Osservatorio sulle fonti
direttore Prof. Paolo Caretti

DALL'AUTOREGOLAMENTAZIONE DELEGATA ALL'AUTOREGOLAMENTAZIONE GUIDATA: IL REGOLAMENTO N. 2/2006 DEL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

di *Serena Sileoni*[1]

1. *L'autoregolamentazione nel settore del trattamento dei dati personali*

Gli ambiti della vita sociale più interessati dai progressi della tecnologia, dell'informatica e della globalizzazione sono anche quelli più sfuggenti, per motivi intrinseci, alle norme di diritto positivo classicamente conosciute. L'alto grado di tecnicità richiesto nell'elaborazione delle regole, o, d'altro lato, la cedevolezza dei confini geografici di fronte a fenomeni non comprimibili in uno spazio ben definito rendono blanda l'efficacia dei classici strumenti del diritto. Anche per tale motivo, in settori come Internet, la protezione dell'ambiente, il mercato dei capitali o il trattamento dei dati personali si stanno perfezionando meccanismi di auto-produzione delle regole, alternativi rispetto all'eteronormazione.
Il trattamento dei dati personali è, appunto, uno degli ambiti dove con sufficiente chiarezza emerge il tentativo di individuare nuove tecniche normative, o meglio di perfezionare sistemi di produzione normativa già noti come quelli di autoregolamentazione, in grado di divenire fonti integrative o, persino, sostitutive delle fonti eterodirette.
Non è affatto nuovo, nel mondo del diritto, che i privati si diano regole che valgano, tra di essi, come vere e proprie norme giuridiche. Basti pensare all'art. 1321 del nostro codice civile, il quale riconosce l'effetto normativo dei contratti tra privati. Tuttavia, altra cosa è sostenere che i privati possano darsi regole valide non solo *ab intra*, ma anche *ad extra*, vale a dire tra coloro che non le hanno volute, o comunque non hanno partecipato al procedimento di adozione delle stesse.
Le principali novità che investono il sistema delle fonti in alcuni settori, tra cui anche il trattamento dei dati personali, stanno appunto nel conferire carattere di norma a rilevanza esterna alle regole adottate da quegli attori non istituzionali che ne saranno i destinatari. Perché ciò sia possibile, perché "fonti normative private" possano assurgere al grado di "fonti normative pubbliche", è ovviamente necessaria la partecipazione, a vario titolo, di una autorità pubblica[2]. In questo senso, lo Stato resta, anzi si conferma, il punto di convergenza di regole che originano in maniera capillare da tanti sotto- o sovra-ordinamenti, inserendosi nelle fasi ora di iniziativa, ora di controllo, ora di deliberazione del procedimento di formazione di tali regole.
Prendendo in prestito le categorie di Santi Romano[3], si potrebbe sostenere che, nella formazione delle regole destinate ai responsabili del trattamento dei dati personali in determinati settori, taluni ordinamenti tradizionalmente separati da quello statale, perché prodotti secondo i procedimenti propri dell'autonomia negoziale privata, sono in

[1] Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato, Università di Siena.
[2] Cfr. Ogus, *Self regulation*, in G. Richardson, H. Genn (a cura di), *Administrative Law & Government Action*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 590 ss.
[3] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946.

rapporto di reciproca rilevanza giuridica con l'ordinamento statale. Da un lato, infatti, la loro esistenza, il contenuto minimo e il procedimento di adozione sono previsti da norme generali di legge, dall'altro la disciplina in essi contenuta integra tali norme generali, contribuendo alla predisposizione di una regolazione del trattamento dei dati personali a più livelli.

La prima fonte che ha previsto la possibilità di adozione, nel trattamento dei dati personali, di codici di condotta e di autoregolamentazione è di origine comunitaria[4]. La direttiva n. 95/46 dedica loro il capo V.

