

COMMENTO ALL'ART. 12:

CODICI DI DEONTOLOGIA E DI BUONA CONDOTTA

(pubblicato in *Le Nuove leggi civili commentate, la protezione dei dati personali*, a cura di Cesare Massimo Bianca e Francesco Donato Busnelli, Tomo I, Cedam, 2007)

di

GIOVANNA DE MINICO

SOMMARIO: 1. L'art. 12: norma di apertura dell'ordinamento al codice deontologico. – 2. Il regime giuridico del codice-fonte. – 3. Le condizioni di compatibilità costituzionale del codice (3.1. Quanto al soggetto di autoregolazione. 3.2. Quanto al metodo dell'autoregolazione. 3.3. Quanto ai fini dell'autoregolazione). – 4. Conformità o difformità dell'art. 12 dal modello ipotetico di codice-fonte? – 5. Autoregolazione e ordinamento giuridico.

1. L'art. 12: norma di apertura dell'ordinamento al codice deontologico.

Grazie alla norma in esame le fonti del diritto condividono con l'autoregolazione l'idoneità a creare diritto oggettivo. Ma il diritto dei privati¹, diversamente dall'eteronomia, affiora dall'esperienza quotidiana, si nutre dell'etica, assume spunti dalla deontologia, si conforma alla prassi: la sua genesi, cioè, è spontanea².

Questa nuova modalità di produzione giuridica, diversità di modelli a parte, si caratterizza per la coincidenza in un unico soggetto del regolato col regolatore: quest'ultimo da mero esecutore di un comando altrui diventa l'autore delle regole, alle quali volontariamente conformerà la propria condotta.

Chiarito con questi brevi cenni il concetto di autoregolazione, ritorniamo al rapporto intercorrente tra essa e l'art. 12.

L'art. 12 è il titolo legittimante l'autoregolazione a creare diritto oggettivo, è la sua norma di azione, che precede la futura decisione normativa, designandone autore,

¹ La felice espressione è il titolo di un celebre lavoro di Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

² Sono norme che si nutrono delle idealità di base, "stanno in un *continuum* con norme etiche": così J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., vol. II, Bologna, 1986, a p. 1036.

procedimento e fine. L'art. 12 è atipico rispetto alla categoria di appartenenza - le norme sulla produzione giuridica - perché l'autore del precetto normativo non è più l'autorità pubblica, ma il destinatario delle future regole. Questa forte deviazione dai principi del diritto pubblico sarebbe a rigore accettabile, se compensata con l'indicazione di precise condizioni, soggettive e oggettive, idonee ad assicurare la compatibilità dell'autoregolazione col sistema delle fonti. E vedremo nel prosieguo se, e in che misura, queste misure correttive esistono.

Ma le deroghe ai principi di sistema vanno ben oltre la dimensione privata e non autoritativa dell'autore della decisione regolativi, interessando anche l'area del diritto privato: l'art. 12 infatti mette a disposizione del codice deontologico la forza della fonte, e non quella del negozio giuridico, come la natura dell'atto vorrebbe. Quest'ultimo pertanto produrrà effetti indisponibili all'autonomia privata, imponendo regole di condotta ripetibili in avvenire e riferibili agli *omnes*³, iscritti e no al soggetto collettivo autore della regola, in luogo di precetti concreti rivolti a soggetti determinati, in ossequio alla regola civilistica della relatività del contratto.

Spetterà al codice indicare la misura di composizione del conflitto tra interessi oggettivi a rilevanza costituzionale, segnatamente il diritto alla riservatezza del soggetto cui i dati si riferiscono, e il diritto di talune figure professionali a trattare tali dati nella misura strettamente necessaria allo svolgimento delle loro attività.

Le segnalate deviazioni introdotte dall'art. 12 al diritto civile e a quello pubblico si risolvono in un trattamento giuridico ibrido, che assume dal primo il procedimento di elaborazione delle regole, in coerenza con la genesi endogena del diritto autoprodotta, e, dal secondo, il regime di fonte, in coerenza con l'acquisito *status* di fatto idoneo a creare diritto oggettivo nell'ordinamento rinviante.

L'ordinamento però avrebbe potuto riconoscere al diritto dei privati il più limitato ruolo di fattore *extra-ordinem*, al quale si ricorre per definire gli elementi indeterminati delle fattispecie aperte del diritto positivo. In questo modo lo Stato avrebbe conservato la responsabilità del disegno normativo, permettendo o vietando condotte, che si sarebbero completate nel dialogo con la quotidianità; una costruzione biunivoca della giuridicità che non esita a mettere "a nudo il fondamento sociale del diritto positivo"⁴.

³ C. A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, in C. A. Morand (pub.), *L'Etat propulsif*, Parigi, 1991, a p. 182: "C'est dans ce contexte que le contrat a été utilisé non plus comme une forme juridique permettant aux particuliers d'aménager leurs relations interindividuelles, mais comme un moule générant des règles pour les membres des groupes qui y'acquiesçaient ou pour l'ensemble des administrés".

⁴ Hart, *The concept of law*, Londra, 1961, nella trad. italiana, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, in part. il cap. VII.

Con l'art. 12, invece, lo Stato ha rinunciato a dire il diritto in prima persona, rimettendo ai privati il compito di tracciare le coordinate del discorso giuridico, nonché di articolarlo. In questo caso, si è dinanzi a un fenomeno di condivisione del lavoro normativo tra Stato e società: lo Stato accorda alle regole negoziali la forza cogente del diritto positivo contro la loro disponibilità a servire gli obiettivi di utilità sociale. Ne conseguirà che le norme di diritto oggettivo, benché di provenienza negoziale, vincoleranno ovviamente tutti, autori e no. Ma ai secondi la regola consensuale si imporrà, non in virtù del consenso, bensì di un comando, come un qualunque precetto eterodettato.

Vedremo in seguito che l'ampiezza del compito regolatorio dello Stato è direttamente proporzionale al peso dell'interesse pubblico in gioco; precisamente, a fronte di un interesse pubblico tenue, l'intervento eteronomo si ridurrà al minimo indispensabile; invece, in presenza di valori oggettivi "forti", lo Stato non si potrà limitare a imporre ai governi privati le sole regole della reciproca coesistenza e della coerenza con i valori fondativi dell'ordinamento superiore, dovendo invece intervenire sulla loro struttura e sulle modalità di svolgimento dell'autoregolazione. Ne consegue che lo spessore dell'interesse pubblico determina il regime giuridico degli atti privati⁵: nel primo caso, il diritto consensuale, funzionale ai bisogni individuali, conserverà la natura negoziale e, quindi, la relativa disciplina giuridica; nel secondo, prestandosi a un compito sociale, si accosterà, soddisfatte date condizioni, alla categoria delle fonti, condividendone il regime giuridico.

2. Il regime giuridico del codice-fonte.

L'art. 12 riserva al codice deontologico, promosso a dignità di fonte, il conseguente trattamento giuridico⁶, operazione, questa, già intrapresa ma rimasta incompiuta negli

⁵ Quanto al regime giuridico dei codici deontologici, sintetizzabile nella regola dell'affioramento giuridico riflesso, sia consentito il rinvio a De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, in part. pp. 147-150. Una diversa opinione è espressa da Busnelli, *Deontologia e diritto, Relazione al Convegno "Un codice europeo di deontologia medica: utopia e realtà"*, Sanremo, 15 e 16 aprile 2005, che, nell'intento di superare la dicotomia tra rilevanza diretta e indiretta delle regole deontologiche, ritiene che si possa riconoscere la natura di fonte anche ai codici deontologici degli ordini professionali, posizione che non appare condivisibile per i forti dubbi di costituzionalità ai quali si espongono i codici condivisi con l'autorità pubblica (di cui dirà più avanti nel testo), e che pertanto varranno a maggior ragione per i codici elaborati solitariamente dai soggetti privati.

