

IL RISK MANAGEMENT PUÒ ESSERE UNO STRUMENTO PER TUTELARCI DALLE RESPONSABILITÀ PENALI?

Convegno del 11/02/2022

- INTRODUZIONE

L'attività del *RISK MANAGEMENT* è connessa a svariati settori dell'ordinamento giuridico, nonché a norme tecniche e buone prassi che mi sento di lasciare a relatori e tecnici ben più preparati di me. Per quello che concerne il mio intervento, ovvero la disciplina penale connessa all'attività di risk management si è avuto un lento sviluppo, in massima parte indotto dal legislatore comunitario, che ha condotto il Legislatore Italiano ad una serie di norme che, pur non disciplinando direttamente il risk management né toccano molteplici aspetti. Tale evoluzione storico-normativa - che ha avuto il proprio culmine nel D.lgs 231/2001, passando poi per il TUSL (testo unico sulla sicurezza sul lavoro) e la normativa sulla responsabilità medica - ha fatto sì che il *risk management* assurgesse al ruolo di elemento costituente ed imprescindibile di qualsiasi realtà imprenditoriale sia che questa sia connessa con il mondo aviation, all'industria pesante oppure che si tratti di una modesta attività a conduzione familiare.

Il *RISK MANAGEMENT*, infatti, oltre a rappresentare uno specifico valore aggiunto in termini di efficienza della *performance* è l'unico strumento in grado di prevenire spiacevoli conseguenze sia per gli amministratori sia per le aziende. Infatti, vi è una tematica decisamente poco approfondita, ma di fondamentale importanza, costituita dal rapporto tra il *RISK MANAGEMENT* ed il mondo del diritto penale. Quest'interazione diventa ancor più pregante alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali in materia penale.

Prima di addentrarci all'interno di quelle che sono le problematiche applicative specifiche è necessario esplicitare qualche concetto di base relativo alla responsabilità penale e para-penale connessa ai soggetti giuridici ed ai loro amministratori.

- NATURA DEL DIRITTO PENALE

Il Diritto Penale è una particolare branca del diritto pubblico, ove lo Stato è parte attiva nel procedimento, contrariamente a quanto accade nel processo civile, in cui vi sono due parti private che si rivolgono ad un giudice terzo per la gestione dei loro interessi. Il Diritto Penale ha il compito di preservare lo Stato stesso, inteso come comunità di soggetti, da deviazioni particolarmente pericolose che potrebbero portare alla disgregazione della stessa "entità Stato". Per questi motivi il Diritto Penale è, o almeno dovrebbe essere, l'ultima possibile risposta dell'Ordinamento alle violazioni di Legge. In virtù della sua portata pervasiva, il Diritto Penale risulta connotato da dei parametri molto stringenti, sia nell'individuazione e nella gestazione delle norme idonee ad imporre sanzioni penali, sia nella predefinizione dei concetti di responsabilità. Invero, la responsabilità penale si estrinseca in maniera diversa rispetto a quanto previsto dal Diritto Civile. Sul punto possono essere svolte numerose considerazioni, tuttavia stante lo scarso tempo a disposizione in questa sede ci si limita a rappresentare come la responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) prevede: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*" non assegna alcuna rilevanza alla sfera volitiva del soggetto danneggiante, quello che conta in questo tipo di responsabilità è: **il verificarsi del danno, l'antigiuridicità dello stesso, ed il nesso causale** tra gli elementi sopracitati. Ma soprattutto, per quanto attiene l'oggetto del nostro seminario, il Codice Civile svolge degli ulteriori importanti distinguo in merito alla responsabilità a seconda del tipo di attività prestata, ad esempio le c.d. "ATTIVITÀ PERICOLOSE". Il codice civile infatti, all'art. 2050 c.c. ritiene che determinati comportamenti, i quali sarebbero scusabili al di fuori delle "ATTIVITÀ PERICOLOSE" sarebbero scusabili, siano idonei a generare responsabilità, in questo campo. A fronte di quest'espansione del concetto di responsabilità all'interno del diritto civile vi sono anche delle riduzioni. La più rilevante è rappresentata, soprattutto in materia di risk management dall'art. 2236 c.c. restringe il concetto di responsabilità richiamando dei concetti molto cari al legislatore comunitario ossia quelli di colpa lieve e colpa grave, rendendo rilevante soltanto la cosiddetta "COLPA GRAVE". Per comprendere il multiforme mondo della

