

MASSIMILIANO MEZZANOTTE

CENTRALI RISCHI PRIVATE, DIRITTO ALL'OBLIO E POTESTÀ « NORMATIVE » DEL GARANTE

SOMMARIO: 1. Dati personali e banche. — 2. Cosa si intende per centrale rischi. — 3. La giurisprudenza del Garante e il provvedimento del 31 luglio 2002. — 4. Il difficile bilanciamento tra ordine pubblico economico e diritto all'oblio: la scelta di particolari meccanismi di normazione. — 5. Tutela dei diritti e nuove tipologie normative.

I. DATI PERSONALI E BANCHE.

Da sempre il settore creditizio è stato sottoposto dal Garante per la protezione dei dati personali a particolare attenzione. Non è un caso che il primo provvedimento di questa *authority* datato 28 maggio 1997 ha interessato i moduli predisposti da un banca che risultavano essere eccessivamente generici e privi degli elementi che la legge 675/96 imponeva¹. Nel corso degli anni gli interventi sono stati sempre più specifici e di recente peculiare rilievo ha assunto il trattamento dei dati personali da parte delle c.d. centrali rischi private, nonché di istituti bancari e finanziari che accedono ai relativi *databases* contenenti dati su rapporti contrattuali e pre-contrattuali concernenti finanziamenti, prestiti o mutui alla clientela, in particolare nel settore del credito al consumo. L'importanza dei casi decisi è stata segnalata anche sotto il profilo quantitativo nella *Relazione 2002*², dalla quale emerge che gli interventi del Garante in questo specifico settore sono notevolmente aumentati.

Contestualmente è da ravvisare un incremento proporzionale degli strumenti diretti alla protezione dei dati personali in tale ambito, non da ultimo le specifiche norme del codice sulla *privacy*, approvato con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ed il peculiare codice deontologico³ in corso di ap-

¹ Sul trattamento di dati personali nel settore bancario, con espresso riferimento alla decisione del Garante riportata nel testo, FRAU, *Le problematiche dell'attività bancaria*, in AA.VV., *Il trattamento dei dati personali*, Vol. II, *Profili applicativi*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1999, 39 e segg. e TASSONI, *Privacy e attività bancaria*, in AA.VV., *La legge italiana*

sulla privacy - Un bilancio dei primi cinque anni, a cura di G. Losano, Roma-Bari, 2001, 367 e segg.

² In tal senso, *Relazione 2002 - Nuovi diritti, riservatezza, dignità della persona: a sei anni dalla legge 675/96*, a cura del Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 2003, 136.

³ Tale disciplina, inizialmente previ-

provazione, la cui sottoscrizione è stata promossa dalla stessa autorità indipendente con deliberazione del 10 aprile 2002. Ciò nonostante sussistono ancora una serie di aspetti problematici (non da ultimo quelli riguardanti la durata del trattamento), che hanno spinto di recente il Garante a pubblicare sul proprio sito un apposito *dossier* intitolato « Centrali rischi »⁴ a dimostrazione del particolare livello di attenzione che deve essere attribuito al trattamento dei dati da parte delle centrali rischi private.

2. COSA SI INTENDE PER CENTRALI RISCHI.

Una definizione di tale banca dati si trova nel provvedimento del Garante del 31 luglio 2002 recante « Prescrizioni di carattere generale per le centrali rischi private »⁵, approvato a seguito di una indagine approfondita avviata alla fine del 2001.

La centrale rischi privata è un enorme archivio in cui affluiscono i dati riguardanti rapporti contrattuali e pre-contrattuali nel settore del credito. L'obbligo di comunicare queste informazioni è assunto, reciprocamente, dalle banche e dalle finanziarie cui viene richiesta l'erogazione di un prestito, nonché dai soggetti che gestiscono le centrali rischi private; tuttavia sulla materia esistono solo regolamenti consortili e accordi associativi, che impegnano le parti al buon funzionamento del sistema, ovvero a comunicare con carattere di sistematicità i dati relativi agli interessati. Due sono poi le tipologie: le banche dati negative (o « liste nere ») e quelle di tipo positivo/negativo. Nelle prime sono registrate solo morosità, sofferenze o l'esistenza di azioni legali, procedure concorsuali o cessioni del credito a terzi. Le seconde, che rappresentano il maggior numero, contengono invece informazioni riguardanti tutto il rapporto contrattuale e sono finalizzate a permettere agli operatori finanziari di valutare in maniera più analitica il rischio creditizio.

Alla chiarezza definitoria si contrappone la mancanza di qualsiasi disciplina; infatti, a differenza di quella gestita dalla Banca d'Italia⁶, le centrali

sta dall'art. 20 comma 1 lett. e) del d.lgs. 467/2001, è stata trasfusa poi nell'art. 117 del codice sul trattamento dei dati; per un commento sulla normativa del 2001, CASAROSA, *Innovazioni e continuità nei codici deontologici e/o di buona condotta ex art. 20 del d.lgs. 467/01: il caso del marketing diretto*, in questa *Rivista*, 2002, 849 e segg.

⁴ Il *dossier* può essere consultato alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=601218>; la necessità di garantire una maggiore tutela per i consumatori è segnalata dal Garante nella *Newsletter* 15-21 marzo 2004, su <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=824050>.

⁵ Il provvedimento è pubblicato alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=30000> e su *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 30

del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - luglio/agosto 2002, 47 e segg.; viene anche riassunto nella *Relazione 2002 - Nuovi diritti, riservatezza, dignità della persona: a sei anni dalla legge 675/96*, cit., 78 e segg.

⁶ La normativa del servizio di centralizzazione dei rischi gestito dalla Banca d'Italia è contenuta nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante « Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia », nonché nella delibera del Cier del 29 marzo 1994 ed in alcuni provvedimenti della Banca d'Italia, per importi superiori a 75.000 euro; per importi compresi tra 75.000 e 30.000 euro è stato istituito un sistema centralizzato gestito da una società e sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia, la cui disciplina è contenuta in una deliberazione del Cier del 3 maggio 1999 e in alcune istruzioni fornite direttamente dalla Banca

rischi private sono prive di una specifica regolamentazione. Anche per tale ragione il Garante è stato più volte chiamato ad intervenire, sia dietro richiesta dei diretti interessati che dei gestori delle banche dati, e sotto molteplici profili. Al di là delle complesse questioni che tali sistemi hanno sollevato, in questa sede verrà analizzata solo la problematica connessa all'individuazione di un momento, a decorrere dal quale si possa considerare non più legittima la detenzione ed il trattamento del dato, in quanto il decorso del tempo deve fare ritenere l'informazione ormai priva di rilievo e fa sorgere in capo all'interessato quella pretesa a veder cancellato il dato personale non più attuale; in pratica, ciò che viene definito diritto all'oblio⁷.

3. LA GIURISPRUDENZA DEL GARANTE E IL PROVVEDIMENTO DEL 31 LUGLIO 2002.

I numerosi interventi del Garante⁸ in materia hanno permesso di delineare un quadro ben definito. *In primis*, è stato ritenuto applicabile l'articolo 13 della legge n. 675/96⁹, vigente prima dell'entrata in vigore del codice della *privacy*, in base al quale l'interessato aveva il diritto di ottenere, a cura del titolare o del responsabile, senza ritardo, la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati; per dirla in altri termini, la norma riconosceva esplicitamente il diritto all'oblio, ovvero alla cancellazione per decorso del tempo, che sorgerebbe: a) per i dati raccolti in violazione di leggi; b) per quelli non più utilizzabili in relazione agli scopi prefissati¹⁰. In entrambi i casi, allora, il trattamento era da considerarsi illecito e faceva sorgere in capo all'interessato il diritto alla cancellazione dell'informazione raccolta¹¹. L'autorità indipendente, in pratica, ha sempre ragionato seguendo uno schema ben preciso, riconoscendo l'applicabilità dell'art. 13, come detto, nei confronti della società che gestisce una centrale rischi o di altri titolari o responsabili del tratta-

d'Italia e pubblicate sulla G.U. n. 272 del 21 novembre 2000.

