle eventuali sanzioni comminate per le violazioni della normativa vigente.

L'ampia discrezionalità ha prodotto anche alcuni effetti controproducenti, in quanto i programmi di sicurezza, non definiti legalmente, possono condurre ad alcune restrizioni dei diritti civili o a giustificare pratiche discriminatorie, come, ad esempio, la scelta di non assumere donne fertili, per lo svolgimento di lavori che possono potenzialmente favorire o provocare patologie del sistema riproduttivo o possono avere effetti teratogeni sul feto[74].

[74] In alcuni casi ha reso possibile il ricorso ad abominevoli percorsi di difesa, come nel caso *OCAW v. American Cynamid*, 741, F. 2d 444 (D.C. Cir. 1984), ove non si è riuscita a provare da un punto di vista tecnico-giuridico la responsabilità del datore di lavoro per la violazione del *general duty clause*, in quanto, sebbene questi obbligava le proprie dipendenti alla sterilizzazione chirurgica, per evitare eventuali azioni legali a causa degli effetti abortivi o teratogeni del piombo, non vi era una sufficiente documentazione scientifica per valutare tali rischi, ma in particolare per individuare misure di prevenzione meno invasive. Il problema della *fetal protection policy* e dei *reproductive and development toxicants* è stato lungamente dibattuto negli anni fra l'*OSHA* che sosteneva la necessità di tutela e protezione, senza fornire dei parametri definitivi, e la categoria degli industriali (in particolare la *Lead Industry Association*), la quale giunse ad affermare che l'unico modo per evitare i rischi da piombo era non assumere donne fertili. Pose fine a questa assurda ed incivile polemica la Suprema Corte, che nel caso *UAW v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 113 L. Ed. 2d 158, 111 S. Ct. 1196, 14 (1991), rigettò la *defense* del *bon fide business necessity* eccepita dal datore di lavoro che escludeva dall'assunzione le donne fertile, ritenendo tale pratica discriminatoria. Ugualmente discriminatoria è la pratica di sottoporre i propri dipendenti a test genetici, per va-

Generalmente, la discrezionalità del datore di lavoro è, comunque, ampiamente monitorata non solo dall'attività di controllo delle agenzie, ma anche attraverso sistemi di regolamentazione giuridica secondaria o di *soft law*[75], che guidano l'attività di *risk management* nell'ambito dell'azienda.

Secondo il *Safety and Health Program Management Guidelines (OSHA Management Guidelines)* del 1989[76] l'adesione ad un *compliance program* si costruisce, in primo luogo, attraverso una documentata attività di collaborazione nella prevenzione di incidenti e malattie professionali. Il documento, con cui il *management* di un'azienda si impegna ad adottare un *compliance program*, è notevolmente complesso: esso distribuisce le risorse economiche ed organizzazionali, individua il personale, prevede *internal auditing* e la formazione del personale, specifica le procedure di *risk assessement* e di *risk management*, per l'adozione di misure precauzionali.

La previsione di una infrastruttura adeguata alla valutazione e alla gestione dei rischi, inerenti all'attività lavorativa, svolta dall'azienda, è un elemento essenziale del *compliance program*, per

---

lutare la propensione a certi tipi di malattie, questa pratica sembra essere avvalorata anche dal mondo scientifico istituzionale. L'*Office for Technology Assessment*, del US *Congress* (*OTA*) ha evidenziato nei suoi *reports* quanto sia significativo il ruolo giocato dai fattori genetici nello sviluppo di alcune malattie, autorizzando test genetici sul luogo di lavoro. Si veda sul punto US Congress, Office Technology Assessment, *The Role of Genetic Testing in The Prevention of Occupational Disease*, OTA-BA-194 (Washington D.C., April 1983) e *Genetic Monitoring and Screening in the Workplace*, OTA-BA 455 Washington, D.C. (1990), mentre non vi è attualmente nessuna regolamentazione *OSHA* né presa di posizione. Cfr.: I.L. Freitshans, *Corporate Compliance*, cit., 1, 147 ss. Il problema delle due direttive di sviluppo della tutela del lavoratore: tutela antidiscriminazione e sicurezza del luogo di lavoro, è affrontato nel caso Chevron v. Echazabal, 122 S. Ct. 2045 (2002). A vietare pratiche discriminatorie, basate su test medici e genetici pre-assunzione è intervenuta da ultimo l'*Health Insurance Portability and Accountability Act* (*HIPAA*) 1997.

[75] Sono regolamentazioni che raccolgono un distillato del *best safety and health management practices* individuate dall'*OSHA* durante gli anni di attività. Ad esempio nel 1989 fu emanato una normativa sul *voluntary management guidelines*, sottoposta a revisione l'anno successivo attraverso *OSHA Revision to the Voluntary Protection Programs To Provide Safe and Healthful Working Conditions*, dopo aver raccolto i giudizi e le valutazioni di tutti gli addetti del mondo della sicurezza e le varie istanze pubbliche.

[76] *OSHA Management Guidelines*, 54 Fed. Reg. 3904-3916 (1989).

esercitare una funzione marcatamente preventiva[77]. L'adozione dei programmi di *compliance* crea, inoltre, uno stretto rapporto collaborativo con le agenzie di controllo.

Nel caso di mancata adozione o anche in caso di violazione di un *compliance program* o di assunzione di misure visibilmente inadeguate o deboli per fronteggiare i rischi, l'attività di *enforcement* della *OSHA* diventa particolarmente aggressiva.

Le *Guidelines* prevedono, inoltre, l'esistenza di un apparato disciplinare, per le infrazione dei doveri di sicurezza, evidenziando come sia irragionevole una severa punizione, se non si è attuata una strategia preventiva seria. È possibile far rientrare nell'ambito del *voluntary compliance* le procedure di auto-ispezione, su cui si basa prevalentemente l'attività di controllo dell'*OSHA*.

Un *compliance program* efficace risponde a diversi interessi e svolge molteplici funzioni. La redazione di un programma scritto e pubblico di *compliance program* rappresenta, in primo luogo, la prova di un effettivo impegno del *management* ad adottare misure preventive per la sicurezza delle condizioni del luogo di lavoro. Sulla base della documentazione scritta, le agenzie di controllo definiscono anche i programmi di controllo ed ispezione, che saranno ridotti e "leggeri" per le aziende che siano in grado di documentare la correttezza del proprio programma.

Questo produce un innegabile effetto positivo, che consiste in un notevole risparmio di spesa per le agenzie di controllo, argomento di notevole rilievo per il permanere di situazioni di elevato *deficit* pubblico, che comportano piani economici pubblici di taglio alle spese sociali. Utilizzare, come base di un programma di sicurezza, un documento scritto è garanzia di certezza, che contribuisce a consolidare le prassi aziendali di successo, evitando che nella vaghezza di disposizioni orali, possa trovarsi una via di fuga per le responsabilità del *management*.

---

[77] In particolare la procedura di valutazione dei rischi, implica: 1) l'individuazione di *engineering techniques* fattibili; 2) l'adozione di procedure di sicurezza, aggiornate; 3) la predisposizione di un apparato disciplinare/sanzionatorio per il la loro applicazione effettiva; 4) una strumentazione e corredo di protezione; 5) controlli amministrativi; 6) controlli medici e presidio medico.

In secondo luogo, dovendosi basare su un programma di *internal audit* e di MSDS (raccolta dati inerenti alla sicurezza e alle malattie professionali), un *compliance program* rappresenta un prezioso documento di lavoro e di sviluppo della sicurezza, anche per le agenzie pubbliche, quali *OSHA* e la NI*OSHA*.

Le informazioni raccolte nell'ambito dell'attuazione dei *compliance program*, oltre a rispondere a precisi doveri normativamente imposti, costituiscono, infatti, materiale fondamentale per lo sviluppo di ricerche epidemiologiche, di igiene industriale. Attraverso *internal audit*, i dati e le informazioni, oltre che ad un'attività di schedatura, vengono sottoposti ad un processo di verifica, da parte di consulenti tecnici e i risultati vengono poi comunicati e resi pubblici[78].

L'adozione di un *compliance program* si costruisce fondamentalmente su un rapporto collaborativo fra autorità di controllo e impresa privata[79]: l'*OSHA* può offrire un servizio di consulenza ed assistenza, direttamente in azienda, con innegabili effetti sulla sicurezza del lavoro e sull'implementazione di una cultura della sicurezza, ma anche con notevole risparmio di spesa sia per l'ente pubblico (riduzione dei costi di *enforcement*), che per l'impresa, che può avvalersi della *regulatory compliace defence* per l'esonero della responsabilità.

Una strategia preventiva, nell'ambito di un *compliance program*, può anche realizzarsi, aderendo al *Voluntary Protection Program* (VPP e relativi programmi STAR, MERIT, *Demonstration*[80]) del luglio 1982, aggiornato nel luglio 2000. La finalità preventiva del VPP si basa su di una certificazione di qualità, il cui consegui-

---

[78] La rilevanza della corretta informazione e della condivisione delle informazioni costituisce un aspetto fondamentale del principio di precauzione G. Forti, *Accesso all'informazione*, cit. 197 ss.

[79] Sul punto: F. Centonze, *La normalità*, cit., 407.

[80] Il *VPP* è costituito da tre programmi: *Star Program* che certifica siti lavorativi che sono autosufficienti come capacità di controllo e gestione del rischio; *Demostration Program* certifica i siti che hanno la qualità dello *Star Program*, ma richiedono la sperimentazione o la prova di approcci sperimentali, che differiscono dai quelli *Star Program; Merit Program* certifica i siti che hanno un buon programma di sicurezza e igiene, ma devono implementare ulteriormente i programmi di sicurezza per giungere ai requisiti dello *Star Program*.

mento dispensa dai controlli di *routine* le aziende che vi aderiscono.

Il VPP viene considerato un *compliance program model* evoluto o di seconda generazione, dura 15 anni e costa all'azienda solo 1% della spesa fiscale: richiede, in primo luogo, un costante rapporto fra datore di lavoro e autorità di controllo, nell'ottica di un'implementazione dell'attività di consultazione. A tal fine può essere prevista la presenza di commissioni paritetiche di lavoratori e del *management*, che possono svolgere funzioni di vigilanza e consultive, allo scopo di incrementare la conoscenza specifica della realtà aziendale. L'adozione di VPP significa, sostanzialmente, l'adozione di misure di sicurezze, oltre gli *standards OSHA*.

Oltre alla VPP si annoverano le *Alliance*, quali programmi destinati a costruire una relazione trasparente e collaborativa con le agenzie pubbliche, attraverso una rete di comunicazione con i soggetti interessati alla tutela dell'ambiente lavorativo, allo scopo di massimizzare la tutela della sicurezza del luogo di lavoro, nonché ambire a riconoscimenti pubblici per l'attività di promozione della sicurezza del lavoro.

Diversi sono i programmi che possono essere realizzati all'interno di un *Alliance*, più o meno già strutturati, o più o meno negoziati fra impresa e agenzie di controllo, lo scopo principale è, in ogni caso, quello di costruire una cultura della sicurezza, implementando l'attività di ricerca e la collaborazione, attraverso un programma preventivamente concordato e basato su strategie comuni.

In questa ottica si coglie anche il significato dell'accordo, denominato *OSHA Strategic Partnership Program* (OSPP), teso a creare una rapporto collaborativo fra *OSHA* e associazione di datori di lavoro, lavoratori, rappresentanti di categoria, agenzie governative o indipendenti, per poter condividere conoscenze ed esperienze sulla sicurezza. Fondamentalmente tale programma mira a creare, da un lato, una classe manageriale sensibile ai problemi relativi alla tutela dell'ambiente lavorativo, dall'altro, di consolidare la consapevolezza e la partecipazione dei lavoratori nella creazione di un ambiente lavorativo sicuro.

Secondo i dati raccolti dall'*OSHA* le imprese che hanno aderito a tali programmi, dimostrano un tasso più basso di incidenti, rispetto alle imprese che non hanno aderito a tale programma.

Non mancano aspetti critici che evidenziano come tali strategie rischiano di incentivare, in realtà, comportamenti illegali, come la falsificazione di *reports*, in un sistema collusivo di controlli.

6. *La struttura dei* compliance program *e il ruolo fondamentale della dimensione informativa*

La costruzione di un modello precauzionale flessibile e dinamico ha sicuramente il pregio di concorrere a diminuire i rischi di obsolescenza delle misure tecniche/preventive, utilizzate nell'ambito del programma di sicurezza. L'enfasi posta, invece, sulla necessità di una politica di sicurezza, documentata attraverso "regolamenti aziendali" accentua una funzione comunicativa del diritto, volto alla diffusione di modelli culturali ed etici, prima ancora che precauzionali. Il diritto, attraverso l'organizzazione dei *compliance*, perde un contenuto sostanziale e assume una natura procedurale, svolgendo, in primo luogo, la funzione di mezzo comunicativo.

Non solo tale funzione "informativa/comunicativa" del diritto è svolta nell'ambito dell'azienda, ma anche a livello "legislativo" le norme giuridiche sembrano aver perso il contenuto precettivo, rispondente alla formula lecito/illecito, per costruire una procedura di controllo, atta ad informare/formare il datore di lavoro, nel predisporre un programma di sicurezza.

Privilegiando una funzione informativa, non solo i contenuti sbiadiscono a favore di procedure, ma anche il testo normativo assume la funzione di una griglia di interconnessioni ed interferenze che guidano, piuttosto che sanzionare.

L'*OSH Act*, difatti, non prevede norme dal contenuto cautelare, eccetto che per la clausola generale, la quale necessita, pertanto, di essere integrata da normative di fonte secondaria, da *soft law*[81] e dai

[81] Fra le fonti di *soft law*, è possibile annoverare le *Guidelines*, le quali individuano – come già precedentemente evidenziato – i compiti specifici del datore di

documenti di sicurezza aziendali, realizzando, in questo caso un vero e proprio "controllo mediante organizzazione".

L'implementazione dei sistemi di sicurezza passa, inoltre, attraverso una responsabilizzazione dei lavoratori, realizzata sia con un'efficiente campagna informativa, ma anche attraverso una distribuzione di ruoli e di doveri. Il canale comunicativo realizzato all'interno dell'azienda non viene percorso in un unico senso, per cui sono solo le direttive del *management* ad essere comunicate ai lavoratori, ma deve anche essere favorita una comunicazione "dal basso verso l'alto", ovvero coinvolgendo fra gli attori principali del sistema di gestione della sicurezza anche i lavoratori, in quanto solo persone che hanno le "*hands on experience*" sono, pertanto, in grado di rilevare e far rilevare situazioni di insicurezza o inefficienze del sistema, incidendo sulle politiche aziendali.

Per garantire una gestione "dal basso", il datore di lavoro ha il dovere di garantire la partecipazione dei lavoratori, mediante l'instaurazione di un canale comunicativo, che consenta l'accesso alle informazioni rilevanti e un registro di malattie, infortuni e rischi[82].

La violazione degli obblighi di raccolta e di comunicazione dei dati inerenti alla sicurezza e l'igiene del lavoro costituisce – come già rilevato – un illecito penale[83], punito con la medesima pena prevista per l'omicidio quale conseguenza della violazione delle misure di sicurezza emanate dall'*OSHA*. Si comprende, quindi, come un corretto *compliance* deve istituire procedure e programmi interni, deputati alla raccolta ed esatta comunicazione dei dati.

Oltre agli obblighi di denunciare/comunicare tutti gli incidenti verificatisi, l'*OSH Act* prevede un sistema, centralizzato e diffuso sul territorio nazionale di monitoraggio sulla sicurezza ed igiene del luo-

---

lavoro, ovvero un'accurata valutazione dei rischi, una capillare diffusione di informazioni e la predisposizione di corsi sulla sicurezza interaziendale. Pubblicate sul Federal Register il 26 gennaio 1989, 54 FR 3904.

[82] Garantire anche una forma di comunicazione "anonima" costituisce un presupposto essenziale per individuare la reale rappresentazione della situazione di rischio, a tal riguardo si veda la disciplina del *Whistlerblower protection*, su cui: F. Centonze, *La normalità*, cit., 405; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 380.

[83] Il *OSH* Act prevede che: «an employer maintain in each establishment a log and summary of all recordable occupational injures and illness for that establishment».

go di lavoro. Alla costruzione di questo sistema concorrono i singoli datori di lavoro, che oltre alla raccolta (*to log injuries and illnesses on recordkeeping forms*) dati, hanno un obbligo di comunicazione annuale di dati relativi ad incidenti e malattie.

È possibile giungere ad una prima conclusione: l'orientamento economicista del sistema prevenzionale nord-americano, pur raggiungendo risultati positivi, in termini di diminuzione degli infortuni sul lavoro e malattie professionali, comporta un'inaccettabile compressione dei diritti del lavoratore, soccombenti ad una logica del profitto. In un'ottica *riflessiva* tale approccio si pone in una direzione assolutamente eccentrica, in quanto la devoluzione a soggetti privati non coincide con il perseguimento di interessi pubblici, ovvero con la tutela di interessi estranei e contrapposti alla logica aziendale.

Dal punto di vista del principio di precauzione, invece, bisogna registrare un notevole avanzamento dell'ordinamento statunitense, limitatamente all'aspetto che riguarda l'accesso alle informazioni e la circolazione delle stesse, in un'ottica di maggiore democratizzazione delle decisioni rischiose. In particolare, tale valenza del principio di precauzione si concretizza nella possibilità di effettuare periodiche ispezioni dei luoghi di lavoro, così da consentire una rielaborazione dei dati sulla sicurezza e valutare ed approntare nuove misure, rispetto alla natura dei rischi conosciuti, identificando, eventualmente, quelli non noti. In particolare, l'orientamento al principio di precauzione del sistema nord-americano della sicurezza del lavoro, più che per un'estrema anticipazione di tutela, si coglie nella procedura di emanazione di nuovi *standards*, la cui filosofia trova ulteriore conferma nel ruolo attivo che i lavoratori assumono nell'ambito dell'attività ispettiva dell'*OSHA*. Quello statunitense si pone, infatti, come un "modello partecipativo" in cui l'intervento dei lavoratori assume un ruolo di forte implementazione della sicurezza del lavoro[84].

Tuttavia, come si è potuto constatare, la conflittualità "istituzionale", che si è instaurata fra sistema economico, sistema giudiziario e sistema politico-amministrativo ha inficiato pesantemente l'attività regolativa orientata al principio di precauzione e basata su illeciti, di

[84] Sul punto si vedano le considerazioni svolte riguardo al modello *debole* di partecipazione equilibrata, assunta nel sistema italiano, *infra* cap. V.

natura preventivo-cautelare, creando una discrasia fra i diversi organi deputati alla gestione e alla tutela della sicurezza dei luoghi di lavoro.

6.1. La valorizzazione dei compliance program *nell'esperienza nordamericana*

La rilevanza giuridica dei meccanismi di autoregolamentazione nell'ambito delle imprese nordamericana ha trovato una compiuta validazione nel *Federal Sentecing Guidelines* del 1991, ove nell'ambito della commisurazione della pena, assume un rilievo attenuante l'aver adottato ed efficacemente applicato un *compliance program*, ovvero un modello di gestione e di disciplina, interno all'impresa, che risponde a ben precisi obblighi legislativamente posti.

Il legislatore federale, in realtà, si è limitato ad istituzionalizzare una scelta che già il sistema economico aveva adottato da decenni: la diffusione dei codici etici deve essere letto, infatti, come rimedio alla nomorrea legislativa e al sistema di incertezza determinato dalla iperregolamentazione delle attività economiche. L'adozione di codici etici può essere considerata un prototipo di *compliance program*, che non ha, tuttavia, mai trovato una convalida giurisprudenziale, a causa di un diffuso e condivisibile scetticismo nei confronti di un modello di autodisciplina, totalmente svincolato da obblighi di legge e privi di meccanismi sanzionatori e disciplinari, tali da garantirne l'osservanza nell'ambito aziendale[85].

L'adozione di un *compliance program*, invece, si basa essenzialmente su un modello di autodisciplina, ma come constatato per l'*OSHA compliance program*, prevede un continuo rapporto collaborativo con l'autorità di controllo, che dismette un atteggiamento punitivo, per assumere un approccio basato sul *compliance method*, orientato a sollecitare, in via preventiva, un meccanismo di tutela della sicurezza del lavoro, organizzata secondo le esigenze specifiche dell'azienda.

L'adozione di un *compliance program* prevede, quindi, un ruolo "attivo" da parte dell'*OSHA*, che propone progetti di cooperazione

[85] Sul punto si veda: C. de Maglie, *Etica e mercato*, cit. 104 ss.

e piani di controllo alle persone giuridiche, che sono alla base per un corretto adempimento della *due diligence.*

Per assumere efficacia attenuante, il *compliance program* deve essere espressione e concretizzazione della *due diligence*, ovvero corrispondere ad un parametro di ragionevolezza, valutato in base ai criteri dell'intensità dell'impegno profuso e della valutazione *costi-benefici*[86].

I benefici che l'efficace adozione di un *compliance program* può produrre non si limitano solo all'attenuazione (pur rilevante) della sanzione pecuniaria, ma può costituire anche un criterio che giustifica la rinuncia all'azione penale nei confronti della *corporation*, oltre ad escludere la sanzione della *probation*[87].

Le *Sentencing Guideline* specificano la struttura dei *compliance* e indicano i criteri per valutarne l'effettività e la *due diligence* dell'ente e guidano, pertanto, la discrezionalità del giudice nel valutare l'idoneità della struttura organizzativa[88], predisposta dall'impresa per "internalizzare" interessi estranei o, persino, conflittuali, alla logica del mero profitto.

Il ricorso a forme di autodisciplina, che innegabilmente il *compliance method* implica, non costituisce pertanto una delega in bianco al privato, che, in assenza di parametri legislativi e di controlli pubblici, favorisce una forma di supplenza giudiziaria: una maggiore puntualizzazione del contenuto del *compliance program*, da parte delle linee-guida, e il controllo amministrativo costituiscono due condizioni fondamentali per consentire alla fonte autodisciplinare di entrare nel sistema giuridico principale, senza che la validità di tale modello normativo possa essere messo in discussione dalla prassi giurisprudenziale.

Tutto ciò determina, quindi, un processo *preventivo* di giuridificazione della *self-regulation*, che, in tal modo, assurge a fonte del diritto, proprio in ragione del controllo preliminare dell'agenzia di controllo. Si consolida, così, il quadro giuridico, la cui stabilità non può essere inficiata dalla prassi giurisprudenziale.

---

[86] R.S. Gruner, *Corporate Crime and Sentecing*, Charlottesville, 1995, 851.
[87] Sul punto: C. de Maglie, *Etica e mercato*, cit., 89.
[88] Cfr.: G. de Vero, *La responsabilità penale*, cit., 85.

7. *La violazione degli* standards *e della* general duty clause*: l'(in)efficienza delle regole del mercato per la tutela del lavoratore*

La valutazione del *compliance method* trova diverse chiavi di lettura, che, sinteticamente, possono essere suddivise in due differenti punti di vista: da un lato, vi è una lettura entusiastica del *voluntary compliance*, che valorizza tali pratiche al fine di ridurre i costi di *enforcement* e diffondere effettivamente una coscienza e autoresponsabilità da parte degli operatori economici. Si ritiene, infatti, che una eteronormazione degli *standards* di sicurezza comprometta la capacità del sistema economico di sviluppare ed implementare il sistema prevenzionale, in modo autonomo, in quanto l'imprenditore si assesterebbe su un rassicurante adempimento dei doveri imposti dal sistema giuridico, senza impegnarsi nella ricerca di *standards* più elevati.

Una disillusa critica del *voluntary compliance*, evidenzia, invece, come l'autoispezione sia solo un modo per "risparmiare" sulla sicurezza, viste le scarse risorse su cui può contare l'agenzia di controllo. Le risorse umane e finanziarie, a stento, possono essere sufficienti per espletare una funzione meramente sanzionatoria. Mentre il ricorso al *compliance method* è un ulteriore modo per mascherare la criminalità dei potenti, predisponendo un sistema sanzionatorio flebile, con precetti moralmente neutri, di tipo tecnico, che, in realtà, privano dello stigma criminale azioni dotate di una lesività assolutamente maggiore rispetto alla criminalità comune.

Le analisi empiriche dei maggiori studiosi della materia, affrontate anche da diversi prospettive ideologiche, sembrano, in parte, confermare l'approccio realistico sviluppato da questo secondo orientamento teorico.

La diffusione e l'implementazione di un'etica della sicurezza dovrebbero, quantomeno, basarsi su di un rapporto collaborativo fra controllori pubblici e controllati, rapporto assolutamente compromesso, se si considera il numero di imprese da controllare rispetto alle risorse, di cui dispongono le agenzie di controllo su tutto il territorio. Come già evidenziato, l'attività dei controllori si limita ad un intervento "punitivo", mancando spesso la possibilità di seguire o offrire consulenza alle imprese.

Sul piano applicativo sono evidenti i segni di una profonda crisi di effettività, in primo luogo dovuta alla diffusione di *performative standards* o di *general standards*, che rendono difficile la concreta contestazione della violazione e la conseguente applicazione della sanzione, in quanto l'onere probatorio che grava sull'agenzia di controllo è notevolmente complesso.

L'estrema vaghezza di alcuni *standards*, infatti, provvede a fornire una possibile eccezione difensiva al datore di lavoro, che può eccepire la violazione del principio del *due process*, per la mancata contestazione di una precisa condotta[89].

A tal riguardo l'*OSHA* deve essere in grado, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, di dimostrare che l'esposizione del lavoratore ad agenti pericolosi richiede misure specifiche di protezione. Il rischio, a cui è esposto il lavoratore, deve essere significativo[90]e le misure omesse devono essere "adeguate" al contesto situazionale[91].

L'*OSHA*, per contestare una violazione, deve anche dimostrare la conoscenza o la conoscibilità della violazione da parte del datore di lavoro, valutata alla luce della *reasonable diligence*[92].

---

[89] Per valutare la vaghezza di una norma è necessario riferirsi al *reasonable person test* e verificare se: «whether the standard is so indefinite that men of common intelligence must necessary guess at its meanings and differ as to its application», così: *Allis-Chalmers Corp. v. OSHRC* 542 F.2d 27 (7th Cir. 1976); *Georgia Pacific Corp. v. OSHRC* 25 F.3d 999 (11th Cir. 1994); *TexasEastern Product Pipeline Co. v. OSHRC* 827 F.2d 46 (7th Cir. 1987); *Reasearch Cottorell Inc.* 9 OSHC 1489, 1981 OSHD 25284 (1981); *Peterson Brothers Steel Erection Co. v. Reich* 26 F.3d 573 (5th Cir.1994); *Cleveland Consolidated Inc* 13 OSHC 1114, 1987 OSHD 27829 (1987)Così: *Cape & Vineyard Division v OSHRC*, 512 F. 2d 1148 (1st Cir. 1975); *American Airlines, Inc. V. Secretary of Labor*, 578 F.2d 38 (ed Cir. 1978); *Greyhound Lines-West v. Marshall*, 575 F.ed 759 (9th Cir. 1978); *B&B Insulation Inc. v. OSHRC*, 583 F.2d 1364 (5th Cir. 1978); *Cotter & Co v. OSHRC*, 598 F.2d 911 (5th Cir. 1979); *Bristol Steel & Iron Works Inc. v OSHRC*, 601 F. 2d 717 (4th Cir. 1979); *S & H Riggers & Erectors Inc.*, 659 F.2d 1273 (5th Cir. 1981). Qualche lieve mutamento di orientamento si trova nelle pronounce più recenti: *Corbesco Inc. V. Dole*, 926 F.ed 422 (5th Cir. 1991); *Donovan v. General Motors Corp.* 764 F. 2d 32 (1st Cir. 1985).

[90] *Donovan v. General Motors Corp.* 764 F.2d 32 (1st Cir. 1985).

[91] *Spancrete Northeast Inc. V. OSHRC*, 905 F.2d 589 (2d Cir. 1990).

[92] *Ames Crane & Rental Service Inc.*, 3 OSHRC 1279, 1974-75 OSHD 19.724 (1975), confermato in 532 F.ed 123 (8th Cir. 1976); *Wabash Railway Co. v. McDaniels* 107 U.S. 454, 460, 2 S. Ct. 932, 937, 27 L.Ed. 605, 608 (1883); *Martin*

Il parametro dell'"agente modello" (*reasonably prudent man*), appartenente alla classe di attività in concreto svolta dal datore di lavoro (*familiar with the circumstances of the industry*) costituisce lo strumento interpretativo per individuare la regola cautelare e la sua violazione.

Inoltre per soddisfare il principio del *due process*, l'*OSHA* deve anche dimostrare la fattibilità delle misure di sicurezza.

Sul piano applicativo, inoltre, numerosi sono i limiti di operatività degli *standards* tecnici precauzionali, legati, in particolare a problemi interpretativi.

Un problema esegetico si pone nell'interpretazione degli *standards* che prescrivono l'adozione di misure di sicurezza. È, infatti, controverso se l'obbligo del datore di lavoro di provvedere al *safety equipment* si limiti solo a mettere a disposizione tutti i supporti di sicurezza o sia necessario che ne imponga anche concretamente l'uso.

La giurisprudenza ha sempre interpretato gli *standards* nel senso che l'obbligo è adempiuto anche solo se il *safety equipment* è a disposizione dei lavoratori[93]. Questa interpretazione degli obblighi di sicurezza vanifica, però, la portata precauzionale della norma e riduce l'obbligo precauzionale ad una mera formalità, cui il datore adempie, senza effettivamente rispondere allo spirito di *compliance* che la legislazione sembra seguire.

Diverso problema è se la violazione degli *standards* di sicurezza, da parte di un dipendente, che ha la funzione di supervisionare i sistemi di sicurezza, possa essere imputata al datore di lavoro, sia persona fisica che persona giuridica. Secondo un primo orientamento, il datore di lavoro, operando attraverso subordinati, cui delega l'adempimento di tali obblighi, è, comunque, responsabile, secondo il modello di responsabilità, di stampo civilistico, del *respondeat superior*: la finalità della legge è di garantire il massimo della prevenzione.

Tuttavia, parte della giurisprudenza esclude la responsabilità del datore di lavoro, laddove dimostri che il dipendente (*supervisor*),

---

v. OSHRC (Milliken & Co.) 947 F.2d. 1483 (11th Cir. 1991). Si veda inoltre M.A. Rothstein, *Occupational*, cit., 159 per l'ampia casistica riportata.

[93] Sul punto: *Usery v. Kennecott Copper Corp.* 577 F. Ed 1113 (10th Cir. 1977) e la decisione della Commissione *Pratt & Whitney Aircraft Group* 12 OSHC 1770, 1986 OSHD 27, 564 (1986) confermata da 805 F.2d 391 (ed Cir. 1986).

addetto alla sicurezza, ha agito in contrasto con le direttive impartitegli, nonostante avesse avuto adeguate informazioni e formazione sulla materia del lavoro[94]. Pare evidente che un meccanismo di imputazione della responsabilità, che permetta di eludere tali obblighi, tramite una delega di funzioni, condannerebbe l'intera normativa all'inoperatività[95].

Nella prassi si è, quindi, introdotta una nuova *defence* per il datore di lavoro che può avvalersi dell'*unpreventable employee misconduct.* Conseguentemente, anche lo stato mentale del *supervisor*, che, normalmente, viene imputato anche al datore di lavoro, secondo la dottrina del *respondeat superior*, non si trasferisce al datore di lavoro, quando questi è in grado di dimostrare di aver adottato un sistema di lavoro, effettivamente coerente con gli *standards*, prevedendo anche un sistema comunicativo e di disciplina idoneo a garantirne l'attuazione, ovvero dimostri la *due diligence.*

Nell'eccepire tale *defence*, il datore di lavoro deve dare prova dell'adozione di un regolamento aziendale, idoneo a prevenire le violazioni verificatesi e di essersi adoperato per verificare il grado di effettività del sistema aziendale di sicurezza e per renderlo concretamente operativo.

Tale *defence* è assolutamente coerente con la filosofia *carrot and stick*, che caratterizza anche la disciplina dell'*Organizazional Federal Sentencing Guidelines*, per cui, come già evidenziato, l'adozione di un *compliance program*, in realtà, risponde proprio allo scopo di arginare indagini che risulterebbero troppo invasive per l'attività aziendale e a mitigare le conseguenze sanzionatorie per l'ente[96].

Nel contestare la violazione di uno *standard* di sicurezza è necessario, quindi, che l'*OSHA* accerti che la condotta illecita si inse-

---

[94] *Western Waterproofing Co. V. Marshall*, 576 F.2d 139 (8th Cir. 1978); *Horn Plumbing & Heating Co. v. HSHCR* 528 F. 2d 564 (5th Cir. 1976); *Ocean Electric Corp. v. Secretary of Labor*, 594 F.2d 396 (4th Cir. 1979). Sul punto si veda l'ampia casistica riportata da M.A. Rothstein, *Occupational*, cit., 150.

[95] *National Realty & Construction Co. V. OSHRC* 489 F.2d 1257 (D.C. Cir. 1973); *Floyd S. Pike Electrical Contractors Inc.*, 2 OSHC 1520, 1974-75, 19274 OSHD (1975), remanded 557 F.ed 1045 (4th Cir. 1977); *Structural Steel Erectors Inc.* 2 OSHC 1506, 1974-75 OSHD, 19223 (1975).

[96] Così: C. de Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., 106.

risce in un contesto organizzativo, insufficiente ed inadeguato a garantire un efficiente programma di sicurezza[97].

Analogamente, nel caso di violazione della clausola generale, l'*OSHA* deve, inoltre, indicare non solo le misure, che avrebbe dovuto adottare il datore di lavoro, ma anche la loro fattibilità tecnica[98].

Generalmente nell'emanazione di uno *standards*, l'*OSHA* deve aver riguardo all'impatto che la nuova normativa può rivestire a livello macro-economico.

La fattibilità economica può costituire alle volte un argomento difensivo per il datore di lavoro, anche se l'*OSHA*, nell'irrogare una sanzione, non è tenuta a verificare e dimostrare anche la fattibilità economica, che risulta implicita nella valutazione fatta *a priori* nell'emanazione dello *standards.*

Tale interpretazione è, comunque, controversa, nel caso in cui uno statuto si riferisce a *standards feaseble*[99] e, nonostante la espressa statuizione della Corte Suprema, che non solo esclude una valutazione di fattibilità economica, ma persino proibisce questo tipo di valutazione e bilanciamento fra salute ed incolumità dei lavoratori e fattori economici[100], l'orientamento maggioritario, ormai, richie-

---

[97] *Mountain States Telephone & Telegraph Co. v. OSHRC*, 623 F.ed 155 (10th Cir. 1980). Nel caso vi sia la violazione degli *standards*, l'onere probatorio si articola in modo diverso a seconda del tipo di *standards*. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale grava sul datore di lavoro l'onere della non praticabilità dello *standards Ace Sheeting & Repair Co. V. OSHRC*, 555 F.2d 439 (5th Cir. 1977); *Hamilton Fixture v. Secretary U.S. Dept. of Labor*, 28 F.3d 1213 (6th Cir. 1994); mentre un differente orientamento, invece, assimila gli *standards* generali, alle clausole generali, per cui deve essere l'*OSHA* a dar prova della fattibilità tecnica *General Electric Co. V. OSHRC*, 540 F.2d 67 (2d Cir. 1976); *Diebold Inc. v. Marshall*, 585 F.2d 1327 (6th Cir. 1978); *Modern Drop Forge Co. v. Secretary of Labor* 683 F.2d 1105 (7th Cir. 1982). L'onere della prova, invece, cade in ogni caso sull'*OSHA* quando lo *standard* fa espresso riferimento alla fattibilità tecnica *Reynolds Metals Co. OSHC 2051, 1975-76 OAHD, 20447 (1976)*.

[98] *National Realty & Construction Co. Inc. v. OSHRC*, 489 F.2d 1257 (D.C. Cir. 1973).

[99] *Continental Can Co v. Marshall* 455 F. Supp. 1015 (S.D.Ill.1978); *Carnation Co. v. Secretary of Laboro* 641 F.2d 801 (9th Cir. 1981). Tuttavia per gli standards *feasible based* la sualte dei lavoratori assume un peso maggiore nel bilanciamento rispetto alla valutazione dei costi del datore di lavoro, sul punto *RMI Co. V. Secretary of Labor* 594 F.2d 566 (6th Cir. 1979).

[100] Sul punto *American Textile Manufacturers Institute Inc. v. Donovan (the Cotton Dust Case)* 452 U.S. 490. 101 S. Ct. 2478, 69 L.Ed. 2d 185 (1981).

de la prova anche della fattibilità economica nell'irrogazione di una sanzione[101].

Il datore di lavoro può avvalersi, inoltre, di due tipi di *defense*, procedurale e sostanziale. Per quanto riguarda le *defences* sostanziali si basano generalmente sulla validità e sull'applicabilità di uno *standard* al caso concreto, al tipo di condotta del datore di lavoro e sugli effetti sulla salute ed incolumità del lavoratore. Fra le *defences* fondate sull'esigibilità vi sono quelle di *impossibility*, *infeasibility (technological and economic*[102]) *and inconvenience of compliance*[103]. È possibile anche che l'adeguamento agli *standards* implichi un rischio maggiore, per cui il datore di lavoro è legittimato a sollevare questa *defence*, dimostrando, inoltre, che non vi sono misure precauzionali alternative e che non è possibile neanche adottare una modifica allo *standard*.

Cercando di giungere ad un giudizio conclusivo sul sistema di gestione del rischio statunitense, si condivide complessivamente la valutazione positiva, per quanto riguarda la scelta di relegare la sanzione penale effettivamente ad *extrema ratio* del modello di disciplina della sicurezza del lavoro, ma non si possono nascondere le numerose perplessità, che emergono da un'analisi del sistema nella sua concreta attuazione. La complessità delle relazioni istituzionali e l'articolato e difficile equilibrio fra diversi poteri si riflettono sul rapporto fra sistema giuridico e sistema economico, che si caratterizza non per una vicenda di tipo collaborativo, ma per un'accentuata conflittualità, che spesso ha condotto alla paralisi del sistema preventivo di gestione del rischio.

---

[101] *Sun Ship Inc.*, 11 OSHC 1028, 1983 OSHD 26353 (1982); *Donovan v. Castle & Cooke Foods*, 692 F.2d 641 (9th Cir. 1982). Un overruling si è avuto con il caso *Sherwin-Williams Co.* 11 OSHC 21 05, 1984 OSHD 26986 (1984).

[102] Per avvalersi della *defence* non fattibilità economica il datore di lavoro deve dimostrare che il costo è sproporzionato, per cui l'azienda non è in grado di coprirlo. Sul punto *Atlantic & Gulf Stevedores Inc. V. OSHRC* 534 F.2d 541 (3d Cir. 1976); *Faultless Divisione Bliss & Laughlin Industries Inc. v. Secretary of Labor* 674 F.2d 1177, (7th Cir. 1982); *Arkansas-Best Freight System Inc. v. OSHRC* 529 F 2d 649 (8th Cir. 1976); *Peterson Brothers Steel Erection Co. v. Reich* 26 F.3d 573 (5th Cir. 1994).

[103] Cfr.: M.A. Rothstein, *Occupational*, cit., 183 ss.

La scelta di abbandonare una prospettiva esclusivamente penalistica, nella gestione di attività pericolose, costituisce sicuramente l'orizzonte insuperabile del penalista del XXI secolo, soluzione che non può non essere condivisa in un sistema giuridico, prima che penale, che evolve verso una progressiva espansione dei diritti e delle libertà. Tuttavia, prima di abbandonarsi ad un'entusiastica adesione a tale progetto politico-criminale, occorre riflettere sulla reale capacità del sistema statunitense di *compliance* di proporre una radicale alternativa, extrapenale, alla tutela delle vittime e dei diritti dei "contraenti deboli", visti esclusivamente in una logica di libero mercato, in quanto i profili critici, fin qui emersi, dovrebbero destare dubbi sulla *legittimità* di una tale scelta e suonare come campanelli d'allarme, per il giurista continentale ed italiano, sulla deriva liberista, che una miope politica di depauperamento delle risorse pubbliche può produrre.

Da quanto sin qui evidenziato, sembrano, inoltre, trovare conferma le obiezioni della *capture theory* sull'inefficacia di un sistema regolativo, volto a governare il sistema economico, dovuto alla possibilità per i gruppi di potere di ricorrere a strumenti giuridici ed extragiuridici, per arginare forme di controllo ed intervento pubblico.

8. *L'(in)effettività di un approccio punitivo*

Il precario equilibrio di un modello precauzionale pre-penale, che dovrebbe aspirare alla *governance* del sistema economico, inficia la sua efficienza preventiva, cui tale complessa rete normativa e istituzionale è finalizzata.

La situazione appare maggiormente compromessa se, alla segnalata debolezza del modello di *compliance* e dell'apparato preventivo (ovvero *the carrot*), si aggiunge una flebile risposta punitiva, che non trova alcun sostegno giuridico, né nell'ambito del *common law*, né nei diversi sistemi statali, né, tantomeno, nella legge federale[104].

[104] Sul punto si veda la ricostruzione storica di J. E. Stoner, *Corporate Criminal Liability for Homicide: Can the Criminal Law Control Corporate Behavior?*, in *Sw. Law Rev.*, 38, 1984-1985, 1275.

Nel testo legislativo dell'*OSH Act*, come già evidenziato, è contemplata una fattispecie di morte come conseguenza della violazione volontaria e consapevole degli *standard* di sicurezza, alla *sec.* 17, la cui operatività risulta, inoltre, ridimensionata alla luce delle condizioni soggettive richieste.

Attraverso la dottrina del *respondeat superior* non sorgerebbero problemi teorici, nell'imputare alla *corporation* la volontaria e ripetuta violazione degli *standards*, tuttavia, la fattispecie descritta dall'*OSH Act* permette facilmente di eludere la responsabilità penale, proprio giocando sulla difficoltà probatoria dell'elemento soggettivo, oggetto di una controversa interpretazione giurisprudenziale[105].

La preoccupazione della prassi giurisprudenziale è quella di non restringere eccessivamente l'ambito di operatività dell'*OSHA*, che non ha competenza sulla *federal offence*, per cui, secondo l'orientamento enunciato in *Frank Irey*, la prova della *willfulness* si ha solo in presenza di una *moral turpitudine.*

Un diverso orientamento[106], tuttavia, si limita a richiedere la semplice volontarietà della violazione, nell'ambito della contestazione del *federal crime* previsto alla *sec*. 17 dell'*OSHA Act*.

Anche nel caso venga acquisita la prova della violazione volontaria dello *standard* di sicurezza è evidente che una pena detentiva,

---

[105] Lo stato mentale della *willfulness* è stato oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale. Secondo una parte della giurisprudenza la willfulness connota: «defiance or such reckless disregard of consequences ad to be equivalent to a knowing, conscious, and deliberate flaunting of the Act. Willful means more than merely voluntary action or omission – it involves an element of obstinate refusal to comply»: così *Frank Irey Jr. Inc. v. OSHRC*, p. 1207, cit. Tuttavia, questa definizione è stata rivista da una successiva pronuncia che, invece, qualifica la willfulness: «action being taken knowledgeably by one subject to the statutory provisions in disregard of the action's legality. No showing of malicious intent is necessary. A conscious, intentional, deliberate, voluntary decision is properly described as willful, regardless of venial motive» *Intercounty Construction CO. v. OSHRC* 522 F.2d 777 (4th Cir. 1975).

[106] *F.X. Messina Construction Corp.v. OSHRC* 505 F.ed 701 (1st Cir. 1974); *A. Schonbek & Co v. Donovan*, 646 F.2d 799 (2d Cir. 1981); *Georgia Electric Co. v. Marshall* 595 F.2d 309 (5th Cir. 1979); *Empire-Detroit Steel Division v. OSHRC* 579 F2d 378 (6th Cir. 1978); *Western Waterproofing Co. Inc v. Marshall* 576 F.2d 139 (8th Cir. 1978); *National Steel & Shipbuilding Co. v. OSHRC* 607 F.2d 311 (9th Cir. 1979); *Kent Nowlin Construction Co v. OSHRC* 593 F.2d 368 (10th Cir. 1979). *United States v. Dye Construction Co.* 510 F2d 78 (10th Cir. 1979).

il cui tetto massimo è sei mesi di detenzione, risulta una reazione sottodimensionata, rispetto ad una politica aziendale che, consapevolmente, adotta una strategia precauzionale lasca ed inefficace.

La quasi totale sovrapponibilità dal punto di vista sanzionatorio dell'azione penale e quella civile rispetto alla *corporation*, determina l'assoluta e netta prevalenza a livello applicativo della sanzione civile.

Nel valutare, discrezionalmente, la possibilità di agire contro una *corporation* per la morte di un dipendente, i Dipartimenti di giustizia optano per l'azione civile, perché più facilmente perseguibile, viste le più miti regole probatorie (oltre il ragionevole dubbio è sostituito dal più probabile che no) in tema di causalità e le differenti circostanze che devono essere provate.

Inoltre, nell'ambito della responsabilità civile, il sistema americano prevede la possibilità di intervenire attraverso i *punitive dammages*[107], sanzione civile con spiccata propensione punitiva, non meramente risarcitoria.

Questa preferenza, difficilmente, può spiegare l'inconsistenza prasseologica della reazione punitiva, che denuncia l'ineffettività della norma: nei primi 18 anni di vigenza dell'*OSHA* sono morti circa 125.000 lavoratori sul luogo di lavoro, ma solo 42 azioni penali hanno avuto inizio, e solo 10 si sono concluse con la condanna, senza nessuna pena detentiva realmente applicata.

