



# ***Criteri e strumenti di individuazione e trattamento del rischio-reato secondo gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza***

***A cura di  
Roberto Scavizzi  
Avvocato e docente universitario***

*Roma, 25 settembre 2024*



# Rischio ↔ ‘*disordine organizzativo*’

«L'idea alla base del coinvolgimento dell'impresa nelle vicende criminali che germinano al suo interno è che il ***disordine organizzativo*** consente o comunque facilita la commissione di reati ovvero l'adozione da parte di singoli di condotte distoniche rispetto alle regole, di modo che, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, ***l'individuazione di adeguate soluzioni di compliance elimina i più immediati presupposti di violazione della legge penale***, posto che aumentando le condizioni di sicurezza e di affidabilità del sistema organizzativo si eliminano (o comunque se ne riduce l'incidenza) i possibili fattori latenti e le criticità all'origine di un incidente, evitando così altri incidenti»\*.

\*C. Santoriello, Caso ‘Impregilo’: il nesso intercorrente fra colpa di organizzazione e commissione del reato presupposto, in IUS Penale, 7 luglio 2022



# Idoneità del MOG 231

Con riferimento alla ***valutazione della compliance aziendale***, si afferma che «nel giudicare dell'idoneità del modello organizzativo è indiscutibile che **non** possa assegnarsi rilievo al fatto che un reato sia stato effettivamente consumato: ad opinare diversamente, infatti, qualora un reato venisse realizzato, essendosi il modello rivelatosi, nei fatti, incapace di prevenirne la commissione, la clausola di esonero della responsabilità dell'ente non potrebbe mai trovare applicazione e la citata disposizione normativa sarebbe, di fatto, *inutiliter data*. **La commissione del reato, in altri termini, non equivale a dimostrare che il modello non sia idoneo**».

(Cass. Pen. 11 novembre 2021, n. 23401)



# Nesso di rischio

«In ogni caso, è indefettibile la conclusione secondo cui la colpevolezza di organizzazione implica sempre ***la necessaria ricostruzione di una puntuale connessione fra deficit organizzativo ed il singolo fatto criminoso su cui si fonda l'accusa***, sicché nella peculiare dinamica che vede combinarsi la responsabilità dell'ente a responsabilità individuali (spesso dolose) l'accertamento anche se non può essere riferito alla presenza di un nesso causale rigoroso fra disordine aziendale e commissione del delitto, deve comunque dirigersi verso ***la verifica della presenza di un nesso di rischio, rispetto al quale la cautela omessa o negligenemente attuata avrebbe garantito – quanto meno – una apprezzabile riduzione del rischio***».

(Cass. Pen. 11 novembre 2021, n. 23401)



# Valutazione del MOG 231 *‘in concreto’*

«Come efficacemente detto nella recente ed illuminata decisione della Cassazione, «il giudice è chiamato ad ***una valutazione del modello in concreto, non solo in astratto***. Tale controllo, tuttavia, è sempre ***limitato*** alla ***verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché dev'escludersi che il controllo giudiziario della compliance abbia una portata "totalizzante", dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi***. Il modello organizzativo, cioè, ***non*** viene testato dal giudice nella ***sua globalità***, bensì in relazione alle ***regole cautelari che risultano violate e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie***. E' all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio»\*

\*C. Santoriello, op. cit.



# Il ‘*comportamento alternativo lecito*’

«Quest'esito può essere evitato valorizzando, in sede di giudizio circa la responsabilità della società, **il cd. criterio della rilevanza del comportamento alternativo lecito**. Proprio in ragione della circostanza che per affermarsi una responsabilità colposa dell'ente occorre (non solo la realizzazione del risultato offensivo tipico in conseguenza della condotta inosservante di una data regola cautelare, ma anche) che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare, bisogna ritenere che il giudice debba verificare se l'osservanza della regola cautelare, al posto del comportamento inosservante, avrebbe o meno consentito di eliminare o ridurre il pericolo derivante da una data attività: [...]»\*

\*C. Santoriello, op. cit.



