

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

*Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Risicato
A. Vallini, F. Viganò*

Sezione I
Monografie

Davide Bianchi

Autonormazione e diritto penale

Intersezioni, potenzialità, criticità



Giappichelli

CAPITOLO I

CONTENUTI NUCLEARI E LOGICA DELL'AUTONORMAZIONE

SOMMARIO: 1. Definizione basica di autonormazione. – 1.1. Premesse di teoria generale del diritto: il pluralismo giuridico. – 1.2. Suggestioni sociologiche: la teoria autopoietica. – 2. L'ascesa dell'autonormazione nella società globalizzata. – 2.1. Dall'autonomia privata all'obbligo autonormativo: dal "mancipio dei privati" alla delega del controllo del rischio. – 2.1.1. Il dovere di gestione del rischio mediante autonormazione nell'ordinamento italiano. – 2.2. Il principio di sussidiarietà. – 3. Modelli generali di autonormazione. – 3.1. Dentro gli ordinamenti autoregolati: prospettiva intra-ordinamentale. – 3.1.1. Autonormazione collettiva vs. autonormazione particolare. – 3.1.2. Autonormazione orizzontale vs. autonormazione verticale. – 3.1.3. Autonormazione persuasiva vs. autonormazione coattiva. – 3.2. Tra autoregolazione ed eteroregolazione: prospettiva inter-ordinamentale. – 3.2.1. Autonormazione spontanea vs. autonormazione delegata. – 3.2.1.1. Autonormazione recepita. – 3.2.1.2. Delega autonormativa: onere vs. obbligo. – 3.2.2. Autonormazione ad efficacia interna vs. autonormazione ad efficacia esterna.

1. *Definizione basica di autonormazione.*

L'autoregolazione quale fenomeno giuridico manifesta fin da subito una natura paradossale.

A seconda della visione ordinamentale da cui si muove, oscilla tra il *minimum* della mera apparenza giuridica, simulacro di diritto più che parte integrante dell'ordinamento, e il *maximum* della piena giuridicità, forma purissima, originaria, universale del diritto.

Agli occhi del giurista positivista, fedele ai dogmi della modernità statalistica e legalistica, essa appare un oggetto misterioso, sospeso tra l'irrelevanza giuridica e l'illiceità: è lo Stato sovrano che pone e applica le norme; l'esercizio del potere nomopoietico, giurisdizionale ed esecutivo al di fuori delle istituzioni statuali risulta in tale prospettiva meramente apparente, poiché privo del crisma della giuridicità e dunque ri-

dotto ad un rilievo puramente sociale, potendo tutt'al più ricevere una qualificazione d'antigiuridicità ove ricadente in un divieto posto da una fonte pubblicistica.

In un'ottica pluralistica invece, sia essa rimontante da concezioni premoderne oppure sospinta dalla presa d'atto del caotico reticolato di fonti extra-statali che caratterizza la realtà globalizzata postmoderna, la presenza di aggregati sociali che si autoregolano con diversi gradi di autonomia dalle istituzioni pubblicistiche risulta un dato comune, ordinario dell'esperienza giuridica; non solo un fenomeno sociale assolutamente evidente, tanto nel fluire di una storia plurisecolare quanto nella stringente attualità, ma anche un fenomeno propriamente giuridico, dotato di un'intrinseca giuridicità a prescindere dal riconoscimento da parte di fonti di matrice statale o sovranazionale¹.

L'autonormazione sembra così fluttuare tra un'annichilente prospettiva monista e un'opposta prospettiva pluralista che la eleva a dimensione fondamentale e pervasiva del diritto.

Ma, quale che sia l'opzione ordinamentale di fondo, la natura paradossale del fenomeno autoregolativo prontamente affiora anche laddove si tenti di individuarne un nucleo concettuale minimo, una definizione di partenza necessaria a dargli quell'inquadramento generale che costituisce la logica premessa del suo raffronto con il sistema giuridico-penale.

Il lemma *autonormazione*, così come quello più estensivo *autoregolazione*², evoca immediatamente un rapporto di identità, di coincidenza – almeno tendenziale – tra chi enuclea la norma e ne cura l'attuazione e chi ne risulta destinatario; autoregolazione, *self-regulation*, *autorégulation*, rimandano, nel loro significato minimo e più immediato, all'idea

¹ Cfr., tra gli studiosi dei fenomeni autonormativi in prospettiva pluralistica, F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.; N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 89 ss.; P. COLLIN, "Autorégulation sociétale" et "autorégulation régulée" – des catégories fécondes pour une analyse (juridico)-historique?, in *Trivium*, 2016, p. 1 ss.; più in generale P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2003; ID., *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Marietti, 2017, p. 35 ss.; ID., *Oltre la legalità*, Laterza, 2020; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato, una genealogia storica*, Il Mulino, 2020, p. 139 ss.

² Nella presente trattazione i due termini verranno usati come sinonimi, come precisato nel prossimo paragrafo; in genere il concetto di "autoregolazione", derivando da quello di "regolazione", è impiegato per descrivere anche fenomeni non strettamente giuridici, come in campo economico, biologico o psicologico. Nella presente sede ci si occuperà della autoregolazione/autonormazione quale fenomeno strettamente giuridico, seppure la prospettiva adottata non sia rigidamente normativista.

di una *circolarità* nell'opera di regolazione: l'attività di *law making* e di *law enforcement* origina da coloro a cui è destinata³.

Tale coincidenza tra autori e destinatari della *regulation*, se intesa in senso stretto, porterebbe *per se* l'autonormazione ai margini del diritto, poiché una perfetta sovrapposizione tra l'autore della "norma" e chi risulta da questa vincolato o facoltizzato appannerebbe la stessa giuridicità della presunta "norma", non essendovi alcun reale vincolo laddove il soggetto abbia la piena libertà di abolirlo ora per allora e non essendovi nessuna rilevanza giuridica di una qualche specifica facoltà laddove il soggetto goda di una sovranità assoluta⁴. In questa ipotesi sprazzi di effettiva giuridicità emergerebbero solo qualora un soggetto altro assumesse quei vincoli e quelle facoltà autocate come giuridicamente rilevanti per quel medesimo soggetto che le ha create o per un soggetto terzo, imponendo loro di riconoscere come validi ed efficaci quei vincoli e quelle facoltà a prescindere dalle loro successive determinazioni; torneremmo allora al centro del campo del diritto ma ci ritroveremmo ai margini dell'autonormazione, manifestandosi piuttosto un fenomeno di eteronormazione.