responsabilità nel diritto civile può essere utile fornire un esempio pratico attinente al tema del nostro incontro. Si pensi alla diligenza che il comune debitore è tenuto ad avere nel custodire una res da consegnare, il predetto debitore potrebbe non essere responsabile per il caso di furto non evitabile con la normale diligenza, mentre il debitore professionale, come il soggetto detentore di una merce pericolosa nell'ambito del trasporto aereo, potrebbe rispondere persino per una rapina subita, se, ad esempio, non abbia correttamente valutato il rischio di un atto di interferenza esterna e non si sia dotato di idonei sistemi di sicurezza. Mentre nel primo caso il peso dell'inadempimento della prestazione graverebbe sul creditore, nel secondo caso l'inadempimento graverebbe sul debitore. L'elasticità di questo concetto di responsabilità è sconosciuto nel diritto penale, per il quale le intenzioni del soggetto agente assumono un rilievo assolutamente pregnante.

L'art. 43 c.p. disciplina l'elemento psicologico del reato affermando che: *"Il delitto: è **doloso**, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è **preterintenzionale**, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è **colposo**, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico"*. Da ciò discende che il concetto penalistico di colpa non risulta perfettamente collimante né con il dettato normativo europeo, il quale ovviamente risente di un'origine anglosassone, né con la differenziazione e le varie gradazioni di colpa/responsabilità previste dal Codice Civile, *ex multis* artt. 1176 co 2 e 2236 c.c.. Tale discrasia porta ad inevitabili contrasti, poiché gli attori in campo non dialogano nella stessa lingua. Infatti, mentre il concetto di colpa lieve o colpa grave ha una sua rilevanza nel diritto civile, a seconda dell'ambito in cui ci si muove, e può portare a notevoli conseguenze sul piano pratico come un radicale spostamento del peso dell'inadempimento di un'obbligazione, nel Diritto Penale così non è. In ambito penale il ruolo della colpa è stato, ed è tutt'ora, al centro di un acceso dibattito dottrinale ma, in assenza di un intervento normativo, ad oggi la rilevanza della colpa nella graduazione della pena

- POSIZIONE DI GARANZIA E RESPONSABILITÀ NELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE

Appurati i concetti che stanno alla base della responsabilità è opportuno sottolineare come il Codice Penale preveda un'ulteriore declinazione della fattispecie di responsabilità, ossia quella prevista dall'art. 40 c.p.. Invero, detto articolo norma la cosiddetta POSIZIONE DI GARANZIA nel dettato normativo si afferma che: *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. **Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"***. Il predetto dettato normativo comporta, all'interno del sistema penale italiano, la possibilità che, a determinate condizioni, vi sia la presenza di un dovere giuridico di impedire un evento di talché, in forza di questo dovere, non impedire tale evento, per la legge, equivale a causarlo. Tale onere impeditivo viene anche chiamato "posizione di garanzia". DUNQUE LA MANCATA O NON CORRETTA VALUTAZIONE DEL RISCHIO NON INFLUISCE ESCLUSIVAMENTE IN MANIERE NEGATIVA SULLE PERFORMANCE DELL'AZIENDA O SULLA NECESSITÀ DI DOVER FAR FRONTE A DELLE RICHIESTE DI RISARCIMENTO DEL DANNO, MA COMPORTA ALTRESÌ IL RISCHIO DI IN INCRIMINAZIONE PENALE DI PIÙ SOGGETTI ALL'INTERNO DELLA COMPAGINE SOCIETARIA.