⁶ Quanto a una esaustiva illustrazione del trattamento degli atti normativi si veda: G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, 2003, pp. 17-23.

atti normativi precedenti, che avevano destinato alle figure tipiche di codice ⁷ alcuni frammenti del regime giuridico delle fonti. L'art. 12 riunisce questi segmenti in una disciplina organica, riferibile quindi alla categoria in generale, cioè anche alle figure non riconducibili alle forme tipizzate nelle specifiche disposizioni del decreto 196/03, ma individuabili di volta in volta dal Garante.

La norma in esame, nei commi successivi al primo, articola il trattamento giuridico nei suoi diversi profili, a partire dalla pubblicazione obbligatoria del codice in Gazzetta Ufficiale, adempimento necessario al perfezionamento di un atto destinato ad avere effetti *erga omnes* ⁸. Questa regola porta con sé il principio dell'“ignorantia legis non excusat” ⁹, il quale non si applica al negozio giuridico, la cui validità dipende tra l'altro dalla corretta formazione della volontà.

Il regime si completa con la regola secondo la quale l'osservanza delle disposizioni contenute nei codici costituisce condizione essenziale di liceità e correttezza del trattamento dei dati; in altri termini la violazione di un precetto del codice integra il profilo oggettivo dell'antigiuridicità della condotta ai fini del perfezionamento dell'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.). Quanto detto non tocca la diversa questione dell'ingiustizia del danno, cioè non definisce la *querelle*¹⁰ relativa alla sua indefettibilità ai fini del 2043 pur in presenza di un illecito aquiliano tipizzato, quale è il

⁷ Il primo esempio di codice tipizzato si rinviene già nella l. 675/96, che all'art. 25 riservava al codice dei giornalisti elementi tipici del regime della fonte, salvo che per l'espresso riconoscimento della sua trasgressione in termini di violazione di norma di legge. Altri codici furono previsti dal d.lgs. 281/99, che negli artt. 7 e 10 contemplava, rispettivamente, il codice per scopi storici e quello per scopi statistici e di ricerca scientifica, disponendo a riguardo: l'efficacia *erga omnes*, la pubblicazione obbligatoria in *G.U.* e, infine, il loro affioramento giuridico diretto dinanzi all'ordinamento generale. Entrambi i codici sono stati approvati: il primo con *Prov. del Garante n. 8/P/21 del 14 marzo 2001*; il secondo con *Prov. del Garante n. 13 del 31 luglio 2002*.

Il d.lgs. 467/01 arricchì l'elenco di sette ulteriori figure deontologiche (art. 20, comma 2). Questa norma è stata poi assorbita nel tessuto del d.lgs. 196/03, che ripropone le ipotesi dell'art. 20 accanto a quelle già introdotte dalla l. 675/96 e dai successivi decreti, elencandole negli artt. 61, 102, 106, 108, 111, 117, 118, 133, 134, 135, 139, 140. Per un primo commento alle singole fattispecie si veda: Aa.Vv., *Le nuove leggi amministrative. Codice della privacy*, Milano, tomo II, 2004, *passim*.

⁸ Per una lettura in parallelo si pensi all'opposta regola vigente per i contratti, la cui efficacia relativa è svincolata dall'accertamento in concreto della loro conoscibilità da parte dei contraenti, condizione reputata assoluta *in re ipsa* in forza della coincidenza dei destinatari dell'atto con i suoi autori.

⁹ L'operatività, un tempo assoluta, di tale principio si è attenuata con la pronuncia della Corte Costituzionale 364/88 che ha introdotto l'esimente dell'errore scusabile.

¹⁰ La tesi di Montanaro, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo “codice in materia di protezione dei dati personali”* in *Giust. civ.*, 2004, in part. pp. 258-259, legge la tipicità della condotta lesiva nell'art. 15, norma apparentemente incompleta, che si riempie “tuttavia, di contenuto attraverso il rinvio all'art. 11, che, oltre descrivere specifiche condotte (alle lett. da *b* ad *e*), attraverso il principio di liceità, di cui alla lett. *a*, richiama altresì il complesso delle disposizioni sui dati personali”. Contra, cfr. Comandè, *Commento all'art. 18 della legge 31 dicembre 1996 n. 675*, in questa *Rivista*, 1999, p. 487, che ritiene invece che la tipizzazione della condotta per effetto degli artt. 9 e 18 della l. 675/96 (ora artt. 11 e 15 del d.lgs. 196/03) copra solo il profilo del danno *non iure*, lasciando aperta la questione del danno *contra ius*. Analogamente, vedi: Navarretta, *Commento all'art. 29, comma nono, della legge 31 dicembre 1996, n. 675*, in questa *Rivista*, 1999, p. 690.

trattamento dei dati in difformità dalle specifiche prescrizioni comportamentali del codice (art. 11 , comma 1°, lett. a).

Infine, il valore di diritto oggettivo delle norme del codice trova conferma in tema di entità del danno risarcibile, inclusivo (art. 15, comma 2°) anche del pregiudizio non patrimonialmente valutabile, ancorché non derivante da reato, sempre che l'illecito civile integri una delle ipotesi di cui all'art. 11, tra cui figura anche la condotta trasgressiva delle regole deontologiche. In tal caso queste ultime, definendo il comportamento vietato per l'ordinamento civile, tipizzano la condotta non diversamente da quanto farebbe la norma penale incriminatrice.

In tema di illecito penale, l'art. 170 del d.lgs. 196/03 ¹¹ indica tra le condotte criminose l'inottemperanza al provvedimento del Garante con cui si dispone il divieto di trattare ulteriormente dati in difformità dalle prescrizioni del codice deontologico. In questo caso, diversamente dall'illecito civile, l'elemento materiale del reato non si esaurisce nella mera condotta trasgressiva delle regole deontologiche, richiedendosi ulteriori momenti: precisamente, l'accertamento della medesima ad opera del Garante e la successiva inottemperanza al *desistat* di quest'ultimo. In tal caso, l'interposizione di un atto della pubblica autorità tra la regola deontologica e la condotta penalmente riprovevole si rende necessaria secondo il consueto schema della norma penale in bianco, qui riproposta dal legislatore nonostante i dubbi di costituzionalità data l'insufficiente tipizzazione *ex lege* della condotta criminosa ¹².

Per concludere in tema di disciplina applicabile al codice-fonte, va ricordata la regola secondo la quale l'erronea interpretazione delle sue norme, in quanto diritto oggettivo, potrà costituire oggetto di riesame in Cassazione (art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c.) per violazione o errata interpretazione di norma di legge. Diverso il caso di errore interpretativo di una clausola contrattuale, il quale, risolvendosi in una questione di fatto, sarà sottratto al sindacato della Corte ¹³.

3. Le condizioni di compatibilità costituzionale del codice.

¹¹ Per un commento articolato della norma richiamata si rinvia alla parte ad essa dedicata in questa *Rivista*.

¹² Manna, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2003, p. 767, segnala appunto l'infelice costruzione dell'art. 170, modellato sul paradigma dell'art. 650 c.p., e, come tale, censurabile in ragione dei medesimi profili di illegittimità costituzionale.

Quando il diritto statale si ritira per fare spazio a quello consensuale, si impone un disegno *ex lege* del potere privato in termini di funzione pubblica, la sola in grado di assicurare, nonostante l'imputazione soggettiva, l'obbedienza del potere alla destinazione sociale.

Al contrario, cioè in caso di affidamento ai privati di un potere normativo distratto dal fine di pubblica utilità, sarebbe fisiologico un esito normativo¹⁴ unidirezionalmente orientato, essendo inevitabile che chi dispone solitariamente di un potere autoritativo lo usi a suo esclusivo vantaggio, se non è costretto a fare diversamente¹⁵.

Più precisamente, il ruolo indeclinabile di uno Stato, sensibile alla domanda dei privati di *ius dicere*, consisterà nel “predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni funzionanti come sistemi autoregolatori”¹⁶.

