

COMPLIANCE AZIENDALE E NORME TECNICHE

1. Premessa

È problematico inquadrare rispetto alla disciplina della responsabilità dell'impresa un elemento così complesso e multiforme come la normativa tecnica, spesso accostata alla categoria delle discipline nella colpa specifica o considerata una forma di autodisciplina. La collocazione più coerente con la sua funzione è forse nell'ambito dei modelli organizzativi quale misura di prevenzione del rischio reato, anche se l'esperienza comparata dei sistemi di common law suggerisce possibili linee di sviluppo, che valorizzano il contributo che la normativa tecnica può fornire anche in sede processuale. Il crescente bisogno di standard tecnici e il progressivo ricorso a essi rivela infatti una esigenza non solo teorica, ma soprattutto pratica di certezza nell'imputazione e nell'accertamento della responsabilità da reato dell'ente. La riflessione sulla relazione fra normativa tecnica e *compliance* penale si pone in termini analoghi a quella esistente tra regola tecnica e regola cautelare, nell'ambito della colpa. Alcuni spunti di riflessione emersi nella recente prassi giurisprudenziale, consentono di considerare comuni anche alla *compliance* alcune problematiche relative all'imputazione colposa; tra le questioni poste dalla prassi affiora:

1. in primo luogo, l'interrogativo se la conformità dell'agire organizzativo alla normativa tecnica soddisfi o meno le aspettative preventivo-cautelari riposte nell'autonormazione e nell'autorganizzazione;
2. la seconda questione che si pone è se la normativa tecnica offra un parametro esaustivo della diligenza doverosa oppure sia possibile individuare ulteriori modelli di prevenzione delle condotte illecite nel contesto organizzato, non espressamente predeterminati in via tecnica;
3. infine, se la normativa tecnica oltre a essere un parametro di riferimento per valutare l'idoneità dei modelli, possa avere un ruolo nel definire anche il comportamento esigibile, così da valorizzare la componente personalistica della responsabilità da reato in relazione all'ente.

È indubbio che la normativa tecnica abbia un contenuto preventivo-cautelare, anche quando persegue fini meramente organizzativi o procedurali. Da questo punto di vista non dovrebbero sorgere problemi nel riconoscerle quella funzione di orientamento e precettiva, propria della regola cautelare, concorrendo così a delineare la struttura dell'illecito dell'ente e la misura della diligenza esigibile.

Rispetto alla responsabilità dell'ente, nell'imputazione colposa si pone, tuttavia, un ulteriore problema, ovvero se la normativa tecnica sia da inquadrare nel concetto di perizia, la cui violazione dà luogo alla colpa generica. In questo caso il giudice avrebbe una ampia discrezionalità, che conduce di fatto a uno svilimento del ruolo delle norme tecniche, potendo l'interprete ricostruire la pretesa preventivo-cautelare attraverso i giudizi di prevedibilità ed evitabilità, cui prevalentemente la prassi ricorre, ma poco selettivi e vincolanti. Più convincente è l'alternativa di considerare la normativa tecnica una regola cautelare positivizzata, riconducibile alla categoria delle discipline attraverso le quali delineare in modo certo il confine del rischio consentito. Nondimeno, tale certezza vacilla innanzi all'annosa questione se la normativa tecnica sia in grado di esaurire l'intera gamma delle misure preventive, oppure lasci aperto uno spazio residuale per la contestazione della colpa generica, nel caso affiori una copertura parziale o la stessa sia inefficace rispetto al rischio situazionale. In entrambe i casi, come è stato messo recentemente in evidenza nella sentenza della S.C. settembre 2021, n. 32899, accade che il fallimento della misura

preventivo-cautelare venga appurata solo sulla base del verificarsi dell'evento tipico e il giudice si senta legittimato a formulare regole cautelari, spesso frutto di considerazioni e valutazioni che potevano essere compiute solo *ex post*, proponendo come valido un modello comportamentale non disponibile al momento del fatto. Si applica così retroattivamente una regola cautelare, sul presupposto non solo che l'efficacia di una normativa tecnica possa essere messa in discussione in sede di giudizio, ma soprattutto negando *ex post* quella funzione precettiva che *ex ante* appariva invece coerente con l'aspettativa giuridica. Questo meccanismo di imputazione colposa svela l'inclinazione della prassi verso una estrema oggettivizzazione della colpa, in cui la regola cautelare funge solo da norma di valutazione, mentre svisciva la sua funzione precettiva, comprimendo lo spazio anche della misura soggettiva della colpa e il carattere personale della responsabilità penale.