Da ultimo non si può tacere la possibilità della cooperazione di più soggetti all'interno del quadro di cui all'art. 40 c.p., pertanto occorre fare un, seppur breve, cenno a quanto statuto dall'art. 113 c.p. sulla scorta del riconoscimento operato anche in giurisprudenza all'istituto del concorso di persone nel reato colposo. Infatti l'art. 113 c.p. prevede che: *"nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso"*, questo ha dei riflessi importanti in ambito *aviation* anche perché, come abbiamo visto nello *swiss cheese model* - di cui relatori molto più

preparati di me hanno parlato -, molto spesso è l'intrecciarsi delle omissioni, o delle condotte colpose, di più operatori che conducono all'evento infausto.

- RESPONSABILITÀ ALL'INTERNO DELLE SOCIETÀ

Avendo chiarito i concetti di **dolo** e di **colpa** nel diritto penale, nonché la responsabilità da posizione di garanzia, risulta necessario comprendere i meccanismi che stanno alla base del riparto della responsabilità, anche penale, all'interno delle organizzazioni complesse, in special modo quelle operanti nei settori a rischio consentito. Infatti, le società, già con l'introduzione del D.lgs. 231/2001, hanno anche un ruolo chiave nella prevenzione dei reati.

In primis, penso che quello che interessa di più sia l'individuazione del soggetto responsabile e l'eventuale delega liberatoria e non liberatoria di tali responsabilità, *In secundis* l'individuazione degli eventuali limiti a tale forma di responsabilità. Partendo dal primo aspetto occorre premettere come a seguito della riforma del diritto societario, le funzioni rilevanti all'interno di una società per il Legislatore sono tre:

- FUNZIONE DI GESTIONE SOCIALE;
- FUNZIONE DI CONTROLLO SULLA GESTIONE SOCIALE;
- FUNZIONE DI CONTROLLO CONTABILE.

Il Legislatore ritiene che ricoprire un ruolo, con determinate caratteristiche di **indipendenza** e **potere di spesa**, all'interno delle tre funzioni sopraelencate comporti l'attribuzione della qualifica di SOGGETTO APICALE o AMMINISTRATORE. Il ricoprire una tale funzione è preceduto da quella che è una formale investitura della qualifica o della funzione. Tuttavia, al fine di contrastare il fenomeno dei c.d. "AMMINISTRATORI DI FATTO", tale fenomeno rendeva non punibili quei soggetti i quali sprovvisti di una formale investitura, a causa del fatto che la Legge stigmatizza dei reati propri commissibili solo da chi è formalmente investito della carica di amministratore, sono stati emanati i D.lgs. 61/2002 e 6/2003. Il D.lgs. 61/2002 ha introdotto, per il diritto penale societario le c.d. "**clausole di equiparazione**" le quali trascendono ormai l'ambito dei soli reati societari. Dette clausole di equiparazione sono contenute all'interno dell'art. 2639 c.c. il quale afferma che: "*per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi.*".

Detti principi sono stati più volte richiamati dalla Corte di Cassazione al fine di identificare *sic et simpliciter* un amministratore di fatto: "**L'amministratore di fatto, in relazione al quale deve intendersi valevole il principio dell'assoluta equiparazione alla figura dell'amministratore di diritto quanto ai doveri, sulla base della disciplina dettata dall'art. 2639 c.c., è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto. In tal senso, pertanto, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche nel caso di colpevole inerzia a fronte di tali condotte, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma secondo, c.p.**". In ogni caso tale responsabilità non esclude quella dell'amministratore legalmente nominato. Sul punto la Cassazione ha affermato che: "**L'amministratore di una società risponde del reato omissivo contestato agli quali diretto destinatario degli obblighi di legge, anche se questi sia mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito quali amministratori di fatto, atteso che la semplice accettazione della carica attribuisce allo stesso doveri di vigilanza e controllo, il cui mancato rispetto comporta responsabilità penale o a titolo di dolo generico, per la consapevolezza che dalla**

condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato, o a titolo di dolo eventuale per la semplice accettazione del rischio che questi si verifichino.” .

Nel suo complesso, l'art. 2639 c.c. esplicita l'adesione del Legislatore italiano al criterio contenutistico-funzionale di individuazione dei soggetti responsabili dei reati societari. Il predetto criterio invero, era già stato adottato in svariati altri ambiti ad esempio nel D.lgs. del 9 aprile 2008, n. 81, all'art. 2 lett. b (**datore di lavoro è il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i POTERI DECISIONALI e di SPESA**).