Se invece la coincidenza tra regolatori e regolati venisse concepita in termini eccessivamente latenti, il fenomeno autonormativo acquisirebbe sì un'incontestabile giuridicità ma al contempo rischierebbe di perdere la propria identità, poiché arriverebbe ad identificarsi col diritto *tout*

³ V., *inter alia*, F. CAFAGGI, *op. cit.*, p. 547; G. DE MINICO, *L'esperienza di autoregolazione nel Regno Unito*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 699; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV. (C.E. PALIERO-S. MOCCIA-G.A. DE FRANCESCO-G. INSOLERA-M. PELISSERO-R. RAMPIONI-L. RISICATO a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, ESI, 2016, p. 117 ss.; S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1935; V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, B.U.P., 2014, p. 36 ss. e p. 70; nella dottrina anglosassone, che da lungo tempo si occupa del tema ma che, secondo il tradizionale approccio pragmatico, solitamente non assume i compiti definitori come primari, v. J. BLACK, *Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-regulation in 'Post-Regulatory' World*, in *Current Legal Problems*, 2001, p. 112 ss.; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in *Institute for Law & Economics Research Paper*, n. 12-06, p. 6 s.

⁴ In senso parzialmente contrario J.M. SILVA SANCHEZ, *Autonomía elemental como autonormatividad (Reflexiones veraniegas intemporales)*, in *InDret Penal*, 2019, p. 1 ss., il quale evita accuratamente di ridurre l'autonomia, come capacità di un soggetto di darsi norme da sé stesso, alla libertà negativa, ossia l'assenza di vincoli eteroimposti (provenienti da soggetti diversi da sé), ma riconosce comunque una dimensione normativa alla libertà positiva, intesa come "*propiedad de un sujeto que se da normas a sí mismo y de este modo se obliga*", sul presupposto di una possibilità di "scissione interiore" del soggetto; considerazioni profonde e in sé condivisibili ma che appaiono rilevare più sul piano dell'etica che su quello del diritto.

court. Infatti, se la coincidenza tra autore e destinatario – che è l'essenza dell'autonormazione – si fa del tutto astratta, idealizzata, simbolica, si potrebbero vedere fenomeni autonormativi in qualsiasi manifestazione giuridica, specie in ordinamenti che si definiscono democratici: lo stesso ordinamento dello Stato potrebbe esser visto come il prodotto autoregolativo della sovranità popolare, l'espressione giuridica con cui la *volonté générale* vincola la *généralité* medesima, così che si potrebbe affermare che le norme promananti dallo Stato-istituzione non sono altro che la forma di auto-organizzazione della comunità nazionale⁵. Ma una tale dilatazione del concetto di autonormazione non porterebbe solo ad un offuscamento dell'identità di quest'ultima ma soprattutto si rivelerebbe niente più che una mitologia giuridica, risultando una lente distorcente la realtà del diritto anziché una chiave di lettura utile alla comprensione di questa: come negare che le norme dello Stato possono esprimere il massimo della gerarchia e della coattività verso cittadini (e non cittadini!) che non le hanno minimamente volute e che possono anche essere totalmente ignari della loro esistenza? Il diritto penale c.d. artificiale può essere un chiaro esempio di questa normazione democratica ma nient'affatto autoregolativa: norme che esprimono la coazione e lo stigma massimi possono essere imposte da una risicata maggioranza parlamentare a milioni di persone che nemmeno hanno coscienza del contenuto di quei precetti.

Il concetto di autonormazione è così percorso da una tensione potenzialmente autodistruttiva: più si pretende una coincidenza effettiva tra regolatori e regolati più si tagliano fuori casi di regolamentazioni extra-statali pur tradizionalmente ricondotte al fenomeno autoregolativo, fino all'estrema conseguenza di fuoriuscire del tutto dalla dimensione giuridica riducendo l'autoregolazione all'"io individuale" che con atto squisitamente arbitrario limita sé medesimo; all'opposto, più si allarga e si idealizza il rapporto d'identità tra fattori delle regole e destinatari delle stesse più si tende verso fenomeni giuridici che appaiono tipicamente eteronormativi, perdendosi ogni capacità euristica della nozione di autonormazione.

⁵ Come noto il "dogma" del popolo sovrano come potere costituente permanente "incarnato" dall'organo parlamentare è tipico dell'ideologia rivoluzionaria francese: si veda la lucida ricostruzione di M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, 2002, p. 110 ss. V. pure N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 65 s., il quale rileva come lo "stato democratico" sia "fondato sul principio dell'autonomia, cioè sul principio che le leggi, che devono essere eseguite dai cittadini, debbono essere fatte dagli stessi cittadini"; già si era espresso in termini analoghi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, 1952, p. 105; pur secondo una diversa prospettiva, v. anche J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, XI ed., 1998, p. 65 s.

S'impone subito quindi la necessità di trovare un punto di equilibrio per non rimanere intrappolati nel paradosso, nella consapevolezza che l'oggetto dell'indagine è sfaccettato e sfuggente, naturalmente refrattario a rigide categorizzazioni.

Questo punto d'equilibrio iniziale, indispensabile per avviare l'analisi del fenomeno autonormativo in sé e nei suoi rapporti con il diritto penale, può essere trovato (o stipulativamente fissato, se si vuole) nei seguenti tre caratteri identificativi: la *socialità*, la *volontarietà*, la *sanzionabilità*.

L'autonormazione non può che scaturire da una dinamica intersoggettiva, che vanta una sua certa autonomia, più o meno marcata ma comunque esistente, dalla dimensione istituzionale pubblicistica; è il carattere della socialità: il *self-ordering* tende a strutturare gruppi sociali che non restano integralmente assorbiti nelle istituzioni statuali o sopranazionali⁶.

L'autonormazione deve esibire un qualche grado di partecipazione dei regolati all'attività di regolazione, esorbitando dal fenomeno autonormativo un'attività di *ius facere* e di *ius dicere* subita passivamente da soggetti che non possono sottrarsi; è il carattere della volontarietà: l'autoregolazione presuppone che i membri del *self-regulatory body* conservino una qualche rilevanza effettiva nel processo autonormativo o quantomeno abbiano la facoltà di aderire o meno ai prodotti giuridici da questo generati⁷.

