

# Il principio di proporzionalità nell'ambiente digitale: modelli di bilanciamento e densità tecnologica

di Francesco Cirillo

**Abstract:** *The principle of proportionality in the digital environment: balancing models and technological thickness* – The contribution explores the principle of proportionality in the digital environment, analyzing its impact on constitutionalism, especially in continental Europe. It argues that proportionality, meant to balance clashing fundamental rights, can blur constitutional guarantees. The discussion takes a transnational perspective, emphasizing common aspects over differences among European states. The article first characterizes constitutional framework in the digital context, then discusses the role of proportionality in resolving value conflicts (and its theoretical assumptions), and explores the impact on the rule of law. It outlines digital-specific aspects and concludes with some final remarks on the possible rehab of constitutional guarantees in an increasingly ineffable regulatory context.

**Keywords:** Balancing rights; Digital environment; European constitutional law; Human-centered technology; Proportionality.

971

## 1. Premessa

Questo contributo affronta un tema specifico, il principio di proporzionalità nell'ambiente digitale, che risente di una questione più generale, quella dell'impatto del principio stesso sulla dimensione costituzionale e sull'assetto dello stato di diritto; un fenomeno con effetti transnazionali riscontrabili in ambiti diversi, soprattutto con riferimento all'Europa continentale<sup>1</sup>, che trova nella regolazione digitale un osservatorio privilegiato.

---

<sup>1</sup> Sul principio di proporzionalità, in modo non esaustivo, quanto alle origini nell'ordinamento tedesco cfr. E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 15 ss. Per tutti, sul trapianto di questa tecnica nell'ordinamento italiano, v. brevemente G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017 *passim*; quanto alla giurisprudenza costituzionale italiana, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in *Cortecostituzionale.it*, 2013. Più in generale, v. A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, 175 ss. (che peraltro attesta come la transnazionalità non sia confinata alla sola dimensione europea) e diffusamente in R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012. Occorre precisare, chiaramente, che il principio qui indagato non sia la ragionevolezza-proporzionalità che implica il raffronto con il *tertium comparationis*, che cioè sia la «proporzionalità cardinale» (intrinseca, non in tal senso

La tesi principale è che la proporzionalità, che pur si presenta come una conseguenza della necessaria ponderazione tra interessi e diritti fondamentali potenzialmente in conflitto, contribuisce a sfumare la trama di garanzie del costituzionalismo. Il principio di proporzionalità, infatti, postula soluzioni ai conflitti tra interessi e valori del tutto ortogonali rispetto al meccanismo decisionale democratico-rappresentativo<sup>2</sup>, offusca la prevedibilità dei riparti di competenze e delle stesse decisioni pubbliche, e così chiama in causa il sistema complessivo di pesi e contrappesi.

Nel dettaglio, il principio, sempre più invocato dalle regolamentazioni europee (dell'ambiente digitale<sup>3</sup> e non), implica il coinvolgimento di un ampio novero di attori (pubblici e non) nella ricerca di un equilibrio *ragionevole* tra i valori in collisione, al fine di sviluppare una tecnologia *human-centered*. Ciò, per un verso, determina una forte imprevedibilità della dimensione normativa dell'ambiente digitale<sup>4</sup> e, per altro verso, offusca la pregnanza della decisione politica sul conflitto tra diritti e interessi<sup>5</sup>. Il problema, per sua natura, impone una prospettiva metodologica teorico-generale rivolta nel complesso al diritto pubblico europeo, che cioè insista sulla transnazionalità<sup>6</sup> e sulle comunanze del fenomeno, piuttosto che sulle differenze tra Stati membri – comunque presenti – che, diversamente, un'indagine comparata potrebbe evidenziare. Il *focus* specifico, per queste ragioni, potrà anche essere rivolto al diritto interno, che costituisce un punto di osservazione emblematico e tutt'altro che atipico nello scenario europeo.

---

comparativa) e non già quella «ordinale», se si accoglie la classificazione introdotta da F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 160 ss.

<sup>2</sup> Se si vuole, anche secondo la paradigmatica caratterizzazione offerta da H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920, 1-12.

<sup>3</sup> Riferimenti essenziali possono farsi all'impianto del regolamento europeo UE/679/2016 (GDPR), che, per esempio, promuove la ponderazione tra diritti e interessi sin dalla progettazione delle attività di trattamento (l'approccio *by design*) o, similmente, nelle valutazioni di impatto; oppure, alla medesima logica che ispira i regolamenti UE/2022/1925 (cd. *Digital Markets Act*) e UE/2022/2065 (cd. *Digital Service Act*); o ancora, alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale – COM(2021) 206 *final*, 2021/0106, che fa propria la logica della ponderazione nel complessivo approccio *risk-based*. La centralità dell'equilibrio tra interessi contrapposti, nondimeno, era già evidente nella disciplina della direttiva “madre” (95/46/CE): per tutti, v. M.G. Losano, *Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in Id. (cur.), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari 2001, in particolare VIII ss.

<sup>4</sup> Se si vuole, di una “incalcolabilità” del diritto dell'ambiente digitale (secondo l'immagine che ne offre N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*).

<sup>5</sup> Un effetto generale, che si può denunciare in conseguenza dell'assunto caratterizzante gli ordinamenti democratico-liberali, cioè «che le scelte di sistema spettano alla politica e che alla tecnica compete indicare le compatibilità, senza assorbire l'intero campo discrezionale del decisore politico» (M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 254).

<sup>6</sup> Sul carattere della transnazionalità, in generale, v. anche L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 176 ss.; soprattutto, anche con riferimenti agli elementi transnazionali della cd. *lex informatica*, v. R. Tarchi, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *Oss. font.*, 2, 2021, 8.

A tal fine, occorrerà procedere a una caratterizzazione essenziale della legalità costituzionale tradizionalmente intesa e delle ragioni dell'impatto del principio di proporzionalità su tale assetto, anche con particolare riguardo al contesto digitale (§ 2); quindi, trattare delle ipotesi teoriche che assegnano alla proporzionalità e al bilanciamento un ruolo centrale nella composizione del conflitto tra valori (§ 3); poi, soffermarsi sul modo in cui la visione irenica della coesistenza tra valori, che è presupposta alla logica della ponderazione, incide sull'assetto dello Stato costituzionale di diritto (§ 4); dunque, tratteggiare le specificità del fenomeno nel contesto digitale (§ 5); per proporre, infine, alcune osservazioni conclusive (§ 6).

## 2. La legalità costituzionale dell'ambiente digitale e il principio di proporzionalità

La questione della legalità nell'ambiente digitale rinvia a un quadro di problemi generali relativi al rapporto tra legalità e giustizia nel costituzionalismo contemporaneo<sup>7</sup>, e a un complesso di problemi specifici che caratterizzano la regolazione delle tecnologie informatiche<sup>8</sup>. I due piani, lungi dall'essere nitidamente distinti, hanno intense interconnessioni, sia perché le ragioni di una presunta "crisi" della legalità sembrerebbero rafforzarsi per le peculiarità dell'ambiente digitale, sia perché i problemi del tutto nuovi prodotti dalla "rivoluzione digitale" difetterebbero di soluzioni adeguate, anche a causa delle aporie teorico-general e applicative del diritto contemporaneo.

Quale mera congettura ipotetica funzionale a un approccio al tema, per legalità in senso stretto<sup>9</sup> s'intenda qui – così *in primis* in materia penale, ma non solo – che il "principio" sia soddisfatto «allorquando la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione», poiché «

---

<sup>7</sup> Un quadro dei problemi è ampiamente illustrato in S. Fois, *La crisi della legalità: raccolta di scritti*, Milano, 2010 [breveviter, v. già in S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss.]. Cfr. anche: L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Milano, 1990, 1 ss.; R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 84 ss.; G. Acocella, *Appunti per una storia dell'idea di legalità*, Roma, 2015, *passim*; un *ensemble* di questioni in F. Pedrini, *La legalità inesistente*, in G. Acocella (cur.), *Materiali per una cultura della legalità 2022*, Torino, 2022, 1 ss. Il rapporto tra i concetti di *rule of law* e di stato di diritto, anche con riferimento al caso italiano, sono analizzati in R. Tarchi, *L'approdo europeo del Rule of Law. Riflessioni introduttive e di sintesi*, in Id., A. Gatti (cur.), *Il Rule of Law in Europa*, Genova, 2023, 20 ss., con interessanti considerazioni metodologiche e comparative nei diversi contributi del collettaneo.

<sup>8</sup> La bibliografia sul punto è molto vasta, ma una lettura unitiva delle principali questioni è in I. Pernice, *Staat und Verfassung in der Digitalen Konstellation. Ausgewählte Schriften zum Wandel von Politik, Staat und Verfassung durch das Internet*, Tübingen, 2020.

<sup>9</sup> Si può trasporre a questa riflessione la chiarificazione che offre F. J. Ansuátegui Roig (*El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias*, in *Doxa*, e.e., 2017, 47): «La noción de imperio de la ley puede ser entendida de diferentes maneras. Cabe un concepto estricto y un concepto amplio. El primero, hace referencia a la reivindicación del valor y de la posición de una norma específica —la ley— que ocupa una posición determinada en el sistema y que es expresión de la voluntad política del legislador. El segundo, supone una reivindicación del valor del Derecho como modelo de organización de las conductas que recurre a las reglas como estrategia normativa».

infatti necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (Corte cost., sent. n. 282/1990)<sup>10</sup>; una definizione che rinvia a concetti differenti, quali la riserva di legge, l'irretroattività delle norme, la determinatezza (sufficiente «precisione e pregnanza del precetto e della sanzione») e la tassatività (divieto di analogia e di formule espressive che la abilitino). In questa prima accezione, allora, possiamo riferirci a una legalità *della legge*, in quanto le originarie declinazioni della legalità sono sorte nell'orizzonte culturale che ha elevato la fonte legislativa, in un certo senso neoistituita dalla svolta del diritto moderno, a fattore ordinativo tendenzialmente esclusivo e non eterointegrabile<sup>11</sup>.

