

L'ESPERIENZA DI AUTOREGOLAZIONE NEL REGNO UNITO

di Giovanna De Minico

(in corso di pubblicazione in "Politica del diritto")

Sommario: 1. Premesse. – 2. Le ragioni dell'autoregolazione. - 3. L'esperienza di autoregolazione nei suoi esempi più significativi. – 4. Quale è la ricostruzione giuridica adeguata all'autoregolazione ? – 4.1. L'ipotesi della cessione. – 4.2. L'ipotesi della delega. – 5. La terza via: il modello autopoietico. - 5.1. I compiti dello Stato nella dimensione del diritto "poroso". - 6. Alla ricerca della legittimazione perduta. - 6.1. Premesse di sistema. - 6.2. Le soluzioni ideate dalla dottrina inglese. - 7. Conclusioni.

1. PREMESSE ¹.

Questo lavoro prende in esame l'esperienza autoregolativa inglese, una delle più compiute e mature, forse oggi in fase recessiva. La dottrina ha seguito puntualmente l'evoluzione della *s.r.* ², formulando ipotesi ricostruttive diverse in ragione dei suoi stadi di sviluppo.

La riflessione scientifica anglosassone, in linea con la sua vocazione pragmatica, non ha assunto come obiettivo prioritario la definizione e classificazione dell'autoregolazione; tale orientamento si giustifica altresì considerato il carattere intrinsecamente fluttuante del concetto in esame ³. Esso presenta un connotato

¹ Il presente lavoro nasce da un soggiorno di studio e ricerca a Londra, reso possibile da un finanziamento del Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università di Firenze. Desidero ringraziare il Prof. Robert Baldwin della *London School of Economics* per il tempo che ha dedicato a discutere con me gli argomenti oggetto di questo scritto. Quindi, il personale dell'*Institute of Advanced Legal Studies* di Londra per aver reso gradevoli e utili i miei giorni in biblioteca, e Carlo per avermi fatto sentire a casa.

² Nella materia in oggetto non sempre è possibile tradurre con piena fedeltà in italiano i concetti inglesi corrispondenti. In tali casi si utilizzeranno le espressioni in lingua madre.

D'ora in avanti per *s.r.* si intenderà la *self regulation*.

³ La letteratura inglese ha in Ogus l'osservatore scrupoloso del profilo in esame. L'Autore, infatti, non ha assegnato etichette, ma ha preferito identificare nel diverso grado di autonomia decisionale, di forza legale, e infine di potere monopolistico del soggetto di autonormazione, le variabili chiave "to appreciate the range of possibilities [...] which can properly be described as 'self-regulation'" : così A. Ogus, *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg.st.*, 1995, a p. 376-377. Altri hanno seguito questo orientamento, analizzando le tipologie di *s.r.* alla luce delle variabili di cui parlava Ogus, contribuendo così a confermare la sua impostazione: cfr. R. Baldwin -M.Cave, *Understanding regulation*, Oxford, 1999, pp.125-126.

comune nel fatto che un soggetto regoli se stesso, che sia cioè autore della decisione regolativa e suo destinatario: ma può variare per profili molteplici.

La variabilità può interessare il profilo soggettivo: l'autore di un processo di autonormazione può essere un decisore privato, ma anche uno pubblico; in un caso, l'autolimitazione riguarderà la libertà negoziale, nell'altro la discrezionalità, il che conferma che è proprio la coincidenza soggettiva tra l'ideatore della disciplina e chi sarà tenuto ad osservarla - non la natura del decidente ⁴ - l'elemento distintivo della *s.r.* rispetto alle forme regolative riferibili ai pubblici poteri.

La variabilità può riguardare altresì l'oggetto, distinzione questa più significativa della prima, perché sarà l'ampiezza dell'oggetto a decidere a quale categoria giuridica acquisire l'autonormazione. In termini essenziali, due sono le ipotesi in campo.

Il primo caso ricorre quando il soggetto collettivo, esponente degli interessi della categoria sociale che rappresenta, è deputato a regolare le condotte degli aderenti al gruppo in modo da assicurare l'uniformità del loro agire a standard astratti e generali di comportamento.

Il secondo caso interessa un soggetto anch'esso collettivo, ma assegnatario di compiti di regolazione sociale, sicché le sue future regole non potranno essere esclusivamente "tailored to the circumstances of particular firms" ⁵: dovranno invece trovare fondamento in istanze, bisogni, domande di provenienza diffusa in ragione dell'efficacia diffusa della futura disciplina, che si distinguerà appunto per l'insolito attributo di avere effetti conformativi non delle sole condotte degli aderenti al soggetto collettivo, ma anche dei terzi.

La dottrina inglese ha esaminato distintamente le due ipotesi, accostandole peraltro nella constatazione dell'immane presenza statale, anche se si tratta di

⁴ Infatti, il *code of practice on access to Government information* (prima edizione 1994, riformata nel '97), redatto dal Governo, impone ai corpi amministrativi (centrali e locali) obblighi di trasparenza e correttezza nel trattare gli affari politici ed amministrativi. Si tratta di norme autodettate dall'amministrazione governativa, la quale assume una sorta di impegno morale, non giuridico, di osservarle; un'autolimitazione finalizzata a consentire l'accesso dei cittadini agli atti dei pubblici poteri. In caso di violazione del codice, il cittadino potrà rivolgersi all'Ombudsman (art. 11 del cod.), il quale deciderà la controversia in merito alla *freedom of information* con raccomandazioni, che, come tali, non sono giuridicamente vincolanti per il Governo. Nei fatti, però, le raccomandazioni si sono rivelate molto più effettive degli atti imperativi: "The fact that the Code is enforced by the ombudsman (and not by the courts) should be seen as one its main strengths and as a positive reminder and reinforcement of Parliament's constitutional role of holding the government to account": così A. Tomkins, *The Constitution after Scott*, Oxford, 1998, a p. 119. Quindi, il *code* è un esempio di fonte non *binding*, perché priva di forza legale, ma parimenti idonea a conformare le condotte dei regolati, perché assume altrove la forza della sua effettività, precisamente dalla forma di governo parlamentare, cioè da quel particolare rapporto che lega il *gabinet* alla sua maggioranza in Parlamento; quindi, la radice dell'effettività è in ultima analisi nella responsabilità politica del Governo. In generale su queste tematiche, si veda il contributo di: R. Austin, *Freedom of information: the constitutional impact*, in J. Jowell - D. Oliver (eds.), *The changing constitution*, 4^a ed., Oxford, 2000, a p. 319 ss.

⁵ Così J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, 59, 1996, a p. 26.

un comportamento pubblico disomogeneo nei suoi atteggiamenti, perché commisurato all'esistenza e all'incidenza dell'interesse pubblico sugli obiettivi interni del regolatore privato. Vale a dire che, quanto più forte sarà il peso della missione sociale rimessa al regolatore, tanto più si farà sentire la presenza dello Stato, e viceversa.

Nei suoi termini essenziali, quindi, il fenomeno si risolve in due figure limite.

Quella di uno Stato assente, che preferisce siano i privati a prendere la parola, riservando a sé la sola possibilità di agire per supplire ad un difetto di autoregolazione. Il terreno elettivo di questa forma di *s.r.* coincide con gli ambiti di riservato dominio dell'autonomia negoziale. Dove è azzerata la tensione sociale lo Stato nulla dice in merito alla disciplina sostanziale della materia: ma il semplice fatto che possa eventualmente intervenire corregge l'iniziale sensazione di assenza in quella di potenziale presenza. Dunque, uno Stato disposto a comparire come attore di riserva, che si limita a minacciare "that if nothing is done state action will follow"⁶.

Oppure, si avrà la figura di uno Stato attivo, che, devoluti significativi compiti sociali al soggetto collettivo, non rinuncia a conformarlo nel suo modo di essere e di agire; perché, diversamente, non avrebbe alcuna garanzia del buon fine dell'azione normativa ad effetti diffusi demandata al privato.

La dottrina inglese non ha sacrificato nessuna delle due manifestazioni di *s.r.* prima ricordate, pur privilegiando la seconda per i profili irrisolti di legittimazione e di responsabilità del soggetto collettivo, che continuano a rappresentare dei punti di tensione nel sistema giuridico anglosassone.

2. LE RAGIONI DELL'AUTOREGOLAZIONE

La dottrina inglese ha diffusamente esaminato i vantaggi della *s.r.*, in termini sostanzialmente simili a quelli che riscontriamo nelle esperienze di altri sistemi.

In primo luogo si tratta di regole che, per l'estremo tecnicismo della materia da regolare, esigono conoscenze appropriate, informazione aggiornata ed esperienza compiuta; conseguentemente, la loro corretta ideazione, se non può in principio escludersi in capo allo Stato, comporterebbe però la disponibilità di questo ad investire nell'addestramento di uomini e nella dotazione di mezzi a ciò

⁶ In questi termini R. Baldwin – M. Cave, *Understanding regulation*, cit., a p. 126.

indispensabili. A tali costi lo Stato agevolmente si sottrae affidando invece i compiti di regolazione agli attori medesimi del settore interessato.

L'interesse pubblico guadagna altresì in termini di **efficienza**, data la celerità del procedimento regolativo dei privati, che, libero dall'osservanza di molte forme - a differenza di quello estremamente proceduralizzato del soggetto pubblico - può concludersi in tempi brevi. Anche i tempi dell'emendabilità delle regole saranno ristretti, il che va a vantaggio dell'attualità del dato normativo, sottratto alla minaccia della rapida obsolescenza, diversamente dalla regola pubblica, esposta invece al rischio di risultare superata dall'evoluzione del dato materiale.