⁷ Su tale problematica, MEZZANOTTE, *Diritto all'oblio vs. diritto alla memoria: il moderno sviluppo della privacy*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2002, 1604 e segg.

⁸ La giurisprudenza elaborata sul tema viene riportata nel dossier citato alla nota 4.

⁹ In tal senso, la risposta ad un quesito, datata 12 ottobre 1998, consultabile su *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 6 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno II - settembre/ottobre/novembre/dicembre 1998, 115.

¹⁰ La norma, evidentemente, si legava all'art. 9 comma 1 lett. e) della legge 675/96, in base al quale i dati personali oggetto di trattamento devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione

dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati (attualmente la norma è contenuta nell'art. 11 comma 1, lett. e) del Codice in materia di protezione dei dati personali), a proposito del quale BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza - La privacy nella Società dell'informazione*, Milano, 1997, 261, aveva rilevato come tale norma codificasse il diritto all'oblio, bilanciando riservatezza e diritto all'informazione.

¹¹ Con l'entrata in vigore del nuovo codice, la disposizione da ultimo ricordata è stata assorbita dall'art. 7, recante «Diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti», che riproduce al comma 3, lett. b), il contenuto del summenzionato articolo 13.

mento¹², subordinandone l'esercizio alla presentazione di un'istanza nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento (salvo i casi in cui « il decorso del termine esponga l'interessato a pregiudizio imminente e irreparabile »¹³).

In ordine alle modalità di trattamento il Garante statuisce che per effettuare la comunicazione dei dati alle centrali rischi private deve essere fornito il consenso da parte del cliente, a differenza di quanto avviene per i *databases* gestiti dalla Banca d'Italia per i quali tale adempimento non è richiesto, dal momento che la raccolta in un apposito archivio è prevista espressamente dalla legge¹⁴.

Ma è sicuramente il provvedimento del 27 dicembre 2001 che segna una svolta per il riconoscimento del diritto all'oblio. Infatti, in tale decisione si afferma che, anche in relazione al principio di non eccedenza fissato dall'art. 9 comma 1. lett. d)¹⁵, « l'utilizzazione dei dati... per 5 anni dalla data di estinzione del contratto di finanziamento appare sproporzionata ed eccedente rispetto alle finalità perseguite, per quanto riguarda l'inclusione in banche dati consultabili da terzi per finalità di erogazione di altri crediti »¹⁶. Vi è in sostanza l'espresso riconoscimento di un diritto alla cancellazione del dato per decorso del tempo, anche se non viene ancora stabilito quale sia il termine ultimo per poter ritenere legittimo il trattamento¹⁷. Analogo ragionamento viene seguito anche per i dati riguardanti

¹² Provvedimento del 9 dicembre 1999, su *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 10 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno III - ottobre/novembre/dicembre 1999, 48 e segg.

¹³ In tal senso si è pronunciato il Garante nel provvedimento del 9 gennaio 1999, su *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 7 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno III - gennaio/febbraio 1999, 42 e segg.; per un ricorso dichiarato inammissibile per mancato esercizio dei diritti di cui all'art. 13 legge n. 675/96 si veda il provvedimento 10 aprile 2001, su *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 19 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno V - aprile 2001, 26 e segg.; sempre sul tema, va segnalata anche la decisione 5 marzo 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 26 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - marzo 2002, 18 e segg.

¹⁴ Provvedimento 17 ottobre 2001, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 23 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno V - ottobre/dicembre 2001, 29 e segg.; sempre sulla « Centrale rischi » istituita presso la Banca d'Italia, v. i due provvedimenti datati entrambi 25 giugno 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 29 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - giugno 2002, 25 e segg. e 27 e segg.

¹⁵ Secondo tale norma, i dati personali oggetto di trattamento devono essere pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; tale principio è oggi trasfuso nell'art. 11 comma 1 lett. d) del Codice in materia di protezione dei dati personali.

¹⁶ Provvedimento 27 dicembre 2001, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 23 del Garante per la protezione dei dati personali, cit., 78.

¹⁷ Analogo ragionamento viene seguito anche nel provvedimento del 2 maggio 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 28 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - maggio 2002, 15 e segg., con il quale, per le medesime ragioni viste in precedenza, viene considerata illegittima la conservazione dei dati (e ne viene pertanto ordinata la cancellazione) presso una « centrale rischi » privata riguardanti le informazioni personali concernenti un rapporto di finanziamento estinto da quattro anni senza residui o pendenze; sul tema anche il provvedimento 11 luglio 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 30 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - luglio /agosto 2002, 27 e segg., in cui non viene fornita la prova di una serie di fatti (ritardi nei pagamenti, ecc.) tale da giustificare il mantenimento dei dati dopo diciotto mesi dalla cessazione del rapporto.

i rapporti mai instaurati per indisponibilità della banca o società finanziaria o per rinuncia dell'interessato. In tali ultime ipotesi, sempre sulla base del principio stabilito dall'art. 9 comma 1 lett. d) della legge n. 675/96, non viene ritenuta giustificata e proporzionale la diffusione di quei dati che, non incidendo sulla correttezza e puntualità del rapporto, sono comunque idonei ad ingenerare un concreto pregiudizio nei confronti dell'interessato¹⁸.

La fissazione di un termine per il trattamento del dato, decorso il quale sorgerebbe il diritto all'oblio da parte dell'interessato, viene stabilita, però, solo nel provvedimento generale del luglio 2002, che detta una disciplina analitica della materia. Nei suoi otto punti, questo atto analizza l'informativa, i comportamenti che devono tenere gli utenti, la qualità e la conservazione dei dati relativi alle richieste di finanziamento ed al rapporto di finanziamento, nonché il diritto di accesso, rettifica e cancellazione degli stessi.

Limitandoci allo specifico settore oggetto di queste brevi osservazioni, è bene ricordare che in esso viene stabilito espressamente un termine per la conservazione del dato. Le informazioni interessate attengono a due momenti del rapporto contrattuale, ovvero la richiesta di finanziamento ed il rapporto di finanziamento vero e proprio. Per quanto riguarda i dati relativi al primo aspetto, si accerta che le centrali rischi conservano le informazioni personali per un tempo ulteriore a quello necessario, anche nelle ipotesi in cui gli interessati abbiano rinunciato al finanziamento o gli istituti di credito o finanziari abbiano espresso parere negativo. Sul punto, il Garante osserva come la conservazione dei dati, anche al fine di effettuare controlli presso altri soggetti, può essere giustificata solo nel corso dell'istruttoria, ma non successivamente, quando il rapporto per cui erano stati raccolti non è ancora iniziato. Per tale ragione, ed in considerazione delle diverse prassi seguite dalla centrali rischi, viene stabilita la durata massima di sei mesi dalla registrazione dell'informazione e, comunque, di un mese dalla rinuncia dell'interessato e dalla mancata concessione del finanziamento.