In secondo luogo, nello Stato costituzionale, questa accezione si completa con la conformità della legge alla Costituzione, nel senso che la norma ricavata dalla disposizione legislativa non è il fattore ordinativo esclusivo, ma rinvia a una dimensione fondamentale, dovendo la prima rendersi conforme alle norme sovraordinate desunte dal testo costituzionale (in materia penale, innanzitutto e per esempio, alle declinazioni del principio di legalità ora evocate)<sup>12</sup>. In questo significato più ampio, è possibile riferirsi a una legalità *costituzionale*<sup>13</sup>, secondo cui la distinzione tra sfera del lecito e

<sup>10</sup> Con richiamo a Corte cost., sent. n. 364 del 1988. Cfr. anche sentt. nn. 331/1991 e 295/2002.

<sup>11</sup> Il rilievo della non eterointegrabilità/esclusività della codificazione ottocentesca, per quanto sia discussa la sua effettività ed estensione, può costituire un ottimo esempio. Cfr., tra i vari, A. Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni nazionali*, Torino, 2018, 2 ss.

<sup>12</sup> In questa congettura ipotetica non si frequenta, evidentemente, il problema del regresso all'infinito del *neocostituzionalismo* (M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, 2017, 158 ss.), né il carattere ideale e regolativo di tali definizioni (su cui *funditus* in R. Bin, *Certezza del diritto e legalità costituzionale*, in *Specula iuris*, 2022).

<sup>13</sup> È evidente che l'espressione insista sui profili comuni con il principio di legalità *tout-court*, e che coincida con la categoria più consuetamente adottata di *legittimità* costituzionale, che richiama la conformità degli atti (amministrativi o giurisdizionali) alle norme autorizzative sovraordinate. Nondimeno, si osserva che «l'ancoraggio a quel deposito di valori e idealità consente il recupero del principio di legalità al più alto livello dell'ordinamento» (C. Ruperto, *La legalità costituzionale*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 21 dicembre 2021); e così si tratta di *legalità costituzionale* nel ripensamento dell'assetto teorico-interpretativo del diritto civile (P. Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012); della certezza del diritto come uno degli obiettivi che danno senso anche all'ordinamento costituzionale, al pari di quanto si afferma per la legge nello Stato di diritto (p. e., ancora R. Bin, *Certezza del diritto e legalità costituzionale*, cit.; oppure G. Silvestri, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars. int.*, 1, 2011, 95 ss.); o, in relazione ai rapporti tra ordinamenti, si può trattare «di un'antinomia tra la legalità costituzionale e quella convenzionale» (F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *DPC*, 5 aprile 2017, in particolare 10 ss.). Cfr. anche A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss. Per altro verso, proprio questo slittamento di significati tra il modello dello Stato di diritto e quello dello Stato *costituzionale* attesterebbe «che 'legalità' è una sorta di contenitore vuoto» (P. Grossi, *La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e postmoderna*, in *Giorn. stor. cost.*, 2008, 2, 1 ss.).

dell'illecito sia possibile sulla base (soltanto, in alcuni casi, e in massima parte, in altri) di una legge, la quale rispetti altresì le condizioni e i limiti imposti dal livello costituzionale, per forma e contenuto. Per quanto la seconda dimensione (costituzionale) integri la prima (legislativa), l'assetto continua a perseguire l'ideale della certezza e della prevedibilità che aveva ispirato dalle origini la "svolta" moderna. Anzi, in molte ipotesi è proprio la Costituzione a garantire limiti all'eventuale e imprevedibile arbitrio della legge, affinché sia tutelata proprio l'aspettativa di prevedibilità che il consociato deve poter riporre nell'ordinamento (si pensi, alla tassatività/determinatezza in ambito penale, al principio di irretroattività, alle riserve previste per i diritti fondamentali, ecc.).

Affinché tale aspettativa sia soddisfatta nel suo complesso, è necessario che l'ordinamento presenti un sistema di fonti al cui vertice gerarchico sia posta la Costituzione, la quale attribuisca alla sola legge (costituzionalmente legittima) una funzione del tutto peculiare e non altrimenti sostituibile: né attribuendo al potere esecutivo una funzione normativa generale e astratta<sup>14</sup>; né delegando ai privati simili funzioni, siano essi concepiti come singoli o ricompresi in formazioni sociali (associazioni di categoria, sindacati, commissioni di esperti, ecc.).

A ben vedere, però, tale aspettativa è tradita – almeno in casi eccezionali – proprio dal testo costituzionale: per esempio, sempre con riferimento al caso italiano, in ambito lavoristico, dall'attribuzione ai sindacati del potere (normativo, generale ed astratto) di «*stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria*» (art. 39)<sup>15</sup>. Ma non sarebbero soltanto le eccezionali attribuzioni di poteri normativi extra-legislativi a compromettere, nell'orizzonte contemporaneo, la legalità (*costituzionale e della legge*): essa sembrerebbe vacillare sia per ragioni teoriche, che per riscontri empirici, per via di fenomeni che per qualità e quantità non potrebbero essere più ridotti a mere eccezioni, ma descriverebbero una "regolare" disapplicazione del "principio di legalità"<sup>16</sup>. In questo senso, si affermerebbe una "crisi" della legalità.

Intanto, si è reso manifesto un complesso di problemi nel rapporto tra costituzioni e leggi che lo schema semplificato della legalità *costituzionale* ora descritto occulterebbe: le condizioni e i limiti dell'esercizio del potere legislativo richiedono un'intensa attività ermeneutica della giurisprudenza costituzionale, cosicché la conformità del livello legislativo a quello

<sup>14</sup> Si assiste sempre più e da tempo a una nuova forma di produzione normativa, dove funzioni tradizionalmente considerate esecutive assumono ora un carattere legislativo: A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtssetzung: Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen, 2000.

<sup>15</sup> Nonostante, si direbbe, la mancata attuazione dell'art. 39: «l'eventuale affermazione della "paralegislattività" di tali atti normativi non implicherebbe affatto il riconoscimento per essi del "valore" legislativo» (non sono sindacabili dalla Corte costituzionale; e, però, « in linea di fatto, i contratti collettivi hanno esteso la loro efficacia oltre i contraenti e, in linea di diritto, le leggi e la giurisprudenza hanno ad essi fatto spesso rinvio» (F. Modugno (cur.), *Diritto pubblico*, V ed., Torino, 2021, 218 ss.).

<sup>16</sup> *Contra*, si evidenzia che i dati di osservazione empirica forniti dalla (confusa) produzione sulle fonti del diritto non consentano di derivare assunti teorici a sostegno della tesi (R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, *passim*).

sovraordinato si presenta in modo molto più articolato (o disarticolato) e complesso di quanto sembrava avvenire in passato (qui un primo “dilemma”<sup>17</sup>). Poi, la legge – in parte per inefficienze e per carenze, in parte per necessità – si è spesso spogliata della funzione normativa sostanziale, delegando ad altri attori (istituzionali, tecnici o persino privati) la distinzione tra la sfera del lecito e dell’illecito. Similmente, l’emersione di ordinamenti sovranazionali e, su tutti, dell’Unione europea ha ulteriormente disarticolato il “sistema” delle fonti<sup>18</sup>. E tutti questi problemi – che non descrivono esaustivamente le ragioni della “crisi” – si connettono in modo inscindibile: la legge tradizionalmente intesa, allora, dovrebbe conformarsi a una legalità *costituzionale* integrata nel sistema multilivello europeo e internazionale, sia pure contemplando deleghe di porzioni del potere normativo (sempre più diffuse e meno eccezionali) a soggetti diversi dal Parlamento: alle autorità amministrative indipendenti, agli ordini professionali, agli organismi tecnico-scientifici, ai comitati etici, ecc.<sup>19</sup> Dunque, una gerarchia che sfuma sia nella tensione verticale, tra livelli sovranazionali e livelli interni agli stati, sia nella tensione orizzontale, tramite il coinvolgimento dei privati, con fenomeni di autoregolazione e tecnoregolazione<sup>20</sup>.

Per dimostrare quanto questi problemi generali relativi alla legalità *costituzionale* si rivolgano anche (e soprattutto) all’ambiente digitale, potremmo fare riferimento a un insieme corposo di casi recenti e di significativo interesse. Ma basterà citarne tre, alquanto noti al dibattito per ragioni eterogenee.

Innanzitutto, si può richiamare la vicenda che ha condotto all’emersione del diritto all’oblio: quanto al caso italiano, si è delineato dapprima un diritto alla cancellazione di determinate notizie dai siti che fungessero da sorgente informativa<sup>21</sup>; poi, si è affermato un diritto alla deindicizzazione dei nominativi dai motori di ricerca<sup>22</sup>; dunque, se ne è sancita la positivizzazione nel regolamento UE/679/2016 (sin d’ora GDPR)<sup>23</sup>; donde, da ultimo, si è assistito al suo pieno riconoscimento nel diritto interno “vivente”<sup>24</sup>. Il diritto all’oblio disegna un nuovo equilibrio tra

<sup>17</sup> R. Bifulco, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2012, 2.

<sup>18</sup> Una critica aspra, p. e., in A.J. Menéndez, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in 44 *J.L. & Soc.* 56 (2017), o Id., *The Existential Crisis of the European Union*, in 5 *Ger. L.J.* 453 (2013). Cfr. anche e più in generale M. La Torre, *A Demented World: Politics Without Politics, State Without State*, in 24 *Eur. L.J.* 247 (2018).

