

RISULTATI ATTESI ED EFFETTI INDESIDERATI DELLA “AUTOREGOLAZIONE REGOLATA” IN MATERIA PENALE (*)

di Davide Bianchi
(*Ricercatore di diritto penale,
Università degli Studi di Torino*)

Sommario: 1. Autoregolamento di confini. 2. I risultati attesi. 3. Gli effetti indesiderati. 3.1. Effetti a livello generale. 3.2. Effetti a livello penalistico. 3.2.1. Il rischio *scapegoating*. 3.2.2. Il rischio *decoupling*. 3.2.3. Eticismo, *rationalization processes* e impoverimento etico-sociale.

1. S'impone immediatamente un'esigenza di delimitazione e chiarificazione del campo d'indagine.

La c.d. autoregolazione regolata, sommariamente identificabile come quella dimensione del – vastissimo e articolatissimo – fenomeno autonormativo che abbraccia le molteplici forme di autonormazione che sono variamente condizionate, indirizzate ma al tempo stesso riconosciute dall'ordinamento statale, presenta plurimi e complessi rapporti con il diritto punitivo, ivi incluso quello *stricto sensu* penale¹.

(*) Il presente contributo, con minime variazioni, è destinato alla pubblicazione nel volume collettaneo che raccoglie gli Atti del Convegno “Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione”, tenutosi presso l'Università degli Studi della Tuscia il 26 maggio 2023. Si ringraziano i Curatori, Martina Galli e Nicola Recchia, per aver consentito di anticiparne la pubblicazione in questa Rivista.

¹ La letteratura sul tema è altrettanto ampia; limitandoci ad un campione meramente esemplificativo della dottrina che ha studiato i rapporti tra autoregolazione e diritto punitivo: I. Ayres-J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Regulation Debate*, Oxford 1992; J. Braithwaite-B. Fisse, *Self-Regulation and the Control of Corporate Crime*, in *Private Policing*, a cura di C. Shearing-P. Stenning, Newbury Park-Beverly Hills-Londra-Nuova Delhi 1987, 221 ss.; F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e “agency problems”. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 945 ss.; M. Colacurci, *L'illecito “riparato” dell'ente*, Torino 2023, *passim*; G. De Francesco, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, in www.la legislazione penale.eu, 17.4.2023; V. Mongillo, *La privatizzazione delle fonti: criteri di autonormazione e di autocontrollo*, in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, a cura di A. Gargani, Torino 2021, 49 ss.; A. Nieto Martín, *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, in *Política Criminal* 2008, 1 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. n. 231/2001)*, parte I, in *Cass. pen.* 2013, 376 ss.; Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. n. 231/2001)*, parte II, in *Cass. pen.* 2013, 842 ss.; Id., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 261 ss.; Id., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero-S. Moccia-G. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato, Napoli 2016, 117 ss.; U. Sieber, *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, in *El derecho penal económico en la era compliance*, a cura di L. Arroyo Zapatero-A. Nieto Martín, Valencia 2013, 63 ss.; S.B. Taverri, *Autonormazione e*

In questa sede ci limiteremo ad osservare in chiave (auspicabilmente) realistica e pragmatica i “risultati attesi” – gli *outputs* positivi divisati dal legislatore – e gli “effetti indesiderati” – gli *outputs* negativi più o meno previsti e prevedibili ma comunque non cercati dal legislatore – derivanti da un tipo ben preciso di autonormazione intersecante l’ordinamento punitivo pubblico, ossia l’autoregolazione delle imprese preordinata dallo Stato alla prevenzione dei reati, a mezzo di norme esse stesse punitive. Si tratta di un fenomeno peculiare, che pare caratterizzare l’evo post-moderno in discontinuità con quello precedente: Stati-nazione, viepiù infraliti nelle loro capacità cognitive ed economiche, coinvolgono gli enti privati nell’espletamento di una funzione a lungo monopolizzata dai primi, la prevenzione (e repressione) criminale². La leva di tale coinvolgimento è il medesimo diritto penale: l’atteggiamento “renitente” delle organizzazioni private, pur in varia guisa a seconda e dell’ordinamento nazionale e del settore ordinamentale, trova comunque un sanzionamento da parte delle norme punitive pubblicistiche, come ad esempio in tutti i sistemi in cui l’omessa autoregolazione dell’ente collettivo (preventiva o reattiva che sia rispetto al fatto-reato) comporta conseguenze giuridiche negative per l’ente omettente (o conseguenze giuridiche positive per quello adempiente) inscrivibili nella *matière pénale*.

Proprio per la (relativa) novità del fenomeno e per la sua palmare problematicità conviene concentrare l’attenzione su di esso.

2. Il risultato finale atteso dal legislatore penale è che il suo *partner* privato dispieghi un’attività autoregolativa efficace nella riduzione dei tassi di criminalità *lato sensu* economica: grazie all’autonormazione delle imprese “stimolata” dalla legge penale dovrebbero diminuire i reati commessi da membri delle stesse imprese nell’interesse (anche) di queste ultime.

prospettive autopoietiche della gestione della penalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1931 ss.; Id., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell’autonormazione nelle pieghe dell’ordinamento penale statale*, in *DisCrimen*, 15.6.2022; 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; F. Venturi, *Per una balistica regolatoria dell’autonormazione in materia penale*, in *DisCrimen*, 17.10.2022, nonché, volendo, D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale*, Torino 2021.

² F. Centonze, *op. cit.*, 949 ss., ricostruisce tale interazione pubblico-privato come «una relazione di agenzia nella quale un soggetto (il “*principal*”) ingaggia un altro soggetto (l’“*agent*”), al quale delega poteri decisionali per eseguire un compito nel proprio interesse [...] lo Stato incarna il ruolo del *principal* che arruola le organizzazioni private (i suoi *agents*) per lo svolgimento di attività di prevenzione dell’illecito economico». Laddove il legislatore penale coinvolga intenzionalmente ed esplicitamente le imprese nel contrasto di comportamenti penalmente rilevanti (quali gli illeciti-presupposto della responsabilità punitiva degli enti), tale interazione può esser vista come una “delega penale propria”; sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *op. cit.*, 276 ss.

L'ente collettivo privato, cioè, dovrebbe riuscire a indirizzare i fattori “corporativi” – organizzazione, politica e cultura d'impresa – che di per sé possono risultare criminogeni in senso diametralmente opposto, ossia nel senso della tutela della legalità. L'ente è chiamato a plasmare la propria struttura, i propri processi, le proprie prassi, il proprio codice valoriale, ad autoregolarsi appunto, in modo tale da minimizzare i rischi d'infrazione legale e, in particolare, di violazione delle norme penali dirette in prima battuta ai propri partecipi in carne ed ossa.

Più precisamente, l'ente privato può cooperare alla missione di contrasto al crimine approntando meccanismi o “anticipatori” o “concomitanti” rispetto all'attivazione della funzione preventiva dei precetti penali statali e alla concreta azione repressiva degli organi statali.

In primo luogo, infatti, sotto il profilo “anticipatorio”, l'ente, sfruttando le proprie capacità d'auto-analisi, dovrebbe individuare gli snodi operativi e gli apparati organizzativi maggiormente esposti al rischio-reato e, conseguentemente, normarli e controllarli in maniera tale da ridurre “alla fonte” le occasioni di *misconduct*. Si tratta di irregimentare e vigilare e talora di escludere, vietare del tutto – con annesso corredo sanzionatorio – singoli atti o intere attività che, a seguito di un rigoroso *risk assessment*, sono risultate un potenziale innesco di dinamiche criminose. Ad esempio, una certa impresa potrebbe proibire *tout court* l'uso del contante nelle proprie transazioni commerciali, avendo rilevato il rischio che, a prescindere dall'osservanza del limite legale, il maneggio della cartamoneta possa favorire irregolarità nelle scritture contabili e quindi illeciti fiscali o addirittura la costituzione di fondi neri funzionali alla realizzazione di svariati reati. Ancora, potrebbe esser completamente dismessa l'attività di conferimento dei propri rifiuti a impianti di smaltimento o recupero situati fuori dall'Unione europea, così da eliminare in radice i rischi legati alla difficoltà di comprendere e applicare la normativa estera e di verificare identità e titoli abilitativi delle controparti contrattuali. In tali casi l'impresa va ad escludere o comunque a disciplinare situazioni di rischio “indiretto” che chiaramente lo Stato non può fare oggetto di divieti penalmente sanzionati³. In altri termini, si chiede all'ordinamento privato di intervenire su aree di rischio-reato dove non si riscontrano

³ Quest'ottica prevenzionistica è fatta propria, ad esempio, dal d.lgs. n. 231/2001; v., *ex multis*, C.E. Paliero-C- Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti* 2006, 167 ss.; M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 160 ss.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Torino 2020, 244 s. e 250 ss.; V. Mongillo, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.* 2023, 704 ss.; R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi*, Torino 2022, 113 s.

fattori di pericolo concreto, ben lontane da qualsiasi inizio di esecuzione di condotte delittuose e come tali insuscettibili di un controllo penale pubblico “diretto” e appunto affidate all’autonormazione dei *particulares*⁴.