In merito invece al rapporto di finanziamento, come già ritenuto nella decisione del 27 dicembre 2001, viene considerata sproporzionata la conservazione dei dati per cinque anni, anche quando questi sono integrati dalla menzione che la sofferenza è venuta meno o che il finanziamento è stato estinto. In tale ultimo caso, infatti, il termine eccede le finalità per le quali il dato è raccolto, dal momento che la conservazione non ha finalità

¹⁸ Provvedimento 6 giugno 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 29 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - giugno 2002, 7 e segg.; si ritiene che la conservazione del dato provocherebbe un pregiudizio al ricorrente, «in quanto lo espone, presso le singole banche o finanziarie, al dubbio (il quale non è oggetto di facili approfondimenti da parte delle stesse) che i singoli rifiuti di prestito derivino non tanto da valutazioni discrezionali relative alla capacità patrimoniale del richiedente e al rischio di un sovraindebitamento (valutazioni le-

gittime e non sindacabili nell'odierno procedimento), quanto da scorrettezze o inadempimenti risultanti agli atti delle singole banche o finanziarie, ma non documentati nella "centrale rischi"» (9). Sul l'argomento anche provvedimento 4 luglio 2002, in *Cittadini e Società dell'informazione*, Bollettino n. 30 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno VI - luglio/agosto 2002, 33 e segg., riguardante l'illegittimo inserimento in una centrale rischi dei dati riguardanti il rifiuto di una carta di credito.

di utilizzo interno della società che concede il finanziamento, ma è destinata a far conoscere a terzi che operano nel settore del credito informazioni contrattuali del consumatore. Questa ingiustificata durata del trattamento delle informazioni viene allora criticata dal Garante che osserva, in maniera esplicita, che « va garantita una piena tutela del c.d. diritto all'oblio degli interessati, in considerazione anche delle esperienze applicative della "centrali rischi" gestita dalla Banca d'Italia (che, attualmente, conserva per dodici mesi anche i dati relativi alle c.d. "sofferenze"), nonché di quanto previsto in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari ». A tal fine l'Autorità indipendente fissa due diversi termini. I dati riguardanti inadempimenti sanati senza perdite, debiti residui e pendenze vanno cancellati entro un anno dalla data della loro regolarizzazione o dalla data di estinzione del rapporto. Per quanto attiene alle informazioni relative a inadempimenti ancora pendenti oppure a debiti solo parzialmente estinti viene ritenuta congrua « la loro conservazione per la durata del rapporto di finanziamento e comunque non oltre un triennio a decorrere dalla data in cui è risultato necessario il loro ultimo aggiornamento in centrale rischi ».

Nello stesso provvedimento si precisa che il termine è stato fissato tenendo in considerazione le specifiche finalità di queste particolari banche dati, rispetto al più ridotto termine stabilito per la conservazione dei dati riguardanti le « sofferenze » da parte della Banca d'Italia (dodici mesi) e quell'altro di cinque anni previsto per la normativa in materia di protesti cambiari¹⁹. In pratica, « interpolando » altre ipotesi di diritto all'oblio esplicitamente esistenti nella normativa italiana e fondandosi sui principi di ragionevolezza e proporzionalità in relazione allo scopo del trattamento, viene estrapolata dal sistema una data che segna la « morte obbligatoria » dell'informazione personale.

In ultima analisi, si deve sottolineare come venga ritenuta legittima la prassi di alcuni operatori di sospendere la visualizzazione dei dati durante il periodo necessario per operare le verifiche con l'istituto segnalante, al fine di dare il necessario riscontro alle istanze avanzate dagli interessati, tenuto conto anche che alcuni comportamenti scorretti espongono le centrali rischi, le banche e le finanziarie a responsabilità civile, anche sul piano dei danni non patrimoniali.

Una volta fissate le linee guida della materia, è facile comprendere come i provvedimenti successivi al provvedimento generale siano stati sostanzialmente applicativi dei « comandamenti »²⁰ in quest'ultimo fissati. Nel frattempo si andava però delineando una nuova problematica, evidenziata anche nel provvedimento generale più volte ricordato; in questo, infatti, viene condivisa la prassi seguita da alcuni operatori di sospendere la visualizzazione dei dati per il periodo necessario per le verifiche con l'istituto che ha effettuato la segnalazione, al fine di fornire compiuto riscontro

¹⁹ Sulla normativa in tema di protesti come ipotesi di diritto all'oblio, MEZZANOTTE, *Diritto all'oblio vs. diritto alla memoria: il moderno sviluppo della privacy*, cit., 1622.

²⁰ È stata ad esempio riconfermata l'illiceità della conservazione e della dif-

fusione dei dati relativi a prestiti richiesti e non concessi, oppure oggetto di rinuncia da parte del richiedente: in tal senso, *Newsletter* 2-8 settembre 2002, su <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=42693>.

alle richieste avanzate dall'interessato ai sensi dell'art. 13. Ma il Garante comunque rinviava per ulteriori valutazioni, non da ultimo quella riguardante i problemi connessi alla conservazione dei dati relativi al rapporto di finanziamento, al codice di deontologia o di buona condotta che è in via di approvazione. Proprio traendo spunto da tali principi, le centrali rischi modificarono il proprio comportamento, non procedendo a seguito del decorso del termine alla cancellazione dei dati, ma più semplicemente ad annotare la dicitura « regolarizzato » accanto al nominativo dell'interessato o al blocco dell'informazione in attesa dell'emanazione del codice di deontologia. Questo atteggiamento è stato però ritenuto illegittimo, dal momento che i dati riguardanti inadempimenti sanati senza perdite, debiti residui o pendenze devono essere cancellati entro un anno dalla loro regolarizzazione²¹.

4. IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA ORDINE PUBBLICO ECONOMICO E DIRITTO ALL'OBLIO: LA SCELTA DI PARTICOLARI MECCANISMI DI NORMAZIONE.

Dalla giurisprudenza del Garante emerge quindi un orientamento costante in merito sia al termine per far maturare il diritto all'oblio (1 anno dalla regolarizzazione dell'inadempimento) sia alla illegittimità della prassi di sospendere temporaneamente la visibilità dei dati personali, i quali vanno, pertanto, necessariamente cancellati a causa del decorso del tempo. Nonostante ciò alcuni spunti di riflessione e di approfondimento sulla problematica emergono in maniera chiara. Prima di tutto, rileva il differente atteggiamento assunto dalle centrali rischi, le quali, in attesa della decisione del Garante, sospendono la visibilità del dato. Quest'ultimo, pur essendo un comportamento insoddisfacente se valutato *a posteriori*, appare, in via del tutto provvisoria sicuramente idoneo (come sostenuto anche nel provvedimento generale più volte ricordato) a tutelare, almeno cautelativamente, gli interessi del singolo. L'adesione spontanea in pendenza del giudizio è da ritenere, pertanto, corretta e volta ad evitare il protrarsi dei danni a carico dei titolari dell'informazione.

Di una certa rilevanza sono invece le ragioni che spingono l'interessato a chiedere la cancellazione dalla banca dati e che permettono di individuare il fondamento del diritto all'oblio in questo determinato settore. In particolare, nel provvedimento di cui è data notizia nella *newsletter* n. 193 del 24-30 novembre 2003²² si ricorda che « a causa del permanere di que-

²¹ In merito all'annotazione, *Newsletter* 3-9 marzo 2003, su <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=38896>; sul blocco temporaneo, *Newsletter* 1-7 settembre 2003, su <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=278411>; in quest'ultima decisione, la centrale rischi privata riferiva di aver provveduto a sospendere la visibilità dei dati verso terzi in merito a pregresse sofferenze debitorie con due diversi istituti di credito che il ricorrente

aveva sanato da circa un biennio; solo a seguito dell'adozione del codice deontologico, avrebbe deciso se cancellarli o renderli nuovamente disponibili. Anche in tale provvedimento venne stabilita l'illegittimità del comportamento della società ed ordinata la cancellazione dei dati, essendo ampiamente decorso il termine annuale fissato nel provvedimento del luglio 2002.

