

CHE COSA GENERA IL SONNO DEL
LEVIATANO?
MODELLI E MOVIMENTI
DELL'AUTONORMAZIONE NELLE PIEGHE
DELL'ORDINAMENTO PENALE STATALE *

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 15.6.2022

*Sara Bianca Taverriti***

WHAT GENERATES THE SLEEP OF LEVIATHAN?

MODELS AND MOVEMENTS OF SELF-REGULATION IN THE FOLDS OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Starting from an overview of the subsidiarity principle in public law, this article suggests that self-regulative legal systems spread when state regulation regresses (voluntarily or not). The A. identifies several types of self-regulation, based on the impulse of the State to develop self-regulative systems and on its control over them. Subsequently, the article analyses the 'movements' of self-regulation highlighting how it can be implemented – and graduated – as a policy option to foster public-private partnerships for the pursuit of state objectives. In conclusion, the article focuses on the use of self-regulation as a tool of crime prevention that can substitute, compete with, or even integrate criminal law.

KEYWORDS Subsidiarity – Self-Regulation – Responsive Regulation – Meta-Regulation – public-private partnership – *extrema ratio*

SOMMARIO 1. L'autonormazione tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale. — 2. La genealogia del diritto riflessivo nel sistema delle fonti: i modelli di autonormazione. — 2.1. Il diritto statale come fattore di sollecitazione del diritto particolare. — 2.2. Il sonno del Leviatano: *Voluntary Self-Regulation*, ovvero l'autonormazione spontanea. — 2.3. Il graduale risveglio del Leviatano: la *Meta-Regulation*, o l'autonormazione prevista dallo Stato. — 2.4. I diversi gradi di cogenza dell'autonormazione: le strategie dello Stato. — 2.4.1. Autonormazione facoltativa e strategie premiali dello Stato. — 2.4.2. Autonormazione come onere. — 2.4.3. Autonormazione obbligatoria o *Enforced Self-Regulation*. — 3. Le modalità di controllo statale sull'autonormazione. — 3.1. Controllo formale vs. controllo sostanziale. — 3.2. Controllo amministrativo vs controllo giudiziale. — 3.3. Controllo ex ante vs. controllo in itinere vs. controllo *ex post*. — 4. Strategie legislative e movimenti del diritto riflessivo: sonno o veglia del Leviatano? — 4.1. I vettori dell'autonormazione spontanea: le ragioni degli enti normatori. — 4.2. I vettori della *Meta-Regulation*: le ragioni del Leviatano. — 5. I correttivi alle strategie fisse di enforcement e l'uso differenziale del paradigma autonormativo. — 5.1. La *Responsive Regulation*. — 5.2. Le varianti della *Responsive Regulation*. — 6. *Governance* penale e autonormazione. — 6.1. Fasi e funzioni dell'autonormazione in materia penale. — 6.1.1. L'autonormazione alternativa al diritto penale: ordinamenti sussidiari. — 6.1.2. Autonormazione ausiliaria al diritto penale: ordinamenti concorrenti. — 6.1.3. Autonormazione istituzionalizzata nel diritto penale: ordinamenti integrati. — 6.2. Sintesi conclusiva e direzione delle ulteriori ricerche.

* Il contributo è la versione ampliata dell'omonimo lavoro in corso di pubblicazione nel prossimo volume di *Criminalia*.

** Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Milano

1. L'autonormazione tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale

Il profluvio di fonti autonormative che pervade il panorama giuridico attuale viene sovente letto come fenomeno che si atteggia – contemporaneamente – come causa ed effetto della perdita di centralità del legislatore statale¹. A fronte del progressivo esaurimento delle risorse dello Stato necessarie a disciplinare capillarmente tutte le sfaccettature di una società sempre più complessa, si fanno strada regolatori particolari pronti a intervenire sul proprio ambito di interesse, con una regolamentazione aggiornata, agile e specializzata². Come se, dinnanzi a un Leviatano assopito, distratto o non sufficientemente vigile, ci fosse una moltitudine di soggetti pronti a sostituirlo senza sforzo, nell'intento di accaparrarsi crescenti spazi di controllo sulla sfera sociale

¹ In generale, su questa tendenza, *ex multis*, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 4/2001, pp. 545 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, pp. 275 ss. Nel panorama penalistico, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, spec. pp. 145 ss.; M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, pp. 73-77; A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, pp. 536 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri postdelmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1099 ss.; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA. VV. (a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, pp. 117 ss. Con specifico riferimento ad alcuni campi del diritto punitivo, cfr. D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010; V. TORRE, *La "Privatizzazione" delle fonti di Diritto Penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013, pp. 27 ss.; A. BERNARDI, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: il caso del diritto penale alimentare*, in *Ind. Pen.*, 1/2015, pp. 155 ss.; V. MONGILLO, *La privatizzazione delle fonti: criteri di autonormazione e di autocontrollo*, in A. Gargani (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, Torino, 2021, pp. 49 ss.

² Neanche il sopravanzamento delle fonti tecniche sub-legislative è tema nuovo alla penalistica che, soppesando i rischi e il potenziale di tali fonti, ha rilevato come – a fronte di una carenza di legittimazione democratica – queste ultime esibiscano un maggior grado di duttilità e precisione. *Ex multis*, cfr. C. PEDRAZZI, *Odierna esigenza economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, pp. 1099 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, p. 47; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pp. 233 ss.; V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, pp. 84 e ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 91-92; A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, pp. 103-105; M. CATENACCI, *Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, pp. 189 ss.

di proprio interesse. La prospettiva potrebbe apparire allarmante, soprattutto se riguardata dal punto di vista penalistico, tradizionalmente refrattario alle contaminazioni derivanti da legislazione extra-statale; tanto che si potrebbe dubitare della sua stessa legittimità costituzionale.

Tuttavia, proprio scrutando nel testo costituzionale, si può rintracciare uno spazio di legittimità, fisiologicamente destinato a questi soggetti, che si stende sul terreno della c.d. sussidiarietà orizzontale (art. 118 c. 4 Cost.) che affida una competenza prioritaria agli enti sub-statali (pubblici o privati) nella gestione delle “attività di interesse generale” in virtù della maggiore prossimità di questi soggetti all’interesse da disciplinare, rendendo – di conseguenza – residuale l’intervento degli enti sovraordinati³. L’autonormazione – intesa come attività di controllo sociale, performata in contesti collettivi e organizzati, decentrati rispetto a quello statale, che si caratterizza per la tendenziale coincidenza tra creatori e destinatari della norma, per la specializzazione del contenuto e per l’applicazione segregata⁴ – può essere dunque validamente collocata nella schiera degli istituti che realizzano la sussidiarietà orizzontale. In alcuni casi, è proprio lo stesso Leviatano a cedere sovranità verso il basso, con il conferimento di

³ Sebbene il principio di sussidiarietà orizzontale abbia radici risalenti, la sua esplicita consacrazione nella Costituzione viene generalmente rinvenuta nella riformulazione dell’art. 118 c. 4 Cost., all’esito della riforma del titolo V: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Il tema è stato approfondito soprattutto nell’ambito del diritto costituzionale e amministrativo, con varietà di enfasi e accenti rispetto a tale principio, che viene tradizionalmente identificato come: «criterio in base al quale un tipo di azione (o una specifica azione) spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se e solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione» secondo la definizione di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, t. 1, p. 14; ripresa da G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1752; e da T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. Cost.)*, voce in *Enc. Dir.*, Annali-II, 2008, pp. 1133-1150. Con specifico riferimento ai corpi intermedi composti da privati v. R. BIN, *Il principio di “sussidiarietà orizzontale”: alla ricerca dei soggetti privati*, in *IdF*, 1999, 1, pp. 5-8; A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; A. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2000, I, pp. 203 ss.; A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, pp. 17 ss. Di recente, F. BASSANINI-F. CERNIGLIA-F. PIZZOLATO-A. QUADRIO CURZIO-L. VANDELLI, *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, 2019; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, fasc. 1, pp. 3 ss.

⁴ Per questa definizione e per i caratteri fondamentali di questo paradigma, sia consentito il rinvio a S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, pp. 1931 ss.

un mandato ai normatori di prossimità (i.e. delega della gestione di un rischio), creando una *partnership* pubblico-privata per il conseguimento di interessi pubblici⁵.

Così riformulata la questione, le ansie legate all'occupazione abusiva degli spazi del legislatore statale vengono sensibilmente ridimensionate, pur restando cruciale – e ad appannaggio esclusivo dello Stato – la verifica che gli enti autonormatori agiscano in conformità con l'assetto di interessi consacrato nella Costituzione⁶.

D'altra parte, sul versante penalistico, vanno tenute presenti due importanti specificità che condizionano il discorso sull'autonormazione: la prima riguarda la *Rule of Law*, che preclude l'interferenza di fonti aliene sul nucleo essenziale del precetto e della sanzione penali⁷; la seconda riguarda la clausola di *extrema ratio*, che impone una residualità 'potenziata' dell'intervento dello *ius terribile*⁸. Queste le conseguenze, in estrema sintesi. Rispetto alla prima specificità, il vaglio di legittimità dei paradigmi

⁵ Per una panoramica sul punto, per tutti, cfr. A. OGUS-E. CARBONARA, *Self-Regulation*, in F. Parisi (ed. by), *Production of legal rules*, Northampton, 2011, pp. 228 ss., spec. pp. 232 ss. Nella stessa prospettiva, inquadrata nel paradigma della 'relazione di agenzia' tra Stato e impresa, con specifico riferimento al settore della responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231 del 2001, si veda F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti ed agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, pp. 945 ss. In termini ancora più pregnanti, ravvisano una vera e propria posizione di garanzia in capo all'ente G.A. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, pp. 753 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2017, pp. 512-514; e D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, in *Incontri di studio del CSM*, Roma, 2003, p. 7.

⁶ In questo senso, J. BLACK, *Constitutionalising Regulatory Governance Systems*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 02/2021, p. 3; si vedano altresì le considerazioni di F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 100; F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 10; S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2010, pp. 33-35.

⁷ *Ex multis*, M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività: vecchi e nuove prospettive del diritto penale*, in Aa.Vv., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di M. Donini-G. Insolera, Bologna, 2005, pp. 115 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1281; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., pp. 79 ss.

⁸ In argomento, cardinali gli scritti di C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'Extrema Ratio'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, pp. 1447 ss., e ancora più perspicuamente ID., *Il Mercato della Penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, 2021, spec. pp. 50 ss. Significative considerazioni sul punto in G.A. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, pp. 51 ss. Sulle interferenze tra il principio di legalità e la garanzia dell'*extrema ratio* cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018; ID., *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *Criminalia*, 2019, pp. 423 ss.

Che cosa genera il sonno del Leviatano?

autonormativi interferenti con la materia penale sarà aggravato/rafforzato dalla necessità di confronto con i crismi dell'art. 25 c. 2 Cost. Per contro, la specificità legata alla 'sussidiarietà' strettamente penalistica, paradossalmente, suggerirebbe invece un più ampio ricorso ai paradigmi autonormativi, soprattutto in chiave pre-penalistica, quando – cioè – l'autonormazione possa costituire una *policy option* che consente la tutela di interessi rilevanti, ponendosi, totalmente o parzialmente, come alternativa alla deterrenza mediante pena.

Un ultimo *caveat* che vale la pena appuntare per chiudere il quadro delle coordinate essenziali della autonormazione penalistica e che riguarda la specifica eventualità in cui il paradigma si manifesti in chiave autenticamente punitiva: se il precetto e la sanzione autonormati – a dispetto dell'etichette usate – rientrano nel concetto di *matière pénale*, va da sé che dovranno rispettare tutto il comparto di garanzie ad essa correlate, anche in ossequio a quanto previsto dal quadro normativo sovranazionale⁹. Le fonti autonormate 'sostanzialmente penali' avranno, di conseguenza, standard di accettabilità più alti, in ragione delle garanzie additive imposte dalla materia penale, ma anche interessanti potenzialità di sviluppo, nel segno di una politica criminale volta a contenere entro il minimo indispensabile l'intervento penale in senso stretto, favorendo gli interventi di prevenzione penale alternativi.

In questo scenario, risulta evidente che, per mantenere la sua centralità, il Leviatano dovrà essere in grado di governare e vigilare sui soggetti e sulle fonti che attraversano la realtà giuridica, dosando la quantità e l'ampiezza dei compiti devoluti alle formazioni sub-statali (*rectius*, extra-statali). Si tratta cioè di inserire l'autonormazione nel contesto di tecniche legislative complesse, nell'ambito delle quali lo Stato centrale mantiene sempre salda la *governance*, che può estrinsecarsi in varie manifestazioni (es. delega preventiva di compiti normativi, verifica *ex post* dei testi autonormati). Ecco perché la mappatura dei modelli e dei movimenti dell'autonormazione costituisce il punto di partenza per poter: *de lege lata*, decrittare le fonti autonormate già aggallate nell'ordinamento, valutandone la portata e gli effetti; *de iure condendo*, razionalizzare il ricorso a questo genere di fonti nell'ambito delle strategie di controllo sociale.

⁹ Sul punto, per tutti, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Brescia, 2018.

2. La genealogia del diritto riflessivo nel sistema delle fonti: i modelli di autonormazione

Per cominciare a tracciare una tassonomia dell'autonormazione occorre approfondirne la fenomenologia: *id est*, le diverse versioni che può assumere il fenomeno nella struttura e nella prassi ordinamentale. In questa disamina, si prenderà in considerazione l'impiego dell'autonormazione come *policy option*, nell'ambito della quale il legislatore statale – più o meno consapevolmente – si serve del modulo autonormativo come strumento di controllo sociale.