In secondo luogo, l’autoregolazione dell’ente privato può andare a compenetrare la stessa funzione preventiva delle norme penali statali e può perfino combinarsi all’attività di accertamento e punizione dei reati condotta dall’Autorità giudiziaria. L’impresa ben può esser richiesta di monitorare l’operato del proprio personale (ed eventualmente dei propri *partners* commerciali) al fine di intercettare eventuali condotte direttamente integranti fattispecie criminose e, una volta scoperto il reato, essa è solitamente chiamata ad attivare i propri meccanismi sanzionatori autonormati – essenzialmente, le sanzioni disciplinari nei confronti dei propri dipendenti e le sanzioni negoziali nei confronti di professionisti o altri enti ad essa legati contrattualmente – che quindi vanno ad aggiungersi alla punizione statale. Ma, secondo una tendenza che pare sempre più affermarsi anche al di qua dell’Atlantico, all’impresa può esser richiesta una vera e propria collaborazione giudiziaria, sia nel senso della cooperazione all’attività inquirente tramite l’espletamento e la condivisione delle investigazioni interne, così da arricchire il paniere probatorio dell’Autorità giudiziaria con elementi di prova a carico dei singoli *wrongdoers* (intranei all’ente o a questo legati da contratti di durata), sia nel senso della veicolazione di una *notitia criminis* non ancora pervenuta alle pubbliche istituzioni, la quale, ove abbia ad oggetto reati suscettivi di generare una responsabilità punitiva dell’impresa stessa, equivale ad una auto-denuncia. In tal modo l’autoregolazione privata sembra incrementare significativamente l’efficacia preventiva e repressiva del sistema penale statale: per un verso, in prospettiva *ex ante*, la funzione di prevenzione criminale risulta potenziata dall’aumento del “rischio penale” (il rischio di subire conseguenze punitive) per i singoli potenziali trasgressori; per altro verso, a reato ormai avvenuto, la reazione punitiva pubblica, potendo contare sul supporto privato, risulta più agevole, tempestiva, incisiva. Infatti, l’allestimento di apparati di monitoraggio e di sanzionamento autonormati, coniugati con l’apparato repressivo statale, va ad aumentare entrambe le grandezze-base del suddetto “rischio penale”: da un lato, gli strumenti di *detection* aziendali accrescono le probabilità di emersione dell’illecito e dunque di punizione; dall’altro, aumentano anche la magnitudo del rischio aggiungendo alla risposta punitiva pubblica quella privata (disciplinare o

⁴ Sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *op. cit.*, 313 ss., in particolare 316.

contrattuale)⁵. Chiaramente, poi, l’effettivo funzionamento di tali apparati di monitoraggio e sanzionamento autoregolati – in connessione all’azione repressiva statale – è indispensabile per concretizzare il “rischio penale” a carico dei singoli rei, confermando l’istanza preventiva tramite la persecuzione della singola violazione della norma penale.

In terzo luogo, sia in chiave “anticipatoria” che “concomitante”, l’ordinamento autonormato può assumere un ruolo pedagogico, funzionale in definitiva alla prevenzione di tipo positivo. Infatti, sia tramite strumenti “coattivi” (come i meccanismi sanzionatori disciplinari) sia tramite strumenti “persuasivi” (come possono essere certi eventi formativi), l’impresa può contribuire all’accreditamento presso i propri *shareholders* e *stakeholders* interni (ma eventualmente anche presso clienti e fornitori) sia degli stessi valori sottesi alle norme punitive pubbliche rispetto alle quali l’autoregolazione risulta sinergica, sia di valori per così dire “prodromici” a questi ultimi, esorbitanti dal fuoco della tutela penale ma idonei a costituire una barriera etico-culturale alle condotte propriamente criminose⁶. In prospettiva “concomitante”, appare evidente che l’assunzione da parte dell’impresa di un ruolo totalmente “collaborativo” con la pubblica autorità nella scoperta, prova e punizione di certi illeciti ha un’efficacia anche “comunicativa”: l’impresa si mostra schierata a difesa degli interessi tutelati dalla legge, li riconosce e li fa propri agli occhi dei propri partecipi e dei propri *partners*. In prospettiva “anticipatoria”, invece, l’impresa può

⁵ Cfr. J. Arlen-R. Kraakman, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in *New York University Law Review* 1997, 692 ss.; H. First, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, in *North Carolina Law Review* 2010, 25 ss.; J. Arlen, *Economic Analysis of Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in *Research Handbook on Criminal Law*, a cura di A. Harel-K.N. Hylton, Northampton 2012, 147 ss.; J. Arlen-S.W. Buell, *L’importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 4 ss.; v. anche U. Sieber, *Programas de compliance*, cit., 96 s. Nella dottrina italiana il modello “collaborativo” è meno esplorato, visto che il nostro sistema è essenzialmente informato al paradigma prevenzionistico, anche se non mancano elementi del primo, come la circostanza attenuante ad effetto speciale introdotta al comma 5 bis dell’art. 25 d.lgs. n. 231/2001 dalla l. n. 3/2019; si vedano gli studi comparatistici di V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 374 ss.; F. Centonze, *op. cit.*, specialmente 950 ss.; Fed. Mazzacuva, *L’ente premiato*, Torino 2020, 161 ss. e 291 ss.

⁶ Negli Stati Uniti la dimensione etico-culturale della prevenzione criminale mediante autoregolazione è ritenuta fondamentale: basti il richiamo del *Memorandum* stilato dal *Deputy Attorney General* Lisa Monaco nel settembre 2022 (d’ora in poi *Monaco Memo*), ove viene riconfermato come primario elemento di valutazione «*the corporation’s commitment to fostering a strong culture of compliance at all levels of the corporation*» (p. 9). L’aspetto etico-culturale è parimenti fondamentale nella visione delle autorità inquirenti spagnole: la *Circular de la Fiscalía General del Estado* n. 1/2016 individua quale obiettivo fondamentale del Modello organizzativo la promozione di «*una verdadera cultura ética empresarial*» (punto 5.1 ss.); visione che trova un riflesso anche nel peso attribuito dalla UNE 19601 : 2017 al “*Liderazgo y compromiso*”, alla “*Política de compliance penal*” e alla “*Cultura de compliance*”. Nella dottrina italiana cfr., tra gli altri, M. Colacurci, *op. cit.*, 79 ss.; O. Di Giovine, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Torino 2020, 210 s.; G. Morgante, *Criminal law and Risk Management: From Tradition to Innovation*, in *Global Jurist* 2016, 329; nonché Fed. Mazzacuva, *op. cit.*, 214, che rileva criticamente la radicata tendenza «eticizzante» del sistema di responsabilità penale corporativa statunitense (in particolare dei meccanismi di *diversion*). V. anche *infra*, par. 3.2.3.

aderire a standard etici elevati, di per sé non pretesi dalla normativa pubblicistica, nel tentativo di plasmare una *corporate culture* che è nettamente orientata al rispetto degli interessi extra-societari e rifiuta categoricamente ogni mezzo illecito nel perseguimento dello scopo sociale; fa qui capolino il tema della responsabilità sociale d'impresa⁷, che, al di là delle sue eventuali ricadute civilistiche, potrebbe esser vista come un grande ingranaggio dei meccanismi culturali aziendali che possono fungere da schermo molto anticipato rispetto a forme di devianza propriamente criminale.

In definitiva, almeno da un'angolatura funzionalistica, questa preordinazione dell'autoregolazione alla prevenzione dei reati appare del tutto giustificata, specie in riferimento alle *large corporations*: essendo di per sé scarsamente decifrabili dall'esterno, pare perfettamente logico chiedere che si auto-analizzino, si auto-disciplinino e collaborino con le autorità statali; essendo spesso distribuite in vari Paesi e potendo influenzare vaste catene di fornitura, la loro cooperazione nella lotta al crimine consente di estendere – pur indirettamente – il raggio d'azione dei sistemi penali nazionali; potendo contare su imponenti mezzi finanziari, possono assorbire i costi di progettazione, implementazione, manutenzione e aggiornamento di complessi sistemi di *compliance* anti-reato. Ma, restando in un'ottica statalistica, le ragioni pragmatiche esposte nella trattazione dei meccanismi autoregolativi “anticipatori” e “concomitanti” rispetto alla prevenzione criminale statale valgono pure per le medie e piccole imprese: seppur con un'efficacia minore, anch'esse possono individuare e contenere i rischi-reato in esse allignanti, anch'esse possono corroborare la forza intimidativa ed educativa delle norme penali, monitorando l'operato dei propri membri, sanzionando le condotte illecite, collaborando con le autorità pubbliche⁸.

3. Dietro tale ventaglio di effetti vantaggiosi conseguibili tramite l'autoregolazione funzionalizzata alla prevenzione criminale, si nascondono però numerosi effetti collaterali, tutt'altro che positivi. Tali ultimi effetti sembrano dispiegarsi su più piani: per comodità d'esposizione si distingueranno anzitutto un livello “generale”, non

⁷ Ormai ampiamente arato anche dalla dottrina giuridica italiana: v., per tutti, G. Bevivino, *La responsabilità sociale delle imprese*, Napoli 2018; F. Denozza-A. Stabilini, *The Shortcomings of Voluntary Conceptions of CSR*, in *Orizzonti di diritto commerciale* 2013, 1 ss.; S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, ivi 2021, 99 ss.