Un ulteriore pregio comunemente riconosciuto alla *s.r.* risiede nel suo realismo, ossia nella sensibilità delle sue regole alle sollecitazioni provenienti dal basso; in questo caso l'impulso alla formazione dei precetti "non viene dalla autorità [...] ma dal determinarsi di circostanze per le quali le responsabilità dei soggetti operatori richiedono, onde essere individuate, una preventiva tavola di criteri o principi"⁷. Per produrre norme coerenti con la realtà, e non ad essa sovrapposte, è utile che l'ideatore coincida con la persona che avverte come propria la necessità di quella regola. È più probabile che condotte irragionevoli vengano imposte dal regolatore pubblico, mentre quello privato, sapendo di dover per primo osservare ciò che esige, eviterà di prescrivere condotte inutilmente sacrificatorie. Infatti, il decisore privato si baserà sul calcolo dei costi e benefici, e, al limite, emanerà la regola solo se i costi della sua "implementazione" saranno almeno pari ai vantaggi che i regolati acquisiranno dalla sua osservanza.

La prossimità del vincolo con i regolati rafforza nella regola l'attributo dell'**effettività**. Si badi bene, qui il pensiero inglese è distante dal nostro, perché legge l'effettività non come conseguenza della disponibilità dei regolati ad osservare i precetti, ma come elemento strutturale del procedimento di autonormazione, il quale nel suo snodarsi deve evidenziare, tra le varie ipotesi regolative, quella che si distingue per effettività agevole, cioè che presenta minori problemi di accettabilità rispetto alle altre, e quindi sceglierla.

La cultura inglese dunque⁸ ha costruito l'effettività nell'iter ideativo della decisione regolativa: le questioni di "enforceability enter directly into process of

⁷ G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, 2^a ed., Padova, 1990, a p. 209, legge nella necessità l'impulso primo del procedimento di formazione della volontà normativa. Secondo l'Autore si tratta di fonti che "si legittimano insomma su *necessità di disciplina*, e sono imposte dall'esperienza e dalle mutevoli e più sofisticate forme che prende nella sua rapida mutazione. L'origine di queste fonti tende perciò ad essere sempre meno politica, sempre meno legittimata attraverso le dinamiche dei pubblici poteri tradizionali. Assistiamo ad una sorta di rovesciamento di prospettiva o di inversione di marcia: le fonti ora dette non discendono dall'alto del potere statale, ma derivano dall'esperienza, si legittimano sulla scorta di un tipo nuovo di *necessità di normazione*" (corsivi dell'Autore).

⁸ In proposito R. Baldwin – M. Cave, *Understanding regulation*, cit., a p. 127, dove la conoscenza approfondita della materia e la raffinata esperienza è assunta a presupposto di una regolazione ragionevole, a sua volta, anticamera

policy formation”⁹, costituendo oggetto di valutazione da parte del decisore della regola. Ideata la regola *reasonable* rispetto ai fatti, ecco poste le premesse per una sua agevole effettività¹⁰. È probabile quindi che le regole formulate nel rispetto della logica intima dei fatti e applicate con flessibilità adeguata alle specificità dei casi “tend to increase the acceptance of regulation by those affected by it”¹¹ più di quanto farebbero le regole eterodettate che hanno invece relegato le questioni di implementazione alla fase esecutiva.

3. L'ESPERIENZA DI AUTOREGOLAZIONE NEI SUOI ESEMPI PIÙ SIGNIFICATIVI

Una lettura diacronica delle più significative esperienze di *s.r.* servirà ad evidenziare il passaggio da una fase in cui prevalse uno stile di deregolazione *tout court*, ad altra in cui, invece, si restituì un ruolo più attivo allo Stato, pronto a regolare le materie un tempo cedute, combinando insieme strumenti di eteronormazione con espressioni di autonormazione. La ragione dei corsi e ricorsi inglesi si spiega con l'intento dello Stato di non rinunciare a dirigere secondo i dettati della politica la collaborazione offerta dal privato nella produzione della regola¹².

Nella riflessione della dottrina inglese, la *s.r.* si articola tendenzialmente in tre modelli, ciascuno con caratteristiche proprie e coerente regime giuridico in ragione del settore di intervento, che si sono sostanzialmente succeduti nel tempo.

a) Il primo modello ricorre quando gli effetti dell'autoregolazione sono limitati alle parti contraenti l'accordo associativo, che costituisce il titolo giustificativo del potere di regolazione interna del soggetto collettivo, il quale nasce su iniziativa esclusivamente privata. Lo Stato quindi si disinteressa sia del momento

ad una regolazione effettiva “An aspect of expertise also relates to regulatory effectiveness. It can be argued that self – regulators have a special knowledge of what regulated parties will see as reasonable in terms of regulatory obligations”.

⁹ In proposito si veda W. Streeck - P.C. Schmitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck -P. C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, London, 1985, a p. 22. Sull'importanza di tale profilo si confronti anche il pensiero di R. Mayntz, *The conditions of effective public policy: a new challenge for policy analysis*, in *Policy and politics*, 11, 1983, pp. 123 ss.

¹⁰ E. Bardach- R. A. Kayan, *Going by the book. The problem of regulatory unreasonableness*, Philadelphia, 1982, a p. 219 “There are fewer reasons, however, to think that private regulation would be as effective as public regulation. To be sure, many of the conditions that facilitate reasonableness also facilitate effectiveness”.

¹¹ In questi termini Streeck W.- Schmitter P.C., *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck-P. C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, cit., a p. 22.

¹² In questi termini cfr. R. Mayntz, *The conditions of effective public policy: a new challenge for policy analysis.*, in *Policy and politics*, cit., a pp.123 ss.

genetico, sia di quello funzionale dell'autorità privata, che vede il suo spazio di azione limitato ai soli settori a basso rilievo sociale. Ne risulta confermata una corrispondenza biunivoca tra la libertà del soggetto associativo nella definizione dei fini e l'assenza di imperatività dei suoi atti regolativi.

Questo modello, frequente negli anni settanta-ottanta, è oggi eccessivo; persino il settore delle attività professionali - un tempo terreno naturale dell'autoregolazione - è interessato da un processo tendente a sostituire l'accordo volontario con l'atto imperativo¹³.

b) Nel secondo modello l'osservanza delle regole, per la naturale espansività della materia su cui queste intervengono, investe anche i terzi, cioè coloro con cui gli associati entrano in contatto: si pensi al settore della pubblicità dove due rapporti sono in gioco¹⁴. Il primo corre tra l'associazione di categoria, autrice delle regole, e i suoi aderenti, che a quelle regole dovranno sottostare; il secondo invece interessa l'autore del messaggio pubblicitario e il suo destinatario, che, in quanto estraneo all'accordo associativo, è terzo rispetto alle regole di autodisciplina, pur essendone l'effettivo beneficiario, e ciò perché se la pubblicità sarà *legal, honest, decent* - come il codice richiede - sarà proprio la domanda di trasparenza dell'informazione commerciale ad essere accolta.

Lo Stato ha assunto verso tale forma di autoregolazione un atteggiamento di prudente apprezzamento: non l'ha recepita come fonte del diritto, ma neppure ignorata.

Infatti, le regole in tema di pubblicità non sono assistite dall'attributo dell'imperatività, in quanto vincolano solo gli aderenti all'associazione, né da quello della giuridicità, in quanto non concorrono ad integrare l'ordinamento giuridico, e quindi la loro violazione non dà luogo automaticamente ad un diritto azionabile davanti al giudice; in sintesi, esse non condividono il regime giuridico delle fonti. Quindi, il cittadino che lamenti un danno per la violazione di una norma del codice potrà comunque rivolgere - in aggiunta al reclamo presentato agli organismi di

¹³ Cfr. R. Baggot, *Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation*, in *Publ. adm.*, 67, 1989, a pp. 438-440.

¹⁴ E' questo il caso della pubblicità diffusa mediante mezzi diversi da quello audiovisivo, la cui disciplina è rinvenibile nel "British code of advertising" (per l'ultima edizione del codice, ripetutamente rinnovato, si consulti il sito: <http://www.asa.org.uk/guide/>), elaborato dall'organismo di categoria, il "Committee of advertising practice", mentre la sua eseguibilità è affidata alla "Advertising standards authority", che gode dello status della "limited company", indipendente e dal governo e dalla categoria professionale in questione. Quindi, anche in un settore dove lo Stato non è entrato, si è operata la separazione soggettiva tra il regolatore/regolato e chi è preposto a vigilare sull'osservanza del codice, in ragione del fatto che l'organismo di categoria è più propenso a coprire le condotte dei trasgressori aderenti alla categoria piuttosto che a perseguirli.

autoregolazione, i quali peraltro non dispongono di poteri sanzionatori¹⁵ - al giudice la sua pretesa risarcitoria o ripristinatoria. E spetterà a quest'ultimo stabilire se la regola deontologica abbia concorso a perfezionare gli estremi di una fattispecie di illecito, contemplata a livello di ordinamento giuridico generale, ad esempio integrandone l'elemento soggettivo (nei termini di imperizia o incompetenza di chi non ha osservato le regole deontologiche). In caso affermativo, è bene chiarire che la sentenza sarà emessa per violazione non del codice, ma di una norma di diritto, ancorché completata dal primo. In caso contrario, il giudice potrà ritenere, nella sua discrezionalità, che l'inosservanza non sia affatto sintomatica della colpa e dunque potrà negare la domanda risarcitoria, a meno che essa non si radichi nella violazione di altra norma di diritto, questa però già perfetta nei suoi elementi costitutivi. In sintesi, il codice non è in grado di innovare *ex se* l'ordine giuridico preesistente, perché si colloca in un'area esterna all'ordinamento, alla quale quest'ultimo, se lo vorrà, potrà attingere.

Ad una bassa giuridicità – ma comunque più elevata di quella del primo caso, perché qui le regole autodettate vengono assunte come fonti di ispirazione della decisione giurisprudenziale - corrisponde una minima incidenza dell'intervento statale, che, pur non conformando né la struttura degli organismi di categoria, né gli esiti dell'attività regolativa, si preoccupa quantomeno di monitorare il funzionamento del sistema di autoregolazione nel suo complesso, tenuto conto della sua efficacia riflessa verso i terzi¹⁶.

c) Nel terzo modello gli aspetti individuali sono inscindibili dal profilo collettivo, e dunque le due forme di *s.r.* prima indicate non si mostrano efficacemente utilizzabili.