Questa evidente incapacità è determinata anche dal sommarsi di una serie di procedure discrezionali, innestata dall'agenzia di controllo, che, nel caso opti per l'azione penale, deve riferire al *Department of Justice*, che decide in accordo con il *local U.S. attorney'Office*, responsabile per l'inchiesta[108].

Le discrasie del sistema della sicurezza del lavoro ostacolano anche le azioni contro il datore di lavoro, fondate su criteri e condizioni giuridiche differenti dall'*OSH Act* e *standards*.

Il lavoratore, pur avendo la possibilità, in astratto, di agire nei confronti del datore di lavoro anche sulla base della *common law*

---

[107] A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 570 ss. e la bibliografia *ivi* citata, cui pertanto si rinvia per ulteriori approfondimenti.

[108] G. Cohen, *Preeption*, cit., 32.

negligence o sulla base della legge penale statale, di fatto raramente riesce ad accedere a tali forme di tutela giuridica.

Sebbene dalla metà degli anni ottanta, constatata la scarsa effettività della *sec.* 17 *OSH* Act, vi sia stato un incremento di azioni penali contro datori di lavoro, anche sulla base della legge penale statale, l'orientamento giurisprudenziale dominante, supportato dall'appoggio teorico di alcuni *scholars*, tuttavia, disapplica la legge statale, negando la sua prevalenza sulla legge federale. La legge statale prevale solo nel caso di una legge direttamente finalizzata alla tutela della sicurezza del luogo di lavoro[109], requisito, ovviamente, carente nel caso di omicidio o lesioni personali, in quanto fattispecie di carattere generale.

Questa limitazione finisce, quindi, per privare di fatto i lavoratori della possibilità di agire sulla base della legge statale, sebbene non fosse assolutamente questa l'intenzione del Congresso nell'emanare la legge federale sulla sicurezza del lavoro.

In particolare, in base al diritto costituzionale americano, la competenza ripartita fra Stato e federazione, attribuisce il potere punitivo allo Stato e, solo attraverso un'espressa statuizione del Congresso, si può limitare tale potestà a favore della legge federale. Nell'ambito dell'*OSH Act* non pare, tuttavia, sia espressa tale intenzione.

Né pare sia più facile perseguire rimedi di *common law*, vista la tendenza giurisprudenziale a negare un'esplicita azione di *common law* sulla base della violazione degli *standards OSHA*[110] e comun-

---

[109] Questa fu la linea difensiva anche nel caso Ford Pinto, su cui si veda l'approfondita analisi di F. T. Cullen, G. Cavender, W.J. Maakestad, M.L. Benson, *Corporate Crime under Attack. The Fight to Criminalize Business Violence*, II ed., Newak, 2006, 195. Sul punto si veda *People v. Chicago Magnet Wire Corp.*, 126 Ill.2d 356, 128 Ill.Dec. 517, 534 N.E. 2d 962 (1989); *People v. Hegedus* 432 Mich. 598, 443 NW2d 127 (1989)*; Sabine Consolidated Inc. v. State* 806 S.W. 2d 553 (Tex. Crim. App. 1991). Sul punto inoltre K. Brickey, *Death in Workplace: Corporate Liability for Criminal Homicide*, in *Notre Dame J. L.*, 2, 1987, 753; Note, *Getting Away with Murder: Federal OSHA Preeption of State Criminal Prosecutions for Industrial Accidents*, in *Harv. L. Rev.*, 101, 1988, 535.

[110] *Jeter v. St. Regis Paper Co.* 507 F.2d 973 (5th Cir. 1975), in cui si afferma esplicitamente che: «It seems clear that Congress did not intend *OSHA* to create a new private cause of action, but, on the contrary, indented private rights to be unaffected thereby. The provisions for the enforcement of *OSHA* and the regulation pro-

que, a livello statale, si registra una tale diversità opzioni interpretative, che non permette di individuare una quadro giuridico consolidato.

La responsabilità per *negligence* di *common law* può solo afferire alla condotta di una persona titolare di un *duty of care*, pertanto, la sua affermazione è limitata dalla presenza di un dovere di diligenza, che trova la sua fonte, quasi sempre, nel *common law*. Questo è il primo elemento e criterio delimitativo, che fonda il contenuto della *negligence.* La violazione del *duty of care* deve essere causa di un danno[111].

Per imputare un evento per *negligence*, anche nel *tort law*, è necessario, inoltre, articolare un processo di individualizzazione in relazione, non solo alle condizioni e alle circostanze del caso specifico, ma anche rispetto ad altri fattori[112].

La *negligence* consiste in una *irragionevolmente* e *grave* assunzione di un rischio. Pare ovvio che nell'attuale assetto sociale ed economico, quasi tutte le attività svolte, lecitamente, implicano un rischio, che diviene, tuttavia, fonte di responsabilità, qualora diventi irragionevole. È importante, pertanto, verificare la gravità della *ne-*

---

mulgated thereunder are sufficiently comprehensive to make such a private right of action unnecessary to effectuate the congressional policy underpinning the substantive provisions of the statute».

[111] Il *Model penale Code*, alla sez. 2.02 definisce la condotta negligente quella di un soggetto che agisce con riguardo ad un elemento materiale dell'offesa quando doveva essere consapevole del rischio sostanziale e ingiustificabile che l'elemento stesso esistesse o si sarebbe prodotto come conseguenza della condotta. Il rischio deve essere di tale natura e grado che l'omessa percezione dello stesso da parte dell'agente, considerate la natura e gli scopi della sua condotta e le circostanze da lui conosciute, implica una grave violazione delle norme cautelari che un uomo ragionevole avrebbe osservato. Sul punto: G. Forti, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. de Maglie, S. Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale*. *La parte generale*, Milano, 2002, 57, 90.

[112] Ad esempio nella *contributory negligence* le qualità e le capacità della vittima rilevano, mentre non rileva la qualità e le specifiche capacità dell'autore nei normali casi di *negligence*. Infatti nel caso di *negligence*, si ritiene non sia opportuno individualizzare troppo il giudizio, sia perchè si genera incertezza (*negligence as breach of duty in relation to a conduct*, *not to a result*) giuridica, sia perché una tale metodica incentiverebbe anche le persone meno abili a intraprendere attività rischiose, pur non avendone le capacità di gestirne i rischi. Sul punto si vedano alcuni spunti comparatistici in D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 404 ss.

gligence per evitare un'espansione incontrollata della responsabilità del datore di lavoro nell'ambito di ogni attività rischiosa.

Per determinare se la gravità del rischio assurge a *negligence* è necessaria una valutazione dinamica, nonché un giudizio di probabilità del verificarsi dell'evento rischioso. La ragionevolezza è inversamente proporzionale alla sua grandezza e dipende da alcuni fattori, che devono essere valutati specificatamente: 1) l'entità e il tipo di bene esposto al rischio (principal object); 2) l'interesse che muove il soggetto agente che espone a rischio il bene altrui. Questo elemento può definirsi il *collateral object*; 3) l'utilità del rischio; 4) la necessità del rischio[113].

In ogni modo è evidente che il concetto di *negligence*, proprio per la sua vasta portata applicativa e per la sua capacità di riferirsi a settori e assetti economici e sociali completamente differenti, deve, necessariamente, giocare su elementi indeterminati, che generano incertezza.

Un primo tentativo, volto a limitare l'incertezza nell'accertamento della *negligence* è il riferimento alle consuetudini, la cui funzione, nel settore industriale, può essere, invece, svolto dalle *Best practices.* È innegabile che la stessa azienda, nell'esercitare un'attività normativa, spesso si limita a riconoscere mediante adozione formale in un codice etico e/o regolamento aziendale le *best practices.*

Tuttavia il rapporto fra *customs* and *negligence* è alquanto controverso[114], per cui l'essersi adeguato alle consuetudini può costituisce un indizio dell'assenza di *negligence*, ma non preclude che venga poi in concreto accertato un comportamento negligente[115].

---

[113] Secondo la formula di *Hand*, nel caso *US v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (ed Cir. 1947), il calcolo del rischio implicito nella valutazione della *negligence* richiede tre requisiti: la probabilità del rischio; la gravità del danno; il costo di misure precauzionali. Questa secondo Posner, costituisce un esempio di analisi economica del diritto ed offre una definizione *operational* di rischio irragionevole nell'ambito della *negligence*. R. Posner, *A Theory of Negligence*, in *J Legal Stud.*, 1, 1972, 29, 32-33.

[114] C. Morris, *Custom and Negligence*, in *Col. Law Rev.*, 42, 1942, 1147.

[115] In Hooper, 53 F 2d 107 (S.D.N.Y. 1931) ad esempio prevale una valutazione costi-benefici rispetto alla rilevanza che possono avere i *customs*. Per un'opinione contraria vedi C. Morris, *Custom and Negligence*, cit. 1164.

Interessante notare come le regole private, che eventualmente il datore di lavoro ha individuato per lo svolgimento dell'attività produttiva, non possono assumere un ruolo nel giudizio di *negligence*, secondo quanto stabilito in Fonda v. St Paul City Ry., 74 N.W. 166, 169 (Minn. 1898).

La motivazione è più che convincente: solo la legge (sia *common law* che *statutory law*) può stabile un limite nel *duty of care* verso terzi, o per la protezione della incolumità pubblica, nè è ragionevole che una persona adotti proprie regole di condotta e le faccia valere nei confronti di terzi. Quando, invece, le regole che definiscono l'organizzazione di un'attività introducono *standards* più elevati di precauzione, ancorché sia un'attività encomiabile, pertanto, da incoraggiare, se tali regole venissero fatte valere contro chi le ha elaborate, costituirebbe un disincentivo[116].

Ritornando alla possibilità per il lavoratore di esperire rimedi di *common law* nei confronti del datore di lavoro, è di ostacolo la relazione fra *negligence* e *statutory duty of care*: il problema sorge rispetto all'irrilevanza della violazione del dovere statutario, rispetto al giudizio sulla *negligence*. Laddove la violazione del dovere di fonte statutaria è *ingiustificata* potrebbe essere elemento che connota la *negligence* della condotta (*negligence per se*), per cui la violazione di uno *statutory duty* assume il ruolo di *evidence of negligence*. Tuttavia, tale possibilità è ancora controversa sia in dottrina che in giurisprudenza[117].

---

[116] Tuttavia casi più recenti dimostrano un diverso orientamento *Lucy Webb Hayes National Training School v Perotti* 419 F 2d 704, 710 (D.C. Cir. 1969).

[117] Ovvero se «*without an excuse violates a statute that is designed to protect against the type of accident the actor's conduct causes*». Sulla confusione che le recenti tendenze delle corti americane hanno creato su questo delicato rapporto si veda: D.E. Seidelson, *The Appropriate Judicial Response to Evidence of the Violation of a Criminal Statute in a Negligence Action*, in *Duq. Law Rev.*, 30, 1991, 1, l'autore condivide la tendenza sviluppatasi nell'ambio dell'istituto della *negligence per se*, ma arricchisce il fondamento di tale istituto con alcune interessanti osservazioni. Infatti afferma che lo statuto non fornisce solo un standard di diligenza, ma indica anche su quali persone cade il dovere di diligenza, per la tutela di quali beni è stato previsto, rispetto a quali tipi di pericolo e a protezione di quali soggetti è stato introdotto uno *statutory duties*. Nell'ambito della *negligence* di *common law* avviene un processo di accertamento analogo, infatti ci si interroga se la condotta lasciava ragionevolmente prevedere il rischio occorso (potremmo dire aumento del rischio), **e** la modalità come si è realizzato è una di quelle che il dovere di diligenza

8.1. L'omicidio della corporation

In questo contesto, grave è l'assenza di una fattispecie che tipicizzi il *corporate killing*, quale fattispecie autonoma di reato. Da un lato, la difficoltà di applicare l'*OSHA*, dall'altro, la riluttanza con cui la giurisprudenza riconosce la possibilità di affermare la giurisdizione statale o quella di *common law*, ha determinato il fallimento totale di qualsiasi strategia punitiva, volta a finalità general-preventive.

Nel caso di morte sul luogo del lavoro, l'effimera cornice edittale che l'*OSHA* prevede rende del tutto ineffettivo il *federal crime.* A ciò si aggiunge la difficoltà probatoria di accertare oltre il ragionevole dubbio, che la violazione degli *standards OSHA* è causa della morte.

La possibilità, invece, di agire per *manslaughter*, secondo il sistema di *common law* è legata alla prova della *negligence* o della *recklessness*, che, sebbene sia più articolata e complessa rispetto all'accertamento del *breach of statutory law*, è, comunque, svincolata dall'accertamento della violazione di *standards* di sicurezza e consente un maggiore apprezzamento della complessiva vita aziendale e, di conseguenza, anche una migliore valutazione della colpevolezza dell'ente.

Nonostante la maggiore elasticità del sistema statunitense nell'affermazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, la figura del *corporate killing* ha trovato scarsa applicazione nella prassi giurisprudenziale[118].

Oltre alla limitata operatività della fattispecie penale, è opportuno segnalare come, contrariamente al sistema inglese e a quello

---

avrebbe impedito (scopo della norma). Ciò che cambia nella *negligence* in presenza di un *criminal stratutory duty of care* e la *negligence* di *common law* è il punto di vista, nel primo caso è il punto di vista del legislatore a venire in rilievo, nel secondo caso è il punto di vista dell'uomo ragionevole. La competenza a decidere se il *criminal statutory duty* rileva nel giudizio di *negligence* implica una valutazione sull'intenzione del legislatore, per cui è una questione di diritto, che deve decidere la corte, mentre sul *duty of care*, la *negligence* e la causalità decide la giuria. Quello che nel sistema di imputazione colposa viene inteso come lo scopo della norma e la realizzazione del rischio. Si veda, inoltre, R.A. Epstein, *Cases and materials on torts*, 7th ed, 2000, 150 ss.

[118] Sul punto si veda la ricostruzione storica di F.T. Cullen, G. Cavender, W.J. Maakestad, M.L. Benson, *Corporate crime*, cit., 187; P French, *Collective*, cit., 177.

italiano, non vi è mai stato il tentativo di elaborare un modello di responsabilità diretto dell'ente, in cui sia possibile individuare gli aspetti di una vera e propria colpevolezza meta-individuale. Di fatto il *corporate killing* è regolato dalla frammentata legislazione statale[119], ma, a tal riguardo, oltre i problemi di natura prettamente costituzionale, innanzi accennati, la difficoltà di procedere contro una *corporation* in base alla legge statale è, di fatto, dovuta alla mancanza sia di risorse, ma anche di capacità da parte degli ordinari uffici di polizia di intraprendere una indagine nei confronti di una *corporation*, essendo normalmente formati nel gestire un tipo di delinquenza di strada. Nella *cop culture* delle uffici di polizia nord-americani non sono presenti competenze tali da consentire un controllo efficace nei confronti delle *corporations*[120].

L'eccessiva propensione "pragmatica" del sistema statunitense ha evidentemente ostacolato una riflessione sugli aspetti e sui profili maggiormente rilevanti nella responsabilità dell'ente.

La facilità, infatti, di imputare le *regulatory offences* sia attraverso un criterio di *strict liability*, che di *vicarious liability*, ha fornito un'efficace soluzione al problema di ascrizione della responsabilità penale anche alle persone giuridiche, ma non ha consentito che si sviluppasse, anche nell'ambito della stessa *common law*, una riflessione sulla possibilità di imputare all'ente *direttamente* anche l'illecito in cui è presente un elemento psicologico.

La soluzione avanzata attraverso la dottrina del *respondeat superior*, infatti, ripropone un modello di responsabilità vicaria, limitata da scarni requisiti di imputazione oggettiva e funzionale, sistematicamente disattesi o affievoliti nella prassi giurisprudenziale.

Proprio l'assenza di un'ampia valutazione della condotta dell'ente ed il riconoscimento di un tipo di responsabilità ancorata pur

---

[119] Diffusamente: G. Forlin, M. Appleby (a cura di), *Corporate Liability: Work Related Deaths and Criminal Prosecutions*, Newak, 2003, 488 s.

[120] Celebre il caso della Ford Pinto, sul punto si veda l'ampia ed articolata ricostruzione di F.T. Cullen, G. Cavender, W.J. Maakestad, M.L. Benson, *Corporate Crime under Attack. The Fight to Criminalize Business Violence*, II ed., Newak, 2006, 131, e le difficoltà nel ricostruire una responsabilità diretta dell'ente: 185 ss. Sull'inadeguatezza degli uffici di polizia si veda, inoltre, la riflessione di J.W. Coleman, *The criminale Elite. The Sociology of White Collar Crime*, New York, 1985, 167.

sempre ad un modello individualistico[121], rende la fattispecie di *corporate killing* nel sistema punitivo statunitense, priva di interesse nell'ottica dell'indagine che si svolge, in quanto completamente distante dalla specifica forma di "controllo mediante organizzazione", come chiave di volta del nuovo approccio regolativo.

9. *Il diritto penale del "controllo mediante organizzazione"*

Il modello del controllo mediante organizzazione, ove vengono valorizzati aspetti di *self-regulation*, sembra apparentemente offrire una quadro di limitato interesse per il penalista, così come realizzato nel sistema nord-americano

Nella linee guida sulla commisurazione della pena pecuniaria, la colpevolezza della persona giuridica[122] si basa: «sulle precauzioni assunte prima della commissione del reato ed in base alla condotta susseguente al reato»: è intesa, quindi, solo come colpevolezza in *senso materiale*, ovvero come criterio di commisurazione della pena.

Sorprende anche la totale assenza di criteri normativi che valorizzino la colpevolezza dell'ente attraverso una lettura dei *compliance program* e dei codici etici, che, invece, proprio la dottrina americana[123] aveva valorizzato in un'ottica di completa responsabilizzazione delle persone giuridiche.

Sebbene i *compliance program* abbiano assunto un ruolo determinante nell'ordinamento nordamericano, dal punto di vista del giurista continentale, appare un'insanabile contraddizione riconoscere loro solo un'efficacia attenuante: se la *corporation* dimostra di aver adottato ed efficacemente applicato un modello organizzativo, quin-

---

[121] Così: G. De Vero, *La responsabilità*, cit., 86: «I *compliance programs*, così come implementati nell'esperienza statunitense, presuppongono invece che l'attribuzione di responsabilità sia già intervenuta e nulla dicono o aggiungono circa i relativi criteri di attribuzione».

[122] H.J. Amoroso, *Organizational Ethos and Corporate criminal Liability*, in *Campbell Law Rev.*, 1995, 47; W.S. Laufer, *Culpability and the Sentencing of Corporation*, in *Neb. L. Rev.*, 1992 1049.

[123] G. De Vero, *Responsabilità*, cit., 83; P.H. Bucy, *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. Law Rev.*, 1991, 1096; P. French, *Collective*, cit., *passim*.

di di aver adempiuto alla *due dilegence*, non si comprende su quali basi si possa fondare la responsabilità penale della persona giuridica. Evidentemente anche in questo caso si profila un modello di responsabilità penale per fatto altrui, ispirato al principio del *respondeat superior.*

Nonostante la mortificazione del principio di colpevolezza, la sanzione a carico delle imprese, comminata secondo un modello di responsabilità vicaria, sembra aver una maggiore efficacia motivante nei confronti della persona giuridica, rispetto al modello di disciplina italiano.

L'esperienza dei *compliance program* sembra aver effettivamente influenzato il sistema economico nord-americano, che, seppur secondo un approccio di tipo economicista, risponde meglio alla strategia del controllo mediante organizzazione, rispetto alla situazione italiana, in cui l'impegno assunto dal sistema economico verso questa "innovazione burocratica", introdotta da oltre un decennio dal d.lgs. n. 231/2001[124] e ulteriormente implementata nel testo unico sulla sicurezza del lavoro d.lgs. 81/2008, si limita alla previsione di una voce di spesa, senza alcun mutamento culturale[125].

La distanza fra un *compliance program* statunitense e un modello organizzativo[126] rende persino superfluo qualsiasi paragone: un prototipo di modello organizzativo è predisposto dalle associazioni di categoria (su cui il Ministero della Giustizia, di concerto con in

[124] Del resto la stessa genesi del d.lgs. 231/2001 è stata fortemente condizionata dalle resistente opposte dal mondo dell'imprenditoria, che hanno portato ad un ridimensionamento dell'operatività della responsabilità degli enti rispetto a quanto previsto dalla legge delega, n. 300/2000, sul punto: O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325, 1332.

[125] Lo scarso impatto culturale del d.lgs. 231/2001 sul mondo dell'imprenditoria italiana è evidenzia da F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa, e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in N. Ambriani, G. Meo, G. Presti (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in AGE, 2009, 243, 261. Sulla scarsa metabolizzazione del nuovo modello legislativo e sulla difficoltà che riesca ad attecchire nel tessuto italiano questo trapianto giuridico, si veda: A. Gargani, *Delitti colposi commessi*, cit., 1970. Sulla diversità culturale ed etica dei sistemi di *common law* e dei sistemi di *civil law*, si veda E. Musco, *L'illusione penalistica*, cit., 4 ss.

[126] Rileva le differenze fra *compliance program* e modelli organizzativi sulla base della diversa genesi, F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit., 245.

ministri competenti, *può formulare osservazioni!*), tradendo, fondamentalmente, proprio la funzione che il modello organizzativo dovrebbe assumere: ovvero quello di specificare il contenuto cautelare posto a livello legislativo nell'ambito aziendale. È sufficiente scorgere i modelli organizzativi predisposti dalle diverse categorie industriali per avere prova della loro estrema genericità, e quindi inefficacia, che non è altro il riflesso della genericità del precetto legislativo, e quindi della sua inefficacia.

Ma è sul piano applicativo, che si scorge la differenza maggiore, che determina quel *gap* di effettività ed efficacia fra il modello statunitense e quello italiano: se la prassi italiana tende a invalidare l'efficacia esimente del modello organizzativo, di fatto è il dettato normativo ad essere disatteso dallo stesso giudice, inficiando la capacità general-preventiva del sistema legislativo[127]. La conseguenza è il fallimento di un prototipo regolativo, adottato nel caso della responsabilità degli enti e nell'ambito della sicurezza del lavoro, che dovrebbe, invece, proprio basarsi sul controllo mediante organizzazione, volto a sensibilizzare il sistema economico ad assumere un ruolo fondamentale nella tutela di interessi pubblici.

Diversamente, la prassi nord-americana dimostra una maggiore fiducia nella strategia del *compliance method*, la cui capacità motivante è diretta conseguenza della loro rilevanza a livello applicativo, come fattore attenuante, che premia in concreto le imprese che hanno profuso un impegno, secondo il parametro della *due diligence.* Pare ovvio che l'enorme impegno in termini economici ed organizzativi, richiesti al datore di lavoro, per adempiere all'obbligo di organizzazione e la prospettazione di una causa di non punibilità, che, di fatto, non viene mai applicata costituiscano, in realtà, una controspinta alla legalità, mentre un sistema, come quello statunitense, sebbene limiti l'effetto del *compliance program* ad un'attenuazione

[127] F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa*, cit., 253: «Ad oggi l'affidamento sull'efficacia esimente del modello di organizzazione e gestione, ancorché adottato in conformità delle linee-guida, resta il principale ostacolo che incontra la cultura della legalità aziendale. Il sistema, infatti, non offre all'ente che investe in prevenzione dei reati nessuna garanzia che gli sforzi profusi valgano a metterlo al riparo da responsabilità. L'esito, rimesso interamente al giudice, non è prevedibile *ex ante*, specie ove si muova dall'aspettativa di un'efficacia preventiva particolarmente elevata, di per sé realisticamente difficile da coltivare»..

della pena, ha una maggiore capacità motivante, in quanto la prassi applicativa "premia" effettivamente chi ha espresso un atteggiamento collaborativo e di responsabilizzazione verso la sicurezza del lavoro.

Nonostante i limiti del sistema nord-americano, evidenziati nel corso di questa analisi, il dato su cui maggiormente riflettere è il ricorso in maniera ridotta alla sanzione penale, dovuta alla presenza di una gamma diversificata di risposte per fronteggiare la criminalità di impresa, in cui il sistema punitivo "tradizionale" effettivamente risulta una *extrema ratio.* Ciò non solo per la scarsa criminalizzazione in astratto, ma anche per meccanismi di deflazione penale, dovuta alla discrezionalità delle agenzie di controllo, che non è sempre sintomo di una patologica ineffettività del sistema giuridico, ma, anzi, proprio frutto di una deliberata scelta di una bassa criminalizzazione in concreto, secondo un modello regolativo che fa leva su un approccio *proactive.*

In questo contesto il sistema sanzionatorio si articola attraverso una severità scalare, che secondo lo schema *tit for tat*, prevede una graduazione punitiva, che va dall'atteggiamento cooperativo delle agenzia di controllo, secondo l'approccio *proactive*, in cui la singola ed occasionale violazione può anche essere ignorata, nell'ambito di un rapporto effettivamente collaborativo fra privato e agenzia di controllo, fino alla reazione punitiva, anche penale, in caso di persistente e volontaria inosservanza, sintomatica di un atteggiamento di *non-compliance*. La diversificazione degli strumenti giuridici oltre a meglio interpretare il fenomeno criminale legato alla criminalità economica, che non sempre può essere rappresentata secondo il modello della *rational choise*, ovvero del calcolatore amorale, adegua la sanzione alle particolarità del caso concreto, con una maggiore valorizzazione della cultura di impresa e dei fattori organizzativi, in un'ottica preventiva. Paradossalmente risulta essere una risposta più calibrata sul piano della colpevolezza d'organizzazione, rispetto alla soluzione italiana, che attraverso l'inversione dell'onere della prova, di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/2001, introduce una presunzione di colpevolezza, difficilmente superabile, se non attraverso una *probatio diabolica.*

Il risultato è stata una drastica diminuzione degli infortuni sul lavoro, registrata dall'agenzia di controllo, durante il periodo di vigenza dell'OSHA[128].

[128] I dati e le statistiche sono reperibili sul sito dell'*OSHA*.

Capitolo V

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA DEL LAVORO

Sommario: 1. L'evoluzione della tutela penale della sicurezza del lavoro in Italia e il principio di precauzione. – 2. Co-gestione e diritto penale nella sicurezza del lavoro. – 3. Bene giuridico e finalità di tutela. – 4. La logica co-gestionale nella riforma della materia antinfortunistica in Italia. – 5. L'analisi del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008. – 5.1. La complessità istituzionale. – 5.2. L'attività di vigilanza. – 5.3. Gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. – 6. Valutazione del rischio quale affermazione di un sottosistema autonomo. – 7. Mutamento del contenuto e dello scopo del dovere prevenzionale: riduzione del rischio. – 8. Tutela penale della sicurezza del lavoro e autodisciplina: una riforma incompiuta. – 9. Il disincanto della giurisprudenza e lo scetticismo del legislatore: i modelli organizzativi e la responsabilità degli enti. – 9.1. L'assenza di una strategia preventiva. – 10. Il rinvio all'autodisciplina: la "capra diventa giardiniere"?

1. *L'evoluzione della tutela penale della sicurezza del lavoro in Italia e il principio di precauzione*

La storia e l'evoluzione del diritto penale del lavoro in Italia costituiscono un esempio del fenomeno di "giuridificazione" delle sfere sociali: le istanze e le rivendicazioni sulla sicurezza del lavoro erano, in origine, regolate attraverso strumenti negoziali. I primi interventi furono intrapresi da associazioni di industriali, con iniziative assolutamente volontarie, di natura privatistica[1].

---

[1] C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 3ª ed., 1974, 19 ss., paradigmatiche le iniziative di alcuni industriali lombardi, l'Associa-

L'assenza non solo di una disciplina di settore, ma anche di disposizioni codicistiche sia penali che civili, aveva spinto la dottrina[2] ad elaborare una serie di regole, a partire dalle norme del codice civile del 1865, sull'adempimento del contratto, secondo la diligenza del buon padre di famiglia.

Si era diffusa, così, la locuzione "debito di sicurezza"[3] del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, con un evidente richiamo alla natura obbligatoria del rapporto, trascurando, invece, la componente pubblicistica e generale di tale dovere[4].

Nel XIX secolo, la tutela dell'attività lavorativa, con la c.d. legislazione sociale, era limitata ad interventi normativi minimi, riguardanti determinate categorie di lavoratori (come ad esempio la legislazione posta a tutela dei fanciulli e delle donne, l. 11 febbraio 1886, n. 3657 e 19 giugno 1902, n. 242), e, nel caso degli infortuni sul lavoro, prevedeva solo meccanismi di tutela di tipo risarcitorio, riconducibili alla previsione di un'assicurazione obbligatoria, che mirava, di fatto, all'esonero della responsabilità civile degli imprenditori (legge 12 marzo 1898 n. 30, riformata e coordinata con il testo unico del 31 gennaio 1904, n. 51).

Le prime disposizioni penali nell'ambito della tutela del lavoratore risalgono al regio decreto legislativo del 9 luglio 1926, n. 1331, che

---

zione italiana Utenti Caldaie a vapore nel 1882 e l'istituzione dell'Associazione fra gli industriali per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (A.P.I.). Mentre il primo intervento legislativo (legge 12 marzo 1898 n. 30, riformato nel 1903 e coordinato nel testo unico del 31 gennaio 1904, n. 51) fu l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, con conseguente esonero della responsabilità civile degli imprenditori.

[2] F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, Roma, 1913; G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, II, Torino, 1887; Id., *Della responsabilità dei padroni e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, Siena, 1884; G. Fioretti, *Colpa contrattuale e colpa aquilana negli infortuni sul lavoro*, Torino, 1901. Di qui la portata innovativa delle disposizioni codicistiche: art. 2087 c.c., 434 c.p. e 451 c.p., sul punto M. Lega, *Limiti all'obbligo di tutela dei lavoratori, ai sensi dell'art. 2087 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, 129; Ascoli, *Rischio professionale e responsabilità civile del datore di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1956, I, 258; A. De Cupis, *Sul limite della responsabilità civile dell'imprenditore per inosservanza dell'obbligo di tutela dell'integrità fisica del lavoratore*, in *Prev. infor. mal. prof.*, 1953, 956; Razza, *Contributo alla teoria degli obblighi dell'imprenditore*, in *Dir. giur.*, 1958, 721.

[3] L.M. Riva Sanseverino, *Debito di sicurezza e funzioni dell' E.N.P.I.*, in *Prev. inf.*, 1956, 187.

[4] C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro*, cit., 46.

costituisce l'Associazione nazionale per il controllo della combustione, integrato dal regio decreto del 12 maggio 1927, n. 824, ma solo negli anni cinquanta prende l'abbrivio un significativo complesso legislativo: il testo fondamentale è il d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547, cui seguono diversi decreti che specificano, per ambiti di attività, il contenuto del "debito di sicurezza" del datore di lavoro, la cui natura, costituzionalmente fondata, risulta ormai incontestabile (d.p.r. 7 gennaio 1956, n. 164; d.p.r. 19 marzo 1956, n. 302; il d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303; dd.pp.rr. 20 marzo 1956, n. 320, n. 321, n. 322, n. 323, d.p.r. 9 aprile 1959, n. 128; d.p.r. 24 maggio 1979, n. 886). Le violazioni degli obblighi preventivo-cautelari, secondo un'appendice sanzionatoria che chiosava i diversi corpi normativi, integravano le fattispecie contravvenzionali, che, numerose, costellavano la normativa. Una disciplina puntiforme e dettagliata tendeva, quindi, a disciplinare i diversi ambiti di attività, tramite un modello normativo, che ha avuto larga diffusione fino alla legislazione di derivazione comunitaria degli anni Novanta.

Nell'ultimo ventennio si registra, infatti, un interessante mutamento del paradigma legislativo[5], con l'attuazione di alcune direttive comunitarie: i primi testi adottati sono il d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 e il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 77, ma solo nel 1994 viene data attuazione alla direttiva quadro, n. 89/391/89, con il testo fondamentale del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, (integrato e modificato dal d.lgs. 19 dicembre 1994 n. 758 e dal d.lgs. 19 marzo 1996, n. 242). Quest'ultimo decreto diviene il fulcro dell'intero sistema della sicurezza del lavoro, imponendo un modello normativo di gestione e di valutazione del rischio, che, attraverso discipline settoriali, non solo viene esteso a diversi ambiti di attività produttiva (il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 493 concernente le prescrizioni minime per la segnaletica di sicurezza e/o salute sul luogo di lavoro, il d.lgs. 14 agosto 1996, n.494 concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei e mobili; il d.lgs. 25 novembre 1996, n. 624 riguardante la sicurezza e la salute dei lavoratori nelle industrie estrattive per trivellazione e a cielo aperto o sotterranee; l'attività da pesca su navi mercantili e il lavoro portuale vengono disciplinati da tre fondamentali testi normativi: il d.lgs. 27

[5] Così: T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1158.

luglio 1999, n. 271; il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 272; il d.lgs. 17 agosto 1999, n.298), ma costituisce anche il modello normativo, cui si è ispirato il testo unico, d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008.

Come più volte evidenziato, l'evoluzione e la rapida espansione del diritto del lavoro (come in genere di tutta la regolamentazione delle attività economiche e produttive) segnano storicamente la crisi dello stato liberale e l'affermazione dello stato sociale.

In generale, si è potuto constatare, inoltre, come a causa di numerosi e particolari ambiti di attività che il diritto è chiamato a regolare, si sia determinata una "espansione" capillare dell'ordinamento giuridico e, tuttavia, a fronte di una crescente erosione e pubblicizzazione di spazi di azione e di libertà individuali e collettive, si registri un arretramento delle funzioni propriamente legislative a favore di un modello di disciplina procedurale e permeabile a valutazioni sostanziali, che infrangono la rigidità formale del sistema legale. La legge garantisce, infatti, solo la mediazione fra le istanze contrapposte, attraverso bilanciamenti in concreto, per cui la norma giuridica si apre a valutazioni contingenti e particolaristiche. Questi elementi costituiscono una tipica espressione del processo di giuridificazione e di materializzazione del diritto formale (*supra* cap. I).

Questo mutamento – come si è evidenziato sin dalle premesse di questo lavoro – sembrerebbe collocarsi in uno scenario di apparente crisi che interessa globalmente tutti gli ordinamenti giuridici occidentali: una crisi di razionalità e di legittimità del diritto, che sarebbe dovuta alla difficoltà del sistema legale dello stato liberale, ancorato al principio illuminista di legalità formale, di disciplinare attività complesse.

L'impossibilità (o forse l'inanità) di declinare l'intervento legislativo in termini di valutazioni generali ed astratte, attraverso cui risolvere, mediante un procedimento deduttivo, un conflitto "universale" fra beni giuridici può, tuttavia, prestarsi – come più volte ribadito – ad una duplice interpretazione: come segno di un "declino" del diritto[6] o come sintomo di un cambiamento di prospettiva dell'azione legislativa/normativa (sul punto si vedano i capp. I e II).

[6] Sul punto si vedano i diversi contributi citati nel cap. I, in P. Rossi, (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., *passim.*

Nell'analisi fin qui compiuta in una prospettiva comparata, si è cercato di scorgere alcuni elementi di "rinascita" del diritto, che portano alla conclusione che, in realtà, si è in presenza di un mutamento di prospettiva nella politica-legislativa della sicurezza del lavoro, ove spesso il riferimento al principio di precauzione è stato utilizzato per sintetizzare un nuovo approccio del sistema politico-amministrativo al problema della gestione del rischio di attività produttive, esercitate in situazioni di incertezza scientifica.

Vista, tuttavia, la valenza che il principio di precauzione ha assunto nel contesto italiano ed, in particolare, nella prassi giurisprudenziale, pare opportuno operare una distinzione: il principio di precauzione costituisce un condivisibile principio ispiratore di politiche legislative che perseguono obiettivi di tutela della persona ed, in questo senso, si esprime anche il legislatore comunitario. La Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000, sul principio di precauzione, individua una serie di condizioni che fondano e legittimano il ricorso al principio di precauzione: la proporzionalità, la non discriminazione, la coerenza, la valutazione costi-benefici, la considerazione dell'evoluzione tecnologica (rischio percepito dalla popolazione). La Comunicazione evidenzia, inoltre, come il livello di "accettabilità" del rischio si trasforma in una complessa decisione *politica*, basata non più sulla sicurezza tecnica, ma su una sicurezza etica, garantita attraverso l'implementazione di procedimenti decisionali, articolati attraverso il confronto e dibattito fra i diversi attori sociali[7]. L'affermarsi della c.d. società del rischio, infatti, ha creato un'asimmetria informativa fra chi gestisce il rischio e chi è esposto al rischio. La soluzione politica prospettata dalla Comunicazione è quella di una garanzia procedurale, attraverso conferenze di consenso, che permettano una consapevole assunzione dei rischi da parte dei soggetti esposti. Per cui il principio di precauzione ha

[7] In particolare la Comunicazione afferma che: «la procedura di decisione dovrebbe essere trasparente e dovrebbe coinvolgere tutte le parti interessate, quanto più precocemente e quanto più ampiamente possibile», nonché: «*Tutte le parti in causa dovrebbero essere coinvolte nel modo più completo possibile nello studio delle varie opzioni di gestione del rischio, una volta che i risultati della valutazione scientifica e/o della valutazione del rischio siano disponibili. La procedura dovrebbe essere quanto più possibile trasparente*».

il suo concreto riscontro solo nell'ambito di un processo democratico, di un negoziato sociale che elimini l'esposizione inconsapevole a rischi tramite l'adempimento di obblighi di informazione, che compensino l'asimmetria fra produttori e/o gestori del rischio e persone coinvolte. Ed è a questa accezione cui si allude quando si richiama il principio di precauzione, per dar conto dei mutamenti che il quadro politico-legislativa ha subito negli ultimi decenni[8].

Non può, invece, essere avallata la scelta di utilizzare il principio di precauzione come grimaldello interpretativo, che consente di scardinare la costruzione dogmatica dell'imputazione della colpa, attraverso la sostituzione della regola cautelare con una misura precauzionale, disancorata da un fondamento epistemologico, che possa spiegare con certezza la sua efficacia preventiva[9].

Questa valenza del principio di precauzione, come criterio ermeneutico delle singole fattispecie penali non trova alcun fondamento giuridico, che possa legittimare una prassi giurisprudenziale,

---

[8] Sul punto G. Forti, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in M. Bertolino, G. Forti, *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 573, 594, 660, secondo il quale il principio di precauzione costituisce: «un vincolo che impone alle autorità una democratizzazione delle procedure di *risk assessment* e che sopravanza ogni considerazione basata sul mero calcolo costi-benefici»; Id.,*"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, cit., 217. Evidenzia la valenza democratica del principio di precauzione: F. Giunta, *Il diritto penale*, cit., 238. Sul punto sia consentito rinviare a V. Torre, *Tutela penale della salute ed elettrosmog*, cit., 934 ss.

[9] In questo senso: D. Castronuovo, *Il principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012, 39 ss.; G. Forti, *La "chiara luce della verità"*, cit., 614 ss., 620, 626; F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 227; C. Piergallini, *Il paradigma della colpa*, cit., 1692 ss. Fortemente caratterizzata dalla propensione alla sostituzione della prevenzione con la precauzione è la prassi applicativa consolidata in tema di responsabilità da amianto: sul punto: R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Rit. dir. proc. pen.*, 2011, 597; Id., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir.pen. cont.*, 25 gennaio 2011; G. De Francesco, *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 665; L. Masera, *Danni da amianto e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2010. F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, cit., 186.

più preoccupata di rispondere alle emergenti esigenze di rassicurazione sociale, piuttosto che alle garanzie dell'individuo[10].

[10] Per un'ampia e approfondita analisi, critica, del principio di precauzione nella prassi applicativa, D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 43 ss. La necessità di operare un attento vaglio critico, per arginare forme "subdole" (così D. Castronuovo, *Il principio di precauzione*, cit., 37) di espansione della logica precauzionale nel diritto penale è dovuta alla facilità con cui tale approccio interpretativo può insinuarsi nelle fasi di accertamento della responsabilità, sul piano della causalità e della colpa, attraverso la categoria del rischio non consentito. Sul punto bisogna registrare il ritardo con cui la dottrina penalistica si è accorta di questa irruzione sul piano applicativo del principio di precauzione: già a livello pretorile, tale principio fu utilizzato alla fine degli anni '90 come criterio interpretativo della causalità e della colpa dei vertici aziendali, nei casi di elettrosmog, in cui viene contestata l'ipotesi di lesioni colpose: Pret. Rimini, 12 giugno 1999, n. 697, in *Guida al diritto*, 37, 1999, 6 (condanna confermata in Cass. sez. IV, 11 agosto 2011, n. 33285, sul punto D. Castronuovo, *Il principio di precauzione*, cit., 125), mentre già si operava attraverso procedimenti cautelari al sequestro preventivo di antenne per la radiofrequenza nel 1997, Pret. Venezia, uff. G.I.P., decr. 1 marzo 1997, n. 791, in *Riv. pen.*, 1999, 617, sul punto sia consentito rinviare nuovamente a V. Torre, *Limiti tabellari e tolleranza giuridica delle attività rischiose*, in *Ind. Pen.*, 2002, 227-265. Ha sancito definitivamente l'ingresso del principio di precauzione nello strumentario giuridico del giudice penale il caso c.d. Porto Marghera, sulle sentenze di merito si veda: C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1684; C. Ruga Riva, *Principio di precauzione,* cit., 1743; sulla decisione della Cass. Sez. IV, 17 maggio 2006, si vedano i commenti di D. Castronuovo, *Il principio di precauzione*, cit., 133; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 647. Si veda, più in generale, V. Attili, *L'agente modello nell'"era della complessità": tramonto eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1240; R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., 597. In giurisprudenza, si veda, inoltre, da ultimo, Cass. Sez. IV, 12 ottobre 2012: «L'esercizio di attività pericolosa avrebbe imposto all'imprenditore l'approntamento di ogni possibile cautela, dalla più semplice ed intuitiva (proteggere le vie respiratorie con maschere altamente filtranti, imporre accurati lavaggi alla cessazione dell'orario di lavoro con cambio degli indumenti da lavoro da sottoporsi, anch'essi, a lavaggio, alla riduzione al minimo delle polveri, al loro appesantimento mediante acqua, alla loro aspirazione, ecc), alle più complesse e sofisticate, secondo quel che la scienza e la tecnica consigliavano. […] Reputa il Collegio che, anche a voler considerare che fosse nota solo la generica tossicità delle polveri d'amianto, causa di asbestosi, avrebbe risposto al principio di precauzione trattare con ogni cautela le polveri, che si sapevano assai sottili (e, quindi, di agevole infiltrazione e fissazione polmonare) di sostanza comunque tossica. Questa Corte ha avuto modo di affermare che in tema di delitti colposi, nel giudizio di "prevedibilità", richiesto per la configurazione della colpa, va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione: in altri termini, ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla

2. *Co-gestione e diritto penale nella sicurezza del lavoro*

Le difficoltà, incontrate dai diversi sistemi giuridici, nel disciplinare, in particolare, le attività economiche, hanno indotto i singoli legislatori a ricercare una soluzione "particolaristica" dei contrasti settoriali, che animano una società pluralista e frammentata. Rinunciando *a priori* ad uno schema generale, entro cui sancire la prevalenza assoluta di un interesse, il sistema giuridico interviene, predisponendo una struttura normativa, attraverso cui consentire bilanciamenti in concreto fra istanze contrapposte, al fine di reinterpretare le nuove esigenze di tutela, mediante una configurazione dei rapporti fra i diversi settori sociali, economici e giuridici, in grado di valorizzare la natura autonoma ed autorganizzata del sottosistema economico.

Connesso ad un pluralismo di valori è, quindi, un polimorfismo del potere normativo, decentrato e suddiviso in una molteplicità di fonti giuridiche, che si intersecano in una rete di ordinamenti che mostrano una "giuridicità porosa" (*supra* cap. I). In questo contesto, la coerenza dello stesso ordinamento penale trova fondamento non più sul piano dei valori, ma sotto il profilo della utilità e della effettività nella gestione e nell'organizzazione di situazioni conflittuali.

Anche in Italia, la normativa sulla sicurezza del lavoro di "derivazione comunitaria" costituisce un esempio paradigmatico di questo nuovo modello regolativo, in cui una confluenza e un'interferen-

---

potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione "ex ante" dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione». Conf.: Cass. Sez. IV, 24 maggio 2010; Cass. Sez. IV 10 giugno 2010, su cui si veda il commento di F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in cit., 185; Cass. Sez. IV, 13 dicembre 2010. Il paradigma della colpa, visto alla luce del principio di precauzione, è stato ulteriormente sottoposto a torsioni interpretative in due celebri casi: Cass. Sez. IV, 3 maggio 2010, sul caso c.d. Sarno e nel caso c.d. Grandi Rischi, G.U.P. Trib. L'Aquila, sent. 22 ottobre 2010, n. 380, con commento di A. Pagliaro, in *Cass. Pen.*, 2013, 426. Non è un caso che in processi più sensibili all'influenza dei *mass media* le esigenze di difesa sociale siano talmente prevalenti da scardinare qualsiasi argine garantista al processo di accertamento della responsabilità penale. Analogo fenomeno si presenta anche nell'ambito degli infortuni del lavoro, con l'affermazione di una responsabilità dolosa per i vertici dell'impresa, sul punto si vedano le considerazioni svolte *infra* paragrafo 9.

za fra razionalità giuridica e razionalità scientifica costruiscono, normativamente, un sottosistema sociale complesso. La sicurezza del lavoro rappresenta, pertanto, anche nell'ordinamento italiano, il terreno d'elezione per intraprendere un'indagine sulle fonti del diritto e sul rapporto di tensione che si instaura fra una razionalità formale, propria della legge, ed esigenze sostanziali, che affiorano in un ambito sociale ed economico, pervaso da un conflitto apparentemente irriducibile a soluzioni legislativamente "pre-confezionate", offerta cioè attraverso valutazioni astratte e generali.

