

NUOVI ORIZZONTI DELLA “COSTRUZIONE” DEL DIRITTO: I CODICI DI COMPORTAMENTO

Presentazione della tesi di Dottorato di Ricerca:

*«La scrittura de “I codici di condotta”:
metodi, procedure natura giuridica»*

di Simona Lombardo*

*Un diritto sospeso sopra la storia degli uomini
è un diritto che non è in grado di orientare, rivestire,
seguire il divenire delle loro condotte.*

(T. Ascarelli – *Studi di diritto comparato ed in tema di
interpretazione*, 1952)

DALLA “PREMESSA”...

Gli obiettivi della mia ricerca hanno preso le mosse da alcuni assunti di partenza, largamente proposti dalla dottrina – sia di estrazione privatista, sia di formazione pubblicista – che richiedevano di trovare conferma (o smentita), prima di essere eventualmente sviluppati ed approfonditi.

Il ***primo***: quello per cui i codici deontologici assumerebbero e descriverebbero multiformi realtà, geneticamente diverse fra loro. Un'evidenza, questa, più che un'ipotesi da dimostrare. Motivo per cui ho maturato fin da subito la convinzione che i “prodotti” di queste esperienze non potessero essere riassunti tutti sotto un'unica denominazione. L'approfondimento di questa osservazione preliminare mira a dimostrare che, a seconda del settore di riferimento e degli obiettivi proposti, il codice possa assumere la funzione di uno strumento di regolazione e che ad ogni precisa indicazione linguistica corrisponda anche una peculiare connotazione strutturale del documento, tale per cui si possa giungere a considerarlo “fonte dell'ordinamento di riferimento” e *quindi* anche dell'ordinamento giuridico generale.

Il ***secondo***: il fenomeno della codificazione deontologica si presterebbe ad essere “categorizzato”. In realtà non in molti hanno proposto criteri per una catalogazione del fenomeno proprio in considerazione della eterogeneità delle sue manifestazioni e dei suoi presupposti. A nostro avviso, invece, le modalità di formazione (e ancor prima, di affermazione) dei codici come raccolte scritte di principi di comportamento riteniamo che siano tali permettere una classificazione delle differenti espressioni, solo

* Dottoressa di Ricerca in “*Metodi e tecniche di formazione e valutazione delle leggi*”.

apparentemente simili e solo superficialmente tutte ascrivibili a mere espressioni dell'autonomia privata.

Il *terzo*: i codici “deontologici” sarebbero strumenti utili per portare al “livello idoneo di regolazione efficiente” interessi e situazioni che altrimenti ne rimarrebbero privi , o comunque afflitti da una forma rarefatta di disciplina.

Il *quarto*: l'ordinamento giuridico non è solo negativamente contraddistinto da un'iper-regolazione, ma anche da una cattiva formulazione dei documenti normativi. In questo contesto, il ricorso ai codici non rappresenterebbe altro che un aggravamento del problema. Se è vero che alla confusione delle fonti, si aggiunge quella dei contenuti, non si può negare che spesso ciò accade anche perché il legislatore, come costruttore delle norme, non è correttamente a conoscenza delle effettive esigenze dei regolati. Da questo banale, ma assai credibile assunto di partenza, nasce la riflessione sulla capacità dei codici di comportamento di affermarsi come strumento in grado di garantire un avvicinamento tra le due categorie (regolati e regolatori). Nell'esperienza italiana, essi sono diventati la sede di una negoziazione degli intenti e di una partecipazione congiunta tra i rappresentanti di diverse istanze che si è dimostrata, nella maggior parte dei casi, *utile* a risolvere *deficit* di buona regolazione.

Contrariamente a quanto si poteva pensare all'inizio, mano a mano che si approfondiva lo studio del tema, si è potuta verificare solo in parte l'idea, proposta da certa dottrina, che i codici potessero essere uno strumento in grado di sostituire la legge e altre forme di regolazione. Non solo questa è una prospettiva un po' troppo irrealista, ma addirittura si è potuto arrivare a dimostrare che di fatto persista un'immane presenza statale in tutte le possibili applicazioni del fenomeno della codificazione deontologica.

Ciò ci ha condotti progressivamente a smentire la posizione di chi ha fin qui sostenuto, forse limitandosi ad uno studio “meramente teorico” del tema, che la positivizzazione delle regole di comportamento in codici abbia soppiantato o surrogato – anche se limitatamente agli spazi “concessi” alle raccolte – *integralmente* l'intervento legislativo.

Anche se, riteniamo che la via migliore sia quella della distinzione (che privilegi un'analisi più pragmatica, in grado di tenere in considerazione tutte le eterogenee applicazioni della potenzialità normativa di questa esperienza), forse con qualche pretesa creativa in meno, ma sicuramente in modo più corretto, abbiamo preferito avallare, nel corso della ricerca, l'idea che la codificazione deontologica (nel suo complesso) possa essere assimilata piuttosto ad un'espressione atipica, ma significativa, di esercizio di potestà para-regolamentari (patrocinando, in taluni specifici ambiti, la possibile parificazione di questi “regolamenti” dei privati ai regolamenti indipendenti delle amministrazioni dello Stato).

Una visione pratica, concreta delle diverse manifestazioni di codificazione ha ulteriormente confermato la permanenza dell'interesse statale, che oggi semplicemente trova forme di estrinsecazione differenziate a seconda della tipologia e dello spazio interessato dall'intervento normativo privato.

L'argomentazione logico-teorica. – Il diritto contenuto nelle raccolte nasce (ma non sempre) come *diritto dei privati*, si evolve in *formazione negoziale del diritto* (nel duplice senso di influenza degli operatori privati nel processo normativo, e di cooperazione tra regolatore e regolati alla formazione delle regole di diritto), progressivamente assurge a *diritto composito della regolazione*. È in questo momento, e sulla base di presupposti precisi, che la regolazione tradizionale e l'autoregolazione si dimostrano di essere *due fenomeni convergenti*. E due tecniche di costruzione del diritto che si attraggono reciprocamente.

Dall'osservazione allargata delle potenziali applicazioni pratiche del fenomeno "codificazione deontologica", abbiamo identificato tre aree, in cui di fatto sembrano affermarsi tre "schemi" di codice, ciascuno caratterizzato da una procedura di adozione che può essere sintetizzata in fasi e passaggi, quasi rappresentando un ***modello di costruzione normativa***.

Rispetto agli esemplari e agli ambienti, abbiamo voluto verificare l'*an* ed il *quantum* della partecipazione dello Stato, anche al fine di testare – attraverso la comparazione con l'esistente costruito normativo – la capacità di questi documenti a divenire fonti-atto in grado di innovare il nostro sistema di diritto.

Da qui, la predilezione per il metodo classico di approfondimento scientifico: la prospettiva teorica e l'interpretazione della prassi, entrambe valutate attraverso l'occhio vigile della dottrina e della giurisprudenza [abbiamo identificato, in verità, diversi tipi di "interferenza" tra ordinamento generale ed ordinamenti speciali, che in linea di principio corrispondono alle "spiegazioni giuridiche" (quella privatistica, riconducibile allo schema negoziale/contrattuale; quella pubblicistica riconducibile allo schema della "delegazione" normativa). Da qui, la partizione dell'elaborato in due macro-settori: quello dei codici privati (e dei privati) e quello dell'ambiente pubblico (o meglio della tutela dei diritti fondamentali)].

La struttura dell'elaborato di tesi di dottorato. – La PRIMA PARTE comprende due capitoli: il primo dedicato alla formazione e alla connotazione dei codici deontologici professionali; il secondo racchiude e descrive una varietà di manifestazioni, tutte riconducibili all'esercizio dell'autonomia privata.

La SECONDA PARTE è occupata a differenziare, per procedura e funzioni, altre forme di scrittura dei codici, prevalentemente caratterizzate dall'intenzione di modulare diritti e libertà costituzionali in posizione di potenziale conflitto.

Un'opera che ha voluto essere, in parte, compilativa: quasi una sintesi del conosciuto. E in parte empirica, nella conferma che i codici di comportamento non possano che essere approcciati attraverso uno studio consapevole del loro ambiente e dei loro obiettivi].

DAL CAPITOLO I...

LA TEORIA DELLA CODIFICAZIONE DEONTOLOGICA. – Affrontare il tema della codificazione deontologica come complessa esperienza giuridica o, se si vuole, nella sua *complessità*, ci ha portati necessariamente ad assumere una prospettiva che pur non intendendo indulgere ad angolazioni teorico-generaliste non poteva interamente prescindere da una spiegazione del fenomeno in termini di teoria generale del diritto.

Com'è noto, la teoria giuridica insegna a leggere l'ordinamento attraverso due lenti: l'una, statica; l'altra, dinamica.

La prospettiva statica studia il diritto in condizione di quiete. Il suo obiettivo è quello di analizzare metodi e risultati della produzione giuridica in una "posizione di stabilità". Il suo scopo è la *certezza* del diritto.

La prospettiva dinamica studia il diritto in movimento; il suo metodo è la costruzione progressiva, stratificata delle regole fondanti un sistema normativo. Il suo fine è la *soluzione dei conflitti*.

Partendo da queste due asserzioni di base della teoria generale del diritto, con questo lavoro si vorrebbe dimostrare che l'esperienza giuridica attuale ha conosciuto la codificazione deontologica come rappresentazione del momento di passaggio da un accostamento sincronico al tema delle fonti del diritto ad un approccio di tipo diacronico, proponendo *modelli di regolazione* che fossero in grado di porre un rimedio *attendibile* alle situazioni fallimentari della regolazione tradizionale.

Da questa, che è principalmente la *ratio* del ricorso stesso a forme alternative di regolazione, si è giunti ad accertare l'attuale tendenza alla *stabilizzazione* del rinvio ai codici deontologici quali espressioni normative annoverabili (almeno alcune) tra le fonti del diritto oggettivo.

Nato come fatto normativo di distinzione all'interno dell'ordinamento generale, la codificazione deontologica come meccanismo dinamico di formazione del diritto oggi sembra conoscere *un suo momento statico*, che ha permesso a noi di descrivere il fenomeno nel suo complesso attraverso la generalizzazione di *metodi* e la *standardizzazione di procedure*. È proprio la possibilità di poter astrarre "regole per la formazione" che ha trasformato, a nostro avviso, il diritto deontologico da mero fatto regolativo "*market failures resolving*" a vero e proprio strumento di edificazione

dell'ordinamento normativo, attraverso un *iter* che dalla sostanza approda anche alla *forma tipica* della costruzione delle regole.

L'approfondimento teorico del tema della deontologia, com'è noto, può essere affrontato almeno da tre prospettive diverse: la prospettiva filosofica, quella sociologica e quella più propriamente giuridica.

La prima privilegia l'attenzione verso i temi della *giustificazione* e della *validità* delle regole morali nell'ambito di un ordinamento giuridico. La dottrina che ha affrontato il tema secondo questa angolazione ritiene che la generazione di norme non richieda l'intervento di soggetti od organi dotati di autorità. «Una norma appartiene al sistema morale per il suo valore intrinseco». Essa diviene giuridicamente *rilevante* nel momento in cui nella prassi e nell'esperienza applicativa corrisponde stabilmente al principio morale fondamentale. Si afferma per ciò solo.

L'impostazione filosofica è corretta, ma essa appare utile ai fini della descrizione di alcune soltanto delle molteplici versioni che il fenomeno in commento può assumere. Vero è che la pratica della “reiterazione dei comportamenti” sta alla base di *ogni* raccolta deontologica, o quasi. Sicuramente di quei sistemi di auto-normazione che hanno dato luogo ai codici che in seguito definiremo di autodisciplina e di autoregolamentazione. In parte, anche di quelli “corporativi” professionali.

L'insufficienza dell'approccio filosofico diviene però palese nel momento in cui esso si spinge ad affermare che l'“ordinamento morale” non è un ordinamento autoritativo. Esso giunge a questa conclusione per aver limitato la lettura della deontologia come mera esperienza individuale. La filosofia del diritto privilegia, infatti, lo studio della coscienza del singolo, che viene individuato come soggetto in grado di determinarsi autonomamente.

I codici di comportamento, però, esprimono evidentemente un momento diverso da quello individuale. Quando il sistema morale, *deontologico*, viene “strutturato” in modo da ratificare in regole di costume la morale *collettiva*, si pone un argomento che prima non poteva essere considerato: i rapporti tra ordinamento generale e “ordinamento particolare” (in particolare, le relazioni tra eteronomia ed autonomia). E soprattutto con le esigenze di controllo che sono emerse proprio per la nuova versione sociologica assunta dal fenomeno di auto-organizzazione regolativa rappresentato da queste raccolte (quali espressioni di micro-ordinamenti) [di questo approccio, ad esempio, non si riesce ad apprezzare l'utilizzazione univoca (*rectius*, quasi esclusiva, essendo permutata – in rare occasioni – solo con quella di “codice etico”) dell'espressione “codici deontologici” per fare rimando ad una tipologia di situazioni in realtà fra loro anche molto diverse].

Nonostante la sua diversità, anche l'approccio sociologico suggerisce di adottare come spunto iniziale l'indagine fattuale. L'esperienza come base per la lettura del fenomeno.

Esso però aggiunge un elemento di valutazione che nel corso della nostra ricerca si è rivelato essenziale: i valori etico-politici, esterni agli ordinamenti speciali, che su di essi sono in grado di determinare influenze. Questi fattori infatti nel momento della scrittura dei codici rappresentano vere e proprie “condizioni” – nell’accezione tecnico-giuridica del termine – per la fissazione dei precetti normativi.

Nella tesi si dimostra che in settori fortemente orientati alla tutela dei diritti, in cui le posizioni degli organi istituzionali e delle fazioni politiche sono in grado di esercitare in modo sistematico la loro influenza, i codici ne risultano pesantemente vincolati non solo in termini di contenuto, ma anche di procedura di formazione [in particolare nella Parte Seconda – Capitolo Quarto].

La prospettiva storico-sociologica permette di prendere in considerazione un ulteriore punto di vista: quello pragmatico. Giuridicamente parlando esso si traduce in attenzione per l’*effettività* e l’*efficacia*. Secondo questa interpretazione il fenomeno della codificazione deontologica nasce prevalentemente per rispondere alla crisi della certezza del diritto. La raccolta delle regole di comportamento si colloca in posizione intermedia tra “diritto teorico”, “diritto positivo” e “diritto vivente”. Coglie le contraddizioni tra queste tre affermazioni del giuridico e ne fa convergere le difformità in soluzioni più o meno convincenti. Secondo questa prospettiva le norme di comportamento si trasformano, per effetto della loro raccolta in documenti conoscibili ed applicabili (perché voluti e sentiti dai loro destinatari), da fatti normativi originari in fonti legali (atipiche, s’intende).

È solo con la chiave di lettura proposta dalla sociologia del diritto che si inizia a prestare attenzione alle **modalità di scrittura dei codici**. Ciò avviene soprattutto per superare l’idea, propria della prospettiva filosofica *tout court*, che dietro a questi fatti vi sia una costruzione ideale, ma non dimostrata, che fonda la giuridicità delle regole di comportamento su una loro qualità intrinseca: l’effettività, appunto. Effettività che deriverebbe dall’essere la regola di condotta un fenomeno normativo perché produce diritto, indirizzando, orientando, modificando il comportamento dei suoi destinatari.

Se questa è l’utilità dell’impostazione sociologica, altrettanto immediatamente percepibile ne è il limite: nonostante essa fondi l’*iter* di completamento della genesi del diritto deontologico in vere e proprie fonti dell’ordinamento generale da cui – direttamente o indirettamente – l’attività di codificazione prende spunto (in ciò consisterebbe il presupposto per la validità dei suoi frutti), anch’essa dimostra di poter racchiudere solo *alcune* delle manifestazioni possibili del fenomeno. Sicuramente vi rientrano tutte quelle esperienze spontanee in cui, in un’ottica pubblicistica, sia stata chiesta o praticata una legittimazione a posteriori. Non anche di quelle norme *extra*

ordinem natae che sono rimaste tali, perché andate a disciplinare ambiti “indifferenti” per l’intervento legislativo dello Stato.

Essa inoltre non fornisce elementi produttivi per comprendere il rapporto tra i codici – se considerati fonti del diritto dello Stato – e le altre fonti legali, specie quando essi provengano direttamente dal volere del legislatore (magari su suggerimento dell’ordinamento comunitario).

Il merito di cogliere l’unico vero fondamento teorico dell’affermazione del sistema deontologico codificato come “manifestazione di attività normativa” appartiene alla visione giuridica. Anch’essa trae spunto da una rappresentazione concreta dell’ordinamento, caratterizzato dal caos e dalla complessità di un sistema delle fonti divenuto incontrollabile. Ma l’interpretazione è costruttiva: il sistema delle fonti non è mai completamente irrigidito o cristallizzato, nemmeno in un ordinamento che si basa sul principio gerarchico e di tassatività delle fonti (almeno di quelle primarie). Nuovi *prodotti normativi* emergono in modo talvolta disordinato, ma col proposito di ristabilire un ordine regolativo. Esse tendono ad affermarsi proprio in quei sistemi in cui all’evoluzione delle regole non corrisponde un’efficienza funzionale delle istituzioni, degli apparati, degli organi tradizionalmente preposti al controllo sulla formazione del diritto.

La problematica che la teoria giuridica della deontologia si propone di risolvere è anche un’altra, così sintetizzabile: «il diritto regolativo si trova in una crisi o almeno in uno stato di disfunzione istituzionale». Secondo la soluzione giuridica, come ben sappiamo, il diritto è essenzialmente una *tecnica sociale*: deve tenere conto della propria applicazione nella realtà sociale e delle sue conseguenze sociali. In un’ottica ordinamentale esso comporta il necessario controllo della sua implementazione. Ciò è sempre stato facilitato dall’esistenza di “un’univocità soggettiva” nella costruzione giuridica positiva (almeno fino a che ha avuto riscontro la visione ottocentesca dello Stato come unica formante del diritto).

Nella tesi si propone una diagnosi della crisi regolativa prevalentemente in termini di analisi economica del diritto (costi economici e sociali prodotti dalla regolazione): le teorie di fondo sono in maggioranza quelle liberali o neo liberali, e vedono la presenza dello Stato come un “ostacolo” all’“effettività allocativa” delle risposte della regolazione. Rilevando che la funzione del diritto sia anche quella di creare un quadro generale per le libertà sociali si sposta l’interesse sui rapporti tra regolazione e *autoregolazione*, cercandone i rispettivi limiti e gli elementi di interazione.

Spesso nel momento della codificazione del diritto deontologico il rapporto regolazione – autoregolazione si pone in termini di “precedente intervento statale”, volto a costruire un canale di comunicazione con i privati, che talvolta diviene vero e proprio contributo nella fase elaborativa del diritto. L’autoregolazione in questo schema

entra in un ambiente già normato, quanto meno a livello di principi generali che si pongono tramite le istituzioni per delimitare poteri e libertà della regolazione privata.

Nell'analisi del fenomeno nel suo complesso abbiamo verificato che questo arretramento dello Stato come soggetto detentore del monopolio della produzione normativa corrisponde in realtà solo ad una progressiva *rinuncia all'utilizzazione dello strumento tipico del suo operato, la legge* (generale ed astratta, quale strumento per realizzare gli obiettivi sociali della regolazione), ma non dell'intervento stesso, a totale beneficio di forme autonome della normazione privata.

