

QUESITI

VALERIA TORRE

***Compliance* penale e normativa tecnica**

Il deficit di determinatezza che caratterizza la colpa connota anche la disciplina dei MOG ed in entrambi i casi si assiste ad una distorsione applicativa dei criteri di imputazione della responsabilità, costruiti sulla base di valutazioni esclusivamente retrospettive. La prassi giurisprudenziale infatti si mostra incurante del *know how* esperienziale e tecnico-scientifico che ha orientato la scelta di un approccio prevenzionale nell'ambito aziendale, decretando sistematicamente l'inidoneità del MOG qualora si sia verificato un evento-reato e trascurando quindi qualsiasi valutazioni in termini di esigibilità. In prospettiva *de iure condendo* si propone di valorizzare la adesione dei MOG a regole tecniche, emanate da enti di normazione, in modo da vincolare l'interprete ad un parametro oggettivo, conferendo così maggiore certezza alla disciplina dei modelli organizzativi.

Compliance, criminal law and technical regulation

The deficit of legal certainty of negligence connotes also the compliance program, and in both cases there is an applicative distortion of the criteria for attributing responsibility, based on insight bias. Case law shows itself to be heedless of the experiential and technical-scientific know-how that has guided the corporate choice of a preventive approach. The case law systematically decrees the unsuitability of compliance program when a crime has occurred, without any assessments in term of enforceability. This paper proposes to enhance the compliance through a reference to technical rules, issued by standardization bodies, in order to bind the interpreter to an objective parameter, to give greater certainty to the discipline of organizational models.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Contenuti e funzioni della norma tecnica. - 3. Rilievi problematici. - 4. Il ruolo (limitato) della normativa tecnica e creazionismo giudiziario. - 5. La normativa tecnica e principio di tassatività. - 6. Normativa tecnica, autodisciplina e responsabilità penale degli enti. - 7. Rilievi *de iure condito* alla luce di una riflessione comparata.

1. *Considerazioni introduttive.* È problematico inquadrare rispetto alla disciplina della responsabilità dell'ente 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 ad 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 colpa¹. Alcuni spunti di riflessione emersi nella recente prassi giurisprudenziale², consentono di considerare comuni anche al *compliance* alcune problematiche relative all'imputazione colposa: tra le questioni poste dalla prassi affiora, 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; 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 pre-determinati in via tecnica; infine se la normativa tecnica oltre ad 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 (negletta) 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

¹ Le analogie tra colpa individuale e colpa organizzativa sono state da tempo evidenziate nel formante dottrinale: secondo GIUNTA, *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 243 ss., l'impostazione della 231 valorizza a carico dell'ente «l'imputazione colposa, in quanto massimamente funzionale alla prevenzione dei reati sia dolosi, che colposi» e ancora «si giunge all'equazione per cui la colpa da organizzazione dell'ente sta all'imputazione colposa di cui all'art. 43 c.p., come la violazione dei modelli organizzativi e gestionali sta alla trasgressione delle regole cautelari». La colpa organizzativa assume «come orizzonte di inquadramento il paradigma della colpa», secondo MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, 633, 651 ss.; nello senso anche MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *RASE*, 2011, 69; sottolinea una spiccata analogia fra colpa di organizzazione e colpa specifica PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Reato colposo. I tematici, Enc. dir.*, Milano, 2021, 64, 79, 86 s.

² Sul tema si è soffermata diffusamente la Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, in www.sistemapenale.it, sul disastro di Viareggio, sentenza che costituisce un sollecitante spunto di riflessione da cui ha preso spunto questo contributo.

il giudice avrebbe una ampia discrezionalità, che conduce di fatto ad 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. Tuttavia 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. 6 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 valutazione³, mentre svilisce 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

³ Sulla problematica contestazione della colpa generica attraverso gli evanescenti criteri di prevedibilità ed evitabilità: GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpevolezza e regole cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1291; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 96; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di Donini, Orlandi, Bologna, 2013, 72.

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*⁴. Si ignora anche in questo caso come la normazione tecnica costituisca un "positivizzato *kwon-how* precauzionale-preventivo dei reati-presupposto, fondato - analogamente a quanto si direbbe per il paradigma tipico della responsabilità penale per colpa - su conoscenze consolidate e condivise nel momento storico in cui il fatto viene commesso circa i metodi di minimizzazione del rischio tipico"⁵.

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 autodisciplina⁶, 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

⁴ Sul punto MANES, *Realismo*, cit., 644.

⁵ Così PALIERO, *Colpa di organizzazione*, cit., 85.

⁶ In questo senso BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1493.

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 ad un bilanciamento in concreto, operato dagli stessi attori del sistema produttivo. Laddove 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 autonormate⁷.

In alternativa il legislatore può ricorrere a meccanismi di integrazione, con rinvio espresso alla normativa tecnica⁸.

In entrambi i casi la disciplina di natura tecnica è prevalentemente di fonte privata ed 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 globale⁹. Emergono in questo caso limiti innanzitutto istituzionali, legati all'idea di un potere normativo, legittimo appannaggio solo di enti

⁷ In questo caso si può fare riferimento al modello della *management based regulation*. Sul punto: COGLIANESE, LAZER, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, in *37 L. & SOC'Y REV.*, 2003, 691, 713, secondo i quali in questo contesto il legislatore assume il ruolo di "meta-manager" che cerca di orientare e guidare le imprese private a operare in modo più coerente con scopi pubblici e interessi sociali; per un diverso inquadramento teorico: BAMBERGER, *Regulation As Delegation: Private Firms, Decisionmaking, And Accountability In The Administrative State*, in *Duke Law Journ.*, 2006, 377; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3-2017, 945, 948 ss.

⁸ Questa è la *technology based regulation*. Sui diversi modelli di regolamentazione, si veda l'approfondita analisi di COGLIANESE, LAZER, *op. cit.*, 691 ss.

⁹ Sul punto si veda FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012, 54 ss. Si veda inoltre: CAZZETTA, *Legge e stato sociale. Dalla legge operaria ai dilemmi del welfare "senza legge"*, in *Quaderni fiorentini*, 46, 2017, 103 ss.; DI VETTA, *Il diritto penale nello scenario del post-regulatory state*, in corso di pubblicazione su *Pol.dir.*; MONGILLO, *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"*, in *GDL*, 2021, 179 ss.;

statali.