Una nuova struttura regolativa caratterizza il sottosistema della sicurezza del lavoro, che si basa su un modello normativo "decentrato" o di *reflexive law*, per rispondere ad una nuova fondamentale esigenza: la democratizzazione dei sottosistemi sociali, mediante un'ampia partecipazione politica ed istituzionale, volta a dare adeguata rappresentazione ai vari interessi di un nucleo sociale organizzato. Questo obiettivo è perseguito attraverso un'integrazione del sistema normativo basato su programmi di scopo (*purposiveness*), con un ampio approccio partecipativo nell'ambito del processo di *lawmaking*.

Secondo il modello teorico, delineato prevalentemente nell'ambito della dottrina di *common law*, le disposizioni normative, in un sistema legale così strutturato, non si limitano a proporre un apparato statico, definito, chiuso di norme, di principi generali, di categorie e di concetti giuridici, bensì mirano ad un'interazione di forze sociali, controlli e vincoli istituzionali, complesse strutture organizzative, tutti elementi in funzione dei quali la norma giuridica si pone come disposizione a "trama aperta", che si modella, cioè, sulla realtà sottostante.

La norma giuridica, conseguentemente, non incide – come già visto – sui comportamenti dei singoli, vietando o imponendo di tenere determinate condotte, ma agisce attraverso una forma di controllo indiretto. La "costruzione" giuridica di strutture, organizzazioni, procedure, reti informative e ridistribuzione di competenze tende a creare un sistema sociale autonomo, per cui la norma opera per costituire e per formalizzare meccanismi di autodisciplina, di negoziazione, di decentralizzazione e di mediazione dei conflitti.

Nel cercare di costruire un sistema sociale autodisciplinato, il modello di *responsive regulation* fa leva su norme di organizzazione e procedure, che trasferiscono nel processo di *law making* una se-

rie di situazioni conflittuali, di interessi particolaristici che, anziché trovare soluzione nella norma giuridica, tendono ad un'integrazione nel processo comunicativo creato dal sistema giuridico.

Il processo normativo, in questo modo, garantirebbe una maggiore partecipazione politica, sperimentando nuove forme di democrazia partecipativa.

Riportando la riflessione sul diritto penale del lavoro, sembrerebbe che il legislatore europeo e, di riflesso, quello nazionale, abbiano adottato, effettivamente, un modello di *responsive regulation*, dando massimo rilievo ai due elementi strutturali. La struttura normativa della nuova disciplina sulla sicurezza del lavoro è, infatti, connotata, da un lato, da una prospettiva di azione orientata verso una dimensione utilitaristica, alla ricerca di maggiore effettività[11] e, dall'altro, dalla partecipazione, nell'ambito della politica aziendale, di soggetti portatori di istanze contrapposte.

È chiaro che la nuova filosofia regolativa incide non solo sul contenuto delle norme, ma anche sull'assetto delle fonti, attraverso una formalizzazione giuridica di processi normopoietici di fonte privata, che si sviluppano nell'ambito della realtà aziendale (ad. es. la procedura consultiva e di concertazione per la definizione del rapporto di sicurezza che assume una funzione fondamentale in tutte le discipline in materia di sicurezza del lavoro). In particolare, nell'ambito del diritto penale del lavoro, il rilievo che ha assunto la disciplina intra-aziendale sembra aver favorito una decentralizzazione normativa, che implica uno scivolamento della potestà normativa da una prospettiva pubblico-statalista al luogo del molteplice, in cui si è instaurata una continuità fra normativa statale e non statale[12].

La crescente giuridificazione (o ipergiuridificazione) dei rapporti sociali ed economici, tipica dello stato interventista, presenta, tut-

---

[11] Sul punto si veda: G. Marra, *Sussidiarietà penalistica e sicurezza del lavoro*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 8, 11, il quale individua come obiettivo del legislatore il soddisfacimento dell'«esigenza di stabilizzare, al livello decentrato delle fonti di rischio, ove si colloca anche la titolarità dei necessari poteri di valutazione e controllo, l'effettività di un articolato sistema di risk management e delle sue sostanziali regole di gestione».

[12] Sul punto sia consentito rinviare a V. Torre, *D.lgs. 626/1994*, in N. Mazzacuva, E. Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, cit., 121.

tavia degli aspetti critici, per un rischio di ineffettività, determinato principalmente da un mancato coordinamento fra azione politico-amministrativa e sistema giudiziario. Nell'ordinamento italiano, in particolare la tendenza a disperdere l'identità contenutistica del sistema penale attraverso una proceduralizzazione del precetto ha amplificato la natura meramente sanzionatoria dell'intervento penale, annullando le peculiarità proprie del sistema penale (come illustrato dal trilemma regolativo di Teubner, *supra* cap. I), senza, tra l'altro, che tale affievolimento della sua portata penale sia stato "compensato" da una più incisiva azione dell'apparato pubblico di controllo, né da una significativa valorizzazione dell'esperienza aziendale e dei meccanismi di autoregolamentazione sociale.

3. *Bene giuridico e finalità di tutela*

Le nuove esigenze e gli interessi, di cui lo stato interventista si fa portatore, vengono, quindi, proiettate in una dimensione giuridica e, in particolare, il sistema penale muta configurazione, attraverso uno "sdoppiamento" del meccanismo regolativo, che agisce a "doppia velocità"[13].

La tutela penale del lavoro (come in generale la disciplina dell'attività produttiva ed economica), prevalentemente caratterizzata da illeciti contravvenzionali, si pone come sistema punitivo secondario, flessibile, orientato alle conseguenze; esso affianca il sistema codicistico, dal quale, tuttavia, tende a rendersi autonomo, seguendo principi e categorie del tutto irrelati con il sistema principale.

Rispetto al tradizionale assetto delle fonti, la legislazione penale del lavoro sperimenta una nuova interrelazione fra diversi sottosistemi giuridici e tende a "disperdersi" in una iperregolamentazione

[13] G. Marinucci, *Gestione di impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 424. Sul punto si veda, inoltre, M. Donini, *Verso un nuovo medioevo penale?*, cit., 1812; Id., *Teoria del reato. Un'introduzione*, cit., 273; Id., *Il delitto contravvenzionale*, cit., 360 ss.

delle attività produttive ed economiche, che inficia *in primis* il principio di legalità[14].

Nonostante la pletora normativa[15], la disciplina in materia di sicurezza del lavoro presenta, infatti, un deficit *genetico* di tassatività, che viene, in parte, colmato attraverso rinvii, volti a definire dettagliatamente il contenuto precettivo, per cui, nel corso degli anni, sono stati emanati regolamenti, decreti ministeriali, linee guida, allo scopo di specificare, anche in via tecnica, l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

Anche il testo unico, nonostante l'ambizioso obiettivo di consolidare la disciplina della sicurezza del lavoro, non è in grado di chiudere il sistema normativo, a causa dell'ontologica variabilità delle misure cautelari necessarie a fronteggiare i mutevoli rischi dell'attività produttiva. Proprio la necessità di aggiornare, costantemente, le strategie e il sistema prevenzionale ostacola la possibilità di definire in modo esaustivo le misure cautelari, cristallizzandole in un corpo normativo statico.

Un ulteriore "sintomo" dello sgretolarsi dell'identità e della logica del sistema penale liberale è dato, inoltre, dalla difficoltà di individuare un unico bene giuridico, quale *fondamento* e *limite* della potestà punitiva.

Cercando di operare una valutazione, sul piano sistematico, delle singole disposizioni della disciplina italiana, non sembra, infatti, possibile rinvenire un unico bene, alla cui tutela tendono i diversi modelli legislativi, sia codicistici, che extracodicistici.

Schematizzando i modelli di tutela predisposti dal sistema penale italiano, è possibile distinguere tre stadi di tutela[16]: un livello di tutela anticipato, realizzato dalle fattispecie contravvenzionali *extra codicem*; un livello di tutela intermedio, realizzato attraverso due fattispecie codicistiche, poste a tutela dell'incolumità pubblica,

---

[14] J.M. Silva Sanchez, *L'espansione*, cit., *passim.*

[15] In base ad una ricerca compiuta nell'ambito di un progetto finanziato dal MIUR, la disciplina delle sicurezza del lavoro contava, nel 1999, circa 3000 fattispecie contravvenzionali nella legislazione complementare, sul punto: M. Pavarini, D. Bertaccini, *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Torino, 2004, 12 ss.

[16] D. Castronuovo, *Sicurezza del lavoro*, cit., 9; V.B. Muscatiello, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela* dell'homo faber *nel codice penale*, Torino, 2004, 78 ss.

gli artt. 437 e 451 c.p.; ed un livello di tutela finale, incentrato sulla causazione dell'evento, predisposta dalle fattispecie di omicidio e lesioni, aggravate dalla violazione della normativa posta a tutela della sicurezza del lavoro.

Da questa sintetica rappresentazione del sistema della sicurezza del lavoro, emerge una complessa trama di norme, difficilmente riconducibili alla logica di tutela assoluta o di prevalenza di un unico bene giuridico. Tuttavia, non è sinonimo di resa nei confronti della complessità il fatto di assecondare l'articolarsi di beni giuridici diversi, rinunciando ad un orientamento sistematico uniformante, anzi, tale approccio analitico offre la possibilità di operare opportune distinzioni e cogliere sfumature, che il proliferare di macro-beni potrebbe mortificare[17].

Viceversa, un'ostinata ricerca di un nuovo macro-bene – come la sicurezza del lavoro – in grado di comprendere, quindi, le numerose sfumature e i molteplici interessi tutelati e disciplinati nel codice e nella legislazione complementare, potrebbe risultare una forzatura, che assume una finalità meramente classificatoria, ma di limitato apporto sistematico, critico e dogmatico[18]. L'inutilità di tale "impresa teorica" è dimostrata dalla perdurante difficoltà di risolvere, nonostante il riferimento valoriale ad un macro-bene giuridico, il concorso fra le diverse fattispecie codicistiche, poste a tutela della sicurezza del lavoro, e gli illeciti contravvenzionali, disseminati nella legislazione complementare. La discrasia fra la prassi giurisprudenziale e le diverse ricostruzioni teoriche contribuisce a rendere incerto il quadro giuridico, che, nelle diverse prospettazioni, propone so-

[17] Così: G. De Francesco, *Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni" e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 945, il quale evidenzia come «la capacità euristica della categoria del bene giuridico si sono andate diradando e affievolendo», per cui risulta fuorviante spiegare la *ratio* di tutela esclusivamente nell'ottica contrapposta tutela di beni *versus* tutela di funzioni, là dove il legislatore ricorre sostanzialmente al diritto penale per realizzare programmi di tutela, complessi ed articolati.

[18] Calzante appare l'avvertimento di C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 293, 307 rispetto al tentativo di utilizzare il bene giuridico dell'economia pubblica quale criterio interpretativo, "definizione eccessivamente ampia", "formuletta tautologica" che rischia di "cadere in razionalizzazioni semplicistiche di scelte legislative travagliate".

luzioni diametralmente opposte[19]: si opta per un concorso formale, sulla base di una diversa oggettività giuridica o di un diverso grado di tutela di un medesimo bene, o, al contrario, nel senso di un concorso apparente di norme, se si individua un unico bene giuridico di tipo pubblicistico, come la sicurezza del lavoro o, riducendo lo stesso, alla tutela della vita e dell'incolumità individuale[20].

Appare chiaro che il percorso interpretativo che conduce alla soluzione di problemi applicativi, attraverso il riferimento al bene giuridico, deve dotarsi di strumenti diversi da un approccio meramente deduttivo, che assume come chiave di lettura delle singole fattispecie penali i beni giuridici categoriali. Risulta, invece, essere di maggiore utilità un metodo di tipo induttivo, che attraverso l'analisi delle singole fattispecie, consenta l'individuazione del bene giuridico tutelato.

Il riferimento al bene giuridico della vita e dell'incolumità individuale, protetti dalle fattispecie codicistiche di cui agli artt. 589 e 590 c.p., potrebbe costituire l'elemento valoriale uniformante delle diverse fattispecie codicistiche ed *extra codicem.* Tuttavia, come si avrà modo di evidenziare, tale oggettività giuridica costituisce piuttosto la *ratio legis*, ovvero la finalità cui tende la normativa, basata su fattispecie penali poste a tutela di beni giuridici prodromici alla tutela della vita, come nelle fattispecie contravvenzionali, di natura preventivo-cautelare[21]. *Ratio* di tutela che viene in rilievo anche

---

[19] Cfr.: D. Castronuovo, *Sicurezza del lavoro*, in M. Donini, D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentar, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 9, 16.

[20] Le differenti oggettività giuridiche, di cui è costellata la disciplina della sicurezza del lavoro, nel codice e nella legislazione complementare – come già accennato – non consentono di risolvere nel senso dell'apparenza l'eventuale concorso di norme. Tale soluzione sarebbe prospettabile nel caso in cui si volesse ridurre tutta la disciplina, con alcune forzature, a diverse forme e gradi di tutela della vita e dell'incolumità individuale. Ma tale percorso ermeneutico sembra smentito dalla prassi che, ad esempio, in caso di omicidio colposo, aggravato dalla violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro (art. 589 secondo comma), riconosce sempre un concorso formale fra la fattispecie codicistica e gli illeciti contravvenzionali della legislazione complementare sulla sicurezza del lavoro.

[21] Il bene giuridico tutelato dalle fattispecie contravvenzionali *extra codicem*, la sicurezza sul luogo di lavoro, è una situazione creata dalla stessa norma, che la protegge, così: M Donini, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 246, il quale, sulle contravvenzioni a tutela di funzioni di controllo, aggiunge: «*La funzione*

nelle fattispecie penali volte a programmare le condizioni di gestione del rischio da parte del datore di lavoro e di autotutela da parte del lavoratore, in cui però la dimensione procedurale sopravanza gli aspetti sostanziali, proiettando la tutela di beni giuridici individuali verso un orizzonte meta-individuale.

Le disposizioni codicistiche, previste agli articoli 437 e 451 c.p., sono animate dalla medesima *ratio* di tutela, sebbene attraverso un'articolata e complessa prospettiva di disciplina delle attività produttive, che ha portato all'elaborazione, già nel codice Zanardelli, di una nuova oggettività giuridica, sconosciuta agli altri ordinamenti: l'incolumità pubblica.

Seppur inquadrati nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica, le due fattispecie delittuose sono finalizzate alla tutela specifica del *luogo* di lavoro e la loro collocazione topografica esprime un legame con un concetto di tutela composito, in grado di comprendere e di disciplinare – attraverso un'interpretazione evolutiva – anche gli eventuali effetti "collaterali" (ovvero l'esternalità dell'esercizio di attività produttive) su soggetti esterni all'impresa[22].

Il riferimento al bene giuridico "incolumità pubblica", di primo acchito, potrebbe apparire una riduzione semplicistica di questa articolata scelta legislativa, ma che, tuttavia, può suggerire un interessante percorso di indagine: privilegiando un approccio di tipo induttivo[23], è possibile attribuire all'incolumità pubblica una funzione di

---

di controllo, in particolare, "produce" un bene tanto quanto "previene" la lesione di quello stesso bene. È un *tipico interesse strumentale*, dove c'è un bene che è insieme *il risultato e l'oggetto* della funzione», ed ancora sugli illeciti contravvenzionali basati su regole cautelari: «Le fattispecie costruite sull'inosservanza di cautele, infatti, intendono produrre quel medesimo bene che proteggono: la sicurezza» (*ibidem*, 249).

[22] Per un'indagine storico-comparata si vedano: S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale parte speciale*, Padova, 2003, 1 ss.; A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Milano, 2008, 3 ss.; Id., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, 3 ss., 51 ss., 87 ss.

[23] Sulla funzione ermeneutica del bene giuridico F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 20; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 462.

sintesi categoriale degli scopi del legislatore[24]. Attraverso un'operazione interpretativa, l'astrattezza e la generalità di tale concetto si riduce ed affiora, nelle singole disposizioni normative, l'insieme di interessi e di controinteressi specifici che animano la materia[25]. Sullo sfondo di questo ampio "programma di tutela" si colloca, comunque, l'interesse a tutelare la vita e l'incolumità della persona, seppur attraverso forme e gradi diversi.

Nota caratteristica dei delitti contro l'incolumità pubblica è, tuttavia, l'indeterminatezza dei soggetti passivi[26], che è tale da proiettare l'incolumità dei singoli, la vita, la salute in una dimensione superindividuale[27]. Il bene giuridico di questo titolo sarebbe, quindi,

---

[24] A. Alessandri, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art 437 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 265.

[25] Seppur riferito al settore economico, C. Pedrazzi, *Interessi economici*, cit., 304, evidenzia come «l'intervento normativo incide su conflittuali sviluppi di interessi e controinteressi, dai quali spesso stenta a spiccare un bene dominante, dai contorni ben stagliati. La soluzione della plurioffensività, frequentemente proposta dalla dottrina, è indicativa di oggettività giuridiche a basso profilo, malamente distinguibili dalla *ratio* complessiva della norma. La stessa contrapposizione tra oggetto e motivazione della tutela si fa evanescente».

[26] In questa accezione ampia i reati contro l'incolumità pubblica erano già previsti nel codice Zanardelli del 1889. Le classificazione sistematiche di tali fattispecie nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica risultano essere innovative rispetto ai progetti di codice che avevano preceduto l'emanazione del codice del 1889, che "disseminavano", invece, tali fattispecie in diverse rubriche e principalmente nell'ambito dei delitti contro il patrimonio (così come interpretati da Feuerbach). Si vedano le riflessioni di G.C. Crivellari, G. Suman, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. VII, Torino, 1896, 352, per i quali i delitti contro l'incolumità pubblica consistono: «nel pericolo cui espongono intere famiglie e popolazioni e nel conseguente allarme generale che destano. È quindi conforme alla moderna civiltà, ed è obbligo particolare del legislatore penale di apprezzare la vita e la salute dell'uomo al loro giusto valore, attribuendo ad esse una preminenza generale e costante in confronto alla proprietà». Ne evidenzia in particolare la omogeneità con i delitti di comune pericolo (*Gemeingefährliche Verbrechen*) E. Florian, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica. Cod. pen., libro II, titolo VII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina*, vol. VIII, Roma-Milano-Napoli, 1913, 168-216, sebbene l'Autore sottolinei l'importanza sostanziale del raggruppamento sistematico sotto la categoria dei reati contro l'incolumità pubblica delle diverse fattispecie, che negli altri ordinamenti vengono rubricati tra i delitti di comune pericolo, ma con oggettività giuridiche diverse, o collocati fra i delitti contro il patrimonio.

[27] Il Carmignani e il Carrara individuano la "pubblica tranquillità" come bene giuridico, ma, rileva il Pessina, la tranquillità è una considerazione di tipo soggettivo, mentre la sicurezza non è lesa dall'allarme sociale, ma da un pericolo oggettivo,

una *proiezione superindividuale dei beni individuali*[28], suscettibili di offesa "diffusa" e tale, comunque, da giustificare un'opzione politico criminale di tutela anticipata per i beni individuali[29]. Proprio da tale anticipazione di tutela, si comprende come l'incolumità pubblica non possa essere considerata la mera somma dell'incolumità dei singoli individui, ma, come concetto di sintesi, esprime un carattere qualitativamente diverso e di maggiore vulnerabilità, che attiene ad aspetti non riferibili esclusivamente all'individuo, ma alla collettività nel suo insieme[30].

Coerente con questa interpretazione risultano in particolare gli artt. 437 e 451 c.p., che tutelano la *sicurezza del luogo di lavoro, non dei lavoratori*[31]. Non limitando, da un punto di vista del sogget-

---

ovvero un giudizio di possibilità o probabilità di danno. È interessante notare come l'affermarsi di beni giuridici super-individuali non sia solo manifestazione della matrice autoritaria del Codice Rocco, ma abbia caratterizzato anche sistemi liberali del XIX secolo nei diversi ordinamenti europei, che affrontavano la minaccia di attentati anarchici attraverso una legislazione "emergenziale", che sostanzialmente si legittimava attraverso la tutela penale di interessi super-individuali, dando impulso ad una elaborazione normativa a tutela anticipata. Generalmente l'incolumità pubblica si identifica nella tutela contro «certe azioni od omissioni individuali, che offendono o espongono a pericolo persone, trascendono i singoli colpiti o insidiati, in quanto si propagano o possono propagarsi ad un numero rilevante e indeterminabile di individui, pregiudicando o minacciando la sicurezza della convivenza sociale», così: V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, V ed., vol. VI, Torino, 1983, 244.

[28] Per ulteriori approfondimenti: S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità*, cit., 17. Diff. A. Gargani, *Il danno qualificato*, cit., 142 ss.

[29] Così: A. Alessandri, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 c.p.*, cit., 260; F. Palazzo, *I confini*, cit., 474.

[30] Sul punto: A. Gargani, *Il danno qualificato*, cit., 147 s.: «…l'incolumità pubblica identifica un bene che viene tutelato dalle norme penali nel momento in cui forma ancora l'oggetto di interesse di una pluralità indeterminata di persone: da qui la struttura tendenzialmente "preventiva" della tutela penale, che interviene con fattispecie di pericolo per salvaguardare pluralità indefinite di soggetti. La connotazione "sociale" dell'oggettività giuridica "incolumità pubblica" deve essere inquadrata nell'ambito dell'incremento e dell'intensificazione della tutela di beni sociali, indotta dall'evoluzione tecnologica».

[31] Così: R. Alagna, *I reati in tema di sicurezza del lavoro previsti dal codice penale*, in N. Mazzacuva, E. Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, cit., 234 ss., il quale segnala un'accentuazione dell'astrattezza del bene giuridico e un «allontanamento progressivo della tutela dal luogo che è invece stato eletto a depositario dei rischi, cioè l'ambiente di lavoro, e dai soggetti che lo frequentano», dovuto ad un'interpretazione giurisprudenziale che svilisce le modalità concrete di aggressione al bene giuridico incolumità pubblica, attraverso l'obnubilazione della distinzione infortunio/disastro. L'A. propone, pertanto, di circoscrivere l'oggettività giuridi-

to passivo, l'operatività della norma, è legittimo inferire che siano inclusi nello spazio di tutela anche i non lavoratori, che, comunque, possono essere minacciati dai rischi inerenti all'attività produttiva[32]. Siamo di fronte a una forma di tutela che incide sulla fonte di pericolo e non sui soggetti passivi e che individua il momento consumativo in termini di pericolo[33], coerentemente con la scelta di offrire una forma di tutela anticipata a beni giuridici diversi e indeterminati, né predeterminabili.

Alla disciplina codicistica si affianca, infatti, la legislazione speciale sulla sicurezza del lavoro, che, invece, prescinde dal riferimento ad un bene giuridico di categoria, ma, tuttavia, costituisce una forma di tutela, complementare ed anticipata rispetto alla vita e all'incolumità individuale. Tale sotto-sistema penale, complementare, si basa su fattispecie contravvenzionali, prevalentemente con contenuto preventivo-cautelare, e su fattispecie omissive proprie, volte alla promozione di una cultura e di una politica aziendale, coerente con la finalità pubblicistica di tutela dei beni collettivi e dell'ambiente interno ed esterno all'impresa[34].

Anche nell'ambito del diritto penale complementare, la tutela di beni giuridici primari, quali la vita e l'integrità fisica, è realizzata attraverso un meccanismo articolato e complesso, che ambisce a bilanciare interessi, beni e libertà nel perseguimento della sicurezza dell'ambiente lavorativo. Tale finalità di tutela non consente, comunque, di ricondurre le fattispecie contravvenzionali alla tutela di

---

ca "all'incolumità sul lavoro" al fine di recuperare una funzione critico-ermeneutica del bene giuridico.

[32] A. Alessandri, *Il pericolo*, cit., 270; Id., *Impresa*, cit., 196; S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 704.

[33] Nell'ambito dei reati contro l'incolumità pubblica o, in generale, ove sia possibile individuare un bene giuridico meta-individuale, in realtà la distinzione fra reati di pericolo e reati di danno, come la distinzione fra reati di pericolo concreto e pericolo astratto assume una rilevanza relativa e poco indicativa della forma di tutela. In questo senso: M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini, D. Castronuovo, *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, cit., 209; A. Gargani, *Il danno qualificato*, cit., 149; G. Grasso, *L'anticipazione di tutela: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689.

[34] Sul punto D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, 103, il quale rinviene nella legislazione speciale un modello di codificazione di regole cautelari.

beni individuali, in quanto il bene "sicurezza del lavoro" trascende il piano meramente individuale, proiettandosi in una dimensione collettiva. Prova di tale indisponibilità del bene giuridico è la sanzione penale prevista per i lavoratori nel caso di violazione della porzione dell'obbligo di sicurezza, di cui sono gravati e l'assoluta irrilevanza del consenso come elemento scriminante.

Questo implica l'imposizione di una serie di oneri ed obblighi sia in capo al datore di lavoro, che in capo a tutti i soggetti coinvolti nell'attività d'impresa, impegnati in una gestione "partecipata" della politica della sicurezza, secondo modalità legali di composizione del conflitto, penalmente tutelate.

Ciò non si esaurisce in una mera proceduralizzazione e burocratizzazione di beni giuridici individuali, né l'aver rimesso – come peculiarmente avviene per la sicurezza del lavoro – la risoluzione del conflitto, fra esigenze di difesa sociale e spazi di libertà agli stessi protagonisti della situazione antagonista[35], implica una rinuncia della potestà statuale nell'ambito della sicurezza del lavoro. Il programma di sicurezza, racchiuso nella disciplina complementare, am-

[35] Il trasferimento di competenze legislative ai privati è l'aspetto su cui si appuntano i rilievi critici di F. Stella, *Scienza e norma*, cit., 389. F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute nei luoghi di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55; F. Stella, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1264; Id., *Giustizia e modernità*, cit., 392, il quale riprende la metafora descritta da B. Schuenemann, *Die Regeln der Technik in Strafrecht*, in *Fest. Fuer Karl Lachner*, Berlin, New York, 1987, 377, che paragona il meccanismo di privatizzazione dell'attività legislativa al "fare della capra il giardiniere". Nello stesso senso F. Centonze, *La normalità dei disastri*, cit., 23, il quale parla di «paradosso della privatizzazione dei rischi», nonché 96. Ritiene che: «l'auto-normazione delle regole si afferma indubbiamente come paradigma nuovo nel sistema ed è suscettibile di produrre conseguenze devastanti, anzitutto in termini di garanzie» C.E. Paliero, *Il tipo colposo*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2012, 520, 522. Analogamente critico A. Alessandri, *Diritto penale ed attività economica*, Bologna, 2010, 117, 119, il quale segnala come le radici di tale nuova prospettiva affondino «in una concezione liberista del mercato, nella quale ogni soggetto forgia le proprie regole di condotta nella sotterranea avversione rispetto a interventi di regolatori esterni». Per cui risulta difficile utilizzare la locuzione "etica del mercato": «nel senso che l'unica etica possibile per le imprese è quella di rispettare la legge». Si veda, più in generale, G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., 221. Sulla privatizzazione delle scelte politiche, come deresponsabilizzazione del sistema politico e giuridico: Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, 135.

bisce ad imporsi come modello di tutela procedurale di beni giuridici collettivi, realizzata attraverso forme di democrazia partecipativa, secondo quanto delineato dalla più recente evoluzione teorica del principio di precauzione[36]. Proprio tale meccanismo partecipativo, quale aspetto nucleare del principio di precauzione, costituisce l'elemento di maggior interesse di questa analisi.

È innegabile, tuttavia, che il lavoro interpretativo a volte si complica, a causa di una eccessiva formalizzazione e burocratizzazione dell'illecito, il cui contenuto valoriale si appiattisce, alle volte, in una dimensione meramente metodologica del bene giuridico[37].

Lo scopo è, in questi casi, quello di garantire, quasi esclusivamente, gli «obiettivi di organizzazioni politiche, sociali, economiche», generalmente attraverso la tutela delle funzioni dell'autorità amministrativa[38]o tramite strategie di gestione del rischio, le cui procedure sono predeterminate legislativamente, ma contenutisticamente sono vuote. Sia l'intervento dell'autorità amministrativa, che il rinvio alle fonti di autodisciplina segnalano l'assenza di autonomia del diritto penale e la sua marcata vocazione sanzionatoria, che impedisce, quindi, la chiusura del sistema punitivo, necessariamente connesso ad un diverso ambito dell'ordinamento, caratterizzato da una vorticosa mutabilità. Questa tecnica legislativa si caratterizza, di conseguenza, non solo per un pericoloso *deficit* di tassatività del singolo precetto, che deve essere ricostruito alla luce di diverse disposizioni, collocate topograficamente in sedi diverse (frequente è il rinvio a più articoli o a più testi di leggi), ma anche un'assenza di determinatezza dell'intero sistema del diritto penale della sicurezza del lavoro.

---

[36] F. Giunta, *Il diritto penale*, cit., 238, evidenzia come il recepimento del principio di precauzione abbia permesso un processo di democratizzazione realizzato attraverso forme di partecipazione e cogestione delle scelte rischiose, che, in qualche modo, attenua le tensioni con il principio di legalità e di riserva di legge.

[37] F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 7 ss.

[38] W. Hassemer, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104, 110, segnala come il controllo penale diventa «una protezione collaterale del diritto amministrativo», osservazione che se trasferita nell'ambito della sicurezza del lavoro, porta alla conclusione che il diritto penale è posto al presidio di un apparato preventivo-cautelare, il cui fulcro è la gestione del rischio, secondo le direttive di un'anticipazione teleologica di problematica compatibilità con le categorie del diritto penale.

Tale disorganicità potrebbe pregiudicare la possibilità di una ricostruzione teorica, ispirata ad un ordine sistematico, il cui fulcro sia rinvenibile in un bene giuridico; essa, tuttavia svela anche profili interessanti dell'orizzonte verso cui evolve il sistema penale italiano, offrendo suggerimenti, in una prospettiva *de iure condendo*, volta alla razionalizzazione del sistema della sicurezza del lavoro.

Preclusa, infatti, la possibilità di ricostruire il modello di tutela a partire da un bene giuridico, i cui contorni e contenuti precostituiscano dei limiti per il potere discrezionale del legislatore, diventa necessario tentare di enucleare i beni giuridici e i valori, nonché la misura e le modalità della loro tutela, attraverso l'analisi delle singole disposizioni.

L'indeterminatezza complessiva del quadro normativo suggerisce, quindi, un'inversione metodologica, in modo da evincere dalla *ratio legis* e dalle singole disposizioni precettive, il contenuto del bene giuridico[39]: questa scelta non implica un appiattimento su una prospettiva giuridico-positiva, che, attraverso una «concezione metodologica del bene giuridico»[40], avalla le scelte del legislatore, ma sollecita, invece, un lavoro ermeneutico volto ad una concretizzazione del bene giuridico e della relativa offesa[41].

La segnalata tendenza dell'ordinamento italiano si inserisce in una complessiva evoluzione dei sistemi giuridici, in cui si registra – come già evidenziato – la prevalenza degli aspetti *sostanziali* del diritto (*supra* capitolo I), confermata dalla progressiva perdita di autonomia dei sottosistemi penali. Questo mutamento, tuttavia, si spiega alla luce delle nuove funzioni di cui l'ordinamento giuridico è investito: ovvero la democratizzazione delle sfere sociali, attraverso un diritto procedurale in grado di valorizzare l'autonomia dei sottosistemi.

Attraverso l'analisi in chiave comparata, emerge un'affinità fra il sistema giuridico di *common law* e quello di *civil law*, per cui, nonostante un'apparente diversità, al di là di formule concettuali e schemi teorici, è possibile scorgere una omogeneità funzionale fra le

[39] F. Palazzo, *I confini della tutela penale*, cit., 453.
[40] F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., 10.
[41] F. Palazzo, *I confini*, cit., 469.

ampie finalità di tutela della normativa inglese e quelle della normativa italiana, contenute nelle disposizioni codicistiche e nelle leggi complementari in tema di sicurezza e salute dei luoghi di lavoro[42].

Questa articolata finalità di tutela caratterizza, in genere, i sistemi giuridici di *common law:* il sistema britannico ha predisposto, infatti, con il testo dell'HSHA 1974 (*supra* cap. II) una tutela ad ampio raggio di tutti i beni interessati dall'esercizio di attività produttive. Allo stesso modo, nel sistema americano, si è affermato attraverso la tutela degli "*stakeholder*", la necessità di bilanciare i diritti con gli interessi economici: ovvero la tutela ambientale, la tutela del consumatore, la tutela della sicurezza del lavoro costituiscono dei limiti all'esercizio della libertà economica.

4. *La logica co-gestionale nella riforma della materia antinfortunistica in Italia*

Il dovere del datore di lavoro di garantire la sicurezza dell'attività lavorativa è sancito nel codice civile all'art. 2087, «norma di

[42] La stessa giurisprudenza riconosce questa ampia finalità di tutela della normativa antifortunistica: Cass. Sez. IV, 18 dicembre 2012: «Sul punto è da rilevare che, secondo assunto pacifico e condivisibile, le norme antinfortunistiche non sono dettate soltanto per la tutela dei lavoratori, ossia per eliminare il rischio che i lavoratori possano subire danni nell'esercizio della loro attività, ma sono dettate anche a tutela dei terzi, cioè di tutti coloro che, per una qualsiasi legittima ragione, accedono in luoghi di lavoro che, non muniti dei presidi antinfortunistici voluti dalla legge, possono essere causa di eventi dannosi (v., tra le altre, Sezione 4, 6 novembre 2009, Morelli). Le disposizioni prevenzionali sono quindi da considerare emanate nell'interesse di tutti, finanche degli estranei al rapporto di lavoro, occasionalmente presenti nel medesimo ambiente lavorativo, a prescindere, quindi, da un rapporto di dipendenza diretta con il titolare dell'impresa»; Cass. Sez. IV, 19 maggio 2011: «Le disposizioni prevenzionali sono quindi da considerare emanate nell'interesse di tutti, finanche degli estranei al rapporto di lavoro, occasionalmente presenti nei medesimo ambiente lavorativo, a prescindere, quindi, da un rapporto di dipendenza diretta con il titolare dell'impresa. Con la conseguenza che, in caso di lesioni e di omicidio colposi, perché possa ravvisarsi l'ipotesi del fatto commesso con violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro, è necessario e sufficiente che sussista tra siffatta violazione e l'evento dannoso un legame causale, il quale ricorre tutte le volte che il fatto sia ricollegabile alla inosservanza delle norme stesse secondo i principi dettati dagli artt. 40 e 41 cod. pen.».

chiusura del sistema antinfortunistico, la cui operatività non è esclusa, bensì rafforzata dalla sussistenza di norme speciali che dispongano l'adozione di particolari cautele»[43]. L'obbligo previsto da questa clausola generale è stato, pertanto, scomposto e parcellizzato attraverso una serie di obblighi, contenuti in diversi corpi normativi[44]. Tale disposizione, infatti, difetta della "descrizione di un comportamento tipo logicamente definito", e, ponendosi, quindi, come "norma cautelare in bianco", non consente la "concretizzazione di un comando" [45].

Tutta la normativa complementare sulla sicurezza del lavoro rappresenta, quindi, un'esplicitazione puntuale del generale obbligo di sicurezza; tuttavia – come già evidenziato – la disciplina degli anni '90 e il testo unico del 2008 – ovvero il diritto penale del lavoro di "seconda generazione" – presentano dei caratteri innovativi rispetto ai modelli normativi di prevenzione adottati dai testi legislativi preesistenti.

Il testo unico sulla sicurezza del lavoro, il decreto legislativo n. 81 del 9 aprile 2008 "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro", racchiude tutte le misure, adottate dal legislatore ed elaborate nell'ottica di questa nuova strategia di diritto regolativo, di origine comunitaria.

La compagine legislativa offre molteplici spunti di riflessione che possono essere sviluppati da prospettive d'indagine differenti; è

---

[43] Cass. 20 marzo 1995, n. 3738, NGL, 1995, 405, in questo senso: Cass. 12 febbraio 1997, n. 3439, R.p.ec., 1997, 1383; Cass. 22 luglio 1999, n. 9328, in dottrina: L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2003, 358 ss; G. Loy, *Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute*, in *QDLRI*, 1993, 10; L. Montuschi, *I principi generali del d.lgs. n. 626/del 1994*, cit., 37.

[44] In questo senso: M. Ricci, *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale tra* iure condito *e* de iure condendo, in *Lav. giur.*, 2007, 113; M. Ricci, *Ambiente di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Lavoro e responsabilità dell'impresa*, Bologna, 2006, 33. In giurisprudenza: Cass. pen. sez. IV n. 1226 del 18 gennaio 2011; Cass. pen. sez. IV, n. 8619 del 27 febbraio 2008; che definiscono l'art. 2087 c.c. quale norma di chiusura rispetto alle norme della legislazione complementare.

[45] Così, quasi testualmente, F. Mucciarelli, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. Deidda, A. Gargani, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 196 ss.

evidente, tuttavia, come i tradizionali criteri ermeneutici, fondati sul principio di offensività o sulle tecniche di tutela dei beni giuridici o delle funzioni[46], contribuiscono a ricostruire un quadro solo parziale e statico dell'intero sistema regolativo – come constato per il bene giuridico –, il quale dovrebbe opportunamente essere indagato nella sua dimensione dinamica, di *law in action.*

Nel tracciare una possibile interpretazione, attraverso i tradizionali criteri del principio di offensività e del bene giuridico, la tutela penale della sicurezza del lavoro, nell'ambito della disciplina complementare, trova, indiscutibilmente, il suo fulcro teleologico nella tutela della persona, *in primis* della vita e della integrità psico-fisica del lavoratore, tutela realizzata tramite un reticolo di illeciti contravvenzionali, alcuni con finalità preventivo-cautelare, altri con finalità meramente cautelativa[47], la cui natura protocollare o programmatica determina, però, un mutamento qualitativo anche dei beni giuridici tutelati, proiettandoli – come già accennato – in una dimensione meta-individuale[48].

Questo complesso normativo, con funzione preventiva, concorre a tipizzare, attraverso procedure legislativamente predefinite, regole cautelari, di fonte privatistica, come la stessa giurisprudenza più volte ha evidenziato[49]. Tali regole cautelari, oltre a specificare il

---

[46] T. Padovani, *Diritto penale del lavoro* (voce), *Enc. dir.*, 1997, 539 s.

[47] Ritiene, invece, che la natura di tali disposizioni sia ispirata al solo principio di precauzione e priva, quindi, di un effettivo potere preventivo, F. D'Alessandro, *Pericolo astratto*, cit., 288.

[48] Ciò è evidente anche rispetto alla rappresentanza obbligatoria dei lavoratori, istituzionalizzata, che proietta oltre confini meramente negoziali, e quindi riconducibile ad una dimensione interpersonale fra datore di lavoro e lavoratori, la tutela della sicurezza del lavoro, sul punto: P. Campanella, *I rappresentanti della sicurezza*, in L Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, 506.

[49] Cass. pen. IV, 23 gennaio 2008, in cui espressamente si afferma «[…] è cioè la valutazione del rischio che può ritenersi erronea proprio nella parte in cui si discosta dal preesistente giudizio di prevedibilità ed evitabilità cristallizzato nella regola cautelare. E, in ogni caso, nel contesto delle operazioni di valutazione dei rischi (che tengano conto delle peculiarità del caso concreto) è possibile che il datore di lavoro "prudente ed accorto" percepisca la necessità di ricorrere ad accorgimenti per così dire "atipici", in aggiunta a quelli "codificati", sulla base di un autonomo giudizio di prevedibilità ed evitabilità che suggerisce una particolare regola comportamentale. In casi del genere, è lo stesso "garante" (datore di lavoro) ad avere, ai sensi del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, art. 4 il compito di "mettere

contenuto di illeciti contravvenzionali, concorrono anche a qualificare le fattispecie circostanziate di omicidio e di lesioni personali, ex artt. 589 secondo comma e 590 terzo comma c.p., senza che se ne possa dedurre, tuttavia, una omogenea *ratio* di tutela fra illeciti contravvenzionali e fattispecie codistiche, che autorizzino a riconoscere la struttura di un reato complesso, di cui all'art. 84 c.p.[50].

Una simile direttrice valoriale, tuttavia, costituisce uno dei molteplici criteri interpretativi di un sistema che, in realtà, predilige forme di tutela indiretta o mediata di beni giuridici individuali, i quali sono collocati sullo sfondo di uno scenario normativo, volto ad una tutela preventiva.

L'opzione preventiva, che contraddistingue in modo preponderante tutta la disciplina penale della sicurezza del lavoro[51], assume, tuttavia, un "volto nuovo"[52] nel modello di derivazione europea.

Il legislatore italiano ha plasmato l'intervento normativo e punitivo su una complessa struttura istituzionale ed organizzativa, in cui il ricorso a misure sanzionatorie assume (o quantomeno dovrebbe assumere) la funzione di *extrema ratio*[53].

In questa dimensione preventiva, in realtà, la tutela dei beni giuridici trasmuta nella finalità di implementare una cultura globale di sicurezza, scopo che solo parzialmente coincide con l'adempimento

---

per iscritto" la regola cautelare, la cui trasgressione può fondare una responsabilità colposa: essa infatti deve (o quantomeno dovrebbe) essere ricavabile dal documento contenente la relazione circa la valutazione dei rischi e l'individuazione delle misure conseguenti».

[50] Su questa triplice funzione degli illecito contravvenzionali, che fungono da illecito contravvenzionale autonomo, da regola cautelare nell'imputazione colposa dell'evento nel caso delle fattispecie codicistiche di evento e da circostanza aggravante nelle ipotesi di cui agli artt. 589 terzo comma e 590 c.p., V.B. Muscatiello, *La tutela penale altrove*, cit., 63.

[51] D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 105.

[52] T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1157.

[53] Lo stesso meccanismo estintivo delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro, costituisce un esempio di sussidiarietà in concreto, ove il principio di *extrema ratio* è effettivamente perseguito attraverso la non applicazione della sanzione penale, in seguito all'adempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi di sicurezza, individuati *ex post* dall'autorità amministrativa. Per un inquadramento teorico: M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in M. Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, Padova, 2003, 377.

di obblighi formali, né può appiattirsi in modo riduttivo ad una dimensione meramente giuridico-penale degli adempimenti richiesti al datore di lavoro. Lo scopo, infatti, è quello di assicurare effettività ad una disciplina precauzionale, subordinando a questa finalità anche l'operatività in concreto della sanzione[54].

L'effettività ha costituito anche un criterio fondamentale nella selezione delle condotte penalmente illecite e nella definizione dei soggetti responsabili.

In questa ottica anche il concetto di datore di lavoro ha subito una frantumazione in funzione dei diversi centri decisionali, in cui si struttura la moderna unità produttiva[55], con la sostituzione di un

---

[54] L. Montuschi, *I principi generali del d.lgs. n. 626/del 1994*, op. cit., 45; T. Padovani, *Il nuovo volto*, cit., 1171. Attraverso il modello ingiunzionale previsto dal meccanismo estintivo delle contravvenzioni, di fatto, si ristabilisce la legalità, a costo di infrangere il binomio indissolubile, secondo un'ottica retributiva, reato-pena, affermandosi così un «concetto di non punibilità *funzionale*, ovvero *orientato alle conseguenze*», così: M Donini, *Non punibilità idea negoziale*, in M. Donini, *Alla ricerca di un disegno*, cit., 348; V. Valentini, *Il meccanismo "riparatorio"* ex *artt. 19 ss D.Lgs. n. 758/1994*, in N. Mazzacuva, E. Amati, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 410 ss.

[55] L. Montuschi, *I principi generali*, cit., 37; D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro* (voce), agg., cit., 388. Conformemente ai più rigorosi orientamenti giurisprudenziali sull'individuazione dei soggetti penalmente responsabili (Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 1989, Terranova; Cass., 12 novembre 1993, Mass. Gur. Lav. 1994, 252; Cass. 21 ottobre 1993, Rep. Foro it., 1994, voce Infortuni sul lavoro, 1122, n. 216; Cass. 7 luglio 1992, Lav. prev., 1993, 1008; Cass. SS.UU. 1 luglio 1992, Mass. giur. lav., 1993, 110, e Cass. Pen. Sez. IV, 24 giugno 2000, Mantero; Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2003, Boncompagni. Sul punto si veda, inoltre, S. Bonini, *Soggetti penalmente rilevanti all'interni dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 266, 270). La definizione dell'art. 2 lett. b) del d.lgs. n. 81/2008 descrive come "datore di lavoro" colui che ha "la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, in quanto **esercita** i poteri decisionali e di spesa». Questi ultimi due presupposti, di natura sostanziale, costituiscono anche il criterio discretivo per individuare nell'ambito delle aziende collettive il soggetto penalmente responsabile. Questo è stato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità prima dell'emanazione del decreto: Cass. Pen. 3 marzo 1998, n. 548; Cass. pen., sez. IV 18 maggio 2002, Fornaciari e altro: Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 1994, Cividini; Cass. pen., sez. III, 15 aprile 1993, Giusto; Cass. pen, sez. IV, 2 maggio 1989, Salerno; che trova, ovviamente, conferma anche nelle pronunce successive al T.U. del 2008: Cass. pen. sez. IV n. 16311 del 26 aprile 2011 in cui si pone la diferenza fra datore di lavoro in senso giuslavoristico e datore di lavoro in senso prevenzionale, dando rilievo al principio di effettività. Conf. Cass. pen., sez. IV, n. 17581 del 7 maggio 2010. La stessa

criterio di individuazione di tipo formale, come la titolarità del rapporto, con un criterio di tipo sostanziale, ovvero l'esercizio di poteri gestionali e di spesa. Questa scelta è finalizzata esclusivamente a colpire o "sensibilizzare" i reali centri decisionali, i soli in grado di valutare e di gestire opportunamente il rischio specifico dell'attività lavorativa[56].