<sup>19</sup> Cfr. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 179 ss., e C. Pinelli, *Fonti-fatto e fatti normativi extra ordinem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1, 2010, 237 ss. Sulla normatività della deontologia professionale, v. E. del Prato, *Regole deontologiche e principio di sussidiarietà*, in *Rass. forense*, 2014, 2, 263 ss.

<sup>20</sup> Su cui cfr. 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 (cur.), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, 2023, 63 ss.

<sup>21</sup> Cass. civ., sent. n. 5525/2012.

<sup>22</sup> CGUE, C-131/12.

<sup>23</sup> Considerando nn. 65-66 e art. 17, II par., per cui il titolare del trattamento che abbia reso pubblici determinati dati «è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche».

<sup>24</sup> *A fortiori*, ancora con riferimento a una vicenda per cui il nuovo regolamento non era

i diritti dell'interessato (della personalità, alla riservatezza, ecc.) e gli interessi (pubblici, all'informazione) o i diritti dei controinteressati (il diritto soggettivo del singolo all'informazione attiva). Vero è che tale "nuovo" diritto all'oblio sia del tutto ascrivibile all'ordinario schema attributivo dei poteri costituzionali: si può osservare che il diritto sia stato affermato sulla base di "leggi" o altre fonti riconosciute formalmente dall'ordinamento, e in virtù del consueto esercizio ermeneutico (e nomofilattico) della giurisprudenza.

Nondimeno, certamente sul piano dei fatti, si deve notare che il principale formante dell'emersione di questo diritto sia stata l'interpretazione (e il ruolo del precedente) della giurisprudenza europea, la quale ha fatto rinvio alla Carta di Nizza, alla CEDU e al sistema della direttiva 95/46/CE (che a differenza dell'attuale regolamento non era direttamente applicabile e non riconosceva formalmente il diritto all'oblio); elementi fatti propri – da ultimo, quanto al contesto nazionale – dall'attività della Corte di Cassazione. E, in ogni caso, la condizione necessaria alla sua affermazione è la realizzabilità tecnica della cancellazione del contenuto (o della deindicizzazione). Pertanto, il nuovo assetto di bilanciamento tra diritti e interessi, la stessa distinzione della sfera del lecito da quella dell'illecito, non sembrerebbe aver seguito – questo quantomeno sarebbe il dato empirico – l'iter delineato dal modello di legalità *della legge e costituzionale* cui si è fatto cenno. Ma, comunque, il "nuovo" diritto introdotto non consegna una dimensione normativa stabile: la miglior prova è lo stesso art. 17 GDPR, che individua sette ipotesi in cui il diritto possa essere accordato; salvo poi mitigare il correlativo obbligo di cancellazione con quattro eccezioni significative, tra le quali spicca «*l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione*». In tal modo, la soluzione non può essere predeterminata se non convocando il principio di proporzionalità<sup>25</sup>.

Ancora, si potrebbe citare un insieme di provvedimenti sanzionatori che hanno interessato la piattaforma di *e-voting* cui faceva ricorso una nota forza politica per coadiuvare alcuni processi decisionali interni, la quale – così nel provvedimento del Garante *privacy* italiano, n. 84/2019 – non avrebbe goduto «delle proprietà richieste a un sistema di *e-voting*, come descritte, per esempio, nel documento "E-voting handbook - Key steps in the implementation of e-enabled elections" pubblicato dal Consiglio d'Europa a novembre 2010 e nel documento "Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting" adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14 luglio 2017, che prevedono la protezione delle schede elettroniche e l'anonimato dei

---

(ancora) applicabile *ratione temporis*, Cass. civ., sent. n. 3952/2022.

<sup>25</sup> CGUE, C-460/20, § 56: «La circostanza che l'articolo 17 [...] preveda espressamente che è escluso il diritto dell'interessato alla cancellazione allorché il trattamento è necessario all'esercizio del diritto relativo, in particolare, alla libertà di informazione, garantita dall'articolo 11 della Carta, è espressione del fatto che il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto, ma deve, come sottolinea il considerando 4 di detto regolamento, essere considerato in relazione alla sua funzione sociale ed essere bilanciato con altri diritti fondamentali, conformemente al principio di proporzionalità». Alcuni spunti di riflessione, su una declinazione specifica del conflitto di interessi in questione, in A. Punzi, *La corruzione tra memoria digitale e diritto all'oblio*, ne *L'Ircocervo*, 2020, 2, 90 ss.

votanti in tutte le fasi del procedimento elettorale elettronico. In altri termini, dovendosi stabilire se una piattaforma di voto elettronico fosse tenuta o meno all'anonimato del votante (al voto segreto), il riferimento ultimo preso in considerazione dall'autorità amministrativa competente è stato un documento di *soft law*, proveniente da un organismo internazionale<sup>26</sup>. Ancora una volta, si può registrare sul piano empirico che la distinzione tra lecito e illecito sia stata formalmente determinata da un provvedimento amministrativo (del Garante), e sostanzialmente in virtù di una "fonte" (solo cognitiva?) alquanto atipica, o comunque ignota all'assetto tradizionale. E solo attraverso il ricorso a questa costellazione di fonti atipiche che – *ex post* – è possibile ricostruire la ponderazione tra interessi in collisione.

Da ultimo, si consideri la vicenda che ha interessato l'attività provvedimentale del Garante in relazione a un noto *chatbot* basato su intelligenza artificiale e apprendimento automatico<sup>27</sup>. Il Garante, in breve e tra le varie, ha ingiunto alla società sviluppatrice l'implementazione di diverse misure: la predisposizione e pubblicazione sul proprio sito internet di un'informativa idonea; la messa a disposizione di uno strumento attraverso il quale esercitare il diritto di opposizione al trattamento dei dati; l'adozione di un sistema di *age verification*; la messa a disposizione di uno strumento per chiedere e ottenere la correzione di eventuali dati «o, qualora ciò risulti impossibile allo stato della tecnica, la cancellazione»; la promozione di una campagna di informazione, di natura non promozionale, su tutti i principali mezzi di comunicazione di massa italiani.

Simili vicende sono tutt'altro che eccezionali, e anzi illustrano una fisionomia sempre più precisa della regolamentazione europea del mondo digitale.

Forse, recentemente, la più emblematica successione di eventi è quella che ha interessato le condizioni di liceità della profilazione degli utenti dei *social network* ai fini di pubblicità comportamentale; una vicenda – che può essere qui solo evocata e non analizzata – la quale si articola in oltre dieci provvedimenti giurisdizionali e paragiurisdizionali, riferiti ad almeno sette ordinamenti differenti, nei quali la proporzionalità, declinata nei modi più disparati, ha consentito di "ridefinire" il quadro regolatorio, sino a escludere o limitare, volta per volta, le basi giuridiche del trattamento consuetamente adottate dalle piattaforme per legittimare la pubblicità comportamentale<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> «E-voting shall be organised in such a way as to ensure that the secrecy of the vote is respected at all stages of the voting procedure», art. 19, sezione IV, della raccomandazione CM/Rec(2017)5. Sul punto, per tutti, v. G. Di Cosimo, *In origine venne Rousseau. Le regole dei partiti sull'uso delle tecnologie digitali*, in Id. (cur.), *Processi democratici e tecnologie digitali*, cit., 7 ss.

<sup>27</sup> Allo stato, con riferimento ai provv. nn. 112 e 114/2023 del Garante *privacy*.

<sup>28</sup> Il riferimento è ai quattro reclami presentati dall'associazione NOYB in Francia (*vs. Google*), in Austria (*vs. Facebook*), in Belgio (*vs. Instagram/Facebook*), e in Germania (*vs. WhatsApp/Facebook*), su cui sono intervenute le decisioni del Garante *privacy* francese e del Consiglio di Stato (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, délibération SAN-2019-001, 21 gennaio 2019; Conseil d'État, decision 430810/2020, 19 giugno 2020), nonché le decisioni del Garante irlandese (*in primis*, IN-18-5-5 e IN-18-5-7); questo segmento si combina con l'altra questione sorta davanti all'*antitrust* tedesco (giunta alla Corte di Giustizia, CGUE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*

Di fronte a questi casi, come anticipato, il tradizionale ruolo primario della legge nel bilanciamento tra diritti e interessi risulta fortemente compromesso: dalla tensione verso ordinamenti sovranazionali; dall'attività paranormativa di nuovi attori istituzionali; dal riferimento alla documentazione di *soft law*<sup>29</sup>; e, non da ultimo, dal riferimento al contesto e allo stato dell'arte della tecnologia. Si direbbe, nel complesso, che la legge sia sostituita o integrata con un diritto «prodotto in via consuetudinaria da fonti interne o esterne riconoscibili e ricostruibili solo *ex post*»<sup>30</sup>. Un fenomeno che si manifesta con una frequenza e un'intensità che mutano la qualità del paesaggio<sup>31</sup>.

Se però molti di questi fattori sono ascrivibili ai problemi *generali* della legalità nell'orizzonte contemporaneo, alcuni caratterizzano maggiormente e in modo più *specifico* il contesto delle tecnologie *emergenti*<sup>32</sup>. Infatti, il contenuto di molti dei diritti che si rivolgono all'ambiente digitale (affermati per via di formanti spesso atipici rispetto allo schema di legalità ipotizzato in principio) si risolve in pretese a elevata densità tecnologica: intanto è possibile richiedere e pretendere la cancellazione, la deindicizzazione, la rettifica e, più in generale, le misure che rendano effettiva l'autodeterminazione informativa dell'utente, in quanto ciò sia tecnicamente possibile sul piano dello sviluppo del *software*. *A fortiori*, se si assume una prospettiva orientata alla *Drittwirkung*, secondo cui per via di un «effetto di

---

*Inc. and Others v Bundeskartellamt*); e con il procedimento avviato dal Garante norvegese (cfr. il provv. Datatilsynet, 14 luglio 2023, ref. 21/03530-16, e la sua conferma, in sede di impugnazione, Oslo Tingrett, 6 settembre 2023, sent. 23-114365); da ultimo, senza diffondersi sugli sviluppi in corso, il Comitato europeo per la protezione dei dati è intervenuto con una decisione vincolante (*EDPB Urgent Binding Decision on Processing of Personal Data for Behavioural Advertising by Meta*, 1° novembre 2023).