L'autonormazione deve esprimersi nella formulazione o nella applicazione di norme giuridiche, non potendo rimanere confinata in una dimensione etico-sociale; come fenomeno propriamente giuridico deve presentare un seppur minimo grado di vincolatività, quand'anche indiretta: pur senza sposare teorie imperativiste, infatti, è arduo riconoscere il carattere della giuridicità laddove il divieto e il comando siano totalmente sprovvisti di sanzione, laddove la facoltà o il diritto non possano esser fatti valere verso nessuno, laddove il risultato positivo derivante

⁶ V. per tutti, A. OGUS, *Self-Regulation*, 1999, in AA.VV. (B. BOUCKAERT-G. DE GEEST a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. V, Edward Elgar, p. 587 ss.; A. OGUS-E. CARBONARA, *Self-regulation*, in AA.VV. (F. PARISI a cura di), *Production of legal rules*, Edward Elgar, 2011, p. 228 ss.; J. BLACK, *op. cit.*, loc. cit.; P. COLLIN, *op. cit.*, loc. cit.; recentemente S.B. TAVERRITI, *op. cit.*, p. 1937 ss.

⁷ Spunti in J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, p. 24 ss. Sull'elemento della volontarietà come libera autolimitazione dell'individuo nel momento in cui aderisce al gruppo autonormato, cfr. S. STACCA, *La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla c.d. autodisciplina: in particolare, il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 511 e p. 517.

dall'assolvimento di un onere sia raggiungibile pretermettendo totalmente quest'ultimo o al contrario non debba esser riconosciuto in caso di soddisfacimento dell'onere. Il diritto per sua natura definisce, organizza, impone⁸. La presenza di "norme secondarie" che permettono il funzionamento e, in definitiva, l'effettività delle "norme primarie" appare essenziale: non è essenziale che il gruppo autoregolato le ponga entrambe ma, nel caso in cui questo non voglia o non possa attivare propri meccanismi applicativi delle norme primarie *self-generated*, occorre che vi sia un ordinamento esterno capace di garantire l'applicazione delle regole autonormate; è il carattere della sanzionabilità⁹.

Con ciò sembra riemergere il paradosso: il carattere della volontarietà può apparire in contrasto con quello della sanzionabilità, dato che quest'ultimo implica una posizione di soggezione, di passività rispetto alla normazione che pare manifestare un'anima eteroregolativa.

La dimensione cronologica, tuttavia, consente di mantenere l'equilibrio dei due elementi all'interno della definizione d'autonormazione: nel gruppo autoregolato il singolo può partecipare attivamente alla produzione delle norme e del tutto liberamente decidere di sottoporsi ad esse (elemento di volontarietà) ma, perché tali norme possano risultare giuridiche, occorre che poi egli resti loro in qualche modo vincolato (elemento di sanzionabilità); ossia, l'adesione a certe norme è libera, volontaria, ma poi esse si "oggettivizzano" per colui che vi ha aderito, anche se ne è l'autore diretto, diventano per lui un qualcosa che vive e opera al di fuori di sé e che gli altri soggetti del gruppo (o soggetti esterni) hanno il potere di imporgli. Vi sono pertanto almeno due scansioni temporali: quella dell'adesione alla norma, che è espressione della libera volontà del soggetto e che può essere preceduta – ma non necessariamente – dalla fase di partecipazione all'elaborazione della norma all'interno dell'aggregato sociale; quella di soggezione alla norma, almeno fintanto che il soggetto permane in quell'aggregato sociale. I termini però possono anche essere esattamente rovesciati: può sempre considerarsi autonormazione l'imposizione all'interno di un gruppo di certe norme a cui una parte dei *socii* non ha prestato minimamente il proprio apporto, pur risultandone destinatari, e del caso nemmeno la

⁸Dato comune alle varie concezioni generali del diritto; con riferimento all'autonormazione, v. T. HAVINGA-A. JETTINGHOFF, *Self-Regulation in Business: Beyond Associational Self-Regulation*, in AA.VV. (F. VAN LOON-H. VAN AEKEN a cura di), *60 maal recht en 1 maal wijn*, Acco, 1999, p. 610 ss.; N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 93 ss.; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, 2010, p. 275 ss.

⁹Cfr. F. CAFAGGI, *op. cit.*, p. 551; N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 93 ss.

loro adesione, risultandone vincolati per il semplice fatto della inclusione in quel gruppo; tuttavia, può leggersi ancora un fenomeno autonormativo laddove quei *socii* abbiano la facoltà di dissociarsi, di abbandonare il gruppo, sottraendosi così a quelle norme da essi non prodotte (il che significa che restando nel gruppo realizzano una sorta di adesione tacita a quelle norme, in tal modo assumendole come proprie)¹⁰.

La base quindi d'ogni fenomeno autonormativo è un aggregato sociale con una propria capacità di autoregolazione in senso propriamente giuridico¹¹; tale autoregolazione del gruppo però non può tradursi in pura eteronormazione nei confronti dei suoi membri, i quali devono essere liberi di aderire ai prodotti autoregolativi della *societas*, potendo scegliere se assoggettarvisi o meno (anche se la partecipazione a quel gruppo potrebbe essere di per sé obbligatoria), oppure – come minimo – devono essere liberi di lasciare la *societas* e con essa la soggezione alle sue norme (in tal caso la partecipazione al gruppo non può che essere volontaria)¹².

Risalta allora un'incompatibilità "ontologica" tra l'autonormazione e il diritto penale consegnatoci dalla tradizione giuspositivistica: quest'ultimo vincola tutti i soggetti presenti sul territorio dello Stato e tutti

¹⁰ *Contra* P. COLLIN, *op. cit.*, p. 14, il quale individua il modello della *autorégulation contrainte*, cui riporta i casi di formazioni sociali autogovernate ma obbligatorie, essendo obbligatoria la partecipazione ad esse per determinate categorie di soggetti (come le corporazioni di mestieri pre-moderne); tuttavia, a ben vedere, nemmeno in questi casi vi è un'impossibilità assoluta di scioglimento del vincolo associativo, essendo 'sufficiente' dismettere la funzione che comporta l'affiliazione forzosa all'ente autoregolato (nell'esempio, se l'artigiano cessa l'esercizio del mestiere, fuoriesce dalla corporazione). V. anche F. CAFAGGI, *Private Law-making and European Integration: Where Do They Meet, When Do They Conflict?*, in AA.VV. (D. OLIVER-T. PROSSER-R. RAWLINGS), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford University Press, 2010, p. 206, il quale, dopo aver definito il "Private Law-Making" (PLM) come fenomeno sostanzialmente auto(co)regolativo, afferma che "Within PLM we find regimes whose membership is purely voluntary and regimes where it is compulsory", specificando però che "Entry is voluntary but once a party has subscribed to the regime compliance is mandatory and violations are sanctioned".