D'altra parte, la prospettiva che assume il diritto statale come costante referente relazionale del 'diritto riflessivo'¹⁰ consente di decifrare le regole d'ingaggio che scandiscono il suo intervento nell'ambito dell'ordinamento sociale e giuridico. A tal fine, ci si focalizzerà sulle dinamiche reciproche tra legislazione statale e autonormazione per sondare i punti d'intersezione tra ordinamento statale e ordinamenti periferici¹¹. Ciò che maggiormente rileva nell'ottica penalistica, infatti, è l'analisi del rapporto tra Stato ed enti autonormatori: punto di osservazione privilegiato per cogliere come e quanto lo Stato sia in grado di fomentare processi di autonormazione periferica per perseguire scopi pubblici. Per questi motivi, pare conveniente assumere l'attività politico-legislativa dell'attore statale come metro di questa classificazione.

¹⁰ Intendendosi qui, per sineddoche, il diritto riflessivo come *alias* del più completo concetto di autonormazione, su cui cfr. nota n. 4.

¹¹ In questa analisi si riprenderà dunque l'approccio di studio 'inter-ordinamentale', che ha il suo punto di riferimento metodologico nella pionieristica analisi coniata in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977 (1918). Il medesimo referente culturale è adottato, pur con varietà di accenti negli esiti classificatori, in V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale*, cit., pp. 66 ss.; V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, pp. 311 ss.; S. B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche*, cit., p. 1941; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021, pp. 8 ss.; V. MONGILLO, *La privatizzazione delle fonti: criteri di autonormazione e di autocontrollo*, in A. Gargani (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agroalimentare*, Torino, 2021, pp. 49 ss.; G. ROTOLO, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-regulation: In Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention*, in S. Manacorda-F. Centonze (eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, 2021, pp. 239 ss.; E. GRECO, *Dal venire meno del «monismo» giuridico alla legittimazione del fenomeno auto-normativo. Il self-regulatory model nel sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in A. Gullo-V. Militello-T. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, Milano, 2021, pp. 163 ss.

2.1 - *Il diritto statale come fattore di sollecitazione del diritto particolare*

La prima classificazione che è possibile stilare è incentrata sul grado di cogenza del *munus* autonormativo gravante sugli attori extra-statali. Come si avrà modo di illustrare, esistono esempi di autonormazione che promanano spontaneamente dall'iniziativa dell'ente, in assenza di una effettiva sollecitazione statale. In altri casi, l'ente periferico viene indotto ad autonormarsi in virtù di un rinforzo positivo di matrice statale incentrato sulla concessione di premi o incentivi a supporto dell'ente adempiente. In ultimo, l'apice della cogenza sarà incarnato dall'imposizione da parte dello Stato di veri e propri obblighi autonormativi.

2.2 - *Il sonno del Leviatano: Voluntary Self-Regulation, ovvero l'autonormazione spontanea*

Muovendo dal gruppo di ipotesi che implica il *minor grado* di interferenza statale rispetto al processo autonormativo, possiamo enucleare la categoria dell'autonormazione spontanea, denominata nell'area anglosassone *Voluntary Self-Regulation* o anche *pure Self-Regulation*¹². La *voluntary self-regulation* rappresenta la manifestazione più autentica ed estrema di autonormazione e si connota proprio per la sua componente squisitamente volontaristica. In questo caso, infatti, la fonte autonormata scaturisce dall'autonoma risoluzione dell'entità autonormatrice, che decide di disciplinare la propria attività nonostante l'assenza di previsioni statali che ne indichino la

¹² La fenomenologia della *pure self-regulation* offre numerosi esempi, tra quelli più spesso richiamati dalla dottrina anglosassone si annoverano: la *Motion Picture Association of America's movie rating system*, la *Forest Stewardship Council's Sustainable Forest Initiative*, la *American Petroleum Industry's Strategies for Today's Environmental Partnerships* (STEP), la *Responsible Care Initiative* e l'*Institute of Nuclear Power Operations* (INPO). È interessante notare come, sovente, uno dei fattori che catalizza le dinamiche di autocontrollo di settore coincida con la concretizzazione dei rischi tipici dell'attività oggetto di disciplina. Non è raro che l'iniziativa autonormativa prenda l'abbrivio in concomitanza di gravi incidenti verificatisi nel settore operativo di competenza. Due significativi esempi di questa tendenza acceleratrice sono rinvenibili nel campo della auto-limitazione delle emissioni chimiche tossiche d'impresa intrapresa all'indomani del disastro di Bhopal, verificatosi in India nel 1984 (Responsible Care Initiative, su cui cfr. A. KING-M. LENOX, *Industry Self-Regulation Without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program*, in *Academy of Management Journal*, 2000, 43, pp. 698-716) e in quello della sicurezza nel settore della produzione di energia nucleare, che ha dato origine all'INPO, subito dopo il disastro di Three Miles Island del 1979, su cui cfr. C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., pp. 157-158; N. GUNNINGHAM, *Strategizing compliance and enforcement: responsive regulation and beyond*, in C. Parker-V.L. Nielsen (Ed. By), *Explaining Regulatory Compliance. Business responses to Regulation*, Cheltenham-Northampton, 2011, p. 209.

necessità¹³. Si tratta di una normazione che oltre ad essere riflessiva si sviluppa in maniera spontanea, senza che intervenga in merito alcuna indicazione da parte dello Stato. L'entità decide autonomamente non solo il *quomodo*, ma addirittura l'*an* dell'autonormazione: mantiene cioè piena discrezionalità sia rispetto alle forme e ai contenuti dei propri moduli normativi, sia rispetto alla scelta di sviluppare o meno un sistema di autodisciplina¹⁴.

L'autonormazione spontanea germina, dunque, negli spazi di attività lasciati sgombri dalla legislazione statale. Tale situazione si può verificare tanto in ambiti scvri di qualsivoglia regolamentazione (ammesso e non concesso che, effettivamente, ne esistano), quanto in contesti già in parte disciplinati dallo Stato che – però – presentino nicchie non ancora raggiunte dalla legislazione centrale. Sono inoltre riferibili alla categoria dell'autonormazione spontanea anche i casi in cui l'ente autonormatore, ponendosi in linea di continuità rispetto alla regolamentazione statale già vigente in quel settore, ne travalica i confini, spingendosi oltre lo *standard* delle *performance* richieste dallo Stato, realizzando così la c.d. *overcompliance*¹⁵.

Tuttavia, va precisato che l'assenza di vincoli legislativi che impongono l'autonormazione non implica la completa irrilevanza dell'azione statale nelle dinamiche che sospingono l'autonormazione: ma – anzi – ne costituisce la riprova.

¹³ Per un approccio volontaristico-spontaneo imperniato sul consenso e sulla condivisione dei valori all'interno della comunità autonormata cfr. T. TYLER, *Legitimacy and criminal justice: The benefits of self-regulation*, in *Ohio St.J. Crim. Law*, 2009, p. 307 ss.; ID., *Psychology and deterrence of corporate crime*, in J. Arlen (Ed. by), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, New York, 2018, p. 11 ss., nella medesima prospettiva sono orientati gli studi che sostengono la migliore capacità performativa in termini di *compliance* delle strategie basate sull'osservanza spontanea della norma, piuttosto che sulla deterrenza mediante sanzione del comportamento disvoluto, cfr. in generale L.M. FRIEDMAN, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975, trad. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978, p. 219; T. TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton, 2006; F. SCHAUER, *The force of the Law*, Harvard, 2015, (trad. it., *La forza del diritto*, Milano, 2016, p. 120); con specifico riferimento alla *compliance* d'impresa cfr. D. THORNTON-N.A. GUNNINGHAM-R.A. KAGAN, *General Deterrence and Corporate Environmental Behavior*, in *Law and Policy*, vol. 27, n. 2, 2005, pp. 262-288; D.C. LAGENVOORT, *Cultures of Compliance*, in *American Criminal Law Review*, 2017, 54, pp. 933-977. Nella dottrina penalistica italiana cfr. G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, pp.194 ss.; G. ROTOLO, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-regulation*, cit., pp. 242 s.

¹⁴ N. GUNNINGHAM-R. A. KAGAN-D. THORNTON, *Sources of corporate Environmental Performance*, in *Cal. Management Rev.*, 2003, vol. 46, n. 1, pp. 127 ss.; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., pp. 151-152; J. C. BORCK-C. COGLIANESE, *Beyond compliance: explaining business participation in voluntary environmental programs*, in C. Parker-V.L. Nielsen (Ed. by), *Explaining Regulatory Compliance*, cit., pp. 139 ss.

¹⁵ N. GUNNINGHAM-R. A. KAGAN-D. THORNTON, *Social License and Environmental Protection: Why Business Go Beyond Compliance*, in *Law and Social Inquiry*, vol. 29, 2, 2004, pp. 307-341.

Infatti, il silenzio delle fonti statali nei campi lasciati alla libera interpretazione dei sistemi sub-statali si risolve spesso in una situazione contingente e transitoria, destinata a modificarsi in concomitanza con l'accrescimento dei rischi ivi allocati (cfr. *infra* § 4.1)¹⁶.

Gli studi che hanno cercato di misurare l'impatto e l'efficacia della *Voluntary Self-Regulation* hanno evidenziato come i risultati conseguibili possono rivelarsi fortemente disomogenei e in larga parte dipendenti dalla proattività dei soggetti che partecipano al procedimento autonormativo. Uno degli snodi cruciali per la riuscita di questo modello risiede, infatti, nella disponibilità delle organizzazioni coinvolte a cooperare per il conseguimento degli scopi comuni individuati dal sotto-sistema di appartenenza. Per esempio, la deriva verso situazioni di lassismo e di trascuratezza dei soggetti che hanno la facoltà di avvalersi della *Self-Regulation* instilleranno anche nei soggetti naturalmente propensi all'adempimento un senso di sconforto e di livellamento verso il basso¹⁷.

Inoltre, occorre considerare che il processo autonormativo comporta sempre

¹⁶ In tal senso, si pensi alle trasformazioni e alle azioni autonormative intraprese recentemente da alcune importanti multinazionali del *web* al fine di prevenire comportamenti illeciti sulle piattaforme digitali di competenza. Tali decisioni sembrano dettate dalla crescente pressione mediatica e dall'attenzione riservata alla possibile responsabilità dell'*Internet Service Provider* per quegli illeciti. Come esempio di autonormazione spontanea nato anche nella prospettiva di co-regolamentare gli interessi in gioco insieme alle istituzioni europee, cfr. il *Code Of Conduct On Countering Illegal Hate Speech Online* del 2016, sottoscritto da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube insieme alle istituzioni europee; poi seguito da approcci che sollecitano più decisamente la *Self Regulation*: cfr. COM (2017) 555 (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online"). Nel panorama dottrinale italiano cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 4-5, 1998, pp. 765 s.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet service provider*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2013, pp. 600 ss.; A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2017, pp. 1621 ss. Di recente, cfr. S. BRASCHI, *Il ruolo delle reti sociali nel contrasto ai reati commessi all'interno del web. Tendenze evolutive e prospettive di sviluppo*, in A. Gullo-V. Militello-T. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale*, cit., pp. 371 ss.; M. LAMANUZZI, *Il coinvolgimento dei gestori delle piattaforme social nel contrasto dell'odio e della pornografia non consensuale. oltre la net neutrality: tra autoregolamentazione e responsabilità amministrativa*, *ivi*, pp. 389 ss.

¹⁷ Il punto fondamentale, quindi, risiede nel fatto che la strategia basata sulla *compliance* spontanea produce effetti diversi a seconda del soggetto regolamentato. Se è vero che può rivelarsi la strategia più appropriata per le aziende *leader* del mercato, che già in partenza hanno il proposito di apprestare un buon livello di performance in termini di conformità alla legge, per contro, diventa assolutamente inadeguata nel caso in cui gli attori mostrino comportamenti più recalcitranti e riluttanti. Per questo motivo, è importante pre-determinare il tipo di interlocutore a cui si riferisce la disciplina, per predirne gli esiti sul piano strategico. Sul punto cfr. N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, in R. Baldwin-M. Cave-M. Lodge (Ed. by), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, 2010, pp. 124-125.

l'investimento di risorse che vengono sottratte ad altre attività. Pertanto, qualora l'ambiente riveli un generalizzato tasso di *non-compliance*, anche i soggetti ben predisposti potrebbero risultare scoraggiati a intraprendere il percorso autonormativo, poiché sosterebbero costi senza essere adeguatamente ricompensati o apprezzabilmente distinti rispetto a chi non tiene per nulla in cale quell'opzione¹⁸.

La realizzazione effettiva di modelli di *Voluntary Self-Regulation* puri è una circostanza che si verifica di rado, e – quand'anche questa venga ad esistenza – il suo mantenimento risulta esposto alla precarietà: le esperienze autonormative volontaristiche virtuose capaci di produrre esternalità positive vengono spesso promosse a punto di riferimento su base statale, disperdendosi così – almeno in parte – i tratti della loro iniziale spontaneità; mentre quelle che non provano di sortire sufficiente efficacia, sono destinate ad essere soppiantate dalla regolamentazione statale etero-diretta.

2.3 - *Il graduale risveglio del Leviatano: la Meta-Regulation, o l'autonormazione prevista dallo Stato*

Procedendo sull'asse dei progressivi stadi di sollecitazione statale dell'autonormazione, la seconda macro-categoria autonormativa che è possibile isolare è quella che postula una qualche ingerenza dello Stato negli affari normativi dei sub-sistemi sociali. Si apre così la stagione del risveglio del Leviatano che, (re)impugnate le redini legislative, tenderà ad accorciarle sempre di più sul morso vorace del localismo normativo.

I moduli autonormativi vengono quindi 'sussunti'¹⁹ nella legislazione statale secondo diversi schemi che ne disciplinano il dispiegamento nell'ordinamento. I poli di autonormazione vengono progressivamente istituzionalizzati, la loro rilevanza nell'ordinamento giuridico viene formalizzata e le modalità di estrinsecazione vengono regolate dall'alto. Il diritto riflessivo trasmuta da fenomeno socio-giuridico derivante dall'occupazione degli spazi lasciati liberi dall'ordinamento statale a prodotto puramente giuridico incamerato nella complessità dell'ordinamento statale alla stre-

¹⁸ Per queste perplessità rispetto ai sistemi incentrati sulla *compliance* volontaria cfr. N. GUNNINGHAM, *Negotiated Non-Compliance: a Case Study of Regulatory Failure*, in *Law and Policy*, 1987, 9, pp. 69-95; S. SHAPIRO-R. RABINOWITZ, *Punishment versus Cooperation in Regulatory Enforcement: A Case Study of OSHA*, in *Administrative Law Review*, 1997, 14, pp. 713-62.

