

LE FONTI DELLA SOCIETÀ DIGITALE: POTENZIALITÀ E LIMITI DEI NUOVI PARADIGMI DI NORMATIVITÀ*

di Michela Tuozzo**

401

Sommario. 1. Introduzione: questioni aperte sulle fonti del diritto nella società digitale. – 2. Le potenzialità dei regolamenti eurounitari della società digitale. – 3. L'«antisovrano» nei regolamenti nella società digitale. – 4. L'autoregolazione e la co-regolazione nel DSA. – 4.1. (*segue*) Le diverse ipotesi della co-regolazione nel DSA. – 5. Le norme tecniche nell'AI Act. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: questioni aperte sulle fonti del diritto nella società digitale. È affermazione piuttosto ricorrente in dottrina quella secondo cui il mercato unico digitale rappresenti la «nuova frontiera dell'integrazione europea»¹. La conseguenza più immediata di questo stato di cose è che all'Unione europea vada intestata la paternità regolatoria della società digitale, con esiti notevolmente impattanti il nostro sistema delle fonti (e, dunque, il sistema dei poteri²).

Gli atti normativi del *Digital Services Package*³, ossia il pacchetto di misure dell'agenda politica

* *Sottoposto a referaggio*. L'articolo si inserisce nelle attività di ricerca svolte nell'ambito del Progetto PNRR MUR: FAIR – Future AI Research – PE000013.

** Ricercatrice t.d., lett. a), di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ B. Nascimbene, *Il mercato unico digitale è una nuova frontiera dell'integrazione europea?*, in *Eurojus*, 3, 2025, 110.

² La formulazione più esplicita del legame tra forma di governo e sistema delle fonti si deve a A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1986, 217 ss. A questa impostazione metodologica, si affianca quella tesa a far emergere il collegamento nel concreto assetto istituzionale, coniugando lo studio delle fonti nei differenti assetti presenti all'interno della forma di governo parlamentare, considerato che il parlamentarismo «*does not denote a single entity*», come evidenziato da G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, Londra, 1994, 101. Un'analisi con questa impronta è condotta, con riguardo al potere regolamentare da E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; F. Cerrone, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991; F. Fenucci, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, 1994, 87 ss.; particolare riferimento al regolamento indipendente, in relazione alle variabili che hanno caratterizzato il dualismo parlamentare da A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995; recentemente A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme- 1948-2023*, Bologna, 2023.

³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali); Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali); Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati); Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al targeting

della Commissione Ue *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*⁴, pur muovendosi ancora dentro la cornice giuridico-economica di matrice ordoliberales⁵, segnalano un processo di progressiva riaffermazione della sovranità attraverso un più ampio ricorso a fonti di diritto duro. Queste ultime, in forza degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., impattano anche sul nostro sistema delle fonti. Di questa inversione di tendenza è dunque utile evidenziarne le prospettive di segno positivo, riconducibili al corpo di relazione che si instaura tra fonti interne e fonti Ue (sulla base del criterio della competenza), nonché alle ipotesi di garanzia della protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

La nuova produzione normativa della società digitale si configura nella forma del regolamento europeo, ossia la fonte a portata generale più armonizzante e “obbligante” di tutte per i Paesi membri⁶ e la scelta di questo tipo di atto esprime la volontà di affermare «una sovranità politica condivisa a livello europeo»⁷ nell'ambito digitale.

Tuttavia, le fonti del digitale richiedono oggi un cambio di prospettiva: non è più sufficiente interrogarsi sulla capacità normativa del *soft law*, atteso che l'irruzione dei regolamenti europei determina una nuova articolazione del potere normativo, in cui la produzione del diritto, spostandosi sul livello sovranazionale, manifesta relazioni con l'ordinamento interno ordinate dal principio dell'effetto diretto e da quello del primato.

Emerge, quindi, un'ibridazione tra *hard* e *soft law*, in cui, da un lato, la parte di *hard law* spinge verso la democratizzazione della regolazione; dall'altro, la presenza di atti di *self* e *co-regulation* fa sì che il nuovo paradigma non superi definitivamente le vecchie dinamiche del diritto dei privati⁸ con la presenza di attori non statali.

In molti settori di competenza dell'Unione l'ibridazione tra *soft law* e *hard law* rappresenta una via di integrazione già in uso e idonea a produrre obblighi e sanzioni⁹. Secondo la dottrina, a differenza delle organizzazioni internazionali, «*the specificity of EU soft law is that it develops within a far more integrated system of governance than any other international entity, a kind of polity far from a classic international*»¹⁰. *The use of soft law instruments is counterbalanced by a series of factors*

della pubblicità politica; Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁴ Commissione europea, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 2020. In questo programma, la regolazione è presente tra le azioni chiave per implementare la competitività del mercato unico e per contribuire a creare una società aperta e democratica.

⁵ Come dimostrato da A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politiche*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 115 ss.; B. Farrand, *The ordoliberal internet? Continuity and change in the EU's approach to the governance of cyberspace*, in *European Law Open*, 1, 2023, 106 ss.; E. Cremona, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2023, 468.

⁶ Le due caratteristiche del regolamento sono la obbligatorietà in tutti i suoi elementi e la diretta applicabilità, elementi che esprimono la volontà dei Trattati di garantire l'immediata efficacia dei regolamenti, senza atti nazionali di recepimento o adattamento. Il regolamento è quindi vincolante tanto per gli Stati quanto i cittadini e attribuisce a questi ultimi diritti nei confronti dello Stato (efficacia verticale), sia tra privati (efficacia orizzontale). Con il regolamento, l'Unione mira a uniformare dettagliatamente la disciplina per evitare divergenze di fronte a nuovi istituti che richiedano regole identiche in tutti i Paesi. In tema G. A. Benacchino, *Fonti del diritto (dir. comunit.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, 622.

In base alla differenziazione tra fonti atto e fonti fatto di V. Crisafulli, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 933 ss., una parte consistente della dottrina italiana identifica le fonti UE come una fonte fatto, su tutti: L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 436.

⁷ A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto dell'Unione europea per la disciplina della società digitale*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, 19.

⁸ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati (1929)*, Milano, 1963, 18.

⁹ F. Terpan, *Soft Law in the European Union*, in *European Law Journal*, 21, 2015, 69.

pushing towards 403egalization»¹⁰.

Il fatto che tale diritto riesca ad essere efficace ed effettivo avvalendosi di strumenti diversi dalla coercizione non è però sufficiente a tramutare tale normatività in validità, specialmente in presenza di questioni coperte dal principio di legalità e dalla riserva di legge.

Pur nella consapevolezza della complessità teorica che tali concetti racchiudono, si propone qui una definizione stipulativa: per normatività si intende l'esistenza e l'efficacia giuridica di una regola, mentre per validità si fa riferimento alla sua legittimità e conformità rispetto all'assetto costituzionale.

Nel nuovo ordine giuridico, il disordine rappresenta un fronte di crisi, nella misura in cui interroga i criteri ordinatori delle fonti a sistema e ne mette in discussione la capacità risolutiva delle antinomie, vista la convivenza di due modelli regolativi: quello del *soft law* e quello dell'*hard law*. Occorre quindi distinguere le tensioni che derivano da questa transizione – e ancora imputabili al diritto dei privati, da quelle che appartengono alla fisiologia del sistema e che potrebbero, per esempio, essere oggetto del giudizio della Corte di giustizia (v. *infra* § 2).

Prima dei suddetti regolamenti europei era più evidente la differenza tra quanto della società digitale era «dentro» e ciò che invece era «fuori dal circuito della rappresentanza e della responsabilità politica»¹¹. Oggi, tuttavia, le dicotomie fondate unicamente sulla forma non bastano più a cogliere l'evoluzione delle fonti, dei poteri che esse esprimono e degli strumenti disponibili per la tutela dei diritti.

In effetti, nella sistematica delle fonti, la complessità è stata a lungo indagata come una variante del pluralismo istituzionale e sociale, nonché collegata alla forma di governo e alla forma di Stato¹². In quest'ottica, in passato era già emersa la compatibilità tra legislazione negoziata¹³ e la forma di Stato, anche laddove essa origini da «soggetti distinti dall'organizzazione statale»¹⁴, come le formazioni sociali proprie del principio pluralista (art. 39, ult. comma, Cost.).

Questa prospettiva è da escludersi per le fonti privatistiche qui considerate, poiché esse hanno connotati estranei al paradigma dello *Stato-comunità* e sono vicine alla rappresentanza degli interessi delle *Big tech*.

¹⁰ Ivi, 95.

¹¹ Così R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 32, riferendosi agli atti delle autorità amministrative indipendenti.

¹² A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, cit., 217 ss.; A. Ruggeri, *I paradossi delle esperienze di normazione, attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti (e dal punto di vista della forma di Stato e della teoria della Costituzione)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 109 ss.; M. Ruotolo, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140 ss.; L. Carlassare, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, 2008, 548 ss.; G. Tarli Barbieri, *Introduzione agli atti normativi*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Gli atti normativi*, V, Torino, 2023, 1 ss.; con riferimento al potere regolamentare L. Carlassare, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano, 1966; sulla relazione tra il regolamento, la forma di governo e i rapporti istituzionali intercorrenti tra gli organi costituzionali A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 18 ss.

Il pluralismo e la più complessa articolazione del sistema delle fonti successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana si sono tradotti nell'uso del criterio della competenza, secondo alcuni in grado di spiegare meglio della gerarchia alcune dinamiche relazionali tra le fonti stesse. In questo senso, chiaro è il riferimento a F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamenti I, Milano, 1997, spec. 567 ss.; nonché S. Niccolai, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova 2001; S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, 2012.