I soggetti materialmente responsabili per le violazioni che hanno condotto ad un “evento” ai sensi dell'art. 40 c.p.. Per concludere, si può affermare che i soggetti apicali sono quei soggetti, per investitura legittima o meno, dotati anche alternativamente:

- della FUNZIONE DI RAPPRESENTANZA DELLA SOCIETÀ, questi sono ruoli di amministrazione verticistica e sono soggetti che possono rappresentare l'ente anche all'estero dello stesso;
- della FUNZIONE DI AMMINISTRAZIONE DELLA SOCIETÀ, l'esempio più frequente sono gli amministratori delegati, ovvero quei soggetti cui è demandata la gestione complessiva dell'impresa, comprensiva dei poteri strumentali alla gestione stessa, ad esempio il potere di spesa;
- della FUNZIONE DI DIREZIONE DELLA SOCIETÀ, l'esempio classico sono i direttori generali ex art. 2396 c.c. i quali svolgono compiti di gestione operativa della società, tuttavia anch'essi risultano connotati da una spiccata autonomia gestionale.

- CONSEGUENZE PER LA SOCIETÀ IN SÉ E PER SÉ

Avendo ben chiari quelli che sono i profili di responsabilità cui l'amministratore ed i soggetti gravati del SMS è utile fare un brevissimo accenno sulle conseguenze che questi eventi avrebbero sulla società in sé e per sé considerata. Il D.lgs. 231/2001 ha introdotto un vero e proprio sistema para-penale autonomo dedicato alle persone giuridiche. Tale testo normativo afferma che, al fine di aversi responsabilità *ex crimine* per una società o un ente, sono necessari tre requisiti:

- 1) **autonomia soggettiva**: ovvero deve trattarsi di un soggetto giuridico che consenta una differenziazione rispetto alla persona fisica che lo gestisce (ex art. 5 D.lgs. 231/2001);
- 2) **autonomia patrimoniale**: oltre all'autonomia soggettiva l'ente deve essere titolare di un patrimonio proprio o di un fondo comune (ex art. 27 D.lgs. 231/2001);
- 3) **composizione collettiva e struttura organizzativa interna**: è richiesto che l'ente o la società siano composti da una pluralità di soggetti dotati di un organigramma gestionale-funzionale, diversamente pur essendoci autonomia soggettiva e patrimoniale, come nel caso di un **srls unipersonale**, la colpa della condotta illecita non potrebbe legittimamente ricadrebbe su una scorretta organizzazione societaria ma dovrebbe essere ricondotta al singolo soggetto.

la genesi della responsabilità para-penale degli enti, sono i c.d. **reati-presupposto**. La punibilità degli enti, infatti, risulta circoscritta ad un *numerus clausus* di fattispecie criminose predeterminate *ex lege* (art. 2 D.lgs. 231/2001), la cui formulazione riprende sostanzialmente il principio *Nullum Crimen* ex art. 25 co. 2 Cost.. Ciò posto, si può legittimamente affermare che gli illeciti penali delle società si caratterizzano per una “**doppia tipicità**”, in primo luogo detti fatti devono essere previsti come reati per le persone fisiche, in secondo luogo, gli stessi, debbono rientrare nel catalogo dei **reati-presupposto**. Va rimarcato, sul punto, che il numero dei

reati rilevanti ai sensi del D.lgs. 231/2001 è progressivamente cresciuto negli anni¹. Tale tendenza espansiva, prima ancora dei più significativi interventi normativi, era stata portata avanti dalla giurisprudenza a mezzo dello stesso art. 24-ter del D.lgs. 231/2001². Il predetto articolo, disciplinando la responsabilità sociale in caso di **associazione a delinquere**, veniva usato come grimaldello per far rientrare fattispecie di reato, diversamente non attribuibili alle società, nel novero dell'art. 2 del D.lgs. 231/2001³. Nonostante qualche pronuncia in senso contrario della Suprema Corte, tale prassi giurisprudenziale non sembra essersi arrestata neppure oggi⁴.