In particolare, il primo comma dell'art. 27 impone agli Stati e alla Commissione europea di incoraggiare l'elaborazione di codici che contribuiscano alla "corretta applicazione delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva". La scelta di affidare loro, piuttosto che a fonti eteronome, la fissazione di regole di dettaglio per il trattamento dei dati personali nei vari settori interessati dipende, naturalmente, dalla convinzione che le categorie interessate possano contribuire a definire regole maggiormente efficaci in base alle caratteristiche specifiche dei trattamenti richiesti nei singoli settori. La direttiva comunitaria, dunque, ha previsto un sistema "a cascata"[5] di fonti normative, al cui vertice si pone l'atto comunitario, che fissa le procedure e le finalità, di seguito la legislazione nazionale di recepimento della direttiva e, infine, per singoli settori, i codici di condotta che, separati da una sorta di criterio di competenza, integrano per l'ambito di loro riferimento la normativa generale.

La previsione di tale forma di autoregolamentazione contenuta nella direttiva è stata il primo passo per incorporare nell'ordinamento statale un sistema di produzione delle norme finora sostanzialmente confinato nel diritto privato. Se da un lato, dunque, tale previsione ha conferito una "dignità esterna" ai codici di condotta, dall'altro, proprio per tale motivo, ha dovuto limitare l'autonomia nella fissazione del contenuto. Il medesimo articolo, infatti, ha condizionato la loro rilevanza esterna al rispetto di alcune norme procedurali per la loro adozione, che vedano coinvolte in maniera determinante le autorità nazionali garanti. In particolare, ad esse è affidato il compito di accertare la loro conformità alle norme generali, nazionali e dunque comunitarie, relative al trattamento dei dati personali.

Se la direttiva si è "limitata" a stabilire un ruolo chiave dei garanti nazionali, prevedendo il loro monitoraggio sull'adozione dei codici lasciando alla legge nazionale decidere come, è nella legge di recepimento n. 675/1996 che vengono specificate le funzioni del garante. L'art. 31 della legge prevedeva infatti che il garante avesse, tra le altre funzioni, quella di "promuovere nell'ambito delle categorie interessante, nell'osservanza del principio di rappresentatività, la sottoscrizione di codici di

[4] La dottrina italiana ha ampiamente commentato la nascita dei codici di condotta per il trattamento dei dati personali: cfr. in particolare M.C. Grisolia, Alcune considerazioni sul potere normativo del garante per la protezione dei dati personali dalla l. n. 675/1996 al codice in materia di protezione dei dati personali, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Giappichelli, Torino, 2005; G. Busia, *Commento all'art. 12*, in AA.VV., *Codice della privacy*, Giuffrè, Milano, 2004, A. Simoncini, *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico*, in "Diritto pubblico", 3/1999, Cartabia, *Le norme sulla* privacy *come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla* privacy. *Un bilancio dei primi cinque anni*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 61 ss., P. Bilancia, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. Labriola, *Le autorità indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1999 e, volendo, S. Sileoni e A. Simoncini *I codici deontologici di buona condotta*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, *Il codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, 2007.

[5] V., volendo, S. Sileoni, A. Simoncini, cit., p. 816.