La differenza tra regole cautelari di fonte sociale e regole cautelari scritte e ancora tra regole cautelari esaustive e non esaustive apparentemente non compare nei modelli di organizzazione, ma in realtà anche per il *compliance program* la questione nodale è legata alla natura e di conseguenza alla efficacia vincolante della normativa tecnica, cui eventualmente il modello di organizzazione si adegua. Non avendo natura giuridica, la normativa tecnica non sembra costituire un vincolo significativo per l'interprete nell'accertamento dell'idoneità dei MOG. Lo stesso paradigma prasseologico evidenziato nell'accertamento della colpa viene infatti adottato anche nell'accertamento della responsabilità dell'ente: il modello organizzativo risulta inadeguato a prevenire reati, sulla base di valutazioni esclusivamente retrospettive, condizionate dalla *inside bias*. Si ignora anche in questo caso come la normazione tecnica costituisca un positivizzato *know-how* precauzionale-preventivo dei reati-presupposto, fondato su conoscenze consolidate e condivise nel momento storico in cui il fatto viene commesso circa i metodi di minimizzazione del rischio tipico.

2. Contenuti e funzioni della normativa tecnica

Per individuare le possibili funzioni che possono essere attribuite alla normativa tecnica occorre preliminarmente definire le sue caratteristiche: essa contiene specifiche tecniche sulla produzione di beni o di servizi o sullo svolgimento di determinate attività e la sua adozione, in linea teorica, è su base volontaria. Costituisce, per il suo carattere volontario, una particolare forma di autodisciplina, in quanto non è emanata da chi le deve osservare, ma da appositi organismi internazionali, europei e nazionali, detti enti di normazione, che sostanzialmente sono comitati tecnici, la cui attività consiste nel prescrivere e nel pubblicare norme di carattere generale. I più noti, come l'UNI, ISO, CEI, sono enti privati, la cui composizione è prevalentemente di tecnici, ma possono essere inclusi anche esponenti del settore da regolamentare.

Il diffondersi di normative tecniche e di enti di normazione si colloca in un contesto giuridico in cui la razionalità tecnica tende a sopravanzare la razionalità politica, così da erodere il potere discrezionale del legislatore. È innegabile che la legge scritta, nella regolamentazione di un'economia complessa, presenti aspetti di rigidità incompatibili con le esigenze di flessibilità ed eterogeneità del mercato e richieda dei costi informativi e regolativi, divenuti ormai insostenibili per qualsiasi bilancio pubblico. Per questo motivo in settori altamente specializzati l'intervento del legislatore si caratterizza per una strategia regolativa, basata su norme-scopo o clausole generali, ove la gestione delle situazioni di conflitto viene demandata a un bilanciamento in concreto, operato dagli stessi attori del sistema produttivo. Là dove quindi sia sprovvisto di conoscenze tecnico-scientifiche adeguate a regolare una serie di attività, il legislatore sostanzialmente legifera senza effettivamente farlo: la legge diviene un involucro, in cui la funzione statale è quella di cadenzare le procedure di produzione di regole organizzative, precauzionali e preventivo-cautelari autonormate.

In alternativa il legislatore può ricorrere a meccanismi di integrazione, con rinvio espresso alla normativa tecnica.

In entrambi i casi la disciplina di natura tecnica è prevalentemente di fonte privata e assume un ruolo rilevante nell'ambito di funzioni tradizionalmente riservate esclusivamente al legislatore, quali la gestione dei conflitti e la definizione delle condizioni della responsabilità penale.