²² Su <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=454143>.

sta segnalazione di “sofferenza”, al consumatore erano stati rifiutati alcuni finanziamenti da diversi istituti di credito». La problematica era già stata evidenziata in merito all’attività imprenditoriale, per la quale era stato sostenuto, sempre dal Garante, che «le informazioni relative alla solvibilità o allo stato di insolvenza di un’impresa (oppure ai crediti o ai debiti relativi a quest’ultima) rientrano nella nozione di dati relativi allo svolgimento di attività economica, la cui utilizzazione e divulgazione può avvenire anche senza il consenso dell’interessato (v. artt. 12, comma 1, lett. f), e 20, comma 1, lett. e), della legge n. 675/96)»²³. È rilevante osservare come le informazioni trasmesse alla centrale rischi costituiscano dati riguardanti l’attività d’impresa e pertanto, come sostenuto costantemente dall’autorità giudiziaria ordinaria, l’uso illegittimo va a ledere il diritto del ricorrente alla libera iniziativa economica, consistente nella maggiore difficoltà di reperire credito sul mercato, andando ad incidere sul regime della concorrenza tra le varie imprese e sullo stesso sistema creditizio²⁴. Per l’imprenditore allora il fondamento costituzionale è da individuare nell’art. 41 Cost., che tutela direttamente il diritto all’impresa²⁵. Altrimenti viene in esame il cittadino comune, invece, si ha la lesione non della libertà di iniziativa economica, ma direttamente delle norme costituzionali poste a fondamento del diritto all’oblio; più che fondarsi allora sulla lesione dell’immagine e reputazione, com’è stato sostenuto²⁶, la mancata cancellazione si basa su quel particolare diritto alla personalità il cui fondamento è da individuare negli artt. 2 e 3 Cost.²⁷.

²³ In tal senso, provvedimento 25 febbraio 2000, in *Cittadini e Società dell’informazione*, Bollettino n. 11/12 del Garante per la protezione dei dati personali, Anno IV - gennaio/febbraio/marzo/aprile 2000, 32.

²⁴ Sul punto, il Trib. di Brindisi, 20 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 555 e segg. (con nota di SCHERMI, *Segnalazione di credito «in sofferenza» alla Centrale Rischi della Banca d’Italia e provvedimento d’urgenza*) ha riconosciuto lesiva del diritto di impresa, idonea a creare difficoltà insormontabili all’imprenditore che voglia accedere al credito bancario o a determinare la revoca di quello già concesso, una erronea segnalazione di un credito in sofferenza effettuata da un istituto di credito alla centrale rischi della Banca d’Italia; inoltre, lo stesso giudice ha evidenziato che tale erroneo comportamento può incidere anche sul regime della libera concorrenza e sullo stesso sistema creditizio, dal momento che dal mancato accesso al credito o dalla revoca degli affidamenti può derivare un vantaggio per le altre imprese nonché potrebbe condizionare le stesse politiche creditizie attuate dalle banche (557); sul tema anche Trib. Salerno - sez. dist. Eboli, 22 aprile 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, 497 e segg. (con nota di GAETA, *Sofferenza del credito e stato di insolvenza del debitore*.

Indici di accertamento e segnalazione alla Centrale dei Rischi), e in *Dir. prat. soc.*, n. 14-15 del 26 agosto 2002, 94 (con nota di G. FERRI, 96 e segg) e Trib. di Lecce, 25 agosto 2003, su www.adusbef.it/stampa.asp?Id=926, con ampi richiami di giurisprudenza.

²⁵ La facoltà di reperire capitali per la realizzazione delle iniziative economiche costituisce, secondo PACE, *Problematica delle libertà costituzionali - Parte speciale*, Padova, 1992, 491-492, una componente del contenuto del diritto di libertà economica.

²⁶ In tal senso, secondo un orientamento non del tutto condivisibile, Trib. Roma, 6 marzo 2001, in *Contratti (I)*, 2001, 1032; in dottrina, per quanto attiene alla lesione della «reputazione economica», GAETA, *Sofferenza del credito e stato di insolvenza del debitore. Indici di accertamento e segnalazione alla Centrale dei Rischi*, cit., nonché SCHERMI, *Segnalazione di credito «in sofferenza» alla Centrale Rischi della Banca d’Italia e provvedimento d’urgenza*, cit.

²⁷ Sul tema, GIACOBBE in AA.VV., *Il diritto all’oblio*, Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997, a cura di E. Gabrielli, Napoli, 1999, 31; in tal senso anche MORELLI, *Voce Oblio (diritto all’)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, Aggiornamento, VI, 848 e segg.

Ma il provvedimento del Garante da ultimo ricordato si presta evidentemente ad un'altra lettura. Infatti, l'attività delle centrali rischi incide direttamente sull'accesso al credito, causando l'impossibilità, a causa di pregresse informazioni, di chiedere la concessione di prestiti alle banche. Attraverso il controllo dei dati, in pratica, viene esercitata una forma di ingerenza nell'attività creditizia. Ma il riferimento operato nel ricordato provvedimento generale alla mancanza di una disciplina ed il richiamo alla analoga normativa prevista per la centrale rischi istituita presso la Banca d'Italia contenuta nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia induce a ritenere che le scelte del Garante siano state indirizzate, molto probabilmente, dall'art. 47 Cost., che nel primo comma impone alla Repubblica la disciplina, il coordinamento ed il controllo dell'esercizio del credito. La disposizione in questione, infatti, non si presta ad una lettura, sotto certi aspetti, svalutativa²⁸, ma va al contrario a costituire « la precisazione di un ambito in cui l'intervento dello Stato deve manifestarsi in forma più incisiva e penetrante, come appunto l'impiego di parole come "disciplina, coordina e controlla" sta ad indicare »²⁹. Una norma, l'art. 47, sicuramente programmatica, che stabilisce, però, « un principio al quale il legislatore ordinario deve ispirarsi, bilanciando con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, nell'esercizio di un potere discrezionale che incontra il solo limite...della contraddizione del principio stesso »³⁰.

Il particolare settore disciplinato dalla norma costituzionale, che mira ad incoraggiare e tutelare forme di risparmio e di accesso al credito, se da un lato è necessariamente generico, dall'altro attribuisce al legislatore il compito di individuare le regole apparentemente senza incontrare alcun limite contenutistico. In realtà, questa attività di specificazione non è libera ma si configura come l'esercizio di un potere discrezionale che incontra come unico limite quello della « vera e propria contraddizione o compromissione »³¹ dei principi contenuti nell'art 47 Cost..

L'intervento dello Stato deve allora palesarsi attraverso discipline di settore, ovvero attraverso la legislazione ordinaria da cui ricavare le regole del nostro ordinamento in tema di credito³² e si impone a garanzia sia dei diritti del singolo cittadino, sia di quelli di chi svolge l'attività impen-

²⁸ In tal senso, VISENTINI, *Voce Credito e risparmio*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 3, che considera tale disposizione rientrante in quella categoria di norme che formulano principi morali, auspici, valori politici, per lo più privi di giuridicità in ordine alla loro portata diretta e specifica.

²⁹ LORASCHI, *Credito e risparmio: l'art. 47 della Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica - Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, ricerca dell'ISLE a cura di M. D'Antonio, Milano, 1985, 202.

³⁰ In tal senso, C. Cost. 25 febbraio 2002 n. 29, in *Giur. cost.*, 2002, 212; tale orientamento è costante nella giurisprudenza della Corte, come emerge anche dalle sentenze 27 luglio 1982 n. 143, in *Giur.*

cost., 1982, 1256 e segg.; 3 febbraio 1994 n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, 136 e segg.; 4 maggio 1995 n. 143, in *Giur. cost.*, 1995, 1219 e segg.; 15 marzo 1996 n. 73, in *Giur. cost.*, 1996, 692 e segg.

³¹ In tal senso, C. Cost. 15 marzo 1996 n. 73, cit., 696.

³² VISENTINI, *Voce Credito e risparmio*, cit., 4; in tal senso, anche IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 17-18, secondo il quale « la costituzione è sede propria della "decisione di sistema" (*Systementscheidung*), della scelta globale dell'ordine economico, mentre alle leggi ordinarie, e ai principi generali che ne siano ricavabili, è affidata la disciplina di profili parziali o di singoli campi di attività ».

ditoriale, poiché, come è stato osservato, «l'art. 47 è un *prius* rispetto all'art. 41 perché disciplina uno dei fattori antecedenti e condizionanti il fenomeno regolato dall'art. 41»³³.