¹³ U. Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Napoli, 2018, spec. capitolo I.

¹⁴ A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, cit., 231.

La complessità¹⁵ che emerge nella produzione legislativa viene letta in queste pagine attraverso la metafora della «permeabilità» degli ordinamenti, che postula una loro «reciproca integrazione», ma non implica anche «l'efficacia pura e semplice di una fonte esterna in violazione dei principi costituzionali»¹⁶: infatti, a partire dall'esegesi delle fonti, il saggio si propone di osservare il rinnovato paradigma della produzione normativa della società digitale e analizzare i nuovi collegamenti¹⁷ tra ordinamento interno, Ue e «societario»¹⁸.

Attraverso la lente costituzionalistica della teoria delle fonti del diritto, l'obiettivo è quello di verificare in che misura il diritto pubblico europeo dell'economia stia procedendo nella «consapevolezza di dover elaborare un *ordo*, nel quale allontanare il rischio che le Big Tech possano, in futuro, trasformare il potere, che già hanno, in incontrollabile arbitrio». Un *ordo* che vada oltre la tutela del mercato, la concorrenza e i diritti dei consumatori. Un *ordo* ben radicato nella dimensione sociale¹⁹.

Data la mole di atti e di fonti su questa materia, lo studio si sofferma su due ipotesi specifiche, riguardanti le piattaforme digitali e i sistemi di intelligenza artificiale, come disciplinati, rispettivamente, nei regolamenti n. 2065/2022 (d'ora in poi *DSA*) e n. 1689/2024²⁰ (d'ora in poi *AI Act*).

2. Le potenzialità dei regolamenti eurounitari della società digitale. Tra i profili che rendono opportuno guardare con favore all'adozione dei regolamenti *DSA* e *AI Act* si erge, fra tutti, la tutela che le Corti Superiori, segnatamente la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale italiana, possono offrire nei settori del diritto interessati dall'uso delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale.

Attraverso i regolamenti sembra che l'Unione – e con essa gli Stati membri – abbiano acquisito consapevolezza che i diritti nella società digitale, come nella società analogica, abbiano bisogno di «salde "istituzioni di libertà"»²¹ e dunque dell'organizzazione del potere pubblico.

La strumentalità tra la Costituzione dei poteri e quella dei diritti sottolineata dalla dottrina²², rileva specialmente in riferimento al ruolo della legge, quale atto espressivo della centralità

¹⁵ Era già emerso in dottrina che «i sistemi giuridici tendono viepiù a configurarsi come insiemi complessi che presentano, nel contempo, livelli di c.d. *hard law*, caratterizzati da un'alta vincolatività, e livelli di c.d. *soft law*». B. Pastore, «Soft law», *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, 10.

¹⁶ Tutti i virgolettati del capoverso sono di A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 372.

¹⁷ Identificati anche con l'immagine dell'assetto di tipo reticolare da B. Pastore, *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1, 2017, 19 ss.

¹⁸ G. Teubner, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, 185 ss.; in Italia n Italia, si v. A. Jr Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento VII, Milano, 2017, 217 ss.

¹⁹ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 118; nello stesso senso M. Manetti, *Alla ricostruzione della sfera pubblica*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 305 ss.; C. Pinelli, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in Id., U. Ruffolo (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 13 ss.; M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, 166 ss.; L. Scaffardi, *Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, spec. 392.

²⁰ Per entrambi cfr. nota 3.

²¹ È chiaro il riferimento ad A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 57. La stessa è stata ripresa per commentare proprio il percorso di creazione di istituzioni di libertà nella sfera del discorso pubblico europeo da C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 543 ss.

²² V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 28; tema ripreso da M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri": noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, 2, Padova, 1985, 497 ss.

del Parlamento nella forma di governo, e alla tutela della Corte costituzionale²³.

Rispetto a questo primo versante, si condivide l'impostazione dottrinale che riconosce l'esistenza di fattori esogeni – come la tecnica – in grado di incidere sulla produzione parlamentare del diritto, pur senza poter sovrintendere stabilmente al rapporto tra organizzazione e diritti. Tale impostazione propone, dunque, una riflessione sul grado di tollerabilità, per il sistema delle fonti, della compressione del ruolo del Parlamento. La dottrina individua, a tal proposito, due meccanismi di garanzia: il primo consiste nella partecipazione del Parlamento al processo di formazione o di attuazione del diritto derivato europeo²⁴; il secondo nella possibilità di giustificare la prevalenza della normatività del fatto sui processi normativi solo laddove essa risulti ragionevole e proporzionata, e in quanto espressione di un significato delle norme costituzionali già immanente nella loro originaria potenzialità precettiva, che semplicemente si manifesta in relazione al contesto fattuale²⁵.

Proprio in relazione a questo secondo aspetto, la scelta di adottare il regolamento come fonte del diritto in ragione della sua efficacia diretta (*self-executing*) determina l'ampliamento dei poteri di controllo delle Corti. Le garanzie organizzative della tutela dei diritti trovano così fondamento nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento costituzionale, delle particolari caratteristiche della fonte europea.

A tal proposito si ricorda che sin dal caso *Les Verts*²⁶, la Corte di giustizia ha affermato che: «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato».

Vi è, dunque, innanzitutto il coinvolgimento della Corte di giustizia, che potrebbe intervenire sia su questioni di annullamento, sia sulle pregiudiziali interpretative e di validità (art. 267, par. 1, lett. b), TFUE); quest'ultima azione, com'è noto, può avere ad oggetto sia disposizioni di diritto interno «in contrasto» con quelle europee, quanto norme europee direttamente applicabili²⁷.

Pertanto, la dottrina ha già rilevato la potenzialità di questo strumento di controllo proprio in riferimento all'*AI Act*, ma più in generale per tutti i regolamenti del digitale che i giudici statali sono chiamati ad applicare²⁸.

Inoltre, la Corte riconosce che l'esame della validità degli atti dell'Unione deve essere effettuato alla luce dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. Proprio su tale opzione²⁹ si fondano le sentenze a tutela della vita privata e familiare e la protezione dei dati personali nei casi *Digital Rights Ireland*³⁰, *Schrems I*³¹ e *Schrems II*³², oggetto di attenzione anche per la portata

²³ A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 264.

²⁴ Ivi, 269.

²⁵ Così interpreto le condizioni di compatibilità sviluppate da A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 270.

²⁶ CGUE, sentenza 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, C-294/83.

²⁷ R. Adam, *Il rinvio pregiudiziale tra tutela dei diritti soggettivi e controllo delle inadempienze statali*, in *dUE*, 1, 2023, spec. 5 ss.

²⁸ T. Guarnier, *La pregiudiziale di validità europea "alias" del sindacato di costituzionalità?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2025, 553.

²⁹ O. Pollicino, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2015, 741 ss.

³⁰ CGUE, sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, C-293/12 e C-594/12.

³¹ CGUE, sentenza 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems contro Data Protection Commissioner*, C-362/14.

³² CGUE, sentenza 16 luglio 2020, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, C-311/18.

transnazionale della protezione dei diritti fondamentali³³ (aspetto peraltro rilevante anche per il *DSA* e l'*AI Act*, considerato l'ambito di applicazione extraterritoriale dei due atti).

In realtà la Corte di giustizia, proprio in virtù del suo approccio sostanzialista e dei controlli di conformità affermati nel caso *Les Verts*, ammette con il caso *Erta*³⁴, che le azioni di annullamento e quella pregiudiziale³⁵, possano riguardare anche atti di *soft law*. Tali azioni devono potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che produce effetti giuridici. La Corte di giustizia interviene a pronunciarsi in via pregiudiziale anche nei casi di atti di *soft law* atipici³⁶, ossia atti che non sono adottati da istituzioni, organi o organismi dell'Unione, ma sono misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione.

La forma dell'atto normativo, se non rappresenta un ostacolo al controllo della Corte di Lussemburgo, lo è invece per la Corte costituzionale. Pertanto, l'importanza del regolamento si riverbera anche nel ruolo dei giudici e delle Corti interne.

Senza entrare qui nel merito di quale sia la tecnica che meglio compone i rapporti tra i due ordinamenti³⁷, va segnalata la tendenza giurisprudenziale al riconoscimento di un «doppio custode»³⁸ per i diritti fondamentali, che dunque potrebbe riguardare anche la società digitale. Nel sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, infatti, il giudice comune è garante della piena operatività del diritto Ue, sia per sorvegliare che gli Stati rispettino gli obblighi assunti verso l'Unione produttivi di norme aventi effetto diretto³⁹, che per proteggere l'effettività dei diritti⁴⁰.

Difatti, il giudice – sulla base della soluzione individuata dalla Corte di giustizia⁴¹ e, sebbene da una posizione opposta, condivisa dalla Corte costituzionale⁴² – presidia il primato del diritto europeo intervenendo egli stesso sul materiale normativo interno, ridimensionandone l'efficacia nel caso concreto attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, o non applicandolo il diritto interno nel caso di inconciliabilità con la normativa Ue. Per effetto di tali vie rimediali, per lungo tempo, all'arretramento del sindacato accentrato di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali ha corrisposto un sindacato diffuso per i diritti⁴³.

Alla tutela decentrata dei diritti, tuttavia, è corrisposta negli anni l'«implosione» del sindacato

³³ R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2016, 289 ss.

³⁴ CGUE, sentenza 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, C-22/70.

³⁵ CGUE, sentenza 25 marzo 2021, *BT contro Balgarska Narodna Banka*, C-501/18.

³⁶ CGUE, sentenza 27 ottobre 2016, *James Elliott Construction Limited contro Irish Asphalt Limited*, C-613/14.