Al diritto tradizionale viene sottratta la funzione di regolare in modo diretto e/o esclusivo la sfera sociale (o almeno parte di essa, come spieghiamo nel Capitolo Quarto), e gli viene riservato prevalentemente il compito di *orientare, promuovere, coordinare ed integrare* i processi dell'auto-regolazione.

Questa l'impostazione a livello generale.

In settori particolarmente delicati sotto il profilo dei diritti, l'ordinamento ha dimostrato di aver trovato poi soluzioni di volta in volta differenti per *giustificare* l'intervento dei privati nella disciplina regolativa.

In questi casi, l'attenzione si è spostata sulla *proceduralizzazione*: la normazione statale costituisce unicamente un vantaggio giuridico di tipo strutturale (di partenza o di arrivo per la predisposizione dei codici). Il rapporto tra regolazione e autoregolazione per certi ambiti ha subito una riformulazione nel senso che il diritto ha la funzione di «favorire la creazione di sistemi sociali capaci di apprendimento» e di provvedere al loro controllo sociale [TEUBNER].

In questa prima soluzione, a nostro avviso, si collocano due delle grandi manifestazioni del fenomeno da noi studiato:

- 1) sia quella delle espressioni autoregolamentari (caratterizzate da vera autonomia dei sistemi approntati dai privati, rispetto ai quali “la legge” rappresenta il presupposto per rendere operativi i meccanismi dell'autodisciplina → l'efficacia dell'auto-regolazione sarebbe assicurata dalla strutturazione esterna);
- 2) sia quella genericamente ascritta ai c.d. procedimenti neo-corporativi di normazione.

L'evidente difficoltà della costruzione teorica dell'argomento che ci ha occupati, è trascesa presto anche nella sofferenza per una definizione unitaria di un fenomeno di per sé *fluttuante* [DE MINICO], qual è quello della regolamentazione deontologica. Ciò che abbiamo ritenuto significativo notare sin dalle prime battute del lavoro è, pur nella consapevolezza della varietà delle tipologie immaginabili di codici, si potessero comunque segnalare degli aspetti “comuni”:

- tutti i codici sembrano essere espressione di una tecnica di costruzione del diritto c.d. *bottom up*. Anche quando essi vengono anticipati o succeduti da un intervento legislativo di fatto rappresentano un'affermazione del principio di sussidiarietà nelle fonti del diritto;
- tutte le modalità di codificazione – nell'analisi delle interazioni tra pubblico e privato – possono essere ricondotte ai famosi quattro schemi elaborati da ben nota dottrina [ALPA]:
 1. autonomia/autocontrollo;
 2. autonomia/eterocontrollo;
 3. eteronomia/autocontrollo;
 4. eteronomia/eterocontrollo;
- tutte le codificazioni danno conto di una forma di autoreferenzialità del sistema regolativo a cui si riferiscono, attraverso l'inserimento di “clausole di conservazione”, quasi sempre presenti nei testi dei documenti o nelle relazioni di accompagnamento;
- tutte le raccolte si basano sulla consapevolezza che la loro forza consiste nell'effettività del sistema che esse sono in grado di creare. Questo si è tradotto, nei sistemi deontologici di ultima generazione, nella creazione di nuovi apparati per l'applicazione dei codici e nel progressivo avvicinamento verso tecniche di divulgazione simili a quelle previste per le fonti legali dello Stato.

L'approccio giuridico al tema in oggetto evidentemente pone le basi di uno studio problematico, volto alla soluzione degli eventuali conflitti scaturenti nei *rapporti tra ordinamento statale e codificazione dei privati*.

Da questo deriva il secondo corollario che dovrebbe interessare chi studia questa materia: quale natura giuridica assumono le raccolte “dei privati” nell'ordinamento giuridico italiano?

Evidentemente molto dipende dall'inquadramento dogmatico che si intenda – o che sia possibile – dare ai c.d. sistemi speciali del diritto deontologico codificato. Su di esso si fonda altra fonte di grande perplessità, che ha agitato la dottrina che più si è occupata di questi temi: quella della *legittimazione dell'autorità di coloro che pongono le regole autonome oggettive*. Dall'analisi empirica del fenomeno della deontologia e dell'autodisciplina in generale è emerso infatti che l'essenza ed il fondamento dell'autonomia dei privati consista propriamente nel «potere di creare – *in concorso con altre fonti* – regole oggettive di condotta o, se si preferisce, norme giuridiche». Ciò però non risolve i problemi relativi all'assenza di disposizioni certe per mezzo delle quali identificare i soggetti legittimati.

A chiusura delle osservazioni sulla Premessa teorica, si è voluto sottolineare che l'unica conclusione sostenibile sia quella suggerita all'inizio, e cioè di preferire una

prospettiva diacronica perché ciò che contraddistingue i sistemi dinamici è proprio il fatto che le loro norme, per essere valide, devono comunque essere poste tramite atti (o prodotte in modo spontaneo attraverso la ripetizione effettiva di determinati comportamenti cui viene attribuita una forza normativa). È risaputo in filosofia, così come nell'analisi economica del diritto, che non vi siano ordinamenti dinamici che non siano ordinamenti positivi. Da qui l'adesione alla convinzione del possibile ingresso (*rectius*, stabilizzazione!) di nuove fonti nell'ordinamento generale dello Stato, quando queste iniziano a tradursi in documenti contenenti norme scritte, in grado di vincolare una pluralità di condotte. Sempre però prestando attenzione alle tematiche tradizionali che impongono il rispetto per la "forma" e per le "procedure", affinché un mero "fatto" diventi anche un "atto" normativo.

È per questo che si è pensato che il modo migliore per descrivere in modo scientifico il fenomeno della codificazione del diritto deontologico potesse essere quello di verificare l'esistenza di metodi e criteri per la formazione delle regole codificate.

I codici di comportamento come esempi di costruzione del diritto. –

Parlare di "costruzione" del diritto tramite codici di comportamento significa dover fare attenzione a due aspetti, fra di loro inscindibilmente legati, ma teoricamente distinti:

- 1) "costruzione" intesa come "ideologia e approccio partecipativo" alla definizione del costruito normativo;
- 2) "costruzione" intesa come "procedura di formazione" del documento normativo.

La prima costituisce la premessa ed il metodo della costruzione normativa; la seconda la tecnica.

1. Il "metodo" della costruzione normativa tramite codici di comportamento. –

Definire i codici di comportamento "un metodo" per l'edificazione del diritto vigente, significa fare riferimento ad un'ideologia, una sorta di «approccio teorico al tema» della formazione di disposizioni in grado di vincolare i comportamenti umani. Questo sistema presuppone degli assiomi di partenza che, evolvendo un convincimento iniziale comune, hanno saputo maturare vere e proprie regole in grado di consentire la formazione di prodotti normativi adeguati ai mutamenti del contesto sociale e politico in cui gli stessi si sono radicati nel tempo.

Vediamone gli esordi.

Dall'idea per un ordinamento giuridico permeabile dalle norme dei privati, che anzi ne traeva vantaggio in termini di complementarietà, si è affermata verso la fine degli anni settanta la convinzione per la riaffermazione di un sistema corporativo. Essa si insinuava nel paradigma pluralistico in cui era centrale l'opinione che il diritto provenisse dagli *inputs* politici di una molteplicità di gruppi che rappresentavano interessi diversi. Ciascuno di questi si sarebbe reso portatore delle esigenze proprie di

“comunità *nella* comunità”, naturalmente presenti in qualsiasi ordinamento giuridico-sociale.

L’evoluzione, negli anni ottanta, delle proposte neo-corporativiste si proponeva con un’accezione innovativa: “il diritto dei privati”. Esso è stato descritto in dottrina come un potere “regolamentare” (nel senso di «in grado di regolare») dei privati che concorreva, in misura maggiore o minore, con la normazione positiva. Un concetto di *self regulation*.

In una visione più sistematica, che dimostrava di collocare il fenomeno dei codici di condotta nel contesto delle più ampie riforme strutturali (e normative) che avevano interessato il nostro ordinamento nel ventennio settanta-novanta, una parte illuminata della dottrina (*cf.* V. ROPPO) completò il concetto ritenendo che si stesse verificando una vera e propria “privatizzazione” del ruolo del pubblico ed un più generale ripensamento della funzione dello Stato, che iniziava a caratterizzarsi proprio per gli strumenti cui esso faceva ricorso per il raggiungimento dei propri obiettivi. Essi «si identifica[va]no sempre meno in meccanismi di tipo autoritativo e coattivo, per lasciare spazio a tecniche di *moral suasion* e alla valorizzazione delle capacità di autoregolamentazione degli operatori interessati».

L’ambito entro cui il diritto dei privati così concepito si andava sviluppando era quello proprio dell’economia, o meglio «quello in cui le leggi dello Stato e le consuetudini da esse richiamate lascia[va]no prive di regolamento» la materia oggetto di interesse sociale. Il suo modo era quello di una *diversa* o *complementare* definizione, che – nonostante le origini circoscritte ad un determinato obiettivo di regolazione – iniziava a mostrare una precoce attitudine a divenire strumento di regolazione generale ed astratto.

Questo fu il contesto in cui si svilupparono i codici di autoregolamentazione e di autodisciplina (che ancora oggi si esprimono in termini di normatività attraverso le peculiarità del settore a cui si riferiscono, che le categorie di soggetti interessati traducono in vero e proprio regolamento “negoziale” organizzato. Esse diventano “codice” quando è necessario «definire con chiarezza e rigore formale il perimetro applicativo e gli ambiti soggettivi presidiati dalle relative disposizioni». Il regolamento autodisciplinare, rispondendo alle logiche privatistiche dell’applicabilità per adesione, necessita dell’opera di codificazione tra l’altro per rendere conoscibile l’accordo negoziale verso l’esterno e quindi reclamabile, in caso di sua violazione!).

Con questa premessa certa dottrina (LIPARI) apriva l’ingresso alla possibilità di un sistema di diritto interamente privato – o prevalentemente tale – che si occupasse anche di interessi non strettamente o solamente settoriali o corporativi.

Nella consapevolezza di non poter rimandare l’intera disciplina giuridica all’intervento di soggetti diversi da quelli istituzionali, prendendo atto del ruolo rinnovato del legislatore come “regolatore” degli interessi pubblici, verso la fine degli anni ottanta veniva elaborata una nuova categoria dogmatica di codici deontologici: i codici come espressione di una “formazione negoziale del diritto”.

Questo nuovo modello di raccolta (ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO) assolveva ad un duplice ruolo: quello di modello di condotta per i privati (che sottoscrivono o aderiscono al codice) e quello di traccia di riferimento per il legislatore (talvolta un vero e proprio *modus collaborandi*).

La legge, sempre più frequentemente, in quegli anni faceva rinvio ai codici di condotta e di comportamento come strumento – invalso nella prassi – che poteva realizzare un rapporto cooperativo tra regolatore e regolati. Tra pubblico e privati. I codici di condotta diventavano, nelle parole del legislatore, espressione della formazione negoziale del diritto e portavano ad elaborare un metodo combinato tra intervento pubblico ed intervento dei privati. Esso doveva assicurare, da un lato, l'autonomia della regolazione privata degli interessi, dall'altro, il possibile monitoraggio delle modalità e dei risultati da parte del sistema generale.

I moduli proposti dalla dottrina di questo periodo si sono cristallizzati nei quattro distinti schemi di controllo (v. ALPA) di cui si è già detto. Il legislatore iniziava a maturare l'idea che quando ad essere coinvolti fossero interessi generali, la *self regulation* non poteva essere lasciata libera di regolare il “mercato dei diritti” (cfr. BOCHICCHIO ed il primo CAFAGGI, in particolare). L'interesse ad utilizzare i codici di questa generazione era sempre lo stesso: creare un *trait d'union* «tra la fonte normativa e la realtà che si sarebbe voluto ordinare».

L'elaborazione della nozione di “diritto negoziato” in riferimento ai codici di condotta ha determinato una svolta epocale nel modo di comprendere il fenomeno della codificazione deontologica.

Veniva interamente a cambiare il punto dell'osservazione. Descrivere i codici come espressione del diritto dei privati evidentemente poneva l'accento sui protagonisti dell'azione normativa. Affermare che essi fossero il frutto di un contributo combinato tra soggetti diversi conseguentemente portava l'osservatore a porre attenzione sulla **procedura** di formazione di queste raccolte (questo ci rinvia al punto 2).

Secondo il nuovo orientamento (LIPARI, TUCCARI, SACCO, ALPA e altri) i codici di condotta potevano essere considerati come fenomeno normativo di rilievo, attraverso due chiavi di lettura: “procedure di formazione” ed “effettività”. Ragionare sul fenomeno dei codici in relazione alla loro effettività, accettando l'idea che connotato essenziale della stessa positività di un ordinamento consistesse anche nella possibilità di una creazione astra-sistemica di norme giuridiche diventava il nuovo paradigma.

Il fenomeno giuridico esige di radicarsi nella problematicità dei contrasti sociali (PARESCHE). Approdare ad un prodotto normativo nato da questa problematicità ed in grado di proporre soluzioni sostenibili rappresentava una vera e propria tappa nell'evoluzione del sistema giuridico italiano, che proprio in quegli anni iniziava a prendere consapevolezza del disordine e dell'inefficienza delle fonti fino ad allora adottate.

Dalle prime considerazioni volte ad una collocazione dogmatica dei codici di condotta tra gli strumenti della regolazione *tout court*, si inaugurava – alla fine degli anni novanta – tutto un filone dottrinale e giurisprudenziale sulla riflessione sulla **natura giuridica** delle raccolte, che iniziava a proporre la collocazione nel sistema di diritto oggettivo dello Stato (e non più solo degli ordinamenti dei privati). Essa proponeva un ripensamento della teoria classica delle fonti, sostenendo che esistessero regole di diritto (quelle negoziate, appunto) che non si limitavano a formalizzare (istituzionalizzare) un'autoregolamentazione sociale, ma talvolta la precedevano e la descrivevano meglio proprio grazie al contributo dei soggetti direttamente interessati, che partecipano – con i codici e le altre espressioni dell'autoregolazione – alla formazione del diritto effettivo.

Il nuovo paradigma del rapporto tra regolati e regolatore. – Per giustificare la continuità di un ordinamento che non accentrasse il potere normativo in un'unica autorità la dottrina più recente ha dovuto ricorrere al c.d. rapporto di delegazione [DE MINICO]. In relazione al tema in oggetto, esso qui concepito come il rapporto che corre tra le disposizioni che istituiscono un “organo dotato di funzioni normative” (e ne regolano le procedure d'azione, i compiti, le attribuzioni) e le norme che vengono prodotte dall'organo e dai soggetti in questione.

È attraverso la definizione della relazione di delegazione al di fuori degli schemi tradizionali[†] (costituzionali) che si verifica l'affermazione di un nuovo paradigma, per cui le norme che sorgono spontaneamente o che sono create da soggetti diversi da quelli istituzionali vengono “riconosciute”[‡] dall'ordinamento generale, abbandonando così il limbo di meri fenomeni normativi *extra ordinem* affermatasi solo per la loro *effettività*. Come nello schema abituale le norme *deleganti* sono (in parte[§]) il fondamento di legittimità delle norme *delegate* (che in questo caso sono rappresentate da veri e propri “ordinamenti”), solo che questo meccanismo, relativamente all'oggetto del nostro interesse, spesso opera come retrospettivo recepimento nell'ordinamento generale dei singoli ordinamenti speciali.

[†] Con l'espressione intendiamo soprattutto tutti quei casi in cui ai codici segue una legittimazione *ex post* della funzione regolamentare da essi espressa, attraverso norme legislative primarie che riconoscono l'ambito di competenza del diritto deontologico teorizzato dai soggetti privati. Trattasi comunque a nostro avviso di una sorta di delegazione in senso tecnico, poiché con l'attività di ricognizione il legislatore si (ri)appropria, sebbene indirettamente, della facoltà di determinare gli spazi della normazione deontologica, stabilendone la gerarchia rispetto ad altre fonti.

[‡] Talvolta il riconoscimento è *ex ante*, per cui è la stessa legge a fare rinvio ai codici come strumento di regolazione. In questi casi si pone la considerazione della individuazione di una ripartizione della “competenza” a regolare determinati rapporti, nel rispetto della fissazione di principi fondamentali che non possono essere smentiti dalle regole deontologiche raccolte in codici (si vedrà questa pratica nel terzo capitolo, in cui i principi stabiliti dalla legge si trasformano – sotto il profilo redazionale dell'atto – in un vero e proprio “contenuto minimo necessario”).

[§] Gli ordinamenti deontologici trovano nell'eventuale successivo intervento legislativo una legittimazione solo “parziale” poiché essi sono innanzitutto già espressione di una formazione democratica delle regole di comportamento, secondo lo schema sussidiario.

Nell'ambito di quei settori in cui il rapporto di delegazione atipico ha luogo esso aiuta a risolvere anche la questione inerente la natura della relazione tra norme dell'ordinamento generale (deleganti della funzione normativa) e norme deontologiche (condizionata espressione della funzione delegata). Si tratta evidentemente di un legame gerarchico – *ma con ampi margini di autonomia* – per cui le codificazioni deontologiche possono tutt'al più assumere un valore para-regolamentare. Ma anche quando si dubiti della collocazione dogmatica nella categoria regolamentare del prodotto normativo-codice di condotta, tale relazione non perde la sua utilità; non necessariamente essa può dare luogo a fenomeni di contrasto tra norme deleganti e norme delegate, poiché a nostro avviso essa assume prevalentemente più il significato di “rimedio tecnico” per la ripartizione delle competenze a regolare che non di fissazione di principi entro cui svolgere questa funzione.

L'ultima evoluzione del contributo dei codici all'incremento normativo viene vissuto in dottrina come espressione di sussidiarietà.

Un concetto che si lega a quello di “autorità”, intendendo con ciò quella espressione di intervento nella vita dei singoli che in un certo qual modo mira a supplire le mancanze della comunità o delle persone libere. L'insufficienza di metodo e risorse degli individui giustifica la presenza di una autorità diversa dai privati quando essi manifestino carenze o disinteresse. Anche “l'autorità” per altro deve sempre e solo rappresentare un mezzo ad esclusivo servizio degli individui stessi.

Il principio di sussidiarietà inerisce – specie in questo contesto – all'ambito *politico*, in un senso non propriamente istituzionale, ma col significato di *allargare a soggetti diversi dallo Stato* il compito di perseguire e soddisfare l'interesse generale.

Lo schema propone un rapporto che deve essere “organizzato” nei termini in cui l'autorità superiore *regola, promuove, protegge e garantisce*. La sovrabbondanza dello Stato-istituzione o la sua latitanza in settori ritenuti rilevanti costituisce il presupposto per leggere in modo critico il ruolo stesso dello Stato, e – al contempo – per valutare positivamente nuovi fenomeni compensativi delle sue carenze di efficienza (normativa e regolativa).