Un significativo esempio si trova nel mercato finanziario, che merita per il suo rilievo un'attenzione specifica e puntuale. L'esperienza inglese aveva maturato un iniziale atteggiamento di piena fiducia nell'autoregolazione delle piazze finanziarie, che in seguito ha rivisto integralmente, recuperando al soggetto pubblico

¹⁵ L'ASA dispone di soli poteri di *moral suasion*, in quanto potrà limitarsi ad ingiungere di non diffondere il medesimo messaggio o di modificarlo. Ma non potrà fare nulla in caso di inottemperanza al suo invito. Non va però sottovalutata l'"adverse publicity" consistente nella pubblicazione disposta dall'Asa nel suo bollettino mensile della notizia che il codice è stato violato, così come esercita una forte forza dissuasiva il fatto che le più rilevanti organizzazioni di media si rifiuteranno, in accoglimento dell'invito dell'ASA, di offrire spazi al trasgressore. In proposito cfr.: F. Darren, *Self-regulation of comparative advertising in the united Kingdom*, in *E.L.R.*, 1997, vol. 8, p. 250 ss.

¹⁶ In questa ottica vanno letti gli interventi eteronomi, se pur minimi, quali: l'invito a creare un nuovo soggetto distinto dal corpo professionale di autoregolazione (CAP), cioè l'ASA, con compiti di monitoraggio sull'osservanza del codice emanato dal CAP, e l'apertura degli organi decisionali dell'ASA ai terzi. La suddetta partecipazione oggi è addirittura divenuta numericamente prevalente rispetto ai membri interni. In proposito: R. Baggot-L. Harrison, *The politics of self-regulation: the case of advertising control*, in *Policy and politics*, 1986, 14, 2, pp. 143 ss.

i poteri di regolazione e di *enforcement* prima devoluti alle società di gestione dei mercati, e definendo un quadro complessivo di disciplina in cui il soggetto pubblico si avvale di pochi e controllati elementi di autonormazione.

Riassumiamo quanto è accaduto ¹⁷. Il modello anglosassone a partire dal F.S.A. del 1986 ¹⁸ ha operato una progressiva riduzione delle competenze regolative degli organismi privati di gestione delle piazze finanziarie (S.R.O.), innanzitutto prescrivendo che i loro *rulebooks* dovessero essere omologati dal soggetto pubblico (S.I.B.) prima di entrare in vigore.

Nel 1989 ¹⁹ la novella al F.S.A. contribuì ulteriormente a delineare un quadro articolato delle fonti in materia, in cui elementi di eteronormazione si combinavano con momenti di autonormazione per distribuirsi poi su tre livelli.

Ai primi due, si collocavano i *principles* e le *core rules* dettati dal S.I.B., ad efficacia generalizzata, cioè applicabili anche a coloro che non erano membri del S.I.B., ma di una S.R.O; al terzo livello si collocavano le regole dettate dalle varie S.R.O., ad efficacia limitata ai soli aderenti, in linea con la loro natura di atti negoziali, e operanti in funzione integrativa o suppletiva delle regole pubbliche.

Nonostante la modifica del 1989, però, il sistema non riuscì più ad assicurare la difesa del risparmio, perché, regole a parte, chi avrebbe dovuto vigilare sulla osservanza delle stesse non lo fece, in quanto il controllo sulla conformità delle condotte degli operatori alle regole era affidata alle SRO, che preferirono coprire le condotte illecite degli intermediari-associati, piuttosto che punirli.

Ciò accadde perché le S.R.O erano in una posizione di genetico conflitto di interessi nei confronti di chi avrebbero dovuto controllare: in quanto rappresentanti della categoria professionale degli intermediari in ogni situazione di attrito erano

¹⁷ Si rinvia all'approfondito studio elaborato da un Comitato di studio di nomina governativa, che precedette questa inversione di rotta e, per così dire, orientò il nuovo corso della disciplina finanziaria: Joint Committee, *First and second report*, in <http://www.FSA.gov.uk/development/legal/f...ommittee/first>.

¹⁸ Nella direzione di ammettere l'autoregolazione a condizione che operi "within a statutory framework" si muoveva anche il rapporto annuale del Securities and investments board, *Annual Report 1995/96*, Londra, 1996, cit., a pp. 8 ss., l'Autorità tendeva a recuperare alla propria competenza regolativa settori un tempo trasferiti alle S. R. O., il che se, da un lato dà corpo alla "cornice" delle regole pubbliche - attraverso la fissazione di *standards*, riguardanti "resources, handling of complaints, monitoring and enforcement, and the need for investment exchanges to manage any conflicts between their regulatory and commercial responsibilities" - dall'altro riduce lo spazio rimesso all'autoregolazione delle S. R. O. In dottrina, cfr.: A. H. Meltzer, *Regulatory arrangements, financial stability and regulatory reform*, in K. Sawamoto-Z. Nakajima-H. Taguchi (eds.), *Financial stability in a changing environment*, Londra, 1995, a p. 17: "The new proposals do not eliminate supervision and regulatory oversight; they supplement and, to a degree substitute, market forces for more traditional methods of regulation"; P. Grindley, *Regulation and standards policy: setting standards by committees and markets*, in M. Bishop-J. Kay-C. Mayer (eds.), *The regulatory challenge*, cit., a p. 210; P. Grindley-S. Toker, *Regulators, markets and standards co-ordination: policy lessons from Telepoint, Working paper*, n. 112, 1992, Centre for Business strategy, London Business School.

¹⁹ Sul *Companies act 1989* cfr: Morse [et alii], *The companies act 1989. Text and commentary*, London, 1990; C. Swinson, *A guide to the companies act 1989*, London, 1990.

dalla parte di questi ultimi, e non dei risparmiatori. E quindi, quando si trattò di attivare i poteri disciplinari, si astennero dal farlo,

I fatti avevano dimostrato, dunque, che perfino in Inghilterra, dove la deontologia professionale contava più dei precetti del diritto, la difesa del buon nome della categoria non era più avvertita come imperativo morale. Le varie S.R.O., assistite dalla speranza che l'intesa fraudolenta tra controllore e controllato non fosse scoperta, avevano barattato l'onore e la reputazione con comportamenti di omertà e pratiche corporative, avevano preferito coprire con l'impunità chi invece andava punito, pur sapendo che, così facendo, avrebbero perso la credibilità sul mercato.

Quanto accaduto dimostrò che non si poteva più contare sull'effettività del potere di controllo in caso di coincidenza soggettiva tra controllore e controllato.

Quindi, il rimedio, pur escogitato dallo Stato, della preventiva conformazione del soggetto privato in modo da rappresentare adeguatamente tutti gli interessi in gioco, di fatto era fallito, perché le S.R.O. erano comunque nelle mani dell'industria finanziaria, a danno dei risparmiatori.

Si aggiunga inoltre che era fallito anche il controllo *ex post*, che lo Stato aveva riservato al S.I.B sui *rulebooks* delle S.R.O, perché in sede di omologazione il S.I.B si era limitato a svolgere accertamenti puramente formali, rinunciando così a valutare se le regole autodettate offrissero effettivamente ai risparmiatori una tutela adeguata, come invece richiesto dalla legge .

Infine, l'eccessiva conflittualità tra le varie S.R.O. aveva rallentato i tempi di *rule-making* del S.I.B., e, come in ogni sistema dove la partecipazione è di tipo avversariale, il S.I.B. rimase vittima della sindrome "della cattura del regolatore", cioè non riuscì a formulare regole equilibrate, perché non tutte le S.R.O. erano influenti nella stessa misura.

Evidenziati i limiti ²⁰ del sistema della *s.r.* nel settore dei mercati finanziari, è ora chiaro il perché dell'inversione di tendenza del legislatore del 2000, che ha riconsegnato per intero il potere di regolazione e di controllo al soggetto pubblico (ora *F.S.A.*), non senza averlo prima rafforzato nell'apparato sanzionatorio, presumibilmente attivabile in caso di bisogno, data la lontananza della *F.S.A.*, a differenza delle S.R.O., dall'industria finanziaria.

Dall'esperienza inglese si possono trarre due insegnamenti. Anzitutto, il legislatore dovrebbe prestare massima attenzione al momento genetico del soggetto, che si propone come esponenziale degli interessi di un ambito sociale, perché esso è tale se è effettivamente composto in modo da assicurare l'equilibrata rappresentanza di tutti gli interessi in campo.

²⁰ Illustra efficacemente tali limiti J.Black, *Rules and regulations*, Oxford, 1997, a pp. 71-80.

Ma la lezione inglese ha altresì dimostrato che, pur adottando l'accorgimento prima indicato, la *s.r.* è un metodo valido di regolazione nel caso in cui sia uno il bene in gioco: in tale condizione è preferibile che a dettare le regole sia proprio il titolare di quell'unico valore. A opposte conclusioni si perverrà invece nel caso in cui il confronto investa più interessi – ad esempio, per rimanere nel settore dei mercati finanziari, quello dell'industria finanziaria di disporre della liquidità del risparmiatore e quello del risparmiatore alla massima remunerazione e redditività del capitale rischio investito – segnatamente, uno privato, l'altro di dimensione sovraindividuale. In un contesto a interessi plurimi, affidarsi ad un organismo, che rappresenti le istanze di una sola delle parti, assicurerà una regolazione unilateralmente orientata. Dunque, non si avrà certezza alcuna sul fatto che l'interesse pubblico sia soddisfatto: lo sarà solo se occasionalmente coincidente con quello privato ²¹.

Per questo nell'atto introduttivo, esplicativo delle ragioni della controriforma finanziaria, del F.S.M.A. del 2000 ²², si legge che l'aver richiamato all'Autorità i poteri di regolazione e di ordine, un tempo devoluti alle S.R.O., è dovuto ad una situazione di ineliminabile attrito tra la posizione del risparmiatore e quella dell'industria finanziaria. In tale situazione si richiede all'Autorità di agire *adversarily*, nel senso che, qualora l'Autorità avesse un dubbio su quale delle due cause sposare, dovrà necessariamente porsi a fianco del risparmiatore: *the place of the regulator is on the side of the investor* ²³.