Come valutare allora, alla luce di quanto detto, l'intervento del Garante? Emerge chiaramente che nel campo specifico oggetto di questo studio trovano applicazione particolari finalità che necessitano di un apposito bilanciamento da parte del legislatore; è questa la lettura che si evince dagli artt. 2, 3, 41 e 47 Cost. È da chiedersi però come vengono temperati gli interessi in assenza, come nel caso di specie, di una disciplina specifica che già abbia assolto a tale compito. In linea di principio, le attività bancaria e creditizia necessariamente rientrano in quella parte della Costituzione definita economica, al cui interno vengono riconosciuti diritti che ricevono una tutela minore di quegli altri, come le libertà civili ed i diritti politici, di diretta espressione dei principi personalista e dell'uguaglianza sostanziale. L'interesse al trattamento del dato personale da parte di centrali rischi, comunque ascrivibile ad attività di impresa, si pone allora all'interno della nozione di ordine pubblico economico, da intendersi come quella «previsione costituzionale di un insieme di limiti generali alla autonomia dei soggetti privati, e di esplicitazione delle fondamentali direttive del sistema economico»³⁴, in cui bisogna individuare il grado delle contrapposte situazioni giuridiche coinvolte e le modalità volte a determinare un loro equo temperamento. I diritti economici, in particolare, godono di quella particolare tutela assicurata dalla «garanzia d'istituto», ovvero del necessario rispetto dell'esistenza del diritto di libertà, lasciando però libero il legislatore e le altre autorità di bilanciarli sulla base di quei concetti valvola che permettono, tramite il principio della ragionevolezza, il continuo adattamento con il particolare momento storico o il peculiare ambito di applicazione³⁵.

È dunque evidente come i diritti fondamentali (alla cui categoria appartengono sicuramente il diritto alla riservatezza e il diritto all'oblio) dovrebbero essere considerati sempre prevalenti nei confronti di quei diritti strettamente connessi all'economia, ma sullo specifico tema si tornerà in seguito. In questa parte, ci si limiterà a ragionare partendo dal dato normativo, trascurando quello fattuale legato alla realtà. Ed allora, una volta accertato il grado delle situazioni giuridiche coinvolte nel bilanciamento, resta da verificare a chi spetta, se possibile, armonizzare gli opposti o sacrificare gli uni a favore degli altri.

Il compito di conciliare gli opposti, ove sia fattibile, spetta evidentemente alle Corti costituzionali, essendo gli altri organi «impari al compito»³⁶. In mancanza di un diretto coinvolgimento del giudice costituzionale ed in assenza di una qualsiasi forma di regolamentazione, bisogna ritenere che la determinazione del diritto spinge a sviluppare «procedure leali, trasparenti e responsabili che consentano il confronto tra i principi

³³ MERUSI, *Art. 47*, in *Commentario della Costituzione - Rapporti economici*, Tomo III - Art. 45-47, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1980, 157.

³⁴ In tal senso, BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 93.

³⁵ BALDASSARRE, *Diritti della persona*, Torino, 1997, 105.

³⁶ D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legislazione*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo - Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 120.

in gioco e selezionare una "classe giuridica" ... capace di rappresentare principi e non solo nudi interessi o mere tecniche»³⁷. Parti in causa di questi meccanismi di incontro non possono che essere controllori e controllati, ovvero le autorità indipendenti e i soggetti portatori di interessi contrapposti. Le prime, infatti, al fine di poter esercitare quella funzione di filtro tra Stato e società, richiedono comunque l'arretramento del diritto, ma non comportano una assoluta *deregulation* della materia, in cui i poteri neutrali si limitano a dichiarare nuove discipline attraverso la detta opera di mediazione e di filtro³⁸. I secondi invece vengono sollecitati dall'ordinamento ad un senso di responsabilità, in cui lo Stato, tramite sempre le autorità garanti, si limita a dare indicazioni e suggerimenti, a svolgere cioè una funzione di « magistratura morale »³⁹.

Nella società moderna, allora, il confronto tra i valori costituzionali può essere perseguito attraverso regole autonomamente formate direttamente dall'Autorità indipendente che si trova di fronte ad una problematica da risolvere oppure attraverso un meccanismo di autonormazione da parte dei diretti interessati, di una sorta di « contrattualismo normativo » tra i titolari dei contrapposti valori che entrano in gioco.

Il primo aspetto attiene alla possibilità di attribuire alle *authority* poteri di tipo normativo⁴⁰. Come emerge dal provvedimento generale del luglio 2002, le maglie che la legislazione lascia aperte sono molto ampie, al punto che l'opera di riempimento del Garante non si limita alla mera attuazione del precetto, ma va a produrre innovazioni sostanziali nel sistema normativo. Il che induce a ritenere che il Garante abbia effettivamente una potestà di tipo normativo⁴¹ e che, visto il rango delle modifiche introdotte, essa sia, in via generale, di rango primario e non secondario⁴².

Dal ragionamento fatto emerge che, oltre ad essere il « custode » della riservatezza, il Garante è evidentemente anche il supplente del legislatore allorquando siano presenti lacune all'interno del nostro ordinamento. L'assenza di un'apposita disciplina infatti costringerebbe l'autorità indipen-

³⁷ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 168-169.

³⁸ In tal senso, MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 47-48.

³⁹ Per l'analisi di questa nuova forma di amministrazione, MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 50 e segg.

⁴⁰ L'analisi della NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996, 199 e segg., sull'utilizzo dell'espressione « poteri normativi » preferita a quella di « poteri regolamentari » con riferimento alla Consob ed al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, è al giorno d'oggi estensibile anche al Garante per il trattamento dei dati personali, dal momento che anche per questo « il legislatore ha costruito altrettanti poli normativi alternativi e sostitutivi del Governo, senza fissare i presupposti per una loro definizione di secondarietà ma anzi ponendo un presupposto (l'attribuzione di competenza propria) per una espansione alla fine "libera" della qualità e della quantità del

potere normativo che le autorità possono esprimere » (202); sulla produzione normativa del Garante della *privacy*, SIMONCINI, *Autorità indipendenti e « costruzione » dell'ordinamento giuridico: il caso del garante per la protezione dei dati personali*, in *Dir. pubb.*, 1999, 851 e segg., in particolare 870 e segg.

⁴¹ Giova richiamare la definizione di SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione* (1970), Napoli, 1983, 95 e segg. che ritiene normativo ogni atto di provenienza amministrativa posto in essere nell'esercizio di una potestà normativa, sussistente, sulla base del criterio di economia dei mezzi giuridici derivante dall'art. 97 Cost., allorquando il relativo esercizio miri alla creazione di atti diretti ad introdurre innovazioni sostanziali all'ordinamento vigente.

⁴² Sul tema, LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in AA.VV. *Le autorità indipendenti*, a cura di S. Labriola, Milano, 1999, 15 e segg.

dente a pronunciarsi nel senso del *non liquet*, ovvero dell'impossibilità di svolgere le mansioni per le quali è stata istituita. Come è stato osservato, « nelle attribuzioni dell'autorità rientra il bilanciamento tra beni costituzionalmente protetti: l'arbitraggio che ne consegue comporta strutturalmente una potestà di apprezzamento il cui esercizio è indispensabile, e non può non essere rimesso all'autorità quando non sia compiuto preventivamente nelle diverse previsioni e prescrizioni legislative »⁴³.