<sup>29</sup> Sul punto cfr. M.E. Bucalo, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018, relativamente 43 ss. e 5 ss.

<sup>30</sup> C. Pinelli, *Fonti-fatto e fatti normativi extra ordinem*, cit., 254.

<sup>31</sup> Questa massima generale è riconducibile a un noto *topos* hegeliano: «Nur dies kann etwa bemerkt werden, daß sonst die Bestimmung der Quantität vor der Qualität aufgeführt wird, und dies – wie das meiste – ohne weiteren Grund [...] Denn die Quantität ist die schon negativ gewordene Qualität; die Größe ist die Bestimmtheit, die nicht mehr mit dem Sein eins, sondern schon von ihm unterschieden, die aufgehobene, gleichgültig gewordene Qualität ist» [G.W. F. Hegel, *Werke*, Band 5, *Wissenschaft der Logik* (1812), Frankfurt am Main, 1979, 79-82; anche nell'edizione originale e senza adattamenti grammaticali, Id., *Wissenschaft der Logik*, Band 1, Nürnberg, 1812, 20]. Tale passo è reso celebre con ogni probabilità dall'uso che Engels ne fece [F. Engels, *Antidürring* (1878), trad. it. di G. De Caria, Roma, 1950, 132 ss.: «come è comico per es. il riferirsi alla confusa e nebulosa idea hegeliana che la quantità si muti nella qualità e che perciò un'anticipazione di denaro, allorché raggiunge un certo limite, semplicemente per mezzo di questo incremento quantitativo diventa capitale»]. Si tratta di un *topos* più volte richiamato dalla dottrina italiana per descrivere l'impatto delle nuove tecnologie nel mutamento qualitativo della società (per esempio, su tutti, M. Luciani, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Quest. giust.*, 2020, 1, 68).

<sup>32</sup> Anche definite come *disruptive technologies* da J.L. Bower, C.M. Christensen, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in 73 *Hav. Bus. L. Rev.* 43 (1995); nozione meglio sviluppata poi in Id., *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, 1997, *passim*.

irradiazione»<sup>33</sup> i diritti fondamentali si rivolgono ai rapporti privati con una «graduazione dell'efficacia», secondo ricostruzioni dogmatiche diverse<sup>34</sup>. Nell'ipotesi di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel contesto digitale<sup>35</sup>, la tutela del diritto si sostanzia in una singolare obbligazione (una pretesa relativa, *inter partes*) il cui contenuto si risolve in una prestazione che deriva – non in via esclusiva – dallo stato dell'arte della tecnologia. Si tratta, se si vuole, di singolari *Leistungsrecht* che (i) intercorrono tra privati, (ii) trovano nel fattore tecnologico una condizione necessaria (non sufficiente) alla loro istituzione, e (iii) sono “riconosciuti” per via di una costellazione di fonti sia atipiche, che a geometria variabile.

Del resto, lo stesso art. 25 GDPR prescrive che il titolare del trattamento metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate «[t]enendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento»<sup>36</sup>; senza che sia possibile, meno che mai sulla base della sola “legge”, predeterminare la valutazione di adeguatezza (e dunque della complessiva liceità) di una determinata attività in modo generale e astratto o, comunque, *ex ante*. Ma si giunge a considerazioni analoghe se si volge lo sguardo al *Digital Markets Act* (p. e. art. 6), al *Digital Services Act* (in modo emblematico, cfr. art. 27) o all'*AI Act* (art. 10). L'imposizione della prestazione trova nella “legge” una norma in bianco, la quale coinvolge un insieme di fatti e attori nella determinazione della norma applicabile al caso (un modello ben distante, parrebbe, da quello di cui all'art. 23 Cost.).

Se, forse, una simile constatazione può rivolgersi a tutti i settori caratterizzati da un'elevata densità tecnologica, nei quali di frequente il diritto cede il passo a fattori esterni o alla scienza<sup>37</sup>, ciò appare

<sup>33</sup> Si può far riferimento a un noto caso trattato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, che ha accolto quest'intuizione della dottrina: BVerfG, sent. 15 gennaio 1958, 7, 198, Lüth, secondo cui «das Verfassungsgericht hat lediglich die bezeichnete “Ausstrahlungswirkung” der Grundrechte auf das bürgerliche Recht zu beurteilen und den Wertgehalt des Verfassungsrechtssatzes auch hier zur Geltung zu bringen» (§ 25). Interessante, la decisione ben più recente – BVerfGE, sent. 22 febbraio 2011, 128, 226 – che ha confermato l'efficacia orizzontale tra “privati” nei casi in cui una delle parti sia un'impresa statale o a partecipazione statale, poiché – ancorando la *Drittwirkung* alla presenza dell'attore pubblico – ne nega la tenuta *inter cives* (e, quindi, affermando una versione limitata della tesi, la sconfitta).

<sup>34</sup> R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 563 ss.

<sup>35</sup> Su cui v. anche O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Medialaws*, 2018, 3, 138 ss., e G. Romeo, *Federalising and Constitutionalising a Legal Order: The Case For (Still) Entrusting the Bill of Rights With the Task of Full Integration*, in 21 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 40 (2018). La questione centrale, su cui si soffermano anche questi autori, consiste nella deformazione del modello economico liberale che si raggiunge tramite l'affermazione (più o meno intensa) dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali. Infatti, nell'orientamento orizzontale i diritti si trasformano da limiti del potere autoritativo a doveri di intervento nello spazio di autonomia concesso ai privati.

<sup>36</sup> Cfr. diffusamente in G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione. Pseudonimizzazione. Sicurezza*, Torino, 2017.

<sup>37</sup> Si sottolinea criticamente che «sul piano della normazione il fattore tecno-scientifico ha, più in generale, comportato la preferenza verso modelli regolatori nei quali l'esercizio delle funzioni normative, parlamentari e governative, ha finito per essere

quantitativamente più significativo nel contesto delle tecnologie *emergenti*, il cui rapido sviluppo ripropone le questioni regolatorie ad ogni momento innovativo, e – per tutte – nel contesto delle tecnologie informatiche, che si distinguono per la larga diffusione e l’impatto generale<sup>38</sup>.

Cosa resterebbe, dunque, della legalità in questo diritto dal volto irricognoscibile, sia esso “mite”, “muto”, “capovolto”, “proteiforme” o “incalcolabile”<sup>39</sup>?

### 3. Una legalità dei valori: prospettive di bilanciamento

Se rivolgiamo l’attenzione agli atti normativi e ai documenti istituzionali riferibili alle tecnologie informatiche, troviamo spesso il richiamo ai *valori* e ai *diritti fondamentali*, nell’idea che la tecnologia, in particolare la cd. intelligenza artificiale, debba incentrarsi sull’essere umano, e sui suoi diritti, che sia, cioè, una *human-centered artificial intelligence*<sup>40</sup>. Il richiamo all’importanza dei *valori* è del tutto consentaneo all’approccio secondo cui la loro composizione, nei casi di collisione, avvenga secondo la proporzionalità dei rapporti (e non già sulla base della decisione politico-democratica che “impone” la prevalenza di un interesse, nei limiti predeterminati dalla cornice costituzionale).

---

soppiantata da strumenti di *soft law*» G. Fontana, *Tecnoscienza e diritto al tempo della pandemia (considerazioni critiche sulla riserva di scienza)*, in *Oss. font.*, 2022, 1, 808.

<sup>38</sup> Un quadro dei problemi in A. Longo, G. Scorza, *Intelligenza artificiale. L’impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milano, 2020, *passim*. «Il diritto [in relazione allo sviluppo tecnologico] riesce a rispondere solo con notevole ritardo. Il diritto ha bisogno della forma, sebbene la regolazione giuridica sia sempre più spesso incapace di disegnare forme astratte idonee all’inquadramento dei fenomeni sociali» M. Luciani, *Quale identità*, in G. Conte *et al.* (cur.), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, 353.

<sup>39</sup> I riferimenti sono ad alcune delle aggettivazioni che descrivono, in ambiti affini, le trasfigurazioni in atto: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015; A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2016; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>40</sup> Per un quadro dei significati possibili e degli esempi dell’uso dell’espressione nell’informatica, cfr. B. Shneiderman, *Human-Centered AI*, Oxford, 2022, 145 ss. Da ultimo, v. A. Pirozzoli, *The Human-centric Perspective in the Regulation of Artificial Intelligence*, in 9 *European Papers* 105 (2024). Una visione fortemente critica della disciplina – qui in parte condivisa – è in V. Zeno-Zencovich, *Artificial Intelligence, Natural Stupidity and Other Legal Idiocieties*, in *MediaLaws*, 1, 2024, 1-4, il quale insiste sulla prospettiva distopica che sarebbe il presupposto ideologico della regolazione. Per altro verso, in relazione alla rappresentazione distopica delle tecnologie, si osserva che «[q]uesta narrazione è insidiosa perché suggestiva e perché mescola vero e falso» (A. Punzi, *L’umanesimo digitale: verso un nuovo principio di responsabilità?*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 2023, 1, 25). Tuttavia, anche dal punto di vista sociologico, non possono trascurarsi le ragioni che alimentano quella che fu descritta come la “sindrome del pesce rosso”, la percezione o la sensazione di essere continuamente osservati da tecnologie sempre più pervasive (cfr., su tutti, già M.G. Losano, *La sindrome del pesce rosso*, in *La rivoluzione informatica. L’automazione dei dati nuovo fronte decisivo nella guerra economica e industriale*, Torino, 1980, 51 ss.).