L'intervento regolatorio dello Stato, secondo una logica di *self-restraint*, si asciugherà sul terreno delle norme di relazione, fatta eccezione per quelle indispensabili a impostare il discorso regolatorio, affidato nei suoi sviluppi futuri ai privati, mentre si dilaterà sul versante delle norme di azione. Competerà, infatti, allo Stato selezionare il

¹³ Per un approfondimento del tema della ricorribilità in Cassazione per vizi della motivazione riconducibili all'interpretazione di una clausola contrattuale sia consentito il rinvio a De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, in part. pp. 147-148, con ampi riferimenti dottrinali.

¹⁴ Cfr.: Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977, a p. 4, l'Autore a ragione legge nella nuda attribuzione a un privato del potere normativo un *vulnus* al principio di uguaglianza, e ciò perché si riconoscerebbe, rispettivamente, al soggetto associativo una situazione di vantaggio - la potestà “di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni” - e a questi “altri”, una di svantaggio, il dovere di osservarle contro la loro volontà. Sul tema, cfr. P. Rescigno, *La giustizia interna nelle associazioni private*, in P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, vol. I, 1988, pp. 123 ss., misura la struttura e i poteri delle Autorità private in base al parametro costituzionale della democraticità, quanto alla prima, e dell'uguaglianza, quanto all'assegnazione di poteri con rilevanza esterna.

¹⁵ In M. Olson, *The logic of collective action*, Cambridge, 1965, in part. il cap. II, si esprime seria preoccupazione per la sorte dei valori sociali, che si teme possano essere stralciati dall'agenda politica, se nella disponibilità dei gruppi privati organizzati.

In termini più generali, sull'inidoneità funzionale dei gruppi privati a spendersi nella difesa di valori metaindividuali, salvo che siano eterodiretti, cfr.: Kay - Vickers, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. Majone (ed.), *Deregulation or Re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, Londra, 1990, a p. 239: “They (cioè i gruppi privati di interesse) may claim that their objectives are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate”.

¹⁶ Così: Mengoni, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, a p. 25, ma, volendo, anche Bühl, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kritische Justiz*, 21, 1988, a p. 247: “L'autopoiesi non può significare lasciare andare le cose semplicemente per il loro verso. Controllo autopoietico vuol dire piuttosto impostare la struttura e l'interazione dei sistemi da controllare e da sviluppare in modo che essi possano ampiamente autoregolarsi e controllarsi reciprocamente”.

futuro autore delle regole consensuali, le sue modalità operative, intese come forma dell'atto e relativo procedimento di formazione, nonché i fini ultimi del suo agire¹⁷.

3.1. *Quanto al soggetto di autoregolazione.* Il privato che aiuta lo Stato nel compito regolatorio, sviluppando le linee eterodettate in puntuali regole di condotta, interloquirà con il potere pubblico non in veste di difensore di istanze individuali o collettive, bensì di *partner* affidabile, sul quale lo Stato potrà contare per compiere il progetto politico, da esso previamente impostato in sede di normazione primaria.

Il privato disponibile al comando pubblico non è una qualunque associazione di categoria, libera nel disegnarsi la fisionomia interna, ma un soggetto dall'identità decisa in alto, funzionale a garantire il buon fine del compito regolatorio “delegatogli” dallo Stato. Una fisionomia eteroimposta, sensibile al principio della democraticità delle Autorità private, costituisce la prima condizione di compatibilità costituzionale del potere normativo privato.

La legge pertanto dovrà fissare *ex ante* un criterio di selezione della rappresentatività del soggetto collettivo, cioè un parametro preferibilmente presuntivo dell'esponenzialità, né eccessivamente elastico¹⁸, né rigidamente chiuso in valutazioni legali tipiche: esso pertanto si dovrà comporre di elementi sintomatici suscettibili di integrazione in sede di valutazione del caso concreto.

Il legislatore nel momento in cui prescrive detti indici si sostituisce agli associati nella scelta del modello di *governance* da adottare, perché conforma secondo un modello “tipo” la struttura del soggetto. Questa parziale negazione della libertà associativa si rende necessaria in ragione della natura pubblica del compito affidato al soggetto esponenziale: creare regole di condotta vevoli per tutti, iscritti e non iscritti all'ente regolante. L'asservimento del soggetto esponenziale al programma di *public policies* comporta pertanto che l'identità del regolatore sia costruita in modo da

¹⁷ Si deve alla Mayntz, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: zur Präzisierung des Problems*, *HiMon*, Universität Gesamthochschule Siegen, 1986, 70, a p. 24, la felice intuizione di riservare allo Stato un duplice intervento imperativo: da un lato, disegnare la struttura delle autorità private; dall'altro, orientare gli esiti futuri della loro regolazione.

Mentre il Blanke, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, in *Kritische Justiz*, 1988, a p. 200, approfondisce il pensiero della Mayntz ritagliando allo Stato l'ulteriore compito di educare i sottosistemi privati al rispetto della regola della reciproca coesistenza, perché la “formula magica” del diritto moderno “non disturba l'autonomia dei sottosistemi e al contempo li guida in una direzione tale da far sì che essi tengano reciprocamente in considerazione i rispettivi presupposti funzionali elementari”.

¹⁸ Nel senso che non sarà rimessa all'assoluta libertà dell'interprete la scelta degli indici di rappresentatività. Tendenzialmente l'alternativa verterà tra un metodo valutativo dell'esponenzialità, costruito su indici legali tipici, cioè superabili con la prova contraria, e uno affidato a indizi da valutarsi caso per caso in coerenza con l'evoluzione dei fatti.

assicurare la coerenza della sua futura azione con le aspettative sociali. I nuovi intermediari tra l'individuo e lo Stato intanto saranno in grado di contribuire alla realizzazione del bene comune - cioè di sollecitare la “transforming agents of individual interests [...] into promoters of the public interest”¹⁹ - in quanto potranno contare su *boards* elettivi, vincolati all'osservanza di rigorose regole di prevenzione del conflitto di interessi, nonché su organi deliberativi distinti da quelli esecutivi, e, infine, su criteri di ripartizione dei voti obbedienti a logiche *pro capite* e non *pro capitale*.

La democraticità prevale sull'autodeterminazione degli associati, valore recessivo, già sacrificato dal Costituente nei modelli delineati negli artt. 39 e 49 funzionale alla promozione di sindacati e partiti politici ad “ausiliari” dello Stato: questi avrebbero dovuto scambiare con lo Stato la propria autonomia organizzativa contro l'affidamento di compiti sociali, altrimenti loro preclusi.

3.2. *Quanto al metodo dell'autoregolazione.* La seconda condizione di compatibilità costituzionale esige che il legislatore inviti a sedere al tavolo delle trattative del diritto consensuale tutte le parti coinvolte dalle future regole.

Diversamente, cioè nel caso in cui il legislatore assegnasse a un solo soggetto sociale il potere di decidere anche per gli assenti, permetterebbe l'esercizio egoistico del potere²⁰, e quindi ne avallerebbe il suo esito: una regolazione unilateralmente sbilanciata, in mancanza dell'accordo come momento di riequilibrio tra le contrapposte domande sociali.

Questo “invito a soggetti diffusi” si potrà articolare secondo due modelli.

Il primo riguarda la struttura del regolatore, che potrà conservare un'identità unitaria all'esterno, perché risponde in termini di composizione associativa interna all'esigenza di dare spazio alle parti coinvolte dalle future regole. Ne conseguirà una geografia dell'assetto organizzativo pluriarticolata, cioè diffusamente ed equilibratamente ripartita tra tutti i soggetti esponenziali degli interessi in gioco.

¹⁹ Cfr. Streeck - Schmitter, *Community, market, state - and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in Streeck - Schmitter (eds.), *Private interest government*, Londra, 1985, a p. 16.