L'esempio dei mercati finanziari ha dimostrato che quando sono in gioco valori oggettivi, quali la reputazione dei singoli mercati, la fiducia nell'economia di libero scambio e la sicurezza del risparmio, nel Regno Unito lo Stato non si è più affidato all'autoregolazione di provenienza unilaterale, ma ha preferito operare lungo tre direttive: ha recuperato alla mano pubblica quanto non poteva non riassumere, cioè la regolazione quadro sul funzionamento delle singole piazze e l'attività di *enforcemnt* sugli associati delle S.R.O.; ha lasciato a queste la sola attività di gestione delle piazze, non senza monitorarle nel loro operare esecutivo; ma ha anche

²¹ A.C. Page – R.B. Ferguson, *Investor protection*, London, 2001, a pp. 83-84, dove gli autori ricordano appunto che “as the Financial Services Act White Paper acknowledged, it is a risk of regulation by practitioner –based organisations that they may degenerate into ‘cosy clubs or cartels’”.

²² Il *Financial services and markets act 2000* è reperibile al seguente indirizzo: <http://www.FSA.gov.uk/development/legal/fsma7data/fsma/act/>. Per un commento organico all'atto del 2000 si consultino: A. Alcock, *The financial services and markets act 2000*, Bristol, 2000 e M. Blair [et alii], *Blackstone's guide to the financial services & markets act 2000*, London, 2001.

²³ S. Gleeson, *Financial services regulation: the new regime*, Sweet e Maxwell, 1999, a p. 20; un quadro d'insieme sul nuovo corso dei mercati finanziari è stato tratteggiato durante i lavori di un forum, tenutosi a Londra, presso l'*Institute of advanced legal studies, University of London*, nel corso dell'anno 2001/2002, in cui sono stati discussi i principali profili dell'atto in esame, dai rimedi per stimolare un alto livello di *compliance* degli operatori, sezione del 18 luglio 2001, alle nuove ipotesi di illecito, quali: il *market abuse* e i *conflicts of interest*, sezione 11 febbraio 2002 (*papers*).

in via preliminare conformato la struttura delle S.R.O. in modo da assicurare la rappresentatività plurale della loro struttura associativa. In conclusione, può dirsi che nel settore forse più significativo - i mercati finanziari - il legislatore inglese ha drasticamente innovato il modello di *s.r.*, puntando ad una combinazione che vede la netta prevalenza di strumenti regolativi pubblici.

4. QUAL È LA RICOSTRUZIONE GIURIDICA ADEGUATA ALL'AUTOREGOLAZIONE ?

Dalle esperienze di *s.r.* prima riferite, la dottrina inglese trae spunto per delineare diverse ipotesi di ricostruzione sistematica del fenomeno.

4.1. Ipotesi della cessione. Il ricorso alla *s.r.* è stato da taluni ²⁴ ascritto alla figura della cessione definitiva di un potere, segnatamente quello normativo, che il titolare originario, lo Stato, trasferiva al privato. Un'operazione devolutiva che confinava il cedente, a cessione esaurita, in una posizione meramente passiva: lo Stato si metteva da parte e stava a guardare cosa avrebbero fatto i privati, riservandosi la possibilità di intervenire solo in caso di pericolo per l'unità dell'ordine giuridico.

Privare lo Stato di ogni ruolo, eccetto quello dell'attore politico di riserva - essendogli negato e quello di regolatore per grandi linee del disegno deregolativo e quello di garante del corretto funzionamento del sistema - comportava che l'autonormazione assumesse una precisa fisionomia: segnatamente, essa finiva per disporre di un'incondizionata libertà strutturale e funzionale per l'assenza di prescrizioni sia di forma, cioè attinenti al modo di operare del futuro legislatore, sia di sostanza, cioè relative agli interessi privilegiati dalla decisione regolativa, sia infine di struttura, perché nulla era disposto in ordine al criterio di composizione e di funzionamento degli organi deliberanti del soggetto privato.

In realtà, rispetto alla *s.r.* ad effetti meramente interni, il concetto di cessione si può ritenere sovrabbondante. Alla dismissione del potere da parte dello Stato segue una fisiologica riespansione dell'autonomia privata, fino a quel momento compressa: il privato riprende a svolgere l'attività temporaneamente inibitagli, cioè regolare i propri interessi, e un atto formalmente traslativo appare superfluo. Il privato si avvale di una facoltà già sua, e lo Stato non trasferisce alcunché, non disponendo dell'autonomia negoziale, già acquisita alla sfera giuridica del singolo.

²⁴ Si veda in proposito il lavoro di R. Baggot, *Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation*, cit., a p. XXX.

Invece, la stessa costruzione risulta insufficiente nel caso di autoregolazione ad effetti sociali diffusi, perché quando sono in gioco valori che coinvolgono ambiti sociali indefiniti, a numero aperto, una cessione di potestà regolativa, incondizionata in oggetto e finalità, significherebbe consegnare al privato la dignità di soggetto pubblico, cioè renderlo perfettamente fungibile con il decisore politico.

Questo scambio di ruoli, il privato che diviene pubblico, e lo Stato che rinuncia alla possibilità di direzione politica, non piace alla più attenta dottrina inglese, che, infatti, proprio in riferimento alla *s.r.* ad effetti sociali diffusi, perviene a una costruzione molto più raffinata della cessione, in parte accostabile alla delega di funzioni, che trova però la sua più corretta collocazione, come vedremo in seguito, nel modello tedesco dell'ordinamento come sistema autopoietico.

4.2. *Ipotesi della delega.* Per altra parte della dottrina²⁵ l'apertura del decisore politico all'autonormazione integra gli estremi della *delegation* di funzioni dallo Stato al privato la quale – diversamente dall'ipotesi di cessione prima considerata – consente al privato di fare quel che non rientra nella sua sfera giuridica a titolo originario. Tale ricostruzione si mostra più efficace nel caso di *s.r.* con spiccata vocazione a trattare temi di rilevanza sociale, perché il singolo o la sua espressione collettiva non si limita a regolare fatti interni al gruppo degli aderenti, ma conforma situazioni di spessore plurale, per gestire le quali non basta più il ricorso all'autonomia negoziale. La chiarita dimensione diffusa dei valori in campo comporta che lo Stato conservi la titolarità del potere delegato, senza perdere la legittimazione al suo esercizio neanche *medio tempore*. Si tratta di una titolarità soltanto congelata: il legislatore infatti, se la creatività dei regolatori privati è pronta nell'assumere l'iniziativa, abile nell'ideare regole *responsive* ai fini del progetto deregolativo statale, non porrà il diritto in prima persona, ma lascerà che siano i privati a parlare per primi. Solo nel caso in cui l'azione privata non dovesse andare a buon fine, lo Stato si riapproprierà dell'effettività della funzione.

La costruzione ricordata ha come prima e fondamentale conseguenza la conservazione dell'attributo pubblico all'attività delegata, che, se in origine è pubblica, continuerà ad esserlo anche quando ad esercitarla sarà il privato, cioè non perderà la sua vocazione a servire interessi obiettivi, propri dell'intera collettività.

²⁵ Voce autorevole in merito è quella di P. Birkinshaw – I. Harden – N. Lewis, *Government by moonlight: the hybrid parts of the State*, London, 1990. La tesi che vede nei gruppi privati la leva in mano pubblica per la “formation and /or execution of public policy” è stata poi ripresa e sviluppata da C. Graham, *Self-regulation*, in G. Richardson - H. Genn (ed.), *Administrative law and government action*, Oxford, 1994, p. 190, che in termini espliciti definisce la “self-regulation as the delegation of public policy tasks to private actors in an institutionalized form”.

La seconda conseguenza attiene al ruolo assegnato al privato, che entra nel gioco regolativo, non come portatore di un suo bagaglio di valori da riversare in regole di condotta *ad hoc*, bensì come mero esecutore di precisi obiettivi di *public policies*, consegnati nelle linee guida eterodettate in funzione di orientamento all'autoregolazione.

Lo Stato grazie a questa costruzione rafforza il suo ruolo di regolatore, beninteso non del precetto puntuale, ma del sistema nella sua interezza: diventa l'architetto di un ordinamento che, pur nella sua compattezza esterna, all'interno si distribuisce su più piani, i primi occupati da decisioni regolative eterodettate, gli altri, quelli sottostanti, da decisioni dei privati, i quali sono disposti ad operare come parti di un tutto, da essi né avviato, né impostato.

Questa costruzione ha due aspetti critici.

a) Se di formale delega si trattasse, nei termini consueti nella nostra riflessione dottrinarica, la questione del valore giuridico degli atti di autoregolazione sarebbe risolta. Basterebbe infatti applicare i principi che governano la delega, secondo i quali l'atto delegato è attratto alla disciplina di quello del delegante. Con il trasferimento dell'esercizio del potere normativo, l'autonormazione dovrebbe produrre gli effetti *erga omnes* propri dell'eteronormazione.

Ma è impossibile risolvere così agevolmente il problema. La dottrina inglese assume infatti in premessa una insopprimibile diversità tra il regolatore pubblico e quello privato: il primo, forte del mandato politico, decide per tutti, cioè anche per chi non lo ha eletto; il privato, invece, sorretto dal semplice mandato privatistico, potrà impegnare solo chi quel mandato gli ha conferito, e quindi i terzi non possono subire atti di disposizione della propria sfera giuridica ad opera di chi non è autorizzato a farlo per loro conto. Solo il soggetto pubblico, in ragione della sua posizione di preminenza rispetto alla comunità, è dalla stessa legittimato a dettare regole imperative verso tutti gli associati.

Il mandato negoziale non è dunque il titolo in grado di comunicare all'atto di autoregolazione la forza propria della legge.

E non lo è neppure la richiamata delega di funzione pubblica, perché qui si pretenderebbe di devolvere al privato la potestà normativa, che se interviene a livello primario, in quanto espressione dell'indirizzo politico, non ammette deleghe di esercizio al di fuori di quella inizialmente accordata all'eletto, il quale non potrebbe, a sua volta, legittimamente scegliere un suo rappresentante. Diversamente, il sistema si accontenterebbe di una rappresentanza di secondo grado, e con ciò verrebbe ad allentarsi, a indebolirsi fino a svanire il contatto diretto con il titolare originario della sovranità.