L'idea moderna di sussidiarietà sembra abbracciare un progetto in grado di conciliare col discorso che ci occupa: di fronte alla disfunzione sociale, caratterizzata dalla disorganizzazione e dall'insoddisfazione, l'unica risposta può essere il *ridispiegamento dei gruppi di prossimità, sostenuti da uno Stato in grado di limitare il proprio intervento ai soli casi di trascuratezza dell'interesse pubblico*. Il compito dello Stato risulta utile nei limiti in cui esso si dimostri capace di assicurare un aiuto sotto forma di *mezzi* e sotto forma di *risultati*. In ogni caso esso deve agevolare la ricostituzione e l'operatività dei gruppi intermedi. L'altra ragione della riscoperta per la sussidiarietà è pragmatica. Cambiando assai velocemente i bisogni della società, il punto di stabilità può essere raggiunto solo con l'affermazione di uno Stato sensibile all'idea che il soddisfacimento dei bisogni stessi possa avvenire innanzitutto con

l'intervento dei gruppi intermedi – più vicini alle esigenze da soddisfare –, e solo infine con uno «Stato *regolatore*», che mantenga gli equilibri raggiunti.

Il principio di fondo che accoglie l'utilità del contributo sussidiario si accavalla e sovrappone con l'affermazione delle forme neo-corporative. La sussidiarietà come concetto diventa il modo per far sì che non si degeneri nella valorizzazione indebita dei gruppi sociali.

L'attualizzazione del tema della sussidiarietà e le “distorsioni” che esso deve subire per combinare esigenze private e bisogno di regolazione pubblica porta a spostare l'attenzione su un altro argomento: quali siano le condizioni per la realizzazione della sussidiarietà in senso normativo. E soprattutto quali ne siano i *metodi*.

L'idea contemporanea di sussidiarietà prende in considerazione l'ipotesi che le istanze private si occupino dell'interesse generale. Il “diretto interessato” meglio si può occupare delle proprie necessità, in virtù di una maggiore conoscenza e praticità. Ma il bisogno del singolo deve essere conciliato con l'interesse generale.

In questa prospettiva, la dottrina (soprattutto CAFAGGI e ALPA) converge circa la necessità di rendere possibile (agevolare, appunto) la riaffermazione dei gruppi intermedi e delle loro codificazioni, ma senza dimenticare il compito fondamentale dello Stato di tutore dell'ordine generale e della salvaguardia dei diritti fondamentali.

Il suggerimento è allora quello di elaborare un sistema biunivoco, che supplisca – da un lato – alle eventuali inefficienze del meccanismo privato di soddisfacimento dell'interesse generale, legittimando – se necessario – una limitazione dell'autonomia dei privati, dall'altro di affiancare alla legislazione tradizionale nuove forme di regolazione.

Il timore, largamente espresso dall'ultima dottrina (in modo non sempre giustificato, se si entra nell'ottica garantista), è diventato in immediata successione quello verso forme legalizzate di nuova ingerenza – questa volta *ex post* – dello Stato, che prima sembra delegare ai privati parte delle funzioni “pubbliche”, per poi intervenire in modo castrante sulle modalità di intervento e sulle regole stesse delle associazioni.

È attraverso la lettura specifica dei codici, ma soprattutto delle motivazioni che li precedono e che portano alla loro adozione che riteniamo di aver dimostrato nella tesi che autoregolazione e regolazione pubblica siano oggi due tecniche convergenti attraverso le quali perseguire e realizzare l'interesse generale e, insieme ad esso, interesse dei regolati.

Quando si conclude per un'inevitabile “convergenza” (almeno per le espressioni più matura della codificazione deontologica negli ambiti di tutela dei diritti fondamentali) tra regolazione pubblica e regolazione privata, nonostante le premesse

iniziali che esaltavano la *self* regulation come tecnica di regolazione alternativa a quelle tradizionali ci si deve domandare quale sia il vero punto di contatto tra i due interventi.

La con-fusione tra i regolatori si realizza già, come si è detto, nella fissazione degli obiettivi della regolazione (che – quando comuni, vedono attivarsi entrambe le istanze), ma soprattutto in quello che vogliamo chiamare il «momento della scrittura», se con tale espressione si intende fare riferimento ad una osservazione ampia dei tempi, dei motivi e delle procedure di redazione dei codici di comportamento. Solo tenendo conto di tutti questi aspetti si può giungere a sostenere con un minimo di giudizio un inquadramento dogmatico piuttosto che un altro.

2. La costruzione come “tecnica”. Nuovi orizzonti della formazione del diritto.

– Dalla lettura del documento-codice di comportamento, si è riscontrato che le raccolte siano nate come normazioni di principio (molte sono rimaste solo questo!), per diventare nel tempo fonti sempre più dettagliate e tecniche, pregne di contenuti “normativi”. Nei codici attuali, particolareggiati sono non solo le disposizioni sui rapporti individuali (per lo più descritti in termini di doveri/diritti), ma anche i riferimenti ai segmenti del contesto giuridico-economico in cui essi si collocano.

L’approccio degli esordi, quello della codificazione per principi, esprimeva innanzitutto la volontà degli operatori interessati, che partecipano o si occupano integralmente della scrittura dei codici, a riportare coerenza nel sistema normativo di loro attinenza. Attività che viene realizzata principalmente su tre spinte: 1) stabilire le direttive fondanti l’intero sistema di regolazione (cristallizzare i principi in un codice significa prima di tutto “storicizzare” diritti e doveri di una categoria di soggetti); 2) ridurre le lacune dell’ordinamento generale, che possono causare anomalie di funzionamento nel settore economico di riferimento, ma anche di tutela dei soggetti interessati; 3) restringere gli spazi dell’interpretazione estensiva o evolutiva degli organi disciplinari e giurisdizionali, ma anche del legislatore che attraverso provvedimenti stratificati nel tempo può annullare il margine di autoregolamentazione conquistato o reclamato dai gruppi.

Dal punto di vista della tecnica di codificazione adottata per la redazione del “documento/codice di comportamento” occorre fare delle distinzioni:

- tra i codici di categoria (in cui facciamo rientrare quelli professionali: qui si assiste ad una progressiva specificazione dei cataloghi di doveri e di diritti, nella distinzione tra il consentito ed il non consentito. Propria di questi codici anche la determinazione delle regole relazionali tra categoria ed istituzioni e altri operatori del settore);
- i codici dell’autodisciplina: che propongono un modello ibrido tra normazione privata e normazione pubblica, realizzando un sistema privato, ma aperto ai condizionamenti statali per la tutela dei terzi, i cui interessi sono non solo considerati, ma divengono delle formanti della costruzione del documento normativo;
- ed i codici afferenti alla tutela di diritti fondamentali (dei singoli o di soggetti entificati): in questo caso le disposizioni manifestano in tutta evidenza la loro attitudine a normare situazioni generali di coinvolgimento di diritti

fondamentali e rapporti che ineriscono non solo gli interessati, ma anche i terzi.

Secondo le nostre ricostruzioni ai modelli di codice possono essere ricondotte anche delle procedure, più o meno standardizzate, di adozione:

- 1) la prima categoria di codice è la risultanza di una procedura che abbiamo definito rispondente al “**metodo della risoluzione**” che propone un sistema complesso di regole che si pongono tra autoregolamentazione e tutela dell’interesse generale. Espressione di questo metodo sono i codici delle professioni intellettuali, che realizzano un sistema neo-corporativo.
- 2) la seconda è quella dei codici dell’autoregolamentazione, intendendo con questa locuzione i codici dei privati, che danno luogo ad un’esperienza mista fra “pluralismo” e “neo-statalismo”. Essi sono caratterizzati dalla **tecnica dell’adesione**;
- 3) la terza categoria segna la manifestazione forse più interessante per lo studioso pubblicista, dato che propone una tipologia di documenti propriamente normativi che vogliono realizzare una funzione prodromica al buon andamento della gestione pubblica degli interessi generali, attraverso l’applicazione del principio di sussidiarietà in ambito normativo. Questi codici, vedremo, sono oggi un vero e proprio strumento di garanzia dei principi costituzionali. Ecco perché vengono adottati attraverso “**il metodo della co-regolazione**”.

PARTE PRIMA

DAL CAPITOLO 2...

I CODICI DEONTOLOGICI ED IL METODO DELLA RISOLUZIONE. – I codici qui considerati, che verranno più propriamente qualificati come “deontologici”, rispondono a due criteri fondamentali: essi vengono elaborati secondo una procedura puntuale, distinta per fasi, che vede la deliberazione finale “in capo” all’organo collegiale di vertice della categoria rappresentata.

Il metodo seguito per formalizzare i precetti deontologici risulta espressione degli obiettivi stessi perseguiti con la preparazione delle raccolte, che qui sembrano assumere propriamente la funzione di una tutela corporativistica del gruppo.

Da qui la soluzione tecnica finale della “risoluzione” per convalidare le scelte collettive. Con questa espressione si delinea infatti un procedimento che raccoglie suggerimenti e consensi “dal basso”, per poi ratificarli al vertice; via per la legittimazione delle procedure coercitive che stanno alla base del sistema di autoregolazione delle categorie professionali e che costituiscono garanzia di effettività del sistema codificato.

Le premesse del metodo della risoluzione. – Nel corso tempo, la disciplina generale dell'ordinamento statale ha contribuito a creare una "gerarchia" delle libere professioni tramite processi selettivi e di esclusione che hanno valorizzato e privilegiato, a seconda del periodo storico, ora l'una ora l'altra professione, modificandone lo *status* e il rapporto con la società.

Il rapporto Stato-professioni è stato caratterizzato, da un lato, dal potere di selezione esercitato dallo Stato, dall'altro, dalle *pressioni* da parte dei gruppi professionali al fine di ottenere riconoscimenti e privilegi legislativi idonei ad incrementare la rilevanza della categoria rappresentata nel tessuto sociale. Se infatti la decisione di emanare la prima normativa professionale, quella forense, partì dallo Stato, è pur vero che la maggior parte dei membri del Parlamento dell'epoca erano avvocati e che le successive leggi furono emanate sotto la pressione dei gruppi professionali.

Tra le statuizioni legislative sulle professioni si rinviene anche il fondamento per l'esercizio della *c.d. funzione normativa*, di cui sono espressione i codici professionali. Con tale locuzione s'intende fare riferimento alla capacità da parte degli organi rappresentativi delle categorie professionali di adottare disposizioni che assumono, a seconda del loro contenuto, in parte valore di norme giuridiche nell'ordinamento statale, in parte di regole interne al gruppo stesso.

Quella riconosciuta all'ente di categoria è una vera e propria autonomia normativa pubblica che implica che le norme emanate dagli ordini professionali abbiano, dinanzi agli organi costituiti nell'interno degli stessi, valore di norme giuridiche vincolanti e, tramite questo, realizzino un effetto normativo *esterno* anche quando non si trasformano in normazione statale. Il potere normativo genericamente espletato è volto principalmente all'emanazione di *norme di organizzazione e funzionamento* degli organi dell'ente e di *norme di natura deontologica*, a tutela per l'appunto della correttezza professionale degli iscritti all'albo.

In base allo schema rilevato, il legislatore delle professioni *delega* la materia disciplinare alla sfera di autonomia degli ordini e dei collegi; ma le disposizioni legislative si limitano ad individuare le fattispecie legittimanti le sanzioni con formulazioni molto ampie (ad es. circa la compromissione della reputazione individuale e della dignità della classe di appartenenza, la violazione del decoro professionale, ecc...), spesso prive di dettagliate specificazioni, che assumono il compito di assicurare le garanzie procedimentali e il diritto di difesa dell'inquisito. È fatto carico poi agli organi esponenziali di vertice elaborare il costrutto normativo specifico che ponga in essere un organico sistema di regole in grado di vincolare la condotta degli iscritti.

Con la consolidazione dei poteri normativi delle categorie professionali, anche relativamente ad aspetti non strettamente inerenti la deontologia tradizionalmente considerata, inizia a porsi il problema della collocazione dei principi codificati nell'alveo delle disposizioni eterogenee (vigenti cioè a livelli diversi: comunitario, costituzionale e legislativo) inerenti l'esercizio della professione.

In merito alla *natura giuridica* delle raccolte professionali, secondo l'opinione della dottrina e della giurisprudenza, i codici deontologici sono prevalentemente riconducibili ad *un'espressione negoziale* di formazione delle regole giuridiche: espressione utilizzata per descrivere un procedimento autonomo di produzione normativa che implica prima di tutto la partecipazione dei soggetti interessati alla e dalla regolazione.

L'affermazione di un principio sussidiario di posizionamento delle norme che viene direttamente dalle «*formule organizzatorie della società civile*»: una regolazione *dal basso*, che si propone come canale talvolta *alternativo*, talaltra *parallelo* a quello tradizionale legislativo, a cui – come si è visto – è il legislatore stesso ad affidare un ruolo di dizione normativa in ambiti non normati, ovvero di integrazione del dettato delle leggi, per la disciplina di quegli aspetti in cui l'intervento diretto dei professionisti risulta maggiormente qualificato (nel senso di *tecnico*).

In verità quella stessa dottrina è pronta a confutare le sue affermazioni sulla natura negoziale (privata) delle codificazioni deontologiche quando cambiano i termini della comparazione. Il dettaglio, la peculiarità nella disciplina che la legge fissa relativamente alla natura e alla funzione dei singoli organi professionali inevitabilmente si riflette anche sulla natura giuridica delle norme che quegli stessi organi pongono in essere: la tipicità del C.N.F. ad esempio, come giudice *speciale* nella disciplina dell'attività forense, rende le norme del codice della categoria quasi una raccolta di *usi e consuetudini*. Collocare il codice su un altro *gradino* delle fonti del diritto serve non solo a spiegare la funzione attribuita alle norme in esso contenute, ma anche ad enucleare un fondamento giuridico proprio del potere normativo esercitato dagli organi professionali al fine della codificazione dei principi deontologici. «La consuetudine, in questo caso appare doppiamente legittimante: del potere normativo degli ordini (esercitato, in via informale sotto il profilo deontologico, fin dal 1874 e dal C.N.F. dal momento della sua istituzione nel 1926) e dei singoli precetti inseriti nella raccolta del 1997, in quanto essa recepisce principi da sempre osservati e fatti osservare agli iscritti».

Altro e più lungo discorso si intrattiene nel Lavoro sulla natura giuridica delle singole norme elencate nelle raccolte. Qui si menzionano gli estremi del ragionamento ivi approfondito. L'eterogeneità – anche sotto il profilo sostanziale – delle singole norme dipende da alcuni fattori di base per cui un certo potere normativo viene a svilupparsi in capo a soggetti diversi dal legislatore tradizionale. Di norma, si ricollega l'avanzamento di una funzione normativa privata al verificarsi di situazioni di inefficienza regolativa. Al riguardo, occorre preliminarmente osservare che il verificarsi di inadeguatezze dei meccanismi di mercato non rende di per sé inevitabili interventi pubblici di regolamentazione. Quasi tutti i mercati nel loro operare generano lacune del tipo più diverso (a causa della presenza di esternalità e asimmetrie informative) a cui

tuttavia non corrisponde un'altrettanto estesa area di intervento pubblico. Ogni attività di regolamentazione infatti ha dei costi diretti (connessi al costo delle persone e delle strutture ad essa dedicate), dei costi indiretti (connessi alla necessità per i soggetti regolati di adempiere ai nuovi compiti da essa previsti) ed indotti (connessi alle modificazioni dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nel funzionamento dei mercati). Interventi di regolamentazione sono pertanto desiderabili qualora si possa ragionevolmente ritenere che in loro assenza si verificherebbe una significativa perdita di benessere e che i costi che essi comportano non superano i benefici. Quando ricorrono questi presupposti, la letteratura economica suggerisce l'impiego di due forme tipiche di intervento regolativo per contenere i fenomeni di selezione avversa a danno del consumatore: la regolamentazione delle caratteristiche dei professionisti e quella della qualità delle prestazioni. Giova osservare che nel settore dei servizi professionali l'impiego di strumenti regolativi tradizionali si accompagna frequentemente appunto a forme normative atipiche, che si sostanziano nell'*obbligo* per il professionista di *aderire a regole di condotta* stabilite dall'ordine, la violazione delle quali può portare nei casi più gravi all'estromissione dalla categoria, e quindi dal mercato. Tali norme, sono appunto quelle contenute (per lo più) nei *codici deontologici*.

Si noti poi che il fatto che alcune categorie professionali producano servizi fondamentali di interesse pubblico, inerenti, ad esempio, la salute, l'amministrazione della giustizia, la trasparenza dei mercati, determina che l'erogazione di tali servizi non si esaurisca, nei propri effetti allocativi, fra i soggetti direttamente coinvolti nelle transazioni, ma generi – come si scriveva più sopra – anche "effetti esterni". In tali casi, gli interessi del cliente cui la prestazione viene fornita, a ricevere un servizio di qualità adeguata, e della collettività, che subisce gli effetti esterni positivi di quella prestazione, coincidono e contribuiscono entrambi a determinare il valore sociale della prestazione professionale, che supera pertanto il mero valore ad essa attribuibile da chi la riceve.

In termini generali, la scelta per la scrittura dei precetti di deontologia è venuta – un po' per tutte le categorie professionali – per rispondere alle esigenze di rafforzamento della categoria, da un lato, e – dall'altro – di accoglimento delle esigenze manifestate proprio dall'ambiente esterno, al fine di assicurare una maggiore trasparenza e affidabilità degli operatori in settori particolarmente delicati dell'economia e della società.

La proceduralizzazione secondo il “metodo della risoluzione”. – Il maggiore o minore grado di coesione dei diversi gruppi professionali ha determinato col tempo un corrispondente grado di organizzazione degli stessi, che si è tradotto in vera e propria disciplina della professione, che attraverso regole fissate dagli appartenenti alla categoria si è proposta di individuare obiettivi e propositi per la tutela e l'evoluzione della stessa. L'affermazione delle regole e delle loro edificazioni in “testi unici” ed ufficiali per l'intera professione persegue come si è detto anche lo scopo della

consolidazione del gruppo come centro di influenza e di pressione “politica”. Così facendo ogni professione organizzata ha dato vita ad un vero e proprio “ordinamento giuridico” particolare, che col tempo ha codificato le proprie norme, assumendo – a seconda dei casi – una posizione di indifferenza, autonomia o soggezione rispetto all’ordinamento giuridico generale. Se da un lato l’aspirazione della categoria professionale è stato quello di ritagliarsi una nicchia nell’ordinamento dello Stato, dall’altro il ricorso ad un sistema di diritto il più possibile peculiare e caratteristico è divenuto espressione di una volontà di affermazione e di preminenza rispetto ad altre formazioni sociali (quindi la codificazione può essere intesa in questo senso come forma di differenziazione e di affermazione di potere nei confronti delle altre professioni, specie in relazione a quelle non riconosciute che pretendono di avere funzioni simili o identiche a quelle dei colleghi iscritti agli ordini).

L’elaborazione primordiale delle regole di condotta si è affermata come fenomeno *spontaneo* (anche se in un certo senso *indotto* dalle previsioni sull’esercizio del potere disciplinare relativamente a fattispecie sottaciute dalla legge professionale), quale dimostrazione di una sensibilità, di una ricerca di etica e di cultura del gruppo.