La complessa trama normativa prevede accanto alla tradizionale risposta sanzionatoria, articolata fra illeciti amministrativi e contravvenzioni, misure promozionali, consistenti in particolari situazioni di vantaggio ai soggetti che dimostrano di aver adempiuto agli

logica ispirata al principio di effettività emerge nella disciplina della delega di funzioni e in materia di appalto, nonché nella rilevanza dell'esercizio di fatto delle funzioni. Sul concetto di effettività, nell'ambito del testo unico: F. Basenghi, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini (a cura), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 188: «In una parola, il criterio *de quo* presuppone la scomposizione del singolo modello relazionale concretamente venuto in essere in un dato ambito e permette di ricomporre gli elementi in questo modo desunti per imputare le responsabilità secondo un modello aderente al singolo caso e calato su di esso, senza le rigidità invece conseguenti a letture formalistiche […] Il criterio di effettività, peraltro, non è solo il criterio assunto normativamente per la diffusione del debito di sicurezza tra le figure tipicamente ricorrenti all'interno delle strutture organizzate […] Allora l'effettività si rivela essere qualcosa di più. Essa – dopo aver guidato il legislatore – impone all'interprete di ripetere in concreto quel giudizio astratto. L'effettività non si completa, insomma, se non la si accompagna alla puntuale indagine in ordine alla reale attribuzione a quel dato soggetto dei poteri che ne individuano e qualificano il ruolo».

[56] Anche nella definizione delle qualifiche soggettive assume rilievo la disciplina aziendale, che svolge una funzione integratrice delle disposizioni legislative, sul punto: C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 124, 138: «Le attribuzioni e competenze non sono, va sottolineato, un dato puramente fattuale (anche se l'organizzazione aziendale non può ricevere riconoscimento finché resti sulla carta, finché non si traduca in realtà operativa). La regolamentazione interna all'impresa (sovente formalizzata in documenti come organigrammi, mansionieri, ordini di servizio) si eleva dal piano della mera autonomia privata per assurgere a rilevanza e assumere forza cogente nell'ordinamento generale. La distribuzione di compiti e di responsabilità ha un preciso sbocco normativo: è la legge che dispone, sia pure *per relationem*. In tal modo la funzione di garanzia si fraziona: in luogo di un unico garante una pluralità di posizioni di garanzia. L'essenziale (ed è compito dell'imprenditore assicurarlo) è che le attribuzioni e competenze in cui si articola l'organizzazione aziendale ricompongano, nel loro insieme, una funzione di garanzia compiuta ed adeguata».

oneri di sicurezza, secondo un modello di regolamentazione, già diffuso nei paesi di *common law*[57].

Nel perseguire l'obiettivo di una tutela effettiva, attraverso un programma di sicurezza normativamente definito, la legislazione italiana "costruisce" una rete di relazioni fra soggetti interessati alla prevenzione – datore di lavoro, lavoratori, responsabili della sicurezza – in cui viene massimamente esaltato il modello di "partecipazione equilibrata".

La logica contrattuale e conflittuale, che contraddistingue il sistema di relazioni industriali occidentale, viene, così, sostituita da un modello consensuale, basato sulla concertazione fra tutte le forze economiche e sociali, allo scopo di ottimizzare, attraverso il consenso e la partecipazione, la sicurezza nel luogo di lavoro: in tal modo si ottiene anche maggiore adesione da parte di tutti i protagonisti della realtà aziendale al programma di sicurezza adottato, presupposto indefettibile di effettività[58].

Viceversa, in una prospettiva conflittuale, la contrapposizione fra istanze antagoniste prelude ad una graduazione e ad un'attenuazione delle singole posizioni ed interessi e, nel bilanciamento di interessi, non solo si assiste ad un affievolimento di tutela, ma si incrementa il rischio di ineffettività dovuto al permanere di una situazione di conflitto[59].

---

[57] Di particolare importanza l'art. 27 comma 3, che individua una procedura in base alla quale certificare la qualità delle imprese, al fine di promuovere una cultura ed una politica aziendale della sicurezza: l'assenza di qualificazione esclude da finanziamenti e gare e appalti pubblici. L'art. 11 comma 5 prevede finanziamenti alle imprese per svolgere attività di formazione nel caso di adozione di buone prassi. In questo senso il nuovo testo unico sembra aver colto i suggerimenti che già la dottrina gius-lavorista aveva formulato, sul punto: G. Natullo, *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 60, 78.

[58] È opinione ormai unanime che il d.lgs. 626/94 segua un disegno innovatore «di gestione consensuale della materia, con il coinvolgimento sinergico di tutti i soggetti aziendali nel governo del sistema prevenzionistico e la correlativa procedimentalizzazione dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza datoriale», così: P. Campanella, *Profili di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in *Riv. GiurLav.*, 2007, 153, 155.

[59] L. Montuschi, *I principi generali del d.lgs. del 1994*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, cit., 49; M. Ricci, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 120.

Implementare un modello partecipativo, diviene, pertanto, essenziale per tutelare diritti fondamentali, in quanto i diversi attori dello scenario aziendale perseguono "insieme" l'obiettivo di attuare un piano di sicurezza concordato, catalizzatore di un consenso generale[60]. Ciò si traduce in una maggiore responsabilizzazione di tutti nella ricerca della soluzione ottimale.

Coerentemente a tale strategia, in un modello partecipato della gestione della sicurezza, vi è un'estensione del "debito di sicurezza", per cui anche i lavoratori sono onerati di una quota, per quanto marginale e secondaria, di obblighi, il cui inadempimento è penalmente sanzionato. Il loro coinvolgimento costituisce, infatti, un presupposto fondamentale per tutelare la sicurezza e la salute nel luogo di lavoro.

Questo profilo della normativa sulla sicurezza fornisce un'indicazione di notevole rilievo per l'individuazione della natura degli interessi e dei beni giuridici tutelati. L'assoluta indisponibilità del bene giuridico "sicurezza" e la responsabilizzazione anche dei lavoratori, proietta, infatti, in una dimensione meta-individuale e pubblicistica l'apparato normativo in esame.

Se gli interessi tutelati dal decreto trascendono il piano individuale, anche le tecniche normative adottate sembrano prediligere percorsi articolati, in cui massimo rilievo assumono aspetti procedurali.

Da quanto sin qui emerso, è possibile affermare che la tutela della salute e della sicurezza assume un carattere "assoluto", nel senso che la vita e l'incolumità individuale e pubblica più che rappresentare beni giuridici "statici", da tutelare attraverso modelli di illecito "tradizionali" del diritto penale, rappresentano lo scopo cui deve tendere il modello di "partecipazione equilibrata", non solo per definire in astratto i limiti costituzionali della libertà di iniziativa economica[61], ma anche per dare concreta attuazione a quei principi.

Da questo punto di vista il testo unico d.lgs. n. 81/2008 costituisce un esempio di tutela mediata, realizzata attraverso una "pro-

---

[60] L. Montuschi, *La sicurezza del lavoro e l'arte del possibile*, cit., 412.

[61] Sul fondamento costituzionale si veda S. Merlini, *I fondamenti costituzionali*, in B. Deidda, A. Gargani, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 3 ss. D. Pulitanò, *Gestione del rischio da esposizione professionale*, in *Cass. pen.*, 2006, 778. Si veda, in generale, la bibliografia citata al cap. I.

ceduralizzazione" della salvaguardia, che alle volte si spinge fino ad una "amministrativizzazione"[62] del bene giuridico individuale, ovvero in una sua frammentazione in elementi dotati singolarmente di scarsa significatività, ma, tuttavia, complessivamente riconducibili ad interessi primari. Non vengono, infatti, direttamente tutelate situazioni sostanziali; si opta, invece, per una forma di tutela, nella quale prevale una garanzia procedimentale, volta ad assicurare modalità di democrazia partecipativa nell'ambito di decisioni, che implicano situazioni di rischio per i beni collettivi.

In questo senso il testo legislativo si pone come una griglia organizzativa di un complesso sistema sociale e giuridico di controllo delle attività rischiose, che indica le modalità legali di composizione di un conflitto, attraverso le quali si dovrebbe giungere alla definizione del rischio consentito[63].

In questa ottica, oggetto di tutela diventa il procedimento, attraverso il quale ciascun attore sociale può realizzare le proprie finalità di tutela o le aspirazioni di libertà. Il diritto assume, quindi, una funzione prevalentemente comunicativa, che permette di connettere soggetti diversi, in una rete giuridica di informazioni.

Sebbene questo modello di tutela sia diffuso in particolare nella legislazione complementare[64], nell'ambito della sicurezza del lavoro affiorano caratteri nuovi che preannunciano una svolta epocale della filosofia regolativa: la tutela di beni individuali viene istituzionalizzata in una dimensione pubblicistica, determinando un mutamento strutturale e contenutistico del bene giuridico, che assume l'aspetto di bene giuridico c.d. ad ampio spettro. Il profilo meta-individuale dell'oggetto di tutela non deve essere valutato come un esempio di "pubblicizzazione" di beni giuridici tradizionali, in un'ottica autori-

---

[62] Sulla tendenza alla proliferazione di illeciti fondati sul momento autorizzativo, in senso critico A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443, 452; F. Palazzo, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230.

[63] Sia consentito sul punto il rinvio a V. Torre, *D.lgs. 626/1994*, cit., 121.

[64] Sul punto sia consentito il rinvio a V. Torre, *Sistemi di co-gestione nel d.lgs. 334/1999*, in *Rischio da ignoto tecnologico*, *Quaderni della rivista trimestrale di diritto civile*, Milano, 2002, 125 ss.

taria, di "espropriazione", quindi, da parte dello Stato della gestione di interessi personalistici, come accaduto per alcune fattispecie del codice Rocco[65], ma deve essere più correttamente inquadrato alla luce della "devoluzione" ai soggetti privati di una funzione essenzialmente pubblica, quale la tutela della sicurezza dell'ambiente di lavoro.

La novità introdotta con la normativa sulla tutela della sicurezza del lavoro è costituita proprio da questo nuovo ruolo giocato dai soggetti privati.

Secondo autorevole dottrina, i beni giuridici c.d. ad ampio spettro rappresentano una «metafora concettuale che designano l'ambito particolare dove si percepisce e si individua un conflitto di interessi e le modalità normative stabilite per risolverlo o contemperarlo […] non costituiscono né individuano "beni giuridici", ma soltanto le situazioni strumentali ritenute congrue per la salvaguardia degli interessi sottoposti a rischio […] si tratta peraltro di situazioni strumentali pur sempre correlate a beni giuridici già "dati"»[66].

Così la forma di controllo penale su questa situazione di conflitto, sintetizzata dal concetto di bene giuridico ad ampio spettro, viene normalmente realizzata attraverso illeciti contravvenzionali, incentrati sul momento autorizzativo e/o su bilanciamenti in concreto. Fulcro del disvalore penale è, infatti, l'aver alterato le modalità legali di composizione del conflitto, negando il «previo contemperamento da parte dell'amministrazione, chiamata a «gestire» il conflitto in concreto»[67].

Nell'ambito della disciplina sulla sicurezza del lavoro, il contemperamento fra interessi confliggenti viene realizzata, invece, nell'esercizio del potere organizzativo del datore di lavoro, puntellato da meccanismi di autotutela dei lavoratori ed incardinato in una più complessa procedura partecipativa, su cui vigilano soggetti pri-

---

[65] T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Un'introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 37 ss.

[66] T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 117.

[67] T. Padovani, *La problematica*, cit., 118; Id., *Delitti e contravvenzioni*, cit., 358; F. Palazzo, *I criteri di riparto fra sanzioni penali e sanzioni amministrative. (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *L. Pen.*, 1986, 35, 47.

vati (ad es. i componenti del servizio di protezione e prevenzione o il medico competente), garanti della correttezza tecnico-scientifica delle scelte operate a livello aziendale, attraverso la valutazione del rischio.

Anche questo profilo della normativa sulla sicurezza del lavoro è strumentale agli obiettivi di effettività, che informano le opzioni politico-criminali, plasmando, quindi, le scelte sanzionatorie, le modalità di tutela e, in generale, le condizioni di operatività della norma penale.

Le scelte e le finalità che persegue il legislatore sembrano, pertanto, maggiormente influenzate da considerazioni utilitaristiche, efficientiste, che possono anche discostarsi parzialmente da valutazioni in termini di offensività e di meritevolezza di pena[68], la cui rilevanza penale, deve, pertanto, essere attentamente valutata.

5. *L'analisi del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008*

Lo schema interpretativo che ha informato l'analisi degli ordinamenti anglo-americani può essere proficuamente utilizzato anche per il sistema italiano.

Il testo unico tendenzialmente si pone come esempio di regolamentazione consensuale, che, oltre a promuovere una cultura della sicurezza, mira a reprimere condotte inosservanti, attraverso un apparato punitivo di natura contravvenzionale. Nei casi di maggiore lesività operano le fattispecie codicistiche contro l'incolumità pubblica ed individuale.

La strategia *carrot and stick* anima, pertanto, anche le direttive d'azione del legislatore italiano, che, tra l'altro, ha introdotto la responsabilità da reato per la persona giuridica nel caso di omicidio e lesioni gravi e gravissime, causate mediante la violazione della disciplina antinfortunistica, nell'intento di approntare una protezione rafforzata della vita e incolumità individuale.

---

[68] Sul "depauperamento del parametro di meritevolezza" nell'ambito della legislazione complementare si veda F. Palazzo, *I confini della tutela*, cit., 459.

Come già accennato nei precedenti capitoli, la novella legislativa, che ha introdotto la responsabilità da reato della persona giuridica in materia di protezione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro non può certo paragonarsi alla evoluta forma giuridica del *corporate killing* del sistema inglese.

Il sistema inglese è giunto all'introduzione della fattispecie del *corporate killing*, dopo una sua prima affermazione nella prassi giurisprudenziale, che aveva elaborato schemi interpretativi e modelli giuridici, adatti ad inquadrare la responsabilità della persona giuridica e la categoria dell'*organizational fault* in una cornice sistematica, finemente ricostruita, poi, attraverso il lavoro della dottrina. Il legislatore britannico ha, pertanto, esclusivamente "esplicitato" in una norma positiva ciò che già esisteva nel sistema giuridico, in forma di criptotipi. Viceversa, il legislatore italiano ha dovuto "forzare" la lenta evoluzione del sottosistema giuridico della sicurezza del lavoro e della responsabilità della persona giuridica, introducendo una forma di responsabilità, ancora controversa e di dubbia efficacia, mosso prevalentemente da spinte esogene, provenienti dall'ordinamento europeo e da un'emergenza sociale, acuita da gravissimi incidenti avvenuti sul luogo di lavoro.

Da questa preliminare riflessione affiora un dato incontrovertibile: l'assenza nella nostra cultura e nel nostro sistema di relazioni industriali di un sistema di valori rivolti alla tutela della persona nel luogo di lavoro, unico terreno fertile, affinché possa attecchire qualsiasi riforma legislativa. Nei sistemi di *common law* la responsabilità degli enti, invece, ha trovato proprio nell'ambito della sicurezza del lavoro e dell'incolumità pubblica il settore elettivo in cui la prassi giurisprudenziale si è impegnata a fornire risposte alle esigenze di tutela, emerse nell'ambito del settore economico e produttivo, che hanno in seguito trovato un riconoscimento a livello legislativo.

Il decreto legislativo n. 81/2008 di riordino della disciplina per la tutela della salute e contro gli infortuni sul lavoro segue la logica dei sottosistemi normativi, tipica conseguenza dell'inesorabile processo di delegificazione che ha caratterizzato l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nello scorso secolo[69].

[69] Sul punto si veda *supra* cap. II con relativi riferimenti bibliografici.

Sintomatico dell'affermazione di un nuovo sottosistema, è l'art. 2 che individua una serie di definizioni, convenzionali, che guidano e vincolano l'interprete nella lettura del testo normativo, assumendo – come si vedrà in seguito – significati peculiari e del tutto autonomi o specifici rispetto a concetti, definizioni, categorie elaborate in altri settori dell'ordinamento[70].

La stessa struttura istituzionale, costruita dal testo unico, nonché le complesse procedure di adempimento di obblighi posti dal legislatore svelano l'esistenza di una forza centrifuga, che spinge la disciplina della sicurezza del lavoro in un universo giuridico tendenzialmente distinto e autonomo rispetto al sistema giuridico "centrale" di matrice codicistica.

5.1. La complessità istituzionale

Le linee guida per il testo unico del Ministero del lavoro e della previdenza sociale evidenziano, accanto all'esigenza di riordino, innovazione, coordinamento, semplificazione della disciplina di settore, la necessità di incrementare gli strumenti preventivi e l'efficacia dei controlli, diffondendo una cultura della sicurezza.

Nonostante l'obiettivo, enunciato nelle linee guida, di procedere ad un riordino e ad una semplificazione il testo unico si caratterizza per un'accentuata complessità istituzionale, dovuta ad una proliferazione di nuovi organismi deputati all'individuazione delle linee programmatiche in tema di sicurezza del lavoro e ad un'attività consultiva e di controllo.

Tale complessità istituzionale costituisce una conferma, sostanzialmente, dell'assenza di una cultura diffusa della sicurezza, la cui

[70] Ad esempio le definizioni di "datore di lavoro" "rischio", "pericolo", "buona prassi", "norma tecnica", "linee guida", "organismi paritetici", "responsabilità sociale delle imprese" costituiscono la sintassi di un autonomo linguaggio tecnico giuridico, che rivendica autonomia rispetto al significato che tali concetti hanno assunto nell'intero sistema penale, ma fermo restando, nondimeno, che tale nuovo linguaggio è destinato anche ad influire a livello di ordinamento generale. La frantumazione, quindi, dell'intero sistema, si riflette anche sulla frantumazione del linguaggio, per cui si assiste al proliferare di polilinguaggi, specifici e settoriali, privi del valore universale che, invece, ha sempre accompagnato il concetto di diritto dall'illuminismo in poi.

promozione è affidata ad organi pubblici, strutturati secondo una composizione verticistica[71], invece di essere connaturata nelle logiche aziendali.

La struttura apicale del sistema istituzionale per la tutela della salute e della sicurezza del lavoro è costituita dal "Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro", istituito con l'art. 5 del testo unico. Contrariamente al sistema britannico, nel Comitato non vi è alcun spazio per una gestione consensuale della politica della sicurezza, in quanto la sua composizione non prevede rappresentanze delle parti sociali, che sono solo preventivamente consultate su alcuni obiettivi e compiti del Comitato, costituito prevalentemente da rappresentanze ministeriali.

L'art. 6 istituisce la "Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro", costituita da rappresentati dei diversi ministeri, nonché rappresentanti delle regioni e provincie autonome e, solo per una piccola quota, da esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Il compito della Commissione è consultivo rispetto all'attività svolta dal Comitato di cui all'art. 5 del testo unico e svolge un'attività promozionale e di formazione presso scuole ed università al fine di diffondere una cultura della sicurezza.

La Commissione vigila anche sull'applicazione della normativa, redigendo annualmente una relazione sullo stato di applicazione e sulle prospettive di sviluppo. Tra i diversi compiti affidati alla Commissione vi è quello di validare le "buone prassi", nonché di valorizzare "sia gli accordi sindacali sia i codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria, che, in considerazione della specificità dei settori produttivi di riferimento, orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati, ai fini del miglioramento dei livelli di tutela definiti legislativamente".

---

[71] L'art. 11 del d.lgs. n. 81/2008 specifica l'attività promozionale dei due organismi di cui agli artt. 5 e 6, che sostanzialmente consiste nell'attuazione di progetti formativi e nel finanziamento di attività scolastiche e universitarie volte alla diffusione di una maggiore consapevolezza della cultura della sicurezza e della salute dei luoghi di lavoro, nonché alla creazione di figure professionali specifiche.

La maggiore attenzione posta dal legislatore sulla necessità di favorire processi di autonormazione, in modo da individuare le esigenze specifiche dei diversi settori produttivi e, conseguentemente, adottare le misure più idonee a fronteggiare concretamente i rischi inerenti alle singole attività lavorative, avvicina la legislazione italiana al modello regolativo tendenzialmente prospettato a livello teorico nel concetto di *responsive law* (sul punto si veda il capitolo I).

Anche il legislatore italiano persegue, quindi, un obiettivo di efficienza della disciplina sulla sicurezza del lavoro, non attraverso un mero arretramento della soglia di punibilità, che implica una proliferazione di illeciti di pericolo o illeciti di rischio, bensì tramite una maggiore specificità della misura preventivo-cautelare, necessariamente individuata in base ad un processo di normazione concorrente fra pubblico e privato.

Come evidenziato nei capitoli precedenti (in particolare cfr. *supra* cap. II), solo il datore di lavoro, responsabile dell'organizzazione dei fattori produttivi e lavorativi, è consapevole dei rischi inerenti alla attività in concreto svolta e solo il possesso di tali informazioni permette una valutazione e una gestione dei rischi efficiente. Di conseguenza un canale comunicativo fra istituzioni pubbliche e attori sociali illumina i fattori di rischio, creando i presupposti per una politica legislativa ed aziendale orientata all'efficienza preventiva.

L'art. 9 del testo unico rivede i compiti e le funzione degli enti pubblici deputati alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro, accentuando l'importanza di un rapporto collaborativo e di consulenza verso le imprese, per garantire un supporto tecnico e specialistico, anche in relazione alle innovazioni tecnologiche con finalità prevenzionale. In questo clima collaborativo[72], parrebbe possibile individuare una strategia di controllo e di attuazione della politica legislativa, tipica del sistema inglese, basata sull'erogazione di servizi alle imprese. A tal fine, gli enti pubblici deputati alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro provvedono all'elaborazione, alla raccolta e alla diffusione delle buone prassi, nonché alla predisposizione di linee-guida.

[72] L'assenza di un obbligo di denuncia previsto dall'art. 331 del Codice di procedura penale sembra avvalorare la tesi che il controllo da parte degli enti pubblici avvenga soprattutto con una strategia collaborativa e non punitiva.

L'obiettivo del legislatore di promuovere una cultura della sicurezza sembra contraddetto, tuttavia, dalla scelta di escludere qualsiasi impegno di spesa per l'attività dei due nuovi organi istituzionali. Questa scelta del riformatore italiano di rendere operativi nuovi enti di politica e di controllo a costo zero, quantomeno suscita qualche dubbio e perplessità sulla concreta (e sincera) volontà di rendere effettivo l'apparato normativo posto a tutela della sicurezza e della salute del lavoratore[73].

5.2. L'attività di vigilanza

Come più volte sottolineato, l'origine comunitaria della disciplina sulla sicurezza del lavoro avvicina, in un'ottica di armonizzazione, i diversi ordinamenti europei, che, tuttavia, presentano una grande differenza sul piano della concreta effettività delle strategie normative.

Il sistema italiano tendenzialmente mostra una certa fragilità, mostrandosi fallimentare nel dare concreta attuazione ai piani di politica legislativa, per cui, vista la limitata discrezionalità del legislatore italiano nell'individuare i criteri, gli scopi, le modalità di tutela, l'obiettivo su cui avrebbe dovuto maggiormente concentrarsi la riforma è l'*enforcement*, in un'ottica di effettività e di efficienza.

Una sovrapposizione di controlli e, conseguentemente una tendenza alla deresponsabilizzazione, ha caratterizzato, invece, tutta la disciplina sulla sicurezza del lavoro, la cui attuazione e vigilanza è affidata ad organi di controllo, che vengono considerati solo in termini di centri di spesa e non di risorse pubbliche. Anche in questo caso, il legislatore del testo unico descrive, all'art. 13, una griglia astratta di controlli, ma si disinteressa della concreta effettività del

[73] Sul punto si veda la critica di A. Zini, *Il quadro normativo per la tutela della salute dei lavoratori dopo il d.l.gs. n. 106/2009*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi*, cit., 45., il quale constata una povertà di mezzi e di risorse a disposizione di questa «nuova cabina di regia" che presenta solo: una vaga assonanza, ad esempio don la britannica *HSC* (*Health and Safety Commission)* e con il suo ispettorato e braccio operativo, l'*HSE* (*Health and Safety Executive*), il cui compito principale è accertare che i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori siano adeguatamente controllati e che, nel caso di inadempimento degli obblighi di prevenzione fissati dalla legge, le violazioni siano adeguatamente perseguite».

sistema di vigilanza, riproponendo, quindi, un sistema di vigilanza ineffettivo[74].

Se si dovesse misurare l'impegno per un'efficace azione di *enforcement* sulla base delle risorse umane ed economiche, previste nel testo unico, si dovrebbe concludere che il legislatore italiano si è totalmente disinteressato al problema, visto che l'art. 305 (*clausola finanziaria*) stabilisce che dall'esecuzione del decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e che le amministrazioni competenti provvederanno a quanto tenute per effetto delle nuove disposizioni, eventualmente riallocando le «*ordinarie risorse, umane, strumentali ed economiche, allo stato in dotazione alle medesime amministrazioni*»[75].

Come si è potuto osservare per il sistema statunitense, che rappresenta un antecedente storico del modello regolativo adottato dal legislatore europeo e, di conseguenza, da quello nazionale, la politica di *deregulation* non si compie attraverso processi di delegificazione, che catalizzerebbero il dissenso, acuendo il conflitto sociale, ma tramite forti tagli agli organismi di controllo, che, di fatto, si trovano nell'impossibilità di poter efficacemente agire. Secondo una logica meramente economicistica, ma anche in base ad una considerazione sulla finalità general-preventiva della pena, una sanzione solo astrattamente minacciata, ma scarsamente effettiva, affievolisce la capacità di orientamento e di deterrenza del sistema sanzionatorio, compromettendo l'intero progetto culturale, prima che giuridico, che dovrebbe costituire il modello regolativo della sicurezza del lavoro.

5.3. Gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro

Le disposizioni del testo unico, nel prescrivere obblighi di sicurezza, impongono una rivisitazione generale dell'organizzazione

---

[74] La dottrina giuslavorista ha più volte sottolineato l'inefficacia degli apparati di controllo, causata sia da una irrazionale ripartizione e sovrapposizione di competenze, sia dalla cronica carenza di personale, che impedisce alle autorità pubbliche di svolgere correttamente una attività di vigilanza. Sul punto G. Natullo, *Competenze*, cit., 85; M. Ricci, *Ambiente di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, cit., 50.

[75] Così A. Zini, *Il quadro normativo*, cit., 53.

dei fattori produttivi, tanto da finalizzare, sin dalla fase progettuale, il processo lavorativo al perseguimento dell'obiettivo della maggiore sicurezza tecnologicamente possibile. La normativa sulla sicurezza del lavoro "di prima generazione", cui si riconduce la disciplina prevista dai decreti degli anni '50, provvede, invece, a fornire una miriade di misure di sicurezza specifiche e puntiformi, finalizzate all'annullamento del pericolo, senza, tuttavia, predisporre un programma globale di prevenzione[76].

Come già nel decreto legislativo 626/1994, anche nel testo unico, la struttura portante del dovere di datore di lavoro è, quindi, costituita dall'adesione ad una prospettiva globale della sicurezza, quale "processo precauzionale", in cui diversi fattori si combinano, per offrire una visione della tutela dell'attività lavorativa dinamica e flessibile, in funzione delle esigenze specifiche dell'unità produttiva.

Espressione di tale filosofia è l'art. 15 del d.lgs. n. 81/2008, che, attraverso un'elencazione di misure generali, predispone, in dettaglio, gli elementi, attraverso cui articolare un piano globale di sicurezza.

Dall'analisi di tale norma emerge che la tutela della sicurezza, di derivazione comunitaria, segue il principio fondamentale dell'eliminazione o della riduzione dei rischi alla fonte. Ciò significa che la sicurezza deve essere garantita preliminarmente, attraverso una prevenzione primaria[77], ovvero mediante l'eliminazione dei fattori di rischio, agendo, quindi, globalmente sul contesto d'azione. Solo ove non sia possibile l'eliminazione dei rischi, si renderà necessaria la protezione dai rischi ammessi, ma tale "rimedio" possiede un carattere, ovviamente, residuale.

---

[76] F. Di Cerbo, *Normativa antinfortunistica e sicurezza sul lavoro: dai decreti del 1955 e del 1956 al decreto legislativo 626/1994*, in *LPO*, 1996, 1258, 1261.

[77] Sia consentito, su queste nuove strategia regolative, rinviare a V. Torre, *D.lgs. 626/1994*, cit., 121. Coerentemente ad una strategia di azione preventiva, l'art. 15, nell'elencare le misure generali di tutela, predilige, inequivocabile, le misure di protezione generali, rispetto a quelle individuali, confermando l'opportunità della scelta di adottare un programma di sicurezza globale, che non si limiti ad interventi episodici. Questa preferenza è sottolineata anche dal rilievo penale che assume la violazione del dovere del datore di lavoro di ricorrere ai dispositivi di protezione individuale (da ora in poi dpi) solo dopo aver vagliato e valutato l'impossibilità di utilizzare dispositivi di carattere generale. Si veda, inoltre, G. Marra, *Sussidiarietà penalistica*, cit., 12.

La prevenzione, quindi, assume un'estensione massima, costituendo una finalità che informa tutta la fase progettuale dell'attività lavorativa, influenzando anche la programmazione dei fattori produttivi[78]. Il carattere programmato e progettuale della prevenzione ha come implicito corollario l'adozione di misure di sicurezza di carattere generale, che coprono l'intera situazione di lavoro[79].

Nel programma di sicurezza, assume un'importanza fondamentale il coinvolgimento dei lavoratori attraverso la formazione, l'informazione, la consultazione e la partecipazione secondo il disegno "consensuale" di "partecipazione equilibrata", delineato già dalla normativa europea[80], allo scopo di consentire non solo un controllo sull'adempimento degli obblighi di sicurezza, ma anche di favorire un intervento, in un'ottica collaborativa, da parte dei lavoratori, al fine di ricercare la soluzione ottimale[81].

Per il lavoratore la partecipazione ai programmi di formazione e di addestramento costituisce un obbligo, ex art. 20, la cui rilevanza penale, evidenzia come, nel programma di gestione del rischio, la funzione compartecipativa dei lavoratori costituisca un momento centrale per l'implementazione di modelli di sicurezza all'interno

---

[78] L'art. 15 comma 1 lett. b) richiede, infatti, «la programmazione della prevenzione mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro».

[79] F. Di Cerbo, *Normativa antinfortunistica*, cit., 1258 ss.; B. Maggi, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, cit., 326; M. Ricci, *Alcune osservazioni introduttive in tema di sicurezza sul lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 21 ss.

[80] L'art. 15 comma 1 dalla lett. o) alla lettera s) individua specifici obblighi informativi e formativi, volti a garantire una partecipazione consapevole nella gestione dei rischi inerenti alla singola attività lavorativa.

[81] Tale schema co-gestionale è ereditato dal decreto legislativo 626/94. Sebbene accolto con notevole enfasi, questo obbligo informativo/formativo, presupposto di una effettiva partecipazione nel quadro di interrelazioni tracciato dalla nuova disciplina sulla sicurezza del lavoro, era già presente nei decreti degli anni '50 ed è stato ulteriormente valorizzato con l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, sul punto F. Bricola, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del «caso Seveso»)*, in *Quest. crim.*, 1978, 101. Tuttavia, è opportuno rilevare, come l'effettività di tale meccanismo di partecipazione possa essere inficiata dalla precarizzazione delle condizioni di lavoro. Si veda inoltre: A. Zini, *Il quadro normativo*, cit., 79.

dell'impresa, proiettando – come già evidenziato – in una dimensione meta-individuale la *ratio* di tutela della disciplina *extra codicem* della sicurezza del lavoro.

Il decreto, nel ribadire il principio cardine del dovere di sicurezza del datore di lavoro, sembra lasciare, tuttavia, imprecisata la sua latitudine, ovvero non determina i limiti dell'obbligo, mostrando in questo forti analogie con la clausola generale del testo fondamentale britannico.

L'indeterminatezza dell'obbligo di sicurezza si riflette sul sistema punitivo, il cui carattere meramente sanzionatorio non permette una ricostruzione autonoma dei precetti, che scontano pertanto un *deficit* di tassatività. Né è possibile che tale *vulnus* nel sistema di garanzie, che fonda e limita il funzionamento del diritto penale, possa essere sanato solo in via interpretativa, anche perché le indicazioni provenienti dalla prassi non sono sempre del tutto univoche. Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, nell'ordinamento italiano, l'art. 2087 c.c. obbliga il datore di lavoro a garantire la "massima sicurezza possibile"[82] secondo la migliore scienza ed esperienza[83] e, in questo solco, do-

[82] Dal punto di vista civilistico, il dovere di adottare misure di sicurezza corrisponde ad un'obbligazione di mezzi di origine contrattuale, per cui il datore di lavoro è tenuto a predisporre un ambiente lavorativo sicuro, organizzando in modo totalmente autonomo il processo lavorativo e produttivo. Il riferimento a categorie proprie della responsabilità civile non contribuisce a specificare meglio la portata dell'obbligo, la cui elasticità è funzionale ai meccanismi di tutela approntati in quel sistema. Se la normazione per clausole generali costituisce una tecnica diffusa nella definizione della responsabilità civile, la cui duttilità offre una forma di tutela adattabile, in via interpretativa, alle esigenze mutevoli della realtà economica e sociale, il sistema penale non può invece perseguire in modo pervasivo tale scopo di difesa sociale, ma deve in primo luogo rispondere ad innegabili esigenze di garanzia.

[83] Questo l'orientamento della giurisprudenza, già prima del d.lgs. n. 626/1994: Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 1993; Cass. 16 giugno 1995, n. 6944, DPL, 1995, 2120, costantemente confermato nella prassi successiva al nuovo testo sulla sicurezza del lavoro: Cass. Sez. IV, 19 ottobre 2006: «Ne consegue che – fermi restando i principi già enunciati sugli obblighi dell'imprenditore nel caso di innovazioni tecnologiche idonee ad assicurare un maggior livello di sicurezza – su un punto non possono esservi dubbi: qualora l'imprenditore disponga di più sistemi di prevenzione di eventi dannosi è tenuto ad adottare (salvo il caso di impossibilità che in questo caso nessuno afferma) quello idoneo a garantire un maggior livello di sicurezza. A questo principio non è possibile derogare soprattutto nei casi in cui i beni da tutelare siano costituiti dalla vita e dall'integrità fisica delle persone

vrebbe muoversi anche l'obbligo di sicurezza previsto dal decreto in esame[84].

Questa interpretazione non è, però, unanimemente condivisa: un diverso orientamento, che troverebbe un aggancio normativo nel d.lgs. n. 277/91 e un avallo interpretativo "qualificato" nella sentenza della C. Cost., n. 312/96[85], propende, infatti, per il criterio della "massima sicurezza tecnologicamente praticabile"[86].

La contrapposizione fra le due interpretazioni non è meramente lessicale, ma condiziona i limiti e il fondamento della responsabilità del datore di lavoro, la cui valutazione può implicare, a seconda dell'opzione interpretativa, parametri diversi.

Richiedere che il comportamento del datore di lavoro si ispiri alla "massima sicurezza tecnologicamente possibile" rende obbligatoria l'adozione di *standards* più elevati di sicurezza, senza poter temperare il rigore di tale aspettativa giuridica attraverso bilancia-

---

(una valutazione comparativa tra costi e benefici sarebbe ammissibile solo nel caso in cui i beni da tutelare fossero esclusivamente di natura materiale)»; conf.: Cass. Pen. Sez. IV 14 ottobre 2008; Cass. pen. sez. IV, 18 dicembre 2009; Cass. Sez. IV, 17 maggio 2010; Cass. pen., sez. IV 18 gennaio 2011.

[84] Cass. 3 ottobre 2001, n. 35819, ISL, 2002, 103; Cass. 24 giugno 2000, n. 7402, DPLav, 2000, 2354, Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 1995, Manfredi e altro; Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 1995, Dalla Valle. In dottrina Galantino, *Diritto del lavoro*, cit., 164; M. Ricci, *Ambiente di lavoro*, cit., 50.

[85] C. cost. 312/1996 in *Giur. cost.*, 1996, 2575, la criticata sentenza della Corte costituzionale ha ad oggetto l'art. 41 comma 1 del d.lgs. n. 277/1991, che, sulla protezione del lavoratore dai rumori, in attuazione della disciplina europea, in effetti, si ispirava al criterio della massima sicurezza tecnologicamente praticabile, parametro in seguito abbandonato anche dal legislatore europeo. La Corte costituzionale offre, quindi, un'interpretazione letterale del parametro di individuazione della colpa della fattispecie contravvenzionale. Il parametro della massima sicurezza tecnologicamente praticabile, come si avrà modo di constatare, costituisce un criterio di determinazione del dovere prevenzionale per alcuni aspetti incompatibile con i principi in materia di sicurezza del lavoro (sul punto si veda sempre la Corte Cost. n. 399 del 1996, nonché la Corte di Giustizia della Comunità Europea (sent. 12 novembre 1996 in causa C-84/1994, posteriore, però, alla pronuncia in esame) e di problematica utilizzazione nella definizione della colpa. Il riferimento ad un parametro di tipo prasseologico è presente anche nella definizione della colpa del Progetto di riforma del codice penale, elaborata dalla commissione presieduta dal prof. C. F. Grosso, sul punto si veda G. Forti, *La definizione della colpa*, cit., 85.

[86] Su tale contrapposizione teorica si veda: A. Culotta, M. Di Lecce, G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza*, cit., 163 e giurisprudenza ivi citata; Cass. Sez. III pen., 2.4.1997, Graffer, Dir. prat. lav. 1997, 1261 e Cass. Sez. IV pen., 16.5.1996, *ibid*. 1997, 1897.

menti e analisi costi-benefici. La possibilità, invece, di ridimensionare l'ampiezza della responsabilità del datore di lavoro attraverso la valorizzazione dei fattori economici e produttivi, si ha con il criterio della "massima sicurezza tecnologicamente praticabile". Il riferimento a tale parametro consente a prassi aziendali diffuse di costituire un criterio di definizione della condotta doverosa, ovvero di assurgere a parametro di valutazione della responsabilità[87].

La prima fase della normativa comunitaria in materia di sicurezza del lavoro, come la direttiva n. 1107 del 1980 – modificata dalla direttiva n. 642 del 1988 –, basata su "soglie massime" di esposizione ad agenti nocivi, era ispirata al principio della "massima sicurezza ragionevolmente praticabile"[88].

L'adozione di un parametro valutativo, fondato sul criterio della "massima sicurezza tecnologicamente praticabile" presenta, chiaramente, profili di dubbia costituzionalità[89], in quanto, anziché garantire una tutela assoluta del diritto fondamentale della salute, predispone un sistema di protezione "cedevole" a valutazioni in termini di costi-benefici. Il piano normativo presenta, inoltre, caratteri di "autorefenzialità", per cui la dimensione precettiva dell'obbligo di sicurezza si appiattisce su parametri meramente fattuali, impermeabili ad un vaglio di esigibilità e legittimità normativamente fondati. In questo modo il rischio è quello di legittimare prassi aziendali sciatte,

[87] Sul punto, G. Marinucci, *Innovazione*, cit., 47, il quale esclude la possibilità di integrare il precetto cautelare attraverso il concetto di "massima sicurezza praticabile", in quanto si ridurrebbe in modo ingiustificato il livello di tutela penale, che risulterebbe subordinato ad un calcolo economico.

[88] G. Natullo, *La "massima sicurezza tecnologica"*, in *DPL*, 1997, 815 ss.

[89] Sui profili costituzionali del concetto di "massima sicurezza tecnologicamente fattibile" si veda M. Ricci, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 115, secondo il quale «dalla lettura del combinato disposto, di cui agli artt. 32 e 41 Cost., emerge una chiara opzione del Costituente a favore delle esigenze protettive rispetto a quelle produttive». In particolare, tale interpretazione, rispecchia il contenuto del principio costituzionale di cui all'art. 41 Cost., che «subordina l'iniziativa economica privata alla mancanza di danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Solo in questo senso la tutela della saluta acquisisce una valenza assoluta, come sancito dall'art. 32 Cost. Così: G. Natullo, *La massima sicurezza*, cit., 815; C. Smuraglia, (voce) *Salute*, *EGT*, Roma, 1989, XXVII, 2.

che assurgono a parametro generale ed astratto di valutazione della responsabilità[90].

La direttiva quadro n. 391 del 1989, da questo punto di vista, segna una svolta nella politica della sicurezza, improntando tutta la

[90] Così: D. Castronuovo *La colpa penale*, cit., 292 ss.; Id., D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1627 ss; G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 31 ss.; Id., *La colpa per inosservanza*, cit., 178; D. Pulitanò, *Igiene*, cit., 397; Id., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 436. Parzialmente differente: G. Forti, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. de Maglie, S. Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, 67, 85 ss. La ricostruzione della regola cautelare in base a parametri prasseologici è stata prospettata in dottrina da F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 173, 243; Id., *La normalità della colpa*, cit., 99, il quale nell'individuare negli usi sociali la fonte della regola cautelare di fonte sociale, non si riferisce a tutto ciò che normalmente viene praticato, quindi anche comportamenti scorretti e giuridicamente non approvati, perché in contrasto con la disciplina dettata da fonti gerarchicamente sovraordinate. In questo senso prassi sciatte o negligenti, pur se diffuse, non potranno mai assurgere a parametro di diligenza. Il discorso rispetto alla scelta del criterio della "massima sicurezza praticabile" *vs* "massima sicurezza possibile", quindi, non va posto in base a quale sia la fonte legittima della regola di diligenza "sociale" ma se, nella ricostruzione della responsabilità colposa, possa entrare in gioco anche una parametro basato su una valutazione costi-benefici. Si veda, inoltre, D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, *Medicina e diritto penale*, Firenze, 2009, 247, 267. In giurisprudenza Cass. Sez IV, 6 febbraio 2007: «non solo si è ritenuto sussistente l'obbligo di tener conto dei più sofisticati accorgimenti previsti dalla legge in un determinato momento senza che possano assumere rilievo i costi economici e le esigenze della produzione, in quanto l'art. 41 Cost., comma 2 prevede espressi limiti all'iniziativa economica privata e la protezione della sicurezza e della salute del lavoratore costituisce un bene primario ed un diritto fondamentale incomprimibile (Cass. sez. III 22 gennaio 1993 n. 525 rv. 192744 e Cass. sez. IV 24 giugno 2000 n. 7402 rv. 216476 fra tante e Cass. sez. I 30 agosto 2004 n. 17314 rv. 576355; Cass. sez. I 8 febbraio 2005 n. 2444 rv. 579669 e Cass. sez. I 7 marzo 2006 n. 4840 rv. 587361 in tema di applicazione dell'art. 2087). […] In sostanza, solo qualora le modalità operative utilizzabili assicurino tutte la massima sicurezza dei lavoratori, l'azienda potrà scegliere quella meno costosa o quella che comporti meno sacrifici, ma non potrà mai addurre alcun giudizio di compatibilità ove le stesse non siano di pari o simile grado, attesa la rilevanza costituzionale fondamentale della salute e della sicurezza dei lavoratori rispetto ad altri interessi "condizionati"». Sulla possibilità di ricorrere a metodi di tipo econometrico, come l'analisi costi-benefici, solo nella definizione di regole cautelari scritte, si veda V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 158.

strategia preventiva al differente principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" [91].

Ritornando all'analisi del testo unico, sebbene non vi sia una chiara presa di posizione del legislatore, affiora, tuttavia, un'inclinazione per l'interpretazione più rigorosa del parametro di valutazione: l'art. 28, nel definire l'oggetto della valutazione dei rischi, non accenna ad alcuna valutazione di tipo economico, mentre richiede il continuo adeguamento, da parte del datore di lavoro, imponendogli di adottare "il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza", in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione, anche a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità[92].

Né, tantomeno, la disciplina dei modelli organizzativi[93], di cui all'art. 30 del testo unico, fa alcun riferimento a criteri di economia o di efficienza economica.

---

[91] Nell'orizzonte comunitario, delineatosi attraverso la direttiva quadro del 1989, la contrapposizione fra le due diverse concezioni dell'obbligo di sicurezza, troverebbe, secondo alcuni, una sintesi nel concetto di "prevenzione assoluta", che implica una tensione verso modelli di gestione tecnologicamente più avanzati, per l'abbattimento o la riduzione del rischio. Il rigore della massima sicurezza tecnologicamente possibile assume, quindi, sfumature più attenuate in quanto, nell'applicazione concreta, l'obbligo del datore di lavoro è spesso limitato alla sola riduzione del rischio. La contrapposizione concettuale tra le due formule astratte si ridimensiona, pertanto, nell'ambito di zone di rischio giuridicamente consentito, ove un criterio di ragionevolezza costituisce la direttrice interpretativa che media fra le due diverse opzioni. B. Caruso, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, cit., 4; M.L. Ferrante, *I soggetti responsabili nel diritto penale del lavoro*, in F.S. Fortuna (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VIII, Padova, 2002, 238; L. Montuschi, *La sicurezza del lavoro*, cit., 405.