Per esempio, il regolamento europeo sulla protezione dei dati «rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati» (cons. 4, GDPR); o prevede «misure specifiche e appropriate a protezione dei diritti fondamentali e dei dati personali delle persone fisiche» (cons. 53). Parimenti, l'attuale proposta europea di regolamento in tema di intelligenza artificiale è volta «assicurare che i cittadini europei possano beneficiare di nuove tecnologie sviluppate e operanti in conformità ai valori, ai diritti fondamentali e ai principi dell'Unione»<sup>41</sup>. E già il primo dei cinque principi della Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi della Commissione europea per l'efficienza della Giustizia<sup>42</sup> – il “principio” «del rispetto dei diritti fondamentali» – invitava ad «assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale che siano compatibili con i *diritti fondamentali*». Lo stesso potrebbe dirsi con riferimento al *Digital Services Act*<sup>43</sup> o al *Digital Markets Act*, il quale opera «nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali delle imprese interessate [sic!] come pure di quelli di terzi»<sup>44</sup>.

Salvo ipotizzare che queste formule siano mere clausole di stile in funzione di preambolo (tesi forse condivisibile quanto alle espressioni inserite nei considerando, non però in relazione alle disposizioni propriamente nomotetiche), o che esse siano vuoti pleonasmî (ogni attività umana dovrebbe rispettare «tutti i diritti fondamentali», e non già perché lo imponga un regolamento europeo o un atto di *soft law*), è probabile che tali richiami vogliano riferirsi a un mondo di «valori» che faccia da sfondo a ogni concezione della legalità formale o sostanziale, che preceda i principi e le norme ricavabili dall'interprete<sup>45</sup>.

La prospettiva sarebbe, quindi, quella che caratterizzerebbe – a giudizio di autorevoli autori – il costituzionalismo del secondo Dopoguerra, i cui “principi” «assomigliano, nella loro formulazione universalistica e astrattizzante, ai principî di diritto naturale», pur non riferendosi a un ordine naturale immutabile, ma a «un assetto valoriale storico-concreto delle società politiche»<sup>46</sup>. Tutti i diritti costituzionali, prim'ancora di essere tali, sarebbero «anzitutto valori»<sup>47</sup>, e invocherebbero «una logica non

<sup>41</sup> Proposta COM(2021)206 final, cit., § 1.1.

<sup>42</sup> Adottata dalla CEPEJ nel corso della sua 31° Riunione plenaria, Strasburgo, 3-4 dicembre 2018; cfr. in particolare, p. 7, dove è richiamato l'approccio *by design*: «Si dovrebbero quindi privilegiare gli approcci etico-fin-dall'elaborazione o diritti-umani-fin-dall'elaborazione».

<sup>43</sup> Il cui «obiettivo di garantire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta siano efficacemente tutelati» (cons. 9, regolamento UE/2022/2065). La prospettiva etico-filosofica che sostiene la regolazione digitale, e il rapporto tra principi, valori e diritti è ben illustrata in R. de Asís, *Derechos y tecnologías*, Madrid, 2022, 94-100.

<sup>44</sup> Cons. 29, regolamento UE/2022/1925.

<sup>45</sup> Lo stesso Preambolo della Carta di Nizza recita: «I popoli europei nel creare tra loro un'unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni» (I cpv.); «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà» (II cpv.).

<sup>46</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 156.

<sup>47</sup> F. Modugno, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 18 (corsivo nella citazione).

inassociabile al formalismo giuspositivista, fondato sulla pura “legalità”<sup>48</sup>, ambendo persino a una (problematica, ma forse possibile?) qualificazione dogmatica<sup>49</sup>. Molto dubbia resterebbe l’eventuale definizione di questi “oggetti ideali”, ora collocabili in una dimensione deontica aprioristica<sup>50</sup>, ora invece distinti dai principi normativi, proprio perché questi ultimi sono deontici e i primi hanno carattere assiologico<sup>51</sup>. Del pari, si osserva che questi “valori” sarebbero «semplicemente ciò che è desiderabile»<sup>52</sup>, o, ancora, che essi non coinciderebbero con la precomprensione e i pregiudizi dell’interprete, ma sarebbero piuttosto ricavabili in un rapporto strumentale con i principi espressi, quali contenuti materiali (immanenti e propriamente giuridici) di un determinato ordinamento<sup>53</sup>. In questo senso, dunque, «l’idea di proporzione si accorda la cultura dominante dei diritti umani come fondamento e insieme τέλος della comunità politica»<sup>54</sup>. Si potrebbe anche affermare – seguendo un’ipotesi ricostruttiva non recente – che la positivizzazione del diritto naturale tentata dal costituzionalismo ambisca a disciplinare un sistema di beni, di valori o un sistema culturale “retrostante”<sup>55</sup>.

D’altro canto, se queste posizioni corrispondano a un’apertura delle costituzioni al diritto naturale, o una sua integrale composizione nel diritto positivo, non sembrerebbe neppure impostabile in un «rigido aut-aut»<sup>56</sup>. Autorevolmente, è stato anche sostenuto che la circolarità tra il riconoscimento dei diritti fondamentali da parte delle carte costituzionali che, tuttavia, li pongono, sia solo apparentemente contraddittoria<sup>57</sup>.

Il profilo che si vuole qui evidenziare, senza alcuna ambizione di prendere posizione sull’eventuale esistenza di un simile assetto di (meta-)valori e sulla sua caratterizzazione, è che simili concezioni aggiungerebbero ai due piani già descritti nel secondo paragrafo, la legalità della legge e quella costituzionale, un terzo piano di riferimento, quello della conformità a un sistema ulteriore (aprioristico o immanente, naturale o storico, soggettivo o

<sup>48</sup> A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2007, 4.

<sup>49</sup> Per tutti, A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, *passim*.

<sup>50</sup> N. Hartmann, *Ethik*, II ed., Berlin-Leipzig, 1936, 107 ss.

<sup>51</sup> «Principi e valori si distinguono così solo per il loro carattere, da un lato, deontico, e, dall’altro, assiologico», R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 171.

<sup>52</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 171; un’ipotesi soggettivista che per altro sarebbe compatibile con la natura aprioristica dei valori come “Vorurteile” (N. Hartmann, *Ethik*, cit., 113).

<sup>53</sup> F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 3, 4 ss.

<sup>54</sup> G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. AIC*, 2017, 3, 2.

<sup>55</sup> È p.e. la tesi di R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, 1928, 158 ss.

<sup>56</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 158.

<sup>57</sup> «È, dunque, da considerare ormai acquisito il dato per cui non v’è Costituzione (di un ordinamento liberal-democratico) senza diritti fondamentali e, circolarmente, non vi sono questi senza quella» A. Ruggeri, *La “fondamentalità” dei diritti fondamentali*, in *Diritti comparati*, 2023, 9, 4.

oggettivo, assiologico o deontico): una legalità dei *valori*<sup>58</sup>. Oppure, per contro, le prime due dimensioni della legalità sarebbero configurabili esse stesse come (alcuni dei) *valori* ricavabili dai numerosi principi immanenti ai testi costituzionali (in senso stretto, da quelli di legalità penale, di riserva di legge, ecc.; nel senso *costituzionale*, dalla «*legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge*», dal «*rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*», ecc.).

Parrebbe che questa ricerca di una definizione ulteriore dei *valori* “retrostanti” ai *principi* cadrebbe in un regresso all'infinito, nel senso che – in linea teorica – si potrebbe ammettere che anche i metaprincipi, o i valori assiologici, si fondino a loro volta su altrettanti metavalori, e così via<sup>59</sup>. Non sembrerebbe, a tal fine, neppure necessario evocare la concezione della verità di Tarski o l'incompletezza di Gödel per ipotizzare che, se per *valore* s'intende la verità intrinseca (*retrostante*) rispetto al principio positivo, che è strumentalmente connesso al primo, allora, l'interprete che operi “all'interno” del sistema giuridico non possa definire, in nessuna teoria formale del diritto sufficientemente completa o in un linguaggio giuridico formalizzato, la *verità* “di fondo” del principio costituzionalizzato<sup>60</sup>. La riflessione, al più, sembra arenarsi su nuove declinazioni del dilemma di

---

<sup>58</sup> «In effetti il costituzionalismo per valori, da un lato ha agito come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale, [...] dall'altro ha progressivamente complicato le logiche dei processi di applicazione giuridica, rendendoli permeabili ad apprezzamenti che non sono suscettibili di un rigoroso riscontro in termini logici» (G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale. Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 26 ottobre 2009, 1).

<sup>59</sup> L'argomento critico è riconducibile al saggio di J.A. Fodor, M.F. Garrett, E.C.T. Walker, C.H. Parkes, *Against Definitions*, in 3 *Cognition* 263 (1980).

<sup>60</sup> Quanto al primo, v. A. Tarski, *Il concetto di verità nei linguaggi formalizzati* (1933), Milano, 1963; su cui C. Pavese, *Alfred Tarski, Il concetto di verità nei linguaggi formalizzati*, in G. Bonino, C. Gabbani, Tripodi (cur.), *Biblioteca Analitica: i testi fondamentali*, Roma, 2020, 91 ss. Quanto al problema dell'indecidibilità dei presupposti di un ordinamento, con riferimento al rapporto tra Gödel e la teoria del diritto, v. D. Valitutti, *Logica del dover essere Gödel e Kelsen: un confronto possibile?*, in *Riv. fil. dir.*, 1, 2021, 209 ss.; e, meno recentemente, V. Mathieu, *Sistemi logici e sistemi giuridici. Impossibilità di autofondazione formale*, in *Riv. inter. fil. dir.*, 1970, 45, 225 ss. Entrambi gli argomenti, parrebbe, escludono che si possa costruire una *teoria del valore* giuridicamente formalizzata.