³⁷ Tra i molti, di recente A. Ruggeri, *Rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, dal punto di vista della teoria della Costituzione, e tecniche retorico-argomentative nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2025, 134 ss. Su posizioni diverse R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, spec. 113 ss.

³⁸ Espressione di F. Medico, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna 2023.

³⁹ Com'è noto la dottrina dell'effetto diretto è stata per la prima volta elaborata nel caso *van Gend & Loos* (CGUE, sentenza 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, C- 26/62), con cui la Corte afferma che «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri ed alle Istituzioni comunitarie».

⁴⁰ Con il caso *Rewe* (CGUE, sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C 33/76), la Corte afferma che l'ordinamento interno deve stabilire le modalità procedurali affinché i giudici nazionali svolgano compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta.

⁴¹ CGUE, sentenza 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, C-106/77.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 170/1984.

⁴³ A. Cardone, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, 340 ss.

diffuso europeo⁴⁴ e un conseguente movimento inverso di «ri-accentramento»⁴⁵. Come riconosciuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 296/2017, le violazioni che infrangono sia la Costituzione che la Carta dei diritti Ue «postulano la necessità di un intervento *erga omnes*». Intervento, quest'ultimo, che conduce al sindacato di legittimità costituzionale interno e alla c.d. «doppia pregiudizialità» escludendo l'antitesi oppure un ordine di priorità fra gli strumenti. In altri termini si potrebbe attivare una doppia tutela per i diritti fondamentali⁴⁶.

Con la sent. n. 15/2024, la Corte costituzionale afferma che la declaratoria di incostituzionalità «offre un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione». Nelle successive sentenze nn. 181 e 210/2024, nonché nn. 1 e 31/2025, la Corte riconosce al giudice comune, se vi è incompatibilità tra il diritto interno e il diritto Ue a effetto diretto, la piena disponibilità degli strumenti nel concorso di rimedi. Tra di essi – disapplicazione, questione pregiudiziale, questione di legittimità costituzionale – il giudice sceglie quale attivare in relazione alle caratteristiche del caso concreto (anche sent. n. 210/2024).

Nella sent. n. 181/2024 la Corte indirizza il giudice a promuovere l'incidente di costituzionalità, quando: 1) vi sia «l'esigenza di una pronuncia efficace *erga omnes*, che travalichi la singola controversia e offra ai consociati e al legislatore indicazioni inequivocabili. Tale esigenza si dimostra ineludibile a fronte di una normativa che coinvolge una vasta platea di interessati e si presta ad applicazioni reiterate»; 2) se «sussista un dubbio sull'attribuzione di efficacia diretta al diritto dell'Unione e la decisione di non applicare il diritto nazionale risulti opinabile e soggetta a contestazioni»⁴⁷; o ancora la dichiarazione di illegittimità costituzionale potenzia la certezza e l'uniforme applicazione del diritto eurounitario.

Pertanto, il sindacato accentrato si propone come ulteriore strumento per l'attuazione del diritto dell'Unione⁴⁸, che assieme al meccanismo diffuso è volto a «costruire tutele sempre più integrate»⁴⁹ nello spazio costituzionale europeo⁵⁰. Alla luce di ciò, si condivide il giudizio di chi ha affermato che la «sentenza n. 181 sembra così aver individuato un efficiente freno alla fuga dalla Costituzione, ancor prima che dalla Corte costituzionale»⁵¹.

Inoltre, la presenza di un atto come il regolamento consente alla Corte costituzionale di tutelare la sua identità costituzionale nell'ipotesi di conflitto con il diritto europeo. È questo un percorso che pure si potrebbe attivare, come ha dimostrato la c.d. saga Taricco⁵², nel caso

⁴⁴ D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 218.

⁴⁵ Ivi, 231 ss.

⁴⁶ Usa questa espressione F. Medico, *Il doppio custode*, cit., 248, richiamando il contributo della dottrina costituzionalistica al raggiungimento di tale esito, in particolare A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 149 e ss., e di M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Ead. (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 13 ss.

⁴⁷ Tutti i virgolettati del capoverso sent. n. 181/2024.

⁴⁸ Sulla Corte costituzionale al servizio del primato del diritto dell'Unione attraverso il ri-accentramento M. E. Gennusa, *Corte costituzionale e doppia pregiudiziale tra vecchio e nuovo anno: al servizio del primato e dell'effetto diretto?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2025, 231; sul ri-accentramento come chiave collaborativa di attuazione dei diritti cfr. A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 16.

⁴⁹ Corte costituzionale, sent. n. 181/2024.

⁵⁰ In tema di recente G. Pitruzzella, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2024, 795 ss.; F. Patroni Griffi, *La "crisi" del principio di legalità: sistema (?) delle fonti e sistema delle tutele nel costituzionalismo multilivello*, in *Diritto pubblico*, 2, 2025, 659 ss.

⁵¹ A. Chiappetta, «Sarà il giudice a scegliere il rimedio più appropriato»: l'inciso definitivo della Corte costituzionale tra sindacato accentrato di costituzionalità e meccanismo diffuso di attuazione del diritto UE, in *Federalismi.it*, 4, 2025, 104.

⁵² Dapprima con l'ordinanza n. 24/201 e poi con la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale sul conflitto tra l'art. 325 TFUE e con il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost. Tra i numerosi commenti v. almeno: B.

in cui i regolamenti della società digitale dovessero comportare «un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana» (sent. n. 183/1973).

Vi è poi un terzo profilo che pure vale la pena sottolineare del diritto «duro» della società digitale, e cioè il coinvolgimento della Corte costituzionale in presenza della doppia parametricità sui diritti fondamentali – rispettivamente nella Carta dei diritti fondamentali e nella Costituzione – attiva la possibilità di utilizzare la tecnica del bilanciamento «in un orizzonte integrato»⁵³.

Questo ragionamento serve a spiegare che l'evoluzione dei rapporti tra fonti interne e dell'Unione europea assume oggi una rilevanza particolare nel settore digitale. Non è infatti cambiata soltanto la fonte – con il passaggio ai regolamenti europei come principale strumento normativo – ma anche gli approdi sui rapporti tra Corti e diritti fondamentali. Si tratta di due percorsi autonomi, ma che, considerati congiuntamente, ampliano le possibilità di rendere effettiva la tutela dei diritti nel contesto digitale.

3. L'«antisovrano» nei regolamenti nella società digitale. La presenza di fonti di *hard law*, come si è scritto, apre nuovi canali di giustiziabilità per le norme direttamente applicabili. Tuttavia, tali canali convivono – e in parte restano compressi – all'interno di un sistema, qual è appunto quello dell'autoregolazione e della co-regolazione, che invece continua a essere schiacciato sulla procedimentalizzazione e sul *soft-law*⁵⁴.

Secondo alcuni autori, il progresso scientifico e tecnologico, riluttante ai confini statali o all'area di giurisdizione delle singole istituzioni internazionali, ha una sua propria capacità ordinatrice⁵⁵. Tale capacità produce regolarità di pari passo all'ordinamento giuridico, ma a differenza di quest'ultimo, l'ordine dell'algoritmo non è governato nei limiti e nelle forme delle procedure tipiche della forma di stato liberal-democratica⁵⁶. L'ordine dell'algoritmo si imporrebbe così sull'ordinamento giuridico con un suo proprio ordine e soltanto strategie di contenimento che siano accessibili all'uomo sarebbero idonee a conferire una direzione ordinatrice del pluralismo algoritmico.

Parallelamente, una diversa lettura – parimenti accreditata in dottrina⁵⁷ – invita a non

Guastaferrò, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 441 ss.; A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale è ferma sui «contro-limiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, 1 ss.; F. Viganò, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1281 ss.

⁵³ A. Di Martino, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2019, 777; sul recupero della legalità costituzionale, F. Medico, *Il Doppio custode*, cit., 297 ss.

⁵⁴ Per una lettura che mette in luce come il *soft-law* sottragga all'*hard law* una porzione della sua area semantica e sia iscritto nell'universo concettuale della *governance* confronta, criticamente, R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss. Sulla *governance*, come «metodo, per giungere a decisione collettive che struttura un processo politico alternativo al government», si veda S. Belligni, *Miss governance, I presume*, in *Meridiana*, 50/51, 2004, 181; in particolare, secondo l'A., la nozione di *governance* si riferisce ad attori e meccanismi, che si relazionano secondo logiche della negoziazione di tipo informale e interattivo, la direzione della decisione è a geometria variabile e segue la regola dell'accordo, più che del dominio. A ben vedere dall'interazione virtuosa delle grandezze di *governance* e *government* che si costruisce anche il sistema delle fonti in materia digitale.

⁵⁵ A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo: un nuovo ordinamento giuridico*, in Id. (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, 2024, 10. T. E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2023, 377.

⁵⁶ A. Sterpa, *ivi*, 13.

⁵⁷ Da ultimo L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2025, spec. 23 ss.

considerare la società digitale come un fenomeno spontaneamente a-territoriale e a-nomico. Secondo tale prospettiva, l'attuale configurazione della società digitale è piuttosto il risultato di una precisa scelta: quella di favorire l'espansione delle infrastrutture delle tecnologie emergenti, per accompagnare prima lo sviluppo del cyberspazio⁵⁸ e poi la cosiddetta quarta rivoluzione della tecnica⁵⁹.

Gli sviluppi della tecnologia sono strettamente collegati alla globalizzazione⁶⁰ e, quindi, anche alla consecutiva deterritorializzazione del diritto. Da qui deriva la problematica matrice delle sue regole transnazionali, le quali mettono in discussione sia il plurisecolare rapporto del *politico* con il *territorio* dello Stato⁶¹, ma soprattutto le due stesse categorie fondanti il modello di Westfalia. È insomma «l'intero triangolo sovranità-territorio-popolo su cui si basa la teoria dello Stato»⁶² a essere «in decostruzione»⁶³.