[92] Cass. Sez. IV 6 febbraio 2007: «come è stato acutamente notato, nell'elenco dei principi generali di prevenzione contenuti nel d.lgs. n. 626 del 1994, art. 3 non vi è il minimo accenno alla ragionevole praticabilità delle misure da adottare e cioè alla legittimità di una loro subordinazione ad esigenze di fattibilità economica e produttiva, ma è al contrario sottolineato che la salvaguardia dell'incolumità dei lavoratori deve estendersi fino a garantire il loro benessere con l'assenza di disagi che possano rendere anche semplicemente più penoso l'espletamento dell'attività lavorativa».

[93] Così la disciplina: «1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al

In base all'analisi del nostro sistema giuridico, sembrerebbe, quindi, che sul criterio di individuazione dell'obbligo del datore di lavoro via sia un consenso diffuso, sia della dottrina che della giurisprudenza, per il parametro più rigoroso della "massima sicurezza possibile", che offre l'innegabile vantaggio di agganciare la valutazione della responsabilità e, in particolare del dovere di diligenza, ad un parametro nomologico, garantendo maggiore puntualità del precetto preventivo-cautelare. Il riferimento alla miglior scienza e tecnica crea, infatti, un vincolo interpretativo, che informa, in modo

---

decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a 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) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate. 2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1. 3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche ei 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. 4 Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui ai commi precedenti per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6. 6. L'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'articolo 11».

determinato, qualsiasi procedimento di imputazione della responsabilità penale[94].

6. *Valutazione del rischio quale affermazione di un sottosistema autonomo*

Gli artt. 15 ss. forniscono poche indicazioni sostanziali sul contenuto del dovere preventivo-cautelare, non individuando misure di sicurezza specifiche, bensì imponendo un processo articolato di valutazione e di gestione del rischio, in cui risalta l'importanza dell'adempimento degli obblighi di sicurezza, testimoniata dall'adozione del documento di sicurezza.

Da un primo sguardo di insieme è possibile cogliere come gli obblighi del datore di lavoro si caratterizzano per una natura preminentemente procedurale[95].

La tecnica normativa utilizzata rappresenta, quindi, un significativo mutamento della filosofia e della tecnica del legiferare. Alla scarna definizione dell'obbligazione di sicurezza, corrisponde una dettagliata descrizione della procedura, volta a riempire di contenuto una norma-principio.

Attraverso un *aspirational duty* volto a realizzare un ambiente di lavoro sicuro, si individua lo scopo da perseguire[96], lasciando al datore di lavoro, di concerto con soggetti istituzionali e privati, il compito di predisporre, in concreto, il programma di sicurezza più idoneo all'attività lavorativa, tenendo conto dei rischi specifici. Prevale, quindi, l'«esigenza di stabilire dei percorsi uniformi e delle procedure standardizzate per l'organizzazione della sicurezza sui luoghi di lavoro»[97].

---

[94] D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 296; G. Marinucci, *Innovazione tecnologica*, cit., 53.

[95] A. Culotta, M. Di Lecce, G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza*, cit., 152; F. Di Cerbo, *Normativa antinfortunistica*, cit., 1265; F. Stella, *La costruzione giuridica*, op. cit., 55; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 305 ss.; Id., *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1606.

[96] F. Sgubbi, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 259, 261.

[97] A. Culotta, M. Di Lecce, G. Costagliola, *Prevenzione e sicurezza*, cit., 19.

La relazione fra organizzazione del lavoro e sicurezza determina una stretta interdipendenza di questi due fattori, obbligando il datore di lavoro a continui aggiornamenti ed adattamenti delle misure prevenzionali, in funzione dei mutamenti tecnologici ed organizzativi.

L'obiettivo verso cui tendere è, quindi, un concetto di prevenzione, inteso non come situazione statica, bensì come finalità che caratterizza la natura di un'obbligazione "aperta, mobile e flessibile", coerente con il quadro normativo, già tracciato dall'art. 2087 c.c. La norma, prevedendo un obbligo di perseguire un obbiettivo (la norma, infatti, individua uno scopo), permette conseguentemente un adeguamento "automatico" del mondo del diritto all'evoluzione tecnologica[98]. In questo senso "si manifesta la naturale dinamicità del progetto di prevenzione, che segue, adeguandosi momento per momento, l'evolversi della valutazione produttiva del lavoro"[99].

La valenza innovativa di questo nuovo modello normativo emerge dal confronto con la legislazione precedente, in cui il legislatore,

---

[98] L. Montuschi, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in M. Biagi, (a cura di) *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive comunitarie*, Rimini, 1991, 11, 12, 19. Più in generale, il modello costituisce un archetipo normativo in relazione alle situazioni caratterizzate da rischio tecnologico, così: C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 554, il quale fa riferimento, in una prospettiva *de iure condendo*, ad un reato d'obbligo a forma vincolata.

[99] L'attività di valutazione è un'operazione complessa che impone al datore di lavoro di designare soggetti interni all'impresa (obbligatoriamente per alcune categorie di attività) o di incaricare persone esterne (nei casi consentiti) per organizzare il "servizio di prevenzione e protezione" ex artt. 31 ss. del decreto. Questa "tecnostruttura endoaziendale", di cui si avvale obbligatoriamente il datore di lavoro, costituisce «il centro promotore di quello spostamento da una logica riparatoria ad una di attenzione preventiva» delle problematiche inerenti alla sicurezza del lavoro; sul punto R. Bortone, *Il servizio di prevenzione*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 136. L'art. 33, nel disciplinarne i compiti del servizio di protezione e prevenzione, sembrerebbe attribuirgli una funzione "pubblica" di tutela degli interessi coinvolti: il servizio di prevenzione e protezione si colloca (o dovrebbe porsi) infatti in una posizione indipendente, neutra che gli consente non solo di esercitare un controllo, sulla base di razionalità tecnica, dell'attività di valutazione e gestione del rischio, ma di rappresentare anche uno dei momenti più significativi di una politica aziendale volta alla implementazione di un'attività progettuale di sicurezza. Inoltre, attraverso l'attività di formazione ed informazione a favore dei lavoratori, tende a colmare le asimmetrie informative che pregiudicano una effettiva dinamica partecipativa. L. Montuschi, *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, cit., 68.

in modo puntuale, pretendeva di definire tutti i parametri e le misure di prevenzione. Questo tipo di "programma di sicurezza", legislativamente fissato, è ovviamente destinato, a causa della sua rigidità, a rapida obsolescenza, per l'evolversi della tecnica e della scienza, nonché per l'affiorare di nuovi rischi. La limitata copertura preventiva, che tale modello legislativo ha evidenziato, è stata determinante nel favorire una prassi giurisprudenziale volta ad estendere, nonostante la pletora di norme cautelari scritte, la responsabilità penale del datore di lavoro, in base ad un'ipotesi residuale di colpa generica, per violazione del (presunto) precetto cautelare di cui all'art. 2087 c.c.[100].

Viceversa, con l'introduzione di una norma-scopo, al cui perseguimento deve essere finalizzato l'insieme dei fattori che caratterizzano l'attività produttiva, non solo si predispone il processo lavorativo alla possibilità di un continuo aggiornamento, ma si assicura una più efficace strategia preventiva, in quanto il programma di sicurezza è plasmato sulle esigenze di tutela della specifica realtà aziendale.

In questo contesto normativo, scarno di elementi descrittivi e tipicizzanti, è possibile, tuttavia, rinvenire una forte indicazione di valore, come delineata dalla direttiva comunitaria e dal decreto: il principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" subordina qualsiasi calcolo economico e di tipo organizzativo al perseguimento dell'obiettivo di prevenzione "dinamica". Attraverso (e nell'esercizio, quindi, di) un'attività imprenditoriale, un soggetto privato, il datore di lavoro, assume un ruolo e una funzione "pubblicistica": definire le modalità e le misure a protezione di un bene giuridico di rilevanza costituzionale.

Tale responsabilizzazione del datore di lavoro nella definizione della gestione della sicurezza implica una maggiore autonomia

[100] Sul punto si veda F. Mucciarelli, *I coefficienti*, cit., 196. Per quanto riguarda in generale l'illecito colposo, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, cit., 236, osserva come: «[…] all'apparente rigidità di certe norme, fa riscontro un'assoluta inettitudine a dare una soluzione logica e accettabile di concrete eventualità che pure rientrano, in astratto, nel tipo di condotta che esse aspirano a qualificare. Sono mali, però, inevitabili, e in larga misura salutari, perché l'inseguimento dell'ideale di una normativa rigida e capillare, e di un un'applicazione il meno elastica possibile della normazione esistente, urta contro esigenze di concretezza cui il legislatore, e la prassi, non sanno fortunatamente rinunciare».

nella valutazione e nella gestione dei fattori di rischio – pur sempre nell'ambito dell'integrale rispetto della disciplina di matrice pubblica e privata esistente.

Il segnalato *deficit* di tassatività risulta, quindi, ridimensionato nell'ambito di un sistema normativo così articolato: da un lato, infatti, il precetto preventivo-cautelare, di fonte privata, si struttura su parametri nomologici particolarmente performativi, ispirati alla valutazione e alla gestione del rischio[101], dall'altro, è il soggetto titolare principale dell'obbligo di sicurezza, ovvero il datore di lavoro, a definire le misure di sicurezza in concreto da adottare.

Il *vulnus* al principio di legalità, infatti, viene "metabolizzato" in un sistema normativo, in cui anche i soggetti destinatari degli obblighi di prevenzione, intervengono, nell'ambito della struttura aziendale, nell'individuazione delle singole prestazioni prevenzionali, necessarie per fronteggiare i rischi specifici dell'attività produttiva, attraverso la redazione del documento di sicurezza. La programmazione "delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza", secondo la lett. t) art. 15, avviene, inoltre, attraverso l'adozione dei codici di condotta e di buone prassi.

Il lamentato *deficit* di tassatività deve, inoltre, essere rivisto alla luce del nuovo sistema di democrazia partecipativa, illustrato nel corso di questa analisi.

Oltre al datore di lavoro, concorrono nella definizione del sistema prevenzionale anche i soggetti esposti al rischio, ovvero i lavoratori, attraverso le rappresentanze sindacali della sicurezza, svol-

---

[101] Sul punto si veda D. Pulitanò, *Gestione del rischio*, cit., 779, il quale evidenzia come il meccanismo estintivo delle contravvenzioni possa essere paragonato ad un modello "ingiunzionale", in base al quale si riduce il *deficit* di determinatezza tramite le prescrizioni che l'autorità di vigilanza individua *ex post*. L'intervento dell'autorità di vigilanza, che di fatto definisce il modello cautelare doveroso, attraverso un'ingiunzione, secondo M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, cit., 222, costituisce il presupposto, in una prospettiva *de iure condendo*, per una degradazione delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro in illecito amministrativo, ove, però si attribuisca all'inottemperanza del provvedimento ingiunzionale, rilevanza penale, elevandola a fattispecie delittuosa, dolosa. Tale modello di scalarità fra illecito amministrativo e illecito penale, deve, però, essere escluso nei campi di materia nei quali sia stata dimostrata un'inefficienza dell'azione amministrativa.

gendo così un duplice ruolo, sia di "co-legislatori" del sistema prevenzionale aziendale, sia di "controllori" del processo stesso. La privatizzazione delle fonti del diritto penale sembra, quindi, anche accompagnata da una parziale privatizzazione dei meccanismi di tutela, che assumono la forma di autotutela organizzata sindacalmente, sempre nell'ottica di perseguire la massima efficienza[102].

Il sistema normativo tracciato dal d.lgs. n. 81/2008 sembra tendere verso il modello di *responsive regulation*, che si articola su due diverse strutture regolative: un primo livello definisce un corpo normativo di regole cautelari di tipo procedurale, strettamente funzionale al secondo livello normativo formato da regole cautelari autonormate. In questo micro-ordinamento giuridico, regole primarie definiscono gli organi e le procedure, attraverso cui produrre regole secondarie di comportamento, creando, così, un sistema giuridico parzialmente autonomo.

Prediligendo aspetti procedurali del diritto, l'ordinamento giuridico definisce, quindi, gli elementi di un sistema aziendale in parte autoregolato, che trova formalizzazione e legittimazione attraverso il rispetto della procedura legislativamente definita.

La generalità della norma-principio è pertanto "ridotta" attraverso il documento di sicurezza che il datore di lavoro è tenuto a predisporre, seguendo una rigorosa procedura, sorretta da una serie di criteri e di condizioni inderogabili. Il fine di questo processo decisionale è, conseguentemente, quello di giungere alla definizione, nel sistema aziendale, del contenuto specifico delle c.d. norme di diligenza "aperte", generali, ma poco tassative, previste a livello legislativo.

Anche nel sistema italiano, la disciplina aziendale, quindi, integra, specificandoli, gli obblighi di diligenza e di sicurezza legislativamente posti, delineando un modello di responsabilità sociale e giuridica dell'impresa. L'interferenza fra ordinamento giuridico e di-

[102] Come più volte sottolineato, l'intervento dei lavoratori è espressione di un modello politico-legislativo "di partecipazione equilibrata", che, tuttavia, necessiterebbe di un'accentuazione dei compiti del rappresentante sindacale, nonché dei lavoratori. P. Campanella, *I rappresentanti della sicurezza*, cit., 507; M. Ricci, *Gli organismi paritetici*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole*, cit., 521.

sciplina aziendale sembra preconizzare le linee evolutive dell'intero ordinamento giuridico, tratteggiando un paradigma di *reflexive regulation*.

Questa tecnica legislativa segna, quindi, il superamento del tradizionale modello regolativo, basato su un diritto di fonte eminentemente statuale e/o pubblica ed un'iniziale affermazione di un modello di diritto riflessivo (*supra* cap. I).

Strumento essenziale della politica della sicurezza è la valutazione del rischio, operazione basilare che si "snoda" in più fasi. È un'attività che richiede l'intervento e la collaborazione di diversi soggetti ed è finalizzata alla redazione di un programma, basato su una visione dinamica della sicurezza[103]. Tuttavia, la fase della prevenzione programmata, "terapeutica" (*risk managment*), deve necessariamente fondarsi su una preliminare attività "diagnostica" (*risk assessment*), volta ad una ricognizione delle condizioni di rischio esistenti[104].

Questa complessa operazione valutativa diventa il momento principale di una strategia che coinvolge il datore di lavoro nella definizione del documento di sicurezza, ma rappresenta anche uno strumento di delimitazione dell'ampiezza dei doveri di sicurezza e di ripartizione dei compiti all'interno di organizzazioni complesse.

È il documento di sicurezza[105], frutto della valutazione del rischio, che racchiude, infatti, le specifiche regole cautelari, indicative di una pretesa comportamentale conforme al dovere di diligenza. La stessa giurisprudenza convalida (o dovrebbe convalidare), seppur *ex post*, le regole cautelari inserite nel documento di sicurezza, ricono-

---

[103] Sul punto si veda V. Pasquarella, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 87, 114, la quale descrive il "processo prevenzionale" come frutto della collaborazione tra diverse figure professionali, chiamate a codificare procedure e *standards* di sicurezza adeguati a far fronte alle condizioni specifiche e ai fattori di rischio presenti sul luogo di lavoro.

[104] Così caratterizza la valutazione del rischio T. Padovani, *Il nuovo volto*, op. cit., 1164.

[105] Secondo D. Pulitanò, *Gestione del rischio*, cit., 778, è proprio l'obbligo di redigere il documento di sicurezza a rappresentare l'elemento innovativo del nuovo modello della sicurezza del lavoro, essendo, invece, l'obbligo della valutazione del rischio un aspetto del dovere di diligenza già presente nella disciplina generale dell'imputazione colposa.

scendo una funzione di integrazione del dovere prevenzionale, posto dal legislatore.

Il fondamento che legittima un tipo di normazione privata, come più volte evidenziato nel corso dell'analisi, non è, tuttavia, meramente procedurale, ma deve soddisfare un criterio di *effettività*. Secondo quanto già osservato nel capitolo introduttivo, la validità e la legittimità del nuovo modello regolativo è dato dalla sua reale capacità di incidere in senso preventivo sul contesto di rischio situazionale. Su tale presupposto di operatività, la prassi giurisprudenziale è legittimata ad operare una valutazione sull'efficacia e sull'idoneità delle regole cautelari autonormate, escludendo la loro validità nel caso siano carenti da un punto di vista contenutistico, della specifica funzione preventivo-cautelare.

Un documento di sicurezza vago e generico, di fatto, è sintomatico di un adempimento degli obblighi prevenzionali, da parte del datore di lavoro, meramente "estetico". Venendo meno la sostanziale funzione integratrice del dovere di diligenza, che, nel contesto normativo, è attribuito alla regola autonormata, la stessa non potrà certo assurgere a fonte del diritto, in quanto non individua un comportamento concretamente esigibile, e, in particolare, non definisce la regola cautelare, rilevante ai fini dell'imputazione dell'evento nei delitti colposi.

Il documento di sicurezza per essere giuridicamente rilevante deve costituire, quindi, all'interno dell'azienda, un modello di diligenza e un parametro di valutazione della responsabilità colposa nella fase esecutiva[106]. In questo modo, la disciplina aziendale integra l'illecito colposo d'evento, in quanto funge, chiaramente, da complesso di regole cautelari, di fonte privata, che trova riconoscimento nel concetto di "discipline" di cui all'art. 43 c.p.[107].

---

[106] Sulla rilevanza dell'"ordine privato" nell'ambito della responsabilità colposa già D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro* (voce), cit., 105, 113; Cass., 28 novembre 1975, FI, 1977, II, 57; MGL, 1977, 464.

[107] Così D. Pulitanò, *Gestione del rischio*, cit., 781, il quale ritiene che il datore di lavoro sia, tuttavia, un consumatore di regole cautelari, non un creatore, sebbene riconosca «alla formalizzazione di queste regole sottordinate» (le discipline aziendali), un ruolo ancipite: «fonti di regole cautelari e criterio di eventuale responsabilità per colpa specifica, con riguardo ai destinatari; adempimento del dovere di organizzazione della sicurezza, per i garanti di livello superiore». Nell'ambito

7. *Mutamento del contenuto e dello scopo del dovere prevenzionale: riduzione del rischio*

Il modello normativo delineato dai decreti degli anni '50 puntava all'ambizioso obiettivo di abbattere il pericolo, neutralizzandolo attraverso minuziose e puntuali misure di sicurezza. La rigidità di questo sistema ha mostrato ben presto segni di obsolescenza ed inefficacia.

Rispetto a questo "proclama" assoluto di tutela, la prospettiva, cui sembra aver ceduto la disciplina comunitaria ed italiana, nel prescrivere "la riduzione del rischio", come meta tendenziale della programmazione della sicurezza, sembrerebbe tradire un rassegnato realismo. In realtà tale obiettivo costituisce una ragionevole mediazione, fra esigenze organizzative ed aziendali, da un lato, e tutela della salute, dall'altro.

Questa apparente attenuazione degli obblighi di sicurezza non è frutto, infatti, di una scelta compromissoria, ma deve essere letta in un contesto normativo, che impone innumerevoli obblighi al datore di lavoro, il quale deve adeguarsi ad uno *standard* comportamentale, ispirato al principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" o di "prevenzione assoluta".

In questa situazione, la discrezionalità tecnica, che, in astratto, è riconosciuta al datore di lavoro, risulta notevolmente ridotta: da un lato, infatti, egli è obbligato al rispetto di tutte le misure di sicurezza previste dalla normativa precedente, dall'altro, il riferimento al principio della "massima sicurezza tecnologicamente possibile" ritaglia uno spazio d'azione relativamente limitato e controllato, inoltre, attraverso una procedura partecipata di programmazione della sicurezza.

---

della responsabilità medica, si assiste ad un processo di parziale "privatizzazione" delle regole cautelari, attraverso il riferimento alle linee guida: F. Giunta, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 819, 825 ss. riconduce al concetto di "disciplina" *ex* art. 43 c.p. le linee guida, nell'ambito della colpa medica, Id., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. Donini, R. Orlandi, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 69, 82. Sul punto si veda *supra* la giurisprudenza citata al paragrafo 4.

Una corretta prospettiva di indagine, attraverso cui leggere l'obbligo di "ridurre il rischio", è, altresì, fornita dalla strategia complessiva che la normativa in esame adotta: al datore di lavoro si impone, innanzitutto, la completa rivisitazione dei fattori produttivi alla luce delle esigenze di sicurezza. In questo contesto la "riduzione dei rischi" non è sinonimo di attenuazione o affievolimento di tutela; il testo unico, come già il d.lgs. n.626/94, richiede, infatti, una programmazione dei fattori organizzativi e produttivi secondo le finalità preventivo-cautelari di tutela della sicurezza del lavoro, perché individua in tali scelte l'origine di situazioni rischiose, che devono, pertanto, essere risolte alla fonte.

Correttamente, quindi, il decreto in esame evidenzia come un'efficace protezione possa avvenire solo tramite la prevenzione di situazioni di pericolo.

Anche la scelta terminologica suggerisce una "anticipazione teleologica"[108] del modello di tutela: il rischio è un giudizio basato su parametri scientifici incerti, quindi, una sua stima ha una capacità predittiva attenuata rispetto al pericolo, situazione che, invece, presenta condizioni di prossimità lesiva maggiormente significative. Nondimeno il rischio deve essere gestito, controllato, ridotto, in quanto – seppur con probabilità attenuata rispetto al pericolo – minaccia beni fondamentali. Da questo punto di vista, si impone al datore di lavoro una valutazione e una gestione preventiva di fattori di rischio, per evitare che degenerino in pericoli. La normativa degli anni '50 imponeva, invece, l'adozione di misure oggettive di protezione, ove già la situazione risultava connotata da elementi di pericolosità.

La suddivisione fra misure di protezione oggettive, di ordine tecnico legate alla predisposizione di impianti, macchinari, edifici sicuri e, quindi, connesse ad una pericolosità dei mezzi di produzione, e cautele, che impongono ai garanti di sicurezza e agli stessi lavoratori obblighi di diligenza, si attenua in un contesto, ove massima importanza assume proprio il modello produttivo e i fattori organizzativi.

La minaccia per la sicurezza dell'ambiente di lavoro non proviene dai mezzi, ma dal modo di produzione, come già in modo lungi-

[108] T. Padovani, *Il nuovo volto*, cit., 1165.

mirante aveva affermato Franco Bricola[109]. Non è, quindi, una pericolosità esterna, in relazione alla quale si attribuisce al datore di lavoro una posizione di garanzia, ma una intrinseca pericolosità della azione umana, *in primis* dell'organizzazione del lavoro, che impone l'adozione di misure prevenzionali nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, quale adempimento di un obbligo solidaristico, che è a fondamento e limite di libertà costituzionalmente garantite, come previsto dall'art. 41 Cost.

In generale, nel contesto normativo europeo si valorizza, inoltre, una implicita connotazione del termine "rischio", poco considerata dai giuristi, ma ben evidenziata dalla letteratura sociologica[110]: mentre il rischio è un carattere dell'agire umano, legato ad una decisione, quindi ad un'assunzione di responsabilità[111], il pericolo connota, invece, gli oggetti del mondo esterno.

A tal riguardo, il testo unico prevede due definizioni – di origine "comunitaria" – che sembrano chiaramente specificare questo aspetto distintivo dei due concetti: l'art. 2 lett. r) definisce il pericolo: "la proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni", quindi, un connotato oggettivo di un elemento esterno; mentre la lett. s) stabilisce che il rischio consiste nella: "probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle *condizioni di impiego o di esposizione* ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione"; un elemento, quindi, di probabile danno che scaturisce "dall'impiego", ovvero dallo svolgimento di un'attività[112].

---

[109] F. Bricola, *Responsabilità per tipo*, cit., 101.

[110] N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., 9, 30.

[111] Sulla relazione fra decisione, rischio ed imputazione della responsabilità penale si veda, da un punto di vista sociologico, A. Giddens, *Risk and Responsability*, in *Mod. Law Rev.*, 1999, 3. Evidenzia tale distinzione anche C Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 9 ss.

[112] Assolutamente critico sui concetti di rischio e pericolo delineati dalla normativa sulla sicurezza del lavoro: A. Alessandri, *Diritto penale*, cit., 78 ss. Non si può certo non condividere la valutazione in termini negativi rispetto al principio di determinatezza: «il rischio, termine sicuramente più nuovo (*à la page*) e introdotto nella nostra materia per arricchirla, può paradossalmente introdurre elementi d'inutile complessità e di pericolosa imprecisione, che sono già ampiamente e dannosamente penetrati nella legislazione e nell'applicazione giurisprudenziale».

Questa distinzione potrebbe agevolare l'individuazione dei centri di imputazione della responsabilità penale, ma anche facilitare una puntuale qualificazione delle condotte omissive e commissive, la cui distinzione è, alle volte, negletta nell'ambito della prassi giurisprudenziale[113].

In particolare, nell'accertamento della responsabilità penale, nei casi in cui l'omissione della misura di sicurezza non integra semplicemente un'ipotesi contravvenzionale, sanzionata dalla legislazione complementare, ma costituisce l'antecedente causale di un evento lesivo dell'integrità individuale o della vita, accade che il profilo omissivo della colpa generi confusione, determinando, a livello applicativo, l'annientamento della differenza fra agire omissivo e commissivo. Tuttavia, è opportuno rimarcare l'irriducibilità dal punto di vista fattuale e normativo della responsabilità colposa omissiva e di quella commissiva, per incardinare, correttamente, la responsabilità penale rispetto agli effettivi centri decisionali.

Il modello di responsabilità omissiva si spiega, infatti, in presenza di un pericolo, dovuto a fattori esterni, per cui risulta necessario individuare una situazione giuridica "speciale" che obblighi un soggetto ad intervenire, sulla base di un potere di fatto (o giuridico rispetto all'impedimento della condotta illecita altrui), normativamente rilevante, che lo renda capace di incidere su un decorso causale indipendente dal suo agire.

Sebbene si riconosca una posizione di garanzia, in particolare di controllo, al datore di lavoro, ciò non si traduce automaticamente nel riconoscere in capo a lui una responsabilità esclusivamente omissiva. Il più delle volte la situazione di pericolo ha la sua origine in una decisione "rischiosa", assunta dal datore di lavoro. In questo contesto, poiché l'agire positivo è, invece, dominato dall'agente, nel senso che questi produce e non solo controlla una situazione critica per i beni giuridici, l'adozione di cautele, quindi il sorgere di un dovere di diligenza, risulta di per sé doverosa, senza necessità alcuna

[113] M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologico probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 48; C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi assiologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

di ricercare un obbligo giuridico di impedimento, tale che giustifichi e legittimi un collegamento fra la posizione e la qualifica di un soggetto e la produzione di un evento.

La relazione fra l'agire positivo e la potenziale lesione dei beni giuridici è, infatti, immediatamente e concretamente desumibile da parametri empirici, che subordinano il comportamento umano all'adozione di cautele, la cui doverosità si desume dai limiti interni ed esterni, che specificano le norme di libertà. Il dovere di diligenza, quindi, si concretizza sempre in una aspettativa comportamentale definita dall'esperienza ed obbliga chiunque avanzi una pretesa di libertà a tutelare dei beni giuridici minacciati dal proprio agire.

Nel cercare una definizione di questa problematica distinzione, il concetto di rischio può assumere una funzione orientativa nell'individuazione dei luoghi e dei modi della responsabilità penale, con l'effetto di valorizzare il significato del binomio potere-dovere quale fondamento di un'aspettativa giuridica "esigibile".

Se si assume come presupposto che con il rischio entra in gioco il decidere, mentre ai pericoli si è esposti[114], sviluppando all'interno del sistema penale della sicurezza del lavoro tale distinzione si potrebbe semplificare la distinzione fra condotte commissive e condotte omissive.

In questo senso le situazioni pericolose indirizzano l'oggetto della valutazione su fattori diversi dall'agire umano, fattori – genericamente definibili come – ambientali, che richiedono l'individuazione di soggetti garanti, dotati di poteri di signoria su un decorso causale ad essi esterno, mentre all'agire rischioso si riconnette tendenzialmente un fare positivo.

Riproponendo tale distinzione su base normativa, le condotte commissive sarebbero caratterizzate dalla loro invasività nella sfera di appartenenza altrui, per cui, rispetto all'esercizio di attività rischiose, si può cogliere una tendenziale corrispondenza rischio-fattispecie commissive, per il fatto che solo l'agire legato ad una attività positiva può assumere un carattere rischioso, creando una minaccia reale o aumentando una situazione di criticità per i beni giuridici di altrui spettanza.

---

[114] N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, cit., 31.

L'omissione, invece, lascia inalterata la pericolosità del contesto di riferimento, per cui il pericolo è assunto come presupposto di una posizione di garanzia e rappresenta il contesto di produzione dell'evento tipico, rispetto al quale – in funzione del ruolo e del potere riconosciuto all'agente – è possibile anche ricostruire i termini di imputazione della responsabilità penale individuale[115]. Ma l'individuazione di un soggetto garante, dotato di poteri di signoria sulla fonte di pericolo, implica un'estraneità dell'agire umano rispetto alle potenzialità lesive, che si possono sviluppare in una situazione normativamente definita. In questo caso la responsabilità è legata alla mancata neutralizzazione o alla mancata diminuzione del pericolo.

Se la funzione della responsabilità omissiva risponde alla necessità di rafforzamento di tutela dei beni giuridici, individuando un centro di imputazione della responsabilità penale, distinto dal centro di produzione del danno, proprio perché attraverso il processo eziologico, che conduce al verificarsi dell'evento, non è possibile riconoscere un agire umano penalmente rilevante, ciò significa che la ricostruzione dell'imputazione della responsabilità non coincide con la definizione dei rapporti di derivazione materiale/causale dell'evento. Ma questa estraneità del datore di lavoro rispetto all'eziogenesi dell'evento lesivo non pare possa riconoscersi nell'ambito della sicurezza del lavoro. Come osserva la dottrina giuslavorista: "l'eziopatogenesi delle situazioni di lavoro è necessariamente organizzativa […]In altri termini la prospettiva organizzativa spiega la presenza di rischi e pericoli in essere nelle situazioni di lavoro come conseguenza di *scelte organizzative*, che riguardano gli attori, le tecnologie e le loro combinazioni"[116].

Anzi la scelta e il potere decisionale del datore di lavoro costituiscono il primo momento di un processo causale complesso, ma innegabilmente legato ad un agire positivo[117]. La decisione assunta

---

[115] F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 234 ss.

[116] Così L.E. Golzio, *Il modello di organizzazione e il sistema della sicurezza del lavoro*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi*, cit., 6.

[117] È possibile trovare un collegamento fra quanto qui sostenuto e le critiche mosse alla teoria dell'*Ingerenz*, che assume il fare precedente pericoloso quale fonte di un obbligo ex 40 cpv c.p. Come è stato argomentato l'agire precedente pericoloso non è fonte (almeno nel nostro ordinamento) di una posizione di garanzia,

nell'ambito della valutazione del rischio costituisce un criterio di imputazione della responsabilità, che trova conferma nella individuazione di posizioni di garanzia, ove si intenda con tale figura non solo la fonte di un obbligo di impedire l'evento *ex* art. 40 cpv c.p., ma il criterio per incardinare la responsabilità penale laddove effettivamente vengono assunte delle decisioni, quindi si esercita un potere[118].

La normativa di derivazione comunitaria valorizza questa distinzione e, giustamente, pone come fondamento e limite della responsabilità (anche penale) le modalità di produzione[119], ovvero una situazione di rischio, strettamente correlata all'agire umano e non più, invece, in base all'intrinseca pericolosità degli oggetti.

In questo senso, qualsiasi processo produttivo importa una percentuale di rischio ineliminabile, per cui è necessario strutturare un modello organizzativo di gestione del rischio, basato sulla miglior scienza e tecnica.

Proprio questa stretta correlazione fra gestione del rischio e organizzazione dei fattori produttivi costituisce un'indicazione di notevole rilevanza, che aiuta a collocare nella fase organizzativa il momento in cui l'obbligo di sicurezza deve incidere, costruendo,

---

non solo per l'assenza di qualsiasi criterio formale di distinzione e individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, ma soprattutto perché è lo stesso agire pericoloso ad essere assunto come causa dell'evento, senza necessità di individuare in fonti di natura consuetudinaria i presupposti di una responsabilità omissiva. Sul punto si rinvia a G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 277 ss.; M. Mantovani, *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 153 ss. in particolare nota 13; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 209, il quale con un'interessante puntualizzazione afferma che: «Anche quando la fonte di pericolo è ragionevolmente riconducibile ad una condotta antecedente, questa ultima non rileva in se stessa, ma assume soltanto il significato strumentale di determinare l'appartenenza della sorgente di pericoli alla sfera di signoria dell'agente. E la "posizione di controllo" del soggetto garante non deriverà dall'azione antecedente ormai esaurita, ma dalla signoria "attuale" sulla cosa pericolosa». In questo senso è possibile individuare delle posizioni di garanzia anche nell'ambito di attività rischiose, ma la produzione del danno sembra legarsi ad un processo esterno al soggetto responsabile, che ha invece solo una funzione di controllo, laddove l'azione umana sembra già esaurita.

[118] A. Alessandri, *Diritto penale*, cit., 147.

[119] F. Bricola, *Responsabilità penale per tipo*, cit., 101, secondo il quale questa forma di responsabilità assume una funzione sussidiaria rispetto a forme di controllo che preventivamente agiscono sul tipo di produzione eventualmente vietandola *ab origine*.

di conseguenza, un sistema di tutela effettivamente giocato su una strategia preventiva.

In questo modo, assumendo il potere (e la fase) decisionale come origine ed elemento di responsabilità, si valorizza anche il giudizio di colpevolezza nell'ambito di un sistema, caratterizzato da illeciti contravvenzionali, scarsamente sensibili a valutazioni personalistiche e, in particolare nella responsabilità di impresa, naturalmente attratta da forme di "responsabilità di posizione".

Il concetto di rischio riesce, quindi, a sintetizzare i diversi aspetti e le finalità della normativa a tutela dell'ambiente di lavoro: esso rappresenta un'indicazione fondamentale della tecnica di tutela, basato sull'anticipazione di tutela, ma evidenzia anche la stretta correlazione fra il potere del titolare dell'attività imprenditoriale e i correlativi doveri di sicurezza legati alla necessità di tutelare beni minacciati dai processi produttivi[120].

Tale costruzione della responsabilità dei vertici non comporta la lamentata "verticalizzazione" della responsabilità, ovvero l'allocazione automatica della responsabilità penale all'apice dell'orga-

[120] Sul punto C. E. Paliero, *La fabbrica del* Golem, cit., 508 ss., il quale evidenzia il cambiamento dei requisiti di imputazione della responsabilità penale, non più legata all'azione, ma definita in base alle *decisioni* assunte. La distinzione fra fare ed omettere perderebbe di significato secondo K. Volk, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in *Fest. für Tröndle*, Berlin, 1989, 219, il quale sottolinea l'inutilità di un approfondimento dogmatico finalizzato all'individuazione di un criterio distintivo fra le due forme di agire umano, ed evidenzia come il problema possa essere risolto solo attraverso una valutazione normativa che assuma come punto di partenza lo scopo di protezione della norma. Le forme di responsabilità omissiva infatti possono essere rilevate solo avendo riguardo alla situazione esterna e alla valutazione normativa di tali elementi fattuali. Nell'ambito di attività altamente tecnologizzate, paradossalmente utilizzando un criterio di tipo ontologico la responsabilità umana si legherebbe sempre a condotte omissive, laddove rispetto a sistemi di produzione non automatizzati la condotta umana risulterebbe sempre commissiva. Ritenendo inaccettabile questo criterio distintivo contesta qualsiasi tentativo di ridurre la distinzione tra fare ed omettere a prescindere dal contesto fattuale e normativo di riferimento. Considerare la responsabilità del datore di lavoro solo in chiave omissiva non consente, tra l'altro, di inquadrare la responsabilità penale di soggetti privi di obblighi di garanzia, come il responsabile del servizio di prevenzione e protezione o i consulenti, nell'ambito del concorso commissivo, come, invece, fa la giurisprudenza. Sul punto si veda la giurisprudenza citata da D. Pulitanò, *Gestione del rischio*, cit., 783.

nizzazione aziendale[121], anzi argina forme "estensive" di responsabilità omissiva, facilmente strumentalizzabili per esigenze di difesa sociale, che compromettono anche l'esatta comprensione del fenomeno criminale[122]. La giurisprudenza, infatti, è unanime nel ritenere penalmente rilevante il datore di lavoro, in quanto garante, anche quando i suoi poteri impeditivi siano indiretti e non immediatamente impeditivi[123], riconoscendo un concorso mediante omissione nell'illecito altrui. La facilità di rinvenire un obbligo di impedimen-

---

[121] Sul punto si veda D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, *passim.*

[122] Corrisponde ad un ben preciso "tatticismo probatorio" questa ambivalenza fra fattispecie commissive e omissive, così C.E. Paliero, *Il tipo colposo*, cit., 520, il quale evidenzia come: «Simile ambivalenza fa crollare, appunto, le *barriere di contenimento* tra i diversi elementi del tipo colposo (per lo meno, del tipo *criminologicamente* più *caratteristico*) ed è all'origine dello *slittamento* dei piani dell'accertamento, sicché, in definitiva, nella prassi la prova di uno qualsiasi degli elementi basta a "trascinare" con sé, surrettiziamente, anche la prova di tutti gli altri». Id., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, cit., 821. Evidenzia con chiarezza il carattere omissivo della colpa, costantemente confuso con l'omissione stessa M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., 138 ss. Sui delitti di obbligo e l'*Unterlassungsmoment*: F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss. Sul fondamento teorico che ha sostenuto la sovrapponibilità fra colpa ed omissione, si veda, in senso critico, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, cit., 126 ss. Mentre la confusione rispetto alle attività autorizzate fra colpa ed omissione è sottolineata da G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 390 ss. Sulla costante confusione fra obblighi di attivarsi e dovere di diligenza si veda: A. Alessandri, *Parte generale*, cit., 36 ss.; A. Gargani, *"Ubi culpa, ibi omissio". La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581. La logica del "caprio espiatorio" espressione di mere responsabilità da posizione trova realizzazione proprio attraverso l'implementazione artificiosa delle posizioni di garanzia, così: C. Piergallini, Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 571, 580.

[123] Sulla natura dei poteri che fondano la responsabilità omissiva, sebbene con posizioni diverse, si veda: L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1334; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 79, A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 142, 343; L. Risicato, *Combinazioni e interferenze di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 388; V. Torre, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 2012, 564. La flessibilizzazione delle categorie dogmatiche, più volte lamentata dalla dottrina, proprio nel settore della sicurezza del lavoro sembra assumere contenuti ideologici e valoriali, legati a considerazioni extra-giuridiche, sulla valorizzazione «*ideologico-assiologico*, in nome del quale si deformano i coefficienti di imputazione e a favore del quale

to, rilevante *ex* art. 40 cpv. c.p. è anche da imputare ad una interscambiabilità perniciosa, fra obblighi di impedimento e doveri di diligenza, che seppur, alle volte, contenutisticamente coincidenti, sono elementi distinti da accertare in modo autonomo nella ricostruzione della responsabilità omissiva colposa[124]. Tale sovrastima del momento omissivo della condotta colposa trasforma l'accertamento della causalità nell'accertamento della causabilità, attraverso paradigmi normativizzati, che consentono un ampliamento delle ipotesi di condotte impeditive esigibili[125].

Il *surplus* di normatività che caratterizza le fattispecie omissive colpose è viepiù aggravato dalla presenza di regole cautelari di natura protocollare o programmatica, quindi prive di indicazioni precet-

---

si risolve il bilanciamento tra esigenze di tutela e principi di garanzia»: A. Gargani, *La "flessibilizzazione" delle categorie*, cit., 407.

[124] Si veda la differenza posta da F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 97 e 230 nota 84, fra dovere di diligenza e obbligo di garanzia. L'identità e la funzione del dovere di diligenza e dell'obbligo di garanzia è tale anche in presenza di una coincidenza di fonti. Ciò implica che in assenza di un obbligo di garanzia è sempre possibile individuare una violazione del dovere di diligenza, sufficiente per l'affermazione di una responsabilità commissiva. Sull'adozione di cautele come limite implicito all'esercizio di un diritto si veda S. Canestrari, *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica,* in *Giust. pen.,* 1985, II, 520. Sulla coincidenza contenutistica fra obbligo di garanzia e dovere di diligenza si veda: M. Mantovani, *Il caso Senna*, cit., 155 e 162

[125] Così A. Gargani, *La "flessibilizzazione" delle categorie*, cit., 406 s. il quale evidenzia come, nell'ambito della causalità omissiva: «Si tratta di un tecnica di imputazione incentrata sull'utilizzazione di parametri desunti dall'osservazione epidemiologica quale succedaneo della causalità, in contesti […] di incertezza cognitiva o valutativa, dovuta alla morfologia reticolare dei fenomeni, alla rete causale multipla […], alla componente spiccatamente probabilistica e congetturale della spiegazione eziologica. Tali fattori hanno favorito lo svilupparsi di metodi di affievolimento del necessario rigore dell'accertamento, mutando il concetto di connessione causale in *propensione* verso il risultato lesivo». La Cass. SS.UU., 10 luglio 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50, con commento di A. di Martino, in realtà non ha mutato il quadro giurisprudenziale in tema di causalità omissiva, sul punto G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cas. pen.*, 2005, 1723, osserva come la sussunzione sotto le leggi scientifiche sia un espediente retorico per giustificare decisioni assunte su diversi paradigmi prasseologici. Si veda l'analisi critica di M. Ronco, *Aporie scientiste e certezze logico razionali: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 247. L'inutilizzabilità del c.d. procedimento per esclusione nel caso di causalità omissivi è evidenziata da L. Masera, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 497.

tive sul comportamento in concreto doveroso, autorizzando sostanzialmente il giudice ad un deformante giudizio retrospettivo, con determinazione *postuma* della regola cautelare[126]. È sempre possibile, infatti, individuare un *ipotetico* comportamento doveroso, omesso, che avrebbe impedito, secondo lo schema congetturale della causalità omissiva, l'evento tipico, offuscando, così, la distinzione fra *deficit* strategici, riconducibili ai vertici dell'impresa, e *deficit* operativi, ricollegabili a comportamenti di soggetti sottoposti. In particolare il riferimento all'art. 2087 c.c., come norma di chiusura dell'intero sistema preventivo-cautelare della sicurezza del lavoro, consente, in via interpretativa, di fondare anche un dovere di diligenza, dal contenuto assolutamente generico, introducendo, nel percorso argomentativo, forme occulte di responsabilità oggettiva[127], se non persino di responsabilità per fatto altrui, in cui la regola cautelare è individuata attraverso un procedimento *ex post*[128]. Tutto, infatti, è sempre riconducibile ad un *deficit* strategico, che ricostruisce in chiave omissiva la responsabilità del datore di lavoro[129].

---

[126] Sul punto si vedano le condivisibili osservazioni critiche di F. Mucciarelli, *I criteri di imputazione soggettiva*, cit., 195, e più in generale, sulla responsabilità colposa F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lienamenti di una teorica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 90.

[127] La stessa Cass. Sez. IV, 16 febbraio 2012, denuncia il rischio di una attribuzione di responsabilità su base oggettiva, ove non vi sia una specifica contestazione della regola cautelare violata: «all'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro di farsi *tout court* garante dell'"incolumità del lavoratore" e sulla base della considerazione che "l'evento danno è imputato al datore di lavoro sulla base della posizione di garanzia di cui ex lege è gravato". In tal modo si viene sostanzialmente a qualificare in termini di responsabilità oggettiva quella del datore di lavoro, ciò che il diritto penale non consente, nemmeno nei reati colposi che richiedono sempre e comunque che sia riscontrato il venire meno da parte dell'agente ad uno specifico obbligo cautelare».

[128] Sul punto si veda: A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie clasiche del reato*, cit., 404, 423; F. Giunta, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1296; D. Micheletti, *La normatività*, cit., 260; C. Piergallini, *Danno, da prodotto*, cit., 404, 419; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in G. Marinucci, E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Padova, 2003, 399 ss.; Id., *Regole cautelari*, cit., 145. Sull'impossibilità di individuare *ex ante* un modello di valutazione del rischio efficiente, che escluda l'imputazione colposa di un evento, F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 390.