¹¹ Come confermato anche dalla definizione data fin dal 1994 dall'O.C.S.E., rapporto *Meeting on Alternatives to Traditional Regulation*, p. 7, che definisce la "self-regulation" come "process by which an organized group regulates the behaviour of its members".

¹² Per una forte valorizzazione dell'aspetto volontaristico (e personalistico) v. P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in AA.VV. (S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, 2016, p. 20 ss., il quale distingue tra "legislazione privata" (o "autolegislazione in senso stretto") e "autonomia" (o "autolegislazione autonoma"), intendendo la prima quale forma di esercizio di un potere privato che può assumere tratti sostanzialmente autoritari (sebbene possa essere mascherato da forme "consensuali") e la seconda come libera creazione normativa da parte dei destinatari delle norme stesse, che presuppone e promuove coesione sociale; v. anche *infra* (Cap. I. par. 3.1.2).

i soggetti che, a prescindere dal criterio di territorialità, ricadono sotto la giurisdizione dello Stato per come questo ha voluto disegnarla, del tutto indifferentemente dalla loro volontà; non c'è nessuna adesione volontaria allo *ius criminale*, come nessuna *opt-out* da potersi giocare quale *extrema ratio*. Eppure sempre più il sistema penale è attraversato da fenomeni autonormativi e sempre più il legislatore punta sull'autoregolazione degli organismi non statuali per il controllo della criminalità. Il tentativo di leggere tali fenomeni e di sistematizzarli è appunto l'oggetto della presente trattazione.

1.1. *Premesse di teoria generale del diritto: il pluralismo giuridico.*

Fin dalle prime battute del presente studio è risultata evidente l'esigenza di adottare una visione ordinamentale pluralistica per una lettura dei fenomeni autoregolativi quali fattori innovativi, espansivi dell'esperienza giuridica, quali parte attiva della vita del diritto e non semplice oggetto di eventuali qualificazioni giuridiche eteronome, ossia di qualificazioni provenienti da ordinamenti posti in posizione di alterità e di superiorità rispetto a tali fenomeni. Se si resta agganciati ad una concezione vetero-positivista dell'ordinamento, rigidamente monista e statalistica, è impossibile riconoscere una piena giuridicità all'autoregolazione posta in essere dalle formazioni sociali diverse dallo Stato-nazione. In ottica positivista, "moderna" nel senso storico del termine, l'autonormazione al più può assumere parziale rilevanza giuridica laddove rientrante in una qualche fattispecie posta dalle fonti statuali, ma non avrà autonomo rilievo giuridico, poiché necessiterà sempre della mediazione delle norme validamente emanate dalle istituzioni pubbliche. Se invece si ammette il pluralismo giuridico, i fenomeni di autodisciplina pullulanti nella realtà sociale possono essere concepiti come fenomeni propriamente e autonomamente (intrinsecamente) giuridici, non confinati nella sfera socio-economica: le norme auto-prodotte e auto-applicate possono essere considerate norme giuridiche, non solo norme sociali, norme etiche o mere estrinsecazioni di rapporti di pura forza.

Non è certo un caso che la giuridicità delle autoregolamentazioni delle varie comunità territoriali, economiche, religiose fosse un dato assolutamente scontato nell'Antico regime, fino a quando lo Stato nazionale non si consolidò, come entità politica e come concetto giuridico, così come non è certamente casuale che le analisi giuridiche sui fenomeni autoregolativi si siano moltiplicate a partire dal manifestarsi della

grande “crisi dello Stato” portata dalla dirompente globalizzazione dei mercati e dalla frammentazione socio-culturale¹³.

La premessa teorica fondamentale della presente trattazione è dunque il pluralismo giuridico, inteso come pluralismo degli ordinamenti giuridici e non semplicemente come pluralismo delle fonti del diritto: laddove sussista un aggregato sociale dotato di un minimo di autonomia, stabilità ed organizzazione, può rintracciarsi un fenomeno giuridico, poiché la sua stessa sussistenza è legata all'esistenza di un qualche vincolo tra i partecipi che, conferendo struttura e modalità operative al gruppo, lo erige in “istituzione”, quindi in ordinamento.

Chiaramente qui si recepisce la nota teoria “istituzionistica” elaborata da Santi Romano in quella vera e propria pietra miliare del pensiero giuridico che è “L'ordinamento giuridico”¹⁴; con lui si può affermare che *ubi societas ibi ius* e *ubi ius ibi societas*¹⁵.

Il concetto romaniano di “istituzione” implica due dei tre caratteri identificativi dei fenomeni autonormativi che abbiamo visto sopra: quello della “socialità” e quello della “sanzionabilità”; non sembra invece implicare il requisito della “volontarietà”.

Come noto e come appena ricordato, l'elemento della “socialità” è costitutivo dell'“istituzione”, risultando in rapporto simbiotico, circolare, con la giuridicità: “l'istituzione è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo [...] scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale [...] Ciò significa che l'istituzione [...] è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un'istituzione, e l'istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto”¹⁶.

¹³ Cfr. Autori citati alla nota 1, nonché M. ROSBOCH, *Le comunità intermedie tra libertà e potere nella tradizione occidentale*, in P. GROSSI, *Le comunità intermedie*, cit., p. 7 ss.; D. SICLARI, *op. cit.*, p. 277 ss.; G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in AA.VV. (G. TEUBNER a cura di), *Global Law Without a State*, Brookfield, 1997, p. 1 ss. Peraltro il citato studio di P. Collin dimostra come l'autoregolazione, seppur irregimentata in varia forma, fosse un fenomeno ben presente ed estremamente significativo anche nel XIX secolo, in piena età moderna, malgrado la sua marginalizzazione da parte dei teorici dell'epoca.

¹⁴ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946 (edizione originale, Pisa, Mariotti, 1918).

¹⁵ SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 21, non a caso costantemente richiamato negli studi sull'autonormazione: *ex multis*, S. RODRIQUEZ, *Self-regulation as a regulatory strategy: The Italian legal framework*, in *Utrecht Law Review*, 2007, p. 145; in prospettiva giuspubblicistica, D. SICLARI, *op. cit.*, p. 287 ss.; in prospettiva internazionalistica, N. BOSCHIERO, *op. cit.*, in particolare p. 117 ss.; in prospettiva penalistica, S.B. TAVERRITI, *op. cit.*, p. 1941 s.