Gli studi di Schmitt sull'ordinamento spaziale concreto⁶⁴ hanno fornito il terreno teorico per l'elaborazione della formula dell'«antisovrano»⁶⁵. Con quest'ultima si indica quel potere che insidia e tende a soverchiare il sovrano⁶⁶, in virtù della concentrazione della forza di tipo economico e, dunque, si pone al di là dei meccanismi di limitazione e separazione del potere propri della tradizione costituzionalistica che riguardano la sfera economica.

Le trasformazioni del monopolio statale delle fonti primarie sono lette, da un'altra parte della dottrina, come l'espressione di un mutamento di funzione: lo Stato, in linea con il paradigma del diritto riflessivo⁶⁷, non detiene più l'esclusività della produzione normativa, ma diviene

⁵⁸ Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio, 8 di febbraio 1996 di John Perry Barlow.

⁵⁹ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

⁶⁰ Su tutti M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁶¹ L. Ronchetti, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 114, nota che alla deterritorializzazione dei confini politici degli Stati si contrappone la riterritorializzazione che segue interessi economici.

⁶² Ivi, 106.

⁶³ L. Ronchetti, *ibidem*. Similmente A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2010, 1896.

⁶⁴ C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, trad. ita, Milano 1991.

⁶⁵ Com'è noto è questa la formula con cui è descritto in chiave dicotomica al sovrano, le caratteristiche dell'antisovrano. Quest'ultimo, in particolare «non è un soggetto (ma semmai una pluralità di soggetti, oltretutto dallo statuto sociale altamente differenziato, che ben difficilmente potrebbero candidarsi a detenere il monopolio del potere «sovrano»); non dichiara la propria aspirazione all'assoluta discrezionalità nell'esercizio del proprio potere (cerca anzi di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo); non reclama una legittimazione trascendente (che sia la volontà di Dio oppure l'idea dell'eguaglianza degli uomini) ma immanente (gli interessi dell'economia e dello sviluppo, appunto); non pretende di ordinare un gruppo sociale dotato almeno di un minimum d'omogeneità (il popolo di una nazione), ma una pluralità indistinta, anzi la totalità dei gruppi sociali (tutti i popoli di tutto il mondo, o almeno tutti i popoli della parte di mondo che ritiene meritevole d'interesse); non vuole essere l'espressione di una volontà di eguali formata dal basso (si tratta infatti di un insieme di strutture sostanzialmente e talora formalmente - si pensi al FMI o alla BIRS - organizzate su base timocratica)». Così M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, 165; sulla contrapposizione tra attori economici globali e Costituzione economia nazionale v. anche F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, 43 ss.

⁶⁶ Una tesi differente discute della trasformazione piuttosto che dello svuotamento della sovranità. Nell'era della globalizzazione la sovranità popolare non è più sufficiente a legittimare e fondare la regolazione dell'ordine sociale. Ciò non significa che la sovranità ne esce fuori limitata, ma che muta la sua competenza, attraverso il collegamento e il compromesso con altri soggetti ed entità sovrane. Così F. Bilancia, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 37. L'A. sviluppa e riprende i lavori di M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, 106 ss. il quale, a partire dal pensiero spinoziano e dalla differenza tra *potestas* e *potentia*, dimostra che la sovranità si conserva e accresce la sua capacità di governare tramite nuovi strumenti, anche esterni, di legittimazione della sua *potestas*. Essi possono dunque derivare anche dalla collaborazione con enti terzi o dalla presenza di vincoli esterni.

⁶⁷ G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and Society Review*, 1983, 239.

«architetto di sistema»⁶⁸, responsabile della regolazione e del coordinamento dei diversi centri di produzione del diritto.

Tali elaborazioni sono utili per evidenziare talune caratteristiche delle fonti digitali prodotte dai privati, così sintetizzabili:

- a) la tendenza alla formazione di un diritto «privato del digitale», analogo alla *lex mercatoria*⁶⁹, ossia quel «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali»⁷⁰. Con l'ulteriore caratteristica che lo «spazio privato, occupato da esperti, portatori di interessi particolari, [che] si sovrappone ed inevitabilmente confligge con lo spazio pubblico»⁷¹;
- b) la progressiva disarticolazione delle fonti formali; a differenza di organizzazioni internazionali, a guidare la regolazione privatistica è l'autonomia degli attori privati, ai quali non sono riconosciuti compiti legislativi attraverso procedure di diritto pubblico. Tali attori agiscono per governare le proprie relazioni sociali⁷², ma la loro azione finisce per produrre effetti oltre il perimetro di siffatti rapporti e interferire sui diritti fondamentali dei cittadini;
- c) la legittimazione di tali regole non deriva dal circuito della rappresentanza politica, ma dal procedimento di formazione dell'atto stesso⁷³. In tal senso, si ricorre a forme di giustificazione già viste in ambito amministrativo, con «[l']*insulation* dal potere politico»⁷⁴.
- d) l'influenza esercitata sull'attività giurisprudenziale, che nella concretezza del caso può recepire e consolidare il diritto dei privati, cristallizzando così rapporti di forza economica⁷⁵. Emblematico in tal senso è il caso *Google Spain*⁷⁶, con cui la Corte di giustizia affida ai motori

⁶⁸ G. De Minico, *Le fonti del diritto: un'argine all'intelligenza artificiale?*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 79.

⁶⁹ F. Galgano, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993.

⁷⁰ A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, cit., 1897.

⁷¹ A. Lucarelli, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli, M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto. Atti del Convegno di Brescia - 24 novembre 2017*, Napoli, 2018, 128; lo stesso Autore in maniera più diffusa sui problemi di a-sistematicità e sulle anomalie del diritto giurisprudenziale «dal basso», *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, 3, 2024, 77 ss.

⁷² A. Beckers, *EU Law's Dark Private Legal Space: Researching Private Regulators and the Importance of Legal Doctrine*, in *EuConst*, 2020, 660.

⁷³ Similmente a quanto accade per i poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, legittimati dalla c.d. legittimità procedurale, in luogo di quella sostanziale. Si ricordano i due principali approdi giurisprudenziali. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007: «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»; Corte costituzionale, sent. n. 69/2017 «La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

⁷⁴ M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020, 179 ss.; ma anche G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 26. È stata, inoltre, sottolineata l'esistenza di un rapporto osmotico tra regolazione statale o dell'Unione europea e quella dal basso proveniente dal mercato, descritta incisivamente con l'immagine dell'ectoplasma normativo, per indicare che la produzione giuridica dall'alto funge «da “braccio secolare” che garantisce l'effettività di scelte normative assunte altrove», così R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, IV ed., Torino, 2023, 32.

⁷⁵ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 127.

⁷⁶ CGUE, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, C-131/12.

di ricerca la decisione sulla deindicizzazione, ossia del bilanciamento tra protezione dell'identità individuale e del diritto all'informazione⁷⁷.

In tale quadro, la strategia digitale dell'Unione europea si configura come un punto di svolta: un tentativo di superare i limiti dell'autoregolazione e del moto privatistico fondato sulla legittimazione «dal basso», per ricomporre un equilibrio più stabile tra interessi pubblici e poteri privati, orientato alla protezione dei diritti fondamentali.

Nondimeno, essa conserva al proprio interno tratti e logiche del precedente modello con le caratteristiche sopra descritte.

Insomma, le cesure tra vecchie e nuove fonti non sono nette, poiché quegli elementi che lasciavano le fonti *soft* prive di garanzia vanno disgregandosi, ma l'ordine del mercato⁷⁸ continua a rappresentare lo sfondo di riferimento.

Un'analisi di tipo sostanzialistico dei regolamenti consente di evidenziare con precisione questa persistente tensione.

4. L'autoregolazione e la co-regolazione nel DSA. La legge sui servizi digitali interviene a disciplinare il comportamento degli intermediari e delle piattaforme *online*, in prima battuta aggiornando il catalogo di esenzione previsto dagli artt. 12-15 della c.d. direttiva *e-commerce* (n. 2000/31); poi definisce specifici doveri di diligenza sulla base dell'approccio fondato sul rischio, ossia gli stessi non si applicano a tutti gli intermediari ma in modo proporzionato all'obiettivo di protezione delle libertà in un ambiente online sicuro e protetto dalla diffusione dei contenuti illegali, disinformanti e odiosi.

I doveri asimmetrici riguardano le piattaforme online e i motori di ricerca online entrambi di dimensioni molto grandi⁷⁹, poiché gli stessi, proprio in virtù delle loro grandezze, sono presenti in misura maggiore nell'ambiente digitale e quindi hanno maggiori responsabilità nell'attività di prevenzione e mitigazione dei rischi collegati alla diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi. Tali rischi comprendono possibili effetti negativi, attuali o prevedibili, per i diritti fondamentali⁸⁰, per il dibattito civico e i processi elettorali, nonché per la sicurezza pubblica, la violenza di genere, per la protezione della salute pubblica e dei minori e per il benessere fisico e mentale della persona.

Tale parte del regolamento è per i nostri fini particolarmente rilevante: è proprio l'approccio basato sul rischio a offrire un «compromesso regolatorio che dosa *private* e *public enforcement*», che «si accompagna infatti a meccanismi di co-regolazione più che a semplici impostazioni di *command and control* o di pura *self regulation*»⁸¹.