⁸ Cfr. V. Mongillo, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001: la sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5.7.2023, che, nell'espone le ragioni per cui è opportuno mantenere la responsabilità da reato delle PMI e i modi con cui queste possono adempiere all'onere autoregolativo, evidenzia la loro capacità di costruire una *corporate culture* coerente con l'obiettivo di prevenzione criminale: «poiché la sorgente della cultura etica e della *compliance* risiede nella persona fisica al vertice, questa per certi aspetti può sprigionare una capacità di plasmare i comportamenti dei dipendenti ancora più incisiva, data la prossimità tra la *leadership* e l'operatività di base. Ciò può anche compensare la mancanza di strumenti di vigilanza più complessi e di livelli di controllo diversificati» (p. 30).

direttamente connesso alla “questione criminale”, e un livello invece “penalistico”, attinente ai meccanismi di funzionamento del sistema penale e ai presidi garantistici che lo connotano; all’interno dei due piani, affatto irrelati, risulterà poi utile leggere i vari *side effects* alla luce della distinzione enucleata da Martina Galli tra «effetti disfunzionali» ed «effetti indesiderabili»⁹.

3.1. È banale rilevare che la richiesta – connessa ad una responsabilità di carattere punitivo – agli enti collettivi privati di autoregolarsi per scopi *per se* estranei ai loro fini istituzionali, quali sono la prevenzione e la repressione dei reati, ha come primo necessario tangibile effetto quello di incrementare il numero di norme circolanti all’interno del “sistema-impresa”. L’autoregolazione, specie quella derivante da questa peculiare alleanza nel contrasto al crimine, si esprime necessariamente e primariamente in norme, sostanziali o procedurali, tassative o vaghe, organizzatorie o sanzionatorie, ma comunque norme, per lo più debitamente formalizzate così da poter dimostrare al *partner* pubblico che il compito da questo assegnato è stato svolto. È un effetto questo ovviamente voluto, essendo consustanziale alla stessa prevenzione criminale tramite strumenti autonormativi, tuttavia appaiono inintenzionali e indesiderabili¹⁰ le ripercussioni di tale incremento della produzione normativa dovute alle “circostanze ambientali”.

Bisogna infatti considerare che l’età contemporanea è segnata da una inarrestabile pandemia normativa, una *nomodemia* si potrebbe definirla: come è palese la c.d. infodemia, il profluvio incessante di informazioni da cui siamo quotidianamente investiti, senza reali possibilità di discernimento, organizzazione, assorbimento delle informazioni stesse, parimenti risulta evidente il profluvio incessante di norme, sgorganti dalle fonti più disparate e caoticamente filtranti in ogni dimensione della vita sociale, con un effetto finale di spaesamento esattamente antitetico alla finalità ordinante del diritto¹¹. In questi tempi d’inflazione normativa, dunque, l’incremento della produzione giuridica sembra comportare un rischio di (ulteriore)

⁹ I primi minano la stessa funzionalità delle norme penali, i secondi impattano su interessi diversi da quelli alla cui protezione sono protese in via diretta le norme penali: M. Galli, *Gli effetti collaterali del diritto penale: panoramica e concettualizzazione*, in Aa. Vv., *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. Galli-N. Recchia, Napoli, in corso di pubblicazione (Atti del citato Convegno viterbese del 26.5.23).

¹⁰ V. ancora M. Galli, *Gli effetti collaterali del diritto penale*, cit.

¹¹ In fondo le norme sono informazioni presidiate da sanzioni (esplicite o implicite, obbligatorie o discrezionali, punitive o ripristinatorie) e la nomodemia potrebbe esser considerata parte della più generale infodemia e dunque concorrente a quella «entropia informativa» che «con la sua rapidissima crescita [alfine] ci scaraventa in una società post-fattuale che piatta la differenziazione tra vero e falso» (B.-C. Han, *Le non cose*, trad. it. a cura di S. Aglan-Buttazzi, Torino 2022, 11) e, con specifico riferimento alla sfera giuridica, tra lecito e illecito.

disorientamento dei consociati, a cui non è affatto estranea la produzione di tipo autonormativo, soprattutto se, come nel nostro caso, si tratta di autonormazione con «funzione additiva» (e non «suppletiva») rispetto alla legislazione statale, la quale cioè si aggiunge e si intreccia a quest'ultima, senza sostituirla¹². Seppur su di un livello non esclusivamente penalistico, questo effetto d'incremento del caos normativo, derivante dal continuo sovrapporsi e mescolarsi di norme sempre meno intellegibili nella loro portata e nel loro rango (e non di rado nei loro stessi contenuti), appare non semplicemente «indesiderabile» ma addirittura «disfunzionale», proprio perché si pone in antitesi con la funzione tipica, basilare del giuridico: ordinare secondo ragione i rapporti sociali. Si noti peraltro che, con precipuo riferimento all'autonormazione in materia penale, il rischio di affastellamento, se non di vero e proprio conflitto, tra norme non si limita ai rapporti tra principi e precetti dell'ordinamento “generale”¹³, da un lato, e regole autonormate, dall'altro, ma si estende anche ai rapporti tra regole tutte autonormate ma fomentate da differenti plessi normativi dell'ordinamento “generale” scarsamente coordinati e spesso incongruenti tra loro. Le tensioni e frizioni interne all'ordinamento “generale”, cioè, vengono scaricate all'interno degli ordinamenti “particolari” a mezzo delle deleghe autonormative agli enti privati, cosicché questi ultimi corrono il serio rischio di produrre norme contraddittorie tra loro, generando confusione al proprio interno, ed altresì poco congruenti con le stesse norme statuali da cui proviene l'incentivo o il comando all'autoregolazione, data appunto l'ambiguità e incoerenza di tali norme statuali. Ci sembra di poter ravvisare un esempio di tale dinamica “nomodemica” nel (non)rapporto tra *data compliance* e *criminal compliance*: la normativa in materia di riservatezza e il sistema di responsabilità corporativa da reato presentano una tensione di fondo derivante dalla loro netta divaricazione teleologica, poiché la prima mira a proceduralizzare, limitare, ostendere il trattamento dei dati personali e in taluni casi a vietarlo *tout court*, mentre il secondo chiede agli enti collettivi di raccogliere e analizzare grandi quantità di dati (anche personali) al fine di identificare, misurare e minimizzare i rischi-reato e di captare e sanzionare le condotte illecite; a ciò si unisce, almeno in Italia, una forte incertezza sui rapporti tra l'una e l'altra normativa (e sui loro stessi contenuti) e, soprattutto, su come debbano essere effettivamente configurati e articolati i prodotti

¹² Per la distinzione delle due forme di «autonormazione ausiliaria al diritto penale» v. S.B. Taverriti, *Che cosa genera il sonno del Leviatano?*, cit., 36 s.; sul tema v. anche F. Venturi, *Per una balistica regolatoria*, cit., 21 s.

¹³ Quello statale, che può ancora definirsi tale per la generalità dei suoi fini.

autoregolativi richiesti agli enti privati per adempiere all’una e all’altra¹⁴. Sembra che alla fine la coperta autonormativa sia destinata ad essere sempre troppo corta, poiché l’efficacia dell’autocontrollo penale pare scarsamente compatibile con la piena implementazione delle misure di sicurezza a garanzia della *privacy*, così che l’investimento autonormativo sul primo sarà suscettibile di censure da parte delle agenzie preposte alla tutela dei dati personali (*in primis* il Garante) e, viceversa, l’investimento sulle seconde esporrà l’ente al rischio di valutazioni negative sull’adeguatezza delle misure di prevenzione del rischio-reato (*in primis* da parte della Procura della Repubblica in caso di emersione di un reato-presupposto).

La proliferazione incontrollata delle regole autonormate comporta inoltre seri rischi di “burocratizzazione”, con specifici effetti negativi in relazione agli enti economici. Da un lato, nell’assoggettare l’attività d’impresa a vincoli ulteriori a quelli legali e in definitiva fondati su logiche iper-cautelative¹⁵, possono ridursi irragionevolmente non solo le possibilità di profitto ma anche le capacità dell’organizzazione di reagire di fronte alla complessità e alla novità¹⁶. Dall’altro lato, l’appesantimento burocratico, specie se corredato da misure di carattere punitivo (come le sanzioni disciplinari), rischia di inaridire e sfilacciare i rapporti sociali all’interno dell’organizzazione (e tra organizzazioni, laddove si tratti di congegni regolativi di tipo negoziale) con conseguenze esiziali non solo sulla qualità degli ambienti lavorativi e sulla produttività del personale ma anche sulla stessa efficacia preventiva dei sistemi di *compliance*, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo. Insomma, non è così peregrino il rischio di imbrigliare l’impresa in vetusti schemi fordisti, peraltro piegati ad obiettivi di politica criminale (di per sé alieni allo scopo “esistenziale” dell’impresa: produrre ricchezza)¹⁷, con l’effetto ultimo di snaturare l’organizzazione privata e di minarne la

¹⁴ Si pensi al delicato profilo della raccolta di dati giudiziari di lavoratori e fornitori, la quale s’imbatte in severe limitazioni derivanti dal vigente Codice della *privacy* ma è indispensabile per effettuare una adeguata selezione – anzitutto in termini di prevenzione del rischio-reato – dei soggetti da inserire nella propria compagine organizzativa o con cui stringere rapporti contrattuali duraturi; v. sul punto V. Ferrante, *Controllo sull’adempimento della prestazione lavorativa e rispetto della privacy dei lavoratori*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 236 ss. Non è certo un caso che il citato *Monaco Memo* velatamente suggerisca alle imprese che vogliono collaborare con le autorità statunitensi di “aggirare” (senza incorrere in violazioni frontali) le normative straniere in materia di riservatezza: «*the cooperating corporation bears the burden of establishing the existence of any restriction on production and of identifying reasonable alternatives to provide the requested facts and evidence*» (p. 8).