# ***‘prevedibile’ = ‘evitabile’***

***«se l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa; ne deriva che, nel caso in cui non sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata. Nel momento in cui si costruisce una responsabilità dell'ente per colpa, questo tipo di valutazione dev'essere condotta anche nel giudizio sull'idoneità dei modelli adottati. **Ne consegue che il giudice, nella sua valutazione, dovrà collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed evitabilità qualora fosse stato adottato il modello "virtuoso", secondo il meccanismo epistemico-valutativo della cd. "prognosi postuma", già sperimentato in altri ambiti del diritto penale».*****



# ***‘Schema controfattuale’***

«Alla società, dunque, potrà essere imputato solo quel risultato offensivo che un **assetto organizzativo conforme alla diligenza prescritta avrebbe evitato.**

L'accertamento di tale circostanza – ovvero ***la strumentalità impeditiva o riduttiva del rischio ascrivibile al modello “idoneo”*** – andrà condotta utilizzando **lo schema controfattuale**, declinato in una prospettiva ex ante, pensato per le ipotesi di colpa della persona fisica, ma con una importante precisazione circa il giudizio (presente anche in sede di valutazione della responsabilità della persona fisica) inerente alla concreta esigibilità del “comportamento alternativo lecito” ovvero alla necessaria verifica circa l'effettiva possibilità per l'ente di integrare il contenuto del suo assetto organizzativo con quelle cautele mancanti e la cui previsione si ritiene avrebbe inciso sulle modalità di violazione della legge penale».\*

\* C. Santoriello, op. cit.



# La ‘costruzione’ del MOG 231

Secondo la giurisprudenza «...nella costruzione dei Modelli occorre muovere da ***“un’analisi approfondita della realtà aziendale con l’obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato*** e realizzare una rappresentazione esaustiva di come i reati possono essere attuati rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l’azienda»

(Trib. Milano 28 ottobre 2004).

Il ‘contesto’ è caratterizzato da ‘processi’.



# Mappatura aree a rischio

Secondo autorevole dottrina\* **la mappatura delle aree a rischio 231** che è la naturale conseguenza dell'**analisi del contesto** si sviluppa come segue:

- Individuazione delle aree potenzialmente a rischio-reato. Al riguardo esistono due tipologie di aree a rischio: (i) aree a rischio reato in senso proprio; (ii) aree cd strumentali.
- Censimento e valutazione del livello di efficacia dei meccanismi di operatività e controllo già preesistenti;
- Analisi documentale e studio della storia dell'ente;
- Descrizione delle possibili modalità di commissione dei reati, allo scopo di fornire le indispensabili 'cautele' preventive.

\* C. Piergallini, Paradigma dell'autocontrollo penale, Parte II, p. 846 e ss. in Cassazione Penale.



# La fase di individuazione dei rischi

In relazione ad ogni processo 'critico' e/o 'sensibile' occorre elencare le seguenti informazioni.

In funzione di un particolare evento (dipende dal sistema di gestione che vogliamo progettare e/o verificare) si indicheranno tutte **le minacce** (comportamentali, organizzative, tecnologiche) che possono potenzialmente favorire **il verificarsi del predetto evento** e, quale effetto, produrre delle **conseguenze** nell'ambito di un determinato processo che è stato oggetto di analisi e di rappresentazione grafica interfunzionale accompagnata, se del caso, da una matrice RACI.