L'ultima parte del regolamento si completa con la disciplina sulla *governance* e le autorità di vigilanza competenti, ossia il coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro. Anche tale aspetto è rilevante, poiché guardiano del compromesso tra regolazione pubblica e privata è un'autorità nazionale – nel nostro ordinamento l'AGCOM.

⁷⁷ La dottrina ha commentato la pronuncia sottolineando il ruolo paracostituzionale che le piattaforme hanno finito per assumere, così O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, 22.

⁷⁸ N. Irti, *Il diritto della transizione*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, rist. 2016, 145 ss.

⁷⁹ Ossia quelle piattaforme così designate dalla Commissione in presenza di un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a quarantacinque milioni.

⁸⁰ Specificamente la dignità umana (art. 1 CDFUE), al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 CDFUE), la tutela dei dati personali (art. 8 CDFUE), la libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media (art. 11 CDFUE), la non discriminazione (art. 21 CDFUE), i diritti del minore (art. 24 CDFUE), la tutela dei consumatori (art. 38 CDFUE). Così art. 34, par. 1, lett. b).

⁸¹ Entrambi i virgolettati di E. Longo, *La disciplina del "rischio digitale"*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea*, cit., 77.

Ora, «ponendo di volta in volta le questioni della legittimazione e del controllo pubblicistico»⁸², è possibile distinguere i doveri di diligenza delle piattaforme almeno in tre gruppi: regole che servono a esibire l'attività di autoregolazione delle piattaforme; regole formalmente di *hard law* ma sostanzialmente di auto-regolazione; e, infine regole più propriamente riconducibili alla co-regolazione. Ai soli fini espositivi quelle del terzo gruppo verranno trattate nel successivo paragrafo.

Nel primo gruppo ci sono quelle disposizioni per le quali l'obbligatorietà e la diretta applicabilità – ossia i due elementi caratteristici della fonte regolamento – servono a cristallizzare e rendere trasparenti le procedure che rispecchiano «le regole implicite (cioè rappresentate dal codice della piattaforma che costringe i contenuti entro una propria architettura) ed esplicite (cioè contenute negli standard delle *community* e nei diversi termini e condizioni d'uso)»⁸³ delle piattaforme medesime.

Il riferimento è: all'art. 14 che prevede che siano rese pubbliche le condizioni generali in relazione all'uso dei servizi delle piattaforme. Tali informazioni riguardano le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami; all'art. 15 che introduce l'obbligo di pubblicazione dei resoconti da mettere a disposizione del pubblico, almeno una volta all'anno, dell'attività di moderazione svolte; all'art. 26 e all'art. 27, che impongono doveri di trasparenza rispettivamente per la pubblicità e sull'uso di sistemi di raccomandazione.

Infine, vi sono doveri rispetto ai quali il regolamento arriva in ritardo, poiché appunto già ampiamente assolti dalle piattaforme⁸⁴ e che si riferiscono alla c.d. censura privata⁸⁵, attraverso la sottoscrizione dei Codici di condotta⁸⁶. Vi rientrano: i doveri sul meccanismo di segnalazione e azione (art. 16), la motivazione della decisione (art. 17), la predisposizione di un sistema interno di reclami (art. 20), le tecniche organizzative necessarie per garantire priorità e decisioni senza indebito ritardo delle segnalazioni provenienti dai c.d. segnalatori attendibili (art. 22), l'adozione di misure sospensive (art. 23).

Sebbene, sul piano sostanziale, la dottrina si mostri tuttora divisa tra posizioni di segno «apocalittico»⁸⁷ e orientamenti più «integrati»⁸⁸ rispetto al sistema delineato, ciò che qui maggiormente rileva sono le implicazioni derivanti dall'intervento di una fonte regolamentare in luogo dei tradizionali meccanismi di auto-regolazione.

Tale passaggio segna un momento di discontinuità di particolare rilievo, poiché l'intervento della fonte regolamentare determina l'attivazione dei poteri di *enforcement* statali⁸⁹, in

⁸² A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, cit., 1898.

⁸³ F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022, 158.

⁸⁴ Che in realtà è un servizio essenziale per le piattaforme per la massimizzazione del profitto, e altresì per i partiti politici. Questi aspetti sono stati indagati da A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., spec. 111 ss.; v. anche G. L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 200.

⁸⁵ Sulle cui criticità cfr. ampiamente M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss.

⁸⁶ *Code of Conduct on countering illegal hate speech online* del 2016 e il *Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione* del 2022, per un'analisi v. P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 266 ss.

⁸⁷ G. De Minico, *Nuova tecnica per nuove disuguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *Federalismi.it*, 6, 2024, 14 ss.; E. Cocchiara, *La regolazione del digitale: tra self-regulation, codici di condotta ed authorities*, in *Nuove autonomie*, 1, 2025, spec. 401.

⁸⁸ C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 561. M. Orofino, *Il Digital Services Act tra continuità (solo apparente) e innovazione*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., 172.

⁸⁹ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 130.

particolare di quelli esercitati dalle autorità amministrative indipendenti e dalla stessa Commissione, chiamate a vigilare sull'esercizio del potere c.d. censorio. In altri termini, si fa leva anche sulla via amministrativa dell'integrazione europea⁹⁰.

L'elemento realmente innovativo risiede, tuttavia, nella possibilità che l'esistenza di una fonte normativa renda ora giustiziabile il sistema: le Corti (v. *supra* §2) potrebbero infatti incidere sulla sua stessa tenuta, imponendo garanzie più rigorose in ossequio al principio di legalità, o addirittura contribuendo a scardinare questa zona grigia per la libertà di espressione.

4.1. (segue) Le diverse ipotesi della co-regolazione nel DSA. Vi è poi il gruppo di disposizioni – quelle sui Codici di condotta degli artt. 45-49 – che rientra pienamente nel *corpus* normativo prodotto attraverso la tecnica della co-regolazione, ossia quella strategia europea presentata nella *Better Regulation Strategy*⁹¹.

Si tratta di una regolazione «ibrida» tra etero-normazione pubblica e auto-regolazione privata, ispirata dall'opera di Lawrence Lessig, *Code Version 2.0*, con il fine di mettere insieme il sapere specialistico con la tradizionale funzione legislativa⁹². La dottrina l'ha anche definito un diritto «a “formazione progressiva”», visto che «1) può subire modifiche per rispondere in modo efficace al mutamento tecnologico, e 2) [è] un atto di autoregolazione [che] può divenire successivamente un atto di co-regolazione, perché l'equilibrio tra potere pubblico e potere privato può variare nel tempo»⁹³.

La tecnica della co-regolazione è equiparata a quella della legge delega⁹⁴ o al rapporto «fra il livello di governo centrale e il livello regionale»⁹⁵. Con ciò si vuol sottolineare che vi è una fonte del Centro che ha legittimazione democratica e che pertanto può definire quali siano gli aspetti essenziali di cui la normativa deve occuparsi, indicando al privato, che interviene col suo bagaglio di conoscenze specialistiche, i criteri e i principi direttivi (o i principi fondamentali) e gli obiettivi da raggiungere. Il potere privato si comporta quindi come soggetto delegato o ente decentrato che stabilisce una disciplina di dettaglio⁹⁶. Peraltro, il parallelismo con la competenza concorrente consente di cogliere un'ulteriore indicazione metodologica: lo spazio di intervento privato può variare ed essere più o meno penetrante a seconda della «materia» coinvolta (rimanendo nel lessico della similitudine con l'art. 117,

⁹⁰ Sui metodi e forme si rinvia al testo di L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

⁹¹ Libro bianco sulla Governance Europea del 2001, COM/2001/0428 final.

⁹² Recentemente sul tema A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1031 ss.; sulla giusta opportunità del modello anche G. Mobilio, *L'Intelligenza Artificiale e I rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 415.

⁹³ I virgolettati sono di E. Frontoni, *Governare le tecnologie e con le tecnologie: l'impatto sulla produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2024, 165.

⁹⁴ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, 2023, 79.

Un ulteriore parallelismo è quello sviluppato da G. De Minico, *Diritti regole internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011, sulla base del criterio gerarchico. Secondo l'A. l'imposizione eteronoma delle finalità all'autoregolazione sembra conciliarsi con il principio di gerarchia delle fonti, secondo il quale il diritto privato può integrare e completare le disposizioni legislative primarie, ma non sostituirle. Se si ammettesse che l'autoregolazione potesse avviare *ex novo* la disciplina di un determinato settore, la sua funzione secondaria rispetto alla legge si dissolverebbe, minando la struttura stessa dell'ordinamento giuridico. Il diritto vincolante deve mantenere la sua posizione preminente, pena il rischio che il “diritto dei privati” si trasformi in un sistema autoreferenziale, funzionale esclusivamente agli interessi di chi lo crea.

⁹⁵ G. Di Cosimo, *La co-regolazione delle tecnologie digitali: il paradigma centro-periferia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2024, 275.

⁹⁶ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, 2023, 78.

Cost.), ma quando oggetto dell'intervento co-regolatorio sono i diritti fondamentali e la concorrenza la decisione del privato deve essere solo di tipo esecutivo⁹⁷.

Nella prassi, la co-regolazione non è mai identica al modello teorico, ma può assumere forme diverse, più vicine ora all'etero-regolazione ora all'autoregolazione, lungo «una scala di sfumature»⁹⁸ tra i due estremi.

La dottrina⁹⁹ ha identificato quattro variabili per verificare su quale dei due versanti l'atto normativo si colloca. Occorre, cioè, innanzitutto verificare: il «momento» dell'intervento pubblico, a seconda che l'autorità sia coinvolta nella fase o di elaborazione, o di monitoraggio, o di tutte le fasi della formazione e successiva vigenza dell'atto; la «natura» dell'intervento pubblicistico; l'«intensità» del medesimo; e infine, la «portata» giuridica della normativa privatistica, a seconda che sia attuativa, integrativa o addirittura innovativa per l'ambito su cui ricade.