Per altro verso, all'impossibilità di giustificare i fondamenti teorici (o meta-etici) dell'ordinamento si perviene seguendo la prospettiva (e l'argomento del paradosso) di E.W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in E. Forsthoft (Eds), *Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien*, Stuttgart, 1967, in particolare, 60 [corsivo aggiunto]: «So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert».

Eutifrone (i principi sono giusti in quanto sanciti, o sono sanciti in quanto giusti?)<sup>61</sup>.

Del resto, proprio le teorie assiomatiche del diritto, non direbbero né «quali» sono i principi giuridici incorporati in ciascun ordinamento, ciò che solo la dogmatica giuridica relativa all'ordinamento indagato può dirci, né «quali devono essere» tali principi, ciò che è compito di una filosofia della giustizia<sup>62</sup>.

La questione – solo in parte, filosofico-giuridica – né implica anche un'altra di carattere (più) interpretativo e applicativo, di notevole interesse per l'ambito dell'indagine.

Qualsiasi concezione del *principio* quale “oggetto” deontico qualitativamente diverso dalla *regola*, meglio se connesso anche a un correlativo *valore* sul piano assiologico, consente di affermare che la collisione tra *principi*, o tra *valori*, non generi gli stessi effetti delle antinomie (tra *regole*). Infatti, la coesistenza di regole opposte, sul piano della validità, genera necessariamente una contraddizione (con affermazione di validità/efficacia dell'una a scapito dell'altra: *tertium non datur*), da cui consegue l'applicazione dei noti criteri di soluzione. Per contro, la proiezione del conflitto tra principi/valori sul piano assiologico eluderebbe questo effetto: infatti, «i conflitti di regole hanno luogo nella dimensione della validità, le collisioni di principi hanno luogo, invece, nella dimensione del peso, al di là della dimensione della validità, poiché solo i principi validi possono collidere»<sup>63</sup>; «del resto, è propria dei principi e dei valori la loro attitudine e rendersi relativi per potersi conciliare reciprocamente»<sup>64</sup>; e il bilanciamento «si compie sempre tra *principi*, che indicano beni, valori e interessi che vanno massimizzati»<sup>65</sup>; poiché «i valori o principi in opposizione si bilanciano, nel senso che il soggetto decidente ricerca un ragionevole contemperamento tra l'uno e l'altro, secondo determinate regole di preferenza e di priorità, cercando di salvaguardare il “contenuto essenziale” di entrambi i valori»<sup>66</sup>.

Diversamente argomentando, pur volendo riconoscere nei principi una diversità solo quantitativa rispetto alle regole per via della loro (maggiore) fondamentalità e/o indeterminatezza, si riconosce – in ogni caso – che il loro eventuale “conflitto” (la loro “collisione”, se invece si assume la differenza ontologica con le *regole*) non possa essere affrontato con i consueti criteri di soluzione delle antinomie, ma debba essere affrontato con gerarchie assiologiche e mobili<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> La domanda con cui Socrate pone in crisi Eutifrone: «Rifletti un po' su questo: il santo viene amato dagli dèi perché è santo oppure è santo perché viene amato dagli dèi?» Platone, *Eutifrone* (ca. 399-388 a.C.), trad. it. di M. Casaglia, Milano, 2003, 85.

<sup>62</sup> L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, II ed., Bari, 2012, 33.

<sup>63</sup> R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 110.

<sup>64</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 171.

<sup>65</sup> R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 37.

<sup>66</sup> A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2007, 2, 10.

<sup>67</sup> Così, in tema di «ponderazione» tra principi, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 206 ss. Infatti, l'ipotesi della ponderazione tra principi potrebbe persino rinunciare a determinate concezioni del bene, e fondarsi «sotto un velo di ignoranza».

In entrambe le classi di ipotesi interpretative, ne risulta che, in caso di collisione di principi/valori, la legalità *costituzionale* imporrebbe una giustificazione delle preferenze “proporzionata”: non già nel senso che si dia un’unica possibile soluzione corretta nei casi critici, ma che tra tutte le possibili scelte, il decisore politico possa collocarsi in uno spazio descritto da «curve di indifferenza», nelle quali i principi-valori in collisione (gerarchicamente parioridinati) pongano in relazione la realizzazione di un termine con l’importanza dell’altro termine del rapporto<sup>68</sup>.

Il confronto con le discipline economiche, che induce proprio a ipotizzare una genealogia economicistica dell’approccio<sup>69</sup>, si risolve principalmente nei tentativi di giustificare le preferenze del decisore (p. e., di quello politico in sede di sindacato di costituzionalità, ma non solo) applicando modelli propri della teoria dei giochi, delle teorie della scelta sociale o pubblica, i quali presenterebbero comunque criticità significative proprio in relazione al concetto di diritto fondamentale<sup>70</sup>.

Ciò, in astratto, «non dice ancora nulla su chi sia il soggetto situato nella posizione migliore per effettuare queste operazioni»<sup>71</sup>: il compito sembrerebbe spettare – per quanto delineato nel § 2 – al legislatore propriamente inteso; all’attività di metabilanciamento della Corte costituzionale; e, più ampiamente, a una ponderazione diffusa da parte di tutti gli interpreti (*in primis*, alla giurisprudenza e all’amministrazione, comunque vincolate alla legalità costituzionale; non da ultimo, a tutti i consociati cui l’ordinamento si rivolge).

Tornando al piano di indagine principale, è probabile che i richiami al rispetto del complesso dei *diritti fondamentali* e dei *valori* che si ritrovano negli appelli della regolamentazione e nelle normative dell’ambiente digitale siano da ricondurre a simili approcci. Per esempio, a chiare lettere, il considerando 4 del GDPR, nel ribadire che «[i]l trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell’uomo», esplicita che «[i]l diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»<sup>72</sup>. Similmente, il *Digital Services Act*

---

Si pensi per tutti a J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971-1999), S. Maffettone (cur.), VII ed., Milano, 2022, 33.

<sup>68</sup> R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 186 ss.

<sup>69</sup> Anche in C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1967), Milano, 2013, 19: «La conversione in valori, la “valorizzazione” (*Ver-Wertung*), rende commensurabile l’incommensurabile. In tal modo beni, scopi, ideali e interessi del tutto privi di relazioni [...] diventano confrontabili e suscettibili di compromesso, tanto che se ne potrebbe calcolare una quota nella distribuzione del prodotto sociale». Da quest’approccio, tuttavia, l’Autore fa discendere il predominio di certi valori su altri (*i. e.* la «tirannia»), invece che il compromesso. Sul punto, v. per tutti B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976, il quale fonda la dogmatica del bilanciamento nella *Wohlfahrtsökonomik* e nella *Spieltheorie* (155 ss.).

<sup>70</sup> Può farsi riferimento – non esaustivamente – al teorema di impossibilità di K.J. Harrow (*Social Choice and Individual Values*, Hoboken, 1951); e ad A. Sen, *Liberty, Unanimity and Rights*, in 43 *Economica* 217 (1976).

<sup>71</sup> G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 148.

<sup>72</sup> Sulle nuove dimensioni del concetto di *privacy*, in interazione e collisione con altri diritti, v. T.E. Frosini, *La privacy nell’era dell’intelligenza artificiale*, in *DPCE Online*, 1, 2022, 273 ss. Un’interessante analisi delle prospettive critiche è in E. Orrù, *Privacy:*

– in vario modo – fa propria questa concezione del bilanciamento e della proporzionalità: «*i diritti [...] dovrebbero essere ragionevoli, accessibili, attraenti, poco onerosi per i consumatori e proporzionati, nonché valutati caso per caso*» (cons. 59). E ciò, in ogni caso, delineando geometrie variabili di attribuzione della decisione (politica?) sul bilanciamento, le quali includono attori differenti da quelli individuati nell’assetto tradizionale delle fonti del diritto. Queste considerazioni, probabilmente, illustrano che la soluzione teorica della collisione tra valori prospettata dalla teoria della proporzionalità è del tutto ortogonale o, forse, indifferente rispetto al procedimento decisionale che caratterizza le democrazie costituzionali.

#### 4. La proporzionalità e la visione irenica della collisione tra valori

L’insieme delle prospettive teoriche ora evocate ha un effetto distorsivo sulle dimensioni della legalità congetturate nel secondo paragrafo<sup>73</sup>. Non sarebbe più (soltanto o soprattutto) la *legge* a determinare la compressione dei diritti fondamentali, nella consueta cornice della legalità *costituzionale*.

Il rapporto tra interessi e diritti fondamentali non è descritto nei termini di un possibile conflitto, ma piuttosto come una collisione che consente un contemperamento razionalmente perseguibile – sia definito esso come un bilanciamento tra valori o una ponderazione di principi –, cioè astrattamente raggiungibile da un novero indistinto di decisori, tra i quali svanisce il primato (costituzionalmente necessario e teoricamente funzionale) del Parlamento. Se, infatti, la decisione sulla prevalenza di un interesse su un altro è il frutto di una ponderazione razionale, sia pure sindacabile in sede giurisdizionale (eventualmente, anche costituzionale), è persino dubbio che tale operazione possa dipendere dalla primazia della “nuda volontà” parlamentare. Anzi, a ben vedere, qualsiasi decisore più prossimo al tema su cui intervenire, per ragioni tecnico-scientifiche o per interessi di categoria, apparirebbe in una posizione privilegiata rispetto al formante legislativo, che per natura valuta l’opportunità di scelte generali<sup>74</sup>. Al contrario, il legislatore rischierebbe di restare confinato in un’alternativa paradossale: o decidere secondo le “strette” della proporzionalità, seguendo l’*iter* razionale che si ancora alle valutazioni di idoneità e necessità; oppure esercitare una discrezionalità arbitraria, che sfocia in risposte sproporzionate e sbilanciate.