¹⁵ V. gli strumenti di autoregolazione “anticipatoria” di cui al par. 2.

¹⁶ V. F. Centonze, *op. cit.*, 971 ss., il quale sottolinea, accanto ai «costi monetari diretti» della *compliance*, i «mancati guadagni» implicati dai vincoli autonormati all’attività d’impresa, cui si aggiungono «i costi (poco visibili) relativi all’incertezza della normativa di riferimento», come ad esempio quelli derivanti dall’incessante ricorso a pareri legali nel tentativo di superare i dubbi interpretativi e così minimizzare il rischio di subire azioni giudiziarie.

¹⁷ M. Catino-S. Rocchi-L. Verzelli, *L’impatto del D.lgs. 231/2001 sul sistema concreto d’azione delle imprese italiane*, 2022, in www.cnpds.it, 58 s., rilevano che «gli operatori che svolgono la loro attività in un’impresa fortemente gerarchizzata e in cui

capacità di abitare la contemporaneità¹⁸. Tali effetti collaterali, ricadenti sull'economicità e sulla natura stessa dell'attività aziendale, almeno in prima battuta, sono ascrivibili alla categoria degli effetti «indesiderabili» ma, come vedremo più avanti, si riconnettono ad effetti ulteriori che risultano propriamente «disfunzionali» in relazione alle stesse finalità del legislatore penale.

Non mancano poi possibili effetti collaterali sul piano economico “generale”: al di là dell'ovvia possibilità di uno scarico dei costi dell'autonormazione su utenti e consumatori, affiora pure un duplice rischio di distorsione della concorrenza. Da un lato, le imprese “diligenti”, ossia quelle che si sono effettivamente impegnate nell'attività autoregolativa, potrebbero essere pesantemente sfavorite rispetto agli immancabili *free riders*, ossia le imprese che decidono di disinteressarsi completamente del compito autoregolativo affidatogli dallo Stato (cosa ben possibile laddove l'elaborazione e attuazione del sistema di *criminal compliance* sia un mero onere) o che lo assolvono solo in apparenza (è il classicissimo caso della *cosmetic compliance*)¹⁹; e ciò sia perché le prime sostengono costi – diretti e indiretti – che le seconde evitano sia perché la presumibile maggiore trasparenza delle prime aumenta le possibilità di emersione di illeciti ad esse imputabili, mentre la maggiore opacità delle seconde potrebbe paradossalmente preservarle dagli accertamenti delle autorità statali. Dall'altro lato, la pretesa da parte degli Stati (o di enti sovranazionali) o delle associazioni di categoria di standard autoregolativi particolarmente elevati potrebbe essere il viatico di malcelate politiche protezionistiche, volte ad escludere dal mercato certe imprese straniere o le imprese di minori dimensioni e minori capacità finanziarie²⁰. Tali possibili effetti negativi a livello economico generale non hanno

le procedure sono altamente standardizzate saranno più facilmente controllabili [...] Viceversa, nelle aziende in cui gli operatori non sono né sottoposti a rigidi vincoli gerarchici né tenuti a seguire delle procedure standardizzate potrebbero esserci zone d'ombra» che facilitano la concretizzazione del rischio-reato.

¹⁸ Basti il richiamo di E. Rullani, *La conoscenza e l'organizzazione. Promesse e minacce dei sistemi incompiuti*, in *Rassegna italiana di sociologia* 2010, 305 ss.: nel mondo post-fordista «Non ci sono più forme organizzative “ottimali”, ma un percorso a zig zag che si muove sull'orlo del caos” [...] esponendo l'esperienza fatta a eventi ed idee emergenti, non previste e non programmate in anticipo, in modo da stimolare la sperimentazione del nuovo, ma evitando, al tempo stesso, di “cadere nel caos”»; dalle nebbie della pre-modernità riaffiora «un concetto dualistico di organizzazione, che intreccia replicazione e creazione» sotto la spinta di una «intelligenza fluida».

¹⁹ Molto chiaro sul punto il Rapporto dell'O.C.S.E., *Industry Self-regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests*, 2015, 7 ss.

²⁰ Si veda ancora il citato Rapporto O.C.S.E., loc. cit.; v. anche V. Mongillo, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., 28, che rileva un ulteriore rischio economico: il trasferimento da parte delle imprese maggiori verso i fornitori di minori dimensioni di una quota dei «costi di conformità», imponendo loro oneri organizzativi eccessivi tramite le c.d. clausole etiche.

un’attinenza diretta con la funzione di *criminal prevention* e, pertanto, paiono da annoverare tra gli effetti «indesiderabili», peraltro solo eventuali.

3.2. Entrando nella “questione criminale”, risguardata sia nella sua dimensione politico-criminale sia in quella costituzionale, si rinviene una molteplicità di possibili effetti collaterali dell’autonormazione finalizzata alla prevenzione criminale, alcuni «indesiderabili» altri «disfunzionali».

3.2.1. Risalta, anzitutto, un rischio – molto concreto e ben conosciuto – legato ad una certa forma di autoregolazione in materia penale, ossia quella modellata sul paradigma “collaborativo”, il quale privilegia quelli che abbiamo chiamato meccanismi “concomitanti” alla prevenzione e repressione statale. In taluni sistemi giuridici, di cui è esempio preclaro quello statunitense²¹, lo sforzo autoregolativo prioritariamente richiesto all’ente consiste nell’approntamento di strutture di *compliance* capaci di rilevare gli illeciti commessi dal personale dell’ente, di raccogliere prove esaurienti di questi illeciti e di sanzionarli adeguatamente. La prima funzionalità di siffatti meccanismi autoregolativi non è quella di prevenire l’insorgenza di fattori di pericolo intervenendo su aree di rischio lontane dall’avvio dell’*iter criminis*, bensì di affiancare gli organi di polizia nella captazione della notizia dei reati, nell’impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, nell’identificarne gli autori, nell’assicurare le fonti di prova, sia dichiarative che documentali; tale attività di *detection* ed *evidence collection* a supporto delle autorità inquirenti pubbliche si coniuga, a monte, ad una politica di *voluntary self-disclosure*, ossia di vera e propria auto-denuncia in assenza di una «*imminent threat of disclosure or government investigation*»²², e, a valle, all’irrogazione di «*appropriate disciplinary measures*»²³ per reprimere le violazioni riscontrate. Più precisamente, mentre la presenza e l’effettivo funzionamento di un incisivo apparato sanzionatorio autonormato è componente essenziale di ogni *compliance program* anti-

²¹ V. *supra*, nota 5.

²² *Monaco Memo*, cit., 7.

²³ *U.S. Federal Sentencing Guidelines, Sentencing of Organizations*, § 8B2.1 (*Effective Compliance and Ethics Program*).

reato²⁴ e dunque assume tratti di doverosità²⁵, il *self-reporting* e la *full cooperation* sarebbero al più inscrivibili nella categoria dell'onere ma negli ordinamenti in cui si è deciso di puntare sul modello “collaborativo”, come appunto negli U.S.A., la facoltatività di tale collaborazione tende a sfumare in una obbligatorietà *de facto*, poiché se la *corporation* sceglie la strada dell'immobilismo, resta tagliata fuori dai percorsi giudiziari più vantaggiosi – i *non-prosecution agreements* e i *deferred prosecution agreements* per restare all'esempio americano – e va incontro a pene draconiane, potenzialmente mortifere²⁶.

Orbene, in sistemi marcatamente sbilanciati sulla “collaborazione”, è palese il rischio di *scapegoating*: se è in gioco la stessa sopravvivenza della persona giuridica, è ben possibile che questa faccia di tutto pur di servire qualche “testa” all'Autorità

²⁴ Anche negli ordinamenti prevalentemente orientati in senso “prevenzionistico”, come quello italiano, dove il legislatore comunque pone quali elementi indefettibili d'un idoneo Modello d'organizzazione gestione e controllo il sistema delle sanzioni disciplinari, che è un apparato punitivo, e il sistema delle segnalazioni riservate, che di fatto è un raffinato strumento di delazione, peraltro recentemente potenziato dal d.lgs. n. 24/2023. Quest'ultimo intervento normativo, nell'imporre ad una vasta platea di enti pubblici e privati (tra cui tutti quelli che hanno adottato un Modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001) l'istituzione di canali di *whistleblowing* protetti «anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia», nel prevedere la possibilità di utilizzo – pur in via sussidiaria – di un canale di segnalazione esterno facente capo all'ANAC (e nei casi estremi la possibilità di «divulgazione pubblica») e nel definire obblighi di dar «seguito» alla segnalazione e di correlato «riscontro» al segnalante, sembra irrobustire significativamente gli elementi “collaborativi” all'interno del sistema italiano, che comunque resta animato da una *ratio* “preventiva”. Sulla riforma dei meccanismi di *whistleblowing* (e delle tutele per il segnalante) v. A. Provera, *Il 'soffiatore di fischiato'. Considerazioni sul recepimento della direttiva sul whistleblowing*, in www.compliancehub.it; T.E. Romolotti-L. Marretta, *Whistleblowing tra 231 e privacy: prime note al D.lgs. 24/2023*, in *La resp. amm. soc. enti 2023*, 31 ss.; M. Pansarella, *Il D.lgs. 24 del 10 marzo 2023 per il recepimento della direttiva sul whistleblowing (Prima parte)*, ivi, 9 ss.; tra i contributi ante-riforma, si veda per tutti il volume collettaneo interdisciplinare Aa.Vv., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, a cura di A. Della Bella-S. Zorretto, Milano 2020.