[129] L'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa ed infortuni sul lavoro è granitico: non è necessario contestare una violazione di una specifi-

ca regola cautelare, in quanto soccorre sempre l'omnicomprensivo art. 2087 c.c. Si vedano, *ex pluribus:* Cass. Sez. IV, 18 dicembre 2012: «anche a prescindere da specifiche indicazioni normative di dettaglio a norma dell'art. 2087 c.c. spetta al titolare della posizione di garanzia di adottare, nell'esercizio dell'impresa, *tutte le misure che, in relazione all'attività prestata, si rendano necessarie a tutela della integrità fisica del lavoratore* (v. ex pluribus, Sezione 4, 27 febbraio 2007, parte civile F. in proc. C. ed altri). E va altresì ricordato che, in tema di reati colposi derivanti da infortunio sul lavoro, per la configurabilità dell'aggravante speciale della violazione delle norme antinfortunistiche (rilevante per la procedibilità di ufficio in caso di lesioni gravi e gravissime) *non occorre che sia integrata la violazione di norme specifiche dettate per prevenire infortuni sul lavoro, giacché per l'addebito di colpa specifica, è sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa della violazione del citato art. 2087, che fa carico all'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori* (Sezione 4, 4 luglio 2006, Civelli). […] In questa prospettiva, merita di essere ricordato che l'obbligo posto a carico dei titolari delle posizione di garanzia individuate, da ultimo, nel D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 2, comma 1, lett. b), d) ed e) di attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro è di tale spessore che non potrebbe neppure escludersi una responsabilità colposa dei medesimi allorquando non abbiano assicurato tali condizioni, pur formalmente rispettando le norme tecniche, eventualmente dettate in materia dal competente organo amministrativo, in quanto, *al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocumento a terzi*»; conf.: Cass. Sez IV, 26 ottobre 2011: «il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c., *in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'art. 40 c.p., comma 2* (v., tra le tante, Sezione 4, 12 giugno 2009, Lo Bello, non massimata)», Cass. Sez. IV, 19 maggio 2011. «E va altresì ricordato che in tema di reati colposi derivanti da infortunio sul lavoro, per la configurabilità dell'aggravante speciale della violazione delle norme antinfortunistiche (rilevante per la procedibilità di ufficio in caso di lesioni gravi e gravissime) *non occorre che sia integrata la violazione di norme specifiche dettate per prevenire infortuni sul lavoro, giacché per l'addebito di colpa specifica, è sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa della violazione del citato art. 2087, che fa carico all'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori*. In questa prospettiva, merita di essere ricordato che l'obbligo posto a carico dei titolari delle posizione di garanzia individuate, da ultimo, nel D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 2, comma 1, lett. b), d) ed e) di attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro è di tale spessore che *non potrebbe neppure escludersi una responsabilità colposa dei medesimi allorquando non*

Nell'ambito dell'imputazione colposa si registra, quindi, un'esasperata accentuazione del disvalore d'azione ed una totale obnubilazione del parametro dell'evitabilità (o dell'accertamento della causalità della colpa), nonché dell'esigibilità in concreto. Il reato d'evento subisce, in questo contesto, una destrutturazione in reato di mera condotta, con l'evento che gioca il ruolo di una condizione obiettiva di punibilità[130].

L'obnubilazione di tale fondamentale distinzione fra agire commissivo e omissivo, impedendo un'esatta individuazione della responsabilità penale nell'ambito dell'esercizio della attività di impresa, assume rilievo anche nella distinzione della responsabilità da reato della

---

abbiano assicurato tali condizioni, pur formalmente rispettando le norme tecniche, eventualmente dettate in materia dal competente organo amministrativo, in quanto, al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocumento a terzi. Infatti, il datore di lavoro – e gli altri soggetti investiti della posizione di garanzia – devono in proposito ispirare la loro condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con *assoluta* sicurezza»; ugualmente: Cass. Sez. IV, 6 novembre 2006: «Non è inutile ricordare, in proposito, che il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c., *in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'art. 40 c.p., comma 2*».

[130] Per queste valutazioni critiche si veda A. Gargani, *La "flessbilizzazione "giurisprudenziale delle categorie*, cit., 404: «Come è possibile intuire, nei contesti in esame, ogni qual volta si tratta di valutare l'evitabilità dell'evento, si corre il rischio di privilegiare la considerazione del disvalore in sé della condotta, prescindendo dagli effettivi poteri impeditivi e dalla reale esigibilità di un comportamento diverso. La facilità di slittamenti temporali, di fughe "in avanti" dei parametri valutativi della colpa mette "a dura prova" il carattere personale della responsabilità». Sull'emarginazione dell'evento dallo schema della tipicità e la sua collocazione nell'ambito delle condizioni obiettive di punibilità, da un punto di vista teorico, si veda, in senso critico, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, cit., 122 s., 129: «[…] ne può sicuramente scaturire la conseguenza – tratta da più parti – che di condizione di punibilità non si può davvero parlare: sia perché esso è avvinto all'interno delle figure in cui compare, da un immancabile nesso di causalità materiale, sia perché vi incarna scopertamente la lesione del bene giuridico assunto ad oggetto principale della tutela». Cfr., inoltre, D. Castronuovo, *La colpa penale,* cit., 128.

persona giuridica, per cui diventerebbero totalmente fungibili, a seconda della convenienza processuale, i presupposti di ascrizione della responsabilità previsti dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231 del 2001.

L'individuazione, invece, di una condotta commissiva permette di ricondurre gli elementi del fatto tipico su un piano della realtà materiale, consentendo una verifica della relazione causale, il cui paradigma esplicativo è comune a quello della causalità omissiva, ma da questa si distingue perché il legale eziologico intercorre fra due entità reali.

Il riferimento al rischio, nell'ambito delle attività produttive, non implica, infatti, il ricorso automatico a parametri di accertamento della causalità, ispirati al principio di precauzione, diversi ed alternativi rispetto ai criteri nomologici fondati su leggi scientifiche. Introdurre il concetto di gestione del rischio nell'ambito delle categorie penalistiche, non necessariamente implica la trasformazione dell'imputazione dell'evento in base al criterio dell'aumento del rischio. Come già evidenziato, il concetto di rischio consente, in questa accezione, solo di ricostruire la responsabilità del datore di lavoro su una condotta attiva, che, anche nell'ambito di attività rischiose, deve essere letta e valutata attraverso il criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche, per il nesso causale, e attraverso regole cautelari di tipo preventivo e non meramente precauzionali, per l'accertamento della colpa.

Pur nell'ambito di attività rischiose è sempre possibile individuare delle condotte, la cui pericolosità e lesività sia fondata su parametri nomologici di certezza, in grado di stabilire una relazione causale fra una condotta attiva ed un evento, e non semplicemente una relazione basata sul solo aumento del rischio, o sulla mancata diminuzione del rischio. Così la gestione del rischio in un'attività produttiva, che trascuri profili prevenzionali rilevanti, omettendo misure di sicurezza, la cui capacità preventiva è assolutamente incontestabile, non necessariamente esclude la possibilità di rinvenire leggi scientifiche per ricostruire il nesso causale e accertare la vilazione di regole cautelari. Ad esempio, l'uso dei dispositivi di protezione individuali, – come indossare un casco di protezione – su un cantiere edile di un impianto chimico, non trasforma la condotta del datore di lavoro necessariamente in una condotta omissiva, né implica che la valutazione in termini di

responsabilità penale per l'eventuale evento morte del lavoratore colpito da un oggetto, che causa un trama cranico, debba essere valutata attraverso parametri precauzionali e non su parametro nomologico consolidato, sia nell'accertamento della causalità che della colpa. Pur nell'ambito di un'attività rischiosa, vi possono essere delle situazioni in cui è possibile ricostruire in termini di una probabilità, scientificamente fondata, la rilevanza causale di una condotta colposa.

8. *Tutela penale della sicurezza del lavoro e autodisciplina: una riforma incompiuta*

Nel complesso sistema integrato di tutela, di "seconda generazione", l'intervento normativo mira a fronteggiare il rischio nell'esercizio di attività produttive, intervenendo sulla fonte, ovvero sulla stessa struttura organizzativa.

Questa nuova filosofia anima una politica legislativa volta – come più volte evidenziato – all'integrazione e alla complementarietà di diversi percorsi normativi, che non possono essere letti nell'ottica di tutela dei soli lavoratori, ma in quella della gestione globale delle potenzialità offensive che possono scaturire dall'esercizio dell'attività economica.

Se, tradizionalmente, il diritto persegue lo scopo di risoluzione dei conflitti tramite norme, che creano aspettative generalizzate di comportamento, nell'ambito di una società complessa e frammentata, la soluzione di situazioni conflittuali stenta ad essere individuata attraverso meccanismi regolativi generali ed astratti.

L'alternativa perseguita dal modello di diritto penale del lavoro, a livello europeo, è un "diritto procedurale", che segna una contrapposizione chiara: "fra una direzione sociale mediante la politica economica centralizzata e con l'ausilio di programmi giuridici di regolamentazione del comportamento, da un lato, e una direzione mediante meccanismi decentralizzati di autocontrollo nei quali il diritto statale regoli soltanto le circostante di cornice, dall'altro"[131].

[131] G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., 93, *passim*

Questa complessa azione di tutela sembra garantita, attraverso la dimensione procedurale del diritto, che ha implicato una decentralizzazione del sistema di controllo, allo scopo di garantire il mantenimento di una pluralità di alternative d'azione, la conciliazione dei dissensi, il cambiamento e la flessibilità della risposta normativa. L'azione del sistema legale così congegnato mira ad *indurre* alcuni comportamenti, ove la norma – anche penale – non svolge solo una funzione di comando, ma prevalentemente una funzione di integrazione dei conflitti fra i diversi sottosistemi e interessi contrapposti[132].

In questa ottica si giustifica la rilevanza penale che la violazione di procedure, volte ad una partecipazione equilibrata di istanze divergenti, assume nell'attuale assetto normativo del diritto penale del lavoro[133].

Il fulcro del disvalore penale delle fattispecie contravvenzionali, descritte nell'ambito della sicurezza del lavoro, sembra costituito dall'alterazione del modello "partecipativo", attraverso il quale soggetti pubblici e privati collaborano per individuare la soluzione ottimale.

Sul piano normativo, il risultato di questa complessa procedura co-gestionale è una disciplina aziendale (il documento di sicurezza), che, nell'ambito della disciplina della sicurezza del lavoro, specifica – come già rilevato – le modalità di adempimento del dovere di diligenza (*recte* il dovere di sicurezza), già individuato a livello legislativo, ovvero giunge alla positivizzazione delle regole cautelari, idonee a fronteggiare il rischio insito nella realtà produttiva, a livello aziendale.

Aver optato per forme privatistiche di disciplina, di mediazione, di negoziazione corrisponde ad un modello di c.d. *reflexive law* (*supra* cap.I), ove i nuovi compiti, che il diritto si propone, sono di armonizzare e di conciliare l'autonomia dei sistemi sociali con una prospettiva centralizzata di controllo da parte del *welfare state*.

A livello strutturale, in questa forma di co-legislazione è possibile rinvenire una analogia con altri modelli di illecito contravven-

---

132 J. Black, *Costitutionalising*, cit., 24, 47.

133 T. Padovani, *Il nuovo volto*, cit., 1157; D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza*, cit., 388.

zionale, basati su forme di integrazione fra fonte legislativa e fonte regolamentare o sul modello ingiunzionale. Così come l'intervento della P.A., in questo caso, è finalizzato alla definizione delle condizioni di liceità dell'attività pericolosa, attraverso un contemperamento in concreto delle esigenze contrapposte[134], anche il complesso meccanismo, individuato attraverso paradigmi consensuali e di co-gestione di *risk management* e di *risk assessement*, ha come scopo la definizione "partecipata" del rischio giuridicamente approvato.

Entrambi i meccanismi di integrazione, quindi, possono essere utilizzati in un'ottica strumentale a una logica preventivo-precauzionale, in cui la determinazione delle regole di diligenza si modula attraverso valutazioni in concreto del rischio situazionale. Proprio tale specificità del precetto cautelare garantisce una maggiore efficacia preventiva.

Permangono, tuttavia, alcune fondamentali differenze fra illecito contravvenzionale posto a tutela del procedimento amministrativo di risoluzione dei conflitti (ovvero tutela di funzioni di vigilanza e controllo, sempre funzionale ad una logica preventivo-cautelare) e illecito contravvenzionale incentrato su un modello "privatistico" di tutela (ovvero posto a tutela di una partecipazione e di una democratizzazione del sistema aziendale), differenze che sembrano compromettere la struttura della "*responsive regulation*", lasciando emergere una certa propensione del legislatore italiano verso forme di regolamentazione centralizzata e pubblicistica.

La maggiore differenza fra disciplina pubblica e quella privata affiora nella rilevanza giuridico-penale della regola cautelare prodotta attraverso questi due modelli regolativi, uno legato alla mediazione della P.A. e l'altro ad una struttura aziendale.

Mentre nel modello "pubblicistico", l'ingiunzione o l'autorizzazione integrano il precetto penale, in alcuni casi perché definisce la soglia del pericolo astratto, altre volte perché delinea il contenuto del dovere di diligenza, viceversa la rilevanza che la regola "privatistica" assume nella concreta prassi giurisprudenziale, appare esclu-

[134] Modello di riferimento è il diritto penale dell'ambiente, sul punto M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a strutura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, *passim*, o la normativa urbanistica, cfr.: M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività*, cit., 214 ss.

sivamente interna al sistema aziendale, senza che i rapporti di sicurezza e le modalità aziendali di definizione dell'attività produttiva possano vincolare il giudice nell'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro e gli altri garanti della sicurezza.

La limitata rilevanza della disciplina interaziendale può, in qualche modo, essere spiegata dal diffuso scetticismo verso modelli di integrazione privatistici, scetticismo causato, sostanzialmente, dall'assenza di efficaci strumenti di controllo esterno, che operino *ex ante* sul processo di autoregolamentazione aziendale e dalla scarsa incisività dell'intervento (ove previsto) di vigilanza e di controllo preventivo della P.A.

La disciplina aziendale, in questo specifico contesto, caratterizzato da un *deficit* dell'azione amministrativa, definisce (e può solo definire) le modalità di ripartizione dell'obbligo di garanzia e del dovere di diligenza, senza che possa assurgere effettivamente a ruolo di autodisciplina, ovvero di fonte privata. La sua validità è, infatti, pur sempre subordinata ad un processo di formalizzazione da parte dell'ordinamento giuridico, che avviene tramite una "convalida giurisprudenziale" *ex post*, senza che assuma rilevanza alcuna il rinvio legislativo, contenuto nel testo unico. L'inosservanza del documento di sicurezza non è, tra l'altro, presidiata da alcuna sanzione "pubblica": il messaggio che sottende questa scelta è chiaramente di sfiducia e scetticismo verso forme privatistiche di definizione della soglia del rischio consentito, atteggiamento che determina un indebolimento dell'efficacia vincolante delle regole autonormate, che tutt'al più possono solo contare su meccanismi disciplinari aziendali.

Lo stesso legislatore sembra mantenere un atteggiamento di *self-restraint*, rispetto ad altre norme espressione di autonomia privata, previste e definite nel testo unico. La definizione di "norma tecnica", contenuta alla lettera u) art. 2 denuncia tale atteggiamento "prudente" del legislatore italiano che, espressamente, a prescindere dalla fonte da cui promana, prevede che la sua osservanza non sia obbligatoria[135]. La "norma tecnica" è emanata da organismi di nor-

[135] Sul punto G. Natullo, *L'assetto delle fonti, le abrogazioni e le disposizioni finali*, in L. Zoppoli, P. Pascussi, G. Natullo, Milano, 2010, 41, il quale menziona il disegno di legge n. 2003, ove si attribuiva maggior rilievo alle norme tecniche, in modo da consentire un aggiornamento automatico.

malizzazione, che prevedono una partecipazione "mista" ed esprimono un sapere nomologico, oggettivo e condiviso all'interno della comunità scientifica e dai diversi attori del sistema economico. Negare il carattere obbligatorio a tali norme preclude la possibilità di definire in modo oggettivo lo *standard* di esigibilità e di superare il *deficit* di tassatività, connaturato ad un sistema di gestione del rischio legislativamente definito. Il vero rischio è, quindi, un arbitrio giudiziario, che compromette la certezza del diritto e, di conseguenza, delle relazioni economiche.

Anche il riferimento alla "buone prassi", definite alla lett. v) dell'art. 2[136], appare più una clausola di stile, che "chiosa" diverse disposizioni del testo unico, senza che, in concreto, sia possibile individuarne la funzione precipua, nell'individuazione della responsabilità del datore di lavoro. Ciò, sebbene l'adozione di codici di condotta e di buone prassi venga incentivato attraverso la previsione di "sanzioni premiali", di cui all'art. 11 del testo unico[137].

Controversa, inoltre, nell'ottica di implementazione dei meccanismi di regolamentazione di tipo *riflessivo*, è la scelta di escludere la contrattazione collettiva, fra le possibili fonti integratrici degli obblighi prevenzionali, legislativamente predeterminati. Sebbene il legislatore delegante, all'art. 1 comma due, lett. l) della l. n. 123/2007, avesse previsto una valorizzazione della contrattazione collettiva, attraverso rinvii legislativi, non pare che il legislatore delegato, abbia accolto tale invito[138]. Il rischio di un coinvolgimento del sindacato, più volte paventato dalla dottrina[139], è quello di una

---

[136] Testualmente: «soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, elaborate e raccolte dalle regioni, dall'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (ISPESL), dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) e dagli organismi paritetici di cui all'articolo 51, validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'articolo 6, previa istruttoria tecnica dell'ISPESL, che provvede a assicurarne la più ampia diffusione».

[137] G. Natullo, *L'assetto delle fonti*, cit., 42.

[138] G. Natullo, *L'assetto delle fonti*, cit., 43.

[139] L. Montuschi, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986. Sul punto si veda anche: M. Mantovani, *L'esercizio*, cit., 199. Diff. A. Baratta, *Principi di diritto penale minimo*, cit., 442, il quale prospetta una depenalizza-

possibile "monetizzazione" della salute, obiezione, tuttavia, superabile se alla contrattazione collettiva venisse riconosciuta una funzione complementare, integrativa e migliorativa degli *standards* obbligatori e dei modelli organizzativi, al fine di potenziare, all'interno delle procedure si sicurezza, anche la rappresentanza sindacale della sicurezza[140].

Anche lo stesso modello partecipativo adottato dal legislatore italiano si pone, inoltre, come una "versione debole", che meriterebbe una maggiore valorizzazione dell'attività dei lavoratori e delle rappresentanze sindacali, nel perseguire una strategia di democrazia diffusa, secondo quanto espresso dal principio di precauzione. Comparativamente, l'esperienza nordamericana predilige un modello partecipativo, comparativamente, "forte", ove l'intervento dei lavoratori e delle rappresentanze dei lavoratori assume un ruolo determinante sia nella definizione degli *standards* dell'OSHA, che nella definizione delle politiche aziendali di sicurezza. Il lavoratore svolge, inoltre, una funzione essenziale nelle dinamiche di autoispezione e autocontrollo, attivando spesso dei campanelli d'allarme, che il datore di lavoro e il *management* non possono ignorare, sia perché ciò costituirebbe prova dell'*organizational fault*, ma anche perché l'intervento dell'organo di controllo e vigilanza può essere richiesto dagli stessi lavoratori, che hanno il diritto di assistere alle ispezioni,

---

zione della sicurezza del lavoro, in modo da attribuire al sistema politico la risoluzione dei conflitti inerenti al mondo del lavoro. Tuttavia l'esperienza italiana dimostra come la sicurezza gestita politicamente, quindi attraverso sindacati ed istituzioni politiche e amministrative abbia sempre trovato soluzioni di compromesso fra l'esigenza di posti di lavoro e tutela dell'ambiente e tutela della sicurezza del lavoro: si veda a tal riguardo la responsabilità del sindacato nel caso Ilva, nel caso di Porto Marghera e nel caso Thyssen, solo per citare gli esempi più eclatanti.

[140] Una partecipazione "debole" della rappresentanza sindacale della sicurezza, con attribuzione solo di una funzione consultiva, si è dimostrata assolutamente ineffettiva, come dimostra il dato che tale parere viene disatteso nel 63% dei casi sul punto: M. Ricci, *Sicurezza del lavoro: controllo e partecipazione sindacale tra* iure condito *e* iure condendo, cit., 119. Il dato empirico evidenzia come nell'ambito delle grandi imprese, ove si è valorizzata l'esperienza partecipativa, attraverso un rafforzamento del ruolo collaborativo della RSPP, prevedendo attraverso le *best practices* un loro intervento obbligatorio e vincolante, sia migliorata, di conseguenza, anche il sistema di sicurezza, in questo senso: P. Campanella, *I rappresentanti della sicurezza*, cit., 507.

compiute in azienda dall'OSHA, offrendo un apporto collaborativo fondamentale.

Queste brevi riflessioni delineano un volto controverso del diritto penale del lavoro in Italia, che risulta plasmato su un modello formalistico – ed inefficace – di legalità, in cui il ruolo dell'autodisciplina e delle fonti privatistiche è talmente ridimensionato, da rendere difficile scorgere nette linee evolutive dell'ordinamento giuridico verso un modello di decentralizzazione normativa o *responsive regulation*.

L'impressione, che sembra emergere da un'analisi del sistema normativo sulla sicurezza del lavoro, è quella di una "truffa delle etichette", ove la filosofia di fondo, pur apparentemente aderente ad un modello normativo decentralizzato, è sempre ispirata ad un sistema coercitivo di *command and control*, poco flessibile e legato a forme di controllo pubblicistico, centralizzato e alle volte ridondante, anziché di prediligere strategie regolative complesse ed articolate su strumenti promozionali, misure finanziarie, incentivi in modo da favorire una volontaria adesione ad un programma di sicurezza delineato in una duttile cornice pubblicistica[141].

La strada di decentramento normativo, pur timidamente intrapresa, presuppone, tuttavia, da un alto, una coraggiosa scelta di delegificazione di ambiti di attività e di settori esclusivamente tecnici e, dall'altro, un sostanziale rafforzamento dell'apparato pubblicistico di controllo dei meccanismi di autoregolamentazione aziendale.

Le considerazioni critiche sulla legislazione italiana non si limitano, tuttavia, alla rilevazione di una mancata recezione di nuovi modelli di tutela, ma deve necessariamente allargarsi anche a caratteri tipici dell'ordinamento italiano, che, da sempre, hanno causato un *deficit* di effettività. La struttura sanzionatoria, basata in modo preponderante su illeciti contravvenzionali, risulta, tuttavia, priva di un essenziale "avamposto" di governo delle attività produttive, che avrebbe assicurato una modalità di intervento flessibile ed anticipato rispetto a situazioni dotate di maggiore significatività lesiva. La scarsa presenza di sanzioni amministrative sembra, infatti, mina-

[141] Per una valutazione critica si vedano, inoltre, P. Campanella, *I rappresentanti della sicurezza*, cit., 477; M. Ricci, *Sicurezza*, cit., 116.

re proprio questa prospettiva di tutela preventiva, giocata su aspetti funzionali, strumentali dell'attività di vigilanza ed autotutela dei soggetti coinvolti nell'ambito dell'organizzazione produttiva[142].

Una più decisa valorizzazione della sanzione amministrativa, pur implicando un serio rischio di erosione e di «amministrativizzazione dell'illecito penale»[143], avrebbe, tuttavia, coadiuvato l'intervento penale, delimitando sfere di illiceità pre-penale, con l'indubbio vantaggio di favorire un controllo amministrativo, essenziale per il funzionamento di un sistema – come quello della sicurezza del lavoro – basato su un'azione coordinata giuridico-amministrativo[144].

Nel nostro ordinamento si registra una cronica e giustificata diffidenza verso l'efficacia dell'azione amministrativa, scetticismo che si spiega anche alla luce della difficoltà di individuare in modo preciso l'autorità di controllo[145].

Notevoli sono le inefficienze, le sovrapposizioni e conseguentemente le relative de-responsabilizzazioni degli organi di vigilanza pubblica nell'ambito della sicurezza del lavoro, anche nell'ambito del sistema di controllo delineato dal d.lgs. n. 626/94 e ripreso, totalmente inalterato, anche nel testo unico d.lgs. n. 80/2008

---

[142] Lamenta l'assenza di un "approccio olistico" che avrebbe offerto maggiori risultati in termini di effettività, S. Dovere, *Le fattispecie sanzionatorie di carattere generale*, in B. Deidda, A. Gargani, (a cura di), cit., 237. Sul ruolo degli illeciti amministrativi nell'ambito della sicurezza del lavoro, si veda l'indagine comparata di D. Castronuovo, *Sicurezza del lavoro*, cit., 9.

[143] F. Palazzo, *I confini della tutela*, cit., 453. Secondo M. Donini, *Modelli di illecito penale*, cit., 237: «*L'illecito contravvenzionale*, tuttavia, risulta *ancora così assorbente*, in alcuni settori, da *costituire un blocco per lo sviluppo di un apparato amministrativo efficiente di protezione (si preferisce non riformare la P.A., lasciando che sia invece il giudice penale*, ex post, *a "controllarla", nel limite del suo sindacato di legalità) e, ad un tempo, una remora allo sviluppo penalistico del principio di "offensività"*». Diversa, invece, è stata la scelta della Commissione ministeriale, presieduta dal prof. Fiorella e nominata dal Ministro, prof.ssa Paola Severino, che ha escluso il settore della sicurezza del lavoro dalle ipotesi di depenalizzazione, senza distinguere fra illeciti meramente formali, che più opportunamente avrebbero dovuto seguire un processo di degradazione, e illeciti effettivamente espressivi di maggiore disvalore penale, da mantenere nel sistema punitivo principale, eventualmente anche rafforzando la tutela penale.

[144] M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., *passim*; F. Giunta, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097.

[145] Sul punto C.E. Paliero, "Minima non curat", cit., 58.

Le ambizioni "preventive" del modello europeo rischiano, quindi, di infrangersi contro l'inefficienza e il mancato coordinamento del sistema amministrativo, inficiando conseguentemente anche il programma sociale basato su un'azione integrata e complessa del sistema politico, amministrativo ed aziendale[146].

La carenza di un apparato amministrativo efficiente si coniuga con una scelta di politica legislativa poco condivisibile: posto di fronte all'alternativa se perpetuare un sistema iperregolamentato o procedere, invece, ad un "alleggerimento" del carico normativo attraverso una politica di delegificazione e di depenalizzazione, il legislatore italiano sembra aver mantenuto un contegno conservatore, anche se alle volte contraddittorio[147]. Pur avendo innovato fortemente sul contenuto dei precetti prevenzionali e precauzionali, introducendo un quadro normativo di tipo procedurale, il legislatore, tuttavia, piuttosto che rinviare in modo più incisivo a privati o a fonti regolamentari l'emanazione della disciplina settoriale, secondo quanto l'esperienza comparata suggerisce, ha conservato una potestà normativa esclusiva anche su aspetti tecnici e, in particolare, ha alimentato una prassi giurisprudenziale che sistematicamente ostacola processi di giuridificazione di regole cautelari di fonte privata.

Il quadro normativo è frutto, quindi, di una scelta poco coraggiosa e compromissoria fra spinte innovative, verso la delegificazione e un certo conservatorismo (ideologico), ancorato ad una rassicurante iperregolamentazione. Il risultato è un'anomalia del sistema normativo, in cui la struttura precettiva sembra tendere verso un modello legislativo di *responsive regulation*, mentre la pletora di disposizioni che caratterizza la legislazione sulla sicurezza del lavoro conferma una propensione del nostro legislatore per una (asfissiante) normazione di fonte statuale, che si traduce il più delle volte in un'insufficiente e incompleta salvaguardia dei beni giuridici[148].

---

[146] C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto*, cit., 507; Id., *L'autunno del patriarca*, cit., 1220.

[147] L. Montuschi, *I principi generali*, cit., 44.

[148] Sulla difficoltà di "trapiantare" modelli regolativi nel contesto italiano, per le peculiarità del nostro sistema, in riferimento alla responsabilità degli enti A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1939, 1966, 1970.

Non possono tacersi le forti perplessità circa il rischio di scarsa effettività che la normativa in esame corre. Il suo funzionamento è strettamente connesso alla diffusione di un modello di relazioni industriali fortemente ispirato da una cultura e da un'etica d'impresa, poco radicate nella realtà italiana ed estranee tanto ai soggetti privati, quanto all'autorità di controllo. La sperimentazione di un modello partecipativo e il "trasferimento" di un frammento essenziale del potere normativo al sistema di relazioni intrecciatesi all'interno dell'azienda, implica un processo di responsabilizzazione, che, per quanto perfetta, nessuna legge può garantire.

La mancanza di una cultura della sicurezza[149] è testimoniata dal fatto che per il datore di lavoro la valutazione del rischio è solo un adempimento burocratico, per cui il documento di sicurezza è alle volte molto generico. A questo scarso impegno del datore di lavoro, corrisponde una scarsa valorizzazione, nella prassi applicativa, dei documenti di sicurezza, per cui il giudice tende ad invalidare le regole cautelari di fonte privata, a causa della loro eccessiva genericità[150].

La valutazione dei rischi non è, quindi, in grado di incidere sull'individuazione della regola cautelare, ma è la regola cautelare, di "fonte giurisprudenziale", che definisce il contenuto della valutazione dei rischi, creando un sistema di forte incertezza giuridica, assolutamente eccentrico alle ambizioni del modello regolativo adottato, in astratto, dal legislatore.

Il sistema giuridico, in questo senso, essendosi spogliato di notevoli poteri "regolativi", attraverso una "delega" al datore di lavoro, "debitore di sicurezza" rispetto agli scopi precauzionali sanciti dal decreto, aspira a svolgere una funzione "pedagogica", per cui il messaggio "normativo" assume una coloritura fortemente simbolica, che guida (o dovrebbe guidare) i suoi destinatari nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, in primo luogo predisponendo un sistema normativo endoaziendale.

---

[149] M. Ricci, *Gli organismi paritetici e il fondo di sostegno*, cit., 523 ss. 522; Id., *Sicurezza del lavoro*, cit., 122. Sottolinea la totale assenza di una cultura della sicurezza, per cui l'effettività delle misure prevenzionistiche sarebbe da paragonare al "ruggito di un coniglio".

[150] Sulla genericità del documento di valutazione dei rischi, come causa di una programmazione deficitaria, si veda: Cass. Sez IV, 15 novembre 2011.

Il diverso atteggiarsi del sistema giuridico richiede, tuttavia, un mutamento di strategia che dovrebbe coinvolgere tutti i destinatari del precetto, quindi anche le autorità deputate al controllo e all'attuazione della politica di sicurezza[151], che dovrebbero pertanto mutare prospettiva d'azione, finalizzandola non più alla repressione, bensì alla prevenzione[152].

9. *Il disincanto della giurisprudenza e lo scetticismo del legislatore: i modelli organizzativi e la responsabilità degli enti*

L'analisi della disciplina sulla sicurezza del lavoro ha evidenziato un atteggiamento ricorrente nel sistema giuridico italiano, ove emerge uno scetticismo, se non anche una sottile avversione, verso forme di normazione privata e, prima ancora, verso modelli di tutela preventiva.

Il disincanto della giurisprudenza verso forme di autodisciplina affiora chiaramente nell'orientamento, ormai consolidato in materia di sicurezza del lavoro, che esautora la funzione della prassi aziendale e dei documenti di sicurezza, elaborati nell'ambito della valutazione del rischio, negando loro rilevanza come parametro normativo vincolante, su cui costruire l'imputazione dell'evento nei reati colposi. Tuttavia l'atteggiamento della giurisprudenza non pare di netta chiusura, in quanto nell'argomentazione cui normalmente ricorre, si riconosce al documento di sicurezza la funzione di individuare la regola cautelare valida nell'ambito della singola azienda. Nondimeno sulla base di questa affermazione, meramente astratta, segue sempre la condanna, dovuta all'inefficacia impeditiva della misura preven-

---

[151] La consapevolezza da parte delle agenzie di controllo, dell'inutilità di un approccio esclusivamente punitivo spiegherebbe secondo S. Dovere, *Le fattispecie sanzionatorie di carattere generale*, cit., 239, l'elevata cifra oscura delle fattispecie codicistiche a tutela della sicurezza del lavoro, per l'atteggiamento "prudente" degli organi di controllo.

[152] Questa è, in realtà, la funzione che dovrebbe svolgere il Comitato di cui all'art, 6 del T.U. G. Dondi, *Vigilanza e controlli*, in L. Montuschi (a cura di), *op. cit.*, 240; G. Loy, *Linee di tendenza*, cit., 28; M. Ricci, *Alcune osservazioni*, op. cit, 55; C. Smuraglia, *Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, in M. Ricci (a cura di), op. cit., 74

zionale in concreto assunta nell'ambito della valutazione del rischio. In questo modo, viene scardinato tutto il sistema su cui si basa il modello prevenzionale basato sulla *risk regulation*, in quanto la genericità del precetto legislativo, che dovrebbe essere ridotta proprio tramite il rinvio a fonti di autodisciplina, persiste, autorizzando la prassi giurisprudenziale a invalidare la co-regolamentazione del rischio fra pubblico e privato.

La responsabilità di questo fallimento, come in parte già evidenziato e come si avrà ancora modo di evidenziare ulteriormente, è, comunque, da attribuire, almeno in parte, al legislatore, sia per la cattiva tecnica legislativa, che rende alle volte assolutamente oscuro il precetto legislativo[153], sia per la mancata riforma del sistema della sicurezza del lavoro, limitatamente all'apparato di *enforcement*.

L'atteggiamento emerso in materia di sicurezza del lavoro trova assoluta corrispondenza nella prassi, che, in materia di responsabilità da reato degli enti, manifesta analoga indifferenza – se non di sistematica mortificazione – verso i modelli organizzativi[154]. In questo caso il percorso argomentativo fa leva su di un *deficit* organizzativo, che evidenzia l'inidoneità delle misure assunte dall'ente per prevenire il rischio del reato[155], valutato sulla base di una relazione assolutamente astratta fra modello organizzativo e il tipo di reato che in

[153] Sul punto si veda il giudizio *tranchant* di M. Donini, *Modelli*, cit., 204.

[154] La prima decisione edita che proscioglie l'ente per responsabilità da reato, è del Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Soc.*, 2010, 473, con commento di C. E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata*, in *ivi*, 476.

[155] Sul punto: A. Alessandri, *Diritto penale*, cit., 83; E.R. Belfiore, *Colpevolezza e rimproverabilità*, cit., 1747, 1752; G. Forti, *Uno sguardo*, cit., 1276. Così A. Fiorella, *La colpa dell'ente per difettosa organizzazione generale*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale*, cit., 269, il quale afferma che «L'idea di un *colpa "normativa" dell'ente, combinata con quella della sua verifica alla stregua di una norma generalissima* che il giudice possa manipolare come vuole, corrisponde in altri termini alla più chiara forma di responsabilità oggettiva (se non, sotto aspetti diversi, ad una vera e propria responsabilità per fatto altrui)».

concreto si è realizzato[156], che sembra richiamare lo schema di relazione causale *post hoc propter hoc*[157].

Di fatto si è trasferito sul piano della colpa d'organizzazione, il medesimo schema prasseologico diffuso nell'ambito della colpa generica, senza apprezzare, invece, il significato dell'innovazione legislativa che aveva posto come presupposto della responsabilità dell'ente, in realtà, «l'inosservanza *di regole cautelari procedurali (o protocollari)*»[158], come causa dell'evento-reato. Come per la responsabilità colposa, la struttura dell'illecito subisce una destrutturazione ad opera della prassi, che sembra ricostruire la responsabilità dell'ente sullo schema del reato di pericolo, in cui la prevenzione del rischio-reato costituisce solo la *ratio* di tutela, non anche un elemento di tipizzazione delle regole cautelari autonormate.

Occorre a questo punto domandarsi se sia opportuno assecondare la prassi giurisprudenziale, costruendo la responsabilità da reato degli enti sulla formula dei reati di pericolo[159]. Nell'afasia del legislatore[160], questa interpretazione non si porrebbe, astrattamente, come *contra legem.* Tuttavia, anche le diverse opzioni dogmatiche non devono semplicemente razionalizzare le scelte della prassi, nel tentativo di armonizzare, tra loro, tutte le parti del sistema giuridico, ma

---

[156] Sulla necessità, invece, di ricostruire la colpevolezza d'organizzazione sulla base di una relazione specifica fra *deficit* organizzativo e singolo fatto criminoso, M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Riv. soc.*, 2002, 409; nello stesso senso C. E. Paliero, *La società* punita, cit., 1516 ss.

[157] Sul punto: O. Di Giovine, *Sicurezza*, cit., 1330; A. Gargani, *Delitti colposi*, cit., 1967.

[158] Opera tale distinzione F. Giunta, *Attività bancaria*, cit., 13; Id., *Il reato come rischio di'impresa*, cit., 246.

[159] Sulla questione dogmatica se la responsabilità degli enti sia fondata su un illecito colposo o un illecito di rischio, C.E. Paliero, *La società* punita, cit., 1545. Per ulteriori approfondimenti: C. Piegallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale*, cit., 2099, in particolare, sulla differente rilevanza di regole cautelari, sostanzialmente volte alla prevenzione del rischio reato e regole cautelative, di tipo procedurali volte alla riduzione del rischio.

[160] G. de Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137, descrive l'assenza di indicazioni legislative, come una «sostanziale afasia legislativa in ordine ai più puntuali parametri normativi».

devono confrontarsi con la realtà empirica e devono essere "orientate alle conseguenze", svolgendo una essenziale funzione critica.

De iure condito, assumere l'illecito dell'ente come illecito di pericolo appare l'interpretazione più adeguata per spiegare il significato della lett. a dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, ove il riferimento ai "modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" suggerisce una valutazione *ex ante*, tramite cui verificare che il modello organizzativo non presenti un *deficit* strategico, tale da comportare l'aumento del rischio della realizzazione di certi eventi-reato, corrispondenti al reato in concreto verificatosi[161]. In questo modo, l'onere probatorio posto a carico dell'ente dall'art. 6, non implicherebbe una *probatio diabolica*, che rende del tutto virtuale la possibilità di dimostrare l'estraneità dell'ente rispetto al reato realizzato dai soggetti apicali. Sarebbe, infatti, sufficiente dimostrare che il modello organizzativo e di gestione aveva previsto nel suo raggio di intervento anche il tipo di reato verificatosi e che erano state adottate procedure tali da garantire un processo decisionale "virtuoso"[162].

Diversamente, costruendo la responsabilità dell'ente come illecito di danno, l'ente dovrebbe dimostrare, attraverso un percorso argomentativo simmetrico a quello della causalità omissiva, ma inverso, che non esistono, in assoluto, modelli di organizzazione e di gestione alternativi, in grado di evitare in concreto l'evento-reato.

La razionalità di tale prospettiva interpretativa, che muove dall'ipotesi di una responsabilità legata ad un illecito di pericolo dell'ente, si dimostra totalmente coerente, in particolare, rispetto ai reati dolosi, quindi i reati/decisione, realizzati da soggetti apicali, in cui non è possibile fare affidamento su parametri nomologici, tali da

---

[161] Correttamente, quindi, G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparati*, Pisa, 2012, 229, ove afferma che: «basterà verificare che il fatto della persona giuridica, inteso come *deficit* dell'organizzazione, abbia determinato un aumento del rischio di verificazione di certi eventi-reato o di certi accadimenti lesivi impersonali – che, nell'economia della fattispecie ascrittiva, vengono ad assumere il ruolo di mere condizioni obiettive di punibilità – e che poi tale rischio si sia realizzato nell'evento concretamente verificatosi».

[162] Di fatto l'ente assume la veste di "garante della legalità", sul punto: G. De Francesco, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 752.

poter fondare un processo imputativo su di una valutazione *ex post* di tipo causale[163].

I reati di pericolo, tuttavia, condividono la medesima base nomologica dei reati di danno, causalmente orientati, per cui le difficoltà probatorie che si incontrano nell'ambito dell'accertamento causale, sono per molti versi analoghe a quelle che si affrontano nella verifica del pericolo concreto. Se la scelta dell'anticipazione di tutela è, quindi, dettata allo scopo di conseguire una semplificazione probatoria, aggirando le difficoltà di accertamento del nesso causale, allora la scelta dovrebbe cadere su illeciti di mero rischio, se non anche sull'illecito di mera trasgressione di doveri organizzativi. In un'ottica di anticipazione di tutela, un modello organizzativo orientato ad uno scopo generico di garantire la legalità nell'esercizio dell'attività di impresa, rischia di trasformarsi, però, in un mero ossequio labiale alla cultura della prevenzione, se non supportata da un apparato sanzionatorio para-penale e da illeciti minori, volti a incidere preventivamente sulle carenze organizzative.

In conclusione, la strutturazione in via interpretativa dell'illecito dell'ente come illecito di pericolo, dovrebbe comportare anche un rafforzamento della strategia preventiva, richiedendo un intervento riformatore. *De iure condendo*, se lo scopo è quello di implementare l'efficacia preventiva della disciplina della responsabilità degli enti, sarebbe opportuno approntare una strategia regolativa in cui diversificare e graduare la risposta punitiva attraverso illeciti amministrativi e illeciti contravvenzionali, prevedendo una responsabilità dell'ente esclusivamente basata su *deficit* organizzativi, svincolata dal verificarsi dell'evento-reato, così come, del resto, previsto per il datore di lavoro, nell'ambito del testo unico.

---

[163] Sulla distinzione fra reati/decisione e reati in attività: C. Piergallini, *Paradigma*, cit., 2084: nel caso dei reati decisione, ovvero gli illeciti dolosi, mancando un quadro nomologico di riferimento, e avendo a che fare con illeciti dolosi, quindi comportamenti umani, si può solo prevedere un sistema di contenimento del rischio, non anche la possibilità di evitare il reato, che può sempre essere realizzato tramite comportamenti elusivi, che sfuggono alla capacità di prevenirli dell'ente. Per quanto riguarda i reati in attività, che rispondono allo specifico interesse di questa analisi, il paradigma della prevenzione mediante organizzazione è supportato dall'intelaiatura del testo unico, che prevede una maggiore specificazione ed eteronormazione delle regole cautelari.

La diversità di reati per cui l'ente risponde impone, tuttavia, una costruzione differenziata della responsabilità dell'ente, per ora solo in via interpretativa, vista (o a causa della) l'uniformità di disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2001. Costruire la responsabilità degli enti sullo schema dell'illecito di danno, invece, pare essere una scelta più coerente rispetto ai "reati in attività"[164]. L'accertamento degli illeciti colposi, di cui l'ente risponde, può effettivamente far leva su di un apparato nomologico, attraverso cui enucleare regole cautelari e non solo organizzative e/o cautelative, in grado di poter spiegare l'efficacia causale del modello organizzativo rispetto all'evento-reato, secondo lo schema della causalità della colpa.

Per dotare i modelli organizzativi di una concreta capacità preventiva è, anzi, necessario costruire il modello su di una relazione causale con l'evento-reato, in modo da colmare la distanza fra la regola organizzativa con funzione preventivo-cautelare e l'oggetto della prevenzione, ovvero il reato[165]. La distanza della regola cautelare rispetto al suo oggetto accresce, infatti, la difficoltà di ricostruire quei legami che consentono di ritagliare il modello organizzativo sul concreto contesto situazionale, affievolendo, di conseguenza, la sua capacità preventiva. La costruzione del modello organizzativo deve, invece, far perno sull'evento-reato da prevenire, in modo che tale elemento dell'illecito collettivo si rifletta sulla tipizzazione delle regole cautelari di tipo protocollare, garantendo una maggiore specificità del precetto e anche una maggiore verificabilità empirica[166].

---

[164] *Op. ult. cit.*

[165] La prospettata relazione causale deve, ovviamente, tener conto della complessità del modello organizzativo, che, al suo interno, contempla regole cautelari e strumenti di controllo. Inoltre, le regole cautelari possono essere regole procedurali e di tipo cautelativo, sulla cui violazione è difficile ricostruire un nesso causale con l'evento-reato, mentre regole effettivamente cautelari consentono di individuare in termini causali la relazione fra violazione ed evento-reato. Sulla struttura del modello organizzativo: C. Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale*, cit., 2084.

[166] È evidente che l'adempimento del dovere di auto-organizzarsi ricalca il procedimento di positivizzazione della regola cautelare nell'ambito della responsabilità colposa, che deve necessariamente costruirsi a partire dall'evento da prevenire. Sulla funzione dell'evento nell'illecito colposo: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, cit., 116, il quale evidenziava come «Tra l'evento e la "colpa", dunque la legge pone con assoluta immediatezza una relazione interna che pare incontestabile, e che sembra perciò porre l'evento dei reati colposi causalmente oreintati, al riparo da ogni tentativo che renda a espellerlo dal raggio di azione della colpa. […]

Anche in questo caso è l'indeterminatezza del quadro normativo che consente tale ampia discrezionalità da parte del giudice e la conseguente obnubilazione delle fonti di autonomia privata. Il d.lgs.231/2001 ha solo individuato "lo scheletro del modello"[167] preventivo, la cui redazione spetta interamente ai vertici aziendali, in assenza non solo di coordinate legislative, ma anche di un'attività di consulenza e di monitoraggio da parte di autorità di controllo. La funzione comunicativa e pedagogica, che simbolicamente aveva assunto la disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, nel tentativo di diffondere una cultura della legalità, finisce per essere fallimentare e controproducente, fino a disorientare il privato chiamato ad auto-organizzarsi nell'adempimento di un obbligo così complesso, che risulta persino impensabile da rispettare[168]. Anche l'ambito effetto di deterrenza della sanzione pecuniaria ed interdittiva minacciata diventa ben poca cosa, rispetto agli oneri economici e organizzativi che gli obblighi organizzativi impongono, con la conseguenza che, a fronte dell'assoluta mancanza di prevedibilità e predeteminabilità dell'esito giudiziario, si favorisce una scelta per l'illegalità[169].

---

l'evento tipico – già tipizzato e "isolato" ulteriormente in base al contrasto con le qualifiche di "negligenza o imprudenza o imperizia».

[167] Così C. Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale,* cit., 2049, 2054.

[168] In questo senso A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. Ambriani, G. Meo, G. Presti (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2009, 346: "È fuori dalla realtà immaginare che l'organo di vertice sia in grado di assimilare, e prima ancora conoscere, le varie modalità operative che possono generare situazioni pericolose rispetto alla commissione di reati. Lo si poteva forse pensare quando il catalogo era ristretto e l'attenzione concentrata su alcuni settori o su alcuni tipi di rapporti (per esempio nei confronti della pubblica amministrazione). Non lo è più con l'attuale numerosità di presupposti". L'A. sottolinea anche la difficoltà dell'organismo di vigilanza di: «approfondire e tenere sotto controllo tematiche profondamente diverse, esigenze di sicurezza che presuppongono professionalità particolarmente addestrate» (348). Sostanzialmente le due componenti di prevenzione del rischio, su cui si basa il d.lgs. 231 del 2001, ovvero i modelli organizzativi e il sistema di vigilanza permanente, risulterebbero *ab origine* incapaci di funzionare, per l'onerosità della pretesa comportamentale.