Presupposto applicativo della disciplina sanzionatoria della 231 è il rapporto funzionale che deve necessariamente legare il soggetto fisico agente con il soggetto giuridico. In particolare il già citato art. 5 del D.lgs. 231/2001 individua una duplice categoria di possibili autori materiali del reato:

a) da **persone che rivestono funzioni di rappresentanza**, di amministrazione o di direzione dell'ente, ovvero di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. In termini più diretti i soggetti apicali di cui al paragrafo che precede.

b) da **persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)**. In altre parole, in campo aeronautico, anche i c.d. *first line operators* o i soggetti deputati alla predisposizione di un sistema di gestione del rischio.

Per quanto attiene, invece, i soggetti subordinati, questi, sono costituiti da tutti i soggetti dipendenti dell'ente indipendentemente dal tipo di inquadramento nell'organigramma aziendale. A ben vedere è sufficiente che questi siano inseriti con continuità all'interno dell'ente senza che, peraltro, siano necessariamente legati al predetto ente da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. **Sul punto alcuni autorevoli commentatori hanno sostenuto che, in alcuni casi peculiari, non sarebbe necessario nemmeno l'inserimento del soggetto nell'organigramma aziendale**, quindi un'esternalizzazione del rischio non risulta essere una scelta efficace né per l'amministratore né per la società. Invero, un particolare incarico finalizzato ad un interesse delittuoso dell'ente potrebbe essere affidato ad un soggetto esterno il quale sarebbe comunque asservito al potere direzionale del soggetto in posizione apicale.

Fortunatamente non ogni reato commesso in questo frangente, come abbiamo visto può dare luogo a responsabilità, infatti gli artt. 5-8 (D.lgs. 231/2001) delineano quelli che sono i criteri cui l'operatore deve sottostare per verificare se un reato possa comportare o meno una responsabilità di carattere para-penale

¹ A titolo esemplificativo si richiamano l'art. 25-septies del D.lgs. 231/2001 in tema di "Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro", aggiunto dalla L. 3 agosto 2007, n. 123; oppure l'art. 25-undecies del D.lgs. 231/2001 in tema di "Reati Ambientali", aggiunto dalla L. 3 agosto 2009, n. 116, e poi sostituito dal D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121; oppure l'art. 25-quaterdecies del D.lgs. 231/2001 in tema di "Razzismo e Xenofobia", aggiunto dall'art. 5, comma 2, L. 20 novembre 2017, n. 167.

² **D.lgs. 231/2001 art. 24-ter. Delitti di criminalità organizzata:** "1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del Codice Penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. 2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del Codice Penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. 4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3."

³ *Ex multis* i reati ambientali prima della riforma del 2009 o i reati tributari prima della riforma del 2019.

⁴ Cass. Pen., Sez. VI del 20/12/2013 n.3635

per l'ente. I principali criteri risultano individuati dal già citato art. 5, invero, stando al predetto articolo il **reato-presupposto** deve essere realizzato "nell'interesse o a vantaggio dell'ente", ovvero deve esservi un legame oggettivo tra il reato e l'ente. Il contenuto dei concetti di **interesse** e di **vantaggio** per l'ente è stato a lungo dibattuto. In questa sede basti sapere che il predetto dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, si è sostanzialmente concluso con la presa di posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte nel 2014⁵. Nella sopracitata sentenza, la Corte ha statuito che i due concetti di **interesse** e **vantaggio** non costituiscono un'endiadi e si trovano in posizione alternativa. Sulla scorta di tale pronuncia è stato stigmatizzato che il criterio dell'**interesse** esprime la direzione finalistica del fatto di reato da valutarsi *ex ante*, mentre il criterio del **vantaggio** è invece una condizione oggettiva valutabile *ex post*.