¹⁶ Citazioni testuali da SANTI ROMANO, *op. cit.*, pp. 31-36.

Va però precisato che può trattarsi di una socialità estremamente ridotta e precaria, come quella che connota i rapporti contrattuali: anche al di fuori dei contratti “associativi”¹⁷, il *negotium* contrattuale può porsi come fonte del diritto in senso proprio, ossia come fattore nomopoietico e non come semplice strumento di concretizzazione delle norme poste da un ordinamento superiore (tradizionalmente quello statale). Come ammesso dallo stesso Santi Romano a partire dalla seconda edizione de “L’ordinamento giuridico”, i negozi giuridici “pongono in essere non soltanto rapporti, ma anche norme che regolano questi rapporti e sono giuridiche, cioè istituzionali”¹⁸. L’idea, come noto, è poi ripresa e ampiamente sviluppata dal figlio, Salvatore Romano, il quale, partendo dall’ultima elaborazione paterna, ricostruisce l’autonomia privata (dei singoli soggetti privati) come “potestà di darsi un ordinamento”, potere normativo originario, naturale, riconosciuto ma non concesso dallo Stato¹⁹, potere autoregolativo dei *particulares* che si

¹⁷ I contratti volti cioè a dar vita ad un ente collettivo, sia esso un’associazione, una società o una fondazione.

¹⁸ V. SANTI ROMANO, *op. cit.*, nota 47 *quater*, p. 58. Ancora più esplicita la presa di posizione in favore della “normatività” dei negozi giuridici in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, ove questi vengono nitidamente definiti come “atti giuridici non autoritari che regolano i rapporti in essi contemplati: in breve, gli atti giuridici normativi non autoritari” (p. 30, edizione Quodlibet, 2019), precisandosi che “I negozi sono sempre normativi o precettivi, che dir si voglia; gli atti che non hanno carattere negoziale o non sono normativi o sono atti di autorità” (p. 31 s., edizione Quodlibet, 2019; v. anche, *ivi*, p. 47 ss., ove si chiarisce che un ordinamento privato “originario” non può nascere dalla “semplice volontà privata” scissa da una riconoscibile organizzazione sociale ma si ribadisce anche con forza il carattere normativo dell’autonomia privata e quindi dei negozi privati, che, pur innestandosi nell’ordinamento statale, sono “fonte di norme” e non soltanto di rapporti giuridici intersoggettivi).

¹⁹ SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 249 ss., in particolare p. 282 ss., il quale identifica l’“ordinamento particolare privato” con l’“ordinamento della sfera giuridica del soggetto”, al quale competono “poteri riassumibili come poteri di ordinamento” (p. 288 s.); il diritto obiettivo è visto come “effetto dell’atto della volontà privata”, anche se poi l’“efficacia [...] proviene, di regola, da un ordinamento superiore” (p. 289), restando comunque vero che “un atto [negoziale] può avere per effetto la creazione di un ordinamento benché non sussistano le condizioni richieste dall’ordinamento statale perché quell’atto espliciti quell’effetto” (p. 303); ID., *Autonomia privata*, Giuffrè, 1957, *passim*, specialmente p. 76 ss. Per Salv. Romano anche dai negozi unilaterali, quale il testamento, possono scaturire ordinamenti giuridici (privati), ma è dubitale che gli atti unilaterali rientrino tra le fonti autonormative; v. *infra*. La felice definizione dell’autonomia quale “potestà di darsi un ordinamento giuridico [...] che individui od enti si costituiscono da sé” risale all’elaborazione di SANTI ROMANO, *Frammenti*, *cit.*, p. 30 e p. 37 (edizione Quodlibet, 2019), il quale però tiene a precisare che la figura dell’autonomia può prescindere da ogni potestà, potendosi manifestare “anche in modo del tutto involontario e anonimo, cioè con delle consuetudini” (*ivi*, p. 38).

esplica non solo nella dimensione statica della configurazione delle regole che sostanziano il rapporto negoziale ma anche in quella dinamica della “scelta del tipo di azione, volta all’instaurazione della regola”, ossia delle “fattispecie e [de]i procedimenti del loro agire negoziale”²⁰.

Conviene chiarire il punto. Il fatto che non ogni atto negoziale sia fonte di norme non significa che nessun atto negoziale possa esserlo. Accanto agli accordi corrispondenti ai contratti “nominati”, concretizzazione cioè di tipi negoziali legali, i quali fungono essenzialmente da fonte di disciplina dei rapporti intersoggettivi ‘poggiata’ su di una normatività eteronoma e quindi risultano difficilmente riconducibili alle fonti (autonormative) di diritto obiettivo, pullulano negozi atipici che concorrono e talora confliggono con le fonti pubblicistiche nella produzione normativa; se ci si congeda da una visione positivista e Statocentrica, è agevole riconoscere la giuridicità di tali fenomeni (auto)regolativi anche laddove misconosciuti o addirittura contrastati dal diritto statale. Se si ammette una concezione pluralistica, è consequenziale cogliere nell’autonomia negoziale dei *particulares* una possibile *fons iuris*, indipendentemente da una qualche “concessione” da parte del potere sovrano²¹. Il fatto poi che solitamente (ma non necessariamente) le

²⁰ Come opportunamente precisa G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nel sistema delle fonti*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, p. 114, il quale tuttavia non accoglie la teoria del pluralismo ordinamentale, riconducendo ad unità le varie fonti del diritto nel quadro della Costituzione.

²¹ In sintonia col pensiero romaniano, tra gli altri, G.B. FERRI, *L'autonomia dei privati come sistema ordinato ed ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in AA.VV., *Salvatore Romano, giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Giuffrè, 2007, p. 17 ss.; E. RUSSO, *La legge e le fonti del diritto*, in AA.VV. (E. RUSSO a cura di), *Interpretazione della legge civile e “ragione giuridica”*, Cedam, 2003, p. 126, il quale sostiene che “l’autonomia privata debba essere considerata vera e propria fonte del diritto, operante *in concorso* con la legge. L’attività negoziale o contrattuale (comunque la si voglia definire) è una attività che produce una norma giuridica (l’autovincolamento) operante nel concreto dei rapporti umani; ed è quindi fonte del diritto”; G. SINISI, *Gli Ordinamenti giuridici privati e l’Autonomia privata in Salvatore Romano*, in AA.VV. (G. FURGIUELE a cura di), *Salvatore Romano*, ESI, 2015, p. 493 ss.; M. SPANÒ, *Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della “topologia moderna”*, in AA.VV. (P. SIRENA-A. ZOPPINI a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma Tre-Press, 2018, in particolare p. 35 ss.; anche P. FEMIA, *op. cit.*, loc. cit., individua inequivocabilmente l’autonomia privata come fonte del diritto ricostruendo l’autonomia come “criterio costituzionale del rapporto tra fonti” per cui deve ritenersi vietata “l’invalidazione delle norme altrui [comprese quelle autoformate dai privati cittadini] per la sola ragione della loro provenienza aliena”; si veda inoltre l’opera ‘avanguardista’ di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Sampaolesi, 1929, il quale, nelle materie non regolate né dalla legge statale né dalla consuetudine, scorge un “diritto dei privati” – distinto dal “diritto privato”, che è “complesso di *volontà statuali* miranti a regolare rapporti tra persone private” (p. 3 s. dell’edizione a cura di Giuffrè, 1963, con presentazione di Salv. Romano) – ove “domina l’autonomia della volontà” (p. 24, ed. 1963), rilevando che “i privati creano, a volte, rapporti