[169] Così A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 33; G. De Simone, *Persone giuridiche*, cit., 324.

La più volte rimarcata funzione *comunicativa* e *pedagogica* del diritto, che il modello legislativo della responsabilità degli enti (come anche della sicurezza del lavoro) si propone di esercitare, in una prospettiva di general-prevenzione positiva, sembra, quindi, compromessa già nel momento di posizione della norma, ovvero nella sua previsione astratta[170].

Sul versante applicativo, l'assenza di parametri normativi, ma anche di macro-modelli di riferimento, pone il giudice in una situazione di incapacità cognitiva di valutare l'idoneità del singolo modello rispetto al reato in concreto verificatosi[171]. Se il modello di agente individuale risulta "ipodotato"[172], rispetto agli eventi/reato da prevenire nell'esercizio di un'attività di impresa, ne deriva la necessità di prevedere una *macrostruttura preventiva*, perché solo il riferimento ad una molteplicità di agenti modello o di un agente modello collettivo[173], è in grado di prendere in considerazione quelle conoscenze e capacità superiori rispetto all'agente individuale, esprimendo il significato della responsabilità della persona giuridica, anche il singolo giudice risulta sprovvisto di una competenza tale da poter effettivamente valutare e padroneggiare un campo del sapere giuridico così esteso, da comprendere i meccanismi e le dinamiche che l'ente, auto-organizzandosi, ha intrecciato per prevenire tutto il catalogo, in continua espansione, dei reati contenuti nel d.lgs. 231/2001.

Del resto, lo stesso legislatore si è arreso di fronte alla complessità della materia da disciplinare, delegando al privato, ovvero al destinatario del precetto, la funzione normativa e questa delega si spiega proprio per la presenza di asimmetrie informative che non permettono, al legislatore, di poter valutare in modo adeguato i mo-

---

[170] G. Marra, *Sussidiarietà*, cit., 37; F. Sgubbi, *Il diritto incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193

[171] Su questo punto C. Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale*, cit., 2102.

[172] Sul punto si veda V. Attili, *L'agente modello*, cit., 1244.

[173] C. E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 167 ss.; C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. Donini, R. Orlandi, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161 ss.

delli preventivo-cautelari in concreto da assumere per fronteggiare i rischi, che solo l'imprenditore può gestire e governare[174].

Allora non si comprende come, invece, il giudice possa aver colmato nella sua esperienza individuale quelle asimmetrie informative, di cui era affetto il legislatore, e valutare, senza alcun ausilio, se non quello di periti, l'idoneità dei modelli organizzativi.

La chiusura della prassi giurisprudenziale per processi di validazione e giuridificazione di fonti private, non deve essere letto come una avversione verso questo prototipo di co-legislazione pubblico/privato, ma si coglie appieno nell'assenza totale di indicazioni legislative e nella totale assenza di controlli preventivi sull'attività normopoietica dei privati. Il *deficit* di tassatività genera incertezza giuridica per tutti i destinatari del precetto, giudice compreso[175]. Ne è dimostrazione il fatto che, nella prassi applicativa, la valorizzazione del modello organizzativo avviene prevalentemente *ex* art. 49 d.lgs. 231/2001, in cui la sua adozione *ex post*, con funzione riparatoria, rileva ai fini della sospensione di misure cautelari di tipo interdittivo nei confronti dell'ente, alla condizione che il modello sia idoneo ad escludere il pericolo di recidiva, quindi intervenga su condizioni strutturali che hanno consentito o favorito la realizzazione di un reato. Ciò significa che ove la genesi di un modello sia guidata da una

---

[174] Sul punto A. Alessandri, *Reati colposi*, cit., 348: «Una ragione di più per concepire l'idea del modello come un *sistema* di regole *cautelative* per tracciare le linee fondamentali dell'organizzazione adeguata e corretta, predisponendo soprattutto *principi e criteri*, non generici ma pur tuttavia bisognevoli di un'adeguata e indispensabile *specificazione* regolamentare nei diversi settori, per opera dei responsabili delle funzioni interessate, che sono gli unici a poter ragionevolmente conoscere le fonti di rischio, anche nel loro trasformarsi, e le cautele da adottare per limitare la commissione di reati».

[175] G. de Vero, *Il progetto di modifica*, cit., 1137, il quale sottolinea come «nessuna garanzia di esenzione di responsabilità può assistere l'ente collettivo, dal momento che residua un margine molto ampio di apprezzamento discrezionale da parte del giudice». Nello stesso senso: F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa*, cit., 253: «Ad oggi l'affidamento sull'efficacia esimente del modello di organizzazione e gestione, ancorché adottato in conformità delle linee-guida, resta il principale ostacolo che incontra la cultura della legalità aziendale. Il sistema, infatti, non offre all'ente che investe in prevenzione dei reati nessuna garanzia che gli sforzi profusi valgano a metterlo al riparo da responsabilità. L'esito, rimesso interamente al giudice, non è prevedibile *ex ante*, specie ove si muova dall'aspettativa di un'efficacia preventiva particolarmente elevata, di per sé realisticamente difficile da coltivare».

forma di controllo pubblico – in questo caso è il controllo concomitante del giudice – le fonti di autonomia privata vengono integrate nell'ambito dell'ordinamento generale.

9.1. L'assenza di una strategia preventiva

A questo persistente atteggiamento di chiusura verso forme di autodisciplina, si affianca, nell'ambito della sicurezza del lavoro, la scarsa effettività del modello preventivo, dovuto a fenomeni per alcuni aspetti contrapposti: da un lato, attraverso il meccanismo di estinzione del reato, la rinuncia all'applicazione della sanzione penale è bilanciata dall'adempimento dell'ingiunzione dell'autorità, pertanto, sebbene non applicata, la sanzione penale minacciata esplica un'efficacia motivante, seppur limitata alle condotte "riparatorie", susseguenti al reato[176]. Dall'altro lato, invece, i termini prescrizionali brevi non consentono l'accertamento nel processo penale dell'illecito contravvenzionale e ciò corrisponde ad una patologia del sistema che, in questo caso, coniuga ineffettività ed inefficacia della risposta punitiva.

Ancor più grave è la totale mancanza di una strategia preventiva, in generale, nella disciplina delle persone giuridiche ed, in particolare, nell'ambito della responsabilità degli enti per gli illeciti contravvenzionali in materia di sicurezza del lavoro.

Sebbene i modelli organizzativi siano strumentali ad una logica preventiva, manca qualsiasi avamposto sanzionatorio, pre-penale, che consenta una verifica sull'attività autodisciplinare e, *de iure condito*, non potrebbe essere diversamente, visto che l'adozione di un modello organizzativo è in una dimensione giuridica incerta, sospesa fra l'onere e l'obbligo[177]. Pare ovvio che laddove si continuasse

---

[176] C. Piergallini, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1653.

[177] Il tenore letterale degli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, nonché la stessa relazione governativa sembra adombrare la natura facoltativa dell'adozione del modello organizzativo, quindi la sua rilevanza come onere. Evidenzia come tale inquadramento rappresenterebbe un'anomalia F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa*, cit., 247 ss., il quale propende per la natura obbligatoria dell'adozione del modello organizzativo, che altrimenti avrebbe solo una rilevanza *ad probationem.* Diversamente G. Forti, *Uno sguardo*, cit., 1267

a considerare formalmente l'adozione di un modello organizzativo quale onere, nessuna attività di controllo preventivo potrebbe essere esplicata, mentre ove si rendesse obbligatoria l'adozione del modello organizzativo, non solo il messaggio veicolato dal diritto assumerebbe un connotato simbolico di maggiore efficacia orientativa, favorendo un rafforzamento della funzione general-preventiva, ma l'attività di *rulemaking* del privato, come adempimento di una regola cautelare di tipo procedurale, potrebbe assumere – in una prospettiva *de iure condendo* – autonoma rilevanza penale, come nel caso della sicurezza, ed essere sottoposta ad un più attento vaglio dell'autorità di controllo[178].

Anche in questo caso affiora la responsabilità del legislatore che ha ampliato il catalogo dei reati per cui l'ente risponde, prevedendo l'imputazione dell'omicidio e delle lesioni, realizzati con violazione delle norme precauzionali e prevenzionali, senza, però, prevedere una responsabilità dell'ente per la violazione del sistema preventivo costituito dagli illecito contravvenzionali, previsti dal testo unico.

Appare francamente irrazionale tale esclusione, se, come emerso dall'analisi comparata, la responsabilità degli enti è storicamente sorta proprio in relazione ad illeciti minori, con funzione preventivo-cautelare, rispetto ai quali prevale la componente organizzativa. Come evidenziato dalla scienze empiriche[179], la strutturazione dell'impresa attraverso processi decisionali proceduralizzati rende evanescente il contributo individuale, di qui la necessità di imputare direttamente all'ente *deficit* strategici: il problema della sicurezza, fondamentalmente, è un problema insito nella struttura dell'impresa, che deve essere disciplinato secondo modelli di responsabilità collettiva, attraverso una prospettiva "olistica". Appare, inoltre, una palese incongruenza aver imputato all'ente la circostanza aggravan-

---

[178] G. Forti, *Uno sguardo*, cit.,1249, 1256 auspica una evoluzione della responsabilità degli enti verso una forma di *responsive regulation* ove possa vivere «nell'impianto sanzionatorio del d.lgs. 231, quanto meno una duplicità di profili di responsabilità, tali per cui la dimensione propriamente penale, pur identificabile, venga configurata solo al culmine di un percorso di adeguamento regolativo da parte degli enti giocato preliminarmente e prevalentemente su piani sanzionatori extrapenali».

[179] Sull'apporto delle scienze empiriche si veda l'approfondita analisi di F. Centonze, *La normalità dei disastri*, cit., 254, 385.

te di cui agli artt. 589 secondo comma e 590 terzo comma, ma non gli illeciti contravvenzionali[180]. Tutto l'apparato contravvenzionale in materia di sicurezza del lavoro evidenzia lo stretto collegamento fra il ruolo dell'organizzazione e la responsabilità in materia di infortuni, per cui questa parrebbe essere la sede elettiva ove incardinare la responsabilità da reato delle persone giuridiche.

Tale opzione rientra nelle scelte discrezionali del legislatore, che non è persuaso, evidentemente, dall'efficacia dell'apparato prevenzionale in materia di sicurezza del lavoro, se non ha preso in considerazione la possibilità di estendere la responsabilità degli enti per la violazione del testo unico. L'esperienza dei paesi di *common law* dimostra, invece, come solo una seria strategia preventiva, può legittimare una eventuale reazione punitiva (*carrot and stick*).

L'impraticabilità di un'azione *proactive* ha avuto come conseguenza una riaffermazione, nella giurisprudenza, di una reazione punitiva, fortemente simbolica, perseguita con gli strumenti del diritto penale "tradizionale", meramente repressivo. L'imputazione dolosa, nella forma del dolo eventuale, in chiave simbolica-repressiva[181], ha costituito la recente scoperta della prassi giurisprudenziale in tema di sicurezza del lavoro, che pare ancora saldamente ancorata a forme di responsabilità individuale. Proprio il ricorso alla forma dell'imputazione dolosa sembra adombrare un'evoluzione in senso

---

[180] C. Piergallini, Societas, cit., 587: «[…] Il reato d'impresa affonda stabilmente le sue radici in una struttura organizzata, che partorisce una propria cultura, il decreto ha puntato direttamente al cuore delle organizzazioni complesse, con l'obiettivo di implementare l'adozione di regole di comportamento che orientino l'agire organizzato verso la prevenzione ragionevole del rischio-reato e, dunque, in questa direzione della legalità. L'ambizione è quello di far sì che l'azienda, oltre ad interiorizzare la cultura della responsabilità verso la clientela, gli azionisti e gli altri interlocutori sociali, metabolizzi anche la cultura della legalità, attraverso l'adozione di meccanismi di autoregolamentazione».

[181] Così G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general-preventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, 152. Sul punto si vedano, in generale, le considerazioni di L. Eusebi, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1158; E.R. Belfiore, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 351; A. Manna, *Il diritto penale del lavoro fra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen.*, 2011, 414; M. Ronco, *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in *ivi*, 324 ss.

regressivo della responsabilità degli enti, non solo perché l'omicidio doloso non entra nel catalogo dei reati presupposto, ma anche perché tale ipotesi, in realtà, nasconde, piuttosto che accertare la responsabilità delle (e nell'ambito delle) organizzazioni complesse. Focalizzare l'attenzione solo sulla responsabilità del singolo offusca il contesto criminogeno, legato alla strutturazione della responsabilità della organizzazione complessa, favorendo una logica da *caprio espiatorio*[182].

Alla luce della recente giurisprudenza, sembra, tuttavia, che l'imputazione dolosa dell'evento morte non abbia solo come scopo una riaffermazione esemplare del diritto violato, che riporta il diritto penale all'epoca dello "splendore dei supplizi"[183], ma costituisca una semplificazione probatoria, che aggira il difficile accertamento della colpa, in situazioni di incertezza. Dover correttamente argomentare una condanna sulla violazione di una regola cautelare che risulta priva di un'efficacia impeditiva *ab origine*, risulta chiaramente difficile, se non impossibile. L'imputazione dolosa ha come pregio quello di poter saltare tutto il procedimento di ascrizione della responsabilità dell'illecito colposo e far leva su cripto-schemi presun-

[182] Evidenzia F. Centonze, *La normalità dei disastri*, cit. 230, 280, come l'ostinata ricerca di un autore individuale ostacola l'indagine sulle reali cause che hanno generato il disastro: «la ricerca delle responsabilità individuali inibisce l'emersione delle cause e dei fattori che hanno condotto al disastro poiché gli stessi operatori, consapevoli del rischio di colpevolizzazione, tendono ad omettere o ad alterare dei risultati ed informazioni dai quali potrebbero scaturire conseguenze giuridiche». Così F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 553: «L'ombra del rischio viene proiettata all'esterno e si addensa – con effetti di rassicurazione simbolica – attorno al capro espiatorio, ben individuato e individuabile, proprio grazie allo stigma inflitto dal diritto penale del pericolo. È così che prende forma – attraverso il relitto storico dell'arresto di un singolo reo – la partecipazione delle istituzioni alla "irresponsabilità generalizzata", la complicità dei sistemi giuridici nell'opera di disintossicazione collettiva dalla paura e di blocco della spinta collettiva alla autoregolamentazione».

[183] Sul ricorso al dolo eventuale, in generale, per assecondare le aspettative di "giustizia" alimentate soprattutto da clamore massmediologico, si veda: A. Manna, *Corso di diritto penale*, II ed., Padova, 2012, 346; Id., *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2012, 197.

tivi, che si nascondono dietro richiami meramente formali alla teoria del consenso o dell'accettazione del rischio[184].

[184] Il riferimento è alla sentenza di primo grado della Corte D'Assise di Torino, 15 aprile 2011, dep. 14 novembre 2011, la cui condanna per omicidio doloso dell'amministratore delegato non ha trovato conferma nella sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, dep. 28 maggio 2013. Le motivazioni della sentenza di primo grado del caso c.d. Thyssen, che ha riconosciuto la responsabilità per omicidio doloso in capo all'amministratore delegato, avrebbero dovuto – come la giurisprudenza citata nelle stesse motivazioni (Cass. Sez. I 15 marzo 2011 n. 14011) richiede – attribuire «rilievo centrale all'accertamento e [di] effettuare con approccio critico un'acuta, penetrante indagine in ordine al fatto unitariamente inteso, alle sue possibilità di verificarsi, alla percezione soggettiva della probabilità, ai segni della percezione del rischio, ai dati oggettivi capaci di fornire una dimensione riconoscibile ai processi interiori e della proiezioni finalistica. Si tratta di un'indagine di particolare complessità, dovendosi inferire atteggiamenti interni, processi psicologici attraverso un procedimento di verifica dell'*id quod plerumque accidit* alla luce delle circostanze esteriori che normalmente costituiscono l'espressione o sono, comunque, collegate agli stati psichici». Tuttavia, la Corte non si è soffermata in modo approfondito sulla prova del dolo, limitandosi ad un generico richiamo alla «rappresentazione della concreta possibilità» di verificarsi dell'evento, che implicherebbe l'accettazione del rischio di verificarsi dell'evento, «anche a costo che questo si realizzasse». La prova del dolo eventuale si è ridotta alla sola prova della rappresentazione dell'evento incendiario, ma non della morte, evento tipico della fattispecie dolosa per cui è stato condannato l'amministratore delegato, dedotta, tra l'altro, dall'alto livello di qualificazione professionale. Non vi è stato, inoltre, nessun accertamento sulla previsione dell'evento concreto, in quanto oggetto della rappresentazione, nella ricostruzione della Corte è sempre l'incendio come evento astratto, che costituisce un pericolo connaturato al tipo di lavorazione. In modo poco coerente, dopo aver focalizzato l'attenzione sulle decisioni assunte dall'amministratore delegato, contesta l'omissione «di un'adeguata e completa valutazione del rischio incendio», omissione che si pone in una situazione diametralmente opposta a quella che caratterizza il dolo eventuale, che, invece, richiede di far seriamente i conti con la situazione di rischio. Da un punto di vista teorico la sentenza opera una sincretica ricostruzione del dolo eventuale, attraverso il riferimento alla teoria dell'accettazione del rischio e alla teoria del consenso. Sulla distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, si veda L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, *passim*, cui si rinvia anche per una approfondita riflessione sulla diffusa tendenza a fare leva su schemi presuntivi nell'accertamento del dolo (*ibidem* 117, 160); Id., *La previsione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 976 ss; M. Ronco, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, *ibidem*, 1175; mentre in giurisprudenza *Cass. SS.UU.*, 26 novembre 2009, in *Cass. Pen.*, 2010, 2548, con nota di M. Donini, *Dolo eventuale e* formula di Frank *nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2555. Per una rivisitazione critica della teoria dell'accettazione del rischio e della teoria del consenso nel dolo eventuale, si veda S. Canestrari, *Dolo eventuale*, cit., 33 ss., 41 ss.; Id., Dolus eventualis in re licita: *limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*,

Anche in questo caso il sistema italiano, pur ispirandosi a nuovi modelli di *regulation*, diffusi soprattutto nell'esperienza di *common law*, di quella filosofia adotta la parte più appariscente, legata evidentemente al perseguimento di finalità meramente simboliche, dismettendo qualsiasi responsabilità ed impegno nel perseguire una strategia effettivamente preventiva, legata all'azione *proactive*, che l'esperienza comparatista ha dimostrato essere fondamentale per il funzionamento dell'intero apparato normativo basato sull'approccio *carrot and stick*. Tuttavia, ogni «strategia di tutela penalistica della sicurezza del lavoro non è legittima, soprattutto perché inefficace, in assenza di una ben calibrata infrastruttura regolamentare»[185]. In questa affermazione, assolutamente condivisibile, si racchiude il significato della critica ed esprime l'irrazionalità del sistema italiano, se comparato alle esperienze dei paesi di *common law.*

Il modello di *responsive regulation*, così come descritto nel primo e nel secondo capitolo, necessita, infatti, di una graduazione degli strumenti sanzionatori, secondo lo schema già sperimentato nei paesi di *common law* e teorizzato da Fisse e Braithwaite nella nota piramide sanzionatoria[186].

Anche aver ampliato la responsabilità da reato degli enti all'illecito colposo, senza aver rivisto i criteri generali di imputazione og-

---

2013, 23. Sull'elemento soggettivo del dolo eventuale nella sentenza c.d. Thyssen, si vedano: G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale*, cit., 160 ss.; A. Manna, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne*, cit., 414; M.N. Masullo, *Infortuni (mortali) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 929 ss.; G.L. Perdonò, *Dal caso ThyssenKrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: un'analisi dell'attuale disciplina e delle possibili linee di sviluppo*, in *La Corte d'Assise*, 2-3-/2011, 625; D. Piva, *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssen*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2013, 202 ss.

[185] Così testualmente G. Marra, *Sussidiarietà penalistica e sicurezza del lavoro*, in cit., 8.

[186] In questo senso anche G. Forti, *Uno sguardo*, cit., 1270, 1275, il quale prospetta il ricorso a un "approccio organizzativo o al sistema" e non meramente punitivo, come quello utilizzato dalla prassi giurisprudenziale, che: «ha nelle sue mani la grande responsabilità di cogliere il *novum* di questa disciplina, sottraendosi alla tentazione – che peraltro appartiene alla tradizionale impostazione giuridico-formale – di restringere tale *novum* nella camicia di forza dell'*antiquum* penalistico, della mera ricerca del *blame*, nella predominanza del momento reattivo-sanzionatorio *ex post* a scapito del momento costruttivo-preventivo *ex ante*».

gettiva del reato all'ente, è dimostrazione dello scarso impegno del nostro legislatore, che inficia, conseguentemente, anche la capacità del sistema di operare in modo efficace. Solo, infatti, attraverso evidenti forzature interpretative è possibile ricondurre l'illecito colposo all'interesse o al vantaggio dell'ente[187].

[187] In senso critico A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, cit., 337, 352, il quale prospetta come soluzione un generale riferimento alla responsabilità colposa dell'ente, come criterio fondativo della responsabilità da reato: «[…] negli illeciti colposi si tratterà di valutare se la colpa del singolo discenda dalla mancanza di un'*adeguata organizzazione prevenzionistica*, se cioè l'organizzazione dell'ente, predisposta dal vertice dell'ente, abbia lasciato varchi oggettivi, utilizzati poi dal singolo in modo colposo". Sulla "colpa d'organizzazione" come categoria centrale dell'impianto normativo che consente di: "affiancare, nell'ambito di un concetto unitario di colpevolezza, al rimprovero a titolo di dolo anche quello per colpa". Analogamente si veda G. Forti, *Uno sguardo*, cit., 1261: "Non ravviserei una ontologica incompatibilità tra i criteri di imputazione oggettiva di cui all'art. 5 e la previsione di reati presupposto di natura colposa […], potendosi riferire in questi casi la responsabilità dell'ente al mancato apprestamento di modelli organizzativi e di gestione idonei a rendere l'organizzazione d'impresa concretamente in grado di dare attuazione ai precetti cautelari. […] Ciò che può essere "nell'interesse o a vantaggio dell'ente" è in sostanza l'inosservanza di quelli che sono stati detti i precetti cautelari o accessori e prodromici, aventi ad oggetto un dovere di organizzarsi in modo da realizzare le condizioni concrete di efficacia di precetti propriamente cautelari rispetto agli eventi dannosi di natura infortunistica». Per una compatibilità dell'illecito colposo con la disciplina della responsabilità degli enti, sulla base del criterio imputativo del "vantaggio" come risparmio di spesa, si veda: A. Manna, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, cit., 405 ss.; per una compatibilità del criterio dell'"interesse" anche con i reati colposi: N. Selvaggi, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente. Fra "rottura" e "conservazione", l'unità del sistema di responsabilità dell'ente alla prova dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 559. Per un quadro di sintesi delle diverse ipotesi interpretative prospettate in dottrina: E. Amati, *La responsabilità degli enti*, in N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova, 2010, 77; D. Castronuovo, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi*, cit., 178; G. De Simone, *Persone giuridiche*, cit., 374, 381; A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 1939, 1943; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695, 701. Pongono come base della responsabilità degli enti la "colpa d'organizzazione" F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit., 243 ss.; C.E. Paliero, *La società* punita: *del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516, 1542; C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2006, 167. In giurisprudenza si veda

In una prospettiva *de iure condendo*, rispetto alla responsabilità degli enti, sarebbe auspicabile, invece, valorizzare efficacemente una forma di responsabilità autonoma dell'ente, come il *corporate manslaughter* del sistema britannico[188]. Pare evidente che il legislatore, prevedendo una forma di responsabilità autonoma dell'ente, all'art. 8 del d.lgs. 231/2001, si fosse prospettato la possibilità di imputare all'ente direttamente il reato, senza alcuna necessità di ricorrere ad un modello di responsabilità "per rimbalzo"[189]. In questo caso, sarebbe necessario, tuttavia, tipizzare una forma autonoma di illecito dell'ente e non solo una forma di colpevolezza[190].

La necessità di individuare un tipo di illecito e non soltanto una forma di ascrizione della responsabilità all'ente richiede, in primo luogo, di individuare una misura oggettiva dell'illecito colposo, su di una condotta dell'ente che non può certo essere di tipo naturalistico, bensì deve essere scandita da elementi normativi, la cui fonte è da rinvenirsi, così come per la responsabilità penale del datore persona fisica, nell'apparato preventivo-cautelare positivizzato nell'ambito della legislazione complementare in materia di sicurezza del lavoro, come del resto l'esperienza dei paesi di *common law* sembra suggerire proprio attraverso la strategia *carrot and stick.* Di qui l'opportunità di estendere all'ente la responsabilità per gli illeciti contravvenzionali previsti in materia di sicurezza del lavoro, per definire la colpa d'organizzazione non su parametri fattuali e su generici richiami all'etica, ma su modelli comportamentali, legislativamente definiti. La responsabilità dell'ente per gli illeciti contravvenzionali risponderebbe, quindi, ad una duplice funzione: quella di rafforzamento della prospettiva preventiva e quella di definizione del comportamento doveroso, nell'ambito dell'illecito colposo d'evento.

Trib. Trani, sez. dist. Molfetta, 26 ottobre 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 842 con nota di G. Amarelli.

[188] In questo senso A. Manna, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 419. Nonché V. Plantamura, *Diritto penale e tutela dell'ambiente: tra responsabilità individuali e degli enti*, Bari, 2007.

[189] In questo senso O. Di Giovine, *Sicurezza*, cit., 1335; A. Manna, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 416. Sulla forma di responsabilità autonoma, *ex* art. 8 d.lgs. 231/2001, in senso critico, M. Ronco, *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Eng. giur.*, 2002, 1, 5.

[190] Sul punto si veda G. De Simone, *Persone giuridiche*, cit., 316, 389.

In questo contesto, come verificato anche nell'esperienza dei paesi di *common law*, il riferimento all'autodisciplina fungerebbe da parametro di valutazione della "misura soggettiva" della colpa d'organizzazione.

10. *Il rinvio all'autodisciplina: la "capra diventa giardiniere"?*

La nota obiezione sollevata da Schuenemann e ripresa da Stella[191], secondo cui attraverso il rinvio all'autodisciplina si attribuisce allo stesso destinatario del precetto penale, la funzione di individuare in concreto la regola da osservare, creando un paradosso incompatibile con il principio di legalità, costituisce un insormontabile profilo critico che ha accompagnato l'evoluzione di questa indagine.

Le critiche mosse verso il modello autodisciplinare sono assolutamente condivisibili ed ancor più convincente è il richiamo ad un'autodeterminazione sociale[192], come soluzione ai problemi posti dalla c.d. società del rischio. Tuttavia proprio l'auspicato cambiamento, che implica di adottare una prospettiva di tipo etico e non certo giuridico, costituisce forse l'aspetto più sollecitante, che ha animato lo spirito di questa ricerca.

Proprio l'inanità di qualsiasi soluzione di tipo penalistico, sottolineata dall'autorevole dottrina, se ulteriormente sviluppata porta all'estrema conseguenza, evidenziata da Teubner, di come, in realtà, sia tutto il sistema giuridico a perdere capacità regolativa sugli altri sottosistemi sociali.

Del resto la stessa responsabilità degli enti prende l'abbrivio dalla constatazione, empiricamente fondata, di come l'organizzazione complessa esprima una propria sottocultura, in grado di influenzare – se non persino coartare – talmente l'agire individuale delle

---

[191] F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro,* cit., 61 ss.; Id., *Giustizia e modernità,* cit., 389.

[192] Così F. Stella, *Giustizia e modernità,* cit., 12 ss. 552. Per una soluzione che richieda di legare le valutazioni del rischio al consenso democratico: F. Centonze, *La normalità,* cit., 411.

persone che al suo interno agiscono, da sopravanzare in termini di capacità motivante lo stesso sistema giuridico[193].

Di qui la conclusione di abbandonare la prospettiva tradizionale del diritto penale di stampo individualistico e di rivolgere l'attenzione esclusivamente proprio verso le persone giuridiche.

Tuttavia l'ente agisce sempre per conto delle persone fisiche e, di conseguenza, è opportuno intervenire sull'organizzazione, affinché, al suo interno, si strutturi in modo tale da garantire procedure decisionali "virtuose", orientate verso una cultura della legalità: l'ente ha il dovere di organizzarsi secondo obiettivi posti dal legislatore, in modo tale che anche l'agire individuale segua il percorso virtuoso segnato dalla procedura. In sintesi è questo il significato del controllo mediante organizzazione[194].

Tale nuova strategia è sempre fondata sull'osservazione della limitata influenza che il diritto può esercitare, e solo in forma indiretta, nei confronti degli altri sistemi sociali. Il diritto, in questo caso, può solo "sensibilizzare" l'ente ad adottare una prospettiva di tutela di interessi pubblici, attraverso il rispetto delle procedure legalmente definite, su cui costruire la struttura organizzativa.

La constatazione di una limitata capacità regolativa del diritto non costituisce altro che un ulteriore sviluppo della riflessione sugli effetti perniciosi di un intervento legislativo eccessivo, foriero di un'asfissiante iperregolamentazione: ciò integra un'espropriazione della capacità regolativa dei privati[195] e lo stesso richiamo all'autodeterminazione sociale, come espressione di un mutamento etico, sembra adombrare la necessità di "restituire" ai privati la possibilità di regolare i rapporti nell'ambito di contesti conflittuali, come quelli emersi dalla c.d. società del rischio.

Se, da un lato, il sistema giuridico non possiede capacità di incidere sugli altri sotto-sistemi sociali e, dall'altro, l'autodeterminazione sociale è la prospettiva per gestire la perenne emergenza della c.d. società del rischio, la combinazione di questi due elementi sem-

---

[193] Sul punto F. Centonze, *La normalità dei disastri,* cit., 254.

[194] C. Piergallini, *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato,* in R. Bartoli, cit., 526.

[195] Così C. E. Paliero, "Minima non curat", cit., 67 ss.

bra sospingere naturalmente verso una maggiore implementazione dell'autodisciplina.

La critica mossa al modello legislativo della sicurezza del lavoro e della responsabilità degli enti si incentra su di un quadro parziale del fenomeno autodisciplinare, che non contempla un ruolo di controllo pubblico, sia legislativo che amministrativo. Tale critica, fondamentalmente, risente delle condizioni in cui, nel contesto dell'ordinamento italiano, è stata introdotta questa innovazione giuridica, in assenza di coordinate legislative e di procedure amministrative di controllo. Questa folle combinazione, in cui si deve denunciare la latitanza di poteri pubblici, finisce per fornire una delega in bianco, prima al privato e poi al giudice. Sulla base dei risultati ottenuti attraverso l'analisi comparata dei sistemi di *common law*, è possibile individuare una prospettiva *de iure condendo*, in cui la *self-regulation* non si concretizzi solo attraverso un fenomeno di mera autodisciplina, difficilmente compatibile con il sistema di legalità del diritto penale, ma si inserisca in un modello di regolamentazione privata che, nell'ambito di un quadro normativo "pubblico", ovvero di emanazione legislativa, miri ad ottenere risultati che non si potrebbero ottenere né attraverso l'approccio liberista, di *deregulation,* né attraverso l'iper-regolamentazione delle attività produttive, comune a tutto l'occidente giuridico.

Il ricorso alla disciplina privata può costituire, effettivamente, un abuso, ove non sia puntellata da procedure di legittimazione democratica, per cui nella disciplina sulla sicurezza del lavoro, come nei modelli organizzativi non dovrebbe essere tanto limitato il ricorso a momenti autodisciplinari, quanto, piuttosto essere rafforzato, attraverso la garanzia di processi in cui si esprime una razionalità democratica.

Nel perseguire una finalità legislativamente definita, il principio di democraticità trova concreta attuazione nel processo autodisciplinare, in cui viene garantito un confronto fra diversi soggetti, coinvolti nella decisione "rischiosa" e che assume anche la funzione di responsabilizzazione politica.

Realizzata attraverso meccanismi partecipativi, entro cui esprimere le istanze conflittuali, l'autodisciplina pare effettivamente poter ovviare al *deficit* di democraticità e porsi come effettivo equiva-

lente, sul piano delle garanzie, della riserva di legge, sempre che tale frammento autodisciplinare sia inserito in un contesto legislativamente definito, ma anche sottoposto ad un maggiore controllo pubblico, di tipo preventivo[196]. Il sistema "autodisciplinato" perderebbe in questo caso le caratteristiche tipiche della fonte esclusivamente privata, per assumere una natura ibrida, con la duplice funzione di adempimento di un obbligo legislativo, attraverso l'individuazione di un modello comportamentale e procedurale nell'ambito aziendale. Ciò consente di superare le resistenze e le obiezioni sollevate sul piano della democraticità.

Il ricorso a questa forma di co-disciplina, pubblico/privato, sarebbe, quindi, in grado di contemperare le istanze di democratizzazione emerse nella c.d. società del rischio, ma ovvierebbe anche al segnalato *deficit* di effettività, che sembra affliggere il sistema giuridico, restituendo al privato la sua capacità di autodeterminarsi secondo, però, obiettivi legislativamente definiti e monitorati attraverso l'autorità di controllo.

Il problema dell'integrazione della norma penale attraverso fonti autodisciplinari, in realtà, non dovrebbe essere posto nei termini di compatibilità con la riserva di legge, quanto, piuttosto, rispetto al principio di determinatezza.

Nel corso dell'analisi sono state prese in considerazione le regole private che intervengono nel processo di costruzione dell'illecito colposo ed, in particolare, nella definizione della regola cautelare. Si è potuto constatare come, nel sistema penale, manchi un meccanismo di integrazione della regola autonormata nell'ordinamento giuridico generale, per cui il processo di giuridificazione delle stesse è affidato al giudice, che, *ex post,* valuta l'efficacia preventivo-cautelare.

Il sistema così costruito si segnala per alcune anomalie: come già rilevato nel caso dei modelli organizzativi nella responsabilità

[196] Il modello regolativo, qui proposto, ha un riferimento concreto nell'esperienza del sistema inglese, ove la *deregulation* e privatizzazione hanno implicato un incremento di attività di controllo, che ha potuto contare su di uno strumentario sanzionatorio, diversificato che dalle sanzioni positive evolve verso una nuova *punitive regulation*, che, nel caso della sicurezza del lavoro, prevede il *corporate killing*. Più diffusamente sui diversi meccanismi regolativi e sanzionatori. R Baldwin, *The New Punitive Regulation*, in *Mod. Law Rev*., 2004, 353; J. Braithwaite, *The New regulatory,* cit., in *Brit. Journ. Crim*., 2000, 222, 224.

degli enti, le cui considerazioni possono essere estese anche alla sicurezza del lavoro, se il legislatore non è in grado di esprimere una valutazione, tale da definire il modello comportamentale esigibile, che francamente debba e possa farlo il giudice costituisce il vero paradosso del nostro sistema penale, che ancora una volta ricorre a forme di supplenza giudiziaria. Tuttavia, la stessa prassi giurisprudenziale non pare neanche in grado di poter "stabilizzare" in un orientamento consolidato il messaggio giuridico affidatole dal legislatore, perché in questi casi manca *a priori* una scelta legislativa[197].

Il problema, più volte evidenziato dalla dottrina[198], è quello di arginare l'incertezza giuridica dovuta alla mancata validazione da parte della giurisprudenza delle regole poste dai privati e dei modelli organizzativi e, quindi, di individuare dei meccanismi di giuridificazione *ex ante* delle fonti autodisciplinari. La soluzione è operare in via preventiva un controllo di idoneità sulle regole dei privati, in modo che possano effettivamente orientare, se non vincolare, il giudice nella ricostruzione della regola cautelare.

---

[197] Emblematico è il caso delle linee-guida nella responsabilità medica, a distanza di pochi mesi dall'emanazione del decreto c.d. Balduzzi, già vi sono pronunce discordanti, sul punto G. Civello, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità"*), in *Arch. pen*., 2013, 85 ss; O. Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg*., 2013, 61; F. Giunta, *Protocolli medici*, cit., 819; P. Piras, *In culpa, sine culpa,* in *Dir.pen.cont.*, 26 novembre 2012; 2012; A. Manna, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale,* in corso di pubblicazione su *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 2013; D. Pulitanò, *Letture e valutazioni divergenti del* novum *legislativo,* in *Dir. pen. cont*., 5 maggio, 2013; A. Vallini, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg*., 2013, 1,10; Id., *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *ivi*, 735. In generale sulle linee guida M. Caputo, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e* check list *nel sistema della responsabilità per colpa medica,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, 875; F. Consorte, *Colpa e linee guida,* in *Dir. pen. proc.,* 2011, 1223 ss; A. Di Landro, *Linee guida e colpa professionali,* in *Foro. it.,* 2011, II, 424; G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzuccato, G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico,* Pisa, 2010; L. Risicato, *Le linee-guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto,* in *Dir. pen. proc.,* 2013, 195.

[198] C. Piergallini, *Il volto e la formalizzazione,* cit., 540.

In un momento di forte crisi economica, con costanti tagli alla spesa pubblica, è, tuttavia, impensabile che possano crearsi nuove autorità di controllo e neanche l'esperienza "centralizzata" delle autorità indipendenti sembra poter attagliarsi all'esperienza della *self-regulation.*

La filosofia della *reflexive law* e del decentramento normativo richiede, invece, una maggiore "vicinanza" del momento normopoietico al contesto da regolare, per cui sarebbe necessario individuare, a livello locale, degli organismi in grado di monitorare il processo autodisciplinare, così da consentire un'effettiva integrazione delle regole dei privati nell'ordinamento giuridico generale[199].

L'idea è la creazione di agenzie di *self-regulation* la cui composizione dovrebbe essere rappresentativa delle diverse istanze di tutela di diritti e di libertà economica – eventualmente attraverso la creazione di commissioni paritetiche – e dovrebbe poter far affidamento su di una componente tecnico-professionale, in grado di valutare, da un punto di vista tecnico, le fonti autodisciplinari e tradurre in soluzioni pratiche le decisioni assunte dall'agenzia.

Il testo unico prevede l'istituzione di organismi paritetici, definiti all'art. 2 lett. ee), le cui competenze sono definite dall'art. 51, tuttavia, il decreto correttivo 3 agosto 2009, n. 106, all'art. 30 riduce le sue potenzialità alla mera asseverazione dei modelli organizzativi di cui all'art. 30 del d.lgs. 81 del 2008[200].

Il ruolo della nuova agenzia non dovrebbe limitarsi alla semplice certificazione delle regole prodotte dai privati[201], ma dovrebbe affiancare l'impresa attraverso un'attività di monitoraggio che si snoda nelle diverse fasi dell'attività produttiva[202].

---

[199] Così F. Giunta, *Il reato come rischio,* cit., 261.

[200] Sul punto si veda D. Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, *Dir. pen. proc.,* 2010, 102, 106.

[201] Nel progetto di riforma della disciplina della responsabilità degli enti era stata prospettata la possibilità di introdurre la certificazione dei modelli organizzativi, da parte di enti certificatori privati, la soluzione è stata fortemente criticata da G. De Vero, *Il progetto di modifica,* cit., 1140; G.M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?* in *Cass. pen.,* 2010, 4032, 4036; A. Manna, *Corso,* cit. 231.

[202] G. De Francesco, *Gli enti collettivi,* cit., 755, il quale evidenzia la necessità: "di articolare i c.d. *compliance program*s sulla base di un processo di preventiva

Attraverso programmi concordati con le autorità di *self-regulation* si dovrebbe consentire un processo di giuridificazione, tale da elevare la disciplina privata a fonte del diritto e, in particolare, fungere da regola cautelare, nell'ambito del processo di imputazione della responsabilità colposa, vincolante sia per chi l'ha posta che per il giudice. Del resto già la definizione di colpa ex art. 43 c.p. adombra la possibilità di individuare attraverso le discipline, anche private, le regole cautelari, per cui la prospettata soluzione non innova tanto sul piano sistematico, quanto cerca di rendere effettivo il dettato normativo. Una maggiore valorizzazione delle fonti di autodisciplina consentirebbe, tra l'altro, anche di focalizzare il rimprovero sul momento decisionale, incardinando, così, la responsabilità penale effettivamente ove si compiono le scelte rilevanti per la tutela dei beni giuridici. La responsabilità penale sarebbe, in questo modo, manifestazione di una volontà che si è posta deliberatamente contro i beni penalmente rilevanti e legata, sostanzialmente, ad una condotta commissiva [203].

In un contesto in cui viene valorizzata l'attività normopoietica dei privati, si dovrebbe però procedere ad una razionalizzazione dell'apparato legislativo, attraverso una ragionevole delegificazione, che al suo interno preveda anche la depenalizzazione di illeciti meramente formali: un programma di misure preventive di tipo politico-sociale deve necessariamente essere posto in un'ottica di depenalizzazione[204].

Se, infatti, si vuole effettivamente adottare una strategia preventiva, sarebbe più opportuno procedere attraverso una diversificazione ed una graduazione delle risposte sanzionatorie, al cui interno, però, dovrebbe darsi risalto anche all'inosservanza delle norme di autodisciplina da parte dei privati, da sanzionare in via amministrativa, in modo da rafforzare la capacità vincolante delle fonti private, per ora affidata solo a sanzioni disciplinari, che non si applicano

negoziazione, intriso di passaggi e di scansioni a livello amministrativo, tale da evitare una gestione isolata e autoreferenziale di rischi divenuti col tempo sempre più estesi e sempre più difficilmente controllabili e preventivabili".

[203] Sul ruolo del processo decisionale nella distinzione fra condotta omissiva e condotta commissiva, si veda *supra* cap. V, par. 7. ss.

[204] G. Forti, *La "chiara luce,* cit., 573.

certo ai soggetti apicali, come il datore di lavoro o l'amministratore delegato[205].

In conclusione diverse sono le condizioni e i presupposti affinchè il modello regolativo delle attività produttive proposto possa funzionare: riepilogando i diversi interventi legislativi, in una prospettiva *de iure condendo,* bisognerebbe estendere la responsabilità delle persone giuridiche alle ipotesi contravvenzionali previste dal testo unico in materia di sicurezza del lavoro e la stessa disciplina della responsabilità delle persone giuridiche dovrebbe essere modificata in modo tale da prevedere un illecito colposo dell'ente, in forma autonoma, analogo al *corporate killing.* La costruzione di modelli organizzativi – così come dei documenti di valutazione e gestione del rischio, in generale – dovrebbe essere sottoposta ad un vaglio preventivo delle autorità di controllo, sulla base di parametri legislativi, in modo da consentire una maggiore valorizzazione del momento autodisciplinare, affiancato dall'incremento dell'attività di controllo. A tal proposito sarebbe opportuno estendere il modello preventivo della sicurezza del lavoro anche alle persone giuridiche, ovvero prevedere un apparato sanzionatorio tale da monitorare e individuare in via preventiva comportamenti e politiche di impresa espressive di un atteggiamento di *non compliance.* In questo caso dovrebbe prevedersi un apparato di controllo pre-penale, che possa contare, tuttavia, sulla minaccia di sanzioni penali, secondo una sca-

[205] Come del resto previsto nel sistema statunitense nel caso di violazione dei *compliace program.* Sempre dalla comparazione dei paesi di *common law* è possibile giungere ad un'ulteriore riflessione, che meriterebbe maggiore approfondimento e nel testo è stata oggetto solo di un giudizio critico: l'esperienza dei paesi di *common law* mostra come una strategia preventiva fondata su di un approccio *proactive,* basato su di un parametro di efficienza, quindi orientata ad una valutazione delle misure prevenzionali compatibili con i costi aziendali, abbia comportato anche una maggiore anche efficacia ed effettività, dimostrata da una notevole diminuzione degli infortuni sul lavoro (sul punto *supra* cap. II e IV). In base al nostro assetto costituzionale, non sarebbe assolutamente proponibile un'attenuazione di tutela, dovuto anche ad un mite contemperamento fra tutela dei beni e logica di profitto, tuttavia i costi, umani, prima che economici, che derivano da tale scelta valoriale, assolutamente condivisibile da un punto di vista assiologico, sono sinceramente inaccettabili. Piuttosto che individuare sempre *ex post* e ad opera di un giudice le "migliori" misure prevenzionali da assumere, assolutamente efficaci, ma assolutamente diseconomiche ed inesigibili, tanto da favorire una scelta per l'illegalità, non sarebbe il caso di assumere un parametro più flessibile, ma effettivo?

larità punitiva, tipica dei modelli analizzati nei sistemi di *common law*. Tutte queste elencate sembrano *conditiones sine quibus non* affinché effettivamente si possa soddisfare la condizione di maggiore democraticità delle decisioni nell'ambito della c.d. società del rischio, come il principio di precauzione richiede.

La disciplina italiana sulla sicurezza del lavoro – e in genere l'importazione di modelli regolativi dai sistemi di *common law* come l'esperienza dei *compliance program* – appare, invece, il "visconte dimezzato" del sistema di *responsive law* tratteggiato. Nel sistema italiano è presente per ora la parte "cattiva", *reactive,* legata ad un diritto penale caratterizzato da forme "ataviche", animato da istanze retributive, mentre la parte "buona", quella *proactive*, basata su di una strategia coordinata fra attività di consulenza e di controllo preventivo, sanzioni amministrative e illeciti contravvenzionali è ancora in uno spazio sospeso fra riforme incompiute ed ineffettività.