Insomma, la co-regolazione si sta affermando come una procedura regolatoria a geometria variabile¹⁰⁰. Una prova di tale mutevolezza è fornita proprio da come le quattro componenti suindicate si combinano diversamente nelle disposizioni presenti nel DSA sui Codici di condotta relativi a settori diversi: contenuti illegali; pubblicità online; disabilità; protocolli di crisi.

Il primo Codice regolato è quello relativo alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici per l'esercizio dei diritti fondamentali (dignità umana, il rispetto della vita privata e familiare, la tutela dei dati personali la libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, la tutela dei diritti del minore e dei consumatori), per il dibattito civico e i processi elettorali, nonché per la sicurezza pubblica; per gli effetti negativi, attuali o prevedibili, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona. La Commissione è coinvolta a partire dalla fase dell'iniziativa: incoraggia e agevola la stesura del Codice, e nei casi specifici di rischio sistemico, può invitare le piattaforme di dimensioni molto grandi, le pertinenti autorità competenti, le organizzazioni della società civile e altre parti interessate, a partecipare all'elaborazione dei Codici di condotta. La Commissione, inoltre, può stabilire gli impegni ad adottare misure specifiche di attenuazione dei rischi. Con una formulazione non chiarissima l'art. 45, par. 3, stabilisce che la Commissione garantisce che i Codici di condotta definiscano chiaramente i loro obiettivi specifici, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, in particolare dei cittadini, a livello di Unione.

La Commissione è coinvolta oltre la fase dell'elaborazione, dal momento che i partecipanti riferiscano periodicamente ad essa e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali le misure adottate e i relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori contenuti nei Codici di condotta medesimi. La Commissione ha infine compiti di monitoraggio e in ordine all'eventuale riesame del Codice.

Inoltre, in caso di inottemperanza sistematica ai Codici di condotta, la Commissione può invitare i firmatari degli stessi a realizzare le misure necessarie.

Se sulle prime tre variabili la Commissione sembra assumere un ruolo che si estende lungo più fasi del procedimento di formazione e di monitoraggio, in realtà sono le piattaforme a continuare a mantenere il potere di determinare quali siano i contenuti illegali o le attività che

⁹⁷ G. Di Cosimo, *La co-regolazione*, cit., 282.

⁹⁸ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale*, cit., 80.

⁹⁹ Ivi, 80-81.

¹⁰⁰ A. Simoncini, *La co-regolazione*, cit., 1047.

determinano rischi sistemici, al pari delle azioni da adottare per scongiurarle. Nel considerando 106 emerge l'*intentio legis*: l'adozione, attraverso la cornice giuridica dell'art. 45, del già esistente Codice di autoregolazione contro le forme illegali di incitamento all'odio online nonché del Codice di buone pratiche sulla disinformazione rafforzato. La commistione tra autoregolazione ed eteroregolazione sembra quindi essere sostanzialmente privatistica e solo proceduralmente pubblicistica.

Vi è poi il secondo Codice di condotta, quello per la pubblicità *online*. Anche nel caso dell'art. 46 la Commissione svolge un ruolo di promozione e agevolazione, che coinvolga oltre alle piattaforme anche altri soggetti della pubblicità, o le organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio e le organizzazioni della società civile o le autorità competenti. In tal caso, la natura e l'intensità dell'intervento pubblico sembrano essere più incisive: la Commissione definisce l'obiettivo¹⁰¹, l'oggetto (in parte)¹⁰² e il tempo¹⁰³.

Un'articolazione simile delle variabili del rapporto eteronomia e autoregolazioni è presente anche per il Codice di condotta sull'accesso ai servizi del disabile, di cui all'art. 47¹⁰⁴.

Infine, vi è un percorso di co-regolazione per la definizione di Protocolli di crisi che le piattaforme adottano in presenza di fatti emergenziali e straordinari legati alla sicurezza e alla salute pubblica. Sembra questo il percorso di co-regolazione che espande più degli altri la componente pubblicistica su quella privatistica. L'art. 48 stabilisce che il comitato europeo per i servizi digitali può raccomandare alla Commissione di avviare l'elaborazione di protocolli di crisi volontari per affrontare situazioni di crisi che incidono sulla sicurezza pubblica o sulla salute pubblica.

La Commissione incoraggia e facilita le piattaforme all'elaborazione, può coinvolgere le autorità degli Stati membri, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nell'elaborazione, nella sperimentazione e nella supervisione. La Commissione può

¹⁰¹ L'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, nonché un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità online, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione della vita privata e dei dati personali.

¹⁰² a) La trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai destinatari del servizio per quanto riguarda le prescrizioni di cui all'articolo 26, paragrafo 1, lettere b), c) e d); b) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai registri a norma dell'articolo 39; c) informazioni significative sulla monetizzazione dei dati.

¹⁰³ La Commissione incoraggia l'elaborazione dei codici di condotta entro il 18 febbraio 2025 e la loro applicazione entro il 18 agosto 2025.

¹⁰⁴ 1. La Commissione incoraggia e facilita l'elaborazione di codici di condotta a livello dell'Unione con il coinvolgimento dei fornitori di piattaforme online e altri fornitori di servizi interessati, delle organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio e delle organizzazioni della società civile o delle autorità competenti al fine di promuovere la piena ed effettiva parità di partecipazione, migliorando l'accesso ai servizi online che, attraverso la loro progettazione iniziale o il loro successivo adattamento, rispondono alle particolari esigenze delle persone con disabilità.

2. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta perseguano l'obiettivo di garantire che tali servizi siano accessibili in conformità del diritto dell'Unione e nazionale, al fine di ottimizzarne l'uso prevedibile da parte delle persone con disabilità. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta rispondano almeno ai seguenti obiettivi:

a) progettare e adattare i servizi per renderli accessibili alle persone con disabilità rendendoli percepibili, utilizzabili, comprensibili e solidi;
b) spiegare in che modo i servizi soddisfano i requisiti di accessibilità applicabili e mettere tali informazioni a disposizione del pubblico in modo accessibile per le persone con disabilità;
c) rendere disponibili le informazioni, i moduli e le misure forniti a norma del presente regolamento in modo che siano facilmente reperibili, facilmente comprensibili e accessibili per le persone con disabilità.

3. La Commissione incoraggia l'elaborazione dei codici di condotta entro il 18 febbraio 2025 e la loro applicazione entro il 18 agosto 2025.

coinvolgere anche le organizzazioni della società civile o altre organizzazioni. Circa poi i contenuti, la Commissione definisce le misure¹⁰⁵ e gli elementi¹⁰⁶ che il Protocollo deve contenere, e se ritiene che lo stesso non affronti efficacemente la situazione di crisi o non garantisca l'esercizio dei diritti fondamentali, chiede ai partecipanti di rivederli. Le quattro ipotesi di co-regolazione mettono in luce come all'interno di questo nuovo paradigma descritto il ruolo della Commissione sia significativamente mutevole e con esso varia anche la componente pubblicistica: nel Codice sui contenuti illegali la Commissione svolge soprattutto un'attività di vigilanza, mentre nei Codici sulla pubblicità e sui servizi dei disabili fissa anche gli obiettivi; infine, per il Protocollo di crisi è lo stesso regolamento a fornire una base regolatoria minima, su cui poi si innesta l'attività della Commissione con indicazioni normative e obiettivi più dettagliati.

5. Le norme tecniche nell'AI Act. Le norme tecniche¹⁰⁷ possono essere qualificate come un'ipotesi di normatività attratta nell'orbita della co-regolazione. Difatti, vi è ibridazione tra soggetto pubblico e privato, con una cornice giuridica più avanzata di quella osservata con i Codici di condotta e definita nel reg. UE n. 1025/2012¹⁰⁸.

Si tratta di una precisa tecnica regolatoria europea che trova ispirazione nell'ordinamento tedesco per la disciplina degli impianti industriali, fondata «sul ricorso a clausole generali per la determinazione dei requisiti essenziali di sicurezza, sul rinvio agli standards elaborati da determinati enti privati di normazione, e sulla non obbligatorietà degli standards»¹⁰⁹.

L'AI Act, pur inscrivendosi in una cornice di *hard law*, introduce una significativa via di fuga attraverso la normazione tecnica prevista dall'art. 40, che demanda agli organismi privati di normazione tecnica la definizione dei requisiti *by design* per i sistemi di intelligenza artificiale a più alto impatto sui diritti fondamentali e la sicurezza, ossia i sistemi ad alto rischio e quelli di intelligenza generativa.

Tuttavia, la procedura delineata nel reg. UE n. 1025/2012 mette in luce una forma di co-

¹⁰⁵ Tali protocolli di crisi comprendano una o più delle misure seguenti:

a) la ben evidenziata visualizzazione di informazioni sulla situazione di crisi fornite dalle autorità degli Stati membri o a livello di Unione o, a seconda del contesto della crisi, da altri organismi competenti affidabili; b) la garanzia che il fornitore di servizi intermediari designi uno specifico punto di contatto per la gestione delle crisi; ove opportuno, può trattarsi del punto di contatto elettronico di cui all'articolo 11 oppure, nel caso dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi o di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, del responsabile della conformità di cui all'articolo 41; c) ove opportuno, l'adeguamento delle risorse destinate a garantire il rispetto degli obblighi di cui agli articoli 16, 20, 22, 23 e 35 alle esigenze che sorgono dalla situazione di crisi.