In quest’ottica il gruppo organizzato si è posto come vero e proprio *ordinamento*: «l’ordinamento normativo professionale, un microcosmo di particolarismi giuridici che ha disegnato nel tempo in modo sempre più intenso i suoi rapporti rispetto all’ordinamento generale in cui si colloca».

Il compito e l’interesse dello Stato e del suo sistema di regole è diventato progressivamente quello di *riconoscere* e di *dare rilevanza* (in termini di vera e propria autonomia pubblica) al gruppo e alle sue strutture di organizzazione. La tecnica spesso è stata quella del concorso (eteronomo) nella determinazione delle disposizioni sulla strutturazione entificata delle categorie professionali riconosciute. Con ciò creando un intricato sistema di reciproche influenze tra diritto della categoria e diritto tradizionale, che ha fornito al diritto deontologico la possibilità di “uscire” dal ristretto ambito professionale per addivenire a regola dell’ordinamento generale (ad esempio utilizzata, con funzione compensativa delle lacune legislative, dalla giurisprudenza).

Le funzioni che la legge riconosce in capo agli ordini ed ai collegi, se rapportate agli obiettivi di soddisfacimento di interessi collettivi ad essi demandati, rende questi organi – di «natura essenzialmente corporativa» - enti di diritto pubblico, in grado di attivare un non meglio definito *potere regolamentare*.

L’elaborazione dei codici nell’ambito professionale abbiamo detto rispondere a quello che definiamo il "*metodo della risoluzione*". Esso propone la realizzazione di una serie più o meno ordinata di attività:

- tutte le leggi professionali (elaborate dal legislatore) contengono un "rinvio alle fonti esterne della deontologia" (richiamando i concetti di dignità e decoro

professionale, che evidentemente devono trovare un'esplicazione in apposite norme deontologiche di complemento: i *codici*);

- tutti i codici professionali sono l'elaborazione dei "precedenti disciplinari" e dell'esigenza di "mettere per iscritto" le regole rilevanti sotto il profilo delle responsabilità;
- i codici nascono non come manifestazione di volontà della categoria in senso allargato, bensì come "presa di posizione" dell'organo di vertice (il Consiglio nazionale), anche come forma di affermazione di un potere che lo distingue dai consigli locali: il *potere di normazione deontologica*;
- il dibattito sulla codificazione è spesso lungo e tormentato: per anni (talvolta per decenni!) le categorie si confrontano sull'utilità o meno della *crystallizzazione* dei principi del comportamento professionale. Di prassi, i contributi della dottrina del settore confluiscono in sede congressuale, ove – da ultimo – si delibera l'istituzione di una "commissione per la redazione del codice". Essa elabora una bozza di raccolta scritta dei precedenti deontologici (affermatasi nella giurisprudenza disciplinare), che indica come progetto di codice "ufficiale" e "vincolante" per tutti gli iscritti;
- il testo provvisorio viene redatto in sede di commissione ristretta; esso viene sottoposto alla categoria, attraverso la sua pubblicazione sulle riviste di settore e l'invio ad ogni consiglio locale. Il compito di emendare il testo iniziale è ancora compito della commissione dei consiglieri nazionali, sulla base dei suggerimenti e delle proposte giunte dagli organi territoriali e dai singoli iscritti.
- la adozione finale del testo di codice avviene con delibera all'unanimità, sia in sede di commissione, sia poi in sede congressuale (ove si procede a quella che le categorie definiscono la "*risoluzione*" finale").

Quella proposta dalle categorie professionali sembra essere una scelta *uniforme* per la modalità della codificazione dei principi e delle regole deontologiche, mentre assai diversi ne sono i contenuti. Essi sono stati notevolmente influenzati da alcuni elementi (fra cui *a*) dall'entità della regolazione pubblica del settore specifico di intervento della professione – particolarmente "forte" ove lo Stato riconosce o affida alla categoria l'esercizio di una funzione pubblica –; *b*) dalla presenza più o meno antica dell'ordinamento professionale organizzato nell'esercizio delle funzioni – che maggiormente determinerà la presenza all'interno del codice di norme di carattere "corporativo" – ; *c*) dalla maggiore o minore influenza proveniente dalle "fonti esterne" di deontologia – specie se relative alla normativa comunitaria –) che ne evidenziano la propensione corporativa della tutela della categoria.

Quale futuro per i codici espressione del metodo della risoluzione?. – I progetti di riforma elaborati in seno al Parlamento nazionale negli ultimi 5 anni si sono occupati,

nell'ambito della fissazione dei principi fondamentali sulle professioni intellettuali, anche di codici deontologici.

Tra il 2001 ed il 2007 ci risultano essere stati presentati almeno diciassette progetti^{**} di legge riguardanti la riforma in generale delle professioni intellettuali (c.d. leggi *omnibus*). In tutte le proposte di legge i codici deontologici sono stati indicati quale fonte integrativa delle responsabilità del professionista, "al pari" della legge e dei regolamenti. La deontologia professionale codificata è stata trattata in "tutti" gli atti quale origine indiscussa dei doveri disciplinarmente rilevanti, la violazione dei quali dà luogo all'avvio della procedura a carico del colpevole. Fino ad oggi "nessuno" dei ddl considerati aveva posto però una particolare attenzione alla procedura di adozione dei codici (nel senso di "standardizzarla"); essi semplicemente si soffermavano sulla competenza del Consiglio nazionale quale organo preposto alla redazione del decalogo disciplinare. Proposte quindi che, sebbene non abbiano avuto un seguito nel cammino per l'approvazione definitiva in Parlamento, si dimostravano "rispettose" della tradizionale formazione dei codici deontologici professionali (totalmente in linea – nel ribadire il "potere normativo" dell'organo esponentiale di vertice sia con la posizione delle professioni sia con la giurisprudenza della Corte di Cassazione).

A queste osservazioni di ordine generale fanno eccezione le ultime proposte di legge che, per quanto provengano da aree politiche opposte, sembrano convergere verso un tentativo di menomazione dell'esclusività dell'autonomia normativa deontologica a favore dei soli ordini professionali.

Per la particolare attenzione che viene rivolta proprio ai codici, abbiamo voluto comparare l'ultima versione della c.d. *ex* proposta Vietti, ed il c.d. d.d.l. Mastella.

L'iter tormentato della prima proposta di riforma ha seguito un ordine non proprio "lineare", per poi – com'è noto – in ultimo naufragare al pari di quelle che l'hanno preceduta. Le ragioni che hanno condotto all'espunzione delle mire di riforma dal decreto sulla competitività sono molteplici e non possono – per ovvie ragioni – essere affrontate in questa sede. Una delle motivazioni più forti però è di pubblico dominio: l'opposizione feroce delle categorie professionali interessate dalla proposta di revisione (quella forense in prima linea). Una delle critiche più aspramente mosse all'ultima proposta che ha incontrato le letture in commissione è appunto collegata al discorso che ci interessa.

^{**} Dal più recente al più antico si vogliono ricordare: solo nel 2006 ne sono stati presentati cinque: l'atto C 1442 del 21 luglio 2006 (Laurini); l'atto S 807 del 14 luglio 2006 (Castelli); l'atto C 1319 del 7 luglio 2006 (Vietti); l'atto C 867 del 23 maggio 2006 (Siquilini) e l'atto S 9 del 28 aprile 2006 (Pastore). Si considerino i precedenti: Atto Camera n. 5940 (Agostani), del 23 giugno 2005, in data 10/04/06 ci risulta assegnato alle commissioni riunite 2^a (Giustizia) e 10^a (Attività produttive, commercio e turismo) in sede referente il 19 settembre 2005, ma non ancora esaminato; atto n. 4308 (Follini, Biondi, Volontà, Strano, Parodi), del 25 settembre 2003; atto n. 1478 (Battisti), del 6 giugno 2002; atto n. 2112 (Mancuso), del 17 dicembre 2001; atto n. 804 (Pastore), del 7 novembre 2001; atto n. 1890 (Peretti), del 31 ottobre 2001; atto n. 691 (Nania), del 27 settembre 2001; atto n. 1650 (La Russa), del 25 settembre 2001; atto n. 901 (Biondi), del 20 giugno 2001. solo nel 2006 ne sono stati presentati 4: l'atto S 807 del 14 luglio 2006 (Castelli) l'atto C 1442 del 21 luglio 2006 (Laurini);

Dal testo predisposto dall'on. Vietti si potevano cogliere due aspetti fondamentali, che ne hanno rappresentato, a nostro avviso anche le due "pecche" più gravi: innanzitutto la pretesa di fissare quei principi generali consentitigli dall'art. 117 Cost., comma 3 senza distinzioni tra professioni regolamentate e non; l'approccio riformatore inoltre dimostrava di non tenere debitamente conto della questione inerente la delimitazione dei confini tra normativa statale e normativa regionale nei termini precedentemente detti. Nella volontà di riallocare a livello statale alcune competenze fondamentali in materia di professioni, il d.d.l. rischia(va) di privare i consigli nazionali e le professioni stesse dei poteri tradizionalmente loro riconosciuti dall'ordinamento generale, che da sempre ha saputo regredire di fronte all'affermazione corporativa delle funzioni proprie degli organi di vertice delle libere professioni, e tra queste quella della normazione deontologica.

Una scelta consapevole, anche se forse errata, sia quella del legislatore della revisione costituzionale del 2001 (nell'attribuire la materia delle professioni al regionalismo legislativo), sia quella dei promotori della riforma delle professioni intellettuali (che, volendo restituire allo Stato alcune tra le più importanti funzioni regolative, ha invaso gli ambiti tradizionalmente propri delle corporazioni professionali!).

I fautori dei progetti cerca(vano) di correggere il tiro, provando a riappropriarsi della disciplina della intera materia "professioni", regolamentate e di nuova regolazione. In linea con questo trend, anche l'orientamento attuale propende per attribuire allo Stato l'attività di riconoscimento delle professioni (*cf.* d. lgs. n. 30/06, art. 1⁴), la determinazioni dei contenuti e dei ruoli ad esse riconosciuti (in relazione anche alla competenza esclusiva in materia civile e penale di individuazione delle violazioni e degli abusi professionali), la previsione delle caratteristiche per l'accesso.

A parte le numerose critiche che dalla dottrina sono state mosse a proposito di una difficile compatibilità, nel suo complesso, della proposta Vietti con l'attuale testo della Costituzione (poiché eccessivamente dettagliante e quindi contestabile anche sotto il profilo della legislazione concorrente, che vuole che la normativa di dettaglio provenga dal legislatore regionale) quello che a noi interessa(va) di più far notare è che essa cont[eneva] disposizioni difficilmente conciliabili anche con la tradizionale formazione dei codici e con l'esercizio del relativo potere normativo (quello sì, esclusivo!) in materia deontologica attribuito da sempre agli ordini professionali.

Dal testo della bozza Castelli elaborata dalla II commissione (Giustizia: Ddl 691 (Nania), 804 (Pastore), 1478 (Battisti), 1597 (Calvi) e 2204 (Pasquini), testo unificato predisposto dai relatori Cavallaro e Federici) si legge[va] quanto segue:

«Una procedura che nulla prospetta di simile rispetto a quella descritta fin qua, se non proprio quella deliberazione collegiale del Consiglio nazionale. All'Assemblea

però questa prospettiva di riforma proponeva un ruolo assai marginale e corrispondente all'approvazione (o conferma) finale, a seguito della vigilanza e potenziale cambiamento del testo da parte del Ministero». Nell'ultimissima versione di quella proposta di legge, il codice deontologico appariva più definito e “forte” sotto il profilo della sua natura giuridica (integrativa della legge e dei regolamenti). Nonostante sul criterio di elaborazione del documento si fosse fatta “marcia indietro”, tornando alla conferma di quello che per noi è il metodo della risoluzione, il progetto andò comunque intorno alla disfatta.

Di segno simile a quello poc'anzi descritto è il d.d.l. Mastella, recentemente licenziato dal Consiglio dei Ministri e calendarizzato per il dibattito parlamentare.

Dedicato ad una riforma estesa a tutte le professioni, e finalizzato a dare soluzioni moderne a questioni antiche (prima fra tutte quella delle società fra professionisti, ma anche quella della pubblicità, dell'abolizione delle tariffe, della disciplina della concorrenza, della riserva delle attività, ecc.), il disegno di delega al Governo pone l'accento anche sull'argomento della deontologia professionale.

In verità, l'attenzione prestata al tema è notevole: già nell'articolo 2 (*Principi e criteri generali di disciplina delle professioni intellettuali*) la proposta puntualizza che «qualunque sia il modo o la forma di esercizio della professione» il modo per «assicurare un'adeguata tutela degli interessi pubblici generali eventualmente connessi all'esercizio della professione» passa anche per «il rispetto delle regole deontologiche», che anzi vengono anticipate nell'elencazione delle fonti inerenti la responsabilità del professionista nell'espletamento della prestazione. Altri riferimenti sono presenti nell'art. 3 (*Principi e criteri per l'accesso alle professioni intellettuali di interesse generale*) – in cui le cognizioni deontologiche sono indicate come parimenti importanti rispetto a quelle tecniche e pratiche –.

Nel testo del disegno si ribadisce l'apparente esclusiva titolarità della funzione normativa deontologica in capo agli organi centrali delle categorie professionali che, a norma dell'art. 4 (*Principi e criteri concernenti gli ordini per le professioni intellettuali di interesse generale*), avrebbero appunto attribuito il compito di redigere i codici deontologici nazionali.

A queste fonti della regolazione dell'azione professionale il d.d.l. Mastella riserva un intero articolo: l'art. 7, rubricato *Principi e criteri in materia di codice deontologico e potere disciplinare* (e interessante notare che il legislatore sembra aver preso definitivamente atto dell'inversione fra questi due aspetti: abbiamo spiegato sopra che la nascita del codice come espressione del potere normativo del consiglio nazionale è fenomeno costruito nel tempo, proprio in forza delle competenze consiliari in materia disciplinare. Ora: prima viene il codice, che legittima e giustifica l'esercizio della funzione punitiva).

Il legislatore non solo prevede l'obbligatorietà di un codice deontologico per ogni categoria professionale esercente un'attività inerente interessi generali, ma ne

delimita anche, in parte, il contenuto. Il codice deontologico deve realizzare delle finalità, già fissate nella legge di delega, vincolando, così, sia i diretti interessati, sia la funzione normativa del Governo. Rinviamo alla lettura del testo del d.d.l. per la comprensione degli scopi dei futuri codici (?), ci soffermiamo su un'altra disposizione che assume un significato particolare per i discorsi che ci occupano.

La lettera *a*) dell'art. 7¹ sancisce che le procedure di adozione dei codici siano determinate dall'esecutivo, così come i criteri di elaborazione. Se poi si considera il dettato della lettera *f*) che stabilisce che sia ancora il Governo a descrivere l'elenco degli illeciti in violazione delle leggi e del codice deontologico si comprende quale esautoramento rischino di correre le categorie professionali in merito alla codificazione deontologica.

Le aspirazioni politiche che sottostanno a questo progetto di riforma debbono essere cercate evidentemente nei non celati propositi di de-corporativizzazione delle professioni intellettuali (si vedano gli esiti del c.d. decreto Bersani. Esse sono, a mio avviso, rese ancor più evidenti dall'inserimento sempre nell'art. 7 dell'integrazione del collegio disciplinare da parte di soggetti non appartenenti alla categoria e al potere disciplinare sostitutivo del Ministro della Giustizia in caso di inerzia del Consiglio o del Collegio.

Da un lato quindi si assiste – come nel progetto Vietti – ad un rafforzamento della deontologia come fonte normativa delle responsabilità del professionista e dell'azione dei soggetti professionali collettivi (le società di professionisti sono tenute al rispetto del codice deontologico di categoria, così come all'adozione di un proprio interno “codice etico”, che addirittura sembrerebbe essenziale per l'iscrizione nei pubblici registri delle associazioni), dall'altro allo spostamento delle competenze normative in materia deontologica che – se questo progetto andasse in porto – dovrebbero di fatto essere spartite tra Governo e associazioni professionali.

Se così sarà, la tradizionale posizione di forza delle corporazioni risulterà notevolmente menomata, a vantaggio di una neo-regolazione pubblica della disciplina professionale,...anche di quella deontologica.. Se così fosse infatti la risoluzione finale dell'organo di categoria assumerebbe un mero valore di avallo, data la potestà di pre-determinazione del contenuto da parte del Ministero che vorrebbero i riformatori di Roma. Se poi consideriamo lo spazio che le Consulte regionali si stanno silenziosamente ritagliando in ambito locale, i nostri timori assumono dimensioni ancora più concrete.

Se così mai sarà, il contributo di queste note alla valutazione della natura giuridica che le raccolte deontologiche assumono in relazione alla loro procedura di adozione andrebbe inevitabilmente riscritto.

DAL CAPITOLO 3...

I CODICI DI AUTODISCIPLINA ED IL METODO DELL'ADESIONE. – Con l'espressione “metodo dell'adesione” si intende fare riferimento alla formazione dei

codici di condotta attraverso il contributo dei privati (rappresentativi di un determinato settore o attività, ma non necessariamente “un’associazione di categoria”) per regolare nel modo più autonomo possibile aspetti rilevanti dell’attività economica che li interessa. Il concetto di “adesione” che qui rileva trae le sue connotazioni dal diritto privato dei contratti, per assumere un riflesso di “natura pubblicistica” nel momento in cui questi codici da mero regolamento interno intendono rivolgersi con efficacia vincolante verso l’esterno.

Ponendo l’attenzione alle modalità di scrittura si è voluto collocare in questo contesto una molteplicità di esempi di autoregolamentazione (assai diversi per funzione e per portata normativa), tutti accomunati dal medesimo schema: un accordo, inizialmente promosso e sottoscritto da una cerchia limitata di soggetti, che si innesta in settori dell’ordinamento non privi di regolazione che, col tempo e per il perseguimento di obiettivi mutevoli, si “estende” a tutti gli operatori di un determinato settore o ambiente economico. Alla base del fenomeno qui trattato vi è un meccanismo mediante il quale le regole autoregolamentari vengono applicate anche a soggetti “non iscritti” al circolo dei redattori delle raccolte, almeno non inizialmente, o alle “associazioni degli utenti”, ma che sono parimenti tenuti ad accettarle se vogliono avvalersi dei mezzi necessari per la realizzazione dell’attività economica in cui il codice vige.

Se questo costituisce l’aspetto più interessante della manifestazione autoregolamentare qui commentata, è anche vero che essa non trovi applicazione sempre negli stessi termini (anzi, daremo conto di tutta una serie di sperimentazioni che ambiscono più a diventare un “modello per pochi” che un vero e proprio esempio di regolamentazione esterna).

Il *fil rouge* che accomuna queste esperienze (dall’autodisciplina pubblicitaria ai codici di condotta delle società quotate) è rappresentato proprio dal “metodo di redazione” di queste raccolte, che impegnano i loro destinatari attraverso un meccanismo simile alla sottoscrizione privata. Nel Lavoro numerose osservazioni sono spese al fine di dimostrare che anche relativamente a questa tipologia di codici trovi conferma la tesi proposta all’inizio, e cioè che nemmeno fenomeni come l’“autodisciplina” e l’“autoregolamentazione” escludano del tutto un intervento legislativo primario ovvero che lo limitino al minimo.