Da quanto detto discende che, anche quando il soggetto collettivo è eterodiretto, non potrà pretendere di disciplinare condotte riferibili a soggetti diversi dagli aderenti, pur se questi condividono con la base associativa stato professionale o interessi sociali. Il problema sorge per quei terzi con cui il gruppo viene in contatto necessariamente, benché in via indiretta, cioè per coloro che data la particolare struttura della relazione intersoggettiva dovranno inevitabilmente subire gli effetti di una regola decisa senza di loro.

Quali effetti verso questi terzi?

La costruzione della *delegation* non dà una risposta esaustiva alla suindicata questione, che dunque rimane da definire.

b) Il secondo aspetto critico della costruzione in termini di *delegation* dell'autoregolazione riguarda la perdita delle caratteristiche peculiari della stessa: il privato, ridotto a *longa manus* del principe, non è più una fonte autonoma di idee, perché al più si limita a implementare le idee altrui. Non c'è dubbio che lo Stato ci guadagni in efficienza - grazie ad un processo regolativo più celere nel compiersi e nel modificarsi rispetto ai procedimenti eteronomi - e anche in effettività, perché l'apparente identità tra decisore e regolati induce questi a prestare osservanza alle regole. Ma dov'è finito l'apporto costruttivo del privato, se il suo compito è servire la causa pubblica?

La convinzione, pur diffusa nell'ambiente inglese, dell'autoregolazione come *instrumentum principis* rivela il suo lato debole nell'aver ridotto il privato ad una espressione di amministrazione indiretta.

5. LA TERZA VIA: IL MODELLO AUTOPOIETICO.

Le insufficienze segnalate nel modello della cessione e in quello della *delegation* spiegano perché nella dottrina inglese stia prevalendo un'ipotesi diversa, la quale, pur mutuando dalla stessa *delegation* l'idea di fondo di un privato disponibile alla realizzazione del progetto politico statale, tenda a una risposta complessivamente più efficace.

Il suo pregio è nella convinzione che l'autoregolazione non può essere studiata come un fatto a sé stante, separato dal resto dell'ordinamento, salvo poi individuare i rimedi per ricondurlo all'interno dell'ordinamento medesimo. La *s.r.* diventa invece l'occasione per ripensare e, se del caso, riformulare l'idea di ordinamento giuridico, come luogo in cui l'apertura verso la sussidiarietà orizzontale ben si coniuga con la mai dismessa pretesa dello Stato di essere presente, pur se in un ruolo inedito: non di regolatore diretto - non essendo più lo Stato a

dettare le regole, bensì i “governi privati di interesse” - ma di disegnatore di sistema, ideatore di principi di normazione sostanziale, ed infine di controllore di ultima istanza della legalità.

Questo orientamento si traduce nel concetto di *reflexive law*²⁶ o *autopoietic system*. È ben vero che qualunque ordinamento giuridico contiene in se stesso le regole sulla produzione normativa, ed è in questo senso un sistema chiuso, caratterizzato da circolarità, autosufficienza, autoreferenzialità. Si presenta - in sintesi - come sistema ricorsivo²⁷.

Ma non si può ritenere che un ordinamento giuridico sia totalmente isolato rispetto alla realtà che pur sempre intende governare. Dunque, la questione di fondo è individuare il punto di corretta combinazione tra l'autoreferenzialità del sistema giuridico e la sua permeabilità ai fattori esterni che possono orientarne o determinarne gli indirizzi e le scelte. L'idea dell'autopoiesi - che ricorre ancor più nella cultura giuridica tedesca - identifica un sistema che, pur completo negli elementi strutturali che lo compongono, consente di essere definito nei suoi contenuti regolativi dalla continua interazione con la realtà esterna che ne costituisce oggetto.

Alla critica - da alcuni avanzata - che l'autopoiesi si risolverebbe in un sistema cognitivamente chiuso, si risponde che la circolarità dell'autoproduzione delle regole - che rimane vera anche per un sistema autopoietico - non si identifica con una “supposta indipendenza causale dell'ordinamento”²⁸. Invero, la circolarità non impedisce un sistema organizzativamente chiuso, ma cognitivamente aperto alle situazioni esterne al diritto, disponibile a cogliere i bisogni nel luogo dove nascono,

²⁶ Intendendosi come tale l'ordinamento disponibile a dialogare con ciò che è altro da sé; quindi, in estrema sintesi la riflessività è superamento della statualità in via esclusiva del diritto, il che significa “che il diritto non è più sottratto alla competizione” (l'espressione è di M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, a p. 134), dovendosi confrontare con prodotti regolativi di provenienza sociale, decentrati e diffusi tra gli attori del conflitto in carne ed ossa.

²⁷ I primi studi sul sistema autopoietico furono condotti nell'ambito delle scienze naturali e risalgono a due biologi cileni: H. R. Maturana - F. J. Varela, *De máquinas y seres vivos*, Santiago, 1973; Id., *Autopoiesi e cognizione*, Venezia, 1985, che formularono la teoria dell'autopoiesi in risposta alle domande “che cosa è un sistema vivente?” e “quale è la condizione necessaria e sufficiente perché un sistema esista?”. È stata, invece, la letteratura tedesca, interessata al concetto di autoreferenzialità della teoria autopoietica, ad impiegare tale teoria, con i dovuti adattamenti, al campo delle scienze giuridiche, per coniugare l'autosufficienza dell'ordinamento con la sua apertura cognitiva. Senza avere alcuna pretesa di completezza, si vogliono ricordare solo le voci più autorevoli in proposito: G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, 17, 1983, a p. 239; G. Teubner - A. Febbrajo (eds.), *State, law, and economy as autopoietic systems*, Milano, 1992; G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, De Gruyter, 1986; Id., *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996 (trad. it. a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi) ed altri Autori che saranno citati successivamente.

²⁸ G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, cit., ; anche gli oppositori del concetto di autopoiesi hanno dovuto ammettere che “l'autopoiesi non ha nulla a che vedere con una determinazione esclusivamente dall'interno, contrapposta ad una altrettanto esclusiva ‘determinazione dall'esterno’ o ‘spiegazione esterna’”: W. Bühl, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1987, 39, a p. 228. Concorda D. Zolo, *Autopoiesi. Un paradigma conservatore*, in *Micromega*, 1986, 1, a pp. 139-140.

cedevole alle influenze sociali, “poroso” rispetto ai fatti. L’attenzione del sistema ai fattori extra-giuridici diventa modo di essere della struttura, la quale rinuncia al concetto della esclusiva statualità nella produzione del diritto a favore di modi alternativi di regolazione, non immediatamente riconducibili alla volontà sovrana, ma espressione diretta di segmenti strutturati della società civile, portatori di propri interessi e valori, che escono dall’anonimato e reclamano dignità giuridica. Un siffatto ordinamento si definisce appunto *reflexive*.

Questa permeabilità dell’ordinamento giuridico, intesa come sensibilità alle voci sociali, pone però il problema di individuare una misura di equilibrio tra l’apertura e il contenimento: accordare attenzione all’autonomia delle coscienze collettive non significa che lo Stato rinunci a orientarle verso i valori fondamentali del sistema, in quanto le articolazioni minori esistono se e nella misura in cui l’ordinamento superiore le preveda.

La lettura autopoietica trova nell’ordinamento stesso la risposta alla domanda di equilibrio: lo Stato non detterà i precetti minuti dell’agire quotidiano, lascerà che lo facciano le autorità private di interessi, in quanto su di esse sa di poter contare. Ma per potersi fidare lo Stato deve preventivamente valutare le articolazioni spontanee. Dunque, non ogni gruppo di pressione avrà la dignità di micro-sistema di governo collettivo²⁹, ma solo chi possiede i requisiti funzionali e strutturali posti dallo Stato a garanzia dell’idoneità del soggetto a svolgere il compito affidatogli: promuovere il lato migliore di ogni individuo, educarlo ai valori solidaristici³⁰.

La lettura autopoietica, pur valorizzando la porosità del sistema, intesa come disponibilità a lasciarsi completare dalle regole sociali formulate dai governi privati collettivi, controbilancia questo attributo con il diritto dello Stato di prevalere sugli ordinamenti minori che in esso convivono. Dunque, il sistema giuridico si apre, quando riconosce le autorità private, ma, al tempo stesso, si chiude, quando imposta la loro struttura, orienta l’esercizio della funzione regolativa e ne controlla i risultati e, se del caso, li corregge.

²⁹ L’espressione si deve a W. Streeck-P.C. Schmitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck-P.C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, London, 1985, a p. 16, secondo gli Autori “the public use of private interest government takes the form of the ‘establishment’, under state licence and assistance, of ‘private interest governments’ [...] which are made subservient to general interests by appropriately designed institutions”.

³⁰ Ancora gli autori sopra citati valorizzano il ruolo di queste associazioni quali “promoters of public interest”, basandosi sull’ “assumptions about the behaviour of *organizations* as transforming agents of individual interests” a p. 16 (corsivi degli Autori). Condivide questa posizione J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, cit., a p. 28, in cui l’Autrice chiarisce che la posizione della dottrina neocorporativa tedesca e poi inglese – risalente a Streeck e Schmitter, ma non solo; vanno altresì ricordati i contributi di Lehbruch, Cawson, Crouch ed infine Dore - comporta l’impiego delle *self regulatory associations* “to contribute to the achievement of public policy objectives [...] Their role is not simply to be consulted on issues but to implement public policy: essentially, it means sharing in the State’s authority to make and enforce binding decisions”.

Diversamente, si avrà una riedizione aggiornata del corporativismo, corrosivo dei valori sociali, operante in direzione egoistica e non solidaristica. Il neo-corporativismo nella rilettura autopoietica non intende invece strappare i micro-sistemi di governo collettivi dal quadro normativo di riferimento, perché vuole evitare che essi agiscano come monadi, l'una pronta a negare i presupposti valoriali dell'altra, disposte a sfruttare rendite di posizione, a schierarsi in difesa dei concorrenti e non della concorrenza, a usare le licenze per negare l'accesso di *new entries* al mercato, ad assolvere gli aderenti, che hanno violato i codici deontologici con comportamenti scorretti. Questo neo-corporativismo³¹ crede nella forza educatrice dell'etica professionale, capace di stimolare i soggetti collettivi alla migliore regolazione (*better regulation*) - momento ideativo delle regole - e ad un *enforcement* tempestivo e imparziale - momento di controllo del regolatore privato sull'osservanza delle regole da parte degli associati³².