¹⁰⁶ a) I parametri specifici per determinare che cosa costituisca la specifica circostanza eccezionale che il protocollo di crisi intende affrontare e gli obiettivi che persegue; b) il ruolo dei singoli partecipanti e le misure che devono mettere in atto durante la fase preparatoria e in seguito all'attivazione del protocollo di crisi; c) una procedura chiara per stabilire quando debba essere attivato il protocollo di crisi; d) una procedura chiara per determinare il periodo durante il quale devono essere messe in atto le misure da adottare dopo l'attivazione del protocollo di crisi, periodo strettamente limitato a quanto necessario per far fronte alle specifiche circostanze eccezionali in questione; e) le garanzie necessarie per far fronte ad eventuali effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare la libertà di espressione e di informazione e il diritto alla non discriminazione; f) una procedura per riferire pubblicamente in merito a tutte le misure adottate, alla loro durata e ai loro esiti, al termine della situazione di crisi.

¹⁰⁷ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano 2008.

¹⁰⁸ Il regolamento modifica una corposa normativa già avanzata sull'armonizzazione tecnica dei prodotti volta a favorire il ravvicinamento delle norme tecnico-scientifiche degli Stati membri e dunque l'integrazione e la competitività nel mercato europeo dei beni. Per un approfondimento cfr. E. Chiti, *Normalizzazione*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, III, Milano, 2022, 771 ss.; A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto per la società digitale*, cit., 31 ss.

¹⁰⁹ A. Zei, *La normazione tecnica dell'Unione europea*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2003, 113.

regolazione, in cui la partecipazione pubblica e quella privata risultano più articolate e visibili rispetto a quanto analizzato per i Codici di condotta.

L'art. 2, reg. UE n. 1025/2012 esclude la vincolatività delle norme tecniche. Anche in questo caso, la loro efficacia si fonda su meccanismi di tipo incentivante, come la presunzione di conformità, che consente ai produttori di immettere i beni sul mercato senza sottoporsi a un'autorizzazione preventiva della pubblica amministrazione per rilascio del marchio CE.

Il coinvolgimento della Commissione all'elaborazione delle norme tecniche è, tuttavia, almeno astrattamente, incisivo e investe più momenti. Anzitutto vi è una fase di proposta che, in senso ampio, si potrebbe definire di «indirizzo generale»: la Commissione annualmente adotta un programma di lavoro per identificare le priorità strategiche in materia di normazione europea, tenendo conto delle strategie a lungo termine dell'Unione in materia di crescita.

Ai sensi dell'art. 10, reg. UE n. 1025/2012, la Commissione stabilisce i requisiti relativi al contenuto delle norme e un termine per la loro adozione, incaricando le organizzazioni europee della normazione (ossia organismi di rappresentanza di imprenditori nel settore elettrico, delle telecomunicazioni, e altre industrie, rispettivamente: CEN, Cenelec, ETSI) della loro elaborazione.

Le fasi di elaborazione delle politiche e delle norme sono cinque. Esse vanno dalla proposta all'accettazione dei lavori; alla discussione; alla presentazione di osservazione; all'eventuale revisione; e alla diffusione delle informazioni. Le organizzazioni europee incoraggiano la partecipazione anche di altri soggetti, in particolare le PMI, le organizzazioni ambientaliste e dei consumatori e le parti sociali.

In questo iter, ciascuno Stato o il Parlamento europeo possono opporsi alla norma in concreto definita, fornendo una spiegazione dettagliata. In tal caso, spetterà poi alla Commissione decidere se pubblicare, non pubblicare o pubblicare con limitazioni i riferimenti alla norma armonizzata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

L'intensità del coinvolgimento della Commissione nell'elaborazione delle norme tecniche, secondo una parte della dottrina, ne implica un avvicinamento agli atti delegati della Commissione ex art. 291 TFUE¹¹⁰.

Quanto alla loro sindacabilità, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla scorta della propria giurisprudenza in materia di atti atipici di *soft law*, ritiene di essere competente – ai sensi dell'art. 267 TFUE – a garantirne l'uniforme applicazione, includendo in tale controllo anche questo tipo di norme¹¹¹.

Pur provenendo da organismi di diritto privato, le norme tecniche costituiscono infatti misure di attuazione necessarie e strettamente regolate dei requisiti essenziali fissati dalla fonte europea (come, in questo caso, il regolamento n. 1689/2024).

Con la sentenza *Elliott*, tuttavia, i giudici di Lussemburgo non riconoscono un obbligo al giudice nazionale di non applicazione della norma di diritto interno in favore della norma tecnica. La norma quindi si occupa delle condizioni di accesso al mercato, ma non delle condizioni e delle modalità di uso concreto dei prodotti, pertanto «non vincola il giudice nazionale, adito con una controversia vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto privato in forza del quale una parte è tenuta a fornire un prodotto da costruzione conforme a una norma nazionale che recepisce tale norma armonizzata, né in relazione alla modalità di accertamento della conformità alle specificazioni contrattuali di un prodotto da costruzione né in merito al momento in cui deve essere accertata la conformità di quest'ultimo»¹¹².

¹¹⁰ E. Chiti, *Normalizzazione*, cit., 785.

¹¹¹ *Elliott c. Irish Asphalt*.

¹¹² *Elliott c. Irish Asphalt*.

Sembra quindi che l'ingresso della norma tecnica europea possa generare incertezze del diritto, nel momento in cui questa è chiamata a relazionarsi con l'ordinamento interno. Alla luce di quanto emerso, possono però evidenziarsi alcuni aspetti critici, giudizio peraltro condiviso dalla dottrina.

Un primo rilievo critico è relativo alla rappresentanza degli interessi coinvolti nella procedura descritta. È stato osservato che solo in Irlanda la *National Standards Authority* è un ente pubblico incardinato presso il Ministero per le Imprese, l'Occupazione e il Commercio, mentre nella maggior parte degli altri Stati membri il sistema di normazione «fa perno su soggetti privati»¹¹³, rappresentativi di una sola categoria: le imprese e, conseguentemente, la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Tuttavia, la legittimazione democratica delle procedure negoziate dovrebbe derivare dalla partecipazione di tutti i soggetti interessati, non solo degli operatori economici.

All'interno del mondo degli esperti, infatti, è necessario riconoscere e valorizzare la pluralità degli interessi rappresentati: accanto a quelli dell'impresa e della produzione, occorre includere anche le istanze provenienti dal mondo della ricerca e della cultura.

Le università e i centri di ricerca, pur rientrando tra gli esperti tecnici, esprimono valori e finalità differenti, legati alla conoscenza, alla responsabilità sociale e alla tutela dei diritti fondamentali.

Il loro coinvolgimento contribuirebbe, quindi, a rendere più equilibrata e rappresentativa la ponderazione degli interessi in gioco. Peraltro, questi soggetti, grazie agli investimenti previsti dal PNRR¹¹⁴ e alla Strategia Nazionale sull'IA¹¹⁵, sarebbero in grado di veicolare le elevate capacità specialistiche così acquisite sulle tecnologie, ed espandere contemporaneamente la democraticità, stante la presenza di valori diversi oltre quelli di libertà economica¹¹⁶.

Quanto poi al tema della legalità procedurale che sorregge l'azione di autorità prive di responsabilità politica, occorre richiamare il legame con la cosiddetta «legittimazione dal basso».

Essa rinvia all'idea secondo cui l'attribuzione del potere regolatorio è finalizzata a rispondere alle esigenze emergenti dal settore da regolare; di conseguenza, i regolamenti emanati dovrebbero ricavare le proprie regole dall'oggetto della regolazione stessa. In questa prospettiva, si è osservato come la regolazione di uno specifico segmento di mercato tende a essere partecipata e condivisa dagli operatori economici che vi operano¹¹⁷.

Poiché l'intelligenza artificiale non si esaurisce in un singolo ambito produttivo ma incide, con la stessa intensità, su settori tra loro eterogenei – dalla finanza all'educazione, dalla sanità, alla pubblica amministrazione – la categoria dei soggetti partecipanti all'elaborazione delle norme tecniche non può rimanere confinata ai soli operatori economici.

Essa dovrebbe, invece, riflettere la natura trasversale dell'IA, rendendo visibile e strutturata la pluralità di interessi, diritti e valori che la tecnologia coinvolge.

Sono antichi o forse, per certi versi, irrisolti i problemi relativi al rapporto tra scienza e diritto in relazione alle norme tecniche. È stato già sottolineato che quest'ultime adempiono a compiti «indispensabili ad un'economia poliarchica organizzata», e che presentano «un ruolo di potere (o di contropotere) nell'equilibrio dei poteri»¹¹⁸.

¹¹³ A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto per la società digitale*, cit., 47.

¹¹⁴ Componente 2 della Missione 4, Istruzione e ricerca.

¹¹⁵ Agid, *Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026*, 6 ss.

¹¹⁶ In questi termini si può adattare il pensiero di L. Carlassare, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-2, Milano, 2008, spec. 548.

¹¹⁷ G. Tarli Barbieri, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 944.

¹¹⁸ A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 251.

Prima dei processi di globalizzazione esso, infatti, si riferiva specialmente al sapere degli esperti come limite al potere della pubblica amministrazione e alle esigenze di coordinamento scientifico statale al potere regolamentare delle regioni¹¹⁹.

Tale condizionamento scientifico oggi sposta il livello di produzione dall'Esecutivo all'Europa.