In questa categoria facciamo rientrare quegli esempi di codice di condotta o di comportamento (più spesso denominati di autodisciplina o autoregolamentari) che rappresentano la formalizzazione dell’accordo tra soggetti economici esercenti un’attività d’impresa. L’occasione pratica per cui ricorrere alla raccolta dei precetti di comportamento è determinata dal fatto che esse *accreditano l’etica (negli) degli affari* come antidoto contro le distorsioni del sistema economico. Un anticorpo efficace in tutti i casi in cui la competizione non riesca spontaneamente a tradursi nella sua espressione più sana della concorrenza. Il loro obiettivo è quello di *compensare un deficit* di

intervento regolativo o l'inidoneità dello strumento normativo primario come efficace mezzo per agevolare il raggiungimento degli obiettivi.

Da un punto di vista argomentativo l'etica degli affari indica «una ricerca del consenso come risultante di un agire consonante con gli interessi degli interlocutori», inteso come valore da inserire in un nuovo modello economico. Secondo una prospettiva scientifica essa riproduce in chiave giuridica i distinti livelli del mercato, che così inizia ad essere studiato sulla base dei principi dell'analisi economica del diritto.

Gli spunti dell'approccio analitico dimostrano che l'etica del comportamento possa assumere un ruolo essenziale ai fini del raggiungimento degli obiettivi del mercato, massimizzando le risorse economiche. Fra queste, anche la condotta dei soggetti agenti in un determinato sistema economico.

Traducendo in iniziativa questa intuizione, i codici di condotta che qui ci occupano si affermano ai vari livelli, e si propongono come *metodo e risultato* per la riduzione dei costi sociali, che nel circuito economico-aziendale diventano un vero e proprio costo d'impresa.

Abbiamo individuato almeno tre livelli su cui andrebbero ad innestarsi le raccolte deontologiche come strumento di soluzione delle ipotesi di anti-economia. Essi sono:

- 1) un livello *individuale*;
- 2) un livello *micro-sistemico*;
- 3) un livello *macro-sistemico*.

Il campo applicativo espresso dal primo livello riguarda prevalentemente l'etica professionale, latamente considerata. Delle espressioni normative di essa abbiamo in parte già detto in precedenza. Qui se ne voleva mettere in luce l'aspetto più specifico rappresentato dalla c.d. "etica *manageriale*". È possibile, secondo questa nuova diversa prospettiva, che vengano a sovrapporsi principi e regole provenienti dalla categoria professionale di appartenenza e disposizioni dei c.d. codici aziendali, a cui il soggetto è vincolato per effetto del rapporto di lavoro. Ma questo livello, come è ovvio, si propone di cogliere l'aspetto singolare del ruolo economico esercitato dal soggetto interessato, che quivi viene considerato come ingranaggio del meccanismo aziendale e non come appartenente ad una categoria professionale. In questo senso si assiste a vere e proprie collezioni di regole di condotta, *best practises* e indirizzi deontologici che il soggetto avente (per lo più) posizioni di rilievo all'interno dell'attività economica deve rispettare. Un'altra angolazione, insomma, da cui guardare la produzione privata del diritto. Il punto di tensione qui è rappresentato dalla potenziale influenza che la condivisione dei precetti di comportamento possa avere sull'affermazione dell'impresa coinvolta nel mercato (perché questo è il motivo per cui si scrivono i codici aziendali), da un lato, e quale contributo alla realizzazione di obiettivi *ulteriori* nel sistema economico di

riferimento, più in generale (ove l'interesse è per lo più per la tutela delle grandi categorie di soggetti titolari di diritti, quali i "consumatori", i "risparmiatori", ecc.).

Sebbene il primo livello così descritto non sia del tutto trascurabile, è evidente che maggiore attenzione convenga porre sui codici espressione del secondo livello, quello *micro-sistemico*. Esso infatti coglie un momento collettivo più ampio, quello *aziendale* (qui inteso non come singola azienda, ma come gruppo di aziende dello stesso tipo). L'etica aziendale è normalmente indicata con l'etichetta di *corporate ethics* ed ha due fondamentali obiettivi: *a)* l'affermazione di *standars* etici per garantire una maggiore qualità dell'attività d'impresa, con conseguente incremento di accettabilità della stessa nell'ambiente economico di riferimento; *b)* la definizione di regole di organizzazione interna per determinati tipi di imprese, per una regolazione efficace ed efficiente dei molteplici rapporti ed interessi che gravitano intorno ad esse (in questo caso si parla di codici di condotta come insieme delle norme sulla amministrazione ed il controllo delle imprese). A questo secondo livello sono state connesse le esperienze della "responsabilità sociale" e dei codici "*etici*" della *corporate governance*.

Ma è con il terzo livello che si assiste all'utilizzazione dei codici di comportamento quali veri e propri strumenti di condizionamento del mercato (e dell'ordinamento giuridico). Essi incarnano l'istituzionalizzazione delle soluzioni che l'etica può rappresentare per *interi* settori dell'economia: il compito degli estensori di questi documenti diventa allora preliminarmente quello di individuare i principi fondamentali e generali che guidano l'agire economico in *quel* determinato ambiente; in un secondo momento, attraverso la condivisione comune da parte degli *aderenti*, essi accentrano (in codici, appunto) i criteri generali, attraverso la sintesi in regole vere e proprie. Lo *step* successivo, che integra in tutti i suoi aspetti la soluzione regolativa, riguarda l'estensione dei precetti dei *pochi* promotori "iniziali" a tutti gli appartenenti ad una data categoria di operatori (c.d. applicazione *erga omnes*). Prototipo di documento così elaborato quello dell'Autodisciplina pubblicitaria, che tra poco mostreremo come esempio da più parti emulato per la predisposizione di "raccolte autoregolamentari ad *effetto esterno*".

A questo livello di analisi i codici si prestano ad essere utilizzati dallo studioso come lente per valutare l'impatto più propriamente operativo dell'etica sui modelli economici. Sotto un profilo teorico, invece, si possono verificare le capacità di condizionamento che queste fonti del diritto dei privati possano avere sull'ordinamento generale (e più significativamente sul diritto vigente nell'ambiente normato).

Come i codici dell'etica professionale, anche queste raccolte dimostrano di cogliere il momento associazionistico, in cui la solidarietà del gruppo diventa occasione e giustificazione per la "imposizione" ai terzi delle regole di comportamento. Anche in questo caso – e come si sosteneva all'inizio – i codici sono una vera e propria *formalizzazione delle prassi comportamentali*: la loro scrittura infatti avviene dopo lo studio delle abitudini economiche e la cernita delle pratiche più efficienti ed efficaci

che, attraverso la formulazione in precetti, possano portare a soddisfare le esigenze regolative dell'economia nazionale.

Dovendo scegliere un tipo di approccio al tema, ci è parso più opportuno – perché questo sembra in ultima istanza essere anche l'obiettivo proprio dell'ingresso dei codici di comportamento nel nostro ordinamento – privilegiare anche in questo caso quello economico-giuridico. È comprensibile che in questa formula si possano far rientrare esperienze di codificazione fra loro anche molto lontane: dai singoli codici aziendali a quelli frutto dell'accordo tra associazioni di imprenditori aventi interessi economici contrapposti. Ma anche quelli tra le associazioni di imprenditori e quelle di consumatori di beni o utenti di servizi.

Volendo trarre elementi comuni a tutte le diverse tipologie prese in esame, si ritiene “tipica manifestazione” di questo complesso di codici quella della loro configurazione in insiemi di regole (*certe*) di uno specifico settore merceologico, perché espresse sotto forma di *clausole contrattuali*, che però vengono “mascherate” nei principi contenuti in raccolte *apparentemente* “deontologiche”.

Analizzando il fenomeno da vicino – secondo un approccio empirico – i codici di questo tipo si dimostrano essere una nuova, anomala forma di “contrattazione degli impegni” che taluni soggetti (anche qui in un certo modo “*rappresentativi*”) concludono in un preciso momento storico, ma che – per effetto di un meccanismo giuridico già noto al diritto privato (l'adesione^{††} al contratto aperto) – trovano applicazione in tempi

^{††} L'adesione di cui andremo a dire fra poco ci porta a descrivere un fenomeno evidentemente diverso dal concetto tradizionale di “adesione nel contratto unilateralmente posto” (anche detto “contratto *standard*”), sebbene ne riproponga a nostro avviso lo schema. La migliore dottrina è solita inquadrare la definizione di contratto per adesione in «un accordo negoziale proprio della moderna economia di massa, in cui il “cliente” «aderisce» al contratto *standard*, ovvero lo accetta senza discuterlo o comunque senza riuscire ad incidere, con la propria volontà, sul suo contenuto» (in questo senso V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 42). Quella stessa dottrina, con approccio che si condivide, si è interrogata sulla collocazione del fenomeno descritto nell'ambito della categoria del contratto, dato che esso propone una sequenza di manifestazioni di volontà che non risultano tutte assumere una vera e propria contribuzione alla predisposizione dell'accordo negoziale. In questa prospettiva si pongono le basi per l'inquadramento dogmatico dell'adesione in un “contratto” anomalo (il “codice di condotta”, insolito rispetto anche alla definizione dell'art. 1321 c.c.) che «ha piuttosto valore di “norma”». Questa è l'impostazione preferita in dottrina per descrivere dogmaticamente queste raccolte dato che essi analogicamente ripropongono lo schema del c.d. contratto normativo (di cui si dirà meglio più avanti) in cui una parte, fornita di potere, impone all'altra un regolamento, che per la sua mancanza di potere, deve subirlo. «Come la norma il contratto *standard* presenta i caratteri della generalità e della astrattezza.» (ancora V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 42. L'A. però contribuisce al dibattito affermando che «per la corretta impostazione del discorso, devono tenersi logicamente distinti il profilo dell'adesione e quello della standardizzazione. Il profilo dell'adesione - mancanza di trattativa sul contratto, sua imposizione unilaterale - deriva fondamentalmente dall'*ineguaglianza di potere contrattuale delle parti*: il contraente più forte “detta legge” al contraente più debole. Questo è un *dato fisiologico del contratto*. Esso prescinde dalla standardizzazione:...*omissis*...L'ineguaglianza di potere contrattuale, che “costringe” una parte ad aderire al contratto proposto dall'altra, dipende per lo più dalle diverse posizioni economico-sociali, ma può anche prescindere...». La differenza quindi non sta nel considerare o meno quello per adesione tra i contratti, quanto piuttosto nell'accogliere la distinzione sostanziale e risaputa tra contratti *negoziati* e contratti *non negoziati*. Tra questi, il contratto per adesione, secondo Roppo.). Sebbene, come vedremo, il contenuto iniziale dei codici che riteniamo essere elaborati secondo il metodo dell'adesione sia inequivocabilmente il frutto dell'accordo (*rectius*, della negoziazione) di taluni soltanto degli operatori economici di un determinato settore, è pur vero che il loro portato è costruito in modo tale da poter essere

successivi e soprattutto verso soggetti diversi (anche *terzi*) e più numerosi di quelli originariamente coinvolti nella fissazione delle regole.

Secondo l'approccio giuridico il codice predisposto con il *metodo dell'adesione* si propone come una sorta di "contratto normativo". La metafora del codice come norma non è ovviamente una creazione originale (*cf.* ROPPO) : essa ripropone per analogia la similitudine tra il contratto stesso e le norme dell'ordinamento. A conforto di questo paragone soccorre il dato letterale: dell'articolo 1321 c.c. ad esempio, che descrive l'accordo negoziale come un "regolamento"; l'art. 1372 c.c., che dota il contratto di "forza di legge". Lo stesso esercizio di autonomia negoziale evocato dall'art. 1322 c.c. ci riporta a quanto già annunciato nell'incipit di questo discorso (a cui quindi rimandiamo) a proposito dell'esercizio di un potere normativo dei privati.

L'idea del codice come norma trova conferma anche da un punto di vista sperimentale: numerose sono le situazioni in cui il rinvio alla categorizzazione contrattuale è utilizzato come espediente per esaltare il valore generale o comunque superindividuale della regola volontaria (per cui sembra appropriato rinviare alle valutazioni generali espresse a proposito dalla vastissima letteratura sul concetto di contratto *standard*, contratto collettivo, associativo. Tutte categorie a cui la dottrina privatistica sistematicamente rinvia quando si confronta con la natura giuridica delle raccolte deontologiche "private", specie del tipo che ora ci occupa. Noi preferiamo – per i motivi anticipati e che andranno mano a mano ad essere esplicitati nel corso della trattazione – *limitare* questa categorizzazione dogmatica *prevalentemente* a quelli propriamente "autoregolamentari").

Chi legge ritroverà le premesse di un siffatto discorso in quanto già specificato prima, quando ci siamo soffermati sul fenomeno dell'*autoregolamentazione* di categoria. In quel caso avevamo descritto i codici professionali come *corpi di norme di produzione privata* a cui il singolo membro è assoggettato in quanto ha "liberamente" *aderito*, col contratto associativo, all'organizzazione che produce le regole. Le norme contenute in quei codici sono *private*, e rivolte ai privati (con talune eccezioni, in relazione alla funzione parzialmente pubblica che viene attribuita a particolari categorie di professionisti).

agevolmente modificato nel tempo. All'aggiornamento dei testi – caratteristica questa peculiare al "codice di condotta come strumento di regolazione", in generale – partecipano poi tutti i soggetti coinvolti, attraverso le pratiche di consultazione. La stratificazione dei precetti avviene quindi con la consolidazione dell'accordo iniziale, in una rinnovata manifestazione di volontà di volta in volta espressa da tutti gli addetti ai lavori, nel modo più tradizionale e specifico del contratto. Che questi codici rientrino nello schema tipico del contratto è reso evidente quindi sia dalla manifestazione di volontà originaria (che concreta un vero e proprio accordo negoziale), sia attraverso l'adesione successiva. La negoziazione, in sede di revisione del contenuto dell'accordo inizialmente posto ed, eventualmente, la dichiarazione esplicita che viene di norma richiesta al singolo aderente nel caso in cui questi maturi la volontà di recedere dall'accordo bastano a nostro avviso a ritenere provata la tesi di chi sostenga che i codici autoregolamentari siano collocabili tra le file del contratto (è chiaro che questa dinamica non trovi invece applicazione nei confronti del singolo codice aziendale: raccolta prevalentemente etica, predisposta dal datore di lavoro e rivolta ai dipendenti. Più correttamente si dovrebbe denominare l'atto come "regolamento d'impresa").

Intanto, una prima differenza: qui l'associazione al sistema autoregolamentare non è obbligatoria (o non sempre), almeno da un punto di vista giuridico. I codici professionali invece debbono essere sottoscritti per il fatto stesso di far parte di un'associazione di categoria, la cui iscrizione è essenziale per l'esercizio della professione.

Qui le argomentazioni da proporre sono complicate poi dal fatto che, nonostante qui l'adesione sia *volontaria*, si cercherà di sostenere che i codici dell'autodisciplina (almeno per quelli che propongono l'estensione dei loro contenuti ai terzi) vogliono introdurre (o rappresentano di fatto) dei *modelli normativi* in cui l'assimilazione è alla norma "pubblica", e non più solo a quella privata.

Il rinvio ad un concetto di norma legale, eteronoma, determina allora la necessità di rendere compatibile l'inquadramento dogmatico del codice autodisciplinare nell'ambito del contratto (che è per definizione *auto-regolamento* degli interessi) con le sue aspirazioni a divenire norma di riferimento in un intero settore o per una certa attività, e quindi in un certo senso "pubblica".

Con le note che seguiranno a proposito di questa tipologia di "codici dei privati" abbiamo voluto verificare l'attendibilità della definizione comunemente accolta dalla dottrina che si è occupata del tema. Molteplici sono le sfumature del fenomeno che sono state messe in risalto dagli Autori; tutte le osservazioni spese però sembrano portare ad una spiegazione condivisa e condivisibile. Tra le molte proposte abbiamo scelto di indicare la seguente perché particolarmente esaustiva: il termine "autodisciplina" rimanda ad un «fenomeno per cui una categoria omogenea di soggetti, o più categorie mosse da comuni interessi, si assoggettano volontariamente all'osservanza di un corpo più o meno complesso di norme dettate in funzione di scopi determinati. L'elemento unificante di siffatta fenomenologia, che nelle singole concrete manifestazioni si diversifica nella misura in cui diversi sono gli scopi ed i mezzi adottati per perseguirli, sembra essere individuato dalla dottrina nel fatto che i rapporti intercorrenti nell'ambito autodisciplinare sarebbero sottratti *nel modo più completo possibile* ad una normazione "esterna", ed in particolare a quella statale sia che assuma forme legislative oppure regolamentari».

Nella realtà applicativa dei codici di autodisciplina abbiamo potuto verificare invece la verità solo parziale dell'affermazione per cui essa *si sostituirebbe* integralmente al dato normativo eteronomo. L'autodisciplina nella pratica sembra trovare applicazione in modo "interstiziale", ritagliandosi spazi più o meno ampi negli ambiti normati dal diritto statale, per perderli nuovamente a vantaggio dello stesso o del diritto comunitario.

Se è vero, come riteniamo che il campo privilegiato dell'intervento delle fonti autodisciplinari sia quello dei rapporti economici e commerciali, segnatamente quello che insiste sulle vaste pratiche della contrattazione di massa, è comprensibile che la sua applicazione risulti assai condizionata dall'immanenza del diritto proveniente dall'Unione. Sono infatti i concetti introdotti dalle direttive comunitarie della

concorrenza e dell'allargamento dei mercati a condurre inevitabilmente alla proliferazione delle norme di condotta, che anche di recente confermano il loro ruolo a integrare il sistema delle regole vigenti (su più livelli, comunitario e nazionale. Qui rileva anche l'influenza del diritto internazionale).

La proposta che proviene direttamente dall'Unione suggerisce di utilizzare i codici di condotta come strumento per evitare la lievitazione dei costi transattivi in sede di conclusione dei contratti (ma soprattutto nel momento della loro esecuzione, essendo la buona fede nell'esecuzione un principio doveroso, *standardizzato* da e attraverso queste raccolte); per introdurre metodi alternativi di risoluzione delle liti (efficienti e rapidi); per consolidare l'affidamento del consumatore rispetto a determinate attività economiche.

In questa prospettiva, che è poi largamente condivisa da parte degli Autori che più si sono soffermati su questi temi, le disposizioni dei codici di autodisciplina realizzerebbero un'attività "additiva" dal punto di vista normativo, che aspira prevalentemente a fissare regole rigorose a presidio della libera concorrenza e a prevenire forme deleterie di concentrazione nei vari gradi del ciclo produttivo di beni e di servizi.