Tale erosione della legalità è determinata anche da dinamiche economiche mondiali che si muovono in spazi globali, spinti da legami transnazionali, non più organizzati politicamente. Il policentrismo economico e giuridico si espande in assenza di un'organizzazione politica che possa paragonarsi al concetto di stato-nazione o comunque senza un potere centralizzato, in grado di regolare in modo razionale i sottosistemi sociali e di creare un efficace coordinamento a livello globale. Emergono in questo caso limiti innanzitutto istituzionali, legati all'idea di un potere normativo, legittimo appannaggio solo di enti statali.

L'economia globale e l'evoluzione della tecnica sono quindi fenomeni che svelano la incapacità regolativa del legislatore, dovuta ai limiti spaziali di validità della legge, confinata a un ambito nazionale, ma soprattutto ai notevoli gap informativi. Per questo motivo è necessario utilizzare strumenti di governo alternativi e complessi, secondo un modello che preveda una integrazione tra scelte politiche e valutazioni tecniche e il coinvolgimento di diversi soggetti che assumono la veste di co-legislatori.

Alle volte però i limiti evidenziati paralizzano del tutto l'attività legislativa, creando vere e proprie lacune, frutto in alcuni casi, anche di una ponderata valutazione del sistema politico, che, ispirato a logiche neoliberiste, rifugge qualsiasi regolamentazione del mercato, nel timore di alterare il suo funzionamento. In altri casi, invece, la giustificazione ideologica dissimula scelte compromissorie e/o di convenienza reciproca tra sistema politico e sistema economico, volte a rendere opaco o ambiguo il contenuto valoriale delle opzioni politico-criminali, perché non sono in grado di catalizzare consenso, secondo logiche populiste.

Limiti epistemologici, istituzionali e politici hanno quindi determinato una latitanza legislativa, in cui possono espandersi spazi anomici e svilupparsi situazioni conflittuali e di incertezza, nefaste tanto per il cittadino, quanto per le imprese.

L'esigenza di ricorrere all'autodisciplina, a standard e normative tecniche, a best practices nasce quindi proprio dalla crisi della legalità: il legislatore arretra di fronte alla complessità del contesto economico e, in alcuni casi, delega deliberatamente ai sottosistemi sociali la funzione regolativa, altre volte, per insipienza politica, lascia spazi vuoti occupati dall'autodisciplina e, a sostegno dell'autodisciplina, dalle norme tecniche, secondo un modello di normazione decentralizzata.

La spinta all'autoregolamentazione e all'uniformazione è dettata infine anche dalla necessità di armonizzare modelli organizzativi e produttivi, così da evitare alterazioni della concorrenza e assicurare la certezza giuridica, condizioni che non risultano più garantite dalla legge. Più in generale, la normativa tecnica diviene anche uno strumento per garantire un'uniformità a livello globale nella gestione di processi produttivi transnazionale e dei relativi rischi. La sua funzione può essere quella di implementare livelli di sicurezza in paesi ove è del tutto assente una normativa pubblica, con l'effetto di arginare fenomeni di immunità e di *Oasis effect*: la normativa tecnica, infatti, pur essendo adottata su base volontaria, una volta assunta come parametro regolativo acquisisce forza vincolante nei confronti di chi ha scelto di adottarla e potrebbe, pertanto, avere effetti giuridici, nell'ambito per esempio della responsabilità sociale di impresa. L'irrompere della normativa tecnica e dell'autoregolamentazione determina comunque una opacità della sovranità nazionale e un ridimensionamento della posizione degli Stati nello scenario globale: Stati e multinazionali ormai intrattengono relazioni di tipo orizzontale o, addirittura, il rapporto verticistico fra attori privati e pubblici è sbilanciato a favore del primo e non certo dello Stato.

Tale dinamica relazionale si riflette sull'ordinamento giuridico, che sembra allontanarsi da un modello gerarchico di fonti del diritto, per articolarsi tendenzialmente attraverso una impostazione *heterarchical*, secondo una logica reticolare, così che attori pubblici e privati condividano in modo paritario la funzione normativa: un sistema giuridico ibrido, basato, quindi, sull'integrazione di fonti di diversa natura.