²⁰ Il pericolo della cattura da rischio per le A.I. - se esposte ad un metodo elitario di selezione dei partecipanti ai propri processi regolativi - diventa un esito certo nel caso di autoregolazione unilateralmente orientata: “With self-regulation, regulatory capture is there from the outset”, così Ogus, *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg. st.*, 1995, a p. 375, che ripropone il pensiero di Kay, *The forms of regulation*, in Seldon (ed.), *Financial regulation - or over-regulation*, Londra, 1988, a p. 38.

Un *board*, equamente disegnato, è la condizione minima per ideare regole bilanciate, cioè in grado di riservare a ciascun interesse un ragionevole ristoro in compensazione del parziale sacrificio subito.

In questo caso, la decisione normativa conserverà la struttura dell'atto unilaterale, riferibile a un decisore unico verso l'esterno, ma pluriarticolato al suo interno.

La seconda modalità interessa, invece, la struttura dell'atto normativo: che da unilaterale diventa plurilaterale in ragione del numero dei suoi autori. Il perfezionamento della decisione normativa richiederà pertanto il consenso di tutti, quindi, diversamente da prima, anche un singolo veto osterà alla formazione del consenso. La struttura dell'atto, pertanto, seguirà nella forma l'evolversi del pensiero normativo, da volontà solitaria a *consensus in idem placitum*. La dottrina civilistica ha inventato l'espressione linguistica inedita di "contratto regolamentare"²¹ per indicare il fenomeno in oggetto. Il sostantivo rimanda alla genesi consensuale "paritetica" del nuovo diritto dei privati, con ciò contestando la legittimità delle manifestazioni normative unilaterali; mentre l'aggettivo sottolinea una sua collocazione su un piano non distante da quello delle fonti del diritto, di cui condivide l'astratto disporre, in quanto il concreto provvedere *inter partes* del contratto di diritto comune è ormai solo un lontano ricordo.

3.3. *Quanto ai fini dell'autoregolazione.* L'ultima condizione di compatibilità costituzionale dell'autoregolazione interessa lo scopo dell'atto normativo: il legislatore non si dovrà limitare a una nuda attribuzione di potere ai privati, dovendo invece orientarne anticipatamente la direzione in modo da assicurarsi la compatibilità dei suoi futuri esiti con gli obiettivi di *public policies*, da lui previamente selezionati.

La funzione normativa privata deve pertanto poter esibire una norma di legge, non come mero titolo attributivo di competenza, bensì come disposizione sostanziale, immediatamente prescrittiva della disciplina di massima della materia, rimessa all'autoregolazione per gli sviluppi di dettaglio. In altri termini, la scelta della modalità di "massima realizzazione contestuale possibile"²² dei principi e interessi antagonisti dovrà essere consegnata nella norma primaria, in modo da essere sottratta alla

²¹ Della sterminata letteratura civilistica in proposito ricordiamo i soli autori che hanno trattato il diritto dei privati dall'ottica pubblicistica del passaggio dalla categoria del negozio giuridico a quella della fonte del diritto. In proposito, si veda Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, a pp. 57 ss., anche per un'esposizione critica delle teorie civilistiche in argomento. Da ultimo, l'Autore è ritornato sul tema, *Appunti sull'"accordo normativo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2002, pp. 249 ss.

²² Così Villone, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, 1980, a p. 87.

ridefinizione privata. In ragione di ciò, la legge si articolerà in almeno due disposizioni: una sulla produzione giuridica, conferente ai privati il potere di creare diritto oggettivo, l'altra sull'uso dello stesso, idonea a conformarne gli esiti futuri secondo precise scelte di valori.

Risultano così chiariti i termini dell'intervento statale, che si risolverà nell'interpretare il bene comune e nel tradurlo “in obiettivi definiti da grandezze quantitative, impartendo così all'azione complementare dei gruppi sociali un quadro di riferimento e di compatibilità oggettivamente verificabile”²³. Se invece l'autoregolazione fosse sottratta al vincolo di fine eteroimposto, essa gioverebbe esclusivamente al suo autore, perché è nell'ordine naturale delle cose decidere nel proprio interesse, salvo che si sia costretti a fare diversamente. La soddisfazione del bene comune dipenderebbe da un fattore occasionale: la sua coincidenza con gli obiettivi privati dell'autore delle future regole, eventualità che si potrebbe non verificare affatto.

Insomma, lo Stato non può scommettere che “la parte migliore dell'uomo” avrà “la meglio su quella peggiore”²⁴, e perciò si dovrà comportare considerando l'eventualità che ciò non accada, e, di conseguenza, dovrà orientare anticipatamente il percorso dell'azione normativa privata.

Il discorso fin qui sviluppato sulle finalità eteronome dell'autoregolazione rimanda a una precisa collocazione del diritto consensuale nell'ambito delle fonti: non solo deve sottostare alla legge, come impone il principio di chiusura delle fonti a livello primario, ma non potrà fare quanto è permesso a un regolamento governativo, perché la sua genesi privata lo esclude.

Più chiaramente: un regolamento governativo indipendente è al limite compatibile con il disegno costituzionale delle fonti perché - pur innovando il diritto oggettivo a livello sostanzialmente primario, cosa che non potrebbe fare come fonte secondaria - rimane comunque una decisione normativa del Governo, cioè di un soggetto inserito a pieno titolo nel circuito politico-rappresentativo.

Un “codice indipendente”, al pari del suo termine di paragone, è una decisione politica transitoria, perché destinata a venire meno non appena il legislatore parlerà in proposito, ma non comporta alcuna responsabilità politica in capo all'Autorità privata.

²³ Sempre Mengoni, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, cit., a p. 27.

²⁴ Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, 2004, a pp. 50-51, invece lo ritiene possibile, e imposta il suo ragionamento partendo dalla premessa, non dimostrata, che il diritto endogeno sia naturalmente espressivo delle idealità sociali a prescindere dall'esistenza di una cornice autoritativa di riferimento.

Quest'ultima non sarà licenziabile per risoluzione anticipata del rapporto fiduciario, né minacciabile di mancata rielezione alla scadenza del mandato, in assenza di un mandato da risolvere o da rinnovare.

Quindi, il meccanismo basilare di ogni sistema democratico, cioè l'equazione decisione politica/responsabilità, nega al legittimità al diritto consensuale indipendente, anche su oggetti non riservati alla legge.

La ribadita subordinazione del codice alla legge è peraltro la sola collocazione coerente con la dimensione porosa dell'ordinamento, sensibile alle realtà normative extra-statali, sempre che queste si limitino a completare il progetto politico. La necessità di coordinare l'intervento regolativo pubblico con la voce dei privati si risolverà nell'ausiliarietà della seconda al primo: i privati, promossi a “partenaires de la mise en place et de la mise en oeuvre des politiques publiques”²⁵, saranno disponibili ad intervenire in aiuto allo Stato, sempre che questi lo voglia e nel rispetto delle condizioni previamente dettate loro.

In altri termini, si contesta il concetto di equivalenza tra eteronomia e autonomia e con esso la tesi della perfetta fungibilità del diritto statale con quello dei privati: non tutto ciò che può fare la legge è delegabile alle Autorità private. Si propone pertanto un criterio di distribuzione del lavoro normativo obbediente al principio di competenza, in base al quale fonti pubbliche e private potranno intervenire sulla medesima materia, ma a titolo diverso: la legge dovrà parlare per prima, disegnando il progetto regolativo di massima, il codice lo completerà nel rispetto delle indicazioni strutturali poste dalla prima²⁶.

Alla non intercambiabilità tra legge e codice corrisponde l'insostituibilità della rappresentanza politica con quella di interessi, in quanto la prima comprende la seconda senza coincidervi, proprio come l'unità include in sé la sua frazione, senza esaurirsi in essa.