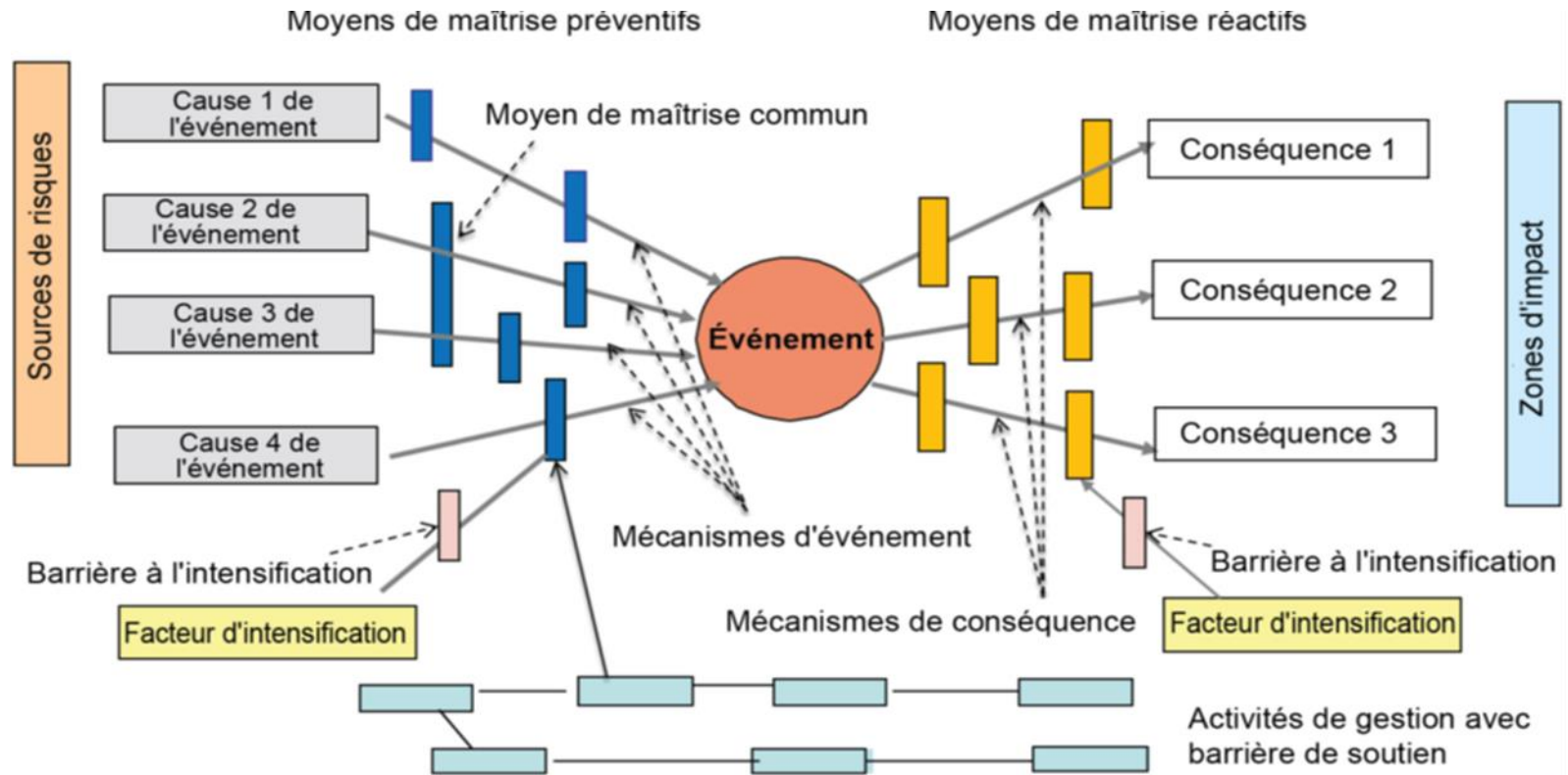
# Rappresentazione grafica

## Situazioni di rischio del Processo X in relazione all'evento Z

|                         | <b>Minacce/<br/>Cause</b> | <b>Evento temuto</b> | <b>Conseguenze</b>      |
|-------------------------|---------------------------|----------------------|-------------------------|
| Situazione<br>rischio 1 | Minacce/Cause da<br>1 a N | evento (1)           | Conseguenze da 1 a<br>N |



# Bow Tie Analysis





# . Cosa contiene la 'Bow tie Analysis'?

Si tratta di ***una rappresentazione grafica delle minacce/cause che possono comportare un evento temuto che a sua volta può produrre delle conseguenze.***

Si noti come:

- tra cause ed evento temuto vi sono delle vere e proprie 'barriere' (le cd 'misure adeguate di contenimento' dell'evento rischio);
- tra evento temuto e conseguenze vi sono altre 'barriere' (le cd 'misure adeguate di contenimento' delle conseguenze derivanti dal verificarsi del predetto evento temuto).