Questo modello politico e regolativo, che almeno finora ha trovato un'ampia e incontrastata diffusione a livello globale, è chiaramente ispirato a una ideologia liberista, che spinge l'attore pubblico a ritirarsi di fronte alle sfide della modernità e della globalizzazione. Scelta dettata anche da una ormai cronica crisi del welfare dovuto a un progressivo aggravamento del debito pubblico degli Stati nazionali che non consente un impiego di risorse per la gestione di settori altamente tecnologizzati. Un controllo efficiente ed efficace imporrebbe infatti non solo di adottare una normativa adeguata, ma soprattutto un enforcement competente e organismi di vigilanza in grado di intervenire preventivamente rispetto ai contesti di rischio.

In sintesi, quale conseguenza del ritrarsi dei poteri pubblici, il legislatore delega funzioni sostanzialmente pubbliche ai privati. Così mentre tutta la legislazione sociale e il governo pubblico delle attività economiche nel secolo scorso imponevano al privato, sotto minaccia di pena, una gestione economica e produttiva di tipo solidaristico, prescrivendo misure preventivo-cautelari tali da neutralizzare effetti collaterali ed esternalità della propria attività, nell'ambito del diritto penale del rischio, invece, la legge non si limita a formulare tale semplice richiesta. In questo nuovo assetto sociale, il privato assume nuove funzioni: quella di co-legislatore, in quanto deve individuare e implementare modelli comportamentali efficaci dal punto di vista preventivo e/o precauzionale, secondo una logica proattiva, ma anche una funzione preventiva, volta a vigilare e controllare l'effettività e l'efficacia di tali modelli, per garantire la sicurezza e la legalità in generale. Il privato è chiamato alle volte ad assumere persino il ruolo di promotore del sapere scientifico, sperimentando, in situazioni di incertezza, misure cautelari e precauzionali sempre più efficienti.

Pare ovvio che se queste sono le condizioni per esercitare una attività di impresa nell'ambito di una cornice di rischio consentito, solo grandi attori economici, come le multinazionali, saranno in grado di affrontare gli enormi costi economici e gli sforzi organizzativi, proibitivi, invece, per piccole realtà produttive. Questo di per sé determina una grave alterazione del mercato, che potrebbe essere in parte ridotta ove fossero valorizzati standard e normative tecniche nella definizione della misura preventivo-cautelare.

3. La normativa tecnica e il principio di tassatività

Con le dovute cautele e gli adeguati contrappesi, potrebbe essere opportuno valorizzare la normativa tecnica, in chiave integratrice, in modo da sostenere una tipicità debole, delineata da clausole generali e norme cautelari in bianco che costellano l'universo della legislazione complementare e soprattutto la disciplina della responsabilità dell'ente e in particolare il contenuto dei MOG. E sebbene questa soluzione non appaia appagante sotto il profilo della riserva di legge, può, tuttavia, conferire maggiore determinatezza al contenuto di norme-scopo, risolvendo così il notevole deficit di tassatività e determinatezza che esse presentano.

Questo è il ruolo che potrebbe assumere la normativa tecnica nell'ambito dei modelli organizzativi: la disciplina italiana sulla responsabilità degli enti prevede l'adozione di un modello di gestione e organizzazione, senza specificare il suo contenuto, ma solo le esigenze che tale modello deve soddisfare. In questo vuoto contenutistico, la normativa tecnica può concorrere a tipizzare condotte modali attraverso parametri oggettivi, la cui violazione sia empiricamente verificabile, così da orientare l'interprete e lo stesso destinatario del precetto.

La verificabilità empirica, quale presupposto ineludibile del principio di determinatezza, esige, soprattutto in settori altamente specializzati, un riferimento a parametri oggettivi, che consentano un controllo razionale dell'iter probatorio, così da non ridurre il giudizio su elementi essenziali della responsabilità da reato a mere congetture.