deontologia e di buona condotta per determinati settori, verificarne la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuire a garantirne la diffusione e il rispetto". In sostanza, l'autorità nazionale assumeva il compito di incoraggiare l'elaborazione dei codici in fase di iniziativa, controllare l'osservanza delle norme primarie in fase di loro stesura e verificare il loro rispetto da parte dei destinatari in fase esecutiva.
Tuttavia, alla precisazione del ruolo del garante non corrispondeva ancora la fissazione del procedimento che lo stesso avrebbe dovuto seguire. Solo le previsioni specifiche relative ad alcuni codici particolari (come quello dei giornalisti)[6] e la prassi hanno iniziato a tratteggiare forme e strumenti per l'adozione dei codici di condotta come fonti di "autonomia assistita" e "concertata" (o "codecisa") con il garante, finché il d.lgs. 467/2001 ha imposto l'obbligo generale di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei codici "certificati" dal garante tramite la sua partecipazione alla stesura del loro contenuto. In sostanza, fino al decreto legislativo n. 196/2003, sebbene non esistesse un vero e proprio procedimento unico fissato dalla legge, era possibile ricavare dalle diverse ed eterogenee discipline dei singoli codici una sorta di scansione procedurale generale. Partendo da un atto di carattere pubblicistico, il provvedimento generale del garante, secondo le indicazioni della direttiva comunitaria, l'autorità indipendente, garante del rispetto degli interessi generali, e le categorie interessate, rappresentative degli interessi particolari, scrivevano insieme il codice, fino ad momento conclusivo culminante con un altro atto di rilievo pubblicistico, la pubblicazione in G.U.
Il decreto legislativo n. 196/2003, che ha abrogato la precedente legge razionalizzando e unificando le norme relative al trattamento dei dati personali in un unico testo normativo, è tornato ad occuparsi dei codici di condotta all'art. 12, generalizzando le previsioni relative all'efficacia dei codici che erano state previste, nelle precedenti fonti, per ogni singolo codice. L'art. 12 stabilisce infatti, in via generica per ogni codice di condotta che sarà adottato con il controllo e la collaborazione del garante, che il rispetto delle disposizioni ivi previste è condizione essenziale di liceità e correttezza nel trattamento dei dati personali (norma, dapprima, prevista solo in singoli casi).
Ad ogni modo, al di là della previsione contenuta nell'art. 12, sostanzialmente fedele all'art. 31 della legge 675, che definiva più le funzioni del garante nell'adozione dei codici di condotta che le modalità di esercizio di tali funzioni, il procedimento di formazione dei codici di buona condotta è andato perfezionandosi in via di prassi, con la standardizzazione di alcune regole seguite nell'adozione dei codici finora vigenti, finché un regolamento del garante medesimo non è intervenuto a disciplinare, in maniera generica, la "procedura per la sottoscrizione dei codici deontologici e di buona condotta".

2. *Il regolamento n. 2/2006 del Garante per la protezione dei dati personali*

Con il regolamento n. 2/2006 deliberato il 20 luglio 2006 l'Autorità ha inteso "consolidare"[7] la procedura sin qui seguita per l'adozione dei codici di condotta per il trattamento dei dati personali.

---

[6] Cfr. U. De Siervo, *Dignità delle persone e diritto di informazione nel codice previsto dall'art. 25 della legge 675/1996*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999.
[7] Settimo *considerando* in premessa del regolamento.

Come lo stesso Garante ricorda nelle considerazioni premesse al regolamento, dal momento che molti codici deontologici sono stati già sottoscritti ed altri sono in corso di definizione e, soprattutto, "tenuto conto del crescente rilievo che i codici di deontologia e di buona condotta assumono nei settori interessati ai fini della liceità e della correttezza dei trattamenti dei dati personali e dell'utilizzabilità di tali dati", si è ritenuto utile ed opportuno definire (in termini generali ed astratti, verrebbe da dire) la sequenza procedurale standard cui sottoporre le fasi di promozione, verifica della legittimità e infine diffusione dei codici di buona condotta previsti nel sistema legislativo della *privacy*, di modo che il "concreto provvedere" del Garante risponda non tanto ad una logica "caso per caso", ma ad un "astratto disporre" preventivo, se vogliamo evocare la nota immagine crisafulliana.
Questa scelta del Garante di dotarsi di un modello generale per la procedura di promozione, verifica e pubblicazione dei codici deontologici appare estremamente rilevante proprio sul piano della sistematica delle fonti normative in un settore così complesso e delicato quale è quello della disciplina del trattamento dei dati personali.
In primo luogo, infatti, il Codice non prevede espressamente questa attribuzione regolamentare, tant'è vero che il Garante utilizza, come base giuridica del regolamento 2/2006, l'art. 156, comma 3 del Codice, ai sensi del quale egli può emanare propri regolamenti – da pubblicare in Gazzetta Ufficiale – "per disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento dell'Ufficio", anche ai fini dello svolgimento dei compiti previsti dall'art. 154, tra i quali figura, appunto, la promozione dei codici.
È evidente che questa disposizione esprime quella che classicamente potremmo definire una potestà di "autoregolamentazione interna"[8], ovverosia il potere attribuito ad un organo di fissare le norme della propria organizzazione interna e del proprio funzionamento[9]; era dunque legittimo attendersi l'impiego di tale fonte per disciplinare fasi interne del procedimento di promozione, verifica e pubblicazione, mentre, come si vedrà, il regolamento in questione ha certamente anche una valenza esterna, introducendo norme che condizionano e vincolano attività di terzi interessati nel procedimento di adozione del codice deontologico. Ciononostante, il Garante – confermando una sua attitudine caratteristica[10] – ha voluto creare una vera e propria fonte sulla produzione dei codici deontologici[11].
Fino all'entrata in vigore del regolamento in questione, come già detto il Codice già prevedeva – sul piano strettamente procedurale – che il Garante promuovesse la sottoscrizione dei codici non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ma in