L'economia globale e l'evoluzione della tecnica sono quindi fenomeni che svelano la incapacità regolativa del legislatore¹⁰, dovuta ai limiti spaziali di validità della legge, confinata ad 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 neo-liberiste, rifugge qualsiasi regolamentazione del mercato, nel (presunto) 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 (e giustificato) 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 economico¹¹ e, in alcuni casi, delega de-

PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, 153 ss.

¹⁰ PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220; PIEGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261.

¹¹ Paradigmatico di questo arretramento della legalità, intesa quale manifestazione di un potere democratico, è la gestione politica dell'emergenza causata dal Covid 19. Sul piano delle fonti si è avuto uno stravolgimento di una gerarchia costituzionalmente finalizzata a garantire il prevalere del principio democratico su qualsiasi atto normativo; durante l'emergenza, invece, il Parlamento si è assolutamente ridotto a svolgere una funzione notarile, di attestazione di scelte compiute altrove. La questione è stata ampiamente dibattuta in dottrina, si rinvia pertanto per ulteriori approfondimenti, senza alcuna pretesa di esaustività, alla produzione scientifica che ha direttamente affrontato l'argomento: LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in www.giustcost.org; DODARO, *Riflessioni penalistiche su strategie di*

liberatamente ai sottosistemi sociali la funzione regolativa, altre volte, per insipienza politica, lascia spazi vuoti¹² 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 rischi¹³. 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 ad 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*¹⁴, 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

gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti, in *DPU*, luglio 2020; GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID 19 più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n.19*, in www.sistemapenale.it; MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in www.sistemapenale, 8 ss.

¹² In questo processo di delegificazione "il riordino dei poteri pubblici libera spazi a beneficio dell'autonomia privata, in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale", così MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1895, 1903.

¹³ La questione si è posta, ad esempio, nel disastro di Viareggio, Cass. 6 settembre 2021, cit.

¹⁴ TEUBNER, *'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society*, in *Global law without a State*, a cura di Teubner, Dartmouth, 1997, 5 ss.

di fonti di diversa natura¹⁵.

Questo modello politico e regolativo, che almeno finora ha trovato un'ampia ed incontrastata diffusione a livello globale, è chiaramente ispirato ad 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 ad 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 rischio¹⁶, 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 (secondo il paradigma dell'autocontrollo), per garantire la sicurezza e la legalità in generale¹⁷. 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.

¹⁵ Sul punto FERRARESE, *Prima lezione*, cit., 124 ss.

¹⁶ Per un approfondimento si rinvia alla letteratura scientifica, senza alcuna pretesa di esaustività: PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; DONINI, PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011; STORTONI, FOFFANI, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

¹⁷ Sul punto si veda MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, in *Sist. pen.*, 12 gennaio 2022, il quale ritiene che il compito dei privati si sposti dal piano della repressione a quello della prevenzione, il che determina una "privatizzazione" del controllo penale.

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. *Rilievi problematici.* Nell'interrogarsi quali siano i vantaggi di ricorrere alla normativa tecnica per il sistema produttivo e per quello economico, non possono trascurarsi alcune criticità dovute al rischio di diffusione di forme di "neocorporativismo" che soffocano le istanze democratiche e pluraliste.

Il pericolo che attraverso la normativa tecnica prevalgano interessi particolaristici è tuttavia ridimensionato, in quanto non solo nell'ambito di enti di normative non sono rappresentati direttamente attori economici, ma soprattutto le decisioni assunte sono ispirate ad una razionalità e un sapere scientifico che non concede ampi margini di manovra o di intervento ad attori privati. Del resto anche gli spazi discrezionali della politica sono sempre più condizionati da pareri tecnici, cui spesso le disposizioni legislative rinviano per una integrazione¹⁸. Il contenuto di tali parametri è, infatti, edificato su parametri epistemologici da enti che dovrebbero assumere una posizione neutra rispetto alle logiche di mercato e agli interessi particolaristici, offrendo una valutazione di tipo quantitativo in situazioni di incertezza. Gli *standard* e le norme tecniche possono contenere anche elementi di tipo valutativo e disciplinare situazioni conflittuali, che però, almeno teoricamente, vengono risolte attraverso procedure codificate e schemi della valutazione e della gestione del rischio, sulla base di tecniche statistico-probabilistiche. La discrezionalità decisionale è quindi fortemente condizionata da parametri e metodologie proprie del *risk management*. Da questo punto di vista la normativa tecnica dovrebbe essere garanzia di razionalità e di neutralità, dovuta ad una ponderazione e un contemperamento di tutti gli interessi coinvolti nella gestione dell'attività rischiosa, secondo una prospettiva politicamente equidistante da ciascun polo prospettico. Partendo

¹⁸ Nell'emergenza pandemica, ad esempio, il riferimento ai Protocolli condivisi ha "riempito" contenutivamente la clausola generale dell'art. 2087 c.c., per cui *ex lege* il loro rispetto garantisce l'adempimento della pretesa cautelare avanzata dalla disposizione codicistica.

dal presupposto che tali norme offrano un punto di vista bilanciato ed equilibrato, immune da visioni particolaristiche, il riferimento a parametri oggettivi, espressi nella norma tecnica, assume una importanza e un ruolo fondamentale nella legittimazione dell'autodisciplina che completa (il precetto cautelare in alcune ipotesi di colpa) e definisce il *compliance* aziendale, marginalizzando i rischi di derive neo-corporativiste.

Il rinvio a tali parametri diviene essenziale anche in un contesto di incertezza scientifica tipica della c.d. società del rischio: l'eventuale conformità dell'autodisciplina alla normativa tecnica potrebbe contribuire a limitare decisioni e/o valutazioni da parte del soggetto privato che siano solo espressione di considerazioni efficientiste e incuranti delle c.d. esternalità delle attività produttive.

La diffusione della normativa tecnica ha, inoltre, un innegabile vantaggio, ovvero quello di sollevare il privato dal compiere complesse valutazioni, economicamente onerose, sulla praticabilità ed efficienza di alcuni modelli preventivi. La possibilità di riferirsi a *standard* e a norme tecniche approvate a livello nazionale o internazionale, consentirebbe così l'esercizio di attività di impresa anche a soggetti economicamente meno attrezzati delle grandi multinazionali.