²⁵ Così spiegava chiaramente C. A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, in C. A. Morand (pub.), op. cit., a p. 207, che rilevava nella tesi dell'equivalenza funzionale tra fonte pubblica e privata il vizio di privare la seconda, una volta elevata a dignità di decisione politica, della necessaria legittimazione democratica: “Lorsque les groupes ne contribuent plus à résoudre les problèmes mais exercent grâce à leur position stratégique un veto sur l'adoption de normes nouvelles, [...] le processus débouche sur des vides politiques ou juridiques [...] le déficit de légitimité démocratique qui lui est inhérent ne trouve plus aucune compensation”.

²⁶ Estremizzano la subordinazione del codice alla legge: Minervini-Onado, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, in Tesaurò - D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, pp. 122 ss., in cui gli Autori riducono l'apporto dell'autoregolazione a mero “contenuto operativo e pratico alle indicazioni programmatiche della regolazione pubblica”.

Se, invece, eteronomia e autonomia si collocassero sullo stesso piano, il rispetto dei valori dell'ordinamento superiore dipenderebbe, come già detto, da una mera eventualità: la loro occasionale coincidenza con i principi sostenuti dalle autorità private. In mancanza di una cornice normativa alla quale affidare la difesa del bene comune, non ci sarebbe infatti garanzia dal pericolo di un'involuzione corporativa dei governi privati, cioè da un esercizio della funzione normativa asservito a fini individuali²⁷.

In definitiva, l'unica modalità di cooperazione tra la fonte statale e quella a genesi consensuale sembra compiersi nel modello della complementarità²⁸, il solo in grado di coniugare il concetto di pluralità degli ordini minori derivati con quello di superiorità dell'ordinamento maggiore originario.

Quanto detto all'inizio di questo capitolo è ora dimostrato: lo Stato, quando ricorre al diritto consensuale per completare l'ordine giuridico, rafforza la sua autorità, perché il rinvio all'autoregolazione è occasione per dettare ai privati gli obiettivi congeniali al programma politico, riservandosi di controllarne l'effettivo conseguimento e di intervenire, ove ve ne fosse necessità, in correzione della decisione normativa privata inosservante delle istruzioni ricevute. La quadratura del cerchio si compie: lo Stato mantiene la direzione politica dei processi autoregolativi, intervenendo *ex ante* con poteri di conformazione anticipata dei fini, ed *ex post* con poteri di controllo correttivo.

Circa i primi si è già detto ampiamente, i secondi richiedono ancora qualche osservazione in merito alla loro natura e alla conseguente imputazione soggettiva.

Quanto alla tipologia del potere di controllo, il sindacato potrebbe interessare la decisione normativa nella sua interezza - profili di legittimità e di merito - in modo da valutarne l'adeguatezza agli obiettivi di pubblica utilità, compiutamente consegnati nella norma primaria. In base all'esito della valutazione, il controllo potrà approvare, rigettare o modificare l'atto di autoregolazione: in tale ultimo caso la decisione normativa privata,

²⁷ Si ricordano alcune delle più autorevoli voci in merito: Baldwin - Cave, *Understanding regulation*, cit., a p. 126, e Kay - Vickers, *Regulatory reform: an appraisal*, in Majone (ed.), op. cit., a p. 239. Ma per un'esposizione completa della bibliografia anglosassone volendo De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, op. cit., in part. cap. V, dove questo profilo ha trovato compiuto esame.

²⁸ Cafaggi, *Relazione* tenuta al Convegno su "La Régulation: nouveaux modes? Nouveaux territoires?", Parigi, 29 gennaio 2004, sembrerebbe invece ammettere come possibile modello anche quello della coregolazione, in cui Stato e privati si muovono su un piano di sostanziale parità, con l'inevitabile operare di entrambi a livello primario. Ancora l'Autore, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2, 2004, pp. 205, ma in part. a pp. 233 ss., ripropone il concetto dell'equiordinazione del regolatore privato a quello pubblico, con il solo correttivo delle garanzie dirette ad assicurare un certo modello di *governance* delle Autorità private. Fermo restando l'insufficienza di questo rimedio, non si vede peraltro in base a quale titolo la legge lo possa imporre all'autoregolazione una volta affermata l'equiordinazione dei due atti.

valutata difforme dal modello astratto, sarà riformulata nella sostanza per allinearla ai fini sociali.

Quanto alla scelta del soggetto deputato a tale compito, considerazioni di sistema ed esperienze comparate suggeriscono al nostro legislatore le A. I. come candidate ideali. L'opzione si giustifica in ragione della loro neutralità genetica, presupposto strutturale necessario all'esercizio obiettivo e *super partes* dell'eterovalutazione, attività, questa, possibile sempre che il parametro di legittimità sia perfettamente compiuto a livello primario. Ne consegue l'inopportunità di affidare tale funzione, in quanto neutrale, al soggetto politico, quale, ad esempio, il ministro competente, perché essa non impegna energie volitive, non richiede atti decisionali, prerogative proprie di quest'ultimo, bensì momenti valutativi della conformità di un atto a un parametro predeterminato dal diritto²⁹.

Nel caso in cui, invece, il legislatore avesse assegnato all'autoregolazione un limite di legittimità *in fieri*, l'intervento delle A.I. nel corso del processo autoregolativo da contributo correttivo - quindi residuale e meramente eventuale rispetto alla decisione normativa privata difforme dai dettati specifici di legge - di fatto diventerebbe necessario, perché indispensabile a chiudere il parametro di legittimità a formazione progressiva. In questa ipotesi, l'Autorità accentrerebbe nelle sue mani funzioni di controllo e potestà normative, queste ultime promosse sul campo a innovare l'ordine giuridico a livello primario, a discapito dell'ordine costituzionale delle fonti.

In un contesto, invece, di corretta imputazione soggettiva, i due poteri autoritativi, l'eteronormazione del decisore politico e l'eterocontrollo delle Autorità³⁰, dovrebbero

²⁹ Questa opzione da noi contestata è invece fatta propria dal legislatore più recente, che, nel valorizzare l'autoregolazione, la ha sottoposta al controllo del soggetto politico, non di un'A.I. Si veda in proposito il "codice tv e minori" - già contemplato nella l. 249/97, e definitivamente acquisito a dignità di fonte dalla l. 112/ 2004 - sottoposto (art. 10, comma 1, l. 112/04) quanto alle sue future modifiche all'approvazione con decreto del Ministro delle comunicazioni. O ancora si rifletta sul procedimento di formazione del codice in materia di informazione politica locale, che vede impegnato il Ministro delle comunicazioni in qualità di controllore di ultima istanza, chiamato a verificare la legittimità, e non solo, tanto dell'autoregolazione che dell'approvazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; per le critiche a questo sistema sia consentito il rinvio a De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, op. cit., a pp. 191 ss.

³⁰ Con ciò non si vuole escludere in linea di principio la legittimità del conferimento alle Autorità di ulteriori potestà in vario modo combinate con i processi di autoregolazione, quali, ad esempio, quella di promozione dei codici o di normazione. Quest'ultima comporterebbe lo slittamento dei codici dal livello normativo secondario a quello terziario, perché essi dovrebbero sottostare, oltre che alla legge, anche ai regolamenti delle A.I. Ma sia chiaro che i precetti delle Autorità non potranno supplire alle omissioni del legislatore, altrimenti innoverebbero l'ordine giuridico a livello primario. Romagnoli, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in Aa.Vv., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, a p. 60, si dichiara, invece, favorevole a questa supplenza dovuta al fatto che "le leggi istitutive delle Autorità sono dei semilavorati [...], perché avere di norme predeterminatrici di comportamenti". Altro è dire che, ferma restando la necessità di un quadro valoriale di riferimento puntuale, delineato dal legislatore, le Autorità precedano, provochino il discorso normativo

rimanere distinti, con ciò riservandosi allo Stato la responsabilità politica della coerenza degli esiti autoregolativi agli obiettivi di politica pubblica.