- LA RESPONSABILITÀ ALLA LUCE DELLA SENTENZA SULLA STRAGE DI VIAREGGIO E L'IMPORTANZA DI UNA CORRETTA VALUTAZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO

La recentissima sentenza sulla strage di Viareggio⁶ ha fornito degli utili spunti che valorizzano in maniera importante l'attività di *risk management* nonché quella dell'effettiva predisposizione di strumenti idonei a prevenire i rischi. Con la predetta sentenza, infatti sono stati ribaditi 2 concetti che secondo chi vi parla sono di un'importanza assoluta nel nostro settore per quanto riguarda le responsabilità personali dei soggetti apicali e quelli preposti alla valutazione del rischio. Infatti la cassazione ha detto: "**Chi è titolare di una posizione di garanzia non assume un obbligo di risultato ma di mezzi: per quanto estesi i suoi poteri e, quindi, il suo dovere, essi sono finiti; ciò implica la possibilità che l'evento si sia verificato nonostante l'esercizio del potere secondo le modalità prescritte dal sapere cautelare del tempo. Detto altrimenti, la posizione di garanzia non è concetto da solo sufficiente a definire quale comportamento si sarebbe dovuto porre in essere; l'indagine va estesa alle pertinenti regole comportamentali, che si impongono nel caso concreto per la loro riconosciuta efficacia cautelare.**"

Questo ha comportato che la titolarità di una posizione di garanzia nei reati di evento non comporta un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, dovendosi accertare in concreto: la **violazione da parte del garante di una regola cautelare** (generica o specifica); la **prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso** che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio); la **sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso**. In ossequio a tale principio, la Corte ha ribadito che risulta agevole affermare che chi è titolare di una posizione di garanzia non assume un obbligo di risultato ma di mezzi: per quanto estesi i siano i suoi poteri, e quindi il suo dovere, essi sono finiti. Ciò implica la possibilità che l'evento si sia verificato nonostante l'esercizio del potere secondo le modalità prescritte dal "sapere cautelare" del tempo. Su questo sapere cautelare è bene rimarcare come non sono necessariamente stigmatizzate in una fonte legale e, pertanto, ben possono essere delle norme cautelari ricavate da un corretto sistema di gestione del rischio. GIA QUI TROVIAMO IL PRIMO VERO RICONOSCIMENTO DELLE LINEE GUIDA E DEL VALORE DI UN EFFICACE SISTEMA DI VALUTAZIONE DEL RISCHIO. Poiché SE UN RISCHIO è STATO CORRETTAMENTE INDIVIDUATO E MITIGATO, ALLORA ANCHE QUALORA L'EVENTO DOVESSE VERIFICARSI, LA POSIZIONE DEL GARANTE POTREBBE ESSERE MANDATA ESENTA DA RESPONSABILITÀ PENALE (circostanza verificatasi per degli imputati nel processo di cui vi sta discutendo)

Dopo aver delineato tale quadro, gli Ermellini evidenziano come sia diventato imprescindibile per l'interprete individuare: il soggetto su cui grava la gestione del rischio; quale tipo di condotta sia esigibile (omissiva o commissiva); quale tipo di norma debba essere adoperata nella valutazione del comportamento doveroso. In basi a questi requisiti l'identificazione del soggetto garante potrà avvenire unicamente a seguito di un'accurata analisi delle diverse "sfere di responsabilità gestionale ed organizzativa" all'interno di ciascuna organizzazione. Infatti, è *ictu oculi* come esistano diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di

⁵ Cass. Pen., S.U. del 24/04/2014, n. 38343

⁶ Cass., Pen. Sez. IV, 06/09/2021, n. 32899

responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. Soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure investite di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli, anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Questo suggerisce come, in molti casi, occorra configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. In breve, si può dire, che può essere considerato "garante" soltanto il soggetto chiamato a gestire quello specifico rischio ("teoria della competenza per il rischio"). Soltanto questo tipo di disamina può consentire la ricognizione delle specifiche modalità di assolvimento del compito, indicate dalle pertinenti regole cautelari.