¹⁹ Per questa espressione cfr. D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, cit. nota n. 1.

gua di mezzo per il perseguimento dei fini pubblici riconosciuti. Breve: dall'autonormazione spontanea, ci si sposta verso l'*autonormazione regolamentata* dallo Stato.

Adottando una nomenclatura diffusa nella dottrina anglosassone, pare appropriato in questi casi parlare di *Meta-Regulation*²⁰, proprio per sottolineare l'incursione di elementi regolatori statali all'interno del diritto riflessivo²¹. Nella *Meta-Regulation* confluiscono, infatti, una moltitudine di esperienze autonormative, che spaziano dai casi in cui lo Stato si limita a incoraggiare la regolamentazione decentrata, sino ai casi in cui la legislazione statale si spinge alla parziale definizione delle fonti decentrate (che divengono così il frutto di co-regolamentazione) o all'incipiente controllo sui suoi contenuti. Lo Stato riesce così ad alleviare la sua funzione legislativa e di *enforcement* residuando alla stregua di controllo di secondo livello²². Esiste una moltitudine di esempi di regolamentazioni riconducibili alla *Meta-Regulation*, che si dispiegano nell'ambito della regolamentazione del mercato finanziario, della gestione di sostanze pericolose, della sicurezza dell'industria alimentare e della riduzione dell'uso di sostanze tossiche²³.

²⁰ Sulla *Meta-Regulation* cfr. C. PARKER, *The open corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002, pp. 245 ss.; J. BRAITHWAITE, *Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity*, in *Law & Policy*, 25, 2003, n. 1, pp. 1 ss.; C. COGLIANESE-D. LAZER, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to achieve Public Goals*, in *Law and Society Review*, 2003, vol. 37, pp. 691-730; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., pp. 147-148, 156-157; N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 135 s.; P. GRABOSKY, 'Meta-regulation', in P. Drahos (Ed. by), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Canberra, 2017, pp. 149-161.

²¹ Così C. PARKER, *The Open corporation*, cit., pp. 246-247.

²² Questo tratto è particolarmente evidente quando l'approccio che la *Meta-Regulation* tende a stimolare è modulato secondo la delegazione dell'analisi del rischio (attraverso i passaggi di mappatura, misurazione) e della sua mitigazione (adozione di cautele volte a controllare e a ridurre il rischio). In questi casi, la strategia viene anche individuata come *meta-risk management* poiché le agenzie centrali di *enforcement* hanno il compito di controllare la genuinità del governo del rischio come organizzato a livello decentrato dalle singole imprese. Per queste ipotesi cfr. C. COGLIANESE-D. LAZER, *Management-based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, cit., pp. 700-706; C. COGLIANESE-J. NASH, *Leveraging the Private Sector. Management-based Strategies for Improving Environmental Performance*, Washington, 2006; J. BRAITHWAITE, *Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity*, cit., pp. 1-3.

²³ Per una panoramica delle applicazioni pratiche della *meta-regulation* nei sistemi anglosassoni si rinvia a C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., pp. 156 ss., in cui vengono analizzate l'esperienza del *Toxic Use Reduction Act* (TURA) adottato in Massachusetts nel 1989 (nell'ambito della quale le imprese che facevano uso massiccio di agenti chimici tossici sono state obbligate all'adozione di piani per la riduzione delle emissioni, pur essendo lasciate libere nel determinare le modalità e la quantità delle diminuzioni) e dell'EPA 33/50 program (in cui era prevista l'adesione su base volontaria al fine di conseguire la certificazione EPA e un riconoscimento pubblico per la riduzione conseguita).

Anche in questo caso, la variabile più importante per l'effettività di questa strategia è legata al tipo di operatori del mercato cui si rivolgono le sollecitazioni autonormative, il che ha destato qualche scetticismo rispetto alla sua reale utilità²⁴. A tal proposito, nel contesto della *meta-regulation* d'impresa, è stato notato che – oltre a lavorare per guadagnare l'effettiva fiducia e alleanza da parte degli organi decisionali – è fondamentale che l'allineamento delle finalità societarie transiti altresì attraverso la modificazione dei sistemi di controllo interno in modo che anche questi siano indirizzati alla realizzazione degli scopi fissati nel programma autonormativo²⁵. Altra parte della dottrina, sostiene più fiduciosamente che sia possibile ipotizzare una *meta-regulation* ben calibrata, qualora siano tenute in debita considerazione le responsabilità sociali gravanti sull'impresa che collimano in larga misura con quelle statali. Al fine di acquisire questa consapevolezza è necessario però che sia assicurato un confronto con gli *stakeholders* e che sia seriamente presa in carico la tutela dei loro diritti e delle loro esigenze²⁶.

2.4 - I diversi gradi di cogenza dell'autonormazione: le strategie dello Stato

La *Meta-Regulation* è sicuramente il paradigma autonormativo che conosce il più largo impiego e la declinazione in molteplici sfaccettature. In via di prima approssimazione, in questa macro-categoria si possono far confluire tutte quelle forme di autonormazione che si sviluppano su impulso del legislatore statale, anche se cambiano notevolmente le modalità di implementazione della normazione riflessiva nell'ambito della strategia di controllo sociale. Procedendo per crescenti gradi di cogenza delle strategie utilizzate, possono darsi casi in cui vengono predisposti *premi* o *incentivi* per promuovere l'autonormazione; oppure, casi in cui la *facoltà* di creare un sistema autonormativo si configura come *onere* cui corrisponde un beneficio altrimenti negato, oppure casi in

²⁴ Per vero, lo scetticismo intorno all'effettività di questa opzione non riguarda il modello *per se*, ma deriva dai dubbi riguardanti gli enti regolati e, segnatamente, il *management* e la rilevanza delle finalità e dei valori che ne ispirano l'operato. Su questi temi, cfr. M. POWER, *The Risk Management of Everything: Rethinking the Politics of Uncertainty*, London, 2004, pp. 41 ss.; N. GUNNINGHAM-R. KAGAN-D. THORNTON, *Shades of Green: Business, Regulation and Environment*, Stanford, 2003, pp. 20 ss.; C. PARKER-V. NIELSEN, *Do Businesses Take Compliance Systems Seriously? An Empirical Study of Implementation of Trade Practices Compliance Systems in Australia*, in *Mel. U. Law Rev.*, 30, 2006, pp. 441 ss.

²⁵ J. BLACK, *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*, in *The Modern Law Review*, 75, 2012, pp. 1045-1048.

²⁶ C. PARKER, *Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility?*, in D. Mc Barnett-A. Voiculescu-T. Campbell (Ed. by), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, 2007, pp. 227 s.

cui lo Stato impone un vero e proprio *obbligo* di autonormarsi in capo agli enti periferici, la cui violazione viene autonomamente sanzionata.

In tutti questi casi, l'obiettivo principale ricercato attraverso lo strumento autonormativo coincide con la necessità dello Stato di esternalizzare la gestione di una parte del compito legislativo in modo che altri soggetti – segnatamente quelli che dovrebbero essere i destinatari della legislazione statale – ne sostengano i costi e gli oneri connessi.

2.4.1 - *Autonormazione facoltativa e strategie premiali dello Stato*

Il primo gruppo di casi raduna le ipotesi in cui lo Stato inserisce l'autonormazione in un progetto di politiche premiali che incoraggino l'adozione di fonti autonome presso i sottosistemi sociali, che restano – tuttavia – liberi di non dotarsi di alcuno strumento normativo riflessivo. Corredando il *munus* autonormativo di sanzioni positive (incentivi ovvero premi)²⁷, il legislatore cerca di indurre l'autonormazione mediante il meccanismo del *rinforzo positivo*²⁸.

²⁷ Sull'importanza di tenere distinti premi e incentivi G. GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, pp. 37 ss., spec. pp. 44 ss.; in dialettica con N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1312 ss.

²⁸ In chiave premiale in senso stretto, si passa da riconoscimenti connotati da valore principalmente simbolico, come il conferimento di premi e onorificenze alle imprese più virtuose o la pubblicazione delle policies contenute nei codici più sofisticati ed efficienti che vengono elevate a *best practices* di settore, sul punto cfr. i cc.dd. *rating di legalità e d'impresa*, su cui V. MONGILLO-N. PARISI, *L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa" e mafiosa: alla ricerca di un disegno*, in *Rass. Ec.*, 2019, pp. 167 ss., spec. p. 206. In altre ipotesi, segnatamente quelle in cui emergono standard normativi di matrice privatistica non espressamente richiesti dalla legge, l'adesione a quegli standard può comportare il riconoscimento di benefici anche in concomitanza della mera presenza del codice autonormativo. In questo modo, l'interesse pubblico viene soddisfatto per via del conseguimento di livelli di protezione più elevati rispetto a quanto richiesto. Nell'ottica dell'incentivo, il beneficio conseguibile può consistere nell'allentamento delle misure di *enforcement* e controllo di cui l'impresa è normalmente destinataria. Così, l'interesse all'adozione di strumenti autonormativi può tradursi in una riduzione delle ispezioni per determinati periodi o nella revisione delle metodologie di monitoraggio che vengono strutturate in maniera più lasca. Ovviamente, ciò si rende possibile perché lo strumento autonormativo è considerato *per se* come elemento portatore di ampie garanzie con riferimento al rispetto degli scopi imposti dallo Stato. In tal senso, nel panorama italiano, si pensi agli effetti dell'asseverazione, previsti *ex art.* 51 c. 3-*bis* del D.Lgs. n. 81 del 2008, a tenore dei quali "gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività"; o a quelli ancora più penetranti riconosciuti alle certificazioni ambientali dall'art. 30 c. 1, D.L. n. 112 del 2008, che sancisce che "i controlli periodici svolti dagli enti certificatori sostituiscono i controlli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica, anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività". In argomento, cfr. V. MONGILLO, *La privatizzazione delle fonti*, cit., p. 55; A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di*

Questa tipologia di autonormazione rimane, però, completamente facoltativa; di conseguenza, continueranno a interpretare un ruolo fondamentale le motivazioni che muovono dall'interno le scelte dell'organizzazione complessa (cfr. infra §4)²⁹. Il ricorso a questi sistemi di premi e incentivi viene di solito impiegato quando l'adesione al modello autonormativo non risulti di stretta necessità per lo Stato, perciò, l'uso di questa strategia pare consigliabile soprattutto in quelle situazioni in cui si intende innalzare i livelli di tutela di un certo ambito facendo leva sul mercato per rintracciare le soluzioni preferibili.

Il programma di *Rewards & Incentives* nasce dal proposito di 'accompagnare' l'organizzazione complessa verso l'autonormazione, prestando ausilio materiale al soggetto che aderisca alla politica di incentivo durante il processo autonormativo, ovvero ricompensando *ex post* la virtù dei soggetti che si sono risolti per l'autonormazione, dimostrando di saper partecipare alla politica statale concorrendo al perseguimento dei fini proposti dallo Stato.

Ovviamente, essendo il sistema incentrato su logiche premiali, saranno necessari controlli che vadano oltre la mera verifica dell'esistenza di un modello normativo riflessivo. Il controllo nel merito, assume dunque una doppia funzione: per un verso, costituisce un passaggio necessario ai fini della processo di razionalizzazione della concessione del beneficio, in modo che questo non venga elargito su base assolutamente discrezionale³⁰; per altro verso, la verifica sul merito consente di accaparrarsi le conoscenze fornite dalla normazione periferica, che diviene così fonte di apprendimento e

organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive, in *Dir. Sic. Lav.*, 1/2018, pp. 7 ss.; F. SARDELLA, *La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Giur. Pen. web*, 2021, 1-bis, pp. 6-11. In altri casi, l'adozione di un codice autonormato può essere incentivata attraverso la concessione statale di sgravi fiscali o mediante il conferimento di finanziamenti a fondo perduto per sostenere le spese connesse alla fase di elaborazione e redazione degli stessi. Per l'applicazione di sistemi di tassazione differenziata come strumento correttivo cfr. A. OGUS, *Corrective Taxation as a Regulatory Instrument*, in *The Modern Law Review*, 61, 1998, pp. 767 ss., spec. pp. 772 ss.; mentre sui limiti e sui benefici di questo tipo di approccio cfr. J. BRAITHWAITE, *The Limits of Economics in Controlling Harmful Corporate Conduct*, in *Law and Society Review*, 1982, 16, pp. 481-504; ID., *Rewards and Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2002, 29, pp. 12-26.

²⁹ Sulle strategie regolative imperniate su sistemi di incentivi cfr. R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2011, pp. 111-114.

³⁰ Sul processo di razionalizzazione delle sanzioni premiali cfr. R. JHERING, *Der Zweck in Recht*, Leipzig, 1877, Bd. I, trad. It. *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 140; e M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. it., *Economia e società*, Milano, 1961; H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, London, 1958, trad. it., *La definizione del diritto*, Torino, 1962, come citati da G. GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale*, cit., p. 39.

approfondimento a disposizione dello Stato, che su questa base potrà calibrare i suoi eventuali futuri interventi.

2.4.2 - *Autonormazione come onere*

Questa strategia si configura come un'articolazione di quella precedente, con la differenza che l'adozione del modello autonormativo viene previsto come onere il cui assolvimento consente al soggetto di conseguire una facoltà (altrimenti non riconosciuta dall'ordinamento), ovvero dei benefici in punto di responsabilità dell'ente. In questo caso, dunque, la mancata adozione di un modello autonormativo – pur non essendo autonomamente sanzionata – ha un effetto preclusivo rispetto al riconoscimento di un vantaggio giuridico all'ente sollecitato³¹.