[8] Non è un caso che gli altri provvedimenti del Garante autoqualificantisi come regolamenti riguardino l'organizzazione e il funzionamento dell'Ufficio del Garante (n. 1/2000), il trattamento giuridico ed economico del personale (n. 2/2000), la gestione amministrativa e la contabilità (n. 3/2000), il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso l'Autorità (G.U. n. 68/2006), e, infine, l'accesso ai documenti amministrativi presso l'Ufficio del Garante (n. 1/2006).
[9] Com'è noto questa potestà regolamentare era stata attribuita in sede di prima attuazione della legge n. 675/1996 ad un decreto del Presidente della Repubblica, trasformato poi nel Codice in un provvedimento del Garante da pubblicare in *G.U.*
[10] Ci riferiamo al ben noto caso delle autorizzazioni generali, categoria, per dir così, inventata dal Garante e a metà strada tra l'autorizzazione al trattamento dei dati (provvedimento individuale e concreto) ed un regolamento ovvero un codice deontologico (norma generale ed astratta).
[11] In realtà, il Garante già a partire dal 2000, con provvedimenti di natura generale, ha invitato i soggetti interessati a proporre codici deontologici in determinati settore rilevanti preoccupandosi di prefissare i criteri generali da rispettare nel promuovere la sottoscrizione di queste fonti di autoregolazione.

generale per tutte le categorie interessate; che la verifica di conformità potesse avvenire anche sulla base di osservazioni pervenute da soggetti – comunque – interessati (da cui deriva implicitamente che quantomeno dell'avvio della fase di verifica della bozza di codice deontologico da parte dell'Ufficio doveva darsi una qualche forma di pubblicità); infine che i codici fossero pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con conseguenze non secondarie sulla natura di fonti normative sebbene atipiche di questi atti di autoregolamentazione.
Come è ovvio, il regolamento n. 2/2006 recepisce in parte quanto già disciplinato – esplicitamente o implicitamente – dal decreto legislativo n. 196 e, in parte, introduce una rilevante disciplina di dettaglio.

a) Il ruolo "promozionale" del Garante

Come già osservato, nel dettato legislativo era implicito il riconoscimento di una funzione generale del Garante come promotore della sottoscrizione dei codici, non limitata, cioè, solo ai casi in cui la legge espressamente li prevede.
Il regolamento detta una disciplina più specifica di questa funzione generale, chiarendo che il Garante promuove la sottoscrizione dei codici "nei settori nei quali ravvisi l'esigenza di regole di deontologia e buona condotta per contribuire all'applicazione di disposizioni normative in settori di particolare interesse generale nei quali, anche sulla base di eventuali richieste formulate nell'ambito delle categorie interessate, emergano specifiche problematiche meritevoli di apposita considerazione, tenendo conto, in particolare della natura dei dati o del loro trattamento o della necessità di rendere effettive le garanzie per gli interessati".
Sono confermate, quindi, sia la funzione sostanzialmente esecutiva o applicativa e non innovativa dell'autoregolamentazione, sia l'attitudine di questo tipo di fonte ad affrontare in modo più efficace il problema della concreta applicazione dei principi generali della legislazione sulla *privacy*, soprattutto laddove sia in gioco l'effettività delle garanzie di tutela.