Ma le competenze normative delle autorità indipendenti richiedono pur sempre un fondamento costituzionale, contenuto, nel caso di specie, negli artt. 2, 3, 41 e 47 Cost.⁴⁴; la competenza così individuata passa, secondo lo schema contenuto negli articoli ricordati, necessariamente attraverso il raccordo legge-provvedimento attuativo. Fuoriuscire da questi schemi significa in pratica generare uno stravolgimento nel sistema astrattamente delineato, che prevede la distinzione tra momento della normazione e quella dell'esecuzione, andando, infine, ad invadere competenze costituzionalmente riservate all'atto legislativo.

Alla luce di quanto detto, la decisione del novembre 2003 è l'ennesima di una serie tendente a proteggere in maniera efficace ogni individuo da informazioni datate che potrebbero creare seri ostacoli all'accesso al credito; in realtà, questa statuizione evidenzia ancora l'assenza di una specifica disciplina della materia, sintomo questo di un processo ormai irreversibile in cui le regole volte a garantire la protezione dei dati personali stanno diventando per lo più frutto di una autonoma attività creativa del Garante, mentre il legislatore, cui spetterebbe dettare regole generali, sta progressivamente arretrando il proprio campo d'azione⁴⁵. Lo stesso provvedimento generale del luglio 2002 mostra come l'*authority* non si limiti più a « segnalare ai relativi titolari o responsabili le modificazioni opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti », come previsto dall'ordinamento⁴⁶, ma vada essa stessa ad estrapolare dal sistema principi e regole da cui poi far derivare, mediante un'attività creativa e non meramente interpretativa, particolari discipline per settori, come quello in esame, sprovvisti di una apposita regolamentazione.

5. TUTELA DEI DIRITTI E NUOVE TIPOLOGIE NORMATIVE.

Resta da esaminare l'altro aspetto della problematica, quello che è stato definito « contrattualismo normativo ». Secondo questa tendenza, la disciplina costituzionale non trova più applicazione attraverso lo strumento legislativo, bensì tramite procedimenti concordati tra i diretti interessati. I

⁴³ LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, cit., 15-16.

⁴⁴ Sul fondamento del potere normativo delle autorità indipendenti, MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, 99 e segg., in particolare 101.

⁴⁵ Il progressivo arretramento della legge parlamentare è stato di recente segnalato da AINIS, *L'eclissi della legge*, in

AA.VV., *Legge e diritto. Una tradizione dell'Occidente*, Atti del Convegno di Firenze, 2 dicembre 2003, in corso di pubblicazione.

⁴⁶ Questo era il principio fissato nell'art. 31 comma 1, lett. c), della legge n. 675/96 (adesso contenuto nell'art. 143 comma 1, lett. b) del Codice in materia di protezione dei dati personali), posto a giustificazione del provvedimento del luglio 2002.

valori che entreranno in gioco verranno attentamente ponderati dalle parti in causa, che direttamente individueranno il punto di equilibrio che formerà l'oggetto della disciplina concordata. Dietro questa concezione si possono scorgere due contrapposte esigenze: da un lato, il tentativo di limitare l'intervento dello Stato allo stretto necessario, evitando che il « troppo Stato » crei vincoli che possano ostacolare l'attività di ogni individuo; da un altro, invece, la volontà condivisa di evitare il formarsi di spazi vuoti, privi cioè di qualsiasi forma di regolamentazione.

La teoria prospettata è nata proprio nel campo economico, nel quale però l'interesse dell'agente, che mira alla massima libertà al fine di poter perseguire il maggiore profitto individuale, deve necessariamente armonizzarsi con quello degli altri soggetti presenti sul mercato. Volendo essere più espliciti, l'operatore economico va alla ricerca di uno Stato minimo alla Nozick⁴⁷, secondo il quale va riconosciuto alla persona il diritto a perseguire i propri interessi, sempre però con il limite deontologico di non ledere i diritti altrui. Proprio quest'ultimo profilo porta a ritenere che la massimizzazione dell'interesse personale non causa un totale distacco dell'individuo dalla società in cui vive. Ecco perché il riconoscimento dell'altro è un dato importante anche in quest'ottica e può essere abbinato, secondo Sen, « all'affermazione dell'adeguatezza morale del pensare, da parte di ciascun componente della società, al modo in cui potrebbe aiutare l'altro »⁴⁸. In sostanza, pur ammettendo che lo Stato debba ridurre il proprio intervento ai minimi termini, non si esclude l'importanza di comportamenti ispirati da fini solidaristici e volti a garantire il rispetto dell'altro.

La ragione di questo connubio tra interesse individuale e bene comune porta però a considerare quali forme di tutela debbano essere garantite in assenza di appositi strumenti normativi. Anche questo problema può essere risolto basandosi sui principi che ispirano l'economia di mercato, per cui « una totale deregolazione dei mercati, in cui i singoli soggetti economici possono perseguire i propri interessi senza riguardo per gli altri, in cui quindi i più deboli sono abbandonati senza protezione in balia di una concorrenza spietata da parte dei più forti, conduce alla fine necessariamente all'autodistruzione dell'economia di mercato »⁴⁹. Da questo postulato, che anima l'etica economica, discendono una serie di corollari, primo fra tutti quello riguardante il modo di concepire i diritti che sono connessi all'economia, allorché, l'intervento dello Stato è assente o ridotto al minimo. Pure in questo campo, infatti, si impone il rispetto degli altri per mezzo di strumenti normativi idonei. In assenza di forme normative autoritarie, però, si tenterà di perseguire il medesimo scopo tramite la ricerca della soluzione giusta tra interessi contrapposti, decisione che sarà rimessa alla volontà degli individui direttamente coinvolti, andando così ad individuare nella reciprocità il fondamento etico della regola di condotta in tutte le forme di relazione intersoggettiva⁵⁰, una reciprocità che non è solo naturale, ma anche pro-

⁴⁷ L'autore elaborò questa concezione nel celebre saggio *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

⁴⁸ SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2002, 71.

⁴⁹ RICH, *Wirtschaftsethik*, 1984-1990, trad. it. a cura di C. DANNA, *Etica economica*, Brescia, 1993, 526.

⁵⁰ GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Milano, 1997, 78.

cedurale, ossia un meccanismo di composizione dei conflitti emergenti nella società⁵¹.

Per riassumere, si può osservare che quell'idea di Stato orologio⁵² richiede allora la presenza di un « sostrato etico comune, che renda condivise le azioni pubbliche a fini solidaristici e renda le scelte di ognuno compatibili con il rispetto degli altri, al di là delle norme scritte »⁵³; anzi, questa adesione spontanea dei destinatari rappresenta un momento essenziale per poter garantire, tramite un equo bilanciamento tra interessi contrastanti, la tutela dei diritti dei diretti interessati, che trovano nella procedura perseguita il mezzo con cui realizzare questo « compromesso normativo »⁵⁴.

Volendo applicare tale ragionamento al caso di specie, la mancanza di una disciplina se da un lato porta a ritenere che lo Stato arretri il proprio campo d'azione, dall'altro non deve far pensare che si affermi un vuoto normativo regolato dalla legge del più forte. Infatti, i profili propri dell'agire di ogni individuo, come sopra indicati, permettono l'affermazione di procedure stabilite dalla legge non indifferenti ad un contenuto etico idoneo a legare tutte le parti sia alla fase creativa che di applicazione delle norme generate. Per dirla con le parole di Habermas, « la legalità può generare legittimità solo nella misura in cui l'ordinamento giuridico — in maniera riflessiva — dia una risposta al fabbisogno di giustificazione conseguente al farsi positivo del diritto. Questa risposta implica l'istituzionalizzazione di procedimenti giuridici che restino permeabili ai discorsi morali »⁵⁵. Anzi, proprio la partecipazione alla formazione della disciplina avviene un momento fondamentale di impegno di tutti i soggetti coinvolti al rispetto della normativa generata.