²⁵ Almeno dove l'auto-organizzazione abbia un peso nell'attribuzione o commisurazione della responsabilità da reato dell'ente.

²⁶ Non riducibili nemmeno in sede di commisurazione giudiziale, proprio per il rifiuto della collaborazione: l'ente che abbia trovato preclusa la strada della *diversion* processuale per la mancata collaborazione, nemmeno riceverà “sconti” dal giudice penale. Le *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, addirittura, subordinano gli effetti d'attenuazione della pena discendenti dalla previa implementazione del *Compliance program* alla tempestiva segnalazione del reato alla competente autorità governativa (§ 8C2.5, *subsection f2*). Peculiare il sistema argentino, che combina elementi “preventivi” ed elementi “collaborativi” subordinando la «*exención de pena*» alla triplice condizione che la persona giuridica «a) *Esponáameente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna*; b) *Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado [...], con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito*; c) *Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido*» (Art. 9° della *Ley 27401 del 2017*).

In Spagna la tempestiva auto-denuncia della *infracción* alle autorità competenti e la fattiva collaborazione processuale, mediante l'apporto di prove nuove e decisive per acclarare le responsabilità discendenti dai fatti criminosi ipotizzati, sono previste come circostanze attenuanti (art. 31 *quater*, lett. a e lett. b, *Código Penal*) e sono valorizzate ben al di là del testo legislativo dalla *Fiscalía* (v. *Circular de la Fiscalía General del Estado* n. 1/2016, in particolare punto 5.6).

In Italia, come noto, al di là del già richiamato comma 5 *bis* dell'art. 25 d.lgs. n. 231/2001, non viene attribuita un'esplicita rilevanza al *self-reporting* e alla *cooperation*, tuttavia tali condotte collaborative ben possono rilevare a livello di commisurazione intra-edittale (come “circostanze improprie”) e, soprattutto, potrebbero convincere il pubblico ministero dell'opportunità di un esito archiviatorio: su questo possibile (invero non così piano) impiego “all'americana” dell'art. 58 d.lgs. n. 231/2001, v. per tutti C. Santoriello, *Conclusioni, L'importanza delle Investigazioni Interne*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 214.

giudiziaria come contropartita di sanzioni tollerabili. E qui gli effetti collaterali dell’“ansia collaborativa” dell’ente collettivo si tripartiscono. Infatti, specie se vi sono lotte intestine nell’ente collettivo o se sono coinvolti negli illeciti soggetti apicali, è possibile che le *internal investigations* individuino solo una minima parte dei colpevoli o, addirittura, designino come colpevoli soggetti non responsabili (caso estremo) o marginali nella complessiva vicenda criminosa (caso maggiormente probabile); in altri termini, non è affatto escluso che le indagini aziendali costituiscano uno strumento difensivo di taluni intranei a scapito di altri²⁷.

In secondo luogo, una volta emersa la *notitia criminis*, la pressione a cui è sottoposta l’*organization* potrebbe condurre a raccogliere elementi di prova del reato in violazione di garanzie fondamentali e casomai proprio commettendo ulteriori reati (si pensi ad un accesso abusivo a sistema informatico), sicché le investigazioni interne, seppur dirette verso gli effettivi colpevoli, potrebbero rappresentare esse stesse l’occasione di ulteriori illeciti, tanto più probabili laddove le autorità pubbliche siano disposte a tollerare questi ultimi e l’ordinamento processuale sia ispirato al principio *male captum bene retentum*²⁸.

In terzo luogo, si staglia un rischio di «capro espiatorio organizzativo» trasversale all’intero paradigma “collaborativo”: quest’ultimo è proteso alla persecuzione dei singoli rei in carne ed ossa, offrendo agli enti collettivi un trattamento benevolo o comunque supportabile in cambio del supporto nella repressione degli illeciti

²⁷ Cfr. W.S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, Chicago 2006, 137 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale*, cit., 380 s. e 489 s.; v. anche Fed. Mazzacava, *op. cit.*, 215; K. Moosmayer, *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales*, in *El derecho penal económico en la era compliance*, a cura di L. Arroyo Zapatero-A. Nieto Martín, Valencia 2013, 140 ss. Sul punto sembra interessante quanto affermato, in ottica “difensiva”, da N. Bigliotti, *Ragioni, finalità, team e action plan*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 4: «Ragion d’essere (e beneficio utilitaristico) dell’attività di *internal investigations* è quella di anticipare l’organo inquirente nello svolgimento di indagini. Di evitare la propalazione dell’attività di indagine per mano della Pubblica Accusa: audizione generalizzata dei soggetti informati o sequestro ad ampio spettro della documentazione aziendale [...] Di limitare il perimetro di indagine a quello tracciato dagli originari spunti investigativi [...] Di contestualizzare ogni eventuale fatto illecito nel suo corretto bacino di responsabilità personale, impedendo ingiustificate diramazioni dell’addebito verso il vertice dell’ente».

²⁸ Le condotte astrattamente tipiche che vengono tollerate o giustificate in quanto forme di collaborazione *pro republica* potrebbe vedere come soggetto passivo la stessa persona giuridica. Appare ad esempio significativo che la giurisprudenza convenzionale abbia affermato che la libertà di espressione di cui all’art. 10 C.E.D.U. copre anche le ipotesi di *whistleblowing* e che, laddove l’informazione rivelata all’esterno sia veridica e d’interesse pubblico, essa prevale su eventuali norme incriminatrici della rivelazione di dati coperti da segreto professionale (tali norme incriminatrici vengono bollate come un’interferenza indebita nel godimento della libertà d’espressione): C. eur., GC, 14.2.2023, *Halet c. Lussemburgo*. Questa tutela rafforzata dei *whistleblowers* – espressa anche nel già richiamato d.lgs. n. 24/2023 – è un’altra faccia della tendenza più generale a coinvolgere i privati nel contrasto all’illegalità, anche mediante l’offerta di “regimi speciali” per chi si renda parte attiva della collaborazione con l’autorità. Tali “regimi speciali” hanno una loro logica e possono vantare fondamenti sovralegali (come esplicitato dalla Corte di Strasburgo) ma vi è appunto il rischio di una eccessiva compressione degli interessi contrapposti; sull’anonimato del segnalante e sul «testimone ad identità riservata» v. G.M. Evaristi, *Whistleblowing, tutela dell’anonimato e processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 970 ss.

individuali²⁹. Tuttavia, tale concentrazione sulle responsabilità individuali e il correlativo ridimensionamento della responsabilità corporativa rischia di oscurare le matrici “olistiche” del *corporate crime* – organizzazione, politica e cultura d’impresa – e di risultare, se non propriamente criminogeno, quantomeno fortemente disfunzionale rispetto ad una delle ragioni portanti della gran parte dei sistemi di responsabilità *ex crimine* degli enti meta-individuali: attingere le dimensioni fondamentali dell’impresa pluripersonale di fronte all’insufficienza della punizione dei singoli – sostituibili – autori del reato³⁰. Certo è che al decrescere della fiducia nell’efficacia dei meccanismi “anticipatori” acquista plausibilità la scommessa sul modello “collaborativo”; occorre però esser coerenti nella configurazione del sistema.

Tra i profili di coerenza che debbono necessariamente esser tenuti in conto vi è l’efficacia delle investigazioni interne, in rapporto all’efficacia di quelle condotte dagli organi statali. Infatti, ha davvero poco senso concedere robusti sconti sanzionatori o persino l’impunità all’ente collettivo come “moneta di scambio” per un’attività accertativa d’illeciti individuali che le pubbliche autorità possono compiere in maniera maggiormente od ugualmente incisiva³¹. Se, per ragioni empiriche (scarsità di risorse umane ed economiche) o per ragioni giuridiche (oneri e divieti posti dall’ordinamento statale a garanzia dei possibili indagati o di terzi), la capacità dell’impresa di scovare, conservare e veicolare elementi di prova risulta inferiore a quella degli organi inquirenti pubblici, ci si dovrebbe orientare verso il diverso paradigma “preventivo”, incentrato sull’individuazione e gestione *ex ante* delle aree a rischio-reato, oppure, a costo di piegare il sistema verso modelli inquisitori, si dovrebbe valorizzare l’auto-denuncia in sé e per sé (intercettato il sospetto d’illecito l’ente dovrebbe chiamare subito in causa l’Autorità giudiziaria, che resterebbe sostanzialmente monopolista della susseguente attività investigativa)³². Se invece si volesse implementare

²⁹ Lo ha ribadito a chiare lettere il già citato *Monaco Memo* nel dare priorità alle azioni penali nei confronti dei singoli e nel riconfermare i procedimenti penali *de societate* come strumento per ottenere la collaborazione degli enti nella persecuzione dei singoli: v. in particolare p. 2 s.