b) Il procedimento

Il procedimento delineato nel regolamento si suddivide in quattro fasi principali.

b.1) L'avvio del procedimento

Con propria deliberazione pubblicata in *G.U.*, il Garante comunica l'avvio del procedimento per la sottoscrizione di un codice deontologico, indicando i criteri generali in base ai quali l'Ufficio verificherà il rispetto del principio di rappresentatività dei soggetti[12] che sottoscriveranno il codice ed invitando tutti i soggetti pubblici e

[12] L'art. 1 del regolamento in esame definisce come rappresentativi "i soggetti che risultano dotati di rappresentatività delle categorie di titolari di trattamento operanti nei settori nei quali i codici trovano applicazione", mentre sono soggetti interessati quelli "per i quali ai sensi dell'art. 12 del Codice sussiste un interesse qualificato nei settori nei quali i codici trovano applicazione". Quello della rappresentatività è uno dei nodi più problematici nei sistemi di autoregolamentazione, poiché deve fare i conti con la critica di finzione già mossa al concetto di rappresentanza (tale per cui, per dirla con Rousseau, la sovranità non può essere rappresentata [*Il contratto sociale*, Libro III, cap. XV]), ma anche con quella della teoria della

privati che appartengano alle categorie interessate a comunicare il loro interesse e le relative documentazioni entro un termine prefissato.

b.2) Determinazione e pubblicazione dello "schema preliminare" del codice

Dopo aver valutato le comunicazioni regolarmente pervenute ed aver individuato i soggetti rappresentativi alla luce dei principi preventivamente indicati, il Garante invita questi soggetti ed anche gli altri che potrebbero essere interessati a partecipare ad una prima riunione di lavoro «anche presso gli uffici del Garante», fissando la data.
Il Garante svolge in questa fase una vera e propria funzione di *facilitator*[13], incoraggiando la cooperazione tra i soggetti coinvolti nella redazione del codice e mettendo a disposizione il proprio supporto logistico e tecnico, "in modo da agevolare lo scambio delle informazioni ed il confronto e la condivisione delle proposte e dei contributi fra i partecipanti".
Al termine di questa prima fase di lavoro i soggetti rappresentativi che vi hanno partecipato sottopongono al Garante uno schema preliminare di codice.
Qui si avvia una sotto-fase istruttoria presso il Garante, il quale può segnalare ai redattori le eventuali difformità più macroscopiche rispetto alla legislazione vigente ed invitarli ad una revisione.
Conclusa positivamente questa delibazione, il Garante dà diffusione allo schema preliminare inserendolo nel proprio sito internet e dando in *G.U.* l'avviso di tale pubblicazione telematica, invitando tutti i soggetti interessati a far pervenire entro un termine prefissato le proprie osservazioni e, successivamente, trasmettendo tali osservazioni a quanti hanno redatto lo schema preliminare per le valutazioni del caso.

b.3) Verifica e sottoscrizione dello "schema finale" del codice

I soggetti rappresentativi, esaminate le osservazioni pervenute, redigono lo schema finale del codice e lo trasmettono nuovamente al Garante.
Quest'ultimo, dopo aver eventualmente proposto la correzione di ulteriori difformità nel frattempo emerse, esamina lo schema finale, ne verifica la conformità alla legge e ai regolamenti e infine invita i soggetti rappresentativi a sottoscrivere il codice, disponendone la pubblicazione al termine delle operazioni di sottoscrizione.
Va osservato che il regolamento prevede una disciplina particolarmente accurata della sottoscrizione: innanzitutto, distingue la sottoscrizione dei soggetti rappresentativi da quella degli ulteriori soggetti interessati al Codice[14] e, particolarmente, prevede che il Garante esamini ed autorizzi le richieste di sottoscrizione successive alla prima adozione del codice deontologico, provenienti da ulteriori soggetti rappresentativi o da altri soggetti interessati. In questa seconda ipotesi, consente la pubblicazione della sottoscrizione in *G.U.*

---

cattura tipica delle forme di concertazione e autoregolamentazione (A. Ogus, *Rethinking Self Regulation*, in "Oxford Journal Legal Studies", 15/1995).