Il sopravanzare della razionalità tecnica su quella politica presenta, però, ulteriori aspetti preoccupanti, in quanto contribuisce alla crisi dei sistemi democratici, amplificando l'esautoramento delle sue istituzioni, come il Parlamento¹⁹. Inoltre l'asserita neutralità legata ad una valutazione di tipo quantitativo non esclude un soggettivismo, un pregiudizio già nella fase di immissione dei dati riferite alle situazioni di rischio da gestire. Soprattutto in una situazione di incertezza scientifica nessun dato è assolutamente neutro e tutti i dati possono essere inseriti in modo strumentale. Pertanto ogni soluzione è controvertibile e per questo potrebbe essere strumentalmente utilizzata.

Di qui la necessità che il dato tecnico sia sempre messo a disposizione del sistema politico e non si trasformi in un surrogato della valutazione politica, al fine di colmare le lacune nella regolamentazione delle attività rischiose²⁰. Diviene imprescindibile che sul dato tecnico vi sia un controllo di razionalità democratica, così da instaurare un rapporto osmotico in cui avvenga uno scambio

¹⁹ EUSEBI, *Legalità non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancora attuale sulla peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre*, in *Jus*, 2020, 2-3, 70 ss.

²⁰ Il discorso si pone in termini analoghi rispetto alla *self-regulation* sul punto si veda SHORT, *Self-regulation in the Regulatory Void: "Blue Moon" or "Bad Moon"?*, in *Ann. Am. Acc. Pol. Soc. Science*, 2013, 22 ss.

fra i valori individuati dal sistema politico e le informazioni elaborate secondo le conoscenze tecnico-scientifiche.

Una simile integrazione fra razionalità tecnica e valutazione politica appare comunque problematica, in quanto il più delle volte si registra una deliberata deresponsabilizzazione della politica che non solo teme di discostarsi dalle indicazioni tecniche²¹, ma non è neanche in grado di compiere scelte di valore, in quanto, rispetto ad una società fortemente frammentata e conflittuale, è difficile una mediazione equilibrata tra prospettive contrapposte.

Se i limiti che il legislatore incontra nel disciplinare settori altamente complessi, da un punto di vista tecnico e organizzativo, descrivono la parabola discendente della attività legislativa, che si consuma nel vuoto normativo, ciò che desta maggiore preoccupazione è il disimpegno totale del sistema politico rispetto a qualsiasi meccanismo alternativo di regolamentazione del mercato. L'implementazione dei controlli *ex ante* e *in itinere*, la valorizzazione di enti di normazione, ma anche una gestione multiagenziale e partecipata del rischio che coinvolga i c.d. *stakeholders*²² dovrebbero costituire le coordinate attraverso cui orientare possibili strategie di gestione delle attività produttive, che prevedano un ruolo proattivo dell'attore privato sulla base di un modello di *cooperative compliance*.

4. *Il ruolo (limitato) della normativa tecnica e creazionismo giudiziario.* L'immagine del potere statale in declino, tuttavia, non rappresenta fedelmente la crisi che investe la sfera pubblica: il fenomeno della globalizzazione sembra aver prodotto un arretramento dei poteri statali sulla scena globale, ma limitatamente alla sola funzione legislativa. Nel delicato equilibrio dei poteri dello Stato di diritto, l'indebolimento del sistema di rappresentanza politica e democratica, che sottende la funzione legislativa, trova un pericoloso meccanismo di compensazione nel rafforzamento del potere giudiziario. Si assiste di fatto ad una indebita parificazione tra tutela legislativa di beni giuridici e tutela giurisdizionale²³.

²¹ In modo problematico evidenzia tale aspetto DODARO, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio*, cit., 26.

²² Sul punto si veda PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit., 266.

²³ Sul punto BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, 254, 273 ss; CAZZETTA, *op.cit.*, 109; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 102; MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

Questa espansione del formante giurisprudenziale è conseguenza della assenza, in Italia, di autorità indipendenti o organismi di vigilanza in grado di valutare l'efficacia della normativa tecnica e di monitorare l'adeguatezza dei modelli di autodisciplina e di *compliance* rispetto alle pretese giuridiche. In ultima istanza, il giudice penale esprime una valutazione sulla idoneità dei modelli e sulla efficacia della normativa tecnica, nell'ambito di una dialettica processuale spesso condizionata da esigenze di difesa sociale, emerse in occasione di eventi disastrosi se non anche catastrofici, che mettono in discussione la legittimità delle scelte politiche ed economiche nella definizione del rischio consentito. E poiché l'autodisciplina e la normativa tecnica traggono la loro forza cogente solo dalla loro efficacia preventiva, il giudice, libero da qualsiasi vincolo di legge, si autoinveste del ruolo di "controllore" di un processo di giuridificazione attraverso cui l'ordinamento potrebbe dare ingresso a fonti private. Tutto il meccanismo della responsabilità dell'ente presenta quindi "una dipendenza simbiotica dal collaudo giudiziale e dunque da una validazione eteronoma, e postuma"²⁴. L'interprete, che ritiene lo *standard* o la norma tecnica inadeguati al caso concreto, solo perché il reato da prevenire attraverso il modello si è verificato, ignora come, nel processo decisionale e deliberativo che ha condotto all'adozione del MOG, quel parametro tecnico abbia svolto comunque una funzione di orientamento, condizionando le scelte dell'ente. Anche qualora la normativa tecnica si rivelasse, *ex post*, inadeguata, tuttavia la stessa potrebbe essere stata l'unica prospettiva d'azione disponibile *ex ante*, secondo il *know-how* diffuso e condiviso nello specifico settore²⁵. La prassi giurisprudenziale sembra pertanto ignorare un aspetto fondamentale delle dinamiche interne alle organizzazioni complesse, il cui scopo è quello di rendere prevedibili e quindi uniformi i comportamenti dei singoli secondo modelli predefiniti di azione e pertanto sempre per lo più riottosi ad affrontare cambiamenti se non incardinati in protocolli noti e sperimentati. Occorre perciò tenere distinti il giudizio sul MOG, che *a posteriori* potrebbe anche risultare inadeguato, dal giudizio sulla esigibilità di un "comportamento alternativo", ovvero la possibilità

²⁴ Così MANES, *Realismo*, cit., 633; SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in, *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze, Mantovani, Bologna, 2016, 73, 76.

²⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità "penale" degli enti*, cit., 137, 146 s.

di prendere in considerazione un modello organizzativo più efficace, al momento della sua adozione. La necessità di distinguere il giudizio di idoneità da quello di esigibilità costituisce un presupposto essenziale per il funzionamento del sistema regolativo ibrido pubblico/privato²⁶, il quale si deve basare su di una reale responsabilizzazione dell'ente, garantita solo dalla sua possibilità di conformarsi concretamente alle aspettative preventivo-cautelari.

Come già evidenziato, anche nell'ambito dell'illecito colposo l'accertamento della regola cautelare è scandita da logiche pragmatiche analoghe a quelle regolate a livello di *compliance*: attraverso un giudizio retrospettivo, "pregiudicato" dal senno del poi²⁷, l'interprete trascura il condizionamento che eventuali (auto)discipline e norme tecniche, diffuse in specifici settori di attività, possono esercitare nella selezione, da parte dell'agente concreto, del modello preventivo-cautelare che ritiene più aderente al rischio situazionale, trascurando così la loro funzione di orientamento²⁸. Se il giudice ritiene pertanto che prassi, *standard*, normativa tecnica non siano parametri di diligenza dotati di una efficacia preventiva adeguata al caso concreto, tali fonti private non assumono alcuna rilevanza giuridica, neanche nella valutazione del profilo soggettivo. Come evidenziato dalla Cassazione: "la regola cautelare trova legittimazione nell'efficacia e non nella validità, che è invece attributo della norma di legge [...] tanto dimostra che carattere strutturale della regola cautelare (anche di quella positivizzata) è la defettibilità, intesa, secondo il linguaggio dei teorici del diritto, come la qualità dell'essere disapplicata al verificarsi di un'eccezione implicita, ovvero di un'eccezione che non è espressa dalla lettera della disposizione. Per la regola cautelare l'eccezione è il fallimento, l'inefficacia prevenzionale rispetto al rischio". Correttamente, quindi la S.C. evidenzia come la legittimazione anche di norme tecniche è «nella effettività della relazione di mezzo-fine, sicché esse devono essere osservate sin che non ne sia dimostrata l'inefficacia»²⁹. Ma solo

²⁶ SAVERI, *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, 311, ss.

²⁷ Considerazione svolta anche nelle motivazioni della Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, cit.; FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d-lgs-231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249.

²⁸ Sul punto: PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1545.

²⁹ Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, quando risulti *ex ante* l'inefficacia preventiva delle regole positivizzate, alla luce delle conoscenze scientifiche, tecniche o esperenziali pertinenti può ricorrersi alla colpa generica: "la positivizzazione della regola determina una presunzione di esautività dei precetti cautelari che però si smarrisce di fronte alla conoscenza della inidoneità allo scopo nelle condizioni date. La tutela dell'affidamento del destinatario del precetto penale nella sufficienza dell'osservanza della regola positiva non

qualora con l'evolvere delle competenze tecniche e delle conoscenze scientifiche, diffuse nell'ambito produttivo di riferimento, sia raggiunta la prova di tale inefficienza potrà dirsi accertata la violazione della diligenza doverosa e rimproverarsi tanto alla persona fisica che all'ente di non aver aggiornato il modello preventivo-cautelare³⁰. Il più delle volte però l'ingresso della colpa generica nello scenario processuale coincide con il sistematico disvelamento di un fallimento preventivo della normativa tecnica, che al momento del fatto invece sembrava assolutamente adeguata, il che tradisce nuovamente l'impostazione garantista, riproponendo una logica *ex post*.

Accade, quindi, che gli spazi vuoti lasciati dal legislatore vengono colonizzati dal sistema economico, attraverso l'autodisciplina e le norme tecniche. Questo scivolamento della funzione normopoietica verso l'autonomia privata sollecita un "creazionismo giudiziario" che determina una alterazione degli equilibri nell'ambito dello Stato di diritto. In assenza di autorità indipendenti e innanzi alla cronica inefficienza di organi di vigilanza e di controllo pubblici, il giudice resta l'unico attore pubblico che sancisce, sempre *ex post*, la (in)efficacia e la (in)validità della normativa tecnica (dei privati) nel definire la diligenza doverosa.

Il declino della legalità formale determina, quindi, un'incertezza giuridica, dovuta al fatto che la giurisprudenza si fa interprete di istanze teleologiche, assumendo spesso il ruolo di decisore politico³¹. Tutto ciò innesca un processo espansivo del diritto penale, sottratto a qualsiasi vaglio di razionalità democratica³², ma anche di razionalità tecnico-scientifica. Tali situazioni di fibrillazione giuridica indeboliscono, rendendo inaccessibile, il precetto, così da ridurre la

richiede di negare la legittimità di una colpa generica 'aggiuntiva'. L'affidamento può assumere rilevanza a favore del soggetto se non gli era conoscibile l'insufficienza della regola codificata. Alla luce di quanto si è sin qui esposto deve concludersi che la positivizzazione della regola non può essere intesa dal gestore del rischio come garanzia di inesistenza di regole cautelari sociali convergenti verso la migliore gestione. Nelle attività lecite ma rischiose è principio di generale valenza l'inammissibilità di un comportamento di stampo burocratico. Grande attenzione deve essere dedicata all'indagine circa l'avvenuto consolidamento della regola cautelare non positivizzata. Essa non può risolversi in un esercizio meramente retorico del giudicante; devono essere identificati i fatti implicitamente assunti, solo schermati dalla formula deontica che assume la prescrizione cautelare."

³⁰ MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 52. Così anche Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, cit.

³¹ Sul punto PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit. 265.

³² Significativa di questa tendenza è la rilevanza assunta dal principio di precauzione, sul punto CASTRO-NUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, *passim*.

norma penale a mero schema valutativo, privo di qualsiasi capacità precettiva e di orientamento. Il declino della legalità non può, quindi, che riflettersi anche sulle garanzie di cui la colpevolezza è baluardo: se preconditione del giudizio di responsabilità è un precetto realmente accessibile³³, a sua volta presupposto dell'efficacia general-prevenitiva³⁴, la tipicità debole di clausole generali e norme scopo compromette funzioni essenziali del diritto penale.

5. *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 MOG³⁵. 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 presentano³⁶.

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.

³³ VERSTEIN, *Privatizing Personalized Law Authors*, in *Chicago Law Rev.*, vol. 86, 2019, 563.

³⁴ PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le Società*, 2015, 1285 s.