5.1. *I compiti dello Stato nella dimensione del diritto "poroso"*. La dottrina inglese ha ricostruito la *s.r.* in una dimensione autopoietica anche partendo dall'analisi del ruolo - spesso penetrante e incisivo - che lo Stato riserva a sé quando implementa la sua scelta politica avvalendosi di governi privati collettivi.

In primo luogo, lo Stato detta prescrizioni relative al processo costitutivo dei soggetti in esame, la cui nascita da fatto spontaneo si converte in evento disciplinato; la loro esistenza non è più una questione privata, e il compito loro assegnato assume un rilievo sociale³³.

L'azione conformativa pubblica non si esaurisce però nella mera previsione dell'esistenza dei governi privati di interesse, compendosi anche nel disegnare i processi decisionali interni di detti soggetti. Il diritto inglese conosce infatti prescrizioni imperative, che, in deroga a un generale principio di autonomia organizzativa, impongono ad esempio all'autorità privata di osservare nelle sue decisioni un principio maggioritario. Da ciò, ovviamente, la libertà statutaria è limitata, potendo scegliere solo tra le modalità consentite dal principio imposto, come ad esempio opzioni più democratiche, quali *quorum* deliberativi a maggioranza qualificata per aggregare il consenso anche delle minoranze associative.

³¹ In proposito le chiare riflessioni di G. Teubner, *The "state" of private networks: the emerging legal regime of polycorporatism.*, in *Brigham young univ. law rev.*, 1993, p. 553 ss.

³² Sul tema si vedano i contributi di: R. Baldwin, *Why rules don't work*, in *Mod. law rev.*, 53, 1990, p. 321 ss.; K. Hawkins, *Enforcing regulation*, in *Brit. jour. crim.*, 31, n. 4, 1991, p. 427 ss.; K. Hawkins - B. Hutter, *The response of business to social regulation in England and Wales: an enforcement perspective*, in *Law pol.*, 15, 1993, p. 199.

³³ In proposito è significativa l'esperienza maturata nel settore delle telecomunicazioni, in tema si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo di: R. Baldwin - C. Scott - C. Hood (eds), *Reader on regulation*, Oxford, 1998.

Se lo Stato intende promuovere le autorità private a dignità di soggetti effettivamente esponenti degli interessi di settore, detta altresì prescrizioni inerenti al loro **profilo organizzativo interno**. Lo Stato può dunque assicurare la supposta rappresentatività del regolatore privato, eventualmente esigendo l'elettività dei suoi organi deliberativi e gestori. Il soggetto collettivo, a seguito dell'intervento conformativo pubblico, non può più contare su un'autonomia organizzativa illimitata, tale da consentire la composizione di organi decisionali (*boards*) unidirezionalmente rappresentativi, perché attinenti a un elettorato attivo limitato ai soli interessi *well founded and well structured*. Lo Stato deve, in nome della socialità della missione privata, consigliare, e, se del caso, imporre scelte di *corporate governance* orientate alla regola dell'equilibrata compresenza della complessità degli interessi sociali in gioco³⁴.

È peraltro opportuno che gli organi decisionali riservino spazi anche agli attori sociali estranei alla compagine associativa, il cui titolo di partecipazione non è nell'atto negoziale, ma direttamente nella legge, che intende avvalersi dei "laici" per contaminare le politiche private con elementi di ispirazione sovraindividuale. In tale prospettiva, si assegna al terzo il compito di introdurre la statualità nelle decisioni private.

Il tentativo di creare strutture miste, cioè aperte anche ai "laici", è il rimedio ultimo per recuperare, in termini di disegno strutturale, un difetto altrimenti insanabile: la carenza di legittimazione del regolatore collettivo.

La partecipazione del terzo è complementare alla pretesa del soggetto pubblico di orientare in anticipo la potestà regolativa privata, sia sotto il profilo funzionale - disegnando il farsi del potere privato di autonormazione, questione che esamineremo nel paragrafo successivo - sia come sindacato sull'esito del potere attraverso la previsione di controlli pubblici sui codici di autoregolazione. Dunque, il privato deve tollerare indirizzi e orientamenti diretti ad allineare sin dalle prime battute l'azione di autonormazione agli scopi sociali, e ciò conferma l'interesse pubblico alla materia devoluta; anzi lo Stato ne "rivendica la possibilità di direzione politica" nel rispetto della "capacità di agire organizzata degli attori sociali"³⁵.

C'è da aggiungere che la pluralità dei governi privati di interesse e i loro atti non si collocano confusamente nell'ordinamento giuridico, ma hanno un posto

³⁴ Si veda il profilo soggettivo del regolatore del messaggio pubblicitario (diffuso attraverso mezzi diversi dall'audiovisivo) e l'effetto che su di esso ha avuto l'azione conformativa pubblica, di cui si è già ampiamente detto nel paragrafo 3, in particolare alla nota 14. O ancora si osservi l'evoluzione strutturale del regolatore delle piazze finanziarie, in proposito si rinvia alle osservazioni di J. Black, *Rules and regulations*, cit., a pp. 71 ss., e per un'analisi diacronica del percorso compiuto dalle SRO si rimanda a quanto già illustrato nel paragrafo 3.

³⁵ Così R. Mayntz, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: zur Präzisierung des Problems*, in *HiMon*, Universität Gesamthochschule Siegen, 1986, 70, p. 24.

ben preciso da occupare. Essi devono sottostare agli atti eteronomi - leggi, *statutes* o decisioni delle A.I. - che selezionano i valori e la misura di equilibrio tra gli stessi, e li indirizzano al regolatore privato normalmente sotto forma di clausole generali. Ma ciò non è ancora tutto: esiste infatti un ordine tra i governi privati, non nel senso di una relazione gerarchica - concetto contraddittorio con l'idea di uno Stato aperto verso le articolazioni sociali tutte equiordinate tra loro - ma nel rinnovato significato di una rete di rapporti che lega reciprocamente le singole associazioni. Nessuna così sarà in grado di operare da sola, e ciascuna sarà parte del tutto, ma non già il tutto *ex se*. Lo Stato, pur non disturbando l'autonomia dei sottosistemi, la guida in "una direzione tale da far sì che essi tengano reciprocamente in considerazione i rispettivi presupposti funzionali elementari"³⁶.

La permeabilità dell'ordinamento si comunica ai sottosistemi ivi operanti, ciascuno autopoieticamente chiuso, ma poroso verso il bagaglio di valori espresso dall'altro. Diversamente, si aprirebbe una stagione conflittuale tra micro-governi, ognuno dei quali non sarebbe spontaneamente disposto ad arretrare dinanzi alle pretese dell'altro. Varie le vie che lo Stato può percorrere per imporre la regola del rispetto reciproco³⁷. Una può essere quella di suggerire l'operare congiunto, cioè non più tante decisioni distinte quanti sono gli autori, ma una sola assunta previo concerto tra i sottosistemi coinvolti: nel modulo concertativo si compara e definisce la misura di equilibrio tra gli interessi in campo. Oppure, si può intervenire sulla funzione, aprendola alla partecipazione di terzi, e consentendo l'ingresso nel procedimento alle idealità dei governi collettivi di appartenenza.

Ma l'ordinamento inglese non ritiene sufficiente che gli attori privati tengano conto, nei rispettivi processi decisionali, dell'impatto che la propria azione regolativa potrebbe avere sull'altro sistema. E infatti richiede che essi competano l'uno con l'altro, intraprendendo una gara verso la regola migliore: così la sana concorrenza tra le autorità private³⁸ eviterà la tanto temuta "race to the bottom",

³⁶ Così Blanke, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, in *Kritische Justiz*, 1988, 21, p. 200.

³⁷ Si sofferma sull'ipotesi delle "encompassing organization" per bilanciare dall'interno un vasto spettro di interessi (c.d. concertazione intra-organizzativa) M. Olson, *The logic of collective action*, Cambridge, 1965, *passim*. Esaminano, in aggiunta alla prima soluzione, anche la "inter-organizational concertation", ipotesi ricorrente nel caso in cui il consenso sugli interessi è affidato alla negoziazione tra le associazioni più rappresentative W. Streeck - P.C. Schmitter, *Community, market, state - and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck-P. C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, cit., a p. 21. Gli Autori si interrogano sulle differenze dei rispettivi moduli di azioni e ancora su una loro ipotetica equivalenza funzionale, alla quale non sembrano però prestare credito, in quanto ritengono che l'eterogenietà di interessi sia difficilmente riconducibile "under the roof of one comprehensive organization". Domande, queste, che la teoria politica del neo-corporativismo ha da poco iniziato a porsi.

³⁸ I governi privati meritavano l'appellativo di "autorità private", perché, incidendo su situazioni altrui, si comportarono come se disponessero di potestà d'imperio, pur non essendone titolari. Nella dottrina tedesca

perché la gara spingerà verso l'alto. I micro-sistemi si sfideranno nella formulazione delle discipline migliori, e sarà il mercato stesso a emarginare l'operatore che avrà giocato una partita di basso profilo, perché sarà preferito il sottosistema che ha saputo combinare la formula ottimale di costi e qualità delle prestazioni ³⁹.

Il percorso si conclude con la costruzione di un ordinamento giuridico plurale, concepito non più come la somma di entità separate e coesistenti nel medesimo spazio politico, ma come molteplicità di spazi giuridici sovrapposti, interpenetrati e mescolati insieme nelle nostre menti quanto nelle nostre azioni, che saranno ordinate da regole nate dall'interazione tra più regolatori.