Quando il rapporto scienza-diritto avviene esclusivamente a livello interno, la dottrina ha elaborato una potenziale soluzione, ossia: ritenere che i soggetti privati siano affidatari del compito di elaborare regole aventi valore pubblico come norme secondarie, da cui derivi «la conseguenza di poter considerare sindacabile, in qualsiasi sede, la violazione di dette norme ad opera tanto dei soggetti privati, tanto di quelli pubblici, nel pieno rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto»¹²⁰. Soluzione che tuttavia non può estendersi anche alle norme guidate dal sapere tecnico elaborate dagli organismi europei.

La vicenda delle norme tecniche conferma, dunque, che anche all'interno del sistema di *hard law* europeo permane una componente normativa di tipo privatistico. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, riconosciuta nel caso *Elliott*, assicura l'uniformità interpretativa, ma non genera un vincolo diretto nei rapporti tra privati. Da ciò scaturisce la conferma di zone d'ombra e di aree di incertezza, in cui il diritto basato sulla tecnica si muove tra effettività ed elusione del principio di legalità.

6. Conclusioni. Quanto precede non ha avuto l'ambizione di condurre a un epilogo chiuso, ma principalmente a una tesi di metodo: come osservare la normazione digitale e la trasformazione costituzionale dei processi normativi.

Insomma, la società digitale non si limita a produrre nuovi contenuti normativi, ma sta trasformando le forme stesse della normatività, obbligando la scienza giuridica a ripensare strumenti, metodi e criteri ordinatori tradizionali delle fonti del diritto.

Provando a tirare le fila, la riflessione ha perseguito l'obiettivo ambizioso di mettere a fuoco gli elementi di novità della fase regolatoria in corso e mostrarne le implicazioni metodologiche e costituzionali.

Per anni il dibattito si è concentrato sulla dimensione dell'efficacia privata e sul profilo prestazionale della *soft law* – cioè su quanto le regole private funzionassero nella pratica – trascurando però come la proliferazione di questi dispositivi abbia finito per ricomporre, a nuovi termini, il quadro pubblico della regolazione. Oggi, al contrario, assistiamo a una fenomenologia inedita: il diritto pubblico europeo entra nello spazio digitale non semplicemente per correggere i fallimenti della regolazione privata, ma per incanalare e talvolta valorizzare la capacità normativa di soggetti privati, producendo un regime ibrido in cui *hard law* e *soft law* si alimentano vicendevolmente¹²¹.

Questo cambio di fase impone pertanto una svolta metodologica. Il saggio si propone di affiancare alla tradizionale esegesi testuale – comprese le letture semantiche e sistematiche della norma – un'analisi empirica delle pratiche: procedure di co-scrittura, meccanismi di adesione volontaria, validazione tecnica, e modalità di *enforcement*. Solo con questa integrazione è stato possibile «recidere l'involucro del formalismo»¹²² e disvelare i rapporti di

¹¹⁹ Come testimonia la ricca casistica della giurisprudenza costituzionale su tale ambito, su cui A. Iannuzzi, *Riparto di competenze regolamentar fra Stato e Regioni: problemi e proposte di soluzione*, in D. De Pretis, C. Padula (a cura di), *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, Torino, 2023, 145 ss.

¹²⁰ La tesi di Predieri è ripresa e sviluppata in tal senso da F. Salmoni, *Norme tecniche e dottrina giuspubblicistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2017, 744.

¹²¹ Così interpreto anche il pensiero di A. Lucarelli, *Piattaforme e diritto pubblico. Linee di un percorso costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 3, 2024, 349 ss.

¹²² A. Lucarelli, *Il costituzionalismo tra tradizione e prassi*, Napoli, 2025, 72.

forza e le catene decisionali che precedono i testi. In altri termini: non basta leggere le parole della norma se non si interrogano anche i processi organizzativi, i modelli di *governance* e le dinamiche di legittimazione che ne consentono l'effettiva circolazione.

Da questa prospettiva emergono almeno tre snodi con cui il testo ha l'ambizione di inserirsi nel dibattito corrente in tema.

Il primo snodo è sulla funzione della forma-regolamento come «regola costitutiva»¹²³. L'adozione di regolamenti europei che agganciano strumenti di co-regolazione (codici di condotta, standard tecnici) ha reso la forma-regolamento un veicolo di eteroregolazione pubblico. Ciò ha due effetti concatenati: (i) rende più agevole la penetrazione del diritto europeo nel tessuto normativo nazionale, creando percorsi alternativi di normazione; (ii) accelera la produzione normativa perché affida alle istituzioni europee un ruolo attivo non solo di definizione, ma anche di orientamento e controllo delle norme tecniche e dei Codici di condotta. In questa luce, il regolamento cessa di essere mera cornice e diventa leva di trasformazione istituzionale.

Il secondo snodo è relativo alla congiuntura tra *soft law* e funzione amministrativa. Per lungo tempo la *soft regulation* ha operato su logiche attuative proprie, talvolta autonome rispetto all'apparato statale. Con il nuovo impianto europeo, tale separazione tende a contrarsi: la legge co-regolata precede e struttura l'intervento amministrativo, e la prassi amministrativa diventa il luogo in cui la co-regolazione si traduce in effetti concreti. Questo solleva due questioni su come si eserciterà la discrezionalità amministrativa quando essa si troverà a interpretare codici che sono il frutto di dialogo pubblico-privato. E su come le garanzie procedurali si affermeranno (trasparenza, partecipazione, motivazione), affinché l'azione amministrativa non si limiti a implementare pedissequamente interessi privati re-incardinati in strumenti regolatori europei. Naturalmente, tali attività vanno armonizzate con il quadro dei principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione: *in primis*, dunque, con l'art. 97 Cost.

Il terzo snodo è relativo all'*accountability* e all'*enforcement*. Oggi, molte scelte «tecniche» sono svolte da soggetti privati ma producono effetti giuridici e sociali comparabili a quelli della legge. Il rischio è duplice: da una parte, una «legge privata» non sottoposta a pubblicità, controllo e rimedi adeguati; dall'altra, una «legge pubblica» che si limita a delegare la decisione al privato senza strumenti di vigilanza operativa. In tema sarà rilevante implementare i dispositivi ibridi di *enforcement*, che combinino poteri di supervisione pubblica ai meccanismi di compliance intersoggettiva (*audit* indipendenti, *standard* condivisi, responsabilità contrattuale).

Nel complesso, il quadro che emerge non è semplicemente quello di un'innovazione di «contenuto», ma di una trasformazione delle «forme» e dei «metodi» della produzione normativa. Il diritto europeo non si limita ad aggiornare il catalogo delle regole: riscrive il modo in cui le regole nascono, si applicano e vivono nel «contesto».

La rintracciata eteronomia presenta, dunque, un carattere ambivalente: essa può rafforzare la protezione dei diritti attraverso strumenti più penetranti ed efficaci, ma può anche dar luogo a fasi di deregolazione democratica se non accompagnata da garanzie proceduralmente solide.

¹²³ La valorizzazione della distinzione tra regola costitutiva e valutativa nel contesto della legge statale è opera di F. Modugno, *La funzione legislativa, oggi*, in M. Ruotolo (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 19, che riprende la dicotomia di J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 1996. Un esempio di questa applicazione al rapporto tra fonti degli enti locali è fatto da S. Parisi, *Il «posto» delle fonti locali nel sistema*, in *Le Regioni*, 1, 2008, 155 ss.

Mi sembra che questo paradigma sia applicabile con successo anche al ruolo del regolamento europeo così come qui inteso.

In definitiva, il problema richiama la questione del rapporto tra le fonti e la forma di Stato e di governo. Le ambiguità che ancora caratterizzano l'organizzazione dell'Unione europea si riverberano inevitabilmente su una ricostruzione dommatica del sistema delle fonti della società digitale e, con esse, sulla tenuta dell'equilibrio tra autonomia privata e potere normativo pubblico, istituzionale, «*hard and binding*».

Forse è in corso una transizione costituzionale silenziosa, in cui la forza regolatoria delle istituzioni europee e la capacità autoregolativa dei privati coesistono in un regime ibrido di costituzionalismo tecnologico.

Il risultato è una spirale regolatoria in cui l'autoregolazione privata genera la normazione europea e quest'ultima rilegittima nuovi poteri privati. È dentro questa spirale che il diritto dovrà trovare – ove possibile – una nuova idea di sovranità regolatoria condivisa, capace di tradurre in garanzia costituzionale questa nuova grammatica digitale.

Abstract. Il saggio indaga, in prospettiva costituzionalistica, la trasformazione del sistema delle fonti del diritto nell'era digitale, alla luce del *Digital Services Package* e in particolare dei Regolamenti europei in materia di piattaforme digitali e intelligenza artificiale.

La nuova fase di centralizzazione del potere normativo a livello sovranazionale produce effetti rilevanti sull'ordinamento interno, dove si intrecciano le regole che disciplinano i rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea e si manifestano le metamorfosi delle fonti di *soft law*.

Da tale interazione emerge una nuova articolazione del potere, nella quale la normatività della tecnica assume una crescente rilevanza pubblica, non sempre tuttavia accompagnata da una adeguata legittimazione democratica.

Abstract. The transformation of the system of sources of law in the digital age is examined in this essay from a constitutional perspective, in light of the *Digital Services Package* and, in particular, the European Regulations on digital platforms and artificial intelligence.

The new phase of centralisation of regulatory power at the supranational level has significant effects on the domestic legal system. The rules governing the relationship between national law and European Union law are intertwined. The metamorphosis of soft law sources is evident.

A new articulation of power is given rise to by this interaction, in which the normativity of technology takes on increasing public relevance but is not always accompanied by adequate democratic legitimacy.

Parole chiave. Fonti del diritto – *soft law* – norme tecniche – Digital Services Act – AI Act.

Key words. Source of law – *soft law* – technical standards – Digital Services Act – AI Act.