Sono parte integrante delle due predette tipologie di 'barriere' tutta una serie di attività ('Activites de gestion avec barrière de soutien'), In relazione a qualsivoglia sistema di gestione per quanto attiene alle 'Activites de gestion avec barrière de soutien' (i cd 'presidi') si tratta di ideare e implementare delle misure organizzative (es: , soluzioni tecnologiche,, procedure comportamentali, flussi informativi, procedure di gestione dei flussi finanziari, etc); ideare ed erogare dei piani formativi dedicati, svolgere delle attività di sensibilizzazione, etc.



# ***La Fault Tree Analysis***

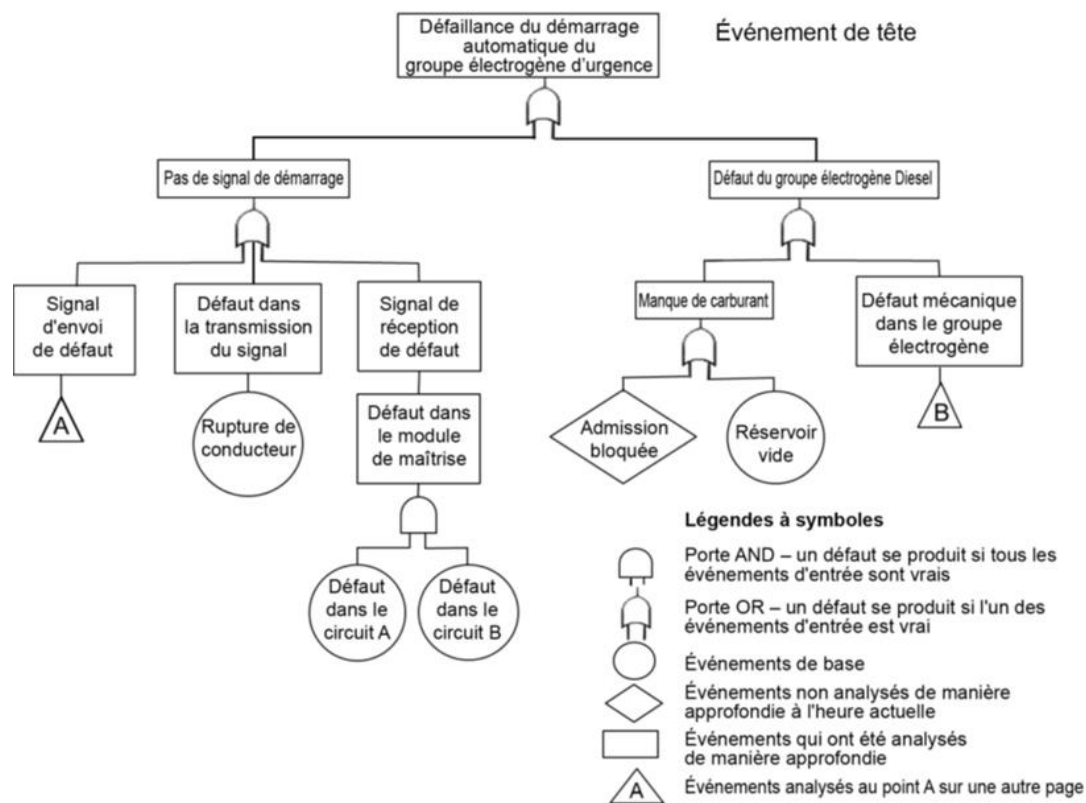
D. Come posso rappresentare nel dettaglio la radice e l'albero delle cause-evento' in relazione ad un particolare processo 'critico' e/o 'sensibile'?

R. Mediante l'uso del Fault Tree Analysis in relazione all'albero delle 'cause-evento' in un particolare processo 'critico' e/o 'sensibile'.



# Graficamente

**Rappresentazione grafica di una Fault Tree Analysis** in relazione all'albero delle 'cause-evento' in un particolare processo 'critico' e/o 'sensibile'.





# Metodologia di individuazione delle *'fonti di rischio'*

Le 'situazioni di rischio' possono essere individuate con le seguenti modalità.

Dopo aver provveduto alla mappatura dei macro-processi, si passa alla individuazione dei macro-processi ove possono dispiegarsi i processi 'critici' e/o 'sensibili' [NB i processi 'critici' e/o 'sensibili' sono quelli che presentano al loro interno le cd 'situazioni di rischio'].