Il momento di *passaggio* dalla legislazione primaria e regolamentare a quella autodisciplinare (per codici) è segnato dal mutamento a livello europeo sull'apertura dei mercati. Particolarmente utile ai nostri scopi è la citazione dell'interversione normativa in tema di mercati finanziari e bancari (ma gli esempi si potrebbero moltiplicare). Questo contesto ha assistito alla trasformazione del sistema chiuso di pubblico servizio, di tipo settoriale, ad un'economia di mercato condizionata dalla libera concorrenza voluta ed imposta dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea. L'attenzione dei risparmiatori allora si è spostata su una *valutazione di affidabilità* degli enti creditizi, a cui veniva attribuita la maggiore quantità dei risparmi. L'apertura delle frontiere e l'antagonismo tra gli istituti (tutto considerato l'accesso al mercato italiano anche da parte di soggetti esteri) ha reso necessario per le imprese elaborare un sistema rigoroso per assicurare la *stabilità dei bilanci*. Obiettivo questo che poteva essere centrato solo attraverso un'attività normativa *specificata* (che non vuol dire necessariamente dettagliata), in grado di tenere in considerazione le esigenze proprie del settore, pur soddisfacendo le richieste di garanzia manifestate dalle associazioni dei consumatori.

I codici di autodisciplina (variamente detti) sembrarono allora lo strumento regolativo più idoneo per ribadire la meritevolezza per gli operatori della fiducia del mercato. Alla incrementata libertà di scelta per i consumatori ha corrisposto anche una maggiorata attenzione per gli *standard* funzionali dell'attività d'impresa. Iniziava ad affermarsi l'idea che il mercato potesse essere conquistato attraverso l'esaltazione e la *pubblicità* dei comportamenti virtuosi (con quest'ultima osservazione si ritiene di aver esplicitato quanto sopra si indicava a proposito della dicotomia "*deficit* reputazionale *uguale* costo di produzione"). Gli operatori iniziarono ad affidare prima ai c.d. codici aziendali (*tutela all'interno*), poi a quelli d'impresa (*corporate governance*) (*tutela*

verso l'esterno) la descrizione di tutto un sistema di norme d'azione e relazionali che impegnavano gli stessi alla correttezza gestionale e alla garanzia delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute in capo ai risparmiatori, ai consumatori, agli utenti e così via.

Come prototipo di questa categoria di codici abbiamo analizzato il Codice di autodisciplina pubblicitaria. L'ultima versione appena entrata in vigore – 39^a pubblicazione del C.A.P. del 18 gennaio 2006 – propone una strutturazione interna dell'organizzazione privata che rinnova quell'apparato di auto-giurisdizione, che ribadisce il sistema come una *nomenclatura privata di regolazione*, in grado di effettuare un'efficace attività di controllo sull'attività degli operatori e di adeguamento della normativa in base ai cambiamenti commerciali e tecnologici interessanti il settore.

La forza del Codice di Autodisciplina pubblicitaria, tale per cui abbiamo deciso di erigerlo ad esempio di un sistema privato di tipo autoregolamentare, consiste proprio nell'aver ribadito la posizione dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria quale "*organismo volontario*", che opera autonomamente rispetto all'esecutivo e alle altre istituzioni pubbliche, ma che di fatto funge da *riferimento per l'intera categoria*, di cui il codice rappresenta la produzione normativa per eccellenza. La peculiarità del sistema di autodisciplina elaborato attraverso il codice di condotta corrisponde all'aver creato un forte apparato di *enforcement* che costituisce garanzia di effettività e di applicazione delle disposizioni contenute nel documento. Il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria ha lo *scopo* di assicurare che la pubblicità, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, anche come mezzo di competizione tra concorrenti, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore. L'obiettivo di regolazione perseguito dai compilatori – tenendo presente le note iniziali di questo capitolo - si svela ora nella volontà di porre in essere un documento che riassume, da un lato, e ponesse le basi, dall'altro, di un intero sistema di normazione. Le direzioni della normativa privata si rivolgono fondamentalmente a tre ambiti di intervento: quello pubblico, per dimostrare attenzione alle esigenze dei consumatori; quello privato, ponendo in essere norme vincolanti la condotta dei privati operatori, in modo da riguadagnare credibilità; quello propriamente economico, volendo ristabilire una posizione economicamente, ma anche eticamente sostenibile dell'impresa pubblicitaria.

Gli enti che costituiscono l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria si impegnano (lett. c)) ad *osservare e a far accettare* dai loro associati le norme del Codice da loro stessi formulate, a diffondere la conoscenza delle decisioni autodisciplinari, nonché ad adottare adeguati provvedimenti nei confronti degli associati che non si attengano ad esse. Per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni, gli organismi aderenti si devono accertare che ogni soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale *clausola di accettazione* (lett. d)) del Codice e delle decisioni del Giurì, nonché delle ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive. In forza

della *clausola di accettazione* del Codice, inserita nei contratti *standard* di pubblicità, anche la pubblicità dell'utente, dell'agenzia o del professionista che non appartengano alle associazioni di cui sopra è soggetta al Codice. Pertanto, pur trattandosi di una disciplina volontaria, la larga generalità della pubblicità italiana è ad essa soggetta per effetto di un meccanismo (l'*adesione*, appunto) che ne allarga a macchia d'olio la sfera di applicabilità.

Da un'analisi diffusa delle pronunce del Giurì si è anche riscontrato l'uso di una sorta di presunzione giuridica sulla sottoscrizione della clausola di accettazione, che spesso l'organo decisionale fa valere quando le parti abbiano omesso la produzione della documentazione contrattuale specificamente disciplinante le relazioni fra le stesse. Ancora una volta una sorta di inversione dell'onere della prova a carico del soggetto che intende far valere la sua volontà di non aver ritenuto applicabile al caso di specie la disciplina del codice e dei suoi regolamenti.

Soluzioni processuali, in grado di tradursi in norme sostanziali che si spingono ad affermare che l'utente che intende sottrarsi all'applicazione del codice deve provare di averne esplicitamente rifiutato l'inserimento (mediante richiamo) nell'accordo negoziale. La tecnica dell'adesione concepita nel C.A.P. conta quindi prevalentemente anche su un altro meccanismo: quello della pubblicità dei contenuti del codice e soprattutto della sua esistenza. Mediante l'argomento dell'usualità della clausola di accettazione (secondo la premessa del combinato disposto degli artt. 1340-1374 c.c.) il sistema di autodisciplina si ricicla in modo autopoietico (*cf.* art. 41 C.A.P. che estende di diritto l'effetto delle decisioni del Giurì anche ai mezzi pubblicitari che non siano stati parte nel procedimento) e si assicura un'adeguata applicazione anche nei confronti di soggetti formalmente e sostanzialmente estranei alla sottoscrizione del codice.

Della formazione attraverso il codice di un valido apparato di *enforcement* abbiamo già detto sopra. Quello che vogliamo aggiungere qui è che i membri del Giurì e del Comitato di Controllo svolgono le loro funzioni secondo il proprio convincimento e non in rappresentanza di interessi di categoria (da qui la collocazione del C.A.P. come *modello* di autodisciplina e non come codice corporativo).

Al modello sopra descritto rispondono anche altre tipologie di codice: dai codici aziendali ai codici etici delle imprese (RSI). Significativa, in questo senso, l'esperienza dei codici di comportamento della *corporate governance*. Tutti i codici della *corporate governance* elaborati dalle società operanti sul mercato italiano si muovono entro lo schema generale elaborato con il codice di autodisciplina tratteggiato dal Comitato per la *Corporate Governance*, la cui ultima versione è stata appena (14 marzo 2006)

consegnata al mercato finanziario. Fino all'approvazione della legge n. 262/05 l'unico strumento previsto per verificare l'applicazione del Codice era infatti basato sul principio di trasparenza, che richiedeva la *dichiarazione di adesione al sistema di autodisciplina societaria* ovvero l'esplicitazione delle motivazioni del mancato adeguamento.

Quale entità abbia apportato la nuova normativa in materia di risparmio sul fenomeno in esame è ampiamente spiegato nella tesi. Quello che qui si voleva sottolineare riguarda il fatto che, fermo restando il principio della libertà degli emittenti quotati di aderire, anche parzialmente, al sistema di autodisciplina ed al suo codice, viene oggi introdotto un controllo di natura pubblica che *integra* l'autoregolamentazione degli emittenti.

Quello che emerge con chiarezza dal quadro descritto nel lavoro è che, da un lato, la riforma del risparmio abbia rafforzato l'uso e l'efficacia dei codici di condotta, attraverso un incremento dell'intervento normativo primario (che ha istituito un vero e proprio apparato di *enforcement* attorno alle norme di autodisciplina). Dall'altro che, nonostante ciò, il "governo dei privati" ne esce in parte anche fortemente ridimensionato, dato che è la Consob, a seguito del recepimento della direttiva sugli abusi di mercato, che oggi dispone dei più penetranti e invasivi poteri di vigilanza (art. 187-*octies* del TUF).

La posizione di Romano (citata nel Capitolo 1) riguardo al pluralismo si esprimeva in un concetto che ci pare calzare perfettamente al discorso su questa categoria di codici: «se l'attività dei gruppi si svolge al di fuori della "garanzia" dello Stato, il pluralismo conduce alla disgregazione dello Stato; se i gruppi diventano "strumenti ufficiali" dello Stato, quest'ultimo soffoca ed annichilisce il pluralismo. La giusta soluzione sta nel mezzo, nella ricerca di un dosato equilibrio fra istanze particolari e interesse generale, fra pluralismo e neo-statalismo».

Tutto sembra riportarci alla riflessione iniziale. Torniamo cioè alle premesse di questo lavoro, quando si sosteneva che un discorso giuridico attorno al tema dei codici di comportamento non possa che essere condotto in una prospettiva dinamica. Un approccio che consente di sfumare l'idea di partenza della pluralità degli ordinamenti giuridici in una pluralità delle fonti del diritto, di cui i codici fanno parte.

PARTE SECONDA

DAL CAPITOLO 4...

I CODICI DI COMPORTAMENTO SECONDO IL METODO DELLA CO-REGOLAZIONE. – La procedura di co-regolazione è metodo prescelto, normalmente con atto legislativo primario, per la predisposizione di codici di condotta e di comportamento in settori in cui si deve approntare uno strumento di regolazione idoneo

a garantire tutela a diritti fondamentali e di posizioni costituzionalmente vincolate. Utilizzato dalla legislazione dell'ultimo decennio come una sorta di “strumento per la valutazione anticipata dell'impatto della regolazione”, talvolta ad esso si ricorre quando è necessario costruire un “ordinamento” in cui si debbono minimizzare le situazioni di potenziale conflitto tra libertà costituzionalmente garantite.

Emblematico riferimento a questo metodo è il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, strumento di recente adozione nella organizzazione del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione che, nel tempo, ha saputo realizzare un'importante funzione di garanzia dei principi costituzionali del buon andamento e dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Una finestra è stata aperta in questa parte del Lavoro sulla singolare esperienza della codificazione dei principi di condotta presso le autorità indipendenti, che – per i motivi che andremo a spiegare – hanno interpretato il metodo della co-regolazione nell'unica maniera conforme alle esigenze di autonomia ed indipendenza che debbono caratterizzare anche la formazione delle fonti relative al loro operato. Altri esempi di elaborazioni deontologiche presenti in “ambiti costituzionalmente rilevanti”, sono state indicate quali espressioni di una procedura più strutturata (per questo detta “aggravata”), che ha segnato – con inequivocabile chiarezza – una volontà di controllo da parte dello Stato relativamente alle produzioni giuridiche che implicavano una partecipazione dei privati. E ciò nonostante sia il Legislatore stesso (forse ancor prima, quello comunitario) ad individuare i codici di condotta quali *fonti delegate* a disporre le norme di riferimento per certe attività. A queste conclusioni ci ha condotti l'approfondimento delle disposizioni in tema di adozione della codificazione deontologica in materia di tutela delle persone relativamente ai trattamenti dei dati personali.

L'interpretazione finale, che volevo qui anticipare, propone di concedere a questi codici deontologici il rango di “nuova fonte del diritto secondario *dello Stato*”: conclusione a cui è agevole giungere valutando l'evoluzione della legislazione nella materia citata (che ha tra l'altro comportato modifiche nelle procedure di adozione delle opere di raccolta dei principi di comportamento).

La dimostrazione della tesi per cui si ritiene che la legislazione più recente stia sempre più frequentemente optando per una “riserva alla deontologia” di settori “a rilevanza costituzionale” ci ha portati ancora una volta a ribadire che ciò non significhi totale recessione da parte dell'intervento pubblico. Bisognerà però in futuro chiarire “i limiti” della riserva.

Una premessa sul metodo della co-regolazione ordinaria. – Il “senso” della codificazione dei principi di comportamento in “ambito pubblico” non può essere compreso senza collocare – temporalmente e strategicamente – la formazione delle raccolte *de quibus* rispetto alla legislazione vigente nel settore in cui esse si sono

collocate, con obiettivi – più o meno dichiarati – di regolazione efficiente. Tale passaggio è necessario infatti per svelare le finalità reali che il legislatore primario intendeva perseguire rinviando ai codici di condotta per la regolazione di aspetti importanti dell'ordinamento giuridico. Questo modo di procedere è utile anche ad un altro fine: quello di comprendere il significato concreto del rinvio legislativo ad uno strumento “atipico” di normazione (il codice di comportamento) che invece di ridurre l'insieme delle fonti di riferimento per la regolazione, di fatto lo va ad incrementare.

Così come si è proceduto fin'ora, anche per l'analisi del fenomeno della codificazione deontologica in “ambito pubblico” si è inteso giungere alla dimostrazione di una convinzione già esposta e cioè che i codici di condotta siano “fonte del diritto”. Per far ciò è stato opportuno decidere da quale angolazione inquadrare la manifestazione del fenomeno ora in commento, essendovene, per conto nostro, alcune, per così dire, “privilegiate”. Lo studio della deontologia “pubblica” (o, per meglio dire, dell'etica applicata alla tutela dei diritti) può infatti essere affrontato percorrendo due fronti di indagine:

- a) quello delle finalità del codice, ricercate nel più generale processo (normativo ed organizzativo) di trasformazione del contesto di riferimento, che qui è la pubblica amministrazione;
- b) quello del significato e della portata delle singole disposizioni, valutate disgiuntamente rispetto all'ambiente normativo di riferimento (qui complicato dal fatto che esso è regolato, com'è noto, da una moltitudine di provvedimenti primari e di natura regolamentare).

Per quanto ci è stato possibile, abbiamo cercato le nostre risposte tentando di non trascurare troppo né l'una né l'altra via. Una scelta però doveva essere effettuata, per dare “scientificità” alla ricerca. Allora, abbiamo individuato tre possibili viste per un approfondimento comune di entrambi gli aspetti. I suggerimenti della dottrina di settore e l'ausilio della giurisprudenza (specie amministrativa) ci hanno indicato i punti fondamentali su cui incentrare la nostra attenzione:

- 1) l'analisi del portato normativo del codice (attraverso una lettura precisa e puntuale dei singoli articoli);
- 2) la verifica del possibile inquadramento delle raccolte tutte in una delle categorie conosciute della c.d. formazione negoziale del diritto (in base al suo contenuto e ai suoi propositi);
- 3) il commento delle tecniche redazionali seguite in riferimento al codice-parametro o prototipo di questo ambiente: il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Anche la tecnica di stesura del documento può essere osservata nel suo contributo come “metodo” per il raggiungimento degli obiettivi di regolazione.

Rinviando ai lunghi commenti raccolti nel Lavoro il compito di spiegare perché l'elaborazione del *corpus* dei principi etici per i dipendenti pubblici venga considerato

un po' il fondamento di questa categoria di codici, con queste osservazioni si voleva chiarire perché lo abbiamo additato anche come “archetipo” del metodo della regolazione (ordinaria).

Innanzitutto, si noti che esso è espressione di una previsione legislativa che si proponeva di sanare le crescenti preoccupazioni per la tutela dei beni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, messi in crisi dagli atteggiamenti criticabili di alcuni amministratori pubblici, assai frequenti all'inizio degli anni novanta. Sin dall'inizio la sua tecnica di redazione prospetta un insolito abbinamento (almeno per l'Italia degli anni novanta) tra regolazione pubblica e terminologia privatistica (dato che, fino al 1993, l'espressione “codice di comportamento” aveva trovato applicazione nel nostro Paese solo rispetto ai codici dei privati di cui si è detto fin qua).

Pur inserendosi nel complicato processo di privatizzazione della Pubblica Amministrazione (ed in particolare del rapporto di impiego), “curiosamente” il codice veniva introdotto come iniziativa “unilaterale” del Governo centrale. Concepito dalla stessa fonte precettiva (art. 58-*bis* del d.lgs. n. 29/93, oggi art. 54 del d.lgs. n. 165/2001) come «un sistema coordinato di prescrizioni caratterizzate da un'evidente valenza paradigmatica», ci si rivolse ad un codice di comportamento nella prospettiva di stimolare la riflessione sulla condotta dei pubblici dipendenti, pur sempre con la convinzione di introdurre uno strumento efficace e *vincolante*.

Un'indagine più approfondita sul *modus operandi* effettivamente seguito per la predisposizione del contenuto del codice ha rivelato l'avvio di una *procedura concertata*, tra Dipartimento della Funzione Pubblica e rappresentanze sindacali, proprio come pretendeva l'art. 58-*bis* del decreto n. 29/93 in accordo con i principi ispiratori dell'avvicinamento alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro. La scrupolosa attuazione della previsione legislativa diede luogo ad una vera e propria “contrattazione” del contenuto della raccolta, smentendo – a nostro avviso – quell'impostazione, forse un po' troppo critica, di chi, nei commenti a caldo del codice, ha sostenuto l'inopportunità di ricorrere in quell'epoca (dato l'ormai mutato panorama della regolazione, negoziata solo dalle rappresentanze sindacali) ad uno strumento che fosse espressione della *unilaterale* volontà delle istituzioni pubbliche. Che unilaterale, tutto sommato, non fu!

Il tipo di procedura (solo accennato dal decreto del '93) esprimeva già in qualche modo proprio quel modello di innovazione dell'organizzazione e dell'operato della pubblica amministrazione che i numerosi interventi di quel tempo volevano introdurre: in ciò questo codice esprime, a nostro avviso, un nuovo *trend* di fare diritto nell'ordinamento giuridico italiano. Anche se il documento doveva provenire dal pubblico per il pubblico, si scelse di percorrere la via della formazione negoziale (*rectius*, negoziata), già avviata nelle esperienze autoregolamentari. Ma con una evidente distinzione: trattandosi di porre in essere una disciplina che aveva come

obiettivo una regolazione pubblica (garanzia del buon andamento e della trasparenza della P.A.), ma consapevoli che il ricorso ad una forma di collaborazione fra regolatori e regolati avrebbe assicurato una maggiore prospettiva di efficienza e di raggiungimento degli obiettivi, il legislatore disciplinò per legge le basi di quello che poi si è affermato come il *metodo della co-regolazione*. Un rapporto obbligato tra istituzioni pubbliche e soggetti (rappresentativi) privati, regolato nella sua esplicitazione e definito nei reciproci limiti di intervento.