4. Conformità o difformità dell'art. 12 verso il modello ipotetico di codice-fonte?

Disegnato il paradigma di codice deontologico compatibile con il nostro assetto costituzionale, confrontiamo la fattispecie di cui all'art. 12 con il suindicato modello e cioè accertiamo se le tre condizioni astratte di compatibilità costituzionale siano state soddisfatte dall'art. 12.

a) Quanto all'esponenzialità dell'autore della decisione normativa, l'art. 12 non detta alcun criterio di selezione degli aventi titolo all'autoregolazione³¹, neppure quello elastico che si risolve in indici presuntivi dell'esponenzialità, accertabili e perfezionabili all'occorrenza in ragione delle particolarità del caso. All'omissione del legislatore è seguito un atteggiamento inerte del Garante, il quale avrebbe potuto adottare, in attesa di ricevere istruzioni più puntuali dal legislatore, quel parametro selettivo astratto e generale, indispensabile all'identificazione degli aventi diritto. Infatti, i provvedimenti³² con cui il Garante ha promosso i percorsi normativi privati si sono limitati a sollecitare l'autoregolazione di settore con inviti rivolti a una collettività indifferenziata di soggetti, con ciò differendo a un momento successivo, quello della valutazione sull'ammissibilità delle domande, l'inevitabile selezione degli aventi titolo. Far mancare³³ ad ogni livello

privato, specificando le istruzioni di legge: in questo contesto a tre effettivamente le Autorità "costituiscono un punto di snodo, se non di cerniera" (ancora Romagnoli, a p. 63), tra la regolazione imposta dall'alto e quella proveniente dal basso.

³¹ Si è già visto che l'art. 139, norma di rinvio al codice dei giornalisti, si sottrae invece a questo rilievo in quanto identifica il regolatore, senza possibilità di una scelta diversa, nell'Ordine dei giornalisti. Mentre a livello comunitario (cfr. Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione Europea e Commissione delle Comunità Europee, *Progetto interistituzionale "Legiferare meglio"* in *G.U.C.E.* n. C 321 del 21/12/03, p. 0001-0005) al punto 17, si promuovono tecniche di eteronormazione attente a valorizzare la rappresentatività dell'autore privato. Ma, al di là di mere affermazioni di principio, neanche il diritto comunitario è riuscito a tradurre queste indicazioni in prescrizioni cogenti, sintomatiche dell'esponenzialità degli aspiranti regolatori privati, cioè in criteri utilizzabili dalle autorità nazionali per selezionare gli aventi titolo all'autoregolazione.

³² Ci si riferisce al *Prov. 10* febbraio 2000, con cui il Garante "invita tutti i soggetti pubblici e privati, ivi comprese le società scientifiche e le associazioni professionali, aventi titolo a partecipare all'adozione dei medesimi codici". Ma è proprio quell' "aventi titolo" che l'atto del Garante avrebbe dovuto costruire nei suoi elementi soggettivi e oggettivi sintomatici dell'esponenzialità, e non invece limitarsi a recepirlo come se si trattasse di un concetto *self-defining*. Identico tenore presenta altresì il *Prov. successivo* del 10 aprile 2002.

³³ Santaniello - Rasi, *I codici deontologici e di buona condotta: lineamenti generali di un ciclo evolutivo*, in Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, La protezione dei dati personali*,

normativo un criterio obiettivo di verifica dell'esponenzialità equivale a negare la qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa del potenziale regolato all'elaborazione dell'idea normativa, in quanto l'assenza del criterio sostanziale di riferimento impedirà il sindacato giurisdizionale avverso l'illegittima esclusione del regolatore, eventualmente disposta dal Garante.

b) La seconda condizione, cioè la struttura necessariamente multilaterale dell'atto autoregolativo, è parimenti assente nel modello generale di cui all'art. 12 (come del resto non ricorre rispetto al codice dei giornalisti), che riferisce la funzione normativa al solo autore del trattamento dei dati, non anche ai soggetti ai quali i dati si riferiscono. Ma il modello dell'art. 12 rappresenta un passo avanti rispetto al codice dei giornalisti, perché seppur non prevede i titolari dei dati tra i coautori dei codici, non li estromette del tutto, ammettendoli a titolo di intervenienti facoltativi³⁴.

La norma ripropone in termini attenuati il modello della *regulated self regulation* di stampo anglosassone³⁵, forma avanzata di un discorso regolatorio, che dallo stadio iniziale di autoregolazione *inaudita altera parte* (art. 139) si avvia a diventare diritto consensuale ad apporti plurimi equiordinati. Si tratta di un processo ancora *in itinere*, perché il titolare dei dati, se pur entra nel percorso normativo, non assume la veste di coautore della idea normativa, ma quella di mero partecipante ad un processo regolativo altrui, che però incide direttamente sul suo diritto alla corretta identità della propria immagine. Peraltro, la sua partecipazione non ha dignità di diritto soggettivo, perché, come intervento facoltativo, sarà azionabile solo su richiesta dell'Autorità, né sarà tempestivamente spendibile, perché sopraggiunge a bozza di codice già confezionata, né visibile all'esterno, non essendo assicurato il suo affioramento giuridico *extra moenia*³⁶.

Il nostro modello di autoregolazione partecipata non si presta quindi ad essere indagato *ab externo* nella stessa misura di quello inglese, perché il suo percorso viene

vol. XXXIII, Padova, 2005, a p. 284, sembrano invece accontentarsi delle vaghe indicazioni di rappresentatività contenute nella norma in esame.

³⁴ In sintesi, l'art. 12 ripropone il modello previsto nella Direttiva di "codice nazionale" (art. 27, par.i 1-3, Direttiva 95/46), di cui fa propria l'idea di fondo di declassare uno dei regolati, il titolare dei dati, a mero partecipante che contribuisce alla completezza istruttoria, pur avendo titolo a codecidere l'atto normativo. A differenza dei codici italiani di ultima generazione (quelli ex art. 12), il modello ex art. 27 Direttiva si caratterizza per un più compiuto grado di visibilità esterna del percorso decisionale, che investe anche le osservazioni dei partecipanti.

³⁵ La tesi, ampiamente articolata nel pensiero di Mayntz, è esposta in termini compiuti in De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, cit., in part. nel cap. V, par. 4.1., in cui si fa un discorso generale sulla *soft law* nel Regno Unito.

³⁶ Il codice degli storici indica infatti nel preambolo come elementi conoscibili all'esterno la bozza elaborata dal gruppo dei regolati privati e la sua stesura definitiva approvata dal Garante, lasciando invece al di sotto della soglia della conoscibilità le osservazioni degli eventuali partecipanti, che - a quanto esposto nel preambolo - non sono pervenute.

alla luce solo in minima parte³⁷. Occorre tuttavia una precisazione: se il legislatore non si è affatto occupato della questione della visibilità esterna del processo di *soft law* in esame, ad essa ha invece prestato attenzione il Garante, il quale però non ha stabilito lo standard minimale di trasparenza dei futuri codici con prescrizioni astratte e generali, ma con decisioni assunte caso per caso³⁸, come tali non necessariamente rinnovabili in avvenire.