Questo rappresenta, sotto certi aspetti, la reazione spontanea nei confronti del diverso significato assunto dai diritti economici ai giorni nostri. Infatti, come detto in precedenza, dal dato normativo emerge che i valori portati dalle libertà politiche e civili sono privilegiati, mentre, per i diritti economici molteplici sono i fattori che ne vanno ad influenzare il contenuto, che pertanto viene a mutare nel corso degli anni. Ma lo sviluppo e la globalizzazione dell'economia hanno con ogni evidenza inciso anche sulla tavola dei valori⁵⁶, rendendo ormai i diritti eco-

⁵¹ Sempre GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, cit., 78.

⁵² Questa concezione, espressa da CASSESE, *I rapporti tra Stato e economia all'inizio del XXI secolo*, in AA.VV., *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo - Riflessioni in ricordo di Massimo Severo Giannini*, a cura di C. Franchini e L. Paganello, 16-17, rappresenta il superamento di quell'idea di Stato organizzatore del processo economico; attualmente, lo Stato non controlla più direttamente l'economia, ma solo che « i diversi organismi scandiscano il tempo, operando secondo rotismi pre-determinati » (17).

⁵³ Su questa tendenza, con particolare riferimento all'Antitrust, AMATO, *Il gusto della libertà - L'Italia e l'Antitrust* (1998), Roma-Bari, 2000, 150-151.

⁵⁴ Di rilievo le osservazioni sull'argo-

mento di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 11 e segg.; sul tema, anche FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico - La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2004, 48 e segg., che osserva come « l'autoregolamento, essendo il prodotto dell'autonomia soggettiva che è di per sé dinamica e relazionale e quindi aperta all'altro, si innerva di una trama di rapporti che lo sostengono nel conseguire l'equilibrio degli interessi in gioco, in modo da consentire la comunicazione tra i soggetti che a mezzo di esso intendono relazionarsi » (50).

⁵⁵ HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Milano, 2001, 32.

⁵⁶ Secondo BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 159, « con la globalizzazione la strumentalità e l'economia divengono i valori, cioè i parametri di riferimento e di giustifi-

nomici altrettante situazioni giuridiche guida delle scelte fondamentali dei legislatori⁵⁷. Il che porterebbe a riformulare la stessa tipologia delle garanzie di cui godrebbero tali diritti, non più allora limitabili discrezionalmente dai Parlamenti sulla base di clausole generali, come la funzione sociale, ma dotate, proprio per il clima globale che si è instaurato, di un nucleo forte inviolabile. Per dirla in altri termini, l'interdipendenza globale porta a mutare la stessa concezione dei diritti fondamentali e ad individuarne differenti categorie. Ma lo stesso fenomeno, a causa della sua vastità e complessità, sfugge ad ogni forma di normativizzazione, e si ispira a logiche, come è stato osservato, di stampo « ingegneristico », in cui « i fini economici da perseguire sono considerati dati naturali »⁵⁸ ed in cui l'economia è sganciata dall'etica⁵⁹. Proprio come reazione a questa tendenza, che porterebbe ad attribuire le scelte fondamentali ai tecnocrati, emerge dal sistema la valorizzazione di tecniche di coinvolgimento dell'individuo alla regolamentazione di alcuni settori nei quali l'interesse del singolo è direttamente coinvolto, mentre l'attività del potere centrale appare, a causa della ampiezza del settore interessato, macchinosa e comunque inefficace.

In questa vicenda, però, il potere pubblico non rimane del tutto estraneo. Infatti, sebbene a seguito della diffusione del mercato globale « intere parti della Costituzione — come avviene attualmente per i “Rapporti etico-sociali” (art. 29-34) e i “Rapporti economici” (artt. 41-47) della Costituzione italiana — risultano come non scritte e silenziosamente disapplicate »⁶⁰, bisogna ritenere che l'intervento dello Stato si realizzi tramite le autorità indipendenti, cui compete il ruolo di « levatrici » di questi processi di autoregolamentazione⁶¹. L'autorità statale non interviene allora direttamente, ma autorizza le parti interessate a darsi una propria disciplina sotto il diretto controllo dei Garanti; secondo questo meccanismo, l'iter procedurale pattizio tende a dissolvere « la distinzione-opposizione tra eteronormazione pubblica e autonormazione (autonomia) privata »⁶². Questo metodo presenta anche l'indubbio vantaggio di permettere il recupero delle garanzie che, sotto certi aspetti, la produzione di norme da parte del Garante aveva fatto venire meno; in sostanza, « la perdita delle garanzie costituzionali in seno alla legalità — nei confronti delle autorità indipendenti — non può d'altronde essere compensata se non da una parteci-

cazione, rispetto ad ogni altro ambito o aspetto della vita umana ».

⁵⁷ Si va affermando quello che COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, 2003, 98, ha definito « Stato di diritto economico », che mira « piuttosto a garantire le libertà in campo economico, che a promuovere uguaglianze, nemico della programmazione economica e dei controlli, miranti ad indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica pubblica e privata ».

⁵⁸ BIANCO, *Costituzione ed economica*, cit., 15 e segg.

⁵⁹ Su tale particolare aspetto, SEN, *Etica ed economia*, cit., 9 e segg.

⁶⁰ BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 203.

⁶¹ Un ruolo sotto certi aspetti analogo può essere attribuito alla Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali, alla quale compete promuovere gli accordi tra le parti sociali per l'individuazione delle prestazioni da garantire in caso di sciopero; in tal senso, D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legislazione*, cit., 121 e segg., in particolare, 124.

⁶² In tal senso, CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 16 e segg., che propone una classificazione di tali particolari categorie di normazione in relazione al grado di coinvolgimento dei privati.

pazione compiuta ed effettiva al procedimento», il che non può avvenire «là dove la produzione delle regole avvenga in assenza di alcuni dei soggetti direttamente interessati»⁶³.

Espressione di questa logica sono, nel campo del trattamento dei dati personali, i c.d. codici di deontologia e di buona condotta, manifestazioni di potestà normative di privati, realizzati sotto la vigilanza dell'Autorità indipendente, che è tenuta a promuoverne l'adozione e a controllarne la legalità⁶⁴. Di questo particolare meccanismo si trova traccia anche nella disciplina in tema di centrali rischi private. In particolare, l'art. 117 del codice sulla *privacy* ha sostituito l'art. 20, comma 1, lett. e), del d.lgs. 467/2001, andando a prevedere la sottoscrizione di un codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito di sistemi informativi di cui sono titolari soggetti privati, utilizzati a fini di concessione di crediti al consumo o comunque riguardanti l'affidabilità e la puntualità nei pagamenti da parte degli interessati, individuando anche specifiche modalità per garantire la comunicazione di dati personali esatti e aggiornati nel rispetto dei diritti dell'interessato. Ma, all'interno del codice della *privacy*, si contano addirittura 12 di queste particolari fonti normative⁶⁵, di cui tre già approvate, mentre quella sulla centrale rischi è in dirittura di arrivo⁶⁶. Tali previsioni rendono il significato di questi atti del tutto peculiare. Già in precedenza era stato osservato che tutti i codici deontologici avevano un elemento in comune, rappresentato dalla funzione svolta dal Garante, che «per un verso, promuove, ma per altro, co-determina, controlla e “garantisce il rispetto” di tali fonti di autodisciplina, in particolare, assicurando la “rappresentatività” dei soggetti che adottano i Codici», atti questi da cui poteva dedursi la nascita di «una fonte normativa *mista*, al confine tra ordinamento pubblico e privato, una zona “grigia” in cui l'Authority svolge una fondamentale funzione di “*regulation*”»⁶⁷. Il riconoscimento di questa particolare competenza metteva però in crisi la fonte regolamentare e portava a chiedersi se questa potesse essere effettivamente ancora il mezzo per procedere all'attuazione

⁶³ MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, 46.