Questo esordio ha poi segnato un cammino preciso, e mai più abbandonato fin ad ora (anzi!), nella costruzione dei codici di comportamento inerenti alla regolazione di ambienti interessanti i diritti della persona ed i principi costituzionali: ogni volta che si ricorre ad un codice per disporre regole di comportamento in settori in cui ad essere interessati siano diritti o interessi fondamentali, costituzionalmente sanzionati, si assiste all'elaborazione di tecniche "complesse" di predisposizione dei contenuti. La complessità deve essere intesa nell'accezione più ristretta del termine: più soggetti (spesso pubblici e privati insieme) intervengono a tutela e rappresentanza di interessi "politici" (o meglio istituzionali), facendosi ognuno portatore delle posizioni peculiari della parte personificata, che confluiscono in un medesimo testo. Un contributo, una vera e propria cooperazione che talvolta (vedi ad esempio più avanti in materia di codici elaborati a norma del d.lgs. n. 196/03) determina una "preminenza" della tutela pubblica sugli interessi delle parti private, nonostante a questi soggetto l'ordinamento generale deleghi la definizione della disciplina. Ma di questo parleremo più avanti. Altre volte (come nel caso che ora ci occupa) la co-regolazione diventa un procedimento per l'elaborazione della fonte a cui riservare parte della disciplina di un determinato settore, che vede ritagliare ruoli ben precisi per tutti i protagonisti della attività di normazione.

Per il codice dei dipendenti pubblici riteniamo che la procedura *di co-regolazione* sia "ORDINARIA". L'indicazione del codice quale strumento di regolazione proviene direttamente dall'ordinamento statale; l'*iter* prevede che la legge attribuisca ad organi istituzionali un margine di intervento *ex ante*, che permette loro di pre-determinarne forma e "contenuto minimo" del documento («...assicurare la qualità dei servizi...»). Gli interessati al contenuto dispositivo della raccolta collaborano alla stesura, attraverso un'opera di negoziazione (sia interna alla categoria interessata; sia esterna, con i rappresentanti pubblici) della sua sostanza. Questa viene infatti modellata sulle prassi deontologiche già affermatesi e sugli obiettivi di orientamento comportamentali appunto suggeriti dagli interessati che possano individuare oggetti specifici di trattazione al momento della loro *audizione*.

Il metodo della regolazione "concertata" tra le esigenze istituzionali (buon andamento, trasparenza dell'attività amministrativa e controllo sull'efficienza e la produttività dei dipendenti pubblici) e le pressioni sindacali si è tradotto in un testo dal sapore evidentemente *compromissorio*.

Il COD.COMP. è diventato vera e propria espressione del principio di sussidiarietà applicato alle fonti del diritto. Per sussidiarietà, com'è noto, si intende che «una decisione [anche di tipo regolativo] venga assunta al livello (istituzionale) più decentrato possibile, qualora ciò sia giustificato e compatibile con l'esigenza di assicurare *efficienza* ed *effettività* dei pubblici poteri». Affiancando al Codice di comportamento della P.A. gli elaborati delle singole amministrazioni il legislatore implicitamente affermava proprio questo principio (ancor prima delle leggi Bassanini): la ripartizione della disciplina del pubblico impiego fra una pluralità di soggetti avrebbe fatto sì che si affermasse un metodo dinamico di distribuzione delle competenze, «*dal momento che la sussidiarietà opera "non già come ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie"*». Questa interpretazione del codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni come affermazione del principio di sussidiarietà ci è venuta soprattutto dopo la lettura del cambiamento nella procedura per l'adozione dei singoli codici per i dipendenti delle amministrazioni statali, introdotto con il decreto legislativo del 1998.

Nonostante la procedura di consultazione delle organizzazioni rappresentative degli utenti e dei consumatori sia formalmente prevista dal 5° comma dell'art. 58-*bis* solo per le rappresentazioni capillari del codice di comportamento, è palese che anche versione del 28 novembre 2000 del documento generale – approvato solo dopo aver consultato, in fase di co-regolazione, le rappresentanze sindacali – dimostra di aver coinvolto (*sentito*) anche altre forze sociali. Il contenuto del documento ed il modo in cui è stato scritto si concretano in un compromesso fra le esigenze istituzionali degli enti pubblici, quelle delle autonomie sociali (i sindacati, gli utenti, i consumatori, ecc.) e quelle dei privati. Ciascuno di questi soggetti si è fatto portatore di proprie istanze, ha collaborato alla stesura e alla formulazione del testo del codice, si è fatto parte diligente nell'applicazione dello stesso. In questo sistema *combinato* fra intervento pubblico ed autonomia privata, il codice esplicita palesemente la sua funzione di indirizzo e coordinamento, che nel complesso della disciplina funge da contrappeso all'avvenuto decentramento delle funzioni legislative in materia di pubblico impiego.

Sebbene collocata nel medesimo riferimento legislativo, del tutto differente ci è risultata l'esperienza della codificazione deontologica presso quella peculiare amministrazione pubblica che è l'Autorità indipendente. I codici etici delle *authorities* incarnano, in un certo senso, l'abilità dei vertici di questi soggetti ad aver colto con essi un'occasione importante per sottolineare l'indipendenza delle amministrazioni indipendenti all'interno dell'organizzazione amministrativa dello Stato. Quello che ci premeva affrontare (a completamento dell'argomento "codici di condotta e P.A.") era dare conto della diversa e del tutto particolare formulazione che i codici etici hanno

assunto nonostante il fatto che essi “provenissero” dalla medesima disposizione che diede avvio al fenomeno della codificazione deontologica del comportamento dei dipendenti pubblici (le raccolte sono tutte state elaborate in attuazione del disposto dell’art. 58-*bis*⁵ del d.lgs. n. 29/93, sebbene in tempi diversi).

Dalle previsioni della riforma del pubblico impiego introdotte con il decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993 furono espressamente escluse alcune categorie di dipendenti pubblici: l’art. 2⁴ dispone[va] che «in deroga ai commi 2 e 3 riman[essero] disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i *magistrati ordinari, amministrativi e contabili*, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; a partire rispettivamente dalle qualifiche di segretario di legazione e di vice consigliere di prefettura, i dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, e quelli agli stessi equiparati per effetto dell’art. 2 della legge 8 marzo 1985, n. 72, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall’art. 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e 10 ottobre 1990, n. 287». La medesima esenzione fu ripetuta anche nelle modifiche legislative del 1998.

Il rispetto per l’autonomia e l’indipendenza della magistratura si è tradotto, per quanto di nostro interesse, nella disposizione del quarto comma dell’art. 58-bis del d.lgs. n. 29/93. Il rinvio legislativo a “codici etici” per la magistratura ha denotato da subito alcuni elementi di diversità rispetto a quanto previsto nel primo comma dello stesso articolo a proposito del codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Essi sono stati consapevolmente ponderati dal legislatore e quindi meritano di essere brevemente commentati. Rimandando alle considerazioni contenute nella tesi, vorrei da ora invitare il Lettore a riflettere sulla diversità del “soggetto” preposto alla redazione del codice, e di conseguenza anche sulla procedura per la sua adozione. Il codice di comportamento – come abbiamo visto – è il risultato della negoziazione dei suoi contenuti: le rappresentanze sindacali hanno posto la base regolamentare della raccolta, attraverso proposte e suggerimenti. Il dipartimento della funzione pubblica li ha poi assemblati ed integrati con il suo contributo normativo. La componente governativa ha assolto – per i motivi già illustrati – un duplice ruolo: quello di regista verso le pretese associazionistiche, e quello di protagonista (come regolatore forte): il *drafter* del testo ha utilizzato tutte quelle metodologie di scrittura (sia dei principi che delle regole precettive) che potessero permettere allo Stato di esercitare pienamente quell’attività di

controllo di cui abbiamo dato conto nelle pagine precedenti. Scelte di vera e propria tecnica legislativa che ci hanno portati ad individuare un “metodo” di elaborazione per certi codici di comportamento nella pubblica amministrazione, traducibile nella logica della c.d. co-regolazione. La procedura di elaborazione del codice etico (*ex art. 58-bis*, comma quarto) ha previsto, in generale, unicamente l’attivazione degli “organi delle associazioni di categoria”, che poi ha significato, nel caso di specie, l’intervento della sola Associazione Nazionale Magistrati. Secondo la dottrina maggioritaria, nel caso dei codici etici delle categorie escluse dalla riforma del pubblico impiego l’assenza di ingerenza da parte del dipartimento della funzione pubblica era sostanzialmente una scelta “obbligata” per il legislatore.

Data la presenza nel sistema ordinamentale di una riserva assoluta di legge, e l’ovvietà di una natura giuridica *sublegislativa* di queste carte, l’introduzione di nuova disciplina che riguardasse queste speciali categorie di dipendenti pubblici non poteva che essere riservata ad una “fonte interna”. Per contemperare i due aspetti, il legislatore della riforma doveva necessariamente optare per una sorta di compensazione: “obbligatorietà” della predisposizione di un codice etico *versus* “corporativizzazione” della sua procedura di adozione.

Quella prevista dall’art. 58-*bis* del d.lgs. n. 29/93 potrebbe essere riassunta come una “procedura ordinaria”, semplice, attraverso la quale è stato introdotto un meccanismo di avvicinamento tra soggetti pubblici e soggetti privati nella regolazione di un rapporto giuridico particolarmente vicino a posizioni individuali costituzionalizzate.

Il metodo della co-regolazione di “prima generazione” (affermatosi nella prima metà degli anni novanta) introduceva nel nostro ordinamento una “procedura negoziata” (che si è poi riflessa anche nei contenuti dei codici) che può essere sintetizzata nei seguenti passaggi:

- 1) un atto legislativo rimanda alla formazione di un codice di comportamento (norma sulla produzione);
- 2) lo stesso atto normativo primario individua il campo in cui il codice deve intervenire;
- 3) la legge circoscrive un contenuto minimo della raccolta deontologica;
- 4) la disposizione legislativa prevede che il codice sia formato attraverso la collaborazione tra soggetti istituzionali (a cui demanda la scrittura vera e propria del contenuto del documento) e soggetti privati (dotati di rappresentatività), che vengono *sentiti* prima della stesura finale del testo;
- 5) l’opera di codificazione dei principi di comportamento deve essere contenuta in un atto normativo formale, spesso il decreto ministeriale;
- 6) l’adozione tramite d.m. comporta l’onere della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (abbiamo prospettato l’interpretazione che la scelta per

una forma pubblicabile sia stata voluta nella prospettiva di rendere l'atto applicabile a tutti i lavoratori pubblici);

7) per legge sono previsti continui aggiornamenti del codice, sempre attraverso il contributo di tutti i protagonisti convocati per la prima stesura (da qui la convinzione che sia un "procedimento" quello della co-regolazione, sancito in una previsione di legge per la formazione e la futura revisione del codice).

La forma, il *nomen iuris* utilizzato per descrivere la raccolta ed il contenuto minimo fissato per legge ci hanno fatto indugiare sulla natura giuridica dei codici di questo tipo, che sembrano assumere una sostanza regolamentare, questa volta nell'accezione più ristretta e tecnica del termine.

Dagli anni immediatamente successivi alla riforma del pubblico impiego e per tutto il decennio appena trascorso, si è assistito ad un sempre più frequente ricorso a forme alternative di regolazione che, specie nei settori della tutela della persona e delle attività economiche, hanno relegato il ruolo del legislatore a regista di iniziative di origine esterna. Quella che andremo a descrivere come "versione AGGRAVATA" del metodo in parola è tale per il fatto di introdurre "passaggi ulteriori per la riflessione" sul contenuto dei codici, che addivengono a vera e propria premessa e condizione per l'affermazione di una procedura evidentemente diversa rispetto a quella prima descritta: l'influenza degli ordinamenti sovranazionali (nella scelta dei codici come strumento di regolazione) e l'affiancamento delle autorità amministrative indipendenti (tra i co-autori dei codici) rappresentano nuovi elementi della costruzione normativa.

La questione della *co-regolazione* è tra le più delicate per gli operatori e le organizzazioni rappresentative di un settore di attività, ma anche per le Istituzioni. Tale procedura permette, nel quadro di un preliminare intervento *legislativo*, di rinviare l'attuazione degli obiettivi definiti dal legislatore a misure di competenza delle parti interessate, riconosciute come particolarmente *rappresentative* di tale ambito. Rimanendo nell'ottica della semplificazione legislativa, il legislatore si è dimostrato convinto che si tratta di uno strumento la cui attuazione – secondo criteri definiti anche attraverso procedure di consultazione – può risultare *utile* per assicurare l'*adattamento della legislazione ai problemi* e ai settori in questione, per alleggerire il lavoro legislativo, che così può concentrarsi sugli aspetti essenziali, ed infine permette di beneficiare dell'esperienza delle parti coinvolte, in particolare gli operatori e le parti sociali.

Nel descrivere le soluzioni pensate per i codici di condotta nell'ambito della tutela dei dati personali, nella garanzia dei minori rispetto alla programmazione radiotelevisiva e nella rete internet, tutti frutto di una procedura coordinata o concordata di elaborazione, cercheremo di dimostrare che essi appaiono fra loro legati da una comune origine progettuale, che propone una capillare sostituzione delle fonti tradizionali in ambienti

particolarmente conflittuali sotto il profilo dei diritti, contando sulla collaborazione fra soggetti pubblici e operatori privati.

Gli *inputs* di partenza (semplificazione e miglioramento del contesto regolamentare) provenienti dall'Europa propongono di elaborare forme di "legislazione" maggiormente "adattata" ai problemi che emergono, alle realtà tecniche e locali, che si pongano come obiettivo l'appianamento dei fallimenti regolativi. Delegandone le procedure di redazione a soggetti diversi da quelli istituzionali (secondo il principio di sussidiarietà orizzontale), gli atti di regolazione dovrebbero risultare più facili da applicare (da parte degli operatori interessati), oltre ad essere più leggibili ed accessibili (per tutti i destinatari). L'obiettivo finale è di mantenere un grado sufficientemente elevato di certezza del diritto, pur consentendo frequenti incursioni regolative da parte degli operatori economici e sociali negli "affari legislativi", proprio perché caratterizzate da una più alta sensibilità ed un maggiore dinamismo. La normativa comunitaria ha di fatto "proposto" al legislatore di ricorrere alla co-regolazione, nella più parte dei casi sulla premessa di un atto legislativo. Questo ricorso, nel quadro dell'obiettivo di regolazione voluto dal legislatore di Bruxelles, doveva recare un "valore aggiunto" nei confronti delle esigenze di disciplina di determinati ambienti, evidentemente già normati, che poteva essere assicurato anche attraverso il coinvolgimento dei privati, purché la loro azione fosse preordinata a soddisfare l'interesse generale e ad assicurare maggiore o migliore tutela di diritti fondamentali toccati dalla disciplina di certi settori. Questo approccio sembrava risultare utile laddove occorressero misure flessibili e/o urgenti, sempre che non sussistessero esigenze di disciplina uniforme a livello nazionale (per cui il ricorso allo strumento legislativo classico sarebbe quasi obbligato).

Con l'indicazione dei settori che sono stati evocati nella seconda parte del Lavoro, si è cercato di mettere in luce quanto già quanto a livello comunitario il trattamento delle materie codificate prevedesse a proposito degli specifici scopi regolativi da realizzare e del fatto che essi ammettessero di per sé il rinvio a fonti atipiche di natura "non primaria" (i codici, appunto). Al contempo, essi necessitavano di una applicazione minima omogenea (per utilizzare un'espressione molto in voga nell'ultimo periodo, quasi *livelli essenziali* di disciplina). Così si è pensato (una volta giunti al livello nazionale) di incrementare i poteri delle autorità amministrative (ministero o autorità amministrative indipendenti, senza dimenticare l'apporto in questi settori delle commissioni di vigilanza) – dotate in concreto del mandato a co-regolare – al fine di elaborare *strategie comuni* di partecipazione alla redazione della fonte, di *supervisione* e di *controllo*. La legislazione dell'ultimo periodo allora propone una *standardizzazione* delle procedure per la formazione dei codici deontologici che, anche laddove originariamente nati come espressioni di autoregolamentazione, sono divenuti nel tempo manifestazioni caratteristiche di attività negoziata di regolazione.

Sintetizzando il metodo della co-regolazione (secondo quella che abbiamo indicato come “PROCEDURA AGGRAVATA”), si possono da subito anticipare alcuni elementi *propri*: il legislatore fissa in un quadro normativo unitario (meglio se attraverso un testo unico, o un *Codice*, comunque attraverso una “legge di sistema”) gli aspetti essenziali della legislazione di una determinata materia; gli obiettivi da raggiungere, i termini e i meccanismi di attuazione, i metodi di controllo dell’applicazione e le eventuali sanzioni al fine di garantire la sicurezza del diritto sono delineati, quasi sempre, nelle previsioni primarie. La legge ancora circoscrive il grado della definizione e dell’attuazione delle misure che possono essere affidate alle parti interessate. L’ingresso dei privati nell’attività di regolazione viene consentito in considerazione della loro riconosciuta esperienza, del merito e della capacità di farsi portatori degli interessi di categoria o di settore (*rappresentatività*). Elemento di differenziazione rispetto alla procedura ordinaria è dato dal ruolo rafforzato delle autorità di regolazione, che dalla legge di riferimento vengono dotate di poteri di scelta e di intervento nelle varie fasi di scrittura del codice che introducono un modo di fare diritto del tutto innovativo per il nostro ordinamento.

Per assicurare poi l’obiettivo fondamentale (creare un sistema di diritto integrativo, in grado di vincolare *erga omnes*, secondo il binomio “conoscibilità *uguale* efficacia”) il cittadino (o meglio, il destinatario dell’attività di regolazione) deve avere garantito l’accesso all’atto e alle disposizioni di applicazione (di norma supportate da regolamenti amministrativi di applicazione dei codici, predisposti dal ministero ovvero da autorità di garanzia). Gli accordi settoriali (che si concretano in veri e propri codici) e le modalità di applicazione devono essere resi pubblici secondo modalità che debbono essere definite attraverso la legge di settore (sotto il profilo della procedura si queste esigenze sono soddisfatte dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale). E’ per questo che anche in questo caso si predilige l’atto ministeriale (il d.m.) per la formalizzazione dei contenuti dei codici. E quindi la pubblicazione in Gazzetta ufficiale (talvolta “doppia”, come vedremo) per una conseguente efficacia diffusa a tutti i consociati (o almeno a quelli che si occupino di determinate attività). Lo scopo ultimo del ricorso al metodo della co-regolazione vorrebbe realizzare quel disegno frutto di un piano congiunto tra legislazione comunitaria e nazionale volto ad assicurare livelli adeguati di “legislazione” – in settori in cui l’intervento primario è ancora interessato/giustificato dal bisogno di tutelare posizioni giuridiche fondamentali –, ma attraverso disposizioni semplici, accessibili ed efficaci che nel tempo portino a semplificare e ridurre la legislazione primaria a vantaggio di strumenti/documenti più agevolmente modificabili. A questo proposito la letteratura in tema di legistica insegna che vi siano diversi metodi per ridurre e semplificare il volume della disciplina vigente (opere di consolidazione, di codificazione, di rimaneggiamento e deregolamentazione *tout court*).

In quest’ottica, la codificazione deontologica dimostra – come vedremo – la sua idoneità a diventare strumento attraverso cui vigilare sulla qualità della legislazione

adottata e mantenere *standards* di coerenza in tutto il ciclo “legislativo”. Senza appesantire eccessivamente il processo decisionale, tutte le raccolte presentano meccanismi di *feed-back* per il controllo della loro corrispondenza ai principi fondamentali della legislazione, alle modificazioni apportate nel corso del tempo, alle innovazioni tecnologiche e così via. Così facendo i regolatori possono correggere la formulazione del testo senza rimettere in causa la sostanza del compromesso politico, che rimane cristallizzato nella legge di settore (è una regolazione a più livelli, anche se non in senso propriamente gerarchico).