[13] A. Simoncini, *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per il trattamento dei dati personali*,cit.

[14] A norma dell'art. 8 del regolamento, la sottoscrizione dei soggetti interessati deve avvenire in un allegato distinto dal documento dov'è apposta la sottoscrizione dei soggetti rappresentativi.

b.4) La pubblicazione del codice deontologico

Il codice deontologico sottoscritto è trasmesso al Ministero di giustizia sia per la pubblicazione che per l'inserimento, con decreto, nell'allegato A del Codice, a norma dell'art. 12, comma 2 dello stesso.
A questa pubblicazione prevista dalla legge, il regolamento aggiunge anche la pubblicazione sul Bollettino del Garante.

Ad una prima analisi del regolamento, si ha l'impressione che il Garante abbia voluto accentuare ulteriormente il proprio ruolo nella procedura di promozione e verifica di quella che dovrebbe essere pur sempre una forma di autoregolamentazione.
L'autonomia normativa dei soggetti rappresentativi e di quelli potenzialmente interessati è, in realtà, una forma di autonomia "assistita" da parte del Garante stesso, intendendo con questa locuzione che la libera determinazione delle regole da parte dei soggetti destinatari trovi in questo contesto un forte limite non solo nell'attività promozionale – a monte – e di verifica – a valle –, ma anche nella fase di determinazione sostanziale dei contenuti. L'adozione del regolamento n. 2/2006 sembra aggiungere un ulteriore aggettivo all'autoregolamentazione: essa non è soltanto "assistita", ma persino "guidata" a monte del processo deliberativo dall'autorità pubblica.
Pare dunque essersi delineata una procedura sempre più simile a quella vera e propria codecisione che caratterizza l'adozione del codice di deontologia dei giornalisti[15], piuttosto che un processo in cui il l'Autorità indipendente svolge il ruolo di mero *facilitator* della decisione e di controllore *esterno* della legittimità del codice.
Soprattutto, va segnalato il ruolo centrale del Garante nell'autorizzare le sottoscrizioni successive al codice, ruolo di cui non v'è traccia nella legge e del quale non si vede, in realtà, neanche la ragione dal momento che, come sappiamo, dalla pubblicazione del codice deontologico in Gazzetta Ufficiale, "il rispetto delle disposizioni [ivi] contenute costituisce condizione essenziale per la liceità e la correttezza nel trattamento dei dati personali" effettuato da tutti i soggetti privati e pubblici.
La previsione di un procedimento unico per la sottoscrizione dei codici di condotta non equivale tuttavia ad una neutralizzazione dell'autonomia privata.
Innanzitutto, come accennato, si ritiene che il regolamento non debba applicarsi a tutti i codici deontologici che i privati vogliano sottoscrivere per disciplinare il trattamento dei dati personali nell'ambito delle loro attività, ma soltanto a quelli che verranno promossi dal Garante.
In secondo luogo, i codici di condotta non dovrebbero forse essere interpretati come frutto di una regolamentazione negoziale tra privati. Piuttosto, nel momento in cui il legislatore decide di conferire loro valore di norma integrativa in quanto il loro rispetto è condizione di liceità del trattamento, è inevitabile che vi eserciti un potere di controllo maggiore rispetto a quello che potrebbe esercitare su una qualsiasi norma di tipo negoziale. Si tratta, in sostanza, di distinguere tra regolamentazione privata e autoregolamentazione[16], la quale ultima può divenire rilevante per l'ordinamento

[15] Art. 139 del Codice.
[16] V. il saggio di G. Fiorentini, *Regolamentazione privata e autoregolamentazione: un'analisi economica*, in L. Paganetto, G. Tria, *Istituzioni e governo dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 246 ss.

giuridico soltanto in forza di una forma di delega del legislatore, che sarà tanto più pervasiva quanto più si vorrà legittimare tali codici come fonti del diritto.