La prassi finora seguita dal Garante è la seguente: si rendono disponibili alla lettura dei terzi la bozza di codice elaborata dai regolati privati e la sua stesura definitiva, mentre non lo sono gli apporti dei partecipanti³⁹, ove ce ne siano, e quelli del Garante. Il contributo del Garante si potrebbe limitare a rilievi di legittimità sulla bozza di codice o invece svilupparsi in significative indicazioni di merito, che ben potrebbero intervenire nel corso dell'evoluzione del progetto normativo. Tale dubbio in questa fase non si può sciogliere, perché si ignora cosa faccia il Garante e in che momento intervenga il suo apporto. Si tratta di una realtà in continua evoluzione protetta dal segreto, regola congeniale alle negoziazioni *inter partes*, ma inadeguata al diritto dei privati a rilevanza oggettiva, perché quest'ultimo, in quanto processo normativo, si dovrà svolgere alla luce del sole⁴⁰. Altrimenti, si indebolisce la garanzia di sindacabilità giudiziaria delle decisioni normative private, stante l'opacità del loro iter.

c) La terza condizione sarebbe quella della preventiva determinazione legislativa dei fini a cui orientare gli sviluppi dell'autoregolazione, ma essa è completamente assente nella previsione generale dell'art. 12, come in quelle di settore che l'hanno preceduta, codice dei giornalisti incluso. Ne consegue la promozione *de facto* del codice a fonte

³⁷ Il diritto comunitario sta seguendo, anche se a rilento, l'esperienza anglosassone, attenta all'esigenza di assicurare la completa visibilità in quanto, in un contesto di equiordinazione tra atto normativo pubblico e autoregolazione, le garanzie di trasparenza del primo devono assistere anche il secondo. In proposito, si consulti: Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione Europea e la Commissione delle Comunità Europee, *Progetto interistituzionale. "Legiferare meglio"*, in cit., che indica al legislatore futuro l'obiettivo della pubblicità delle negoziazioni private, senza però specificarne le modalità.

³⁸ Di ciò si ha contezza leggendo i preamboli dei codici, vedi, ad esempio, quello degli statistici.

³⁹ Va però rilevato che si tratta di una prassi costantemente osservata dall'Autorità e anzi migliorata quanto alla visibilità esterna degli apporti dei regolati in occasione della promozione del "codice deontologico e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti" (emanato ai sensi dell'art. 117, del d.lgs. 196/03). Il suo processo di elaborazione è stato, infatti, reso pubblico nelle sue tappe fondamentali: bozza di codice, osservazioni dei partecipanti e atto definitivo, reperibili tutti nel sito web dell'Autorità. Ma quest'ultimo codice continua a essere criticabile quanto al difetto di indici di rappresentatività, alla struttura non compiutamente plurale del potere, alla tardività degli interventi, e, infine, alla sua collocazione all'interno della gerarchia delle fonti. Per un commento a prima lettura della norma, assolutamente non critico, si veda Bravo, *Il trattamento dei dati nel settore bancario, finanziario ed assicurativo*, in Monducci - Sartor (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati sensibili*, Padova, 2004, a pp. 355 ss.

⁴⁰ Così C. A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, in C. A. Morand (pub.), op. cit., a pp. 197-198.

sostanzialmente innovativa della disciplina primaria in materia di dati personali ⁴¹, in violazione alle regole di sistema, le quali impongono il rispetto dell'ordine gerarchico delle fonti e l'imputazione esclusiva del potere politico ai soggetti del circuito politico-rappresentativo. Non si ripetono le ragioni a sostegno della valutazione in termini di illegittimità costituzionale del codice pseudo-primario, perché già esposte in sede di trattazione del codice dei giornalisti, che condivide con i codici in esame la medesima attitudine a parlare in luogo della legge.

Nel caso in oggetto, invece, la norma in esame può generare un ulteriore motivo di preoccupazione: essa non conferendo ai privati una potestà normativa definita quantomeno nell'oggetto, apre all'autoregolazione a vocazione generalista. Il principio di legalità, seppure in un'accezione minima, “deve pur sempre significare qualcosa”, e cioè che “nessun potere normativo può essere attribuito dalla legge se non rispetto ad oggetti determinati dalla stessa legge” ⁴². In mancanza di assegnazione puntuale, il conferimento *omnibus* equivale alla delega di pieni poteri, come tale incostituzionale, perché, eccezion fatta per le assemblee rappresentative, nessuna altra autorità, né pubblica, né tantomeno privata, può legittimamente disporre di un potere normativo generalista.

Quindi, l'art. 12 ha confermato, non attenuato, le illegittimità dei modelli autoregolativi di settore rispetto a quello generale, aggiungendo peraltro un nuovo motivo di contrasto con i principi di sistema: l'omessa tipizzazione dell'oggetto della potestà regolativa privata. E neanche il contributo specificativo del Garante potrà servire

⁴¹ Busia, *Commento all'art. 12*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi amministrative. Codice della privacy*, op. cit., a pp. 137, 168 e 178, sembra invece compiacersi del fatto che questi codici potranno essere utilizzati dal Garante per promuovere, in ragione del settore prescelto di volta in volta, l'integrazione e, se del caso, la correzione del dato normativo primario in luogo dei mancati decreti legislativi. Ma l'Autore trascura la regola che impone di realizzare la “manutenzione” della disciplina primaria mediante strumenti normativi di pari grado di quello oggetto dell'intervento. Qui, invece, ci si avvarrebbe di un atto secondario per aggiornare all'occorrenza il livello primario, atto che addirittura può fare di più di un decreto legislativo: elaborare precetti primari senza limiti di tempo, libero da vincoli di oggetto e di contenuto.

Né la qualificazione di “codice delegificato” sembra chiudere la discussione sulla sua collocazione nell'ambito delle fonti, perché se di delegificazione si tratta, essa è del tutto illegittima, in quanto la legge manca di indicare la direzione degli sviluppi futuri del processo autoregolativo, così come non dispone l'effetto abrogativo, inteso come selezione delle norme da abrogare, cosa che di certo la legge non è in condizione di fare visto che non indica l'oggetto del potere normativo. Quindi, se proprio siamo alla ricerca di un'etichetta qualificatoria, quella appropriata è di “codice pseudo-primario”, che, come tale, è fuori dalla legalità costituzionale.

Per un'impostazione diametralmente opposta si veda: C. A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, in C. A. Morand (pub.), op. cit., a p. 197. L'Autore aveva con estrema lucidità sottolineato il pericolo di un uso antidemocratico del codice, nel caso esso “comportent une délégation en blanc du pouvoir de légiférer [...]” perché il diritto dei privati “ne remplit pas les conditions de la délégation législative qu'on retrouve [...] dans tous les régimes démocratiques, à savoir que l'essentiel de la réglementation doit se trouver dans la loi formelle”.

⁴² Così G. U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, op. cit., a p. 285.

a sanare detto vizio, perché l'Autorità non potrà che definire con atto normativo sub-primario lo spazio di intervento dell'autoregolazione.

È chiara la scelta compiuta dal legislatore del 2003 che nell'alternativa tra il rafforzare l'eterodirezione del decisore politico sul diritto dei privati e il potenziare l'eterocontrollo dell'Autorità indipendente ha optato per quest'ultima. Sul versante opposto si è invece collocata la scelta comunitaria (art. 27, par.i 1-3 Direttiva cit.), che ha spostato l'asse a favore del decisore politico, al quale ha rimesso l'eterodeterminazione degli obiettivi del diritto dei privati, e, di conseguenza, ha alleggerito l'intervento delle A.I., modulabile in base alla discrezionalità del legislatore nazionale. Quindi, come poi di fatto è accaduto ⁴³, alcuni Stati hanno mantenuto al minimo questo intervento, cioè nei termini di un parere facoltativo alla decisione autoregolativa, altri lo hanno collocato in posizione intermedia, assumendolo come condizione sospensiva dell'operatività dell'atto regolativo, o, infine, lo hanno promosso ad apporto codecisorio equiordinato al consenso privato.

Al di sotto di questa misura il legislatore nazionale non sarebbe dovuto andare, cioè non avrebbe dovuto rinunciare a dettare in prima persona le istruzioni sull'uso del potere privato, in vista del fatto che la sua abdicazione sarebbe stata compensata da un'eterodirezione dei processi regolativi ad opera dell'Autorità.

Questa inversione dei ruoli è di per sé inevitabile dato che, quando si assegna all'Autorità una funzione di controllo sulle regole private, l'Autorità potrà sindacarle perché il parametro in base al quale conduce il riscontro di conformità è già compiutamente confezionato dalla legge. Ma se questo parametro è in attesa di perfezionarsi, l'Autorità dovrà prima provvedere a chiuderlo e poi lo potrà impiegare come referente della sua funzione di controllo. In questo modo, ancora una volta, si chiede all'Autorità di dire il diritto a livello primario.