⁶⁴ P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti*, cit., 160 e segg.

⁶⁵ Su tali particolari atti, PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 4/2002, 363 e segg., il quale osserva che il ricorso su larga scala allo strumento della autoregolamentazione ha l'effetto «di abbassare, anche sensibilmente, gli standard regolati» (369); inoltre, l'alto numero di queste «fonti satellite» al codice della *privacy* contraddice lo stesso principio di completezza che dovrebbe animare l'attività di codificazione; come è stato osservato da AINIS, *L'eclissi della legge*, cit., «chi in futuro si troverà a consultare il codice del-

la *privacy* per sapere come regolarsi in questa materia quanto mai intricata, scoprirà d'avere a che fare con un codice che rinvia ad altri e ulteriori codici, con un codice al quadrato».

⁶⁶ In tal senso, l'intervista al Presidente del Garante, Prof. Stefano Rodotà, pubblicata da CHERCHI, *Un codice per i segreti dei cittadini*, su *Il sole-24 ore del lunedì* del 15 dicembre 2003, 37.

⁶⁷ SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L'emersione di un nuovo «paradigma» normativo?*, in *Osservatorio sulle fonti 1999*, a cura di U. De Siervo, Torino, 2000, 297; sull'appartenenza di questi codici alla categoria delle fonti del diritto, anche CARTABIA, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, in AA.VV., *La legge italiana sulla privacy*, cit., 82 e segg.

dei principi contenuti nella legislazione⁶⁸. Questo avveniva perché tale particolare atto, che permetteva indubbiamente attraverso una procedimentalizzazione della produzione normativa il bilanciamento e l'armonizzazione degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nel trattamento del dato⁶⁹, presupponeva l'esistenza di una normativa a monte⁷⁰; detto in altri termini, « i codici deontologici, una volta tradottisi in atto, vengono a integrare le fattispecie legali, sviluppano in determinati settori la disciplina normativa posta dalla legge », la cui violazione « può essere sanzionata secondo le previsioni dell'ordinamento giuridico generale »⁷¹. La conformità ad una norma preesistente era necessaria allora per due ordini di ragioni; prima di tutto, perché non era prevista per questi settori « una vera e propria “deregulation” o devoluzione della disciplina all'autonomia dei privati »⁷²; in secondo luogo, perché il rispetto della procedura stabilita dalla normativa in materia di trattamento dei dati provocava, oltre al diretto coinvolgimento degli interessati al trattamento, anche la possibilità di rendere giustiziabile tale atto avanti il Garante, chiamato a verificarne la legittimità oltre che a garantirne, successivamente, il rispetto.

Ma l'attività del Garante (il riferimento è al provvedimento del luglio 2002) e l'entrata in vigore del codice in materia di protezione dei dati personali fanno mutare l'interrogativo di fondo, che va ad interessare non più l'effettivo campo in cui il regolamento dovrebbe intervenire, ma quello specifico della legge⁷³. In particolare il codice, all'art. 12, nella parte riguardante le regole generali per tutti i trattamenti, generalizza il ricorso all'uso dei codici deontologici, il cui rispetto è condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali, sia che venga effettuato da soggetti privati che da quelli pubblici. Quest'ultimo carattere sta a significare che la stessa attività della PA, in materia di trattamento dei dati personali, trova il suo fondamento nei codici deontologici e non più nei comandi fissati in appositi provvedimenti legislativi. Per quanto attiene invece al codice deontologico per le c.d. centrali rischi emerge in maniera chiara la totale assenza di una qualsiasi regolamentazione, per cui

⁶⁸ Sempre SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti*, cit., 298.

⁶⁹ In tal senso, CARTABIA, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, cit., 69.

⁷⁰ La funzione di tali atti viene riassunta da NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, 184, che osserva che i codici deontologici esprimono « regole comportamentali da seguire, per rendere in concreto operanti i principi previsti dalla legge ».

⁷¹ CARTABIA, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, cit., 69.

⁷² SIMONCINI, *Il sistema delle fonti normative*, in AA.VV., *Il trattamento dei dati personali*, cit., 31; già si era espresso in tal senso, per quanto attiene al Codice deontologico dei giornalisti, DE SIERVO, *Dignità delle persone e diritto di informazione nel codice previsto dall'art. 25 della legge*

675 del 1996, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 445 e segg., secondo il quale « la disciplina del codice deve mantenersi rigidamente all'interno della normativa che lo ha previsto non solo in quanto fonte secondaria, ma perché solo in quell'ambito esso trova la propria legittimazione » (459); sull'argomento, anche NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., 182 e segg.

⁷³ Già ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina - Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, 9, ritiene che il ruolo delle regole deontologiche sia anche quello di andare a sostituire l'intervento legislativo, come è avvenuto, ricorda l'autore, per il codice di autodisciplina pubblicitaria, rimasto in vita anche dopo l'introduzione dell'Autorità antitrust, o per l'Ombudsman bancario.

l'unica disciplina cui ci si dovrà attenere, al fine di verificare la legittimità del trattamento del dato personale, saranno le regole deontologiche; in questo caso, i soli parametri che il Garante terrà in considerazione saranno quei provvedimenti che la stessa autorità indipendente ha contribuito a formare, ovvero le norme deontologiche ed il provvedimento del luglio 2002 più volte ricordato.

In conclusione, pertanto, i risultati cui è pervenuto il Garante in materia di trattamenti di dati da parte delle centrali rischi private sono sicuramente da apprezzare. Fanno tuttavia sorgere qualche perplessità i parametri utilizzati nelle decisioni. Emerge, infatti, la costante erosione dell'ambito in cui dovrebbe intervenire la legge, che da strumento di garanzia sta progressivamente perdendo peso, a tutto vantaggio, molto probabilmente, di atti normativi la cui formazione è rimessa, nel caso di specie, ad un'« autorità di polizia che ha anche poteri normativi e che sembra operare al di fuori dello schema norma-fatto che caratterizza, da Beccaria in poi, la tutela dei diritti negli ordinamenti codificati »⁷⁴, nonché all'autonomia iniziativa dei soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali, ovvero dei controllati e del controllore. È da chiedersi allora se il fenomeno sia del tutto tipico di questo settore o se sia frutto di quella progressiva affermazione del *principio di sussidiarietà* in senso orizzontale anche nel campo normativo che comporta il sostanziale arretramento dell'atto legislativo a tutto vantaggio di fonti atipiche derivanti dallo « Stato comunità »⁷⁵, segnando così in maniera progressiva (ed ormai irreversibile) la definitiva « eclissi »⁷⁶ dell'atto legislativo, a tutto vantaggio di nuovi atti cui, a quanto pare, ci si dovrà affidare in futuro per la tutela dei diritti e delle libertà, soprattutto per quelle emergenti, com'è allo stato attuale il diritto all'oblio.

⁷⁴ MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 54, il quale aggiunge che « in questa prospettiva, la configurazione ad « autorità indipendente » è solo un nuovo capitolo — fortemente segnato dalla tecnologia — dei rapporti fra potere di polizia e potere giudiziario. Una soluzione nuova sul difficile confine fra potere esecutivo e potere giudiziario quando è in gioco il diritto di libertà personale ».

⁷⁵ In tal senso, CARTABIA, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle ten-*

denze attuali delle fonti del diritto, cit., 79; l'autrice, nell'analizzare le tendenze normative in atto che emergono dall'ordinamento, fa riferimento, con le dovute precisazioni e critiche, a nuove forme di *governance* organica, in cui le sedi della legislazione e della regolazione si allontanano da Parlamento e Governo, a tutto vantaggio di gruppi, organizzazioni e associazioni all'interno della società sociale (85 e segg.).

⁷⁶ Per un'ampia analisi della problematica, AINIS, *L'eclissi della legge*, cit.