norme di fonte contrattuale vincolino solamente i contraenti, risultando così prive dei crismi della generalità e astrattezza (rispetto alla società nel suo complesso), non sembra che possa valere a disconoscerne l'intima giuridicità, essendo anzi una caratteristica identitaria dei fenomeni autonormativi quella di porre vincoli giuridici solo a carico di chi voglia aderirvi²². Peraltro, quest'ottica pluralistica d'ascendenza premoderna – rimasta minoritaria per tutta l'età moderna – si rivela perfettamente confacente ai fenomeni giuridici extra-statali che contraddistinguono la post-modernità: l'«esplosione» del commercio transnazionale, la globalizzazione dei mercati, l'infittirsi delle relazioni privatistiche *cross-border* rendono manifesto che le regolamentazioni definite a mezzo del

obbligatorî originali, non solo regolando ma anche costituendo vincoli giuridici” (p. 87, ed. 1963). Per J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, p. 43, il riconoscimento dei fenomeni autonormativi presuppone “*a reconceptualisation of contract as an instrument of regulation*”; il contratto è una forma di autoregolazione anche per H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, 1999, p. 63 s.; si veda anche G. LOSAPPIO, *La riforma del diritto penale societario in Gran Bretagna tra Self-Regulation e ipertrofia sanzionatoria*, Caccucci, 2008, p. 105 ss. e p. 148, il quale, nella sua approfondita indagine comparatistica, individua chiaramente le fonti negoziali come fonti di produzione giuridica, rilevando che secondo il “*radical monistic approach*” in campo di teorie societarie – fondato sul dogma della *shareholders primacy* – la *corporate law* si dissolve “nell'entropia dell'autonomia privata, in altre parole, della *self-regulation*” (p. 113).

Anche uno dei padri del formalismo normativista (e statalista), H. Kelsen, vede nel contratto un “metodo espressamente democratico di produzione giuridica”, dato che coloro che risultano obbligati sono i medesimi che partecipano alla formazione della norma: *op. cit.*, p. 107 s.; corre però l'obbligo di precisare che quando il grande teorico austriaco si riferisce alla norma autoprodotta dai privati intende la “norma individuale”, ossia “l'individualizzazione di una norma generale” pur sempre posta dallo Stato sovrano: secondo la concezione kelseniana, il negozio giuridico privato, al pari dell'ordinanza amministrativa, produce sì diritto ma costituisce “soltanto la continuazione del processo di formazione della volontà statale” all'interno di un ordinamento unitario (*ibidem*).

Tuttora non mancano autorevoli voci nel senso della “artificialità” della autonomia privata: v. per tutti N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 560, secondo cui “L'autonomia privata designa soltanto una classe tipica di fattispecie, prevista da norme [statali], che dispongono gli effetti secondo il contenuto deciso dalle parti”; ad avviso dell'illustre Autore pertanto l'autonomia negoziale “non è data alla legge, ma costruita dalla legge [...] Non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto [statuale] manipoli e lavori, ma soltanto l'autonomia definita dalla legge in un dato momento storico”. Tra gli studiosi dei fenomeni autonormativi, ritiene “irrelevanti i regolamenti di interessi particolari frutto dell'autonomia privata” S.B. TAVERRITI, *op. cit.*, p. 1938 s., la quale però ammette la possibilità di riconduzione all'autonormazione di “quelle fonti che, pur assumendo forme contrattuali, esplicano un'efficacia generale (o, comunque, generalizzabile) rispetto a una categoria di destinatari predeterminati (o predeterminabili) in astratto”, come ad esempio i contratti collettivi nazionali di lavoro. V. anche *infra*.

²² V. *supra* sul requisito della volontarietà; v. *infra* (par. 3.2.2) sulla distinzione tra autonormazione ad efficacia interna e autonormazione ad efficacia esterna.

contratto non acquisiscono consistenza giuridica solo perché applicative di fattispecie legali ma sono dotate di un intrinseco valore giuridico, che prescinde dal nesso con l'ordinamento statale, anche se nessun contratto vive in un 'vuoto pneumatico', avendo sempre una qualche *community* di riferimento, per quanto destrutturata e disomogenea²³.

Quanto poi al requisito della "sanzionabilità", questo, al pari del carattere della socialità, appare implicito nella definizione-base di "istituzione": secondo la teorica istituzionistica, infatti, se è vero che non ogni ordinamento prevede formali meccanismi sanzionatori, tuttavia occorre pur sempre una "garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile" la quale risulti, "in certo senso, preordinata e organizzata nello stesso edificio dell'ordinamento giuridico" allo scopo di conferire effettività alle norme primarie²⁴.