³⁰ Si veda l’indagine monografica di M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022; v. anche M. Colacurci, *op. cit.*, 328; D.C. Langevoort, *Global Behavioral Compliance*, in *Corporate Compliance on a Global Scale*, a cura di S. Manacorda-F. Centonze, Cham 2022, 228; L.G. Velani, *Contributo sul rapporto tra internal investigations e investigazioni preventive della difesa nell’ambito della disciplina prevista dal D.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti* 2023, 186. A. Nieto Martín, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: the Struggle for Information in the Criminale Process*, in *Preventing Corporate Corruption, The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di S. Manacorda-F. Centonze-G. Forti, Cham 2014, 71, rileva come tra i «*perverse effects*» di forti incentivi alla *collaboration/reporting* vi sia quello d’incoraggiare la noncuranza delle imprese per l’autoregolazione preventiva.

³¹ Si vedano le lucidissime osservazioni di J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 8 ss.

³² La proposta di privilegiare la *self-disclosure* è formulata da J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 61 s., all’esito dell’analisi dei limiti, anzitutto giuridici (legati principalmente alla normativa lavoristica e a quella a tutela della riservatezza), che scontano le

coerentemente un paradigma “collaborativo”, occorrerebbe, da un canto, selezionare gli enti che, per articolazione, transnazionalità e potenza economica e tecnologica, possano effettivamente competere con i mezzi investigativi pubblici e, dall’altro, ridurre a livello legislativo i vincoli alle indagini aziendali, di modo che queste possano sfruttare *iure* il loro potenziale “fattuale”³³. Il prezzo di tale coerenza appare però salato: il riconoscimento formale di autorità private da parte dello Stato che, allo scopo di fornire a questo prove di reità, vengono liceizzate a compiere attività investigative con una forza di penetrazione e una pervasività sconosciute e comunque giuridicamente precluse alle autorità pubbliche.

3.2.2. Altro effetto collaterale notissimo delle strategie co-regolative in materia penale è quello di dissociazione tra struttura formale di *compliance* e prassi reali dell’impresa. È ben possibile – e non mancano i riscontri empirici – che gli enti privati chiamati a impiegare le proprie risorse autoregolative per interessi pubblici (come la prevenzione dei reati) si limitino ad adempimenti di facciata, che non incidono né sul sostrato culturale dell’organizzazione né sulla sua concreta operatività, se non per aspetti del tutto marginali e comunque senza nessuna effettiva utilità per gli interessi pubblici perseguiti dal legislatore con la delega autonormativa. Questi apparati autoregolativi “cosmetici” possono apparire imponenti e possono effettivamente rappresentare un costo significativo per l’ente ma sono come polveri bagnate se non riflettono l’effettivo orientamento etico-culturale della *dominant coalition* dell’impresa, se sottotraccia prospera una politica aziendale incongruente o persino

indagini aziendali negli ordinamenti continentali. In tal senso pare significativa la recente riforma spagnola in tema di *whistleblowing*, *Ley 2/2023, de 20 de febrero*, secondo cui i canali di segnalazione aziendali devono garantire la “*Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito*” (art. 9, apartado 2, lett. j).

³³ È ciò che avviene negli Stati Uniti, dove i dipendenti non hanno nessun diritto al silenzio né all’assistenza legale durante le interviste svolte nell’ambito delle *internal investigations* (il rifiuto di cooperare ad un’indagine aziendale può legittimare anche il licenziamento) e le imprese hanno la piena disponibilità dei dati e delle informazioni relativi allo svolgimento dell’attività lavorativa, potendo ad esempio accedere senza limiti alle e-mail dei dipendenti presenti sul server e sui computer aziendali; v. J. Arlen-S.W. Buell, *op. cit.*, 20 ss.; v. anche *Monaco Memo*, cit., 8 e 11. Ben maggiori i vincoli che incontrano le indagini interne negli ordinamenti europei; peraltro, dove manca una regolamentazione organica di siffatte investigazioni (come in Italia), il confine tra lecito ed illecito non è affatto nitido; si veda ad esempio l’incerto perimetro del *nemo tenetur se detegere* nell’ambito delle audizioni dei dipendenti o la difficoltà di individuazione dei limiti della raccolta di dati da strumenti e domicili informatici in uso agli stessi; v. F. Procopio, *Attività: le interviste*, in *Investigazioni interne*, a cura di E. Di Fiorino-G. Fornari, Pisa 2022, 25 ss.; S. Rocco, *Attività: ricerca e analisi documentale e altre attività*, ivi, 37 ss.; A. Del Ninno, *Data Protection*, ivi, 115 ss.; V. Ferrante, *op. cit.*, 215 ss.; E.M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Internal Investigations*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Torino 2021, 250 ss. A. Nieto Martín, *Internal Investigations*, cit., 73 ss., da tempo ha messo in guardia sui rischi di elusione delle garanzie fondamentali del giusto processo (penale) e di violazione del diritto alla riservatezza dei lavoratori comportati dalle indagini interne.

antitetica rispetto ad essi o se vengono percepiti come inutili, controproducenti, ridondanti, eccessivi da parte delle risorse umane che fanno marciare l'ente³⁴.

È evidentemente un problema politico-culturale interno alle singole organizzazioni ma vi sono almeno tre fattori che paiono aumentare questo rischio di *decoupling*. In primo luogo, al crescere della pressione dello Stato per ottenere l'adempimento autoregolativo sembrano crescere pure le probabilità che l'ente produca un qualcosa che apparentemente soddisfa la richiesta statutale ma che nei fatti è scollegato dalle proprie dinamiche effettive; così ad esempio laddove fosse fissata una scadenza ravvicinata per l'approntamento di un prodotto autonormativo di una certa complessità, dietro la minaccia di una pesante sanzione conseguente alla specifica omissione autoregolativa in sé. In secondo luogo, parrebbe che più aumenta la distanza tra gli interessi propri e caratteristici dell'impresa (in sé leciti) e l'interesse pubblico alla cui cura il legislatore destina l'attività autonormativa, più aumenta il rischio che quest'ultima esprima congegni di *compliance* puramente formali; esiste cioè un limite di tollerabilità oltre il quale la funzionalizzazione dell'ente privato al perseguimento di fini pubblicistici risulta improduttiva nella stessa ottica statutale. In terzo luogo, sembrano decisive la qualità e la quantità dei controlli svolti dalle autorità pubbliche sugli apparati autoregolativi: se i controlli sono numericamente esigui, in rapporto al numero delle aziende, o se si riducono a rilevare l'adozione formale di certi presidi procedurali od organizzativi, è evidente che scemerà la propensione ad autoregolarsi in maniera sostanziale e fattiva³⁵. D'altro canto, non è nemmeno pensabile un controllo massivo sugli adempimenti autoregolativi: da un punto di vista economico, se lo Stato cerca l'alleanza con gli enti privati è perché non ha le risorse per gestire da solo certi rischi (nel nostro caso il rischio-reato) e quindi è dubitabile che abbia le risorse per controllare in modo capillare i propri alleati; da un punto di

³⁴ Cfr. M. Catino-S. Rocchi-L. Verzelli, *op. cit.*, 9 ss., 40 e 57, i quali però evidenziano come il processo di «managerializzazione della legge» non sia affatto ineluttabile (41 ss.); M. Colacurci, *op. cit.*, 95 ss.; T. Haugh, *Criminalized Compliance*, in *Kelley School of Business Research Paper No. 2021-31*, 140 ss.; C. Parker-S. Gilad, *Internal Corporate Compliance Management Systems: Structure, Culture and Agency*, in *Explaining Compliance*, a cura di C. Parker-V. Nielsen, Northampton 2011, 183 ss.; G. Rotolo, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-regulations: In Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention*, in *Corporate Compliance on a Global Scale*, a cura di S. Manacorda-F. Centonze, Cham 2022, 240 ss.

³⁵ Si pensi a controlli che si limitano a vagliare i documenti in cui s'esprime il Modello organizzativo “231”, senza nessun accertamento sull'effettiva attuazione, come le valutazioni sugli enti che aspirano ad essere “accreditati” ai sensi delle varie normative regionali che subordinano tale “accreditamento” all'adozione di un Modello d'organizzazione gestione e controllo (sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *L'autonormazione prevenzionistica dei reati nel settore sanitario*, in *Diritto e Salute* 2018, 68); si rammenti inoltre che anche in sede di valutazione del c.d. Modello reattivo ai sensi degli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001 lo stesso giudice penale non è dotato di strumenti che consentono verifiche approfondite: soprattutto in caso di riti alternativi (su tutti il patteggiamento), il giudicante si limiterà per lo più ad un rapido riscontro documentale.

vista politico, questa *partnership* presuppone che lo Stato abbia un minimo di fiducia negli enti privati e quindi non può presumere che tutti i propri *partners* siano privi della capacità o volontà di autonormarsi e quindi debbano tutti esser sottoposti a controllo³⁶.