***Quest'ultime si caratterizzano per i seguenti elementi: fonti di rischio (minacce), fattori di intensificazione delle minacce, barriere di contenimento delle minacce, evento, fattori di amplificazione delle conseguenze dell'evento, barriere di contenimento delle conseguenze, conseguenze dell'evento (impatto).***



# Individuazione dei *‘Processi critici’* [1/7]

D. Ad esempio, nell’ambito del MOG 231 concretamente come individuo i ‘processi critici e/o ‘sensibili’?

R. La individuazione di detti **processi ‘critici’ e/o ‘sensibili’** dipende:

- i. **dalla lettura approfondita** di tutta la documentazione dell’organizzazione (Statuto, piano industriale, Struttura organizzativa, Piano marketing, documentazione dalla quale sia possibile ricostruire la cd ‘storia dell’ente’ relativamente a tutta una serie di eventi che hanno un rilievo anche indiretto con il D. Lg.s 231/2001, etc);
- ii. **dalle interviste approfondite** al top management ed agli owner di processo;
- iii. **dall’analisi approfondita** degli schemi relativi ai macro-processi;



# Individuazione dei *'Processi critici'* [2/7]

- iv. **dalle tipologie di reati ex 231 che potrebbero essere commessi nell'ambito della struttura organizzativa dell'ente da determinate funzioni e/o stakeholders in generale** in relazione alle attività che esse svolgono dedotte dai precedenti approfondimenti di cui ai punti i. ii. e iii. (es: sicurezza lavoro, ambiente, rapporti PA, violazione diritti d'autore, frodi commerciali, reati societari, finanziari, tributari, etc). Si tratta di ipotesi di commissione o di tentativo di commissione di ogni reato previsto dal D. Lgs. 231/2001 posti in essere da soggetti in posizione apicale o subordinata (funzioni e a certe condizioni, de facto, anche gli stakeholders) nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Si tratta di immaginare dove, ragionevolmente, possano potenzialmente sorgere dette 'situazioni di rischio' in funzione delle differenti tipologie di reato in esame. ES: Per i reati contro la PA quasi sicuramente l'area che si occupa di interagire con la PA o con i privati (corruzione e corruzione tra privati). Al riguardo anche l'area che si occupa di Sicurezza sul lavoro e ambiente (es: ottenimento delle licenze, autorizzazioni etc). Per i reati societari, relativamente ai processi che riguardano gli organi di governance, ma anche il collegio sindacale e i revisori, etc.



# Individuazione dei '*Processi critici*' [3/7]

- v. **dalla conoscenza approfondita** della storia dell'ente. Al riguardo la giurisprudenza precisa che « [...] la dovuta attenzione dovrà essere prestata alla storia dell'ente (anche giudiziaria) e alle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore. Solo ciò può permettere di individuare "i momenti della vita dell'ente che devono più specificamente essere parcellizzati e procedimentalizzati in modo da potere essere adeguatamente ed efficacemente controllati" » (Trib. Milano, Ord. 28 ottobre 2004)



# Individuazione dei '*Processi critici*' [4/7]

- vi. **dallo studio** delle aree geografiche ove opera l'organizzazione (ciò in funzione di certe tipologie di reati ex 231 (es: corruzione, concussione, reati di terrorismo, etc).
- vii. **dal livello di** cultura della legalità presente all'interno dell'organizzazione;
- viii. **dalla comprensione del** livello di informatizzazione dei processi dell'organizzazione che sono oggetto di analisi. Ciò, anche per la necessità di comprendere il livello di trasparenza dei processi.



# Individuazione dei '*Processi critici*' [5/7]

- ix. **dall'analisi delle** concentrazioni di attività in capo a determinate funzioni. Al riguardo è opportuno ricordare che la 'separazione' delle funzioni' così come la 'doppia firma' sono soluzioni organizzative che consentono di separare l'attribuzione dell'attività istruttoria da quella deliberativa permettendo, al contempo, di innestare dei controlli/presidi consistenti, ad esempio, nella condivisione delle decisioni con altre funzioni.