Quanto invece all'elemento della "volontarietà", appare evidente che non sia necessario per aversi una "istituzione", figurando quale carattere meramente accessorio, eventuale: anche al di fuori dell'apparato statale, ben possono esistere (sono esistite ed esistono) organizzazioni sociali gerarchiche e a partecipazione obbligatoria; queste ultime coincideranno con un ordinamento ma non saranno riconducibili alla nozione di autonormazione. Si pensi ad un esercito secessionista formato in forza di coscrizione obbligatoria: si tratta di un corpo sociale fortemente strutturato che sicuramente è identificabile come "istituzione" (non statale, o almeno non ancora tale) ma non avrà niente di autoregolativo nel senso proprio del termine; si esprime in norme assolutamente cogenti nei confronti di soggetti che sono forzati a prendervi parte. Non ogni "istituzione" dunque dà luogo ad un ordinamento autonormativo, ma soltanto quelle che rispondono al requisito della "volontarietà", dove cioè la capacità giuridica – la possibilità di essere de-

²³ V., per tutti, G. TEUBNER, *Global Bukowina*, cit., p. 13, il quale, in riferimento al contesto globale (dove manca un unitario livello politico-istituzionale), vede "*contracting itself as a source of law, as a source on equal footing with judge-made law and with legislation*"; v. anche *infra*. Ciò peraltro non significa che lo Stato sia marginale: anche in un contesto transazionale resta il legittimo detentore del potere di coazione; tuttavia il fatto che gli ordinamenti scaturenti dall'autonomia privata siano "imperfetti", in quanto privi di propri mezzi di coercizione, non li priva della loro natura ordinamentale, come già detto e come sarà ribadito a breve. Peraltro esistono i contratti *self-enforcing*, sempre più diffusi ed efficaci con lo sviluppo degli *smart contracts* che si avvalgono della tecnologia *blockchain*.

²⁴ SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 19; la "garanzia" può essere appunto solo "indiretta" e "mediata", come quando un certo ordinamento si 'appoggi' ad altro ordinamento, in qualche modo 'superiore', al fine di garantire il sanzionamento delle regole autoprodotte; v. ancora SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 32 e p. 115 ss.

stinatari di diritti e doveri – corrisponde ad una libertà di adesione alle norme di quell'ordinamento, semmai nella forma 'estrema' della facoltà di dissociazione *tout court* dallo stesso gruppo sociale²⁵.

Il concetto romaniano di "istituzione" consente altresì di precisare che gli ordinamenti che possono qualificarsi come autonormativi (per la presenza dell'elemento qualificante della "volontarietà"), come ogni altro ordinamento-istituzione, non sono riducibili ad un complesso di norme, intese come precetti generali ed astratti che vanno a dare rilievo giuridico a determinati rapporti sociali o comportamenti individuali, poiché la trama del diritto che li innerva è molto più estesa e profonda, involgendo i meccanismi di formazione e applicazione delle norme, i meccanismi di sanzionamento (come visto anche solo indiretti o mediati), il loro concreto dispiegarsi nella vita della *societas*, la struttura e l'organizzazione di quest'ultima. Come già anticipato, si tratta di una "normazione" in senso ampio, che può contemplare sia apparati ispirati ad archetipi squisitamente normativi, dove è saliente il tratto della generalità e astrattezza, della gerarchia e della coazione, sia strumenti giuridici improntati a diversi paradigmi regolativi, che aprono spazi eterarchici dove la composizione dei contrasti sociali è affidata a logiche non puramente normative, a logiche cioè che non operano secondo il criterio binario lecito/illecito, sebbene vengano attuate nel quadro di canoni procedurali e limiti fissati da norme vincolanti. Si avverte che nel corso del presente studio i termini "autonormazione" e "autoregolazione" verranno impiegati come sinonimi, ritenendo di non dover limitare l'uso del primo termine ai fenomeni informati allo schema normativista, potendo esso indicare qualsiasi schema di regolazione sociale giuridicamente rilevante all'interno di ordinamenti (almeno in parte) autoformati o autogestiti.

La prospettiva romaniana offre inoltre una chiave di lettura decisiva per l'analisi del tema dell'autonormazione: il rapporto tra ordinamenti e, specificamente, il rapporto tra l'ordinamento generale e gli ordinamenti particolari. Ciò che interessa in particolare il penalista è il rapporto tra la massima espressione della statualità verticistica, il magistero penale, e questi ordinamenti "altri", che, trovando nella sopra descritta "volontarietà" un elemento imprescindibile e caratteristico, necessa-

²⁵ Peraltro, a rigore, il fatto che l'appartenenza ad una determinata "istituzione" sia di per sé obbligatoria non implica logicamente che tale carattere si imprima nella "istituzione" stessa: anche se l'inclusione in un determinato gruppo sociale fosse forzosa, si potrebbe sempre parlare di autonormazione nella misura in cui i partecipi avessero la libertà di rifiutare le norme promananti da quell'ordinamento particolare.

riamente presentano una dimensione “consensualistica” e per così dire “a-statuale”. In quest’ottica, preme subito rilevare che l’autonormazione, anche in materia penale, non si risolve nell’abbandono ai *particulares* di aree sociali prima presidiate dal diritto (statuale) o nella “giuridificazione” (da parte dello Stato) di regole sociali maturate in certi aggregati sub od extra-statali. Il fenomeno autonormativo sviluppa vere e proprie regole giuridiche e le sviluppa nell’ambito di formazioni sociali che hanno in sé una dimensione giuridica, ordinamentale appunto; sicché quando il giurista “vigentista” affronta il tema dell’autonormazione deve avere la consapevolezza che avrà a che fare non con fenomeni sociologici che in qualche modo interessano il “vero” diritto (quello dello Stato) ma con veri e propri ordinamenti giuridici – seppur “particolari” – che intrattengono rapporti con quello che può ancora esser denominato quale ordinamento generale – quello statale. L’ordinamento statale può ancora considerarsi generale perché, a differenza degli altri (compresi quelli sovranazionali e internazionali), non è delimitato da fini specifici ma resta aperto al perseguimento di un novero indeterminato di finalità, potendo estendere la propria azione sull’integralità delle persone, delle organizzazioni, dei beni presenti su un dato territorio; gli altri ordinamenti, tuttavia, per essere “particolari” non possono essere considerati meno giuridici del primo. Si tratta allora di capire come questi ordinamenti dialogano tra loro “in termini giuridici”, ossia se e in che modo si riconoscono l’un l’altro quanto alla loro esistenza e legittimità in sé, al loro contenuto, all’efficacia delle loro norme e dei loro rapporti giuridici²⁶.

Risulta d’immediata evidenza, pertanto, che il sintagma “autonormazione” è qui adoprato in senso lato anche sotto il profilo dei rapporti esterni dell’ordinamento autoregolato, abbracciando sia l’autonormazione in senso stretto, o meglio in senso “puro”, ossia fenomeni giuridici totalmente indipendenti da ‘sollecitazioni’ od ‘interferenze’ statali (la *pure self-regulation* della dottrina anglosassone)²⁷, sia quella che spesso

²⁶ Tripartizione anch’essa romaniana: SANTI ROMANO, *op. cit.*, *passim*.