In fondo questa pare essere la strategia normativa, che persegue anche la disciplina della responsabilità degli enti: l'art. 6 comma 3 fa riferimento ai codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative dell'ente e rappresenta un tentativo di delega normativa, che si è dimostrata però nel tempo fallimentare perché del tutto ineffettiva. L'intento del legislatore è di ancorare la valutazione dell'idoneità del modello organizzativo a un parametro esterno che possa orientare anche il giudizio di esigibilità. Sebbene codici comportamentali volti alla gestione e prevenzione del rischio reato, redatte dalle associazioni rappresentative dell'ente non siano formalmente norme tecniche, in quanto non adottate da enti di normazione, da un punto di vista funzionale e contenutistico possono essere assimilate alle norme tecniche. Tra l'altro nelle scarse indicazioni contenutistiche sui MOG, l'art. 6 comma 2 fa esplicito riferimento a: *"protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"*, e tali protocolli o procedure non possono che essere costruiti sulla base di norme tecniche, specialmente nella materia ambientale e della sicurezza sul lavoro.

In assenza di criteri legislativi e di una consolidata prassi giurisprudenziale, nella redazione dei MOG si registra una crescente adesione delle norme di autodisciplina alle *best practices*, alla normativa tecnica, agli standard, quali parametri oggettivi di prevenzione e/o minimizzazione del rischio reato proprio per soddisfare quelle esigenze di certezza, già evidenziate. La prova di aver organizzato l'attività produttiva secondo parametri condivisi e avallati da enti di normazione potrebbe dimostrare infatti la rottura del legame personalistico fra l'ente e il reato di connessione, facendo venir meno la responsabilità di tipo organizzativo, ove accertati tutti gli altri presupposti dell'esimente di cui all'art. 6.

Visto il ruolo che di fatto assumono le norme tecniche, le stesse dovrebbero costituire un limite rigido alla discrezionalità in fase applicativa, impedendo che il giudice si sostituisca a enti di normazione, nell'individuazione dei contenuti tecnici di processi decisionali altamente complessi.

Così come nell'ambito dell'accertamento causale, il giudice può essere solo un consumatore di leggi causali, anche nel caso della normativa tecnica il giudice non dovrebbe mettere in discussione la sua validità scientifica, ma solo verificare se la normativa tecnica richiamata dal protocollo e/o utilizzata nel modello di gestione risulti adeguata al caso concreto, in modo analogo a quanto previsto nel caso delle linee guida rispetto alla responsabilità medica.

4. Normativa tecnica, autodisciplina e responsabilità d'impresa

Un rinvio alla normativa tecnica potrebbe colmare quel deficit di tassatività/determinatezza e conseguentemente rafforzare il profilo personalistico della responsabilità penale nell'ambito di attività economiche svolte in forma collettiva, così da attenuare il temuto contrasto con i profili costituzionali.

Si registra tuttavia, come evidenziato anche nella decisione della S.C. nel caso di Viareggio, un certo scetticismo nei confronti di modelli ibridi di disciplina.

Da un punto di vista formale, l'autodisciplina e la normativa tecnica non costituiscono un argine alla discrezionalità del giudice, in quanto il modello organizzativo e la normativa tecnica per poter vincolare il giudice devono sottoporsi a un meccanismo di giuridificazione, che solo un controllo ex ante può assicurare. Tale processo in Italia avviene esclusivamente durante il procedimento penale, quando l'interprete *ex post* accerta la validità e la idoneità o meno del modello organizzativo. Si registra così una anomalia italiana, che non è, invece, presente negli altri sistemi che pure fanno ampio ricorso a strategie regolative basate su di una integrazione fra pubblico e privato.

Il modello anglo-americano ha ispirato la nostra legislazione in tema di responsabilità degli enti, ma a differenza del nostro contesto, quel sistema ibrido di regolamentazione attraverso i *compliance programs* è frutto di una intensa e continua collaborazione fra corporation, istituzioni pubbliche e autorità indipendenti. In questi ordinamenti il controllo e la prevenzione dei *corporate crimes* non sono affidati in modo esclusivo o preponderante alla magistratura, ma sono demandati in prima istanza ad agenzie di controllo che hanno il compito di monitorare l'attività di *compliance* e di vagliare preventivamente la validità delle fonti private ed eventualmente emanare norme tecniche dalla cui osservanza derivano standard che si presumono conformi al quadro legislativo di riferimento. In questo modo la norma tecnica, di fonte sia pubblica che privata, propone un modello comportamentale ritagliato sulla complessità dell'attività in concreto svolta e soprattutto accessibile, oltre che esigibile, da parte dell'ente. Il rispetto di tali parametri costituisce una presunzione di conformità, in grado di delimitare il potere discrezionale del giudice.