# Individuazione dei '*Processi critici*' [6/7]

- x. **dall'osservazione dei** processi inerenti ai flussi finanziari;
- xi. **dalla presa in esame** dell'eventuale organizzazione di flussi informativi (se ve ne sono) nei confronti degli organi preposti all'attività di Risk management.



# Individuazione dei *'Processi critici'* [7/7]

Le informazioni sopra riportate sono ottenibili attraverso **l'applicazione di varie tecniche di individuazione delle 'situazioni di rischio'.**

Prima di procedere ad una descrizione prima facie delle tecniche di individuazione dei rischi è opportuno formulare alcune riflessioni sulle tecniche di valutazione della situazione di rischio che, di fatto, si sviluppano partendo dalla individuazione dei rischi.

Dunque, l'individuazione dei rischi è una prima fase del più articolato processo di valutazione dei rischi.



# Le tecniche di individuazione dei rischi qualitative e quantitative

Sul punto occorre distinguere tra tecniche 'quantitative' e tecniche 'qualitative' di valutazione.

Fondamentalmente l'analisi dei rischi o valutazione dei rischi mira ad una quantificazione della 'situazione di rischio' al fine di comprendere quanto l'evento rischioso possa incidere su un dato obiettivo.



# Come procedere?

*A tal fine è necessario stimare gli elementi caratterizzanti il rischio: la probabilità di accadimento dell'evento rischioso ('evento-reato') e gli effetti da questo generati (cd 'impatto' o 'gravità' o 'magnitudo').*

Nello specifico la probabilità misura la frequenza o la possibilità di accadimento di un evento-reato, mentre l'impatto misura il danno generato dall'evento al momento della sua realizzazione o nel periodo successivo.



# La metodologia [1/4]

Generalmente il danno è misurato in termini economici.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare come l'aspetto economico non rappresenti l'unica dimensione significativa per quantificare l'impatto di un evento. Non a caso, l'impatto può essere misurato anche attraverso le stesse tecniche di valutazione delle attività di business utilizzate per valutare il raggiungimento dell'obiettivo (efficacia, efficienza, qualità, etc).

Inoltre, appare corretto attribuire al danno anche un valore in termini di immagine e di reputazione dell'ente (si tratta di aspetti che, per alcune organizzazioni, sono di primaria importanza).



# La metodologia [2/4]

Di fatto, misurare correttamente i singoli eventi rischiosi consente una loro selezione in funzione delle priorità di intervento.

E' evidente che oltre alla documentazione sopra richiamata, per procedere ad una piena e corretta valutazione delle situazioni di rischio occorre coinvolgere, qualora esista, il risk management, gli owner di processo, il management (in primis i livelli apicali), gli altri stakeholders (es: i fornitori, i consulenti).



# La metodologia [3/4]

Le tecniche di valutazione delle situazioni di rischio di tipo quantitativo (cd 'valutazione quantitativa') garantiscono l'oggettività dei risultati in quanto la stima della probabilità e dell'impatto è basata sui modelli statistico-matematici. La seconda tipologia di tecniche si basa su valutazioni di giudizio (cd. 'valutazione qualitativa') e per questo risultano di più semplice applicazione, ma anche maggiormente soggette alla discrezionalità di chi valuta.



# La metodologia [4/4]

Veniamo ora alle **scale di valutazione**.

Tutte le tecniche si avvalgono di scale di valutazione. Allo stato si conoscono quattro scale di valutazione della probabilità e dell'impatto:

- ✓ ***nominale;***
- ✓ ***ordinale;***
- ✓ ***intervallare;***
- ✓ ***proporzionale.***

Le prime due tipologie sono esclusivamente qualitative mentre le ultime due si rifanno al modello quantitativo.



# Risk management → Linee guida ISO 31000



Per la **cd *'gestione del rischio'*** possono essere utilizzate diverse metodologie.



Tra le metodologie più affidabili v'è quella descritta nelle **Linee Guida ISO UNI 31000.**



Si tratta di ***un insieme di orientamenti operativi*** che non si traducono in una norma tecnica certificabile.



**GRAZIE PER L'ATTENZIONE**