In tal modo si è instaurata una “procedura complessa”, appositamente studiata per l’elaborazione dei codici in modo tale da rendere corresponsabili della qualità della regolamentazione a livello nazionale tutti i soggetti coinvolti, e che di fatto è aumentata (e non diminuita, come hanno sostenuto taluni denunciando il *deficit* di democraticità delle A.A.I.) i modi di giustiziabilità dei diritti in caso di violazione degli stessi (ricorso al Garante e ricorso all’A.G. nel caso di infrazione di una qualsiasi regola di tutela nel trattamento dei dati personali, anche se inserita in un codice deontologico).

Alla luce di quanto si potrà leggere nella tesi, relativamente a questi codici è emerso il merito per una scelta che sa realizzare una ripartizione dei compiti e delle responsabilità, sempre verificabili dai diretti interessati.

Quando mi occupai di questa categoria di codici di comportamento misi in luce che, nonostante i vantaggi della procedura di co-regolazione aggravata, non si poteva negare che le tecniche di così procedimentalizzate (dalla normativa sulla privacy piuttosto che dalla legge sulla riforma del sistema radiotelevisivo) risultassero – per certi versi – ancora criticabili: nella procedura aggravata le autorità garanti, a cui viene in concreto demandata la definizione del complesso di regole a cui fare riferimento per l’integrazione del portato normativo primario, detengono ad esempio un margine di discrezionalità ancora troppo elevato ai fini dell’individuazione dei soggetti ammessi alla contrattazione dei contenuti.

Concludevo queste osservazioni affermando che sarebbe stato opportuno, in futuro, correggere la formalizzazione della procedura (non necessariamente attraverso una legge), specificando un meccanismo permanente per attuare le previsioni che ammettono la partecipazione in relazione al grado di rappresentatività (vedi ad es. l’art. 12 del d.lgs. n. 196/03). Questa impostazione, sostenevo, dovesse mirare a sistematizzare e a rendere più trasparenti le consultazioni delle *authorities* ed avere, più in particolare, lo scopo di:

- contribuire a una migliore partecipazione degli ambienti interessati e della società civile al processo di consultazione;
- accrescere la trasparenza delle consultazioni per quanto concerne il modo in cui esse sono condotte e la valorizzazione dei risultati da parte del Garante.

Da maggio 2006 ad oggi questa previsione ha ottenuto in qualche modo soddisfazione. E come si supponeva non è stato un intervento legislativo primario a precisare la procedura.

Il 20 luglio 2006 il Garante della Privacy ha adottato il **regolamento n. 2/2006** sulla «*Procedura per la sottoscrizione dei codici di deontologia e di buona condotta*» (G.U. n. 183 del 8 agosto 2006; Bollettino n. 74/luglio 2006).

Le motivazioni che hanno indotto a predisporre una procedura vincolante, per lo stesso Garante, per l'adozione dei documenti in parola sono per lo più legate all'esigenza (citata nel preambolo del provvedimento) «...di dare compiuta disciplina e pubblicità alla procedura seguita dall'Autorità per svolgere» i compiti ad essa attribuiti «tenuto conto del crescente rilievo che i codici di deontologia e di buona condotta assumono nei settori interessati ai fini della liceità e correttezza dei trattamenti dei dati personali e dell'utilizzabilità dei medesimi dati». Quella di «consolidare tale procedura con un atto regolamentare del Garante», adottato in base all'art. 156³, lett. a) del Codice, è stata sentita e descritta come una «necessità».

Dalla lettura dell'art. 2 del regolamento si evince un ampio margine decisionale che il Garante riconosce a se stesso ai fini dell'attività promozionale: nonostante il “vincolo” della previa disposizione legislativa identificativa del settore e “del caso” in cui l'intervento dell'autorità è consentito, il Garante promuove la sottoscrizione di codici in tutti gli *altri* settori in cui ne ravvisi l'esigenza. In questo caso, la mancanza appunto di una precedente legittimazione legislativa può essere compensata da una manifesta richiesta di regolazione da parte delle categorie interessate. A queste sarebbe riservata la sola esplicitazione dell'istanza; la decisione vera e propria di attivare – tramite la promozione – l'iniziativa regolativa rimane nella discrezionalità del Garante.

Una volta operata la scelta *se* dotare o meno un settore di un codice di comportamento, l'Autorità *delibera* l'avvio della procedura, dandone *avviso* a tutti i potenziali collaboratori nella costruzione del contenuto del documento, attraverso la pubblicazione della decisione in Gazzetta Ufficiale.

Questo primo atto assume oggi un'importanza fondamentale per dare risposta ai dubbi fin qui esposti a proposito dell'individuazione dei soggetti rappresentativi. È dovere dell'amministrazione indipendente individuare e rendere noti con la suddetta deliberazione i «criteri generali per la verifica del principio di rappresentatività» (a norma dell'art. 12 del Codice). È in base alla rispondenza o meno a quei criteri che soggetti pubblici e privati possono essere introdotti nel gruppo di lavoro che si occuperà della scelta dei contenuti e della formulazione del testo del nuovo codice di condotta.

Tali soggetti, purché oggettivamente e aprioristicamente riconducibili ad un concetto di “appartenente alla categoria interessata”, possono inviare la propria candidatura attraverso una formale comunicazione al Garante. In realtà, la verifica della effettiva “rappresentatività” viene ancora lasciata alla discrezionalità dell'autorità, che ora deciderà in relazione ad informazioni e documentazione inviata dai potenziali co-redattori, ma pur sempre sulla base di una decisione autonoma ed insindacabile. Se si

presta attenzione poi al “termine prefissato” e al “necessario qualificato interesse” che tali soggetti devono comprovare attraverso la prova documentale si comprende quale sia l’entità complessiva della libertà che il Garante ancora detiene ai fini dell’ammissione dei co-regolatori (si preferisce utilizzare l’espressione di “co-regolatore” anziché quella, solo apparentemente più propria, di “sottoscrittore” perché qui il concetto di sottoscrizione assume un’accezione ed un’estensione evidentemente diverse da quella di cui si è detto prima a proposito dei codici rispondenti al metodo dell’adesione. Qui la sottoscrizione non è un’adesione per vincolarsi, almeno non solo; essa assume piuttosto il significato di una condivisione, una compartecipazione alla formulazione del contenuto del documento, per cui ci si vincola, attraverso la firma finale). Il testo dell’articolo 3 è sufficientemente chiaro nel ribadire che l’avallo dell’Autorità per l’ammissione alla procedura è valutata *anche* in base ai criteri previamente messi a conoscenza dei destinatari della prima comunicazione in Gazzetta (ed in base alla quale viene scelta ed inviata la documentazione a supporto dell’esistenza dell’interesse qualificato), ma *non solo*. La sussistenza dei requisiti tra l’altro deve rilevare non solo all’inizio della procedura, ma durante tutta la durata della stessa: in qualsiasi momento il Garante si è riservato la possibilità di ammettere od escludere “soggetti interessati, ma non qualificati”.

Inoltre, la preesistenza dei criteri (solo effimera, per quanto si è detto) per la legittimazione può essere riveduta dall’Autorità in qualsiasi momento (anche a lavori già iniziati) e in considerazione delle specificità di ogni singolo codice.

Dal tenore del regolamento sembrerebbe possibile evincere una distinzione – importante sia in termini formali, sia in termini sostanziali – tra soggetti “rappresentativi” e “soggetti interessati”: i primi sono legittimati a sedere al tavolo di concertazione, debbono essere quindi convocati e procedono alla stesura dello schema preliminare del codice (artt. 4 e 5); i secondi devono essere *sentiti*, in maniera sembrerebbe condizionante, ma non vincolante (art. 5).

Dopo di ché si innesta il “controllo di legittimità” del Garante, che deve rilevare eventuali profili «di manifesta non conformità» (si rifletta sul cattivo *drafting* della disposizione!) alla normativa in materia di *privacy*. Da qui si aprono due possibili itinerari: il primo, quello più lineare, della divulgazione sul sito del Garante, della pubblicazione in Gazzetta e dell’allegazione al Codice della *privacy* se si è concluso per l’assenza di profili di illegittimità delle norme di condotta (anche se in realtà il giudizio positivo del Garante è solo prodromico alla approvazione definitiva del documento e della sua introduzione nel panorama vigente delle fonti sul trattamento dei dati personali: la procedura di consultazione dei soggetti rappresentativi ed interessati potrebbe infatti conoscere una seconda fase, che segnerebbe una riapertura dei lavori di scrittura del testo. *CFR.* art. 6); il secondo, determinerebbe un rinvio al gruppo di lavoro affinché lo stesso rimuova quei profili di incompatibilità rilevati dall’amministrazione indipendente. Fino all’approvazione finale *da parte sua*, il Garante si riserva la verifica della rappresentatività dei partecipanti, anche se in questa fase la valutazione deve

assume il carattere di un giudizio negativo: il codice non deve dare adito a profili di “non conformità” a norme di legge o di regolamento.

Quest’ultima locuzione dovrebbe essere analizzata con una maggiore attenzione di quanto non si possa prestare in queste brevi note, dato che l’obbligo di conformità a regolamenti precedenti potrebbe farci sospettare di una subordinazione di questi codici alle fonti secondarie, in evidente contrasto con altre disposizione riportate nel Codice della *Privacy* ed all’interpretazione unanime della dottrina che conclude per una natura secondaria atipica per questi atti normativi.

Ci lascia un po’ confusi la previsione dell’art. 8 circa la differenziazione tra sottoscrizione (tipica dei soggetti *rappresentativi*) e l’adesione (contestuale o successiva, dei soli soggetti *interessati*), dal momento che – come ben sappiamo – una volta adottato il codice di comportamento inerente “un trattamento dei dati personali” esso diventa vincolante per tutti coloro che praticino il trattamento medesimo (*cfr.* art. 12 Codice sulla *Privacy*), andando esso ad integrare la normativa vigente in materia. Anche relativamente a questi aspetti, eventuali e successivi, il Garante *può* avallare ovvero negare la richiesta degli appartenenti alle categorie interessate.

Interessante per noi, che abbiamo la passione per la tecnica legislativa, notare che nel regolamento del Garante vi sia anche una disposizione (quella dell’art. 7, comma secondo) sul *drafting* dei codici di condotta: «Il codice individua la data a decorrere dalla quale è applicabile e le eventuali disposizioni transitorie».

Mi chiedo, alla luce di questo ultimo intervento normativo, con quale fondamento certa dottrina possa ancora sostenere che l’intero fenomeno della codificazione delle regole deontologiche non attenga alla teoria generale delle fonti del diritto e debba essere risolta in termini di mera collocazione nel dogma del negozio.

DALLE CONCLUSIONI..

Da quanto detto fin qui emerge in modo evidente la prima conclusione su un discorso di come l’autoregolamentazione come modello abbia trovato applicazione rispetto all’ordinamento italiano:

in Italia, l’affermazione del fenomeno è stata assistita da un atteggiamento “protezionistico” dello Stato, che:

- promuove
- coordina
- controlla
- dirige
- determina di fatto

...i requisiti funzionali e strutturali dell'autoregolamentazione (ecco perché la migliore dottrina – DE MINICO – conclude che l'autoregolamentazione in Italia, quando e dove funziona, non sia un sistema efficace sulla base del consenso, bensì del comando).

In ogni caso sembra rimanere irrisolto il problema della legittimazione dei governi privati (così come dei singoli costruttori di norme) chiamati a completare l'ordinamento giuridico.

La domanda che ci facciamo alla fine di queste brevi osservazioni è se la formale proceduralizzazione dei rapporti tra regolati e regolatori nella costruzione del diritto apportato da questi codici sia rimedio di per sé sufficiente per compensare questo *deficit*. A nostro avviso, essa sembra essere un'apprezzabile soluzione tecnica per permettere (e comprendere) il passaggio del prodotto dell'autoregolamentazione da mero fattore *extra ordinem* a fonte del diritto oggettivo. Conclusione, questa, difficilmente confutabile, alla luce di quanto abbiamo detto fin qua: per ogni esperienza considerata abbiamo dimostrato che l'ordinamento sovraordinato – e la legge, quale suo strumento di intervento – *consente* o *legittima* il diritto dei o con i privati.

Volendo rassegnare qualche battuta finale sullo studio effettuato e a dimostrazione delle tesi inizialmente proposte si ritiene di aver raggiunto una piena definizione almeno di alcuni punti, che quindi diventano – a nostro avviso – “fermi” in una ricerca scientifica sui codici deontologici:

1. *sul metodo*: nonostante sia assai diffusa in dottrina la convinzione che i codici deontologici (*tutti*) siano espressione di una manifestazione spontanea di produzione di diritto vincolante da parte dei destinatari delle regole di comportamento, riteniamo invece di aver dimostrato che in *nessuna* delle esperienze considerate questo avviene realmente. Il *modus operandi* degli estensori delle raccolte consiste nell'appropriare di quegli spazi di intervento regolativo (*rectius*, normativo), lasciati a disposizione da un ordinamento “a maglie larghe”, inevitabilmente (e talvolta, volutamente) «poroso» [G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 233]. Nonostante spesso sia lo stesso ordinamento generale (e, sempre più spesso, quello comunitario) a *rinvviare* alle raccolte dei (e/o *coi*) privati, ciò non esclude l'insostituibilità della legge quale mezzo attraverso cui tracciare la via da seguire (o convalidare quella intrapresa). In questo senso allora si conclude che i codici siano un valido, ma non esaustivo, contributo all'efficienza dell'ordinamento (applicazione del metodo sussidiario nella produzione del diritto).
2. *sulle procedure*: la produzione dei codici di comportamento si è rivelata un fenomeno “a genesi variabile”: in relazione agli obiettivi di regolazione, a seconda del contesto normativo di riferimento (*ex ante* e *ex post*) e soprattutto dipendente dall'oggetto della regolazione e dalla

qualificazione dei suoi destinatari. Partendo dall'illusione che si trattasse di un canale di comunicazione diretta tra regolati e diritto, l'analisi delle procedure ha inevitabilmente condotto ad una osservazione comune a tutti i fenomeni considerati: il diritto dei privati *non appartiene* ai privati. Essi ne possono essere i promotori, i destinatari, i rappresentanti, i fruitori, i beneficiari...ma non ne detengono il monopolio. Nemmeno l'autoregolamentazione sfugge integralmente ad un intervento legislativo primario, anzi ne costituisce il vero presupposto di attuazione. Quando i codici conquistano il rango di fonte del diritto oggettivo, essi diventano parte (nel senso di "fonte") dell'ordinamento (e non, nell'ordinamento) generale e la forza della loro applicazione non dipende (solo) dalla volontà di auto-vincolarsi, quanto dal comando giuridico direttamente o indirettamente rappresentato dalla norma primaria (il rapporto con i meccanismi di produzione tradizionale del diritto quindi è di continuità e non di soluzione). Da questo punto di vista abbiamo voluto verificare se i codici detengano comunque una possibilità ancora inesausta di sviluppo potenziale in termini di ordinamento (solo) dei privati. Sebbene l'ordinamento nel suo complesso stia abbandonando – come registra ormai da tempo tutta la dottrina pubblicista – la concezione monista della produzione normativa, le "nuove" procedure abbozzate dal legislatore ci fanno ritenere che, sebbene da un lato, si voglia "delegare" ai codici la definizione di aspetti rilevanti dell'ordinamento, dall'altro (e contemporaneamente) si sta riportando verso il centro il nucleo essenziale della regolazione. A ciò si assiste tutte le volte in cui la legge prevede che la predisposizione dei contenuti delle raccolte formalizzate dipenda a priori dall'intervento condizionate delle istituzioni o delle autorità indipendenti; ma anche tutte le volte in cui l'estensione o l'applicazione dei codici debba subire la validazione degli organi dello Stato.

3. *sulla natura giuridica*: alla luce di quanto osservato sopra, inevitabilmente anche tutte le ottimistiche previsioni su un'affermazione delle raccolte deontologiche in termini di "nuova" e "autonoma" fonte del diritto dovranno essere rimodulate^{‡‡}. L'analisi diffusa del fenomeno,

^{‡‡} 1^a possibile conclusione: «il sistema che ammette i privati nel processo di produzione giuridica per la formazione di un diritto non meramente interno è un modello ordinamentale diverso che tempera la concezione monistica, ma in continuità con l'eteronomia classica»; oppure, «il diritto statale ed il diritto dei privati – anche se interagiscono tra loro – quando intervengono sul medesimo oggetto lo fanno a livelli diversi, completandosi», quindi il loro rapporto non si risolve in chiave gerarchica, bensì attivando il criterio della competenza e ammettendo l'applicabilità del principio di sussidiarietà orizzontale nella produzione normativa. Il compito dell'interprete rimane quello di risolvere, con una soluzione sostenibile, il punto di tensione con l'ordinamento costituzionale vigente, dato dalla ancora attuale assenza di criteri oggettivi sulla base dei quali determinare la "rappresentatività" dei soggetti ammessi al tavolo della costruzione normativa.

valutato in ambienti così diversi tra loro, se letto combinatamente nel contesto normativo in cui esse si inseriscono ci porta a considerare che i codici *mai* si pongano in rapporto di estraneità rispetto all'ordinamento generale: è vero quello che scrive illuminata dottrina (ancora il riferimento a De Minico, ma anche ad Alpa che – seppur appartenenti a due scuole differenti di pensiero sullo studio delle fonti del diritto: l'una predilige l'impostazione pubblicistica; l'altro quella delle categorie privatistiche) quando conclude che inframmettenza dello Stato ed intercessione dei privati siano semplicemente un *modo* per «intervenire sul medesimo oggetto, ma a diverso titolo». Essi non si sovrappongono, ma si integrano e si completano. Questo è il motivo per cui non ci siamo spinti fino al punto di immaginare dei “codici indipendenti”, equi-ordinati alla legge ordinaria; ma, tutt'al più, una fonte atipica, di rango secondario, compatibile con l'apertura dell'ordinamento verso i provvedimenti regolamentari e con il principio di legalità.

Per tutti e tre i livelli di indagine ascriviamo l'inespressa potenzialità dei codici di comportamento a divenire davvero un “nuovo modo di fare diritto” (nonostante in alcuni momenti anche noi abbiamo indicato questa possibilità) all'irrisolta questione della “rappresentatività” dei soggetti chiamati a scrivere il presente ed il futuro regolativi dello Stato. Essa si ripropone sistematicamente in tutte le procedure di scrittura dei documenti *de quibus* (forse l'unica eccezione sono i codici professionali^{§§}) e rimane inaccettabile per qualsiasi studioso di diritto pubblico, che voglia tentare di risolvere in modo ragionevole il problema del *deficit* politico-rappresentativo che accompagna la formazione di questi atti.

^{§§} Neanche il settore delle professioni in verità rimane indenne dal problema, poiché esso si sta riproponendo in modo evidente in occasione dei progetti di disciplina delle professioni emergenti, in cui si parla di “associazionismo” come indice di rappresentatività senza individuarne gli elementi caratterizzanti.