La seconda parte di questa storica sentenza dà la dima di come il diritto penale badi molto più alla sostanza che alla forma, infatti, per la prima volta con questa sentenza è stato affermato che: **"Si deve registrare come accanto all'ipotesi, pacificamente ammessa, nella quale l'amministratore della società capogruppo risponde per aver scientemente determinato l'amministratore della società controllata alla violazione della legge penale, profittando della sua posizione di primazia all'interno del raggruppamento societario (caso riconducibile al concorso di persone nel reato) e all'ipotesi dell'amministratore della capogruppo che abbia operato come amministratore di fatto della società controllata, si dà l'ipotesi di una responsabilità "diretta" dell'amministratore della capogruppo per l'esercizio "colposo" dei poteri di direzione e di coordinamento."**

La Cassazione ha esaminato il complesso fenomeno del gruppo di imprese e sulla sussistenza c.d. "interesse di gruppo". Il ragionamento portato avanti dal Collegio prende le mosse dalla disciplina *post* 2004, infatti, tale riforma ad oggi consente di individuare, in capo agli amministratori della *holding*, un nucleo di poteri caratteristici e in corrispondenza degli stessi un nucleo di corrispondenti doveri⁷. Per l'effetto, il gruppo di imprese viene considerato alla stregua di un particolare attore economico, orientato nei suoi atti dall'"interesse di gruppo", perseguito attraverso l'esercizio da parte della capogruppo dei poteri di direzione e di coordinamento delle società "operative", le cui attività devono contribuire al conseguimento dell'interesse di gruppo.

Si potrebbe, dunque, ipotizzare il caso in cui una capogruppo definisca criteri di indebitamento delle controllate che risultino oggettivamente incompatibili con la sostenibilità delle spese richieste dalla messa a norma degli impianti sotto il profilo della sicurezza del lavoro, e che, pur nella giuridica possibilità degli amministratori della controllata di deliberare un indebitamento in contrasto con quei criteri, questi ultimi si vi adeguino. Sul piano penalistico non sembra che l'autonomia degli amministratori della controllata sia di ostacolo alla ipotizzabilità di una responsabilità degli amministratori della capogruppo per aver adottato deliberazioni conducenti alla violazione della normativa prevenzionistica. Per l'effetto, l'utilizzo dell'influenza

⁷ In ragione di tali poteri/doveri anche all'amministratore della *holding* fa capo una sfera di competenza, esercitata attraverso i poteri di direzione e di coordinamento, rapportata ai rischi connessi alle attività svolte direttamente e dalle società dell'intero gruppo (artt. 2497^{sexies} e 2497^{septies} c.c.). Tali attività di direzione unitaria, sono pacificamente in grado di fondare una responsabilità civile, mentre qualche dubbio poteva residuare sulla rilevanza penale delle stesse. Tuttavia, non si può non notare come, *in primis* il Legislatore, dando rilievo alla "teoria dei vantaggi compensativi" (*rectius* interesse unitario), abbia imposto un limite alla responsabilità civile dell'amministratore della *holding*, laddove ha previsto che: "non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento" (art. 2497 comma primo c.c.). *In secundis*, la Corte ha rimarcato che, tale è la portata generale e a livello ordinamentale dell'"interesse di gruppo", che è stata prevista una causa speciale di non punibilità per il reato di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 c.c.. La stessa risulta incardinata sull'esclusione dell'ingiustizia del profitto "se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo". A seguito di tali riconoscimenti legislativi della teoria "dei vantaggi compensativi" – e quindi della sussistenza del sopracitato "interesse di gruppo" – è agevole affermare come tali concetti possano avere piena cittadinanza anche nell'ordinamento penale.

della capogruppo (senza amministrazione di fatto) o peggio l'utilizzo di un sistema di c.d. "scatole cinesi" non sia uno schermo idoneo per la responsabilità penale degli organismi di vertice della Holding.

- COME SFRUTTARE IL SISTEMA DI RISK MANAGEMENT PER EVITARE SANZIONI PENALI ?

Venendo a quello che è l'oggetto di questo intervento, com'è possibile sottrarsi a queste pesanti sanzioni economiche e penali ? anche perché si sta parlando omicidio colposo aggravato, lesioni aggravate, disastro aereo colposo e svariati reati puniti molto severamente ?