La previsione dell'onere di autodisciplina può rinvenirsi laddove lo Stato ritenga di subordinare l'esercizio di un'attività (o di parte di essa) al corretto adempimento del compito autonormativo. In questo senso, il possesso di codici autonormati in specifiche materie può essere introdotto come requisito necessario per l'accreditamento, per la partecipazione a bandi pubblici e gare per accaparrarsi contratti con la pubblica amministrazione³².

Gli approcci che incorporano l'onere autonormativo nel meccanismo di imputazione/misurazione della responsabilità dell'ente appaiono, invece, nettamente più

³¹ Per la ricostruzione del concetto di *onere* in questi termini cfr. G. GAVAZZI, *L'onere: tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, pp. 145 ss.

³² Cfr. in questo senso l'art. 54, c. 1 della L.R. Calabria n. 15, 21 giugno 2008, che prevede: "Le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria, sono tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante la "disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società, e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", dandone opportuna comunicazione ai competenti Uffici Regionali"; nello stesso senso possono leggersi il d.G.reg. Lombardia 8.6.2010, n. 5808, che ha richiesto l'adozione del M.O.G. come requisito funzionale all'accreditamento presso la Regione; la l. reg. Abruzzo 27.5.2011, n. 15, che lo ha previsto per gli enti dipendenti e strumentali della Regione, per le agenzie e aziende speciali regionali, nonché alle società partecipate dalla Regione; decreto n. U00183 della Regione Lazio, ai fini della stipulazione di convenzioni con le ASL. Tra le discipline specialistiche, la prescrizione di adottare il M.O.G. è presente nel Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana S.p.A., ai fini del conseguimento della qualifica STAR e per l'accesso al mercato azionario; ma è prevista anche nella Delibera ANAC 20.1.2016, n. 32 e art. 30 c. 6 d.lgs. 3.7.2017, n. 117 per lo svolgimento di particolari attività, per la partecipazione a gare d'appalto e per l'inclusione nella lista dei fornitori della P.A. Su questi aspetti, cfr. M. SCOLETTA, *Art. 6 – Profili penalistici*, in D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 151-152.

sbilanciati verso il fuoco della deterrenza. Non a caso, la *Corporate Criminal Liability* costituisce la leva più vantaggiosa per indurre le imprese ad autonormarsi. Anche in assenza di un esplicito obbligo in materia, infatti, la configurabilità di una responsabilità in capo alla società per il fatto di reato commesso da uno dei soggetti inseriti nella sua sfera di attività comporta – già di per se stessa – l’insorgenza di una nuova necessità regolativa nell’ambito dell’organizzazione dell’impresa tesa alla prevenzione dei reati in grado di innescare la responsabilità dell’ente. Secondo la stessa logica, l’introduzione di meccanismi che configurano l’onere autonormativo come elemento in grado di escludere la responsabilità dell’ente accresce la convenienza di dotarsi di cautele preventive effettive³³.

2.4.3 - *Autonormazione obbligatoria o Enforced Self-Regulation*

Come ultima ipotesi, si configura l’*autonormazione obbligatoria o Enforced Self-Regulation*³⁴ che è quella dotata del più alto grado di cogenza. Il compito autonormativo costituisce in questo caso un obbligo categoricamente imposto dallo Stato, la cui violazione comporta *per se* una sanzione negativa di matrice statale.

Dal punto di vista delle strategie statali tese a sollecitare l’autonormazione, è evidente che, in questo caso, l’approssimazione verso il nucleo punitivo basato sul *Command & Control* è decisamente più spiccata. *In primis*, perché lo Stato ricorre alla

³³ Con riferimento al sistema italiano di responsabilità dell’ente, il dibattito sulla questione ‘M.O.G. come obbligo’ vs M.O.G. come onere’ scaturente dall’art. 6 del D.Lgs. 231/2001 è sempre aperto. Per una rassegna delle ipotesi in cui l’adozione del modello viene prevista come obbligatoria e una panoramica sulla dottrina che la ritiene facoltativa cfr. A. BERNASCONI, *sub art. 6*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, Cedam, 2008; M. SCOLLETTA, *Art. 6 – Profili penalistici*, cit., pp. 151-152.

³⁴ John Braithwaite, uno dei più eminenti pionieri della *Self-Regulation*, introduce nel dibattito dottrinale la proposta di fronteggiare il *corporate crime* attraverso la sperimentazione della c.d. *Enforced Self-Regulation* frutto di un approfondimento condotto tanto sul piano criminologico – mediante l’analisi dei dati empirici qualitativi e quantitativi personalmente raccolti – quanto sul piano teorico-giuridico, elaborando un’architettura sistemica in grado di sovvertire le categorie e le strategie della Regulation. Per questa categoria, fondamentale J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 80, 1982, pp. 1466 ss.; poi ripreso successivamente anche in J. BRAITHWAITE-P. GRABOSKY, *Occupational Health and Safety Enforcement in Australia*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1985; J. BRAITHWAITE, *To Punish Or Persuade. Enforcement Of Coal Mine Safety*, Albany, 1985; J. BRAITHWAITE, *Regulation, Crime, Freedom. Collected essays in Law – Part II*, Ashgate, Dartmouth, 2000; ID., *Corporate Crime in the pharmaceutical industry*, London, 1984; I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, New York, 1992, pp. 101 ss.

minaccia di una vera e propria sanzione negativa per influenzare il comportamento degli attori sociali periferici. *In secundis*, perché, in questo scenario, nonostante si deleghi agli attori periferici il compito di individuare i contenuti delle fonti riflessive, residuano in capo allo Stato le funzioni di controllo e di *enforcement*³⁵ che assicurino l'effettivo adempimento da parte dei gruppi sociali delegati e l'irrogazione delle sanzioni in caso di violazione³⁶.

Spostando l'attenzione sul piano periferico ci si avvede che qui l'organizzazione destinataria dell'obbligo di autonormazione non conserva alcuna discrezionalità in merito all'*an* dell'autonormazione, tuttavia può mantenere ampi spazi di libertà nella definizione dei contenuti e delle modalità di formulazione della fonte autonormata³⁷.

Per marcare con un esempio tratto dall'ordinamento italiano la distinzione tra questo paradigma e quello illustrato nel paragrafo precedente, basti pensare all'autonormazione prevista per la prevenzione della corruzione nell'ambito degli enti pubblici, ove la mancata predisposizione del piano di prevenzione della corruzione da parte degli enti pubblici (o para-pubblici) soggetti alla disciplina di cui alla L. n. 190 del 2012 comporta *per se* l'irrogazione di una sanzione³⁸, a prescindere dalla commissione di un illecito penale.

3. Le modalità di controllo statale sull'autonormazione

La sistemazione delle categorie di *Self Regulation* dimostra che – seppur in diversa misura – lo Stato conserva sempre un ruolo di regia rispetto all'autonormazione che può

³⁵ J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation*, cit., pp. 1470-1471 *et passim*.

³⁶ L'*enforcement* delle regole è tendenzialmente devoluto all'impresa, salvi i casi di imprese particolarmente piccole che non possono permettersi di istituire una funzione di *compliance ad hoc*. Sulle differenti esigenze e sulle correlative diverse modulazioni del paradigma nelle piccole imprese cfr. R. FAIRMAN-C. YAPP, *Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The impact of Enforcement*, in *Law & Policy*, 27, 2005, pp. 491 ss.

³⁷ Tali spazi di discrezionalità che l'ente periferico conserva (il *quomodo* dell'adempimento dell'obbligo, che permette all'ente destinatario dell'obbligo di calibrare le proprie regole), in uno con la persistenza del carattere riflessivo della fonte (*i.e.* la sua riferibilità ai destinatari interni) consentono di ascrivere questo modello nel novero dei paradigmi autonormativi.

³⁸ Seppure l'entità della sanzione ne riveli la portata circoscritta, la L. n. 90 del 2014, nel disciplinare le funzioni dell'ANAC prevede all'art. 19 c. 5, lett. b): "l'Autorità (...) salvo che il fatto costituisca reato, applica, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento".

essere performato secondo diversi moduli. Pertanto, un'altra tassonomia che potrebbe risultare utile al fine di catalogare i diversi esempi di autonormazione trova il suo perno nel 'tipo di controllo' che viene esercitato dallo Stato sulla fonte particolare.

Prima di entrare nel merito di queste ulteriori articolazioni, va ribadito che la presenza del controllo statale sottende sempre un previo riconoscimento della fonte autonormata da parte del legislatore statale. A tal fine, lo strumento privilegiato consiste nel rinvio legislativo, che – in maniera più o meno esplicita – richiama la fonte autonormata (o l'intero subsistema riflessivo) conferendogli rilevanza all'interno dell'ordinamento. Sempre in via preliminare, nei contesti in cui l'autonormazione è prevista dallo Stato, possiamo distinguere il ruolo di supervisione statale nelle diverse tipologie di controllo da questo esercitabile.

3.1 - *Controllo formale vs. controllo sostanziale*

In tutti i casi in cui l'autonormazione viene supervisionata dallo Stato, la vigilanza deve comprendere, quantomeno, il controllo circa l'esistenza della produzione normativa riflessiva. Tuttavia, per evitare l'aggiramento sostanziale dell'obbligo, quasi sempre, si rende necessario anche un controllo sul contenuto che appuri che il compito non sia stato adempiuto attraverso la predisposizione di testi puramente cosmetici.

Il controllo può avere carattere formale – e in tal caso, la verifica minima concerne l'accertamento della presenza della fonte autonormata – ovvero sostanziale, quando lo Stato si spinge sino alla verifica analitica della fonte autonormata. Il ruolo che lo Stato può rivestire spazia da casi in cui lo Stato assume un ruolo di certificazione della fonte autonormativa³⁹, a casi in cui l'adozione di fonti autonormate viene proceduralizzata dallo Stato attraverso l'introduzione di requisiti specifici⁴⁰, oppure a veri e propri casi in cui il controllo assume la fisionomia di un sindacato sul merito della

³⁹ Questo il modello proposto da J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation*, cit., pp. 1471 ss.

⁴⁰ Questa la scelta operata nell'ambito delle linee guida medico-chirurgiche con la L. 8 marzo 2017, n. 24, recante 'Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie' che all'art. 5 c. 1, accorda una particolare valenza alle linee guida "elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute". I requisiti per l'iscrizione nell'elenco, individuati all'art. 5, c. 2 della legge c.d. Gelli-Bianco sono poi stati trasposti tramite il D. Min. Salute, 2 agosto 2017, n. 186.

fonte⁴¹, che viene valutata alla stregua di criteri di verifica predeterminati.

La scelta a favore del controllo formale ovvero di quello sostanziale dipende in larga parte anche dall'approccio con cui la legislazione statale esige l'adempimento del compito autonormativo: possono darsi casi in cui lo Stato richieda un vincolo di risultato, disinteressandosi dei mezzi attraverso i quali lo stesso viene raggiunto⁴²; oppure casi in cui si richieda il rispetto di determinati vincoli procedurali per performare l'attività autonormativa.

3.2 - *Controllo amministrativo vs controllo giudiziale*

Proseguendo nel solco della supervisione statale sulla *Meta-Regulation*, si possono distinguere due tipi di autonormazione, usando quale criterio discrezionale l'organo preposto al controllo statale sulla fonte riflessiva. In primo luogo, si daranno casi di autonormazione sottoposta al sindacato giudiziale all'interno del processo⁴³. In questo

⁴¹ Questo tipo di sindacato è riscontrabile nel sistema italiano di responsabilità da reato dell'ente, che prevede il sindacato giudiziale sull'idoneità e sull'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio di impresa, sul punto F. GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, pp. 243 ss.; F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello Organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2011, p. 129; ID., *Il sindacato giudiziale sulla efficacia dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2015, p. 51; G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le Società*, 2011 (suppl. al n. 12), pp. 55 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2011, pp. 69 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2013, pp. 376 ss.; V. MANES - A. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze-M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti*, Bologna, 2016, pp. 137 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2017, pp. 49 ss.; V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. Comm.*, 2021, pp. 633 ss.

⁴² Per un approfondimento sui pregi e sui limiti derivanti da questo tipo di approccio, cfr. C. COGLIANESE-J. NASH-T. OLMSTEAD, *Performance-based Regulation: Prospects and Limitations in Health, Safety, and Environmental Protection*, in *Administrative Law Review*, 55, 2003, pp. 705 ss.; C. COGLIANESE, *The Limits of Performance-Based Regulation*, in *Michigan Law Review*, 50, 2017, pp. 525 ss.

⁴³ Il tema del *judicial review* sulle fonti private è stato ampiamente indagato dai teorici della *self-regulation* che, raccogliendo le perplessità di chi prospettava le resistenze della giurisprudenza occidentale ad accettare tali fonti come un possibile impasse, non hanno mancato di sottolinearne l'importanza al fine di garantire la consonanza di scopi tra fonte autonormate e interesse pubblico, sul punto cfr. J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation*, cit. p. 1493 ss.; in generale, su questa tematica cfr. l'ampia riflessione di J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *The Modern Law Rev.*, 59, 1996, pp. 24 ss., spec. pp. 29 ss.

senso, è emblematica la scelta italiana operata nell'ambito della responsabilità da reato degli enti: il giudizio riguardante il Modello di Organizzazione e Gestione assume i tratti della verifica di idoneità e adeguatezza sul programma preventivo, tanto dal punto di vista prescrittivo-astratto quanto dal punto di vista attuativo-concreto⁴⁴. Si tratta, dunque, di un controllo diffuso tra tutti i giudici, che viene condotto puntualmente ed episodicamente all'esito della commissione di un reato. In questo modo, il compito regolativo statale viene notevolmente alleviato, poiché anche la vigilanza sulla fonte autonormata diviene meramente eventuale, in quanto condizionato alla realizzazione di un reato che innesca l'accertamento della responsabilità dell'ente.