Nondimeno, di fronte a una prospettiva così (forse ingenuamente) irenica, «[c]ome non avvertire l’esistenza di uno scontro di prospettive e di valori? [...] Non sempre è possibile un fruttuoso bilanciamento»<sup>75</sup>.

---

*Scepticism, Normative Approaches and Legal Protection. A Review of the Theoretical Debate and a Discussion of Recent Developments in the EU*, in *DPCE Online*, 2, 2022, 779 ss.

<sup>73</sup> Per tutti, M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, IV, 2006, 1643 ss.

<sup>74</sup> V. il quadro dei problemi tratteggiati in A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., 10 ss. Cfr. anche A. Moscarini, *Fonti dei privati e Globalizzazione*, Roma, 2015, diffusamente e, con riguardo al rapporto tra decisione politica e norma tecnica, 91 ss.

<sup>75</sup> Ancora così M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1668. Si osserva, parimenti, che «le Corti europee, giurisdizioni incondizionate e incondizionabili perché “senza Stato e senza sovranità”, sono nelle condizioni ideali per agire come la più alta istanza di neutralizzazione» (G. Scaccia, *Proporzionalità e*

Ancora una volta, il riferimento alla fenomenologia dei casi può illustrare come la collisione tra valori (e la scelta preferenziale di un certo valore) non possa essere ricostruita secondo la visione pacifica della ponderazione. Anzitutto, quanto ai casi richiamati (§ 2), abbiamo osservato alcuni conflitti tra principi nei quali la scelta del decisore determina una netta prevalenza di un valore sull'altro: se nel contesto dell'informazione debba prevalere l'interesse pubblico e il diritto soggettivo alla verità o i diritti della personalità dei controinteressati; poi, se in un sistema (privato) di voto elettronico debbano prevalere le esigenze di trasparenza del sistema o di riservatezza del votante; infine, se il libero accesso a un servizio di intelligenza artificiale possa essere limitato da altri diritti soggettivi o interessi collettivi, eventualmente in danno dell'accesso degli utenti a una tecnologia emergente (ed economicamente rilevante). Posto che in nessuno dei casi la legge avesse determinato *ex ante* la prevalenza di un interesse tra quelli in conflitto, in queste nuove "geometrie", chi è il nuovo "custode"<sup>76</sup> della ponderazione?

Volendo allontanarsi dal contesto digitale, e rimanendo però in ambiti in cui la densità tecnico-scientifica appare comunque rilevante, potrebbe farsi riferimento alla questione del fine vita. Sia in relazione al diritto di rifiutare le cure<sup>77</sup>, che nel caso dell'assistenza al suicidio (si pensi alle sentt. nn. 242/2019 e 50/2022 della Corte cost.<sup>78</sup>), il conflitto tra diritti e interessi parrebbe aver seguito un *iter* in cui la centralità dell'attività parlamentare è stata superata dagli argomenti comparativi, dal dialogo tra le Corti, dal confronto con lo stato dell'arte del progresso medico, ecc. Emblematicamente, in questo ambito, non solo l'attività legislativa ha svolto un ruolo secondario (principalmente, al momento, consolidando i risultati giurisprudenziali nella l. n. 219/2017), ma è stato altresì escluso dalla Corte costituzionale – sia pure per ragioni attinenti al quesito e ai suoi effetti – il ricorso allo strumento referendario (sent. n. 50/2022). Inoltre, proprio in relazione alle questioni di fine vita, è ben evidente che la scelta del decisore, chiunque esso sia, determini una prevalenza ultimativa di uno degli interessi in gioco, che difficilmente può essere descritta come una ponderazione in cui l'interesse sfavorito sia comunque preservato nel suo "nucleo essenziale". Ma, intanto, la decisione (politica) sulla prevalenza avviene, e non è più così

---

*bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, op. cit., 29).

<sup>76</sup> Volendo adattare al contesto la felice espressione di A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

<sup>77</sup> Vicenda ormai nota e su cui la bibliografia è estesa. Tra i tanti, v. F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Riv. AIC*, 2019, 4, *passim*.

<sup>78</sup> Sulla vicenda Cappato-Antoniani (sent. n. 242/2019), v. per tutti e diffusamente i contributi nel collettaneo di G. D'Alessandro, O. Di Giovine (cur.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020. Quanto al dibattito sul quesito referendario in tema di assistenza al suicidio, v. i contributi contenuti nel fascicolo di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Amicus curiae 2021 – Nuovi seminari preventivi ferraresi. "La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p."*, in *Forum Quad. cost.*, 2022, 1.

agevole individuarne l'autore e «risalire la catena normativa»<sup>79</sup> delle norme autorizzative sovraordinate.

Da ultimo, proprio il contesto della pandemia ha offerto una casistica estesa di conflitti tra interessi (*in primis*, alla salute in entrambe le accezioni, individuale e collettiva) e diritti fondamentali (libertà personale, di circolazione, di iniziativa economica, di salute, esigenze di riservatezza, di protezione dei dati)<sup>80</sup>. In questo ambito, per esempio, a conferma del peso delle ragioni tecnico-fattuali nella costruzione della dimensione normativa, la «mera rilevanza internazionale dell'emergenza sanitaria, già dichiarata dall'OMS» è giunta a determinare, così nel caso italiano, la competenza esclusiva e omnicomprensiva dello Stato (in materia di «profilassi internazionale») in luogo dell'ordinario riparto di competenze<sup>81</sup>.

Si pensi, in particolare, alla sentenza n. 14/2023 della Corte costituzionale in tema di obbligo vaccinale, la quale ha ribadito la «logica della proporzionalità» nella giustificazione del trattamento sanitario imposto *ex lege*<sup>82</sup>, giungendo ad affermare che «il sindacato sulla non irragionevolezza della scelta del legislatore di incidere sul diritto fondamentale alla salute, anche sotto il profilo della libertà di autodeterminazione, va effettuato alla luce della concreta situazione sanitaria ed epidemiologica in atto» e che, quindi, la discrezionalità legislativa «deve essere esercitata dal legislatore alla luce «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»» (con rinvio alla sent. n. 5/2018).

<sup>79</sup> M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, 109.

<sup>80</sup> Cfr., sul punto, F. Pacini, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in «tempi difficili»*, relazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, Firenze, 18 giugno 2022, in *Gruppodipisa.it*, 1 ss. V. anche A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1453 ss.

<sup>81</sup> N. Viceconte (cur.), *La gestione della pandemia di Covid-19 nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio studi della Corte costituzionale, marzo 2023, 43. Tra i tanti, sul tema, F. Bocchini, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, 2, 2021, 1 ss.; G. Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al «regionalismo della separazione»*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2021, 102 ss.; A. Cardone, *Contrasto alla pandemia, «annichilimento» della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, 2, 311 ss.; L. Cuocolo, F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 3 ss.

<sup>82</sup> Affermando che «un trattamento sanitario obbligatorio, disposto *ex lege*, sia ammissibile alle seguenti condizioni: a) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; b) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze «che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»; c) se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (tra le altre, sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)».

In altri termini, alla conferma dell'assetto tradizionale delle fonti, ne conseguirebbe presto la sua parziale smentita: vero è che spetti alla legge il compito di imporre il trattamento sanitario (così, *ex art. 32 Cost.*), e che essa debba conformarsi all'orizzonte costituzionale (appunto, i limiti ivi espressi); tuttavia, tale rapporto tra legge e Costituzione rinvia alla valutazione sulla possibilità (tecnica e fattuale) di migliorare tramite la misura imposta lo stato di salute individuale e collettiva, sull'assenza di conseguenze "anormali" e "intollerabili" per gli obbligati alla vaccinazione, sullo stato delle conoscenze mediche, sulla «concreta situazione sanitaria», ecc. Da un lato, cioè, la legittimità costituzionale della legge dipenderebbe *apertis verbis* da un insieme di valutazioni tecnico-scientifiche, dall'altro sarebbe parametrata a un criterio di ottimizzazione degli interessi contrapposti (il miglioramento della salute collettiva e individuale, salvo tollerabili rischi) evidentemente riconducibile al paradigma economico (su cui, § 3), cioè per esempio alle teorie dei giochi (e della scelta sociale), e ai criteri di efficienza della misura imposta (efficienza propriamente paretiana, in questo caso<sup>83</sup>). Ancora una volta, secondo proporzione, la scelta legislativa non sarebbe più – soltanto – una decisione politica sulla prevalenza di interessi, ma si presenta irenicamente come una misura legittima, idonea, necessaria e bilanciata. In tal modo, lo spazio del costituzionalmente possibile è ridotto (quasi) a quello del costituzionalmente necessario e adeguato.

Sempre il contesto pandemico ha offerto un ulteriore laboratorio di risoluzione dei conflitti tra diritti e interessi opposti, stavolta proprio riferibili all'ambiente digitale, in relazione all'introduzione dell'*app* Immuni e del sistema del *green pass*. Nel caso di Immuni, in breve, le esigenze di protezione dei dati personali (soprattutto di quelli sanitari, ma non solo) dovevano essere bilanciate con quelle del tracciamento dell'infezione; e non sono mancate proposte tese a condizionare l'esercizio di taluni diritti, se non addirittura della libera circolazione, all'uso delle *app* di tracciamento<sup>84</sup>. Nel caso del *green pass*, invece, l'esercizio di alcune libertà è stato effettivamente subordinato all'esibizione della certificazione digitale attestante (indistintamente) l'avvenuta vaccinazione, la recente guarigione o comunque l'esito negativo di un test diagnostico. Ancora una volta, in entrambi i casi,

<sup>83</sup> Sul punto v. già G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 141, con richiamo al contributo di Alexy, secondo cui «the principle of suitability is nothing other than an expression of the idea of Pareto-optimality» (R. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 16, 2003, 135).