³⁵ CENTONZE, *op.cit.*, 970; ESPOSITO, *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in *questa Rivista*, 2021, 2, 1; GIUNTA, *Il reato come rischio di impresa*, cit. 245; MANACORDA, *op.cit.*, 65, 80; MONGILLO, *op.cit.*, 86; MUSCATIELLO, *Il ruolo dell'autonormazione nel diritto penale della società del rischio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, 311.

³⁶ STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71.

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 (inidoneo) 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 ad 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. 6³⁷.

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 ad 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

³⁷ Il dibattito su questa causa di non punibilità e il suo inquadramento dogmatico è alquanto articolato, pertanto difficile da riassumere in poche righe. Sul punto si veda DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 391 ss.

“consumatore” di leggi causali³⁸, 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 concreto³⁹, in modo analogo a quanto previsto nel caso delle linee guida rispetto alla responsabilità medica.

6. *Normativa tecnica, autodisciplina e responsabilità penale dell'ente.* 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 costituzionali⁴⁰.

Si registra tuttavia, come evidenziato anche nella decisione della S.C. nel caso di Viareggio⁴¹, un certo scetticismo nei confronti di modelli ibridi di disciplina.

³⁸ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, cit.

³⁹ Sul punto Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 secondo le quali “la scienza e la tecnica sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili” per accertare prescrizioni cautelari senza surrettizie valutazioni a posteriori. Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, cit., evidenzia come: «All’atteggiamento di sospetto verso la colpa generica va riconosciuto il merito di segnalare il pericolo che il processo di identificazione della regola violata risulti troppo simile ad un processo creativo, laddove esso non può che essere ricognitivo, proprio per il rispetto che si deve ai principi di legalità e di colpevolezza. Tuttavia, la giurisprudenza è ormai stabilmente orientata dalla concezione normativa della colpa ed ha ridisegnato i rapporti tra competenza per il rischio e modalità doverose di esercizio della stessa, e dedica grande attenzione alla ‘oggettivizzazione’ della regola cautelare».

⁴⁰ La problematica relazione fra principi costituzionali e responsabilità dell'ente è stata ampiamente dibattuta in dottrina, per un'approfondita ricostruzione teorica: DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 605.

⁴¹ Si riporta il passaggio motivazionale dedicato alla normativa tecnica: “Sinora si è scritto di regole cautelari, anche facendo riferimento a quelle che vengono in considerazione nel presente giudizio. Tuttavia ad alcune di esse - ad esempio quelle emanate dai ccdd. enti di normazione - è naturale alludere come a ‘regole tecniche’. Ciò potrebbe indurre a ritenere che tali regole abbiano uno statuto diverso dalle regole cautelari; che esse siano vincolanti in modo non defettibile, nel senso sopra descritto. Per quanto intorno al concetto di regola tecnica si addensino tesi diverse, qui vale osservare che nell’ambito della filosofia del diritto si definisce regola tecnica quella che prescrive una condotta in quanto mezzo per il conseguimento di un fine dell’agente; la categoria antagonista è rappresentata dalle regole categoriche, che prescrivono comportamenti doverosi «in sé». Il fattore scriminante non è espresso dall’enunciato; che la regola fondi su una scelta assiologica o piuttosto su una commessione teleologica resta sotto la superficie testuale. Ciò che in questa sede rileva, di un dibattito complesso e che vede poco partecipe la dottrina penalistica, è che per le regole tecniche - anzi, in specie per queste - accade che la loro legittimazione è nella effettività della relazione di ‘mezzo a fine’, sicché esse devono essere osservate sin che non ne sia dimostrata l’inefficacia. Si comprende, quindi, perché con riguardo a regole come quelle emanate da organismi quali UNI, ISO, CEN, al fine di creare standard tecnici generalmente riconosciuti si ritiene, in Italia ma non solo, che esse rappresentino indici di diligenza doverosa nel caso concreto. Anche per questo versante rimane quindi confermata la peculiare natura della regola cautelare (che con la regola tecnica intrattiene

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 ad 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 riferimento⁴². 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 conformità⁴³, in grado di delimitare il potere discrezionale del giudice⁴⁴.

rapporti strettissimi) rispetto alla 'norma'".

⁴² Proprio tale meccanismo di *enforcement* particolarmente mite nei confronti delle *corporation*, orientata in senso preventivo, costituisce, da un punto di vista criminologico, un aspetto critico, in quanto manifesta l'esistenza di un atteggiamento di maggior benevolenza nei confronti dei *white collar crime*, rispetto a quanto si registra nell'ambito della delinquenza comune, gestita da agenzie di controllo con funzione meramente repressiva, come la polizia e la magistratura.

⁴³ Questa è anche la proposta avanzata da parte della dottrina, per tutti si veda PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 161, 179 ss.

⁴⁴ Il modello cui si ispira la normativa anglo-americana è quello di una "decentralizzazione normativa", secondo COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, in *144 Un. Penn. Law Rev.*, 1996, 1643, 1645, la produzione normativa, in un sistema decentralizzato, promana dal basso verso l'alto, ovvero le norme sociali, le consuetudini, i *customs*, rappresentano la struttura portante dell'intero ordinamento giuridico, tanto che anche il giudice è vincolato all'adozione degli *standards* diffusi nella comunità sociale ove si è verificato l'illecito. In questo

Anche nel nostro ordinamento, vi sono alcuni settori ove il legislatore rinvia alla normativa tecnica: il rinvio alle norme tecniche UNI è presente, ad 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 (e soprattutto) in assenza di ulteriori e

modo si attribuisce al giudice una funzione di *adjudication*, *Rechtfinden*, non invece una funzione propulsiva o creativa del diritto. Tuttavia è innegabile che la frammentazione della società genera norme sociali particolaristiche, per cui in caso di conflitto è necessario individuare delle regole di prevalenza. In questo caso, sebbene Cooter indichi come *ultima ratio* questa soluzione, le regole di conflitto dovrebbero promanare da una norma scritta o in un principio generale dell'ordinamento giuridico.

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* tecnici⁴⁵. Pertanto la persona fisica o giuridica che investe su di un *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 probatorio⁴⁶. Del resto nel caso di *defaillance* cautelare, l’ente ha comunque adempiuto al dovere di autorganizzarsi 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.