Per altro verso, il controllo sulla fonte autonormata può essere devoluto all'apparato statale amministrativo. In questi casi, è ricorrente che la supervisione statale venga esercitata attraverso l'attività dei ministeri o delle agenzie specializzate preposte alla tutela di un determinato settore. Si tratta, in questo caso, di un controllo accentrato che richiede un notevole dispiego di energie da parte dello Stato. La supervisione amministrativa sull'autonormazione può esplicarsi sia in senso regolativo, attraverso linee di indirizzo che orientino l'attività autonormativa dell'ente (sino a riguardare – in parte – il contenuto stesso della fonte), sia in senso di controllo in senso stretto, che prevede lo scrutinio delle fonti autonormate. E non è insolito che le due attività vengano perimate dalla medesima agenzia, come nel caso dell'A.N.A.C.⁴⁵.

Si è detto che questo approccio mitiga i benefici conseguibili attraverso il decentramento normativo; tuttavia, il controllo accentrato crea le condizioni per un costante scambio di informazioni tra Stato ed ente autonormatore, favorendo un virtuoso dialogo tra i due attori. Ciò consente allo Stato di monitorare costantemente le soluzioni più *à la page* rilasciate dal 'mercato' dell'autonormazione privata, potendo così attingere da un bacino sempre rinnovato di *policies* e codici che permettono di elevare lo standard (auto)normativo esigibile⁴⁶. Si crea così una situazione di raccordo che permette di sfruttare la superiorità informativa e performativa dei sub-sistemi per il perseguimento degli interessi pubblici.

⁴⁴ Cfr. nota 41.

⁴⁵ Nell'ambito del sistema di prevenzione della corruzione introdotto con la L. 190 del 2012, infatti, l'ANAC ricopre entrambi questi ruoli. Da una parte, fornisce le linee di indirizzo per la redazione dei *piani per la prevenzione della corruzione*, attraverso l'emanazione e l'aggiornamento periodico del Piano Nazionale Anticorruzione, performando così un compito di orientamento regolativo; per altro verso, è incaricata di verificare l'esistenza dei piani presso ciascuna pubblica amministrazione tenuta alla loro adozione e di controllarne il contenuto.

⁴⁶ N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, cit., *passim*; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., p. 150.

3.3 - *Controllo ex ante vs. controllo in itinere vs. controllo ex post*

Guardando al momento in cui viene esercitato il controllo, possiamo distinguere controllo *ex ante*, controllo *in itinere* e controllo *ex post*⁴⁷. Nel primo caso, il controllo statale riveste una funzione di validazione/certificazione della fonte autonormata, in modo che lo Stato – pur lasciando agli enti periferici l'autonomia normativa – conservi l'ultima parola sul tipo di fonti riflessive che possono assumere rilievo nell'ordinamento⁴⁸. In questi casi, l'efficacia della fonte autonormata viene – sostanzialmente o formalmente – condizionata al *placet* delle autorità statali. Per altro verso, il controllo *in itinere* si rivela utile nei casi in cui l'ente tenuto ad autonormarsi non disponga del *know-how* sufficiente per gestire autonomamente il *munus* autonormativo, oppure nei contesti più sbilanciati verso la co-regolamentazione, in cui è necessario un ripetuto confronto tra Stato ed ente regolato⁴⁹. Infine, il controllo *ex post* si adotta nei contesti in cui si possa riporre un ragionevole affidamento nello *standard* minimo di autonormazione conseguibile per via di una diffusa cultura autonormativa o di un omogeneo livello di preparazione degli enti coinvolti, ovvero nei contesti in cui non sia impellente il controllo antecedente o concomitante rispetto all'adozione del *corpus* autonormato⁵⁰. Nonostante i pregi collegati all'immediata afferrabilità di questa distinzione, la sua efficacia classificatoria si rivela alquanto modesta, poiché è molto comune che i controlli sull'autonormazione concorrano nei tre diversi stadi sopra enucleati.

⁴⁷ Si sofferma su questa classificazione che assume il criterio cronologico come metro di analisi D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., pp. 299 ss.

⁴⁸ Nel panorama italiano, questo è il caso delle linee guida medico-chirurgiche, cfr. nt. 40; ma anche il caso dell'art. 30 di cui al D. Lgs. 81 del 2008, che afferma al c. 5 "In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6".

⁴⁹ Sempre traendo spunto dal panorama italiano, il sistema di prevenzione della corruzione *ex L. n. 190 del 2012* prevede un regime misto di controlli, che coniuga: quello *ex ante*, nella misura in cui la definizione del Piano per la prevenzione della corruzione deve seguire le linee tracciate dal Piano Nazionale Anticorruzione stabilito triennialmente dall'ANAC; quello *ex post*, nella misura in cui vengono istituite verifiche circa l'effettiva adozione di un piano da parte di ciascuna amministrazione e quello *in itinere*, nella misura in cui è possibile interpellare l'ANAC per la risoluzione di questioni controverse in merito di applicazione della normativa anticorruzione.

⁵⁰ Nel contesto italiano, si rinvia – ancora una volta – allo scrutinio sull'idoneità del modello organizzativo *ex D. Lgs. n. 231 del 2001*.

4. Strategie legislative e movimenti del diritto riflessivo: sonno o veglia del Leviatano?

Dopo aver scandagliato la modellistica dell'autonormazione, può essere utile soffermarsi sulle dinamiche motivazionali che mettono in moto il processo autonormativo per indagare ancora più a fondo i rapporti tra diritto autonormato particolare e diritto statale e per comprendere quali funzioni possono essere assegnate all'autonormazione.

4.1 - *I vettori dell'autonormazione spontanea: le ragioni degli enti normatori*

Cominciando a stilare un inventario delle *motivazioni* che muovono l'autonormazione spontanea, si rintracciano le seguenti tendenze.

(i) Il timore incusso dal possibile intervento statale nelle sfere di attività occupate dalle agenzie di autonormazione, costituisce – di fatto – una delle leve che maggiormente incidono sulla scelta di normare autonomamente la materia di pertinenza. Così, pur rimanendo sullo sfondo, lo spettro della legislazione statale potenzialmente incombente induce la *governance* di quel settore a prevedere moduli normativi che contengano i rischi correlati, onde evitare la successiva regolamentazione centrale eterodiretta che seguirebbe il vettore *Top-Down*⁵¹. In questo senso, l'adozione di *self-regulative programs* non obbligatori coincide con delle ragioni strategiche; e cioè con il tentativo di preservare l'ambito di attività dell'organizzazione dalla regolamentazione statale: l'organizzazione complessa dimostra che il comparto di esperienza e di mezzi a sua disposizione sono sufficienti (e più performanti rispetto a quelli statali) per tenere sotto controllo i rischi correlati alla propria attività⁵².

(ii) Da una diversa prospettiva, un altro importante fattore che può incoraggiare l'autonormazione spontanea consiste nella posizione di vantaggio che si con-

⁵¹ Questo punto viene messo a fuoco efficacemente da diversi studiosi, cfr. A. C. PAGE, *Self-Regulation: The Constitutional Dimension*, in *The Modern Law Review*, Vol. 49, N. 2, 1986, p. 149; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford, 2011, p. 143; J. BAKAN, *The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law*, in *Cornell International Law Journal*, 48, 2015, pp. 279 ss.

⁵² In questo senso, proiettando la motivazione nel campo della legislazione penale, l'autonormazione è espressione di una politica 'difensiva', con specifico riferimento alla c.d. politica di criminalizzazione *difensiva* sviluppata dalle *lobbies* economiche cfr. C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 1992, pp. 877-878, spec. nt. 100 e 101.

quista l'entità già spontaneamente autonormata, nel momento in cui l'autonormazione si tramuti in obbligatoria. Il vantaggio competitivo rispetto alle imprese che non si erano autodisciplinate si può declinare in almeno due dimensioni: quella temporale e quella politica⁵³.

(iii) Un'altra delle motivazioni alla base della *Voluntary Self-Regulation* consiste nella volontà di statuire, mediante un *corpus* normativo, i principi etici e i valori fondamentali dell'organizzazione che si autodisciplina. La positivizzazione delle regole assume quindi una valenza principalmente proclamativa e serve ad affermare chiaramente l'identità dell'organizzazione comunicando verso l'esterno l'etica che ammantava il suo agire⁵⁴.

(iv) Nel caso dell'autonormazione a vocazione tecnocratica, la sollecitazione della produzione normativa può derivare da esigenze correlate all'armonizzazione degli standard comportamentali e alla divulgazione delle acquisizioni scientifiche correlate a un preciso settore specialistico. È infatti assai frequente che gli attori che popolano i settori ad alta specializzazione tecnico-scientifica convergano spontaneamente verso piattaforme di dibattito comune in cui sia possibile condividere

⁵³ Dal punto di vista temporale, il fatto di essersi dotata di sistemi autonormativi anzitempo consente all'impresa virtuosa che si era spontaneamente autodisciplinata di arrivare 'preparata' alla fase di regolamentazione verticale: l'autonormazione anticipata, rende l'impresa meno esposta ai contraccolpi organizzativi dovuti all'improvviso adeguamento imposto dallo Stato. Dal punto di vista 'politico', invece, l'aver occupato in anticipo lo spazio lasciato libero dalla legislazione statale permette all'ente autonormatore di orientare le pretese autonormative imposte dallo Stato, esibendo la propria esperienza come *best practice* di riferimento da prendere a modello di una successiva etero-normazione verticistica. Per l'autonormazione come strumento di pressione sulla legislazione statale, cfr. S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche*, cit., p. 1954; per quanto concerne le norme tecniche come *standard* di riferimento in un dato settore, cfr. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., pp. 557-558.

⁵⁴ Alcuni esempi di questo tipo di autonormazione spontanea sono i codici etici, i codici di condotta aziendali e di categoria e i codici deontologici professionali. Su queste fonti cfr. L. SACCONI, *Codici etici e cultura di impresa*, in *Politica economica. L'enciclopedia dell'impresa*, Torino, 1994, pp. 84-88; F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, cit.; E. D'ORAZIO, *Codici etici, cultura e responsabilità d'impresa*, in *Notizie di Politeia*, 2003, p. 127; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009; F. BENATTI, *Etica, Impresa Contratto e Mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014; G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018, p. 95 ss. Sulla valenza 'identitaria' della fonte riflessiva cfr. J. EIJSBOUTS, *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and their Enforcement*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 24, 2017, p. 188; la stessa viene registrata anche da C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d. lgs. 231/2001)*, in M. Bertolino-G. Forti-L. Eusebi (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 2063; più in generale, sui codici etici cfr. M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. Pen. Cont. Trim.*, 1/2013, pp. 101-131.

e apprendere lo stato dell'arte della materia e ricercare soluzioni condivise ai rischi e alle problematiche tipiche del settore. Si tratta dell'autonormazione espressa da associazioni scientifiche, comitati tecnici e comunità epistemiche della più variegata estrazione. Una volta preso l'abbrivio, il progresso e l'evoluzione della normativa prodotta da ciascun gruppo è fomentata dall'ambizione, coltivata dagli enti autonormatori, di accreditarsi come metro di riferimento sia verso l'interno (presso la comunità di appartenenza) sia verso l'esterno (presso gli attori statali in grado d'incidere sulla regolamentazione del settore)⁵⁵.

(v) Con riferimento alla *Voluntary Self Regulation* d'impresa, giocano un ruolo fondamentale anche le logiche extra-normative che incidono sulla spontanea opzione per la regolamentazione interna. Un primo argomento che spiega le motivazioni che inducono l'impresa ad imbrigliare il proprio agire entro schemi normativi fa riferimento al credito reputazionale che l'organizzazione complessa è in grado di guadagnare nei confronti degli *stakeholders*, dimostrando di farsi carico spontaneamente della gestione etica della propria attività e delle esternalità negative da essa prodotte sul pubblico⁵⁶. Tale dinamica si concretizza soprattutto nelle imprese il cui operato

⁵⁵ Tale dinamica pare trovare conferma nell'evoluzione percorsa da alcuni esempi di fonti specialistiche di stampo tecnico scientifico che si sono fatte largo nell'arena giuridica negli ultimi anni. Basti pensare alle norme tecniche di armonizzazione elaborate dall'ISO (International Organization for Standardisation) dal CEN (European Committee for Standardization) e, a livello nazionale, tramite l'UNI (Ente italiano per la normazione), che somministrano sapere settoriale specializzato in pressoché qualsiasi campo delle scienze applicate senza che tale compito sia stato legislativamente imposto. I benefici correlati all'adeguamento rispetto alle norme standardizzate sarebbero apprezzabili, oltre che sul piano della qualità e della sicurezza, anche su quello economico: armonizzandosi rispetto agli standard ISO, CEN e UNI, l'organizzazione è in grado di essere immediatamente riconosciuta come sistema che soddisfa certi requisiti, che le conferiscono maggiore credibilità e affidabilità nei rapporti con le parti terze. Da qui la crescente centralità della certificazione che attesti la conformità ai parametri stabiliti dagli enti normatori nelle diverse norme: informazione che sintetizza la fisionomia dell'impresa rispetto alle modalità di svolgimento di una determinata attività in specifici settori. Per questa lettura dell'autoregolamentazione con funzione di standardizzazione tecnica cfr. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., pp. 556-558.

⁵⁶ Nell'ambito della *compliance* di impresa, sul discredito reputazionale come sanzione autonomamente prodotta dal mercato in grado di indurre osservanza delle norme cfr. C. ALEXANDER, *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence*, in *The Journal of Law & Economics*, 42, 1999, pp. 489 ss., spec. pp. 493 ss.; M.E. PORTER-M.R. KRAMER, *Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harvard Bus. Rev.*, 2006, pp. 78 ss. Alcune ricerche hanno poi registrato una diversa incidenza del fattore reputazionale, che sarebbe direttamente proporzionale alla dimensione dell'impresa. In particolare, a fronte della sua centralità nei contesti aziendali di grandi dimensioni (in grado di produrre risultati addirittura migliori rispetto a quelli attesi dallo Stato), si registra una scarsa importanza del fattore reputazionale sulle imprese di piccole-medie dimensioni – che quindi necessitano di un intervento regolatorio più risoluto e orientato

viene premiato o penalizzato dalle scelte dei consumatori, che – sempre più – nell’orientare la propria spesa tengono conto anche dell’impegno etico profuso dalla *corporation*. Così, l’autoimposizione di limiti all’attività imprenditoriale, che pure implica un aggravio di costi (soprattutto nel breve termine), permette – per altro verso – il conseguimento di una posizione di vantaggio⁵⁷.