Insomma, un principio dovrebbe rimanere intatto: il rispetto dell'equazione potere politico/responsabilità è incompatibile con l'attribuzione di poteri politici a soggetti diversi da quelli rappresentativi della generalità degli interessi sociali, siano essi le A. I., ancorché in via temporanea e a titolo di *partner* dei privati, o le Autorità private, perché entrambe prive della necessaria legittimazione.

⁴³ In proposito si legga la *Comunicazione* della Commissione Europea, recante *Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States*, in

5. Autoregolazione e ordinamento giuridico.

Da quanto detto è emersa un'autoregolazione a genesi variabile in ragione del destinatario: consensuale rispetto ai legittimati alla contrattazione, imperativa nei confronti degli esclusi dalla trattativa, verso i quali essa conserva "toute son hétéronormativité"⁴⁴.

Si ripropone - almeno nell'esperienza italiana - un modello di imperatività basato sull'imposizione e non sull'anticipato consenso dei destinatari. E poiché l'espressione "diritto debole" va correttamente riferita a una realtà di decisioni autoprodotte o quantomeno condivise con i regolati, la definizione non è fino in fondo descrittiva della realtà in esame.

Allo stato, sembra prudente e corretto dire che siamo di fronte a un perfezionamento in chiave di efficienza del modo di produzione della regola giuridica. Nessuna rivoluzione, dunque: ma ciò basta, in ogni caso, per adombrare un modello ordinamentale diverso, che supera l'autosufficienza del diritto chiuso in se stesso con una costruzione della giuridicità in parte condivisa con gli attori del conflitto sociale⁴⁵; che tempera la concezione monista, in cui lo Stato esaurisce in sé ogni manifestazione della normatività, con elementi di una visione pluralista; che riserva allo Stato il ruolo di "producteur de droit parmi d'autres"⁴⁶; che associa a un diritto unilaterale, monologico, lineare e rigido, uno negoziato, dialogico, complesso e flessibile.

In questa prospettiva, l'ordinamento si articola su più spazi giuridici, che agiscono simultaneamente, intervenendo semmai sul medesimo oggetto ma a titolo diverso, realtà che non si sovrappongono, ma si mescolano, si completano a vicenda, intersecandosi, attenta ciascuna a non annullare il patrimonio valoriale dell'altra⁴⁷.

http://europa.eu.int/internalmarket/privacy/docs/lawreport/consultaion/technical-annex_en., in part. a pp. 35-36.

⁴⁴ Così C. A. Morand, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit*, op. cit., in part. a p. 215; l'Autore illustra efficacemente questo difetto dell'autoregolazione a struttura unilaterale.

⁴⁵ Così Berti, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, a p. 405. L'Autore legge nella dinamica della sussidiarietà la consapevolezza da parte di ciascuna istituzione, "sia essa quella infima o quella più alta e comprensiva" di non esaurire "in sé le chances dell'azione sociale" e conseguentemente di doversi rivolgere, "a fine di completamento, al di fuori di se stessa".

⁴⁶ Chevallier, *Vers un droit post-moderne*, in *Rev. dr. pub.*, 3, 1998, a p. 673.

⁴⁷ B. de Sousa Santos, *Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne*, in *Droit et société*, n. 10, 1988, a pp. 363, in part. a pp. 382 ss., parla, infatti, d'interlegalità intesa come reciproca interferenza tra sfere giuridiche contigue: "Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiétements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire, l'interlegality".

Il vecchio e il nuovo si compongono in una struttura reticolare dell'ordinamento che, peraltro, riserva comunque allo Stato il compito non di regolare nel dettaglio le condotte umane, ma di ordinare il molteplice, di ricondurre la diversità ad unità, attraverso processi tendenti a "realiser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses"⁴⁸. La relazione di equiordinazione, che pure corre tra gli ordini giuridici minori, non interessa quindi lo Stato⁴⁹, cui spetta di "impostare la struttura e l'interazione dei sistemi da controllare e da sviluppare in modo che essi possano ampiamente autoregolarsi e controllarsi reciprocamente"⁵⁰.

Forse, più che di compiutezza o incompiutezza di un processo in atto, si deve parlare del determinarsi di un equilibrio dinamico. In ogni caso però la diffusione del potere normativo tra i nuovi beneficiari, A.I. e governi privati, andrà disegnata in modo da conservare allo Stato le sue indeclinabili responsabilità: ricondurre il molteplice ad unità, ricomporre il diritto imperativo e quello consensuale a sistema.

Questo significherà, da un lato, evitare - stabilendo misure di reciproca tolleranza - che le idealità dei sottosistemi si annullino a vicenda; e, dall'altro, garantire la coerenza del diritto posto dai nuovi autori con i valori supremi dell'ordine politico, di cui lo Stato conserva la responsabilità ultima.

Quindi, l'unica modalità di cooperazione tra fonte statale e altre, pubbliche o private, si compie nel modello della complementarità delle seconde alla prima, il solo peraltro in grado di coniugare il concetto di pluralità degli ordini derivati con quello di superiorità dell'ordinamento originario, che ben può avvalersi dei diritti a genesi endogena, purché indichi loro *ex ante* la direzione da intraprendere e intervenga *ex post* a correzione di eventuali esiti incompatibili con le linee guida impartite.

Ciò rimanda a una precisa opzione da parte dello Stato, che, nell'atto di aprirsi alla rete multipla dei sottosistemi, sceglie di ammetterli a condizione di orientare in anticipo gli sviluppi della loro azione regolativa. Ne consegue che il potere normativo, in

⁴⁸ Così Chevallier, *Vers un droit post-moderne*, cit., a p. 674.

⁴⁹ Già F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, *passim*, aveva denunciato l'inadeguatezza di ogni prospettiva gerarchica a esprimere la realtà dei rapporti di compenetrazione tra gli ordini normativi, pur riconoscendo allo Stato una posizione di supremazia rispetto a quelli minori ivi conviventi in quanto tutore della legalità di sistema. La posizione di Rigaux è sintetizzata con rigore metodologico da F. M. Rigaux, *La Théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985, in part. a pp. 271 ss.: "L'idée d'une structuration réticulaire de la normativité consiste à denoncer l'inaptitude de toute perspective hiérarchique à exprimer la réalité des rapports de compénétration entre ordres normatifs distincts. Celle-ci ne saurait s'expliquer en termes de *suprématie* - ce qui n'exclut nullement qu'un champ normatif exerce effectivement, et à un moment donné, un contrôle plus étendu qu'un autre sur les relations sociales".

⁵⁰ Bühl, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, op.cit., a p. 247.

principio concentrato e a imputazione esclusivamente statale, scivola verso forme fluide, condivise nella titolarità tra autorità pubblica e privata.

L'ordinamento pertanto si disporrà su più piani: quelli superiori, occupati dalle manifestazioni autoritative, le quali avviano il discorso giuridico; quelli inferiori, luoghi di convergenza dei diversi sottosistemi privati, concorrenti nel completare quanto iniziato ai livelli superiori

Solo a queste condizioni il pluralismo delle voci normative, forza oggettivamente disaggregante l'ordine giuridico ⁵¹, può diventare fattore di crescita dell'ordinamento, perché controbilanciato dalla presenza di un decisore politico forte, architetto del sistema e, al tempo stesso, suo regolatore di ultima istanza.

⁵¹ Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 3, 2003, a p. 468, dove l'Autore con una sintesi di eccezionale efficacia pone accanto alla crisi del concetto di territorialità della sovranità quello di "unicità" della medesima, leggendo nel fatto che le fonti interne ed esterne di un ordinamento "siano appoggiate ad un tessuto di principi", privi del carattere dell'universalità naturale, il rischio di una proliferazione all'infinito di valori disancorati dal diritto positivo "con un conseguente, ma quasi programmatico disordine normativo".