7. *Rilievi de iure condito alla luce di una prospettiva comparata.* Lo scetticismo della giurisprudenza verso i modelli organizzativi, in realtà, è alimentato da scelte legislative che non hanno valorizzato appieno tale nuova strategia regolativa: la responsabilità da reato della persona giuridica non è costruita autonomamente rispetto al reato della persona fisica, pertanto difficilmente il modello organizzativo potrà esprimere una vera colpevolezza dell’ente. La struttura della responsabilità dell’ente, nonostante la previsione di una responsabilità autonoma ex art. 8, è fortemente ancorata al modello di immedesimazione organica, per cui il reato di connessione della persona fisica si ascrive all’ente secondo i criteri dell’interesse o vantaggio⁴⁷. Coerente con tale impostazione, al modello organizzativo non viene riconosciuta la funzione di componente realmente personalistica dell’agire dell’ente, ma solo causa di esclusione della punibilità qualora sia stato adottato prima della commissione del reato. Tale causa di non punibilità può essere anche collocata tra le scusanti ed evidenziare il venire meno di un coinvolgimento dell’ente nel fatto illecito, ma non impegna l’interprete nella considerazione di una vera colpevolezza, scandita secondo il paradigma della colpa: è solo una eccezione difensiva che dovrà sollevare l’ente. I modelli organizzativi non sono infatti elementi positivi di un fatto tipico

⁴⁵ Sul punto PALIERO, *Soggettivo e oggettivo*, cit., 1288.

⁴⁶ Così CENTONZE, *op. cit.*, 974.

⁴⁷ Sul punto si veda DE SIMONE, *Persona giuridica*, cit., 404.

collettivo, ma costituiscono prova di una frattura di quel rapporto di immedesimazione organica che si assume istaurato nel caso in cui il reato sia commesso nell'interesse e a vantaggio dell'ente, *ex art. 5*.

Ed anche questa limitata funzione dei modelli organizzativi è pur sempre subordinata ad una "convalida giudiziaria", ovvero il giudice deve valutare la loro idoneità. La valutazione che compie la giurisprudenza è quindi di tipo pressoché oggettivo, prevalentemente fondata sul criterio dell'interesse o vantaggio⁴⁸, che assicura una migliore *performance* accusatoria e efficienza processuale. Mentre le difficoltà probatorie dei modelli organizzativi ostacolano la possibilità di rinvenire un vero e proprio coefficiente di colpevolezza, seppur in chiave corporativa⁴⁹, svilendo i confini garantistici della responsabilità personale, tanto da poter affermare che quel labile legame con la categoria delle scusanti è sostanzialmente trascurato dalla giurisprudenza.

Il problema da un punto di vista tecnico-giuridico è di gerarchia delle fonti e di formale riconoscimento della natura giuridica delle norme tecniche: se non vi è un espresso rinvio da parte del legislatore, la norma tecnica è *tamquam non esset*, in quanto non verrà presa in considerazione neanche come parametro di esigibilità.

Ma al di là del dato formale, traspare un atteggiamento culturale di chiusura, che consente di concludere che la nostra disciplina più che un modello ibrido di normazione, sia un modello confuso di responsabilità dell'ente. Il fattore "autodisciplina" e i modelli organizzativi, proprio perché ignorati dalla prassi giurisprudenziale, non possono certo soddisfare le esigenze di garanzia che trovano espressione nell'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente⁵⁰. Se il modello organizzativo non costituisce una strategia preventiva che effettivamente "premia" l'ente virtuoso, allora la politica aziendale potrebbe essere quella di non adottare alcun modello organizzativo *ex ante*, in quanto economicamente più efficiente è una sua adozione in *ex post* (art. 17), ove, tra l'altro, attraverso forme di controllo *in itinere* si ha una maggiore certezza di successo nella predisposizione di un MOG (come, ad esempio, nel caso dell'art. 15). Non è un caso che le poche pronunce che abbiano riconosciuto la idoneità del modello

⁴⁸ Rispetto alla materia della sicurezza del lavoro: LOSAPPIO, *Organizzazione, colpa e sicurezza del lavoro. Dosimetria dell'impresa e della colpa di organizzazione*, in *DSL*, 2016, 110

⁴⁹ Sul punto MANACORDA, *op.cit.*, 62 ss. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente*, cit., 1285.

⁵⁰ Sul punto MUSCATIELLO, *op.cit.*, 376, il quale descrive il meccanismo dell'autonormazione come "uno scambio senza accordo", evidenziando la debole capacità vincolante.

organizzativo siano quelle riferite all'adozione dello stesso in fase cautelare. Ridimensionato il ruolo dei modelli organizzativi, si affievolisce conseguentemente l'importanza della normativa tecnica, che in un sistema ideale potrebbe e dovrebbe, invece, costituire un parametro di conformità delle norme di autodisciplina, come i MOG, alle aspettative giuridiche, vincolando la discrezionalità interpretativa, ma soprattutto orientando le imprese verso un sistema preventivo efficace.

Diversa è la situazione nei Paesi in cui il modello ibrido di normazione delinea un rapporto orizzontale fra attore pubblico e privato. In questi casi, l'osservanza di norme tecniche, al di fuori di una logica *command and control*, è sollecitata dai benefici che possono derivare, secondo un modello regolativo proattivo. Anche quando è obbligatoria l'adozione del *compliance*, non è la minaccia di sanzione a motivare l'adozione, ma il vantaggio che da essa deriva⁵¹. Più in generale il paradigma che meglio interpreta tale realtà è quello del *cooperative compliance*⁵².

Un sistema giuridico, soprattutto se ibrido, deve inoltre fondarsi su alcune condizioni e presupposti che sembrano mancare nel contesto italiano: in primo luogo le finalità, i valori e le aspettative giuridiche che governano e regolamentano le attività produttive, devono essere condivisi tra regolatore pubblico e privato (che veste il duplice ruolo di regolato e co-regolatore). Affinché possa verificarsi tale condizione è necessario innanzitutto che le norme a cui il *compliance* deve aderire siano accessibili ed esigibili. Nel processo di condivisione di scopi, valori e aspettative può assumere un ruolo centrale la normativa tecnica: nell'ambito di questa strategia di controllo, l'integrazione attraverso normativa tecnica può infatti solo favorire il meccanismo di "socializzazione" di scopi e di valori, concorrendo a creare un quadro giuridico certo e consolidato, che il giudice non è legittimato a disattendere.