4.2 - I vettori della Meta-Regulation: le ragioni del Leviatano

Per quanto riguarda i moduli di autonormazione prevista dallo Stato, è chiaro che – dal punto di vista dell’ente autonormato – alle motivazioni sopra menzionate si sommano quelle connesse alle prescrizioni statali con intensità direttamente proporzionale rispetto al loro grado di coerenza. Cambiando angolazione, vale la pena scandagliare le *motivazioni* che possono condurre il legislatore statale a riappropriarsi degli spazi precedentemente lasciati liberi dal diritto e disordinatamente popolati dagli enti autonormatori.

(i) L’esigenza di procedere alla sollecitazione della produzione normativa periferica può derivare dall’inanità delle esperienze di *pure self-regulation* affidate dal legislatore all’osservanza spontanea, che si manifesta in varie forme. In un primo scenario, il fallimento della *compliance strategy* potrebbe prendere corpo nel caso in cui gli attori che operano nel settore di interesse si dimostrino insensibili, riluttanti o – addirittura – recalcitranti rispetto all’ipotesi di auto-gestione dei rischi correlati alla propria attività mediante iniziative che implementino programmi di *Voluntary Self-Regulation*. Lo Stato realizza che il *laissez-faire* giuridico ha esacerbato le tendenze egoistiche degli attori irresponsabili, producendo il rischio che queste sfocino in vere e proprie prevaricazioni, sorde ai bisogni dei controinteressati; non essendo più plausibile il conseguimento del fisiologico equilibrio di sistema, che pure si sarebbe potuto raggiungere se questi avessero orientato diversamente le loro scelte⁵⁸.

alla *deterrence* – cfr. N.A. GUNNINGHAM-D. THORNTON-R.A. KAGAN, *Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection*, in *Law & Policy*, 27, 2005, pp. 289 ss.; D. THORNTON-N.A. GUNNINGHAM-R.A. KAGAN, *When Social Norms and Pressures are not enough: Environmental Performance in the Trucking Industry*, in *Law & Society Review*, 43(2), June 2009, pp. 405 ss.

⁵⁷ F. CAFAGGI-A. RENDA, *Public and Private Regulation: Mapping the Labyrinth*, Cafaggi, in CEPS Working Document No. 370, 2012, p. 10.

⁵⁸ Questa evenienza, attualmente, si presenta come recessiva, proprio in virtù del fatto che gli attori locali dell’arena giuridica hanno ormai metabolizzato la consapevolezza che il fio da pagare per la propria inerzia normativa consiste nell’incombente di una disciplina eterodiretta calata dall’alto, sotto la severa scure del *Command & Control*.

(ii) Il secondo scenario si staglia laddove l'autonormazione volontaria, già intrapresa presso i sistemi periferici, non abbia prodotto risultati soddisfacenti. Ciò può verificarsi nel caso in cui la *Voluntary Self-Regulation* abbia trovato applicazione disomogenea nel bacino degli operatori coinvolti nel settore di interesse, sì che permangano sacche di anomia disfunzionali rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere. Come sopra evidenziato, il protratto mancato adeguamento ai moduli di autonormazione volontaristica da parte degli operatori di settore rischia di avere un effetto demotivante nei confronti degli operatori virtuosi, annichilendo gli sforzi economici e organizzativi tesi a una 'responsabile' gestione dei rischi connessi alla propria attività. Per altro verso, gli scarsi risultati registrati dall'autonormazione volontaria possono essere determinati dalla insufficienza della *performance* dei sub-sistemi dal punto di vista dell'effettività da essi espressa⁵⁹.

(iii) Sul polo diametralmente opposto si collocano le esperienze che hanno prodotto un buon livello di *compliance* ed efficace gestione del settore, che pure possono fomentare l'opzione a favore dell'autonormazione regolata. Si prenda a esempio il caso emblematico delle linee guida per l'attività medico-sanitaria, che dopo decenni di militanza nell'alveo della normazione eminentemente privatistica (pur tesa al soddisfacimento di interessi pubblici) sono state riconosciute come normazione complementare e metro indefettibile per il buon governo della pratica medico-chirurgica. La fonte autonormata viene promossa a vera e propria *appendice integratrice* dell'ordinamento, in un processo di co-regolamentazione incentrato sul paternariato pubblico-privato.

(iv) Per converso, paradossalmente, la strategia può prendere forma anche all'esito della constatazione del fallimento delle strategie statali di deterrenza perpetrate mediante sanzione penale. In questo caso, tuttavia, è più comune che l'autonormazione venga imposta a *rinforzo* del paradigma di *Command & Control* – per accumulazione, al fine di ampliare il ventaglio delle strategie di risposta a fenomeni disvolti dall'ordinamento. Esempi di prevenzione rinforzata e ad ampio spettro possono registrarsi sul terreno del contrasto alla criminalità d'impresa nelle organizzazioni complesse e su quello del contrasto della corruzione negli enti pubblici, nella legislazione italiana degli ultimi decenni. Accanto alla legislazione alluvionale di stampo eminentemente repressivo, il legislatore ha scelto di coltivare la nuova strategia di contrasto imperniata sulla prevenzione mediante autonormazione.

⁵⁹ I sub-sistemi normativi possono rivelarsi insufficienti dal punto di vista del contenuto normativo e prescrittivo, dal punto di vista sanzionatorio, o da quello del controllo. Quale che sia l'inettitudine rivelata, è verosimile che lo Stato intervenga fissando direttamente lo standard di performance richiesto.

5. I correttivi alle strategie fisse di *enforcement* e l'uso differenziale del paradigma autonormativo

L'analisi condotta sino a questo momento ha dimostrato che l'autonormazione, pur essendo provvista di numerose qualità carenti nell'approccio di Command & Control, incontra nella sua applicazione alcune limitazioni. Da una parte, l'autonormazione costituisce uno strumento agile, flessibile, capillare e *tailor made*, che riesce a dare risposte più rapide, aggiornate e precise ai bisogni di tutela espressi dalla società e richiesti dallo Stato alle organizzazioni complesse. Per converso, però, uno dei punti di debolezza più evidenti del paradigma deriva dal fatto che la buona riuscita di questa strategia dipende in larga parte dall'inclinazione alla collaborazione, dall'effettivo impegno profuso dagli enti autonormatori, e dalla loro capacità di performare l'attività autonormativa in maniera efficace⁶⁰. Le cause di questa impasse regolativa sono da ricercarsi non nell'autonormazione *per se*, bensì nella questione – tutta *politica* – legata al suo impiego indiscriminato a una platea multiforme di soggetti, più o meno disposti alla cooperazione. La questione cruciale diventa dunque quella funzionale a stabilire quando è meglio 'persuadere' e quando è meglio 'punire'⁶¹.

Inoltre, si è visto (cfr. *supra* §4.1 e 4.2) come i vettori che guidano le diverse forme di autonormazione mutano sensibilmente nel tempo (anche in ragione di fattori ulteriori) e che non è quindi ragionevole ricercare una strategia legislativa che assegni – una volta per tutte – alla *Self Regulation* un ruolo fisso.

Sulla scorta di queste considerazioni, alcuni studiosi hanno iniziato a riflettere sulla possibilità di strutturare la regolazione statale in maniera differenziata a seconda dell'interlocutore, in modo da valorizzare le virtù degli operatori in grado di produrre le migliori performance autonormative e di ovviare ai limiti di quelli che, per necessità o per volontà, non intendono aderire ad un approccio collaborativo con lo Stato.

Si tratta di teorizzazioni che prevedono una continua ricalibrazione dell'approccio statale, sulla base degli *input* provenienti dalle organizzazioni complesse destinatarie della regolamentazione. La strategia di impiego dell'autonormazione sarà dunque differenziata e dosata a seconda delle situazioni: il merito degli attori più performanti sarà premiato attraverso l'allentamento della morsa regolatoria statale, cui fa da *pen-*

⁶⁰ Per una più ampia disamina di questi profili, sia consentito il rinvio a S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1950-1955 ss. e alla bibliografia ivi citata.

⁶¹ Cfr. I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., p. 21.

dant una dilatazione degli spazi autonomamente regolabili; mentre il paradigma prescrittivo-repressivo di *Command & Control* sarà riservato agli attori che non danno segni di volere o potere collaborare mediante autonormazione.

5.1 - Responsive Regulation

La teoria della *Responsive Regulation* prende le mosse dal dibattito sollevatosi attorno alla scelta della strategia regolatoria più opportuna per la disciplina delle attività economiche, composto da soggetti tra loro molto differenziati sia per caratteristiche strutturali, sia per quanto concerne le motivazioni che orientano verso la deferenza o verso il rifiuto della legislazione statale.

Braithwaite e Ayres manifestano scetticismo per l'opzione regolativa universalistica *per se* (che sia polarizzata sul *Command & Control* ovvero sull'*Advise and Persuade*)⁶², perché la scelta di una strategia fissa e indifferenziata di contrasto si rivela sempre necessariamente inappropriata, *per eccesso o per difetto*, rispetto ad alcuni degli attori. Per porre rimedio a questa aporia, i due studiosi concettualizzano l'uso differenziato e combinato delle strategie di *enforcement*, somministrando risposte differenti a seconda che lo Stato si interfacci con gli attori virtuosi ovvero con quelli meno capaci e/o propensi alla collaborazione.

Ecco, allora, che si rivela il carattere 'reattivo' – *Responsive* – di questa strategia: la regolamentazione recepisce gli impulsi provenienti dal mercato degli operatori, e si modula e si riassetta al verificarsi delle successive modifiche⁶³.

Per dare attuazione a questo proposito, Ayres & Braithwaite mettono a punto il meccanismo della piramide dell'*enforcement* lungo la quale si collocano in progressione le diverse strategie regolative utilizzabili dallo Stato per conseguire gli obiettivi ultimi della legislazione⁶⁴. Alla base della piramide si collocano le misure che poggiano sulla persuasione e sulla adesione volontaria. A questo livello, l'interferenza dello Stato risulta superflua poiché l'organizzazione complessa ha già metabolizzato e introiettato le finalità promosse dallo Stato e sta già operando in modo tale che queste siano raggiunte. A questo tipo di relazioni corrisponde quindi l'impiego della *Voluntary Self Regulation*.

⁶² I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., p. 20. La proposta dei due autori fiorisce nel contesto del dibattito riguardante la *business regulation*, giunto al crocevia tra le posizioni dei sostenitori della necessità di una forte regolamentazione statale e quelli che, invece, militano a favore della *Deregulation* in quanto si mostrano fiduciosi della capacità autodisciplinante del mercato libero.

⁶³ I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., pp. 3 ss.

⁶⁴ I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., pp. 35 ss.

Salendo lungo il tronco della piramide, si incontrano le strategie che contemplan un'intromissione maggiore da parte dello Stato. Segnatamente le ipotesi di *Meta-Regulation* nelle diverse sfumature di autonormazione prevista dallo Stato mediante l'uso di incentivi, la creazione di oneri o l'imposizione di obblighi. Il tronco della piramide costituisce dunque la strategia mediana, in cui lo Stato non recede completamente di fronte alla autonomia organizzativa degli operatori, ma lascia loro un buon margine di discrezionalità rispetto ai mezzi da utilizzare per giungere al risultato ricercato.

L'apice della piramide è occupato, invece, dalla strategia della *deterrence*, cioè la repressione dei comportamenti mediante la minaccia e l'irrogazione di una sanzione. Ovviamente, la gradualità della strategia della deterrenza può essere sub-articolata nelle diverse branche del diritto sanzionatorio (civile, amministrativo e penale) e nelle diverse tipologie di sanzioni impiegabili (pecuniarie, ablativo, interdittive, reputazionali, risarcitorie, limitative della libertà personali, sino alla *incapacitation*).

L'*escalation* della strategia di *enforcement* lungo la piramide risulta di immediata percezione: la base poggia su misure persuasive incentivanti o premiali, il tronco è costituito dalle sanzioni più tenui, mentre l'apice è costituito dalle sanzioni penali.

Ma la scelta della piramide non è semplicemente evocativa del crescendo punitivo che si raggiunge nella risalita verso il vertice della figura: l'immagine risulta appropriata anche per raffigurare la sostenibilità delle risorse regolatorie impiegate nella piramide: la base – più ampia – comporta interventi che non implicano un importante dispendio di risorse statali; mentre l'apice ha una superficie molto più contenuta, dal momento che le sanzioni ivi contemplate comportano ingenti costi per lo Stato. Nella concezione proposta da Braithwaite e Ayres il legislatore statale dovrebbe quindi, in principio, impiegare strategie regolative che attingano dalla base della piramide presumendo che l'impresa sia disponibile ad adeguarsi volontariamente e a collaborare con lo Stato per il perseguimento degli obiettivi ricercati. Soltanto *sussidiariamente*, una volta che la realtà prasseologica abbia smentito l'assioma iniziale, i regolatori statali dovrebbero iniziare a scalare la piramide passando alla strategia più severa. Questa risalita progressiva consente allo Stato di determinare quale rimedio si attagli meglio alle necessità e alle peculiarità del settore sulla base di interazioni consecutive.

La tenuta del sistema così configurato riposa, dunque, sull'esistenza di tre presupposti⁶⁵: la disponibilità presso il legislatore statale di un ventaglio di opzioni regolative differenziate in base al grado di repressività; la possibilità per

⁶⁵ I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, p. 39.

l'amministrazione centrale di valutare periodicamente gli operatori⁶⁶; la credibilità della strategia estrema posta al vertice della piramide⁶⁷.