Da quanto detto risulta che lo Stato ha promosso uno scambio con le articolazioni più attive della società, ha conferito ad esse uno *status* politico e in cambio ha ricevuto frazioni di autonomia decisionale. Il risultato ultimo di questa negoziazione è per le autorità private la condivisione con lo Stato della potestà d'imperio: si pensi, ad esempio, ai casi in cui ai codici viene riconosciuta una valenza normativa. Le autorità pagheranno il prezzo di una sensibile riduzione della propria capacità di autodeterminazione, cioè proprio di quella facoltà in nome della quale si proponevano come polo regolativo alternativo.

Allora la natura stessa delle regole dei governi privati va forse ripensata, correggendone il parametro di riferimento primario. Dovrà pur sempre trattarsi di regole caratterizzate da un'elevata *responsiveness*, ma con un nuovo termine di relazione: non più i valori espressi dal proprio ambito sociale, bensì gli obiettivi di *public policies*. Dunque, il risultato ultimo della porosità dell'ordinamento verso gli ordinamenti minori è la istituzionalizzazione di quest'ultimi, cioè un loro marcato assoggettamento alle ragioni della politica, rispetto alle quali volevano inizialmente proporsi come altro.

Emerge così un dilemma, che è forse il vero punto debole di una ricostruzione in chiave autopoietica. O le autorità private sono libere nei fini, e non saranno allora partner su cui lo Stato possa contare per l'implementazione delle sue *policies*, perché le autorità private potranno formularne di proprie la cui compatibilità con

l'espressione ricorre frequentemente in W. Streeck – P.C. Schmitter, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck-P. C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, cit., pp. 21 ss.

³⁹ A. Ogus, *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg.st.*, cit., a p. 382, nonostante sia stato uno dei primi sostenitori della “competitive self-regulation”, ne evidenzia il limite nel caso in cui il consumatore non sia in grado di selezionare la prestazione in base al criterio costi-qualità, trattandosi di qualità non scrutinabile, se non a seguito di indagini approfondite. Al fine di evitare che la scelta cada sul regime regolatorio più permissivo, ma non per questo migliore, Ogus propone di correggere il sistema competitivo con interventi eteronomi volti a stabilire “minimum quality standards which the SRA regimes must presumptively satisfy”. L'esistenza di un livello sovraordinato di normazione derogabile solo *in melius* eviterebbe che la autodisciplina si attestasse su livelli bassi, potendo intervenire solo in direzione incrementativa degli standard.

quelle pubbliche potrà essere solo occasionale. Oppure, operano a fianco dello Stato, ma allora le loro regole saranno necessariamente sensibili alle ragioni della politica, anche se a discapito di quelle sociali del settore di riferimento.

Per il momento, una via di uscita non si è ancora delineata.

6. ALLA RICERCA DELLA LEGITTIMAZIONE PERDUTA.

6.1. *Premesse di sistema.* La lettura in chiave autopoietica è utilizzata nella dottrina inglese anche per dare una risposta alla fondamentale questione del titolo che legittima l'autoregolazione a regolare affari di dimensione sociale.

Il problema va esaminato in relazione a due ipotesi principali, già in precedenza ad altri fini delineate: una autoregolazione diretta a disciplinare affari di interesse comune per gli aderenti ad un gruppo; ovvero una autoregolazione affidataria di compiti sociali, perché deputata a regolare questioni con effetti su soggetti terzi rispetto all'ambito associativo.

Nel primo caso, il titolo legittimante è il negozio associativo, vincolo contrattuale in forza del quale l'aderente al gruppo accetta le regole passate e acconsente a osservare quelle future, che il gruppo formulerà.

Non così nella seconda ipotesi, in cui il governo di interesse privato pretende di dettare regole valide per tutti gli operatori del settore, a prescindere dalla loro appartenenza al soggetto associativo. In questo caso il regolatore non potrà derivare dal negozio associativo il titolo che giustifica l'efficacia *erga omnes* dei suoi atti.

Nella fase iniziale dell'esperienza della *s.r.* si pose la questione del titolo per le associazioni. Esso fu identificato ora nella loro competenza tecnica, ora nella prossimità al fatto da regolare, ora nell'apertura del procedimento ai terzi. Richiami che certo non costituivano una novità, poiché già l'accreditamento delle A.I. aveva fatto riferimento ad essi. Ma per le A.I. si poneva un problema non di legittimazione a dire il diritto, perché la loro natura pubblica le abilitava a compiere atti di volontà imperativi *erga omnes*, bensì di collocazione dei loro atti normativi all'interno della gerarchia delle fonti.

Se tali atti, data l'indeterminatezza delle prescrizioni sostanziali contenute nella legge, finivano per dettare la disciplina della materia in via originaria e iniziale, essi operavano alla stregua di fonti primarie, con la particolarità di non essere riferibili ad un autore selezionato in base al criterio politico-rappresentativo.

La prova che il problema rispetto agli atti normativi delle Autorità riguardava il profilo della loro collocazione all'interno dell'ordine giuridico è nel rimedio individuato; questo consiste nell'aver contenuto la discrezionalità del decisore

indipendente entro più precisi limiti di oggetto e di principi consegnati nelle fonti primarie o secondarie poste dal soggetto politico. E con ciò la questione rispetto alle Autorità può ormai considerarsi risolta, proprio perché interessava l'ampiezza del potere normativo più che la sua titolarità.

La situazione si presenta invece in termini del tutto diversi quando l'autore della decisione regolativa è un privato: in questo caso, la questione verte sulla legittimazione ad agire del decidente, perché il negozio può conformare le condotte dei soli aderenti all'accordo, non anche di chi è rimasto estraneo al *consensus in idem placitum*. I soggetti privati di autoregolazione non sono le A.I., così come il contratto non è la legge. Quest'ultima parla a tutti in forza della supremazia del suo autore, che impone la decisione regolativa senza dover cercare il preventivo consenso di chi dovrà osservarla; il contratto si basa proprio sul consenso per definire le posizioni giuridiche delle parti, che a quelle regole hanno volontariamente deciso di sottostare.

Ma l'esperienza ci consegna un quadro in parte diverso. Il negozio è stato talora impiegato come strumento di regolazione sociale⁴⁰, per diffondere effetti in ambiti soggettivi diversi dalle parti contrattuali e a seguito di ciò i governi privati di interesse hanno meritato l'appellativo di autorità private, dove il sostantivo "autorità" rimanda all'esercizio di un potere idoneo ad incidere su situazioni soggettive di terzi.

6.2. *Le soluzioni ideate dalla dottrina inglese.* Un tentativo di legittimazione si è risolto nell'aprire ai terzi il procedimento regolatorio delle autorità private. È bene fare chiarezza sul punto: il legislatore non ha ancora imposto al regolatore privato un generalizzato obbligo di consultare i terzi coinvolti nei processi regolativi, così come non lo ha fatto rispetto al regolatore pubblico indipendente⁴¹. Tale

⁴⁰ Cfr. J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, cit., a p. 43.

⁴¹ Infatti, nonostante la più attenta dottrina lo reclami da tempo, il legislatore non ha ancora obbligato le A.I. a consultarsi con i regolati prima di assumere una decisione normativa. Ciò non impedisce ai regolatori (es. l'Oftel, in proposito utili possono risultare i dati riportati da R. Baldwin – M.Cave, *Understanding regulation*, cit, in particolare il capitolo dedicato alla *Fair procedure*) di intraprendere in via di fatto tale metodo di lavoro, pur rimanendo evidente la distanza che separa un obbligo di legge da un dovere autoassunto dal regolatore. Nel primo caso, la violazione sarà censurabile dinanzi al giudice, diversamente nella seconda ipotesi, in cui non è riscontrabile alcuna violazione in difetto di un dovere cogente. Ancora diverso è il caso in cui leggi di settore pretendano l'assolvimento del dovere di consultazione, pur rimettendo al regolatore la decisione in ordine alla sua attuazione, cioè la scelta dei tempi e soprattutto del criterio di selezione dei partecipanti. Si pensi a tal proposito alla riforma finanziaria intrapresa con il F.S.M.A. del 2000, che ha esplicitamente assunto il dovere di consultazione come momento qualificante il nuovo corso. Non è infatti casuale la sua collocazione sistematica: tale dovere apre l'atto normativo, ma competerà al regolatore pubblico (F.S.A.) dare forma al soggetto consultivo privato. Si è dunque ancora lontani da una partecipazione effettivamente sociale in presenza di *panels* nati per atto di imperio e composti da privati scelti dalla F.S.A.

Si confronti la ben più avanzata esperienza di partecipazione sociale maturata negli U.S.A., che ha da tempo superato il modello avversariale ed eterodiretto per approdare ad un'ipotesi di regolazione a quattro mani, cioè

obiettivo rimane auspicabile, in termini di politica legislativa, per compensare l'insufficienza del mandato negoziale. Baldwin osserva, infatti, che “The courts might act to demand proper access for affected parties on the lines noted above [...] but, as yet, self-regulators are free from general duties to consult non-members before taking decisions or devising policies. Nor are they subject to general duties to give reasons for the actions or decisions that they have taken”⁴².

Altri Autori⁴³, invece, vedono nella partecipazione un'occasione per lo Stato per recuperare competenza regolatoria. Gli organismi di autoregolazione potranno il diritto dei rapporti intersoggettivi; lo Stato, da parte sua, imposterà il percorso che l'autorità privata dovrà seguire per arrivare alle regole finali, cioè disegnerà le regole delle regole, quelle che Hart⁴⁴ definisce secondarie. Il compito della legge non sarà più quello di determinare la misura di composizione del conflitto tra gli interessi in gioco, bensì quello di dettare le regole di azione al fine di “ensure that the association takes into account other, wider interests in its decisions”⁴⁵.

È appunto questa la strada indicata dai sostenitori della teoria autopoietica, i quali ritengono che la “procedurally regulated self regulation”⁴⁶ possa essere utilizzata per educare i micro-sistemi di governo collettivi alla cultura della permeabilità, facendo affidamento sulla disponibilità dei “laici” a introdurre nel procedimento i valori sociali, altrimenti trascurati dal decisore privato.