Una risposta a questo quesito sta proprio nel *risk management*, infatti un corretto sistema di risk management può evitare delle sanzioni molto pesanti. Vediamo come attraverso l'analisi della fattispecie di cui all'art. 25^{septies} del D.lgs. 231/2001 ovvero: **"Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro"**, aggiunto dalla L. 3 agosto 2007, n. 123.

Premesso che l'*interesse* o il *vantaggio* in caso di condotta colposa non deve riguardare l'esito finale dell'azione, **bensì questi vanno riferiti alla condotta negligente che ha colposamente generato l'esito nefasto. In quest'ottica, infatti, ben possono assumere rilievo il "risparmio di spesa" dovuto al non far effettuare i dovuti corsi di aggiornamento, oppure nel non dotarsi dei DPI (dispositivi di protezione individuale) imposti dalla normativa di settore, ovvero il non adeguarsi alle G.M. in campo aeronautico.**

Cass. Pen. S.U. 24/04/2014 n. 38343

La punibilità è subordinata, similmente a quanto accade con l'art. 40 c.p., alla mancata o inadeguata predisposizione delle opportune cautele al fine di prevenire la realizzazione del fatto di reato. Tralasciando, in questa sede, le peculiarità della disciplina⁸ ci si limita a sottolineare come al fine di elidere la responsabilità dell'ente sia necessaria: **"l'adozione preventiva e l'efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatisi"**⁹. Dagli artt. 6 co. 1 lett. A e art. 7 co. 2 e 3 del D.lgs. 231/2001 discendono i c.d. **"modelli 231"**, questi si sostanziano in un sistema strutturato di: **principi di comportamento; procedure operative; presidi di controllo; sanzioni disciplinari**. Attorno a detto modello la società/ente può, ed a ben vedere deve, articolare la propria organizzazione interna allo scopo di minimizzare i rischi di commissione dei c.d. **reati-presupposto** nello svolgimento di quella che è l'attività istituzionale dell'ente.

Tali concetti erano già da tempo patrimonio comune del mondo *aviation*, ed ora risultano più facilmente applicabili grazie alla normativa nazionale. In tale frangente giuspenalistico, peraltro, si innesta anche la problematica della JUST CULTURE al reg UE n 376/2014, nonché della dotazione da parte dell'azienda di un sistema di un sistema di Reporting aziendale tale da garantire una corretta analisi del rischio e la predisposizione di modelli di comportamento tali da evitare la commissione di fattispecie di reato. Pertanto un efficace sistema di Reporting dovrà essere implementato sia in forza della normativa di matrice

⁸ Invero l'art. 6 stigmatizza quella che è la disciplina applicabile ed il livello di diligenza richiesto nell'organizzazione dell'ente nel caso in cui i reati presupposto vengano compiuti dai soggetti apicali dell'ente. L'art. 7, invece si occupa di quegli illeciti accorsi a causa di uno scarso controllo dei soggetti apicali sui subordinati, autori materiali del fatto di reato. L'art. 8, da ultimo, disciplina il caso in cui l'autore del reato rimanga addirittura ignoto.

⁹ Art. 6 co. 1 lett. A) del D.lgs. 231/2001 **"Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente"**: Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: A) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Art. 7 co. 2 e 3 del D.lgs. 231/2001 **"Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente"**: 2) In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. 3) Il modello prevede, 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.

comunitaria, sia in forza del D.lgs. 231/2001, tale strumento garantisce dunque sia l'applicabilità della disciplina aeronautica imposta sia un valido strumento per evitare pericolose conseguenze sia per la società che per il soggetto agente.

Stesso discorso vale per la responsabilità penale personale dei soggetti apicali, i quali, anche in forza degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, *rectius* la sentenza sulla strage di Viareggio, in presenza di un corretto modello di gestione del rischio che gestisca in maniera corretta i pericoli tipici del settore renderebbe molto più arduo il rinvenimento di profili di responsabilità penale in capo agli amministratori ed ai vari soggetti deputati dalla normativa alla gestione del rischio.

Avv. Marco Di Giugno

email: m.digiugno@enac.gov.it

Avv. Michele Pilia

email: avv.michele.pilia@gmail.com