3. *Il regolamento n. 2/2006 come indice di alcune nuove tendenze in materia di fonti del diritto*

Non soltanto la dottrina privatistica, ma anche quella pubblicistica riconoscono ormai senza alcuna difficoltà la coesistenza di sfere normative autonome a cui i soggetti, in virtù della loro posizione all'interno della società, sono sottoposti. Le fonti del diritto per il singolo individuo non sono soltanto quelle "esternamente" prodotte con valore normativo variabile, ma possono anche essere prodotte dagli stessi individui, come la teoria dell'efficacia normativa dei contratti prima e dell'ordinamento giuridico come istituzione in seguito hanno sostenuto. L'autodeterminazione normativa, anzi, viene vista come una delle modalità di formazione delle regole maggiormente rispondenti ai criteri di elasticità, flessibilità e competenza tecnica oggi richiesti al diritto. Dai codici di condotta per la pubblica amministrazione ai codici etici delle imprese, dalla regolamentazione dei settori monitorati dalle autorità indipendenti alle *best practices* aziendali, si assiste a un fiorire di micro-ordinamenti, regolamenti settoriali, sfere normative distinte di fronte alle quali solo apparentemente l'autorità pubblica indietreggia. In realtà, essa cambia solo funzione. Ma rimane ancora il soggetto indispensabile nella produzione delle fonti del diritto.
Il regolamento n. 2/2006 del garante per il trattamento dei dati personali conferma l'impressione che, dinanzi allo svilupparsi di tecniche di autoregolamentazione dotate di una rilevanza esterna rispetto ai sottoscrittori, lo Stato non cede la competenza a legiferare, ma semplicemente cambia il suo ruolo da produttore delle regole a produttore degli standard e garante della corretta formulazione delle norme di dettaglio[17], da "legislatore iperattivo" diventa "architetto di sistema"[18]. Secondo la distinzione elaborata dall'analisi economica del diritto, dal punto di vista delle tecniche di produzione legislativa occorre infatti distinguere tra la predisposizione delle regole, vale a dire di norme dettagliate che definiscono in maniera preventiva e esaustiva i diritti delle varie parti coinvolte, e la fissazione degli standard, che stabiliscono soltanto i principi basilari e generali sulla base dei quali occorre definire ulteriormente i diritti delle parti coinvolte[19]. Se i centri di produzione del diritto si moltiplicano e si sviluppano lungo traiettorie orizzontali, sfuggendo alle chiare semplificazioni gerarchiche proprie dello Stato di diritto, ciò non toglie che restino dei nuclei normativi duri, stabiliti ancora dall'autorità statale o, in Europa, comunitaria, nei quali fonti minori e atipiche, come i codici di condotta, trovino la loro ragion d'essere e la disciplina della loro formazione. In sostanza, lo Stato da un lato rinuncia a dettare le norme di contenuto per i singoli settori, lasciando che esse siano fissate in maniera più elastica e flessibile da chi conosce bene i problemi da affrontare. Dall'altro lato tuttavia,

[17] Sulla distinzione tra regole e standard v. D Fabbri, G. Fiorentini, L. Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto: un'introduzione*, NIS, Roma, 1997.
[18] G. De Minico, *Regole, comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 127.
[19] Così riassume G. Fiorentini, *Regolamentazione privata e autoregolamentazione: un'analisi comparata*, in L. Paganetto, G. Tria (a cura di), *Istituzioni e governo dell'economia*, cit., p. 236.

recupera lo spazio concesso legittimando a vario titolo l'intervento dell'autorità pubblica, portatrice dell'interesse generale, nelle modalità di autoregolamentazione[20].

[20] È, questa, un'applicazione della teoria dello Stato autopoietico, su cui in questa sede è sufficiente il rinvio a G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996.