<sup>84</sup> Sugli aspetti critici del sistema dell'*app* Immuni e per un quadro complessivo, v. tra i tanti L. Trucco, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in *Giustizia Insieme*, 25 giugno 2020, 1 ss.; C. Bergonzini, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 704 ss.; C. Blengino, *Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, 21 ss.; M. S. Bonomi, *L'app Immuni: tra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, Paper 24 giugno 2020, 1 ss.; C. Colapietro, A. Iannuzzi, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020; V. D'Antonio, L. Saporito, *Modelli normativi di contact tracing tra ragione e volontà*, in *DPCE Online*, 2020, 2, 1 ss.; G. Della Morte, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 2; V. Zeno-Zencovich, *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in *MediaLaws*, 26 maggio 2020.

la decisione sulla prevalenza di un interesse sull'altro non ha visto la centralità dell'attività legislativa (comunque presente, per esempio con riferimento ai dd.ll. nn. 52/2021 e 127/2021), ma si è ancorata a un complesso di valutazioni tecnico-tecniche (corrette o meno) sulla proporzionalità delle misure possibili, integrate con una *road map* europea e internazionale (densa di atti di *soft law*) sugli interventi da compiere<sup>85</sup>. Chiaramente, ogni limitazione è apparsa come legittima, necessaria, adeguata e, dunque, proporzionata; salvo che – è notorio – i differenti ordinamenti abbiano compiuto *scelte* valoriali diverse.

A ulteriore conferma di un certo “irenismo” sul tema del conflitto tra valori, va registrata l'ampia diffusione dei test di proporzionalità che tradurrebbero la teoria del bilanciamento in una valutazione procedimentale distinta in fasi, secondo una tecnica sorta nel diritto amministrativo e costituzionale tedesco, e progressivamente fatta propria dalla giurisprudenza eurounitaria, dalla giurisprudenza CEDU e da quella interna<sup>86</sup>.

È così che il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, secondo il test della Corte tedesca, si declina in una procedura atta a sezionare la questione della proporzionalità di una misura compressiva di un certo diritto in vantaggio di un altro (o di un interesse) in quattro distinti ordini di valutazione e analisi: (1) sotto il profilo del *legitimer Zweck*, della legittimità del fine (è legittimo lo scopo del legislatore?); (2) dunque, la *Geeignetheit*, l'idoneità (la misura idonea è a raggiungere lo scopo o quantomeno a contribuire al suo raggiungimento?); (3) poi, l'*Erforderlichkeit*, la necessità (la misura è davvero necessaria, o è possibile adottare un intervento più mite?); (4) infine, l'*Angemessenheit*, la proporzionalità *im engeren Sinn*, in senso stretto (il punto di equilibrio raggiunto compromette del tutto i diritti coinvolti, o li preserva?)<sup>87</sup>.

Una simile procedimentalizzazione ha certamente il pregio di offrire un *iter* predeterminato alla valutazione sulla “collisione” tra diritti e interessi. Tuttavia, appare evidente che il sindacato sullo scopo legittimo della misura e sulla proporzionalità in senso stretto siano sottratti alla decisione politica del legislatore e si connettano intrinsecamente con gli altri due parametri,

<sup>85</sup> Un documento per tutti: *Joint European Roadmap Towards Lifting COVID-19 Containment Measures*, 2020/C 126/01, 17 aprile 2020.

<sup>86</sup> Quanto alla giurisprudenza tedesca, si può far riferimento a un'applicazione del principio nel contesto emergenziale, in relazione al coprifuoco disposto nel *Infektionsschutzgesetz*; la misura è stata giudicata costituzionalmente legittima dalla corte tedesca, «[d]a der Gesetzgeber die Wirkungen der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen zudem über Ausnahme-Tatbestände abgemildert hat und die Geltungsdauer der angegriffenen Regelung nach derzeitiger Rechtslage zeitlich relativ eng begrenzt ist, überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkung nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG» (BVerfG, 5 maggio 2021 - 1 BvR 781/21, Rn. 1-56). Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco v. ancora E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., 15 ss.

<sup>87</sup> Utili considerazioni metodologiche e analisi critiche, con riferimento al caso tedesco, in A. Gatti, *Il diritto giudiziale tedesco tra funzione integrativa e funzione sostitutiva della legge alla luce della disciplina sul diritto dell'informazione*, in *Oss. font.*, 1, 2020, 133 ss.

quelli della necessarietà della misura e della sua idoneità al raggiungimento dello scopo, che implicano frequentemente una prognosi ad elevata (se non a volte esclusiva) densità tecnico-scientifica. Così, con riferimento ai casi del contesto pandemico, la valutazione circa l'idoneità della misura in relazione al raggiungimento del suo scopo e della presenza di altre misure, più miti e comunque altrettanto idonee, rinvia "necessariamente" alla discrezionalità tecnico-scientifica, troppo spesso delegando alla dimensione scientifica una decisione sui valori che non gli è propria.

L'effetto complessivo dei test di proporzionalità, allora, sarebbe quello di stabilizzare una procedura valutativa che ancora la decisione politica a criteri inespressi nel testo costituzionale (nel caso, anche con il cd. rinvio alla scienza)<sup>88</sup>. In questo spazio, si apre una questione ormai non più nuova, cioè quella di iscrivere il meccanismo di trasmissione tra istituzioni tecnico-scientifiche e decisori politici o organi giurisdizionali alle categorie del costituzionalismo: magari, proprio in conseguenza della diffusa dislocazione di segmenti del processo decisionale pubblico, delineando nuove garanzie e nuovi controlli nei confronti degli attori tecnico-scientifici ora coinvolti nella (giustificazione della) decisione pubblica. Perché, d'altronde, considerato il rilievo della consulenza tecnica o della perizia nel processo, e così di un comitato tecnico nell'iniziativa legislativa o nell'attività amministrativa, non ricondurre queste istanze a un ordine il più possibile "certo" e "prevedibile"<sup>89</sup>?

In ogni caso, accade che la *legge*, nel conformarsi a una legalità *costituzionale* integrata dal sistema multilivello e dall'ancoramento al parametro tecnico-scientifico, sia tenuta ad attuare la sola misura compressiva di un certo diritto che sia strettamente necessaria e idonea a tal fine, quasi in esecuzione di un compito più riconducibile all'esercizio del potere/dovere dell'amministrazione che non alla discrezionalità politica tipica dell'attività legislativa. Soprattutto, sfumano in questa prospettiva le

---

<sup>88</sup> Per esempio, il secondo comma dell'art. 32 Cost. («Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge») non incontra nel testo altro limite esplicito che quello ivi espresso: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Nondimeno, la *legge* in questione dovrebbe anche imporre (soltanto) misure tecnicamente idonee, secondo un giudizio prognostico, nonché strettamente necessarie al raggiungimento dello scopo. In questa cornice, ad esempio, il legislatore, ben potendo (e dunque dovendo) introdurre una misura per il tracciamento dei contatti (fine astrattamente lecito), sarà altresì tenuto a introdurre la più mite tra quelle tecnicamente idonee, selezionando quella che non produca una totale soppressione del diritto (alla protezione dei dati, alla riservatezza, alla vita privata, alla circolazione, ecc.) sfavorito. In questa cornice, lo spazio di discrezionalità legislativa e l'assunzione di responsabilità politica si limitano a colmare il vuoto (epistemologico) lasciato dall'eventuale incertezza delle prognosi tecniche sull'idoneità e la stretta necessità della misura adottata, o la scelta tra misure tecnicamente e giuridicamente equiparabili (sarebbe questo, sul piano economico, la curva di indifferenza o, se si vuole, lo spazio delle soluzioni Pareto-efficienti, di cui *supra*).

<sup>89</sup> Finalità, peraltro, condivisa talvolta anche dal legislatore: si pensi alla riforma della consulenza tecnica, per effetto del d.m. 109/2023 del Ministero della giustizia nel contesto della cd. riforma Cartabia, che – regolando gli albi dei consulenti e i settori di specializzazione – ambisce a introdurre elementi di trasparenza e prevedibilità del sistema. Sul punto v. anche F. Fratini, *Intelligenza artificiale e consulenza tecnica nel processo civile*, in 20 *Actualidad jurídica iberoamericana* 1198 (2024).

ragioni dell'attribuzione alla funzione legislativa di un simile compito, la quale è piuttosto chiamata a condensare in un certo equilibrio di interessi le maggioranze parlamentari, e non già ad eseguire rigide valutazioni tecnico-procedimentali. Non può stupire, allora, il coinvolgimento di nuovi attori (istituzionali e privati) nella composizione di una *collisione* tra *valori* che nella teoria e nella prassi del diritto tende ad assumere questa fisionomia; né possono tacersi i dubbi circa la conformità di tale strategia di soluzione dei *conflitti* tra *interessi* con l'assetto tradizionalmente definito dalla Costituzione italiana, e così anche dagli ordinamenti che mostrano elementi di comunanza o forte analogia sul punto.

## 5. La legalità digitale tra proporzionalità e conflitto

Nei paragrafi immediatamente precedenti (§§ 3 e 4) ci si è limitati a delineare i tratti essenziali di una legalità *costituzionale* integrata con possibili teorie del bilanciamento tra principi/valori, registrando le criticità generali di una simile visione irenica del conflitto tra interessi, in una prospettiva unitaria che abbraccia in modo identico il contesto *analogico* e quello *digitale*. Se però è vero quanto osservato nel secondo paragrafo, è probabile che l'ambiente digitale abbia caratteristiche del tutto peculiari, che si presentano qui in misura quantitativamente maggiore o che consentono persino di delineare una diversità qualitativa di questo spazio<sup>90</sup>; e che tali specificità implicino una diversa declinazione del problema del bilanciamento.

Sotto il primo profilo, esistono caratteristiche che denