

SINTESI DELLA RELAZIONE

“PROFILI GIURIDICI DEL SAFETY MANAGEMENT SYSTEM”

Prof. Bruno Franchi

docente di diritto aeronautico nell'Università di Modena e Reggio Emilia

Roma, 28 novembre 2012

1. Premessa.

Si tratta di una tematica sostanzialmente nuova, perché le problematiche giuridiche sottese all'implementazione del SMS non mi risultano siano mai state affrontate prima di oggi. Tuttavia, proprio perché si tratta di una tematica nuova, dove non esiste né dottrina né giurisprudenza, gli elementi di dubbio sono molteplici, per cui mi limiterò a fornire degli spunti di riflessione più che delle certezze.

Parlando a degli addetti ai lavori, mi asterrò dal richiamare la normativa aeronautica in materia di SMS, limitandomi soltanto a ricordare che il Doc ICAO 9859 (Safety Management Manual), nel rappresentare che il sistema aeronautico non può essere completamente esente da rischi (soprattutto laddove entri in gioco il fattore umano), prevede che l'operatore determini un livello di rischio tollerabile.

In linea con questa affermazione si pone anche la documentazione dell'ENAC, la quale sottolinea che il SMS stabilisce «un approccio sistematico finalizzato alla gestione dei rischi potenziali, che una volta individuati dovranno essere mantenuti ad un livello tollerabile in rapporto all'attività».

Partendo dal presupposto che per il corretto inquadramento giuridico delle problematiche sia necessario e fondamentale confrontarsi con la realtà operativa, in vista di questa relazione ho preso contatto con alcuni operatori del settore che hanno già implementato o stanno implementando il SMS.

Tra le varie preoccupazioni che mi sono state manifestate, una, in particolare, mi ha colpito.

Alcuni degli operatori contattati mi hanno infatti fatto capire che la loro preoccupazione principale non è tanto quella di costituire un SMS effettivamente in grado di individuare ed eliminare le criticità eventualmente esistenti nella propria organizzazione/attività in un'ottica di prevenzione, quanto quella di costituire un SMS che sia in grado di limitare il più possibile le eventuali conseguenze sul piano della responsabilità civile e di quella penale in caso di incidente.

Ritengo non condivisibile questo atteggiamento, ancorché lo possa ampiamente comprendere alla luce di certi atteggiamenti e decisioni dell'autorità giudiziaria italiana che lasciano non poco perplessi.

Perché il suddetto atteggiamento non è comprensibile? Perché potrebbe innescare in campo aeronautico lo stesso tipo di reazione che si è già manifestato nel campo sanitario, dove si è affermata la cosiddetta *medicina difensiva*. Il timore di possibili conseguenze sul piano della responsabilità civile e penale potrebbe innescare a livello di operatori del settore atteggiamenti preventivi di tutela unicamente organizzativa e personale, che fanno perdere di vista la ragione stessa per la quale il SMS è stato previsto.

Ciò premesso, probabilmente le due problematiche di maggior interesse sotto il profilo giuridico riguardano il c.d. “rischio tollerabile o accettabile” e l'idoneità del sistema organizzativo da porre in essere per assicurare una efficace attività di prevenzione proattiva.

2. Rischio accettabile.

L'elaborazione della teoria del rischio in campo giuridico è attribuibile alla dottrina tedesca, che ha finito per influenzare anche l'ordinamento comunitario.

Alla suddetta dottrina, si deve, in particolare, la distinzione tra il concetto di "pericolo" e quello di "rischio", che apparentemente potrebbero sembrare sinonimi:

- il *pericolo* rappresenta un evento dannoso futuro ed incerto il cui verificarsi, sulla base dell'esperienza acquisita, può ritenersi ragionevolmente probabile (ad esempio, se decollo con la superficie alare contaminata dalla presenza di ghiaccio, ho la ragionevole probabilità di incorrere in un problema di controllabilità dell'aeromobile);
- il *rischio* rappresenta invece un evento dannoso futuro ed incerto di cui non sia possibile, allo stato attuale delle conoscenze, valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità o le modalità di avveramento; in sostanza, esso è correlato ad una sfera di incertezza, diversamente dal pericolo che è correlabile ad una sfera di certezza.

In certi settori di attività (non solo in quello aeronautico, ma prima ancora, ad esempio, nel settore del nucleare o dell'ambiente) è inevitabile arrivare ad assumere una decisione su quale sia il rischio da evitare e quale invece sia il *rischio c.d. residuale* (che potremmo ritenere coincidente con il rischio tollerabile o accettabile).

Il rischio tollerabile o accettabile, ancorché parta di solito da una valutazione di carattere prevalentemente tecnico-scientifico, si riduce comunque alla fine in una valutazione di carattere essenzialmente politico (in un operatore aeronautico, rimessa, ad esempio, all'*accountable manager*).

In questa valutazione di carattere essenzialmente politico, la logica dei costi potrà assumere rilevanza, ma non potrà certamente diventare un riferimento utilizzabile in via esclusiva, almeno per quanto concerne il campo aeronautico.

Associato al concetto di rischio accettabile troviamo il *principio di precauzione* (anch'esso elaborato in Germania), secondo cui, qualora sussista un dubbio sul livello di rischio, va sempre adottata l'opzione più conservativa per minimizzare il rischio (in campo aeronautico, tuttavia, non è percorribile l'opzione zero, perché si rischierebbe di bloccare la stessa attività aeronautica).

Quanto testé affermato diventa di fondamentale importanza in relazione all'evoluzione della responsabilità civile, che è sempre più protesa a soddisfare le richieste dei danneggiati.

3. Sistema organizzativo da porre in essere.

In un sistema che ha per obiettivo il miglioramento della sicurezza del volo - oltre che, scrive l'ENAC, favorire la crescita aziendale - diventa fondamentale mettere a punto una organizzazione in grado di conseguire in maniera efficace il citato obiettivo.

Ma cosa bisogna fare perché questo modello organizzativo sia efficace, cioè effettivamente in grado di individuare e per quanto possibile eliminare le criticità correlabili alla *safety* e quindi, indirettamente, fornire all'operatore una tutela giuridica sostenibile?

L'assenza di dottrina e di giurisprudenza in materia aeronautica relativa alla idoneità del modello organizzativo impone di effettuare una ricognizione sull'ordinamento interno per verificare l'esistenza di situazioni, anche lontanamente simili, che possano eventualmente fornire spunti di riflessione.

Ad esempio, nel d.lgs. n. 231/2001 (che riguarda la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) si prevede che l'ente non sia chiamato a rispondere per la citata responsabilità qualora abbia adottato ed

efficacemente attuato dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire la commissione di determinati reati.

Lo stesso d.lgs. prescrive che i suddetti modelli di organizzazione debbano rispondere, tra l'altro, alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività nel cui ambito possano essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.

Come si vede, le due esigenze sopra richiamate sono sostanzialmente simili, tenuto conto delle dovute differenze, a quelle richieste per il SMS.

Proprio sul concetto di *idoneità* del sistema di organizzazione si è confrontata la dottrina, che ha alternativamente sposato la tesi secondo cui il giudizio di idoneità debba basarsi su un criterio di idoneità *ex ante* o *ex post*.

Per cercare di sciogliere definitivamente i dubbi in materia è intervenuta la giurisprudenza. (Tribunale Milano, novembre 2004) che ha elaborato un decalogo (c.d. "decalogo 231") elencante una serie di criteri in base ai quali un modello organizzativo possa reputarsi idoneo; molti di questi criteri, fatte le dovute differenze, coincidono in parte con quelli richiesti dall'ICAO per il SMS.

Di interesse anche le conclusioni dell'ordinanza del GIP del Tribunale di Milano (20.9.2004, n. 30382) secondo cui il modello deve comunque prevedere, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione, nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. Deve dunque essere *concreto, efficace e dinamico*, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce.

In linea con la citata ordinanza del GIP di Milano si pone anche l'ordinanza del GIP di Napoli del 26 giugno 2007, il quale ribadisce l'esigenza di adottare modelli organizzativi *concreti e dinamici*, che siano in grado di seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferiscono e di analizzarne la storia.

È interessante notare come la giurisprudenza sottolinei che i modelli organizzativi devono caratterizzarsi per la loro concretezza e dinamicità.

In sostanza, per quanto concerne la concretezza, deve trattarsi di modelli calati effettivamente nella realtà dell'ente (nel nostro caso dell'operatore), che non si limitino quindi ad avere soltanto le caratteristiche specificate a livello normativo, ma tengano conto della natura dell'ente/operatore, delle sue dimensioni, della sua storia, della peculiarità delle attività svolte. I modelli devono cioè scaturire da una visione realistica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale. In altri termini, come sottolineato dal GIP di Napoli, il modello non deve rappresentare un mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale, ma deve essere appunto uno strumento concreto.

Per quanto concerne invece la dinamicità del modello, deve trattarsi di un modello in continua evoluzione, che sia in grado di adattarsi tempestivamente ai cambiamenti dell'ente/operatore e di affrontare e rimuovere le nuove criticità individuate.

I criteri testé citati, anche se riferiti ad un contesto molto diverso rispetto a quello che stiamo analizzando, potrebbero comunque rivelarsi utili per avere, con riferimento al SMS, una idea sul concetto di idoneità di un sistema organizzativo elaborato dalla giurisprudenza.

4. Conclusioni.

Fatte queste premesse, proviamo a riportare ad unità le considerazioni sopra esposte, anche in relazione a quanto previsto dal codice civile in tema di diligenza nell'adempimento (art. 1176).

Tale articolo prevede, al comma 2, che «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale [ed è il caso degli operatori aeronautici tenuti alla istituzione del SMS], la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Tradotto in altri termini, significa che la diligenza richiesta nell'esercizio di un'attività professionale è più gravosa rispetto a quella generalmente richiesta al debitore e che si identifica nella diligenza del buon padre di famiglia.

All'operatore professionale si chiede dunque una diligenza qualificata in relazione al settore di operatività, per cui, nell'esercizio della propria attività, dovrà non soltanto attenersi scrupolosamente alla normativa vigente di rispettivo interesse, ma anche mettere in atto tutte le procedure che, *allo stato dell'arte ed alla luce delle buone pratiche raccomandate dalla comunità scientifica di riferimento*, siano considerate idonee per perseguire gli obiettivi prefissati.

Orbene, la istituzione del SMS secondo le indicazioni fornite *in primis* dall'ICAO nelle proprie fonti normative (che si possono considerare come rappresentative dello stato dell'arte in materia ed affrontano sia gli aspetti organizzatori del sistema, sia quelli correlati alla accettabilità del rischio, che comunque parrebbe forse più opportuno definire come *rischio ineliminabile*) può certamente contribuire a connotare positivamente, sotto il profilo della responsabilità civile, la diligenza professionale dell'operatore aeronautico.

Ottimale sarebbe comunque ottenere - ed in questo senso dovrebbero convergere gli sforzi degli operatori del settore, oltre che delle istituzioni competenti - una normativa simile (legge n. 189/2012) a quella recentemente adottata per gli esercenti delle professioni sanitarie, che, nello stabilire un parametro normativo di valutazione dell'elemento soggettivo del reato, estende sostanzialmente i propri effetti anche alla responsabilità civile.

La norma in questione, che potrebbe essere facilmente adattata alle esigenze degli operatori del comparto aeronautico - la cui attività presenta molti punti in comune con l'attività degli esercenti le professioni sanitarie - così recita:

«1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 [risarcimento per fatto illecito] del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.».