Se da un punto di vista dogmatico la collocazione della regola autonormata nel frammento del processo di imputazione colposa che individua la regola cautelare sembra una soluzione facilmente perseguibile, insormontabili, invece, appaiono essere i problemi legati al complesso meccanismo di riconoscimento dell'autodisciplina, in quanto legata ad un mutamento della prospettiva regolativa in cui si richiede che la tutela dei beni giuridici "venga presa sul serio", ovvero non tramite simboliche affermazioni di un potere punitivo sui privati, ma attraverso un approccio preventivo e collaborativo, che sia in grado di sollecitare l'autodeterminazione sociale che viene indicata come la soluzione ai problemi della c.d. società del rischio.

BIBLIOGRAFIA

Aalders M., Wilthagen T., *Moving Beyond Command and Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Enviroment*, in *Law & Policy*, 1997, 415.

Alagna R., *I reati in tema di sicurezza del lavoro previsti dal codice penale*, in N. Mazzacuva, E. Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, 234.

Alessandri A., *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art 437 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 265.

Alessandri A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.

Alessandri A., *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, 193.

Alessandri A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 33.

Alessandri A., *Parte generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte Generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 1.

Alessandri A., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in N. Ambriani, G. Meo, G. Presti (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2009, 346.

Alessandri A., *Diritto penale ed attività economica*, Bologna, 2010.

Alpa G., *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. Zatti (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, *Tutela del consumatore*, *del risparmiatore*, *dell'utente*, Padova, 1996, 3.

Alpa G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

Amati E., *La responsabilità degli enti*, in N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova, 2010, 77.

Amoroso H.J., *Organizational Ethos and Corporate Criminal Liability*, in *Campbell Law Rev.*, 1995, 47.

Angelici C., *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. Comm*, 2011, 166/I.

Angioni F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

Asher J., *The Limits of Big Bussiness Paternalism: Relief for Injured Workers in the Years before Workmen's Compensation*, in D. Rosner, G. Markowitz, (a cura di), *Dying for Work. Workers' Safety and Health*, Bloomington-Indianapolis, 1987, 19.

Ashworth A., *Belief, Intent and Criminal Liability* in J. Eekelaar e J. Bell (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudences*, Oxford, 1987.

Ashworth A., *Principles of Criminal Law*, V ed., Oxford, 2006.

Ayres I., Braithwaite J., *Responsive Regulation. Trascending the Deregulation Debate*, New York-Oxford, 1992.

Baker B.M., *Mens Rea, Negligence and criminal Law Reform*, in *Law and Phil.*, 6, 1987, 53, 81.

Baldwin R., *The New Punitive Regulation*, in *Mod. Law Rev.*, 2004, 353.

Baldwin R., Cave M., *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999.

Baldwin R., Daintith T., *Harmonization and Hazard. Regulating Health and Safety in the European Workplace*, London, 1992.

Baldwin R., McCrudden C., *Regulation and Public Law*, London, 1987.

Baratta A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443.

Barcellona M., *Il nichilismo giuridico*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, 769.

Barcellona P., *Autonomia e cognitività del diritto moderno: la coerenza giuridica e i mutamenti di fine secolo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 427.

Bartoli R., *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Rit. dir. proc. pen.*, 2011, 597.

Bartoli R., *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Dir.pen.cont.*, 25 gennaio 2011.

Basenghi F., *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 188.

Bastia P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in *Societas puniri potest*, Atti Convegno di Firenze, 15-16 marzo 2002, Padova, 2003, 35.

Beck U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine Moderne*, Frankfurt am Main, 1986 (trad. it. W. Privitera - C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000).

Beck U., *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, 1997 (trad. it. E. Cafagna/C. Sandrelli, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999).

Belcher A., *The Invention, Innovation and Diffusion of Self-Regulation in Corporate Governance*, in *North. Ire. L. Quart.*, 47, 1996, 322.

Belfiore E.R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1996.

Belfiore E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell'*ignorantia legis, in *Foro it.*, II, 1995, 135.

Belfiore E.R., *Colpevolezza e rimporverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, III, 1743.

Belfiore E.R., *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 351.

Bessone M., *Controllo sociale dell'impresa ed ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, 130.

Bisori L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pem.*, 1997, 1334.

Black J., *Costitutionalising Self-Regulation*, in *Mod. Law Rev.*, 59, 1996, 24.

Black J., *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a "post-regulatory" World*, in *Curr. Leg. Prob.*, 54, 2001, 103.

Bobbio N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

Bobbio N., *Contributo ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.

Bobbio N., *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995.

Bonini S., *Soggetti penalmente rilevanti all'interni dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 266

Bortolotto G., *La protezione legale degli operai*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. XIV, 1913, 1-396.

Bortone R., *Il servizio di prevenzione*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 136

Bosi G., *Impresa etica, etica d'impresa e diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2011, 124/I.

Braithwaite J., *Enforced Self-regulation: a new strategy for corporate crime control*, in *Michigan Law Review*, 1982, 146.

Braithwaite J., *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London, 1984.

Braithwaite J., *White Collar Crime*, in G. Geis, R. Meier, L.M. Salinger, *White Collar Crime: Classic and Contemporary Views*, III ed., New York, 1995, 122.

Braithwaite J., *The New Regulatory State and the Trasformation of Criminology*, in *Brit. Jour. Crim.*, 40, 2000, 222.

Braithwaite J., *Rewards and Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2002, 13.

Braithwaite J., Fisse B., *On the Plausibility of Corporate Crime Control*, in G. Geis, R. Meier, L. Salinger, *White Collar Crime*, cit., 433.

Braithwaite J., Fisse B., *Corporations, Crime and Accountability*, Honk Hong, 1993.

Brickey K., *Death in Workplace: Corporate Liability for Criminal Homicide*, in *Notre Dame J. L.*, 2, 1987, 753.

Bricola *F., Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Univ. Pavia*, 1960-61, 89.

Bricola F., *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1079

Bricola F., *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA.VV. *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 41

Bricola F., *Teoria del reato* (voce), in *NNDI*, XIX, 1973, 7.

Bricola F., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del «caso Severo»)*, in *Quest. crim.*, 1978, 101.

Bucy P.H., *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*, in *Minn. Law Rev.*, 1991, 1095.

Cadoppi A., (voce) *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 618.

Cadoppi A., *Dalla* judge made-law *al* criminal code. *Progetti di codice penale nei paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 923.

Cadoppi A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale, The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010

Cafaggi F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543.

Campanella P., *Profili di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 153.

Campanella P., *I rappresentanti della sicurezza*, in L Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010, 506.

Canestrari S., *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 520.

Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

Canestrari S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E.Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 139.

Canestrari S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2012.

Canestrari S., Dolus eventualis in re licita: *limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, 23.

Capograssi G., *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, rist. 1963, 13.

Caputo M., *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e* check list *nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875.

Caputo M., *La mano invisibile. Codice etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir.pen.cont.*, 2012, 2.

Carnelutti F., *Infortuni sul lavoro. Studi*, Roma, 1913.

Carnelutti F., *La morte del diritto*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 178.

Carson W. G., *White Collar Crime and the Enforcement of Factory Legislation*, in *Brit. Journ.Crim.*, 1970, 383.

Carson W.G., *Some Sociological Aspects of Strict Liability and Enforcement on Factory Legislation*, in *Mod. Law Rev.*, 33, 1970, 396.

Carson W.G., *The Institutionalization of Ambiguity: Early British Factory Act*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar Crime: Theory and Research*, London, 1980, 142.

Caruso B., *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 4.

Cassese S., *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009.

Castronuovo D., *La tutela della sicurezza del lavoro nel sistema del diritto penale complementare tedesco*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 787.

Castronuovo D., *Sicurezza del lavoro*, in M. Donini, D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentar, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 9.

Castronuovo D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

Castronuovo D., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 178.

Castronuovo D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1627.

Castronuovo D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012.

Castronuovo D., *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012.

Castronuovo D., *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso ogm*, in L. Foffani, D. Pais, D. Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Milano, in corso di stampa.

Catenacci M., *Appunti sulle tecniche "incrociate" di tutela nel diritto penale dell'ambiente (l. 10.5.1976 n. 319, c.d. legge Merli)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 395.

Catenacci M., *«Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge «Merli» sull'inquinamento delle acque*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1219.

Catenacci M., *La tutela dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penale a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996.

Cavaliere A., *L'errore sulle scriminanti nell'illecito penale*, Napoli, 2000.

Centonze F., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e nelle valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2001, 1232.

Centonze F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

Cesarini Sforza W., voce *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *N.N.D.I*, XII, Torino, 1969.

Chirayath V., Eslinger K., De Zolt E., *Differential Association, Multiple Normative Standard, and the Increasing Incidence of Corporate Deviance in an Era of Globalization*, in *Journ. Bus. Ethic*, 2002, 131.

Chironi G.P., *Della responsabilità dei padroni e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, Siena, 1884.

Chironi G.P., *La colpa nel diritto civile odierno*, II, Torino, 1887.

Civello G., *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità")*, in *Arch. pen.*, 2013, 85.

Clarkson C.M.V., *Kicking Corporate Bodies and Daming Their Souls*, in *Mod. Law. Rev.*, 1996, 557.

Coffee J.C., *Making the Punishment fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, in *North. Ill. U. R. L.*, 1980, 6.

Coffee J.C., *"No Soul to Damn. No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Mich. L. Rev.*, 1981, 389.

Coffee J.C., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, in *Yale L. J.*, 101, 1991-1992, 1875.

Cohen G., *Preemption: A Union Lawer's View*, in BNA Special Report, *Occupational Safety & Health. & Critical Issues for the 1990s*, 1989, 31.

Coleman J.W., *The Criminal Elite. The Sociology of White Collar Crime*, New York, 1985.

Consorte F., *Colpa e linee guida*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1223.

Cooter R., *Prices and Sanctions*, in *Colum. L. Rev.*, 84, 1984, 1523.

Cooter R., *Structural Adjudication and New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*, in *Int. Rev. of Law and Ec.*, 14, 1994, 215.

Cooter R., *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, in *Un. Penn. Law Rev.*, 144, 1996, 1643.

Cooter R., *Decentralized Law*, in *New Zealand Bus. Law Quart.*, 4, 1998, 239.

Corbetta S., *I delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale parte speciale*, Padova, 2003.

Corn J., *Protective Legislation for Coal Miners, 1870-1900: Responsa to Safety and Health Hazard*, in D. Rosner, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work. Workers' Safety and Health*, Bloomington-Indianapolis, 1987, 67.

Cornacchia L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

Criscuolo F., *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2002.

Crivellari G.C., Suman G., *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. VII, Torino, 1896, 352.

Crouch C., *Post-democrazia*, Roma-Bari, 2003.

Crounch C., *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Roma-Bari, 2012.

Cullen F.T., Cavender G., Maakestad W.J., Benson M.L., *Corporate Crime under Attack. The Fight to Criminalize Business Violence*, II ed., Newark, 2006.

Cullen F.T., Maakestad W.J., Cavender J., *The Ford Pinto Case and Beyond. Moral Boundaries and the Criminal Sanction*, in E. Hochstedler (a cura di), *Corporations as Criminal*, London, 1984, 281.

Culotta A., Di Lecce M., Costagliola G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavori*, V ed., Milano, 1998.

Curi F., Tertium datur. *Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartite dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

Curi F., *Finchè la barca va..." (Il fatto sconsiderato dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica*, in *Arch.pen.*, 2012, 1.

D'Alessandro F., *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dal pericolo nel settore alimentare: il caso della diossina*, in M. Bertolino, G. Forti, *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 1133.

D'Alessandro F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2011.

Daintith T., *Il diritto come strumento di politica governativa*, in A. Giuliani, N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, Tomo III, *La discussione contemporanea*, Napoli, 1987, 3.

De litala L., *Diritto penale del lavoro e della pubblica economia*, Torino, 1939.

De Cupis A., *Sul limite della responsabilità civile dell'imprenditore per inosservanza dell'obbligo di tutela dell'integrità fisica del lavoratore*, in *Prev. infor. mal. prof.*, 1953, 956.

De Francesco G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 752.

De Francesco G., *Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni" e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 945.

De Francesco G., *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 665.

de Maglie, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, 88.

de Maglie C., *L'etica e il mercato*, Milano, 2003.

De Simone G., *Persone giuridiche e diritto penale: i paradigmi di responsabilità ipotizzabili*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 69.

De Simone G., *La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparatistica*, in AA.VV., Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 217.

De Simone G., *Il diritto penale complementare nel sistema tedesco: un primo sguardo d'insieme*, in M. Donini (a cura di) *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 87.

De Simone G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparati*, Pisa, 2012.

de Vero G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126.

de Vero G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

de Vero G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137.

Delitala G., *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1962, 78.

Delmas Marty M., *Verso un diritto penale europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 545.

Derickson A., *"To be His Own Benefactor": The Founding of the Couer D'Alene Miners' Union Hospital*, 1891, in D. Rosner, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work. Workers' Safety and Health*, Bloomington-Indianapolis, 1987, 3.

Di Cerbo F., *Normativa antinfortunistica e sicurezza sul lavoro: dai decreti del 1955 e del 1956 al decreto legislativo 626/1994*, in *LPO*, 1996, 1258.

Di Giovine O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325.

Di Giovine O., *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 61

di Martino A., *Danno e rischio da prodotti. Appunti per una rilettura critica di un'esperienza giurisprudenziale italiana*, in R. Bartoli, (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 437.

Dondi G., *Vigilanza e controlli*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 240.

Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.

Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

Donini M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 338.

Donini M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologico probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 48.

Donini M., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1652.

Donini M., *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in M. Donini (a cura di) *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 4.

Donini M, (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003.

Donini M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., Padova, 2003, 377.

Donini M, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 123.

Donini M., *Non punibilità idea negoziale*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 348.

Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

Donini M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini, D. Castronuovo, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentar, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 201.

Donini M., *Dolo eventuale e* formula di Frank *nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2555.

Donini M., Insolera G., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 22.

Dovere S., *Le fattispecie sanzionatorie di carattere generale*, in B. Deidda, A. Gargani, (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 237.

Duff A., *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, 1990.

Edwards J.R., *Regulation, the Constitution, and the Economy. The Regulation Road to Serfdom*, Lanham, New York, Oxford, 1998.

Eusebi L., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.

Eusebi L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1158.

Eusebi L., *La previsione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 976.

Eusebi L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale: pena, categorie dogmatiche, biogiuridica*, in L. Picotti, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, 239.

Evans E., *Effective Management of Product Liability Risk in the United Kingdom*, in *Def. Counsil J.*, 68, 2001, 316.

Ferrajoli L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011.

Ferrante M.L., *I soggetti responsabili nel diritto penale del lavoro*, in F.S. Fortuna (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VIII, Padova, 2002, 238.

Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

Ferrarese M.R., *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *Quaderni Fiorentini*, 2002, 11.

Ferrarese M.R., *Globalizzazione giuridica*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011, 547.

Ferrarese M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Bari-Roma, 2012.

Ferrari V., *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. Rossi, *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 37.

Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

Fiandaca G., *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42.

Fiandaca G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it*, 2000, V, 13.

Fiandaca G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137.

Fiandaca G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cas. pen.*, 2005, 1723.

Fiandaca G., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 44.

Fiandaca G., *Legalità e democrazia*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, 1252.

Fiandaca G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 162.

Fiandaca G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general-preventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, 152

Field S., Jörg N., *Manslaughter: should we be going Dutch?*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, 156.

Fiore C., *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 73.

Fiore C., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993.

Fiore S., *Cause di giustificazione e reati colposi*, Padova, 1996.

Fiorella A., *La colpa dell'ente per difettosa organizzazione generale*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 269.

Fioretti G., *Colpa contrattuale e colpa aquilana negli infortuni sul lavoro*, Torino, 1901.

Fletcher G.P., *Paradoxes in Legal Thought*, in *Columbia Law Review*, 85, 1985, 1268.

Fletcher G.P., *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *Am. J. Comp. L.*, 1998, 683.

Fletcher G.P., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

Flick G.M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, 4032.

Florian E., *Dei delitti contro l'incolumità pubblica. Cod. pen., libro II, titolo VII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina*, vol. VIII, Roma-Milano-Napoli, 1913.

Forlin G., *Corporate Liability: Work Related Deaths and Criminal Prosecutions*, London, 2004, 1.

Fornari L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Milano, 1997.

Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

Forti G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e del controllo penale*, Milano, 2000.

Forti G., *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. de Maglie, S. Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002.

Forti G., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 197.

Forti G., *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in M. Bertolino, G. Forti, *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 573.

Forti G., Catino M., D'Alessandro F., Mazzuccato C., Varraso G. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010.

Forti G., *Uno sguardo ai "Piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249.

Freitshans I.L., *Corporate Compliance: Desining an Effective OSHA Complinace Progam*, New York, 1993.

French P., *Collective and Corporate Responsability*, New York, 1984.

Galantino L., *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2003.

Galgano F., *Lex mercatoria*, IV ed., 2001, Bologna.

Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

Galgano F., *Globalizzazione e conglomerazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 73.

Galli C., *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011

Gambaro A, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, I, 881.

Gambaro A., Monateri P.G., Sacco R., *Comparazione Giuridica* (voce), in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., 48, 1988.

Gargani A., *"Ubi culpa, ibi omissio". La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581.

Gargani A., *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, III, 1939.

Gargani A., *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005.

Gargani A., *Individuale e collettivo nella responsabilità della* societas, in *St. sen.*, 2006, 239.

Gargani A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Milano, 2008.

Gargani A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 397.

Geis G., Stotland E., *White Collar Crime: Theory and Research*, London, 1980.

Geis G., Meier R., Salinger L., *White Collar Crime*, III ed., New York, 1995.

Gentile G., *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* Corporate Manslaughter, Torino, 2009.

Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994.

Giddens A., *Risk and Responsability*, in *Mod. Law Rev.*, 1999, 3.

Giddens A., *Runway World. How Globalization is Reshaping our Lives*, London, 1999 (trad. it. R. Falcioni, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000).

Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.

Giunta F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097.

Giunta F., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1296.

Giunta F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 90.

Giunta F., *Prudenza nella scienza* versus *prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pub.*, 2003, 162.

Giunta F., *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1.

Giunta F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227.

Giunta F., *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in N. Ambriani, G. Meo, G. Presti (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *AGE*, 2009, 243.

Giunta F., *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 819.

GOBERT J., *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 – Thirteen yeras in the making but was it worth the wait?*, in *Mod. Law Rev.*, 2008, 413.

GOBERT J., PUNCH M., *Rethinking Corporate Crime*, London, 2003.

GOLZIO L.E., *Il modello di organizzazione e il sistema della sicurezza del lavoro*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 6.

GORLA G., *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, 1964, 928.

GRANDE E., *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'autonomia?*, in *Pol. dir.*, 1996, 469.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

GRASSO G., *L'anticipazione di tutela: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689.

GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penale degli stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 617.

GRASSO G., *Recenti sviluppi in materia di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 739.

GRAZIADEI M., *Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, 337.

GRIFFIN S., *Corporate Manslaughter: A Radical Reform?*, in *Journ. Crim. Law*, 2007, 151.

GROSS H., *Organization Structure and Organizational Crime*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar Crime*, cit., 52.

GROSSI P., *Un diritto senza Stato*, in *Quaderni fior.*, 1996, 267.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GROSSI, P., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V, 2002, 152.

GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2003.

GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003.

GROSSO C.F., *Diritto penale e tutela della salute*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, 97.

GROSSO C.F., *Consenso dell'avente diritto* (voce), in *Enc. Giur. Trec.*, VIII, Roma 1988.

GRUNER R.S., *Corporate Crime and Sentecing*, Charlottesville, 1995.

GUASTINI R., *Ordinamento giuridico* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 1993, 415.

GUNNINGHAM N. *Industry Self regulation. An Istitutional Perspective*, in *Law&Policy*, 1997, 363.

HAINSWORTH A., *The case for Establishing Indipendent Schemes of Corporate and Individual Fault in the Criminal Law*, in *J. Crim. L.*, 2001, 420.

HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*: *Essay in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968.

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione fra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104.

HASSEMER W., *Prävention im Strafrecht*, in *Jus*, 1987, 257

HASSEMER W., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NZSt*, 1989, 553.

HASSEMER W., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeit. Rechtspolitik*, 1992, 378.

HAUFLER V., *A Public Role for the Private Sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington D.C., 2001.

HERZOG F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991.

HOCHSTETLER A., COPES H., *Organizational Culture and Organizational Crime*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, Oxford-New York, 2001, 210.

HUCHINS B.L., *A history of Factory Legisaltion*, II ed., London, 1911.

HUTTER B.M., *An inspector calls. The Importance of Proactive Enforcement in the Regulatory Context*, in *Brit. J. Crimolog.*, 1986.

INSOLERA G. (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (IV ed., Milano, 1999).

IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*, in *Giur. Comm.*, 2003, 693.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Roma-Bari, 2004.

JONAS H., *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979 (trad. it. P. Rinaudo, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1993).

JONAS H., *Dem bösen Ende näher. Gespräche über das Verhältnis des Menschen zur Natur*, Frankfurt am Main, 1993 (trad. it. P. Becchi, *Sull'orlo dell'abisso. Considerazioni sul rapporto fra uomo e natura*, Torino, 2000).

KADISH S., *Some Observations On The Use Of Criminal Sanctions In Enforcing Economic Regulations*, in *University of Chicago Law review*, 1963, 423.

Kadish S., *The Crisis of Overcriminalization*, in *Annals of Am. Acc.*, 1967, 157.

KAGAN R., SCHOLZ J., *The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Strategies*, in K. Hawkins, J. Thomas, (a cura di), *Enforcing regulation*, Boston, 1984, 38.

Kahn Freund O., *Pacta Sunt Servanda. A Principle and its Limits: Some Thoughts Prompted by Comparative Labour Law*, in *Tul. Law Rev.*, 48, 1974, 894.

Lacey N., Wells C., Quick O., *Recostructing Criminal Law*, IV ed., Cambridge, 2010.

Laufer W.S., *Culpability and the Sentencing of Corporation*, in *Neb. L. Rev.*, 1992, 1049.

Lega M., *Limiti all'obbligo di tutela dei lavoratori, ai sensi dell'art. 2087 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, 129.

Lipari N., *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 31.

Lottini R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

Loy G., *Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute*, in *QDLRI*, 1993, 10.

Lupoi, Maur., *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparato*, Roma, 1994.

Lupoi Maur., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2000.

Luzzati C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

Machen L.H., *Defects in Legislation*, in *Va. L. Reg.*, 11, 1905-1906, 451.

Maggi B., *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 326.

Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

Manna A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.

Manna A., *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 851.

Manna A., *Alla ricerca di una terza forma, tra dolo e colpa*, in A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa – Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 239.

Manna A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1101.

Manna A., *Il diritto penale del lavoro fra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen.*, 2011, 414.

Manna A., *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2012, 197.

MANNA A., *Corso di diritto penale*, II ed., Padova, 2012.

MANNA A., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, in corso di stampa.

MANTOVANI M., *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 153.

MANTOVANI M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1191.

MARINUCCI G., *Gestione di impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 424.

MARINUCCI G., "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1193.

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e sua trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3.

MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29.

MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445.

MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione struttura sistematica*, Milano, 2001.

MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza del lavoro*, Torino, 2009.

MARRA G., *Sussidiarietà penalistica e sicurezza del lavoro*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, 8.

MASERA L., *Danni da amianto e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2010.

MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 497.

MASSARO A., *Il principio di precauzione e diritto penale:* nihil novi sub soli?, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011.

MASULLO M.N., *Infortuni (mortali) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 929.

MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011.

Mattei U., di Robilant A., *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in The Legal Architecture of Europe*, in *Tul. Law Rev*., 2001.

Mattei U., Monateri P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997.

Mazzacuva N., *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 774.

Mendoza Buergo B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.

Merlini S., *I fondamenti costituzionali*, in B. Deidda, A. Gargani, (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 17.

Mertens H.J., *Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?*, in Teubner G. (a cura di), *Global law without state*, 1997, 34.

Metzger M.B., Schwenk C.R., *Decision Making Models, Devil's Advocacy, and the Control of Corporate Crme*, in *Am. Bus. Law J.*, 1990, 328.

Micheletti D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. Canestrari, F.Giunta, R. Guerrini, T.Padovani, *Medicina e diritto penale*, Firenze, 2009, 247

Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

Miller M., *Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants*, in *Vanderbilt L. R.*, 1993, 209.

Minda G., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001.

Mintz B.W., *OSHA. History, Law, and Policy*, Washington, 1984.

Mir Puig S., *Evoluzione politica e involuzione del diritto penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Napoli, 2011, 117.

Moccia S., *Sui principi di riferimento per un sistema penale tecnologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006.

Mokhiber R., *Corporate crime and Violence*, San Francisco, 1988.

Monateri P.G., *"Cunning Passages". Comparazione e ideologia nei rapporti fra diritto e linguaggio*, in *Riv. Crit. Dir. Prov.*, 1999, 353.

Montuschi L, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986.

Montuschi L, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in M. Biagi, (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive comunitarie*, Rimini, 1991, 11.

Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997.

Montuschi L., *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 59.

Morris C., *Custom and Negligence*, in *Col. Law Rev.*, 42, 1942, 1147.

Moscarini A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1895.

Mucciarelli F., *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in B. Deidda, A. Gargani, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 196.

Muchlinski P., *'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law*, cit., 79

Munkman J., *Employer's Liability*, London, 1985.

Muscatiello V.B., *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell'*homo faber *nel codice penale*, Torino, 2004.

Musco E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80.

Musco E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

Natullo G., *La "massima sicurezza tecnologica"*, in *DPL*, 1997, 815.

Natullo G, *Competenze regionali e tecniche giuridiche su standard di prevenzione ed effettività delle tutele normative*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 60.

Natullo G., *L'assetto delle fonti, le abrogazioni e le disposizioni finali*, in L. Zoppoli, P. Pascussi, G. Natullo, *Le nuove regole*, cit., 41.

Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009.

Notaro D., *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino, 2010.

Nuvolone P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

Ongus A., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxf. J. Leg. St.*, 13, 1995, 97.

Ongus A., *Enforcing Regulation: do we need the Criminal Law?*, in H. Sjogren, G. Skogh (a cura di), *New Perspectives on Economic Crime*, Cheltenham, 2004, 44.

Ormerod D., Taylor R., *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Crim. L. Rev.*, 2008, 589.

Paccagnella F., *Prevenzione di incidenti rilevanti connessi a sostanze pericolose*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 16.

Padovani T., *Alle origini di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 532.

Padovani, *Distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 956.

Padovani T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 117.

Padovani T., *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 367.

Padovani T., *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 330.

Padovani T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1159.

Padovani T., *Diritto penale del lavoro* (voce), *Enc. dir.*, 1997, 539.

Page A., *Self-regulation: the Constitutional Dimension*, in *Mod. Law Rev.*, 49, 1986, 141.

Palazzo F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230.

Palazzo F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 462.

Palazzo F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 694.

Palazzo F., *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271.

Palazzo F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 92.

Palazzo F., *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 186.

Paliero C.E., "Minima non curat paetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

Paliero C.E., *Il principio di effettività del diritto diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 507.

Paliero C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849.

Paliero C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi assiologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.

Paliero C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220.

Paliero C.E., *Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1995, 125.

Paliero C.E., *La fabbrica del* Golem. *Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466.

Paliero C.E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 51.

Paliero C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 17.

Paliero C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 21.

Paliero C.E., *La società* punita: *del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516.

Paliero C.E., *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 288.

Paliero C.E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Soc.*, 2010, 476.

Paliero C.E., *Il tipo colposo*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2012, 520.

Paliero C.E., Piergallini C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 167.

Paredes Castañòn J.M., *El riesgo permitido en Derecho Penal (Regimen jurìdico-penal de las actividades peligroas)*, Madrid, 1995.

Parodi Giusino M., *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 109.

Pasquarella V., *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 87.

Patrono P., *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147.

Pavarini M., Bertaccini D., *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Torino, 2004.

Pearce F., *Crime and Capitalist Business Corporations*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, Oxford-New York, 2001, 35.

Pearce F., Tombs S., *Ideology, Hegemony and Empiricism: Compliace Theories of Regulation*, in *Brit. J. Crim.*, 1990, 423.

Pearce F., Tombs S., *Hazards, Law and Class: Contextualizing the Regulation of Corporate Crime*, in *Social & Legal Strudies*, 1997, 79.

Pedrazzi C., *Interessi economici e tutela penale*, in A. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 293.

Pedrazzi C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 124.

Pedrazzi C., *Codici etici e legge dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1050.

Pedrazzoli M., *Democrazia industriale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 1989, 241.

Perdonò G.L., *Dal caso ThyssenKrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: un'analisi dell'attuale disciplina e delle possibili linee di sviluppo*, in *La Corte d'Assise*, 2-3/2011, 625.

Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, II ed. rist., Milano, 1973.

Perini C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

Perrin G., *Labour Law. Ch. 8. Occupational Risk and Social Security*, in R. David (a cura di) *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Tübingen-Boston-Lancaster, 1994.

PETRINI D., *Reati di pericolo e tutela della salute del consumatore*, Milano, 1990.

PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999.

PIERGALLINI C., Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 571.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

PIERGALLINI C., *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d.lgs. 231/2001)*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2049.

PIERGALLINI C., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. Donini, M. Pavarini, (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 327.

PIERGALLINI C., *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale*, cit., Firenze, 2012, 526.

PINTO A., EVANS M., *Corporate Criminal Liability*, London, 2003.

PIRAS P., *In culpa, sine culpa*, in *Dir.pen.cont.*, 26 novembre, 2012.

PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011.

PIVA D.,*"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssen, in Dir.pen. cont.*, 2/2013, 202.

PLANTAMURA V., *Diritto penale e tutela dell'ambiente: tra responsabilità individuali e degli enti*, Bari, 2007.

POSNER R., *A Theory of Negligence*, in *J. Legal Stud.*, 1, 1972, 29.

POUND R., *Common law and Legislation*, in *Harv. L. Rev.*, 21, 1908, 383.

PRITTWITZ C., *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993.

PRITTWITZ C., *Società del rischio e diritto penale*, in L. Stortoni, L. Foffani (a cura di), *Critica e Giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 371.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, 103.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000 (aggiornamento), 389.

PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 436.

PULITANÒ D., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, 853.

PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizione professionale*, in *Cass. pen.*, 2006, 778.

PULITANÒ D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 102.

PULITANÒ D., *Letture e valutazioni divergenti del* novum *legislativo*, in *Dir. pen.cont.*, 5 maggio 2013.

RADBRUCH G., *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 1958 (trad. it. A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962).

RAVÀ A., *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in *La crisi del diritto*, II ed., Padova, 1962, 66.

REES J., *Reforming the Worplace: a Study of Self-regulation in Occupational Safety*, Philadelphia, 1988.

RICCI M., *Alcune osservazioni introduttive in tema di sicurezza sul lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 21.

RICCI M., *Ambiente di lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in L. Montuschi, P. Tullini (a cura di), *Lavoro e responsabilità dell'impresa*, Bologna, 2006, 33.

RICCI M., *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale tra* iure condito *e* de iure condendo, in *Lav. giur.*, 2007, 113.

RIDELEY A., DUNFORD L., *Corporate Killing – Legislating for Unlawful Death*, in *Ind. L. J*, 1997, 99.

RIONDATO S., *Profili penali della normativa sul rischio di incidente rilevante connesso ad attività industriali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 1049.

RISICATO L., *Combinazioni e interferenze di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001.

RISICATO L., *Le linee-guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 195.

RIVA SANSEVERINO L.M., *Debito di sicurezza e funzioni dell'E.N.P.I.*, in *Prev. inf.*, 1956, 187.

RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.

ROBÈ J., *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in G. Tuebner, *Global,* cit., 45.

RODOTÀ S., *Repetorio di fine secolo*, II ed., 1999.

ROMANO B., *Globalizzazione e spazio del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 203.

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni*, in *Riv. soc.*, 2002, 409.

ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, I, III ed., Milano, 2004.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, II ed., 1946.

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pub.*, 1912, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, 1990, Milano, 385.

Ronco M., *Responsabilità delle persone giuridiche*, in *Eng. giur.*, 2002, 1.
Ronco M., *Il principio di legalità*, in M. Ronco (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone,* Bologna, 2006.
Ronco M., *Aporie scientiste e certezze logico razionali: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 247.
Ronco M., *La tensione tra dolo e colpa nell'accertamento della responsabilità per gli incidenti sul lavoro*, in *Arch. pen.*, 2011, 324.
Rosener D., Markowitz G., *Safety and Health as a Class Issue: The Workers'Health Bureau of America during the 1920s*, in D. Rosener, G. Markowitz (a cura di), *Dying for Work*. cit., 53.
Rossi G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.
Rossi P., *Premessa*, in Id. (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009.
Rothstein M.A., *Occupational Safety and Health Law*, St. Paul, 1998.
Ruga Riva C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1743.
Rycroft A., *Corporate Homicide*, in *Afr. J. Crim. Just.*, 2004, 141.
Sacco R., *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, 1992.
Sayre F.B., *Public Welfare Offences*, in *Columbia Law Review*, 33, 1933, 55.
Salcuni G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.
Salcuni G., *Il principio di legalità*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, 98.
Schrager L.S., Short J.F., *How Serious a Crime? Perceptions of Organizational and Common Crime*, in G. Geis, E. Stotland, *White Collar Crime: Theory and research*, London, 1980, 16.
Seidelson D.E., *The Appropriate Judicial Response to Evidence of the Violation of a Criminal Statute in a Negligence Action*, in *Duq. Law Rev.*, 30, 1991, 1.
Selvaggi N., *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente. Fra "rottura" e "conservazione", l'unità del sistema di responsabilità dell'ente alla prova dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 559.
Sgubbi F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
Sgubbi F., *Il reato come rischio sociale. Riflessioni sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.
Sgubbi F., *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, Torino, 1997, 259.
Sgubbi F., *Il diritto incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193.

SHAPIRO S.A., MCGARITY T.O., *Reorinting OSHA: Regulatory Alternative and Legislative Reform*, in *Yale J. on Reg.*, 1989, 1.

SHAPIRO S.A., MCGARITY T.O., *Workers at Risk, the Failed Promise of the Occupational Safety and Health Administration*, Westport, 1993.

SIGLER J.A., MURPHY J.E., *Interactive Corporate Compliance: An Alternative to Regulatory Compulsion*, New York, 1988.

SIGLER J.A., MURPHY J.E. (a cura di), *Corporate Lawbreaking and Interactive Compliance. Resolving the Regulation-Deregulation Dichotomy*, New York-Westport (CT)-London, 1991.

SILVA SANCHEZ J.M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004.

SIMESTER A.P., J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN. G.J. VIRGO, *Simester and Sullinvan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2010.

SLAPPER G., TOMBS S., *Corporate Crime*, London, 1999.

SMITH A.T.H., *On actus reus and mens rea*, in P.R. Glazebrook (a cura di), *Reshaping the criminal law*, London 1978, 103.

SMITH J.C., HOGAN B., *Criminal law*, XI ed., London, 2005.

SMURAGLIA C., *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, III ed., Milano, 1974.

SMURAGLIA C., *Salute* (voce), in *EGT*, Roma, 1989, XXVII, 2.

SMURAGLIA C., *Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 74.

SNIDER L., *Cooperative Models and Corporate Crime: Panacea or Cop-out?*, in N. Shover, J.P. Wright, *Crimes of Privilege*, Oxford-New York, 2001, 419.

SOTIS C., *Il diritto senza codici. Uno studio sul sistema penale vigente*, Milano, 2007.

STELLA F., *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E, Dolcini (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano,1985, 309.

STELLA F., *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1264.

STELLA F., *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 382.

STELLA F., *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003.

STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute nei luoghi di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55.

STONER J.E., *Corporate Criminal Liability for Homicide: Can the Criminal Law Control Corporate Behavior?* in *Sw. Law Rev.*, 38, 1984-1985, 1275.

Stoppato A., *L'evento prevedibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, 1898.

Stortoni L., *L'ambiente: aspetti penali della legislazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 883.

Stortoni L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71.

Stratenwerth G., *Zukunftsicherung mit den mitteln des Strafrecht?*, in *ZStW*, 1993, 679

Streeck W., Schmitter P., *Private interest Government: Beyond Market and State*, London, 1985.

Sullivan B., *Corporate Killing – Some Government Proposal*, in *Crim. Law Rev.*, 2001, 31.

Sutherland E.H., *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987.

Szubert W., *Labour Law. Ch. 7. Safety and Health at Work*, in R. David (a cura di), *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 1983.

Teubner G., *Substantive and Reflexive elements in modern law*, in *Law & Society*, 17, 1983, 239.

Teubner G., *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, in *Soc. dir.*, 1985, 7.

Teubner G., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, 85.

Teubner G., *Juridification – Concepts, G. Aspects, Limits, Soluzions*, in Id. (a cura di), *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of Labor, corporate, antitrust, and social welfare law*, Berlin, 1987, 198.

Teubner G., *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (a cura di), *Global law*, cit., 5.

Teubner G.,*Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 76.

Tiedemann K., *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 1.

Torre V., *Sistemi di co-gestione nel d.l.vo 334/1999*, in *Rischio da ignoto tecnologico. Quaderni della rivista trimestrale di diritto civile*, Milano, 2002, 125.

Torre V., *Gestione del rischio nel trattamento dei dati personali e nelle banche dati*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'era di internet*, Padova, 2004, 229

Torre V., *Tutela penale della salute ed elettrosmog*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa (a cura di), *Grandi Temi di diritto penale. La tutela della persona*, Torino, 2006, 934

Torre V., *D.lgs. 626/1994*, in N. Mazzacuva, E. Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, 121.

Torre V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. Comm.*, 2012, 564.

Vallini A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

Vallini A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1,10.

Vallini A., *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735.

Veneziani P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in G. Marinucci, E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003, 399.

Veneziani P., *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Milano, 2003.

Vitarelli T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695.

Volk K., *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatiche Aspekte und kriminalpolitische Probleme*, in *Fest. für Tröndle*, Berlin, 1989, 219.

Waldron J., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001.

Wells C., *Restatment or Reform*, in *Criminal Law Rev.*, 1986, 314.

Wells C., *The Decline and Rise of English Murder: Corporate Crime and Individual Responsability*, in *Crim. L. R.*, 1988, 788.

Wells C., *Manslaughter and Corporate Crime*, in *New Law Journal*, 1989, 931.

Wells C., *Inquests, Inquiries and Indictments: The Official Reception of Death by Disaster*, in *Legal Studies*, 1991, 71.

Wells C., *Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability*, in *Crim. L. R.*, 1993, 551.

Wells C., *Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v Natrass Revisited*, in *Mod. Law Rev.*, 1994, 817.

Wells C. *Negotiating Tragedy: Law and Disasters*, London, 1995.

Wells C., *Corporate Manslaughter: a Cultural and Legal Form*, in *Crim. Law Forum*, 1995, 45.

Wells C., Morgan D., Quick O., *Disasters: A Challenge for the Law*, in *Washburn L. J.*, 1999-2000, 496.

Zini A., *Il quadro normativo per la tutela della salute dei lavoratori dopo il d.lgs. n. 106/2009*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009*, II ed., Milano, 2010, 45.

SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. La crisi della legalità 9
2. Il ruolo della dogmatica 12
3. Le trasformazioni del diritto penale 14
4. L'importanza del metodo comparato 21

CAPITOLO I
IL MUTAMENTO DEL SISTEMA DELLE FONTI E L'EMERGERE DI FONTI PRIVATE IN RELAZIONE A NUOVE STRATEGIE DI CONTROLLO DELLE ATTIVITÀ RISCHIOSE

1. Dalla crisi del diritto (statale) a nuove prospettive evolutive del sistema giuridico 27
   1.1. La critica alla *overcriminalization* 38
2. L'affermazione della *reflexive law* come possibile soluzione all'espansione incontrollata dell'ordinamento giuridico 46
3. Il trilemma regolativo di Teubner e l'autonomia dei sottosistemi sociali 50
   3.1. La *reflexive law* quale espressione di democraticità 55
4. Autodisciplina e diritto penale 66
5. Il ruolo delle regole procedurali: norme di competenza 80

CAPITOLO II
IL CONTROLLO MEDIANTE ORGANIZZAZIONE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL MODELLO INGLESE SULLA SICUREZZA DEL LAVORO

1. L'affermazione di statuti particolari quale espressione di logiche corporativiste e prassi negoziali di risoluzione dei conflitti 85

2. Il diritto penale della sicurezza del lavoro: modelli di tutela 93
3. Origine ed evoluzione storica della tutela della sicurezza ed igiene del lavoro e la prevenzione delle malattie professionali come prototipo del c.d. diritto penale del rischio 98
3.1. Il diritto penale del rischio e funzione "comunicativa" del diritto 103
4. Il sistema britannico della sicurezza del lavoro: evoluzione storica 107
4.1. *Robens Committee* 113
5. *Health and Safety at Work Act 1974* e la *proactive regulation and control* 120
5.1. La complessità istituzionale e la struttura amministrativa della disciplina dell'*HSWA*: il ruolo della commissione e dell'esecutivo 123
5.2. L'attività ispettiva 125
5.3. L'articolazione e l'integrazione delle fonti normative: delegificazione e autodisciplina nella *Health and Safety Regulation* 127
5.3.1. *Duty of care* fra *negligence e statutory law* 132
5.3.2. *General duty clause* e modelli di integrazione 138
6. Il sistema aziendale come realtà istituzionale autonoma, che persegue fini pubblicistici: dimensione normativa e informativa 144
7. La peculiarità del sistema di *common law*: dal modello *command and control* alle logiche promozionali del diritto "preventivo" 149
8. *Carrot and stick* 152
9. Aspetti problematici delle strategie di *compliace* 157

Capitolo III
LA COLPA D'ORGANIZZAZIONE NELL'ESPERIENZA INGLESE DEL *CORPORATE KILLING*

1. La strategia repressiva per i "*true crime*": *the stick*. L'esperienza del corporate *manslaughter* 165
2. Tendenze di sviluppo della responsabilità penale d'impresa: le *regulatory offences* 169
3. L'evoluzione della responsabilità penale delle persone giuridiche: l'*identification test* 181
3.1. I *cases law* 192
3.2. Considerazioni critiche nell'applicazione giurisprudenziale dell'*identification test* 208
4. *Vicarious liability* e *direct liability*. Un differente criterio di imputazione? 214
5. L'evoluzione del concetto di *mens rea* e del contenuto della *negligence* come presupposti della costruzione di una colpevolezza di organizzazione 217
6. Il ruolo della giurisprudenza nell'affermazione della colpevolezza d'organizzazione 224
7. L'affermazione della colpevolezza d'organizzazione nell'ambito dell'omicidio colposo 231

8. La proposta della *Law Commission* e dell'*Home Office* 237
8.1. La proposta dell'*Home Office* e il *draft bill* del 2005 247
8.2. La riforma (dis-)attesa? 249
8.2.1 Le condizioni di operatività del *corporate manslaughter* 252
9. Considerazioni critiche 257

CAPITOLO IV
LA TUTELA DELLA SICUREZZA DEL LAVORO NEGLI USA:
COSTI E BENEFICI DI UN APPROCCIO EFFICIENTISTA

1. Introduzione 265
2. L'origine e l'evoluzione della sicurezza del luogo di lavoro negli USA 269
3. L'esperienza americana della tutela del lavoro:
OSHA (*Occupational Safety and Health Act* 1970) 271
4. L'approccio cooperativo e consensuale dell'organo di controllo 277
4.1. L'attività ispettiva 278
4.2. Poteri sanzionatori 280
5. Le fonti del dovere di prevenzione. Complementarietà ed integrazione fra
standards OSHA e *compliance program*: "costi e benefici" di una politica
market oriented 282
5.1. *General Duty Clause* 294
5.2. L'istituzionalizzazione della dimensione aziendale. *Compliance program*:
dinamismo e settorializzazione delle regole cautelari 299
6. La struttura dei *compliance program* e il ruolo fondamentale
della dimensione informativa 306
6.1.La valorizzazione dei *compliance program*
nell'esperienza nordamericana 309
7. La violazione degli *standards* e della *general duty clause*:
l'(in)efficienza delle regole del mercato per la tutela del lavoratore 311
8. L'(in)effettività di un approccio punitivo 317
8.1. L'omicidio della *corporation* 324
9. Il diritto penale del "controllo mediante organizzazione" 326

CAPITOLO V
LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA TUTELA PENALE
DELLA SICUREZZA DEL LAVORO

1. L'evoluzione della tutela penale della sicurezza del lavoro in Italia
e il principio di precauzione 331
2. Co-gestione e diritto penale nella sicurezza del lavoro 338
3. Bene giuridico e finalità di tutela 341
4. La logica co-gestionale nella riforma della materia antinfortunistica
in Italia 352
5. L'analisi del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 362
5.1. La complessità istituzionale 364

5.2. L'attività di vigilanza 367
5.3. Gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro 368
6. Valutazione del rischio quale affermazione di un sottosistema autonomo 377
7. Mutamento del contenuto e dello scopo del dovere prevenzionale: riduzione del rischio 384
8. Tutela penale della sicurezza del lavoro e autodisciplina: una riforma incompiuta 398
9. Il disincanto della giurisprudenza e lo scetticismo del legislatore: i modelli organizzativi e la responsabilità degli enti 408
9.1. L'assenza di una strategia preventiva 417
10. Il rinvio all'autodisciplina: "la capra diventa giardiniere"? 425

Bibliografia 435

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.