⁵¹ Il modello regolativo cui si fa riferimento è *performance based regulation*, sul punto: COGLIANESE, LAZER, *cit.*, 691. In generale un atteggiamento eccessivamente rigido o aggressivo da parte delle agenzie di controllo, risulta essere controproducente ai fini di un modello di *compliance* efficace, come evidenziano alcuni studi empirici realizzati nell'ambito del diritto ambientale in USA. Sul punto SHORT, *op.cit.*, 25. Sanzioni positive conseguono all'adozione di modelli di autonormazione in diversi settori del nostro ordinamento, favorendo un approccio proattivo, si veda l'approfondita ricognizione fatta da MUSCATIELLO, *op.cit.*, 359 ss.

⁵² Sui diversi tipi di *compliance*, si veda MONGILLO, *Presente e futuro*, *cit.*, 9 ss.

Un secondo fondamentale presupposto per garantire l'effettività di questa strategia regolativa è un controllo pubblico⁵³ costante e effettivo in grado di valutare l'attività normativa decentrata, secondo percorsi negoziali. In tale ottica, il controllo non può essere solo *ex post*, con capacità certificativa, ma deve articolarsi in diversi momenti: in particolare un intervento *ex ante* si rende necessario per orientare l'attore privato, soprattutto ove, come nel caso della responsabilità dell'ente, i criteri di conformità non siano legislativamente definiti, ma anche un controllo *in itinere*, secondo una logica "formativo-regolativa" in modo da concorrere concretamente nella pianificazione aziendale⁵⁴.

Infine qualsiasi forma di controllo prevede un continuo flusso informativo tra autorità pubblica e privato, quale forma di regolamentazione indiretta: una corretta informazione consente, all'esterno, di colmare *gap* informativi delle autorità di controllo e di acquisire una conoscenza sugli elementi di rischio specifico, così mitigando i problemi legati alle limitate risorse di cui gli enti pubblici di controllo dispongono. Una corretta informazione produce riflessi anche in ambito intraziendale, in quanto responsabilizza il *management* su possibili effetti collaterali ed esternalità dell'attività svolta, ponendo al centro dell'imputazione, anche penale, le decisioni assunte sulla base delle conoscenze e dei dati frutto della collaborazione pubblico-privato.

La paura che attraverso questa "delega" della funzione normativa ai privati "la capra diventi giardiniere"⁵⁵ è condivisibile laddove il rinvio alla disciplina privata costituisca solo un surrogato di una decisione politica, dovuta ad una deresponsabilizzazione e al vuoto legislativo. Qualora invece il modello ibrido di regolamentazione veda il coinvolgimento dell'attore pubblico attraverso il controllo dell'organizzazione dell'autodisciplina e il monitoraggio dei meccanismi di *compliance* aziendale⁵⁶, parte di questi timori possono considerarsi superati,

⁵³ Il controllo pubblico deve essere tanto più incisivo ed effettivo, quanto più il *compliance* risulti un costo non bilanciato da alcun profitto, pertanto la sanzione rappresenta un deterrente che rende ancor più diseconomico la mancata adozione di programmi di conformità. Sul punto si veda la puntuale analisi e conclusione di COGLIANESE, LAZER, *op.cit.*, 710 ss.

⁵⁴ COGLIANESE, LAZER, *cit.*, 694, 697 ss..

⁵⁵ Questa è la nota obiezione di SCHUNEMANN, *Die Regeln der Technik in Strafrecht*, in *Fest.K.Lachner*, Berlin, New York, 1987, 377; ripresa in Italia da STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, 61 ss.; ID., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 389.

⁵⁶ BIANCHI, *op.cit.*, 1501, 1521 si interroga problematicamente sulla capacità per il decisore pubblico di effettuare controlli, laddove l'attività normativa sia stata delegata a causa di *gap* informativi. Difficile poter esercitare un controllo effettivo ed efficace sull'autonormazione laddove persistano tali *gap*. Sul punto si

soprattutto se si affianca ad un *enforcement* efficiente la partecipazione dei c.d. *stakeholder*, così da equilibrare la gestione del rischio secondo una prospettiva esterna a quella propria del *management* aziendale⁵⁷.

Questo descritto è lo scenario ideale, che si scontra con la realtà evidenziata dalla ricerca empirica ove invece emerge come il sistema dei *compliance* si presti sovente ad essere aggirato dalle grandi imprese⁵⁸, confermando così la riflessione di Sutherland sulla immunità di fatto dei *white collar*, conclusione ancora oggi di estrema attualità⁵⁹. Già nella prima metà del secolo scorso il celebre criminologo aveva individuato due distinti sottosistemi nell'ordinamento penale americano: un sistema punitivo destinato a colpire la criminalità comune, fortemente repressivo e la cui gestione è di competenza della polizia e della magistratura, secondo meccanismi di controllo altamente formalizzati e rigidi, e un sistema sanzionatorio riservato ai *white collar crimes*, che assume forme di controllo flessibili, basato su sanzioni miti e il cui *enforcement* è affidato, in prima istanza, ad agenzie di controllo che operano secondo una logica collaborativa e negoziale. Secondo quanto emerso dalla ricerca di Sutherland, il sistema economico, attraverso una intensa attività di *lobbying*, condiziona l'attività legislativa, che opta per strategie di tutela basate prevalentemente su *mala in se*, illeciti artificiali, in grado di dissimulare l'effettivo disvalore delle condotte illecite, mentre la stretta relazione che gli uomini d'affari intrattengono con gli stessi rappresentanti delle agenzie di controllo "affievolisce" la reazione punitiva in concreto. L'influenza che il potere economico esercita su tutto il processo di criminalizzazione determina, conseguentemente, una applicazione selettiva della sanzione penale, i cui effetti sono una depenalizzazione di fatto e soprattutto la rimozione dello stigma penale rispetto a forme di criminalità economica.

vedano anche le osservazioni di CENTONZE, *op.cit.*, 959 ss.

⁵⁷ BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in a "Post-Regulatory" World*, in *Curr. Leg. Prob.*, 54, 2001, 103; 119; ONGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxf. J. Leg. St.*, 13, 1995, 97; TOMBS, *Regulation Safety at Work*, in *Policy and Practice in Health and Safety* (3), 2005, 1 ss.

⁵⁸ Si veda DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program": venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, 376, 383 ss; LAUFER, SELVAGGI, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2019, 47; La *regulatory tolerance* costituisce una condizione penalizzante il modello di autodisciplina, in quanto ne inficia l'efficacia, sul punto TOMBS-WHYTE, *Toxic Capital Everywhere: Mapping the Coordinates of Regulatory Tolerance*, in *Social Justice*, 2014, 136 ss.