Questo effetto *decoupling*, all'evidenza, può riguardare i meccanismi autoregolativi “anticipatori”, ispirati ad un paradigma schiettamente “preventivo”, ma a ben vedere non è estraneo nemmeno ai meccanismi “concomitanti” di stampo “collaborativo”. Per un verso, è ben possibile che vi siano sistemi di *detection* apparentemente articolati e penetranti che nei fatti non rilevano nulla o selezionano solo determinati illeciti riconducibili a determinate persone; per altro verso, anche una volta rilevato e rivelato l'illecito, può darsi che le indagini interne e le misure disciplinari siano indirizzate solo nei confronti di una parte dei responsabili, nel tentativo di frenare l'azione delle autorità pubbliche e perpetuare una politica d'impresa dissonante con l'apparente impegno collaborativo³⁷.

3.2.3. Abbiamo accennato in apertura che la *corporate culture* può fungere da canale di accreditamento sociale (nel micro-cosmo impresa come nella platea degli *stakeholders* esterni) dei valori “incastonati” nelle norme incriminatrici ed anche di quelli in qualche modo “serventi” rispetto ai primi³⁸. Abbiamo poi rilevato che, affinché un sistema di *compliance* possa effettivamente attecchire all'interno d'una organizzazione, occorre che la dimensione culturale di questa sia in linea con le regole autonormate e con i loro scopi, incombendo altrimenti un elevato rischio di *decoupling*³⁹. Il sostrato etico-culturale della persona giuridica, insomma, gioca un ruolo protagonista; l'incontro tra *ethos* e *ius* però è sempre denso di problemi e, nella specifica materia che ci occupa, può rivelarsi una vera e propria miscela esplosiva.

Occorre, anzitutto, considerare che nelle strutture autoregolative fomentate dal legislatore penale il famoso Codice etico non rappresenta un lontano orizzonte

³⁶ In questo non pare errata la scelta del legislatore italiano di subordinare l'accertamento giudiziale dell'idoneità e concreta efficacia del Modello organizzativo (preventivo) alla prova del reato-presupposto, di legare cioè la valutazione degli sforzi autoregolativi dell'ente (e la sua responsabilità punitiva) ad un concreto fatto-reato storicamente realizzatosi. Naturalmente, il fatto che sia impraticabile l'alternativa di un controllo penale a tappeto sul Modello organizzativo, andando a prevedere un illecito punitivo corporativo “formale” consistente nella pura omissione autoregolativa (a prescindere quindi dall'esistenza di un qualche fatto criminoso), non significa che non siano opportuni controlli *ex ante* di diverso tipo, non giudiziali e su base volontaria, grazie ai quali l'ente possa ricevere un *feedback* positivo sul proprio prodotto autonormativo (sul punto, volendo, D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale*, cit., 374 ss.).

³⁷ V. *supra*.

³⁸ V. *supra*, par. 2.

³⁹ V. *supra*, par. 3.2.2.

valoriale cui tendere in via puramente ideale né ha una funzione meramente esornativa, esso piuttosto è parte integrante di quelle strutture, le connota e da esse riceve tutela sanzionatoria (tramite le misure disciplinari o contrattuali). Ciò significa che, da un lato, le violazioni di principi etici formulati in modo alquanto generico possono essere oggetto di sanzioni autonormate di carattere punitivo e che, dall'altro, la componente etico-culturale può accrescere il proprio “peso specifico” nel collegamento con la funzione di prevenzione criminale condivisa dallo Stato con gli enti privati. Se l'uniformazione a certi valori viene presentata non solo come “faccenda interna” all'ente che ha deciso di promuoverli ma anche come strumento per prevenire niente meno che i reati, cioè gli illeciti pubblici massimamente riprovati, è chiaro che quei valori vengono giuridificati e come tali muniti di sanzione giuridica – anche punitiva – da parte dell'ente. Ovviamente non è la legge penale ma l'ordinamento autonormato ad esigere in via diretta e immediata l'ossequio a quei valori, ma va sottolineato che l'ordinamento autonormato esige tale allineamento etico-culturale mediante misure sostanzialmente punitive (sanzioni disciplinari, risoluzioni e penali contrattuali) e all'ombra di sanzioni penali statali pronte a scattare in caso d'inottemperanza al dovere autonormativo, un dovere autonormativo che appunto contempla anche l'attivazione di strumenti etico-culturali. Secondo questa logica, i meccanismi punitivi e l'irrobustimento morale si alimenterebbero reciprocamente: il complessivo sistema di *compliance* aziendale viene ammantato di eticità, in quanto fondato su certi valori (quelli propri delle istituzioni pubbliche) e in quanto funzionale alla difesa della società dal crimine; la previsione e applicazione in via autoregolativa di *penalties* per le trasgressioni ai principi e ai precetti autonormati viene posta come necessaria non solo su di un piano di prevenzione negativa (congegno intimidativo) ma anche su di un piano di prevenzione positiva (istanza pedagogica), in quanto indispensabile per cementare quella stessa etica che ispira il sistema di *compliance* e fa convergere la *corporate culture* verso gli scopi, gli interessi, i valori propri dell'ordinamento “generale”⁴⁰.

⁴⁰ Nel più volte citato *Monaco Memo* emerge chiaramente l'intreccio tra *culture of ethics and compliance*, meccanismi punitivi e meccanismi remunerativi: «*prosecutors should consider how the corporation has incentivized or sanctioned employee, executive, and director behavior, including through compensation plans, as part of its efforts to create a culture of compliance [...] Corporations can help to deter criminal activity if they reward compliant behavior and penalize individuals who engage in misconduct. Compensation systems that clearly and effectively impose financial penalties for misconduct can incentivize compliant conduct, deter risky behavior, and instill a corporate culture in which employees follow the law and avoid legal “gray areas”*» (p. 9). Affiora in definitiva una – datata – visione di stampo economicistico, secondo cui l'osservanza delle norme e – in via mediata – la stessa formazione di una cultura incorporante il valore della “legalità” sarebbero una funzione dei costi e dei benefici che le persone associano all'osservanza (e all'inosservanza) delle norme. Tra gli altri, rilevano – criticamente – il fondamento vetero-razionalistico del “*command-and-control approach*” T.R. Tyler-S.L. Blader, *Can Businesses Effectively*

Questa *liaison* tra etica, autonormazione e diritto punitivo può avere tre effetti totalmente negativi.

In primo luogo, se “punitivismo” ed “eticismo” vengono forzatamente immessi dallo Stato nell’ordinamento autonormativo (nell’intento di funzionalizzarlo alla prevenzione criminale), se cioè lo Stato pretende che le imprese introiettino schemi *command-and-control*, peraltro «*infused with moral content*», è ben possibile che si abbia una vera e propria crisi di rigetto e si cada nella c.d. *compliance trap*: gli enti privati potrebbero percepire questa strumentalizzazione in chiave etico-punitiva come eccessiva, irrazionale, troppo distante dalla loro natura e dalle loro dinamiche per essere realmente accettata, con un conseguente effetto *decoupling*⁴¹. Si adatterà una “doppia morale”: quella gradita al decisore pubblico, simboleggiata da ostentati apparati di *compliance*, e quella effettiva, che indisturbata continuerà a muovere gli ingranaggi sociali dell’organizzazione. Di più, è addirittura presente il rischio che si attivino i famigerati *rationalization processes*: se la spinta da parte delle istituzioni pubbliche ad assorbire certi schemi regolativi risultasse, almeno agli occhi del gruppo sociale autonormato, come sproporzionata e “aliena”, l’effetto paradossale – totalmente disfunzionale – potrebbe essere quello di innescare una logica oppositiva, di fomentare una “contro-cultura aziendale” tanto più pericolosa in quanto sotterranea, celata da fastose strutture autoregolatrici; tale “contro-cultura” potrebbe fornire ai partecipi dell’organizzazione i giustificativi “moralistici” grazie ai quali “razionalizzare” non solo il richiamato *decoupling* ma persino le condotte violatrici della legge penale, essa stessa dequotata in quanto interconnessa ad una delega autonormativa percepita come ingiusta⁴².

Tale circolo vizioso potrebbe essere letto anche in termini “autopoietici”: le imprese sono micro-sistemi sociali che funzionano secondo codici comunicativi diversi da quelli propri dello Stato-istituzione e del magistero punitivo in particolare; se dunque si pretendesse che il tessuto etico-giuridico proprio dell’ente economico privato diventi uno specchio dei meccanismi punitivi statuali – peraltro deformato da venature moralistiche assai più marcate di quelle ostensibili da un diritto penale laico – non è

Regulate Employee Conduct? The Antecedents of Rule following in Work Settings, in *The Academy of Management Journal*, 2005, Vol. 48, No. 6, 1144.

⁴¹ La terminologia e l’idea della *compliance trap* sono riprese dallo studio di C. Parker, *The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, in *Law & Society Review*, 2006, Vol. 40, 591 ss., ma sono state riadattate al contesto autoregolativo (l’Autrice si riferiva al rapporto intercorrente tra *enforcement action* delle autorità amministrative e risposta delle imprese).