²⁷ V. A. OGUSS-E. CARBONARA, *op. cit.*, p. 230 ss., N. GUNNIGHAM-D. SINCLAIR, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environmental Protection*, in *Law & Policy*, 1999, p. 54; espressione sinonimica è quella di “*voluntary self-regulation*”: I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Regulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 106, p. 128 e p. 132; J. BLACK, *Decentering Regulation*, cit., p. 118; ID., *Constitutionalising Self-Regulation*, cit., p. 27; P. EIJLANDER, *Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy*, in *EJCL*, 2005, con riferimento al sistema olandese parla di “*free self-regulation*”, par. 3. Nel rapporto dell’*European Economic and Social Committee* (E.E.S.C.), *European Self- and Co-Regulation*, la *pure self-regulation* è indicata come la “*Self-regulation*” *tout court*. V. anche *infra*.

viene definita come “co-regolazione” od anche “autoregolazione regolata” (*co-regulation, autorégulation régulée*)²⁸, ossia fenomeni giuridici che sono sì autoregolativi ma che presentano anche una significativa connessione con l’ordinamento statale (o di altre istituzioni pubbliche) che si esplica in una qualche forma di controllo di questo sui primi, direttamente o indirettamente, *ex ante, in itinere* o *ex post*²⁹.

Si è consapevoli della radicalità di queste premesse di teoria generale del diritto e in particolare dell’assioma del pluralismo degli ordinamenti giuridici, il quale non solo si contrappone alla “topologia moderna”³⁰ ottocentesca – legalistica e Stato-centrica – ma riesce dissonante anche rispetto alle ricostruzioni moniste costituzionalmente orientate, che ammettono la pluralità delle fonti giuridiche ma nel quadro di un ordinamento unitario fondato sulla “legalità costituzionale”³¹. Si è tuttavia convinti che la visione romaniana, che lega indissolubilmente diritto e organizzazione sociale, sia maggiormente realistica e, per quanto possa apparire paradossale, maggiormente tecnica, poiché immune da influenze eticiste e da riduzionismi aprioristici e unilaterali³². Il che ovviamente non equivale ad un’apertura incondizionata dell’ordinamento generale alle più disparate fonti particolari: una cosa è l’osservazione scientifica dei fenomeni giuridici, altra cosa sono l’*an*, il *quantum* e il *quomodo* del riconoscimento di un certo fenomeno giuridico da parte di un determinato ordinamento; il fatto che per lo studioso la norma stillante da un ordinamento diverso da quello repubblicano debba rite-

²⁸ Oltre agli Autori e al rapporto E.E.S.C. citati alla nota precedente, v. P. COLLIN, *op. cit.* Parla di “co-regolamentazione” F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d’impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell’importazione dei “compliance programs” nell’ordinamento italiano*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 219 ss.; richiama la “autonormazione “regolamentata” C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 134; impiega l’espressione “co-disciplina” V. TORRE, *op. cit.*, *passim*, in particolare p. 427 ss. V. anche M. PIETH, *Einbindung Privater in Normsetzung und Vollzug*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2014, p. 182, che identifica con la “*Ko-Regulierung*” il coinvolgimento delle organizzazioni private da parte delle autorità pubbliche nell’esercizio delle funzioni regolative. V. inoltre P. EIJLANDER, *op. cit.*, par. 1 e par. 3, il quale, con significato sostanzialmente sovrapponibile, adotta la locuzione “*conditioned self-regulation*”. V. anche *infra*.

²⁹ *Ex ante, in itinere, ex post* in relazione al processo autonormativo, di produzione cioè delle norme da parte dell’ordinamento particolare. V. *amplius infra*.

³⁰ V. M. SPANÒ, *op. cit.*, p. 29 ss.

³¹ Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III ed., ESI, 2006, *passim*, specialmente p. 189 ss., p. 199 ss. e, con riferimento precipuo al “potere normativo lato sensu “privato””, p. 290 ss.; v. anche G. PALERMO, *op. cit.*, p. 125 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479 ss.

³² V. SANTI ROMANO, *op. cit.*, *passim*, specialmente p. 100 ss.

nersi parte dell'esperienza giuridica non significa certo che quella norma non possa esser ritenuta irrilevante, invalida o addirittura espressiva di un comportamento antiggiuridico suscettivo di sanzione da parte dello Stato.

Nell'ottica qui accolta, dunque, il fenomeno – intrinsecamente giuridico – dell'autonormazione si risolve in una molteplicità di ordinamenti diversi e in certa misura autonomi da quelli pubblicistici (statuali o sovranazionali) e una sua compiuta analisi richiede l'osservazione dei rapporti tra questi ordinamenti, dotati ciascuno di una propria giuridicità, anche laddove misconosciuta o contrastata secondo la prospettiva di un dato ordinamento.

1.2. *Suggerzioni sociologiche: la teoria autopoietica.*

Da tempo la rivoluzionaria teoria sociologica luhmanniana è stata accostata al tema giuridico dell'autonormazione: almeno dagli anni '80 i concetti fondamentali di “*functional differentiation*” e “*autopoiesis*” hanno rappresentato la base di partenza di molti degli studi in materia di “*responsive law*”, “*reflexive law*” e “*self-regulation*”³³.

Le ragioni di questo – ormai tradizionale – accostamento sono piuttosto evidenti ed autorevolmente sostenute ma devono essere tenuti presenti anche i rischi di indebite sovrapposizioni e confusioni concettuali.

Come noto, per Luhmann l'unità di misura sociale non è la persona ma la comunicazione – oggettiva – che intercorre tra i soggetti, rimanendone distinta, e che si autoriproduce in modo ricorsivo, così da costruire quel sistema comunicativo che prende il nome di “società”. Ora, se questo elemento-base può apparire frutto di sofisticata astrazione, non può non essere riconosciuta la profondità e lucidità del correlato inquadramento concettuale della “differenziazione funzionale” che caratterizza la società post-moderna: la complessità e la frammentarietà degli attuali sistemi sociali impediscono la formazione di un meta-linguaggio universale che ne consenta una reale unificazione, anzitutto a

³³V. G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law & Society Review*, 1983, p. 239 ss.; ID., *Law as an Autopoietic System*, Blackwell Publishers, 1993; ID., *Global Bukowina*, cit., loc. cit.; ID., *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Ara editores, 2005; ID., *Law and Social Theory: Three Problems*, in *Ancilla iuris*, 2014, p. 183 ss. Così anche nell'approfondito studio di V. TORRE, *op. cit.*, p. 46 ss.; v. anche S.B. TAVERRITI, *op. cit.*, p. 1942 ss.