La leva che consente alla *Responsive Regulation* di funzionare consiste nell'approccio c.d. *Tit-for-Tat*⁶⁸, secondo cui lo Stato tratta gli operatori dell'arena giuridica per come questi si pongono nei suoi confronti⁶⁹. Le conseguenze vantaggiose non restano relegate sul piano economico (*i.e.* la postergazione dell'opzione più costosa), ma si riflettono anche sul piano della preservazione dei più ampi spazi di libertà per i destinatari della regolamentazione⁷⁰.

La maggiore libertà riservata – quantomeno inizialmente – agli attori dell'arena giuridica oggetto di valutazione da parte del legislatore statale, costituisce altresì il sostrato fiduciario sulla base del quale: da una parte, s'instaura il processo di responsabilizzazione degli attori, chiamati a un *engagement* proattivo per la

⁶⁶ Per soddisfare tale requisito è necessario che un'alta frequenza dei rapporti tra le imprese ed enti statali, al fine di incentivare la rivalutazione periodica dei singoli operatori e la conseguente rimodulazione dell'enforcement più adatto alle sue esigenze. Da qui è stata segnalata l'esigenza di intensificare i monitoraggi in modo da moltiplicare i momenti di incontro e confronto tra gli interlocutori, al fine di rendere più efficace la piramide dell'enforcement.

⁶⁷ L'esistenza, cioè, di un'arma tanto potente da essere in grado di intimidire i destinatari della legislazione sia in forza della sua potenza lesiva, sia in virtù di un'effettiva capacità di impiego da parte degli organi statali preposti al suo impiego.

⁶⁸ I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit., p. 21: "TFT means that the regulator refrains from a deterrent response as long as the firm is cooperating; but when the firm yields to the temptation to exploit the cooperative posture of the regulator and cheats on compliance, then the regulator shifts from a cooperative to a deterrent response."

⁶⁹ Traducendo il sintagma con un'espressione più aderente alla nostra cultura giuridica si potrebbe dire che si adotta una relazione di *do ut des*. Perciò, se l'organizzazione risponde positivamente alle strategie di compliance basate sull'autonormazione spontanea, il legislatore non avrà motivo di imporre soluzioni più restrittive; di contro, qualora gli operatori si dimostrino insensibili o recalcitranti sarà invece necessario spostarsi verso una più intensa repressione dei comportamenti. In questo modo si instaura un mutuo interesse alla virtuosa collaborazione tra Stato e impresa. Inoltre, questo assetto non lascia alcun operatore insoddisfatto poiché garantisce il rispetto dell'uguaglianza sostanziale nel trattamento dei diversi attori, prevenendo così i rischi connessi alla frustrazione che può ingenerarsi presso gli operatori più virtuosi che operano in un contesto dominato da soggetti non collaborativi. Gli investimenti e il dispendio di risorse finalizzato all'autonormazione non svantaggeranno le organizzazioni virtuose perché solo a loro sarà riservato l'approccio fondato sulla *compliance strategy*. Chi non voglia collaborare, invece, sarà sottoposto al più stringente regime della deterrenza. In questo modo, la scelta sull'autonormazione diventa una scelta strategica dell'impresa che – attraverso tale decisione – denuncia quale posizione intende occupare nell'arena della regolamentazione.

⁷⁰ Da questo punto di vista, si coglie come la teoria della *Responsive Regulation* sia tributaria delle concezioni che riconducono al concetto di *freedom* il corrispondente speculare negativo di *non domination*. In particolare, per una ricostruzione critica del concetto di *freedom as non domination* cfr. P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, 1997.

conservazione della libertà riconosciuta; dall'altra, si fonda la legittimazione per gli eventuali successivi interventi statali di controllo sociale progressivamente più repressivi⁷¹.

In buona sostanza, il fallimento delle strategie di enforcement incentrate sull'autonormazione dipenderà integralmente dalla incapacità di *governance* espressa dagli operatori giuridici periferici, che – non avendo più alcun argomento per mettere in discussione l'irrigidimento della regolamentazione statale – percepiranno come razionale e giusta (*just desert*) la traslazione verso il paradigma di *deterrence*⁷². Riversando a carico degli operatori giuridici periferici gli oneri economici e la responsabilità sociale connessi alla *compliance*, lo Stato risparmia risorse economiche *ex ante* e guadagna consenso *ex post*.

5.2 - Le varianti della Responsive Regulation

La teoria della piramide dell'*enforcement* non è però invulnerabile e ha sollecitato le riflessioni e le critiche di molti studiosi. Nella dottrina non è mancato chi ha messo in luce le conseguenze indesiderate che il meccanismo di discesa e risalita lungo la piramide può innescare e i dubbi collegati alla realizzabilità del modello⁷³.

⁷¹ In questo senso J. BRAITHWAITE, *Types of Responsiveness*, in P. Drahos (ed. by), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, p. 119, V. BRAITHWAITE, *Closing the gap between regulation and community*, *ivi*, p. 29; recependo le acquisizioni maturate in seno agli studi dedicati alla *procedural justice*, su cui cfr. T. R. TYLER, *Why people obey the law*, Yale, 1990; K. MURPHY, *Turning defiance into compliance with procedural justice*, in *Regulation & Governance*, 2014, 10 (1), pp. 93 ss.; ID., *Procedural Justice and its role in promoting voluntary compliance*, in P. Drahos (ed. by), *Regulatory Theory*, cit., pp. 43 ss.

⁷² Nel contesto domestico, una spiccata affinità con il paradigma della *Responsive Regulation* è stata ravvisata nell'ambito del diritto penale dell'ambiente, espressivo di una tutela stadiale supportata dalla modulazione della punibilità in virtù del contributo collaborativo-riparatorio dell'autore, in cui la repressione penale resta sullo sfondo, cfr. G. ROTOLO, "Riconoscibilità" del precetto, cit., pp. 215 ss.; L. MALDONATO, *Partnership pubblico-privato e diritto penale ambientale: riflessioni sullo stato attuale e possibili scenari*, in A. Gullo-V. Militello-T. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, cit., pp. 515 ss.; F. VENTURI, *Analisi critica della disciplina della cooperazione pubblico-privato nel risanamento dei siti contaminati mediante il paradigma della enforcement pyramid*, *ivi*, pp. 549 ss.

⁷³ Una dettagliata ricostruzione delle critiche e degli spunti di miglioramento formulati in relazione alla proposta di Braithwaite e Ayres è presentata da R. BALDWIN-J. BLACK, *Really Responsive Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2008, spec. pp. 61 ss. Nelle riflessioni F. HAINES, *Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade'*, Oxford, 1997, pp. 119-120, traspare scetticismo circa la reale percorribilità del meccanismo nella pratica. Inoltre, la studiosa ha sollevato dubbi circa il clima di diffidenza che può instaurarsi all'esito dell'inasprimento della risposta sanzionatoria da parte dello Stato. Altra parte della dot-

Altra parte della dottrina anglosassone ha suggerito, pur mostrando apprezzamento per l'approccio negoziale-scalare nel corso del suo svolgimento, di correggere il meccanismo adottando *sin dall'origine* una ripartizione differenziale della regolamentazione statale, quando questo sia reso possibile dall'esistenza di parametri che lascino ragionevolmente presagire come si comporterà l'impresa rispetto all'obiettivo statale⁷⁴.

Per altro verso, la teoria della *Smart Regulation*⁷⁵ si pone in linea di continuità rispetto al modello della *Responsive Regulation*⁷⁶, anche se lo stesso risulta arricchito di

trina ha invece precisato che per l'effettivo successo di una strategia che incentivi la cooperazione è necessario che si diffonda preliminarmente una cultura di legalità che consenta a tutte le imprese di acquisire l'*expertise* necessaria per adempiere, risolvendosi altrimenti il meccanismo nella creazione di disuguaglianze di fatto che trovano le loro radici nella ricchezza economica dell'impresa. Per questo sarebbe necessario istituire flussi informativi continui tra regolatori statali e destinatari, in modo da creare una cultura della *compliance* di impresa che possa essere chiaramente recepita dal *management* cfr. In questo senso i rilievi di C. PARKER, *Compliance Professionalism and Regulatory Community: The Australian Trade Practices Regime*, in *Journal of Law and Society*, 26, p. 223. Dal canto suo, la dottrina della *risk-based regulation* – che sostiene la necessità di indirizzare le risorse di *enforcement* statali (scarse) in maniera mirata contro le realtà che esprimono un maggiore rischio – ritiene che l'affidamento iniziale riposto nell'impiego delle strategie della persuasione poste alla base della piramide sia un inutile spreco di tempo e risorse da parte dello Stato. Va segnalato che il *Risk-Based approach* non è esente da potenziali distorsioni. Infatti, concentrando l'impiego delle risorse statali contro i rischi più macroscopici si incorre nella contraddizione di lasciare scoperti ampi territori ove il rischio risulta più contenuto dal punto di vista dei danni potenzialmente cagionabili, ma estremamente più frequente. Sulla *Risk Based Regulation* cfr. J. BLACK, *The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the UK*, in *Public Law*, 2005, pp. 512 ss.; P. HAMPTON, *Reduction in Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, (Hampton Report), London, HM Treasury, 2005. Dalla stessa area provengono i dubbi circa la praticabilità di questo approccio nei sistemi giuridici contemporanei caratterizzati dall'estensione transnazionale di alcune istituzioni regolatrici e dal policentrismo regolativo, cfr. R. BALDWIN-J. BLACK, *Really Responsive Regulation*, cit. p. 73.

⁷⁴ In questi termini si esprime N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance strategies*, cit., p. 125 ss., riprendendo le considerazioni espresse in R. KAGAN-J. SCHOLZ, *The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Styles*, in K. Hawkins-J. Thomas (Ed. by), *Enforcing Regulation*, Boston, 1984, pp. 67 ss.

⁷⁵ N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance strategies*, cit., p. 131 ss.; *amplius* N. GUNNINGHAM-P. GRABOSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, 1998.

⁷⁶ Anche il concetto di regolamentazione smart (intelligente) si ambienta nella dimensione del pluralismo giuridico-sociale segnalato in precedenza. Nell'ambito questo tipo di strategia regolativa, infatti, confluiscono tutte le fonti provenienti dai diversi contesti e dai diversi attori che compongono la società moderna. Dando spazio a queste differenti tendenze si può addivenire a soluzioni più creative, flessibili, efficaci e innovative; cioè più 'intelligenti'. Storicamente, la *Smart Regulation* prende piede nei contesti neo-liberisti in cui le relazioni gerarchiche tra Stato e impresa tendono a sfumare e in cui, invece, acquisiscono crescente peso le nuove figure di controinteressati che emergono nell'ambito della globalizzazione. Per vero già Braithwaite aveva ipotizzato che la piramide dell'*enforcement* fosse un modello

ulteriori elementi caratterizzanti. *In primis*, giova sottolineare che – sebbene la *Smart Regulation* privilegi la fonte statale come quella più importante⁷⁷ – viene superata l'idea che questa detenga l'esclusiva nella gestione dei *policy instruments*, prediligendo un approccio aggregato delle diverse strategie a disposizione. Non sorprende dunque che la ri-concettualizzazione della piramide dell'*enforcement* sia basata sull'incremento del numero degli attori che possono agire in qualità di regolatori (*rectius* quasi-regolatori) e sulla conseguente moltiplicazione degli strumenti regolativi adottabili⁷⁸. Così la piramide dell'*Enforcement* sarebbe effettivamente composta da più facce, occupate da altrettante aree di regolamentazione⁷⁹.

6. *Governance* penale e autonormazione

Giunti al termine di questa analisi, è opportuno raccogliere alcuni spunti utili per completare l'inquadramento dei rapporti tra Stato ed enti autoregolatori, per poi focalizzare l'attenzione sui modelli di relazione inter-ordinamentale possibili nel campo penalistico.

applicabile a contesti diversi, essendo sufficiente adeguare il paradigma al campo specifico da regolamentare e riempiendo i gradini della piramide con gli strumenti regolativi propri di quel settore. Tuttavia, nella concezione *Smart* le facce della piramide risultano collegate l'una all'altra, essendo così possibile per le imprese un movimento non solo in verticale, ma anche in orizzontale da una sfera regolativa a un'altra.

⁷⁷ Cfr. C. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: the Rise of the Post Regulatory State*, in J. Jordana-D. Levi-Faur (Ed. by), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, 2004.

⁷⁸ In chiave critica, va segnalato che gli stessi teorici della *Smart Regulation* riconoscono che la risalita lungo le diverse superfici della piramide non sempre è configurabile, essendo necessario che il settore da disciplinare consenta una strategia di *enforcement* graduata, responsive e interattiva. Inoltre, dal momento che il dialogo tra regolatori e soggetti regolamentati è una componente essenziale per l'aggiustamento delle valutazioni relative a questi ultimi, è necessario che il settore da disciplinare si presti alla ripetizione periodica di questi contatti. Quando, cioè, la tipologia di attività rischiosa da disciplinare consenta al legislatore di riservare uno spazio temporale congruo per la ricerca della strategia di *enforcement* preferibile; mentre, non è possibile sviluppare questo sistema nei casi in cui ci sia una sola chance per influenzare il comportamento degli operatori dell'arena regolamentata. Inoltre, proprio perché l'impiego della *Smart Regulation* (e della piramide dell'*enforcement*, in generale) comporta sempre – almeno in qualche misura – una sperimentazione 'al buio', il suo impiego non è raccomandabile nei casi in cui l'ambito da disciplinare coinvolga il rischio di perdita irreversibile del bene giuridico da tutelare o la verifica di un danno catastrofico. Per questi *caveat* cfr. N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance strategies*, cit., p. 134.

⁷⁹ In particolare, le tre facce della piramide sarebbero occupate: la prima, nonché principale, dalla regolamentazione statale; la seconda, dai *quasi-regulators*, come associazioni professionali o associazioni di settore; la terza, dall'impresa stessa, in base alle sue regole autonormate.