⁴² Si vedano le affilate riflessioni di T. Haugh, *op. cit.*, specialmente 140 ss.

affatto escluso che l’istituzione sociale particolare si limiti a mimare tali meccanismi in superficie, restando nella sostanza ancorata ai propri schemi, alle proprie logiche, alle proprie prospettive “autoreferenziali”⁴³.

Potrebbe però verificarsi una seconda diversa ipotesi, ossia una assimilazione parziale del “sistema-impresa” ai *patterns* punitivisti ed eticisti propugnati dal delegante pubblico. Una parte del gruppo sociale delegato all’autonormazione “penale”, cioè, potrebbe effettivamente aderire ad una autoregolazione di tipo coercitivo e moralistico; ad esempio l’alta direzione e i professionisti della *compliance* interni all’impresa. In questo caso, ovviamente, non si ha una reazione negativa compatta allo stimolo autonormativo ma può comunque esservi un effetto collaterale di carattere disfunzionale. Infatti, consimile appesantimento dell’ordinamento autonormato, come cennato⁴⁴, può incrinare se non distruggere i rapporti fiduciosi tra i vari membri e inoltre può favorire la formazione di “sacche di resistenza (sub)culturale”. Se una parte dei destinatari dell’autoregolazione dell’ente non condivide i contenuti delle regole o le modalità con le quali vengono imposte, il fatto che vi sia un’altra parte che invece aderisce a tali regole e che ha il potere di sorvegliarne l’osservanza e di punirne l’inosservanza non assicura certo l’adeguamento del primo sotto-gruppo; anzi, è probabile che l’ossequio a quelle regole sussista esclusivamente nella misura in cui il secondo sotto-gruppo riesca a monitorare l’altro e ad assoggettare i trasgressori a sanzioni esemplari. Il probabile risultato finale è quello di una significativa cifra oscura di violazioni, poiché i membri appartenenti al primo sotto-gruppo non avranno nessuno stimolo ad una *willing deference*, ad una osservanza delle norme derivante dalla loro interiorizzazione, avendo piuttosto incentivi a “razionalizzare” l’inosservanza come risposta – occulta – ad un’autoregolazione coattiva, improntata a schemi *command-and-control* enfatizzati da afflitti moralistici⁴⁵. Peraltro, anche in questa ipotesi non è escludibile un “effetto

⁴³ Quella esposta, chiaramente, non è una visione autopoietica “pura”, distaccandosi dalla concezione luhmanniana della società come insieme di sotto-sistemi comunicativi ontologicamente autonomi. Per la lettura in chiave autopoietica dei fenomeni autonormativi restano imprescindibili gli studi di G. Teubner: *inter alia*, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review* 1983, 239 ss.; *Law as an Autopoietic System*, Oxford-Cambridge 1993; *Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme – Law and Social Theory: Three Problems*, in *Ancilla iuris* 2014, 183 ss.

⁴⁴ V. *supra*, par. 3.1

⁴⁵ Sui rapporti tra “*criminalized compliance*” e “*rationalization process*”, v. ancora T. Haugh, *op. cit.*, 140 ss.; sulla incapacità dei sistemi *command-and-control* di assicurare un diffuso e duraturo rispetto delle regole e sulla loro attitudine a prosciugare le risorse morali dei gruppi sociali, alimentando una «*culture of distrust*» e affine le stesse tendenze devianti, v. T.R. Tyler, *Self-Regulatory Approaches to White-Collar Crimes: The Importance of Legitimacy and Procedural Justice*, in *The Criminology of White-Collar Crimes*, a cura di S.S. Simpson-D. Weisburd, Heidelberg-New York-Dordrecht 2009, 195 ss.; T.R. Tyler-S.L. Blader, *Can Businesses Effectively Regulate Employee Conduct?*, *cit.*, 1143 ss.; R. Trinkner-T.R. Tyler, *Legal Socialization:*

rimbalzo”, per cui l'imposizione da parte del legislatore di modelli autoregolativi “esasperati”, in quanto ripetitivi di meccanismi coercitivi e infarciti di contenuti eticizzanti, provochi una (almeno) parziale crisi di rigetto nell'ente collettivo, la quale possa poi transitare da tali strumenti autoregolativi alla stessa legislazione penale al cui servizio questi vengono posti; tale rischio di “dequotazione” delle norme statuali come epifenomeno della reazione alle regole autonormate delegate si presenta tanto nel sopradetto caso di rifiuto compatto da parte dell'ente della *criminal(ized) compliance* quanto nel caso di suo accoglimento solo parziale.

Vi è infine un ultimo perniciosissimo effetto collaterale, discendente dal connubio tra diritto penale, autoregolazione ed eticismo: l'erosione del principio di laicità e la riduzione del pluralismo etico-sociale. Almeno negli ordinamenti democratici d'ispirazione liberale e personalista è vietata l'incriminazione della mera immoralità: l'offesa a valori etico-culturali che non passa per l'offesa concreta a beni giuridici “afferrabili” rimane – in via di principio – esclusa dalla rilevanza giuridico-penale; lo impongono garanzie “classiche” della materia penale – materialità, offensività, sussidiarietà – che vanno a saldarsi con le radici più profonde dello Stato costituzionale, laico e pluralista⁴⁶. La “delega penale” agli enti privati, se malevolmente o maldestramente indirizzata dal legislatore, rischia di esitare nell'aggiramento di quelle basilari garanzie, poiché l'ordinamento autonormato può essere indotto a fare ciò che è proibito a quello statale: punire la devianza dal costume sociale dominante. È vero che si tratterà di una punizione non criminale, ristretta alla sfera disciplinare o a quella negoziale, e che in via generale è perfettamente ammissibile che gli enti privati perseguano scopi puramente ideali, conformando a questi il proprio ordinamento interno. Tuttavia, non si può non considerare che qui non sono in gioco fenomeni d'autonormazione spontanea (*per se* espressivi del pluralismo etico-sociale) ma fenomeni di autonormazione preordinata dallo Stato a scopi politico-criminali mediante norme afferenti al sistema giuridico-penale. Il tipo di autoregolazione in questione, per un verso, è “nobilitato” dal perseguimento di un fine pubblico primario come la lotta al crimine e, per altro verso, è potentemente stimolato da forme di responsabilità punitiva dello stesso ente autonormativo legate ai casi di omissione autoregolativa. Come dire che a monte e a valle del processo autoregolativo sta la legge

Coercion versus Consent in a Era of Mistrust, in *Annual Review of Law and Social Science* 2016, 417 ss.; sul pericolo della «fabbrica caserma», v. A. Sereni, *L'ente guardiano*, Torino 2016, 74 ss.

⁴⁶ Sono osservazioni elementari ma il rapporto tra diritto penale e laicità (non ridotta a mera a-confessionalità) è tutt'altro che semplice; ci limitiamo a richiamare i due volumi collettanei Aa. Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010; Aa. Vv., *Laicità e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi-P. Veneziani-Fr. Mazzacuva, Bologna 2022.

penale. Se questa legge penale chiede agli enti privati delegati di tutelare, anche mediante meccanismi coattivi autonormati, eterei valori etico-culturali sulla scorta dell’assimilazione di atteggiamenti, dichiarazioni e stili di vita puramente immorali a indici sintomatici di un rischio-reato, pare evidente che ne esca sfigurato non solo l’ordinamento “particolare” ma anche l’ordinamento “generale” delegante. Se la delega autonormativa in materia penale diviene l’occasione per spandere a largo raggio ondate moralizzatrici, contrabbandandole per prevenzione criminale, iniziano a scricchiolare le fondamenta dell’ordinamento costituzionale.

Quest’ultimo effetto collaterale, assolutamente indesiderabile e alfine disfunzionale, sembra un rischio tutto sommato remoto, ma forse non è del tutto obliabile⁴⁷. Si pensi ad un’impresa del settore del recupero dei rifiuti che, all’interno del suo Codice etico, vada a proscrivere ogni esternazione di “negazionismo climatico” inquadrandola come manifestazione di disprezzo delle esigenze di protezione ambientale e casomai come sintomo di un’inclinazione a commettere illeciti ambientali. Quest’ipotesi di fervoroso *commitment* aziendale non è poi così fantasiosa, mentre è certamente improbabile che un ordinamento statuale pretenda che le organizzazioni private dimostrino la loro fedeltà al diritto penale ambientale vietando a dipendenti e appaltatori di esprimere osservazioni critiche sulle politiche *green* adottate dai decisori pubblici o sugli studi climatologici che le supportano. Improbabile, ma non impossibile: la tentazione di piegare il diritto punitivo alla repressione delle idee che ci ripugnano è sempre presente ed è più insidiosa quando è possibile delegare qualcuno a farlo al posto nostro.

⁴⁷ D’altronde «l’uso salvifico delle leggi punitive o del controllo dell’ordine pubblico è assunto a religione di massa» e «Il fenomeno è mondiale»: M. Donini, *Il penale come religione e l’ennesima riforma della giustizia*, in *Sistema penale*, 18.7.2023. Se il “penale” è sacralizzato come sommo tutore dell’etica pubblica, è innegabile il rischio che la dimensione moralistica si espanda fino a sformare i tipi criminosi esistenti e a legittimare la creazione di nuove incriminazioni sganciate da una reale offensività delle condotte, oltre che, appunto, la delega ai privati di funzioni punitive in chiave moralizzatrice.