In questo modo troverebbero soluzione due ordini di aspettative: quelle dei terzi, che non subirebbero passivamente le regole decise da altri, avendo in qualche misura contribuito ad idearle; e la preoccupazione dello Stato di non lasciare da sola l'autoregolazione, che verrebbe invece accompagnata verso gli obiettivi di *public policies*, ora in via preventiva, eterodirigendola verso di essi, ora nel corso del farsi della decisione regolativa, consegnando ai terzi l'arduo compito di richiamare l'attenzione del regolatore sugli obiettivi sociali e, infine, come estrema *ratio*, in via repressiva o correttiva con la *judicial review*, limitato però al solo profilo formale della decisione, con esclusione del merito⁴⁷.

negoziata sin dalle sue prime battute tra regolatore pubblico e privato. In proposito sia consentito il rinvio a G. De Minico, *La regolazione morbida. Tra illusione e realtà*, Padova, 2001, in particolare il cap. III.

⁴² R. Baldwin, *Understanding regulation*, cit., a p. 129.

⁴³ R. Mayntz, *The conditions of effective public policy: a new challenge for policy analysis*, in *Policy and politics*, cit., a p. 123, dove l'Autrice appunto inaugura l'espressione “procedurally regulated self-interested self-regulation”.

⁴⁴ L'espressione è usata nel senso chiarito da Hart, vale a dire come disposizioni preposte a disegnare i procedimenti conducenti all'ideazione delle regole di relazione: Hart, *The concept of law*, London, 1961, pp. 77 e ss. (trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1964).

⁴⁵ J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, cit., a p. 30.

⁴⁶ L'espressione è della R. Mayntz, *The conditions of effective public policy: a new challenge for policy analysis*, in *Policy and politics*, cit., a p. 123.

⁴⁷ J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, cit., a p. 53 ss.

La procedimentalizzazione, però, non sembra di per sé una risposta adeguata ai problemi sopra esposti, per due ragioni

In primo luogo, ancora una volta si vuole ricavare dalla partecipazione qualcosa che essa non può dare: la legittimazione a decidere. Infatti, l'apporto istruttorio del terzo non tocca il criterio di investitura dell'autore della regola, non può sanare in anticipo un negozio normativo posto in essere da un rappresentante senza potere, perché il suo contributo si esaurisce nel prospettare le proprie ragioni, nell'indicare elementi utili alla costruzione di un'istruttoria completa, imparziale. Il terzo non entra nel merito della decisione, non gli è richiesto di condividere una responsabilità, che rimane ancora puntualmente ed esclusivamente imputata al decidente. La distanza tra lui e l'autore della regola si abbrevia ma non si azzerà, perché – alla fine – il terzo non decide.

Sarebbe diverso, se il terzo non fosse semplicemente consultato, ma gli fosse richiesto di concorrere a perfezionare la volontà normativa. In questo caso, cambierebbe anche lo schema formale dell'atto regolativo, che, come ogni atto bilaterale, avrebbe una paternità condivisa tra due autori. L'ingresso del terzo compenserebbe il difetto di legittimazione ad agire dell'autorità privata per la semplice circostanza che non sarebbe più terzo, ma parte decidente e, come tale, vincolata alla decisione assunta. Tale decisione, a sua volta, acquisterebbe efficacia *erga omnes*, non perché si è novata in un atto autoritativo, ma perché le parti si sono dilatate fino a comprendere gli *omnes*.

Ma questa dottrina, che fa leva sui terzi per giustificare l'efficacia *erga omnes*, non giunge a ricostruire in termini diversi il momento decisionale, che rimane imputato all'autorità privata. Quindi, la partecipazione del terzo non basta a superare i confini dell'efficacia *inter partes*.

Seconda obiezione: la partecipazione dei terzi introduce certo valori ulteriori rispetto a quelli espressi dal regolatore privato, ma niente ci assicura che essi coincidano con gli obiettivi sociali perseguiti dallo Stato. E comunque, pure ammettendo che il terzo si renda disponibile a introdurre le domande diffuse nella collettività, se dovessimo trarne il necessario conformarsi ad esse della autoregolazione, questa ne risulterebbe snaturata. In altri termini, un'autoregolazione doppiamente *responsive* - verso il gruppo sociale di riferimento e verso gli obiettivi di *public policies*⁴⁸ - è concettualmente e intrinsecamente contraddittoria.

L'esperienza nell'U.K. ha teso a dare una risposta pragmatica, attenta alla realtà. Così, l'autoregolazione assolutamente piena e incondizionata è stata superata dall'uso prudente da parte dello Stato della collaborazione offerta dal privato. Viene

⁴⁸ I. Ayers – J. Braithwaite, *Responsive regulation*, Oxford, 1992, a p. 21.

alla mente un'idea di sussidiarietà orizzontale guidata dal suo beneficiario ultimo, lo Stato.

7. CONCLUSIONI.

Dalla riflessione recente della dottrina inglese si trae che la *s.r.* funziona meglio se inserita in una dimensione autopoietica dell'ordinamento integrata da una visione riflessiva, cioè se lo Stato non delega in bianco, ma lascia che il privato formuli e adotti le regole da applicare in un ambito la cui misura è inversamente proporzionale all'incidenza dell'interesse pubblico. Il sistema inglese è giunto a questa conclusione dopo una complessa vicenda di *trial and error*.

Decisiva anzitutto la questione della legittimazione del soggetto privato ad assumere decisioni vincolanti per i terzi. I governi di interesse privato, dettando regole verso tutti, si sono comportati da vere e proprie autorità di settore, da decisori politici privi, peraltro, di investitura popolare, non bastando a tal fine una *delegation* che in ultima analisi non libera lo Stato delle responsabilità derivanti dalla titolarità della funzione di indirizzo politico.

Partendo da ciò si è quindi esplorata la via della partecipazione dei terzi alla regolazione da parte del governo privato. Anche questo strumento si è rivelato insufficiente, volendo ricavare dalla partecipazione più di quanto essa possa dare.

Infine, la risposta giudiziaria. La quale non sembra essere più risolutiva, perché la giurisprudenza ha ritenuto che l'intervento del giudice ⁴⁹, pur se ammesso sulla regolazione privata, dovesse essere molto rispettoso verso il cuore della decisione, limitandosi a riesaminarne l'aspetto formale, cioè la correttezza del farsi della decisione, intesa come ossequio alle regole procedurali. Non si è inteso, invece, che il giudice potesse decidere in luogo dei privati, perché in tal caso la regola avrebbe cessato di essere *reflexive*. Se colui che formula la regola deve orientarsi preferibilmente verso modelli persuasivi, il giudice deve limitarsi a richiamare l'attenzione del decisore su profili di procedura irregolari, ma non può ordinare il da

⁴⁹ Il tema della *j.r.* è sterminato ed esula dal presente lavoro. Qui si vuole invece ricordare che l'argomento è stato trattato anche con riferimento agli atti regolativi privati, cioè una parte della dottrina inglese si è domandata come estenderlo dalla categoria degli atti pubblici a quella degli atti di autoregolazione e entro che limiti ammetterlo. In proposito, si vedano per una ricostruzione di sistema i lavori di: J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. law rev.*, cit, a p. 32-40 e 51-55; A. Page, *Self-regulation: the constitutional dimension*, in *Mod. law rev.*, 49, 1996, a pp. 163-167; C. Scott, *The Juridification of regulatory relations in the UK Utilities Sector*, in J. Black-P. Muchlinski – P. Walzer (eds.), *Commercial regulation and judicial review*, London, 1998, a p. XXX, mentre per una rassegna ragionata della casistica giurisprudenziale, a partire dalla storica decisione del *Datafin*, si consulti: C. Harlow – R. Rawlings, *Law and administration*, 2^a ed., London, 1997, a p. 343-351.

farsi. In sintesi, il carattere riflessivo della norma deve essere mantenuto dalla formulazione all'applicazione.

Rimaneva dunque aperta una questione di fondo: chi risponde, e a chi? Non stupisce che tale domanda si sia posta con particolare forza nell'esperienza inglese, inserita in un sistema politico-istituzionale saldamente maggioritario e di alternanza, in cui il principio della responsabilità (politica) costituisce uno dei pilastri fondamentali. Era difficile per tale sistema continuare a tollerare il proliferare di modelli decisionali regolativi nei quali l'imputazione della responsabilità non fosse determinata con chiarezza quanto ai soggetti attivi e passivi, e nei quali venisse avallata l'esistenza di zone franche dalla politica e peraltro inattaccabili giudizialmente.

Si è dunque giunti a negare il diritto di esistere ai punti di fuga, alle crepe corrosive del sistema, che andavano al più presto riassorbiti nell'osservanza di regole giuridiche, asciugati nella discrezionalità, ridotti in oggetto: e quanto recuperato andava ricondotto alla sua sede naturale, cioè al potere politico e alla sua necessaria responsabilità. Questo cambio di rotta ha segnato la fine di un mito: l'U.K. non più come il paradiso della *s.r.* - spazio giuridico in cui convivono più sistemi normativi autonomi e indipendenti - quanto piuttosto come il sistema capace di ricomprendere le diverse forme di regolazione che la complessità sociale esprime, e quindi, di distribuirle su più livelli, a condizione che le istanze di autonormazione siano disposte a modularsi combinandosi entro un disegno politico-istituzionale sostanzialmente unitario.

L'esperienza inglese sembra suggerire due cose: cautela quando il sistema intende aprirsi alla autoregolazione, e memoria del ruolo dello Stato. Un ruolo forse meno visibile di quello di un tempo, perché non si risolve nello Stato tutta la produzione normativa, potendo anche i privati porre almeno in parte il diritto; ma non per questo meno determinante, avendo lo Stato comunque il compito di disegnare anticipatamente la fisionomia delle soggetti collettivi di autoregolazione, per evitare il rischio di una loro involuzione come autorità private, di orientare il corso del flusso regolativo, e di correggerlo all'occorrenza.

Un'esperienza, dunque, complessa e matura. Ne possiamo trarre spunti di riflessione per l'Italia, dove le cose sembrano ancora prevalentemente andare in una direzione da tempo abbandonata dagli inglesi.