Anche nel nostro ordinamento, vi sono alcuni settori ove il legislatore rinvia alla normativa tecnica: il rinvio alle norme tecniche UNI è presente, per esempio, nella sicurezza del lavoro, ove all'art. 2 lett. U si definisce norma tecnica: *"specifica tecnica, approvata e pubblicata da un'organizzazione internazionale, da un organismo europeo o da un organismo nazionale di normalizzazione, la cui osservanza non sia obbligatoria"*.

L'art. 30 del t.u.s.l. fa esplicito riferimento alle linee guida UNI INAIL o al British OSHA standard per valutare la conformità del modello organizzativo ai requisiti di legge. Nell'ambito della sicurezza alimentare anche il sistema di controllo HACCP è un modello di autocontrollo e autovalutazione del rischio cui si affianca la ISO 22000, volta ad armonizzare gli standard internazionali e nazionali nell'ambito della sicurezza alimentare. La legge 14 gennaio 2013 n. 4, che prevede *Disposizioni in materia di professioni non organizzate* all'art. 6 sulla *autoregolamentazione volontaria* pur non rendendo obbligatorio il rispetto delle norme UNI, definisce quei principi e criteri generali che disciplinano l'esercizio autoregolamentato dell'attività professionale, che il rispetto della norma tecnica di fatto garantisce. In questi casi, la normazione tecnica è in grado di porre un argine alla discrezionalità del giudice perché il processo di giuridificazione è avvenuto ex ante con un espresso rinvio da parte della fonte primaria e questa integrazione in via tecnica della fonte privata non può essere messo in discussione dall'interprete: la normativa tecnica si presume essere il miglior standard disponibile e/o praticabile.

Questa particolare funzione della regola tecnica è ben evidenziata dalla Cassazione, che afferma come: *"Si comprende, quindi, perché con riguardo a regole come quelle emanate da organismi quali UNI, ISO, CEN, al fine di creare standards tecnici generalmente riconosciuti si ritiene, in Italia ma non solo, che esse rappresentino indici di diligenza doverosa nel caso concreto"*.

Tuttavia, a prescindere dal rinvio legislativo, se un ente di normazione ha emanato degli standards che sono diffusi o considerati validi in un determinato contesto produttivo, il destinatario del precetto cautelare si orienterà secondo quel modello comportamentale, anche in assenza di ulteriori e specifiche indicazioni legislative. In questo caso, pare ovvio che se il legislatore non ha indicato una modalità cautelare specifica, causando un vulnus al principio di precisione, determinatezza, risulta inesigibile qualsiasi pretesa comportamentale diversa da quelle diffuse nello specifico settore, soprattutto se aderente agli standards tecnici. Pertanto, la persona fisica o giuridica che investe su di una *compliance*, che non sia meramente burocratico e/o estetico, deve poter vedere riconosciuto il suo impegno anche sul piano processuale, con una posizione favorevole sul piano probatorio. Del resto nel caso di *défaillance* cautelare, l'impresa ha comunque adempiuto al dovere di aut organizzarsi per ridurre il rischio reato, dimostrando una propensione verso una gestione virtuosa che lo colloca in una dimensione di liceità. In questo caso, infatti, il giudizio si catalizza sul livello di diligenza richiesto all'ente e non può trascurare le

conoscenze e le prassi diffuse nel contesto produttivo di riferimento, non solo per definire l' idoneità del modello, ma soprattutto la esigibilità.

8 aprile 2022

A cura di Avv. Bruna Capparelli

prorevi auditing s.r.l.