In primo luogo, si è osservato come l'emersione dell'autonormazione non è – *per se* – in grado di mettere in discussione il diritto statale, che è sempre in grado di conservare un ruolo direttivo nell'amministrazione – diretta o indiretta – di queste fonti. La *primauté* dello Stato non si concretizza più nell'egemonia da monopolizzazione delle fonti giuridiche, bensì nella sua capacità di governare gli attori e le fonti che pullulano nell'arena giuridica⁸⁰. Per questo motivo, indulgiare sui caratteri, sui limiti sui modelli e sui movimenti dell'autonormazione può costituire un valido supporto per decifrare uno degli enigmi della penalistica contemporanea.

In secondo luogo, si è notato che il successo delle strategie legislative che inglobano elementi autonormativi dipende in larga parte da condizioni legate ai soggetti chiamati ad autonormarsi e dal contesto in cui sono inseriti. Pertanto, occorre mettere in conto: (i) che non tutti i soggetti saranno idonei a performare compiti autoregolativi; (ii) che le trasformazioni delle contingenze possono suggerire la modifica dell'approccio tecnico-legislativo. Conseguentemente, occorre prendere atto che la legislazione mediante autonormazione si presenta come strutturalmente instabile e destinata a modificarsi e ad evolvere continuamente nel tempo: devono dunque essere rifuggite le pretese classificatorie orientate alla fissità delle categorie e alla definitività dei risultati. Come già sottolineato, non è raro che dall'autonormazione spontanea si passi a paradigmi di *enforced self-regulation*. Da questo punto di vista, i sistemi di *Responsive Regulation* paiono particolarmente fecondi, in quanto hanno connaturato nel loro funzionamento la considerazione delle variabili che incidono sul successo di tali strategie.

Anche con specifico riferimento all'impatto del diritto riflessivo sul diritto penale, rammentando che la rilevanza del paradigma autonormativo si dispiega lungo i tre piani – criminologico, sistematico e politico-criminale – della penalistica⁸¹, la ricerca di un codice comune per l'autonormazione non potrà che rimandare ad un quadro composito e in perenne trasformazione, senza che sia possibile stabilire in assoluto

⁸⁰ Sulla metamorfosi del diritto da strumento di controllo sociale a strumento di direzione sociale v. la premessa in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. XIX. In senso analogo sono indirizzate le ricostruzioni che inquadrano il riposizionamento dell'attore statale nell'assetto delle fonti nel contesto della globalizzazione e del progresso tecnologico, cfr. C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2020, p. 1771; G. DI VETTA, *Diritto penale e Post-Regulatory State. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica*, in A. Gullo - V. Militello - T. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, cit., pp. 291 ss.

⁸¹ *Amplius*, su questi snodi S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, cit., pp. 1955-1957.

quale posizione occupi, o quale funzione eserciti o quali obiettivi serva l'autonormazione nel sistema penale. Tutt'al più, sarà plausibile tracciare le sue possibili rotte, al fine di: verificare, in via interpretativa, la posizione istantanea del singolo paradigma autonomato oggetto di valutazione (ricavando, di conseguenza, statuto e disciplina applicabili); ed eventualmente, in via legislativa, correggere l'itinerario, ri-orientando la strategia statale di controllo sociale mediante autonormazione.

6.1 - *Fasi e funzioni dell'autonormazione in materia penale*

Nel solco delle premesse appena svolte, è possibile ora riprendere il discorso aperto nell'esordio del presente lavoro, per iniziare un'opera di sistemazione dei paradigmi autonomativi nel contesto penalistico, tenendo in considerazione: (a) le relazioni interordinamentali tra ordinamento statale e ordinamento autonomato; (b) la funzione che tali paradigmi possono svolgere nell'universo penalistico statale.

6.1.1 - *L'autonormazione alternativa al diritto penale: ordinamenti sussidiari*

Il primo paradigma dinamico-funzionale che è possibile individuare è quello che vede l'ordinamento statale e quello autonomato correre in parallelo, in assenza di espliciti riconoscimenti dell'uno rispetto all'altro. Tipicamente, si tratta di ipotesi di autonormazione spontanea, che nascono in concomitanza con l'emergere di nuovi rischi gravitanti attorno al sub-sistema, per dimostrare che lo stesso è in grado di garantire autonomamente un buon livello di prevenzione e controllo sul proprio ambiente.

Ci si trova quindi nel campo dei nuovi rischi, ambito che sovente si presenta libero dall'intervento del legislatore penale e che colloca l'autonormazione ivi sorta in una fase pre-penale, che tuttavia assume rilevanza per la materia sotto il profilo della sussidiarietà⁸². A ben vedere, qualora si rivelino proficui i risultati raggiunti mediante l'autogoverno dei nuovi rischi, il legislatore penale tenderà a lasciare la gestione di quel rischio presso il normatore decentrato, poiché viene avvertita in maniera meno urgente la necessità di un intervento penale in senso stretto. Infatti,

⁸² Sotto il duplice profilo della *residualità* (*extrema ratio* in senso stretto) e della *gradualità* (minimo mezzo per il giusto scopo) della pena, su cui perspicuamente cfr. ancora C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., spec. pp. 51 ss.; ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, cit., spec. pp. 1470 ss.

sebbene l'efficacia delle previsioni del sistema autonormativo sia destinata ad esplicarsi soltanto all'interno del sub-sistema stesso, i risultati così prodotti sono percepibili anche *ab externo*⁸³.

6.1.2 - *Autonormazione ausiliaria al diritto penale: ordinamenti concorrenti*

La fase successiva riguarda il momento in cui il sistema autonormato acquisisce rilevanza per l'ordinamento statale attraverso il richiamo o il sollecito dell'autonormazione da parte del legislatore, per il conseguimento di interessi pubblici. Ci troviamo, dunque, nella vasta schiera di ipotesi contemplate dalla *Meta-Regulation*, cioè dell'autonormazione prevista – a qualche titolo – dallo Stato. Riguardando questa macro-categoria dal punto di vista delle relazioni con il diritto penale, tuttavia, ci sono delle articolazioni che vale la pena enucleare, a seconda della funzione che tali paradigmi autonormativi possono performare nel contesto del sistema penale.

- (a) Funzione suppletiva. In questi casi, la legislazione penale sulla materia che si intende disciplinare è assente (o, comunque, solo parzialmente presente). Il legislatore statale predilige un approccio regolativo *soft* che esplori le potenzialità autonormative espresse dal sub-sistema, prima di ricorrere al diritto penale. Così, si privilegia un approccio che cerca di rimandare quanto più possibile l'uso del diritto penale da parte dello Stato, ovvero che supplisce alla momentanea impossibilità di agire attraverso quello strumento⁸⁴.
- (b) Funzione additiva. In questo caso, ci troviamo al cospetto di situazioni già densamente popolate dal diritto penale, nell'ambito delle quali si evidenzia la necessità di aggiungere l'approccio autonormativo in chiave preventiva

⁸³ In questo senso, il campo delle nuove tecnologie offre numerosi esempi: si pensi alle già evocate *policies* predisposte da alcuni Internet service providers per rimediare fenomeni disvoluti (seppur non necessariamente penalmente rilevanti) come le fake news, il discorso d'odio e la diffusione di pornografia non consensuale; o alla autodisciplina delle nuove tecnologie basate sull'intelligenza artificiale per contenere le conseguenze pregiudizievoli innescate dalla macchina.

⁸⁴ Un terreno attualmente pervaso da questa tendenza è quello della *compliance* nelle multinazionali, rispetto alle quali sono sempre crescenti le spinte verso l'autonormazione, anche in ragione della difficoltà di individuare schemi di criminalizzazione condivisi scala mondiale, seppure l'ipotesi penalistica resti eventualmente percorribile. In argomento cfr. M. DELMAS MARTY, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico*, Bologna, 2021, pp. 29 ss.; V. MONGILLO, *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"*, in *Gior. Dir. lav. Rel. Ind.*, 2, 2021, pp. 179 ss.; C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2020, pp. 152 ss.

o repressiva. In questo contesto, l'autonormazione viene prescelta come strumento ausiliario al diritto penale in virtù delle sue peculiari attitudini di contrasto ai fenomeni criminosi, differenziate rispetto a quelle del diritto penale classico⁸⁵.

- (c) Funzione complementare. All'ultimo stadio dell'autonormazione ausiliaria, si collocano i casi in cui la fonte autonormata, pur non essendo formalmente inglobata nella legislazione penale dell'ordinamento statale, viene utilizzata come *standard* per l'accertamento della responsabilità penale, tipicamente nell'ambito del processo penale⁸⁶.

6.1.3 - *Autonormazione istituzionalizzata nel diritto penale: ordinamenti integrati*

Il massimo grado di introiezione dell'autonormazione nel diritto penale si verifica nel momento in cui la fonte autonormata viene esplicitamente recepita nel sistema penale, mediante l'istituto del rinvio normativo. La fonte autonormata viene così promossa, a tutti gli effetti, a fonte del diritto statale, nel quale viene inglobata, fondendo – almeno nel punto di raccordo – l'ordinamento penale statale con quello privato. L'autonormazione trascende dunque la sua dimensione particolaristica acquistando esplicita efficacia all'esterno del proprio sub-sistema, nella misura in cui viene incorporata dal diritto penale.

⁸⁵ La disciplina di prevenzione della corruzione costituisce un chiaro esempio di questa funzione additiva, in cui alla repressione penale della corruzione in senso stretto si giustappone - a rinforzo della strategia di contrasto - la prescrizione statale di adottare moduli di prevenzione e controllo di stampo autonormativi: i piani per la prevenzione della corruzione. Per questo approccio al contrasto della corruzione cfr. G. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007; B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, spec. pp. 59 ss. e pp. 91 ss.; R. CANTONE-F. MERLONI, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1507 ss.; N. AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, in *DisCrimen*, 27 novembre 2019, spec. pp. 24 ss.; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020.

⁸⁶ Si pensi, ad esempio, alle linee guida medico-chirurgiche che, già prima della loro formale istituzionalizzazione legislativa, venivano ampiamente chiamate in causa dal giudice penale come strumenti per la dimostrazione della colpa del medico, in argomento cfr. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, pp. 11 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, pp. 229 ss.

In questo caso, la fonte autonormata impatta direttamente sulla dogmatica penalistica concorrendo a definire i contenuti degli elementi costitutivi e negativi del reato, in chiave di ‘macro-elemento normativo’ che dialoga – di volta in volta – con le diverse categorie della tipicità, dell’antigiuridicità e della colpevolezza, sino a interessare le vicende della punibilità. Tale disamina, che non può essere in questa sede neppure abbozzata, implica una revisione dettagliata del tessuto normativo penalistico volta all’individuazione dei numerosi punti di raccordo tra ordinamenti⁸⁷. Tuttavia, in prospettiva generale, si può già pronosticare che le verifiche di legittimità costituzionale (in punto di legalità penale) menzionate in apertura si renderanno assolutamente stringenti in questo frangente, proprio perché la fonte autonormata può effettivamente integrare la norma penale nel suo nucleo precettivo essenziale.

6.2 - Sintesi conclusiva e direzione delle ulteriori ricerche

Riducendo ai minimi termini le dinamiche evolutive-funzionali sopra enunciate, osservando diacronicamente i movimenti trasformativi del paradigma riflessivo rispetto al diritto penale, si possono in sintesi rintracciare: un’autonormazione pre-penalistica (§ 6.1.1.); un’autonormazione co-penalistica (§ 6.1.2); un’autonormazione infra-penalistica (§ 6.1.3). Seguendo un approccio tradizionale, si potrebbe pensare sia il caso di sfrondare le prime due ipotesi dalle ulteriori ricerche penalistiche, in quanto estromesse *rationae materiae* dal perimetro dello *ius terribile*. Tuttavia, proprio alla luce del rinnovato ruolo del Leviatano nel *post-regulatory State*, che si esprime attraverso il dominio delle fonti, piuttosto che attraverso il monopolio delle stesse, anche l’autonormazione pre-penalistica e co-penalistica andranno tenute in debita considerazione.

A ben vedere, istituendo i giusti canali di comunicazione tra gli enti autonormatori e quelli statali, l’autonormazione pre-penalistica e co-penalistica possono servire da laboratori di tecnica normativa per estrapolare significative informazioni da spendere nell’ottica di una più avveduta legislazione – non necessariamente di matrice penale. Infatti, collezionando i prodotti autonormati, lo Stato appiana – almeno in parte – lo svantaggio informativo che aveva consentito l’espansione del diritto riflessivo. Inoltre, soffermarsi su queste fasi significa attirare l’attenzione scientifica e legislativa

⁸⁷ Sul punto, già C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit.; volendo S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, cit., pp. 1956 s.; ID., *L’autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, cit., pp. 263 ss.; con riferimento all’autonormazione in ‘materia penale’ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., *passim*.

Che cosa genera il sonno del Leviatano?

sul terreno delle alternative che dovrebbero essere prese in considerazione prima di optare per la criminalizzazione. Viceversa, nella fase infra-penalistica, le categorie dell'autonormazione serviranno a decifrare la struttura e la funzione dell'ordinamento autonormato incastonato nella norma penale e potranno essere spese come supporto ermeneutico, pur muovendosi entro i ranghi – più familiari – della dommatica penalistica. Solo a questo punto avrà senso interrogarsi: *de lege lata*, sul ruolo assunto dall'autonormazione nella sistematica del reato; *de lege ferenda*, sulla più opportuna collocazione dell'ordinamento autonormato nel sistema penale.

La ricerca sui criteri di *governance* e di decrittazione del paradigma autonormativo è una 'questione criminale' ineludibile, che però travalica i confini della cittadella penalistica: solo considerando il fenomeno giuridico nella sua complessità e nella sua naturale 'mobilità' sarà possibile ritrarre quei principi razionalizzanti che consentono di dominarlo.