⁵⁹ SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, trad.it a cura di Forti, Milano, 1987.

Tuttavia questa situazione di privilegio si riscontra principalmente a vantaggio delle grandi imprese, che possono contare - come già evidenziava Sutherland - sui migliori professionisti e consulenti e su ingenti capitali da destinare al *compliance*, che il più delle volte può essere un camuffamento estetico⁶⁰, mentre le piccole imprese sono oggetto di continui controlli effettivi e procedimenti, secondo quel modello nordamericano del *tit for tat*⁶¹.

Il confronto con il dato empirico se, da un lato, evidenzia i limiti del sistema di *compliance* rispetto alle grandi imprese, dall'altro sembrerebbe confermare la sua validità rispetto alle piccole e medie imprese⁶². Il controllo mediante organizzazione ovvero la regolamentazione dell'autodisciplina funziona solo ove vi sia un *enforcement* effettivo e una condivisione di fini e valori da tutelare. Per questo il contenuto del *compliance* dovrebbe costituire uno strumento di interrelazione effettiva tra regolatore e regolato, in modo da definire i rispettivi ruoli e scopi istituzionali⁶³.

La collaborazione che si instaura tra soggetti diversi consente di superare anche i rischi di una possibile sclerotizzazione di meccanismi decisionali e deliberativi che, all'interno di organizzazioni complesse, possono consolidare una cultura organizzativa obsoleta o portare alla normalizzazione della devianza. Prassi aziendali, codici di autodisciplina, modelli organizzativi, da un lato, sono modalità di valutazione e di riduzione del rischio, ma alle volte, specie se sottratti a controlli esterni efficaci e non adeguatamente aggiornati, si rivelano essere semplicemente meccanismi di minimizzazione e sottovalutazione dei rischi, all'origine di errori "socialmente organizzati e sistematicamente prodotti"⁶⁴. Il

⁶⁰ Si vedano i dati riportati da LAUFER, SELVAGGI, *op. cit.*, 51 sulle risorse umane e economiche impiegate dalle grandi multinazionali per "documentare" l'attività di *compliance*. Si vedano inoltre le riflessioni di CENTONZE, *op. cit.*, 955 ss.

⁶¹ Sul punto: COFFEE, "Carrot and stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in *Federal Sentencing Reporter*, nov.-dic. 1990, Vol. 3, n. 3; DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program"*, cit., 376; ID., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 285 ss.; TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, Bologna, 2013, 149 ss..

⁶² Questo dato trova conferma anche in altra ricerca effettuata sul *corporate manslaughter* in Gran Bretagna, sul punto TOMBS, *Still Killing with Impunity: Corporate Criminal Law Reform in the UK*, in *Policy and Practice in Health and Safety*, 2013, 63. Per analoghe considerazioni rispetto ai sistemi nord americani: HART, *Self-regulation, Corporate Social Responsibility and the Business Case: Do they Work in Archiving Workplace Equality and Safety?*, in *Business and Ethics*, 2010, 585, 600.

⁶³ BAMBERGER, *Regulation as Delegation*, cit., 386.

⁶⁴ VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, University of Chicago Press, Chicago, 1996, 394.

“velo cognitivo”, che prassi e cultura aziendale generano, può essere rimosso proprio attraverso il riferimento alla normativa tecnica e mediante controlli pubblici, secondo una dinamica multiagenziale, che può prontamente evidenziare, in un clima collaborativo, le eventuali carenze del modello organizzativo. In conclusione, pare evidente che non si possa prescindere da un modello flessibile di regolamentazione che faccia leva su forme di controllo mediante organizzazione e autodisciplina, allo scopo di orientare indirettamente le attività economiche verso finalità pubbliche. Ma l’individuazione dello scopo cui deve tendere l’organizzazione produttiva non è sufficiente a definire anche le modalità attraverso cui tale scopo deve essere raggiunto. Il ricorso a parametri generici e imprecisi basati solo su norme scopo e/o clausole generali sembra l’unica prospettiva praticabile dal legislatore, ma – come evidenziato – tali norme falliscono nell’orientare il cittadino, creando incertezza giuridica, che si manifesta in modo drammatico in fase applicativa. Una possibile soluzione sarebbe quella di integrare forme di controllo indiretto, attraverso il rinvio esplicito alla normativa tecnica. Tale soluzione richiama in qualche modo il modello di disciplina della sicurezza del lavoro degli anni ’50, ove il legislatore definiva minuziosamente la pretesa preventiva-cautelare; tuttavia tale strategia ha mostrato ben presto inefficienza e obsolescenza, dovute a limiti informativi, istituzionali e politici che impediscono al legislatore di compiere scelte adeguate in settori altamente tecnologizzati e tra loro eterogenei. Proprio la non uniformità dei diversi sistemi produttivi richiede tra l’altro un livello di specificità, che non può essere raggiunta dalla fonte primaria; ma anche ove fosse possibile, si affermerebbe un tipo di regolamentazione rigida che confligge con le esigenze di flessibilità che le attività economiche richiedono. Scartata l’ipotesi di una regolamentazione tecnica a livello legislativo, per le ragioni esposte sembra invece percorribile la strada di un rinvio alla normativa tecnica, emanata da enti di normazione o raccolte di *best practices*, così da creare una “più ampiamente definita architettura organizzativa, tenendo presenti gli sforzi attuali e passati compiuti dai soggetti collettivi ai fini della mitigazione del rischio”⁶⁵. La strategia potrebbe essere quella di individuare scopi di prevenzione della illegalità che obbligatoriamente devono essere perseguiti dall’ente, accompagnati da normativa tecnica non necessariamente obbligatoria, ma comunque vincolante per

⁶⁵ COGLIANESE, LAZER, *Management-Based Regulation*, cit., 691; LAUFER, SELVAGGI, *op. cit.*, 62.

l'interprete, laddove venga presa in considerazione nell'organizzazione aziendale. La normazione tecnica, se accompagnata da controlli *ex ante* e *in itinere*⁶⁶, potrebbe assumere questo ruolo nell'ambito della relazione tra pubblico e privato, limitando auspicabilmente la discrezionalità del giudice.

⁶⁶ BIANCHI, *op. cit.*, 1513. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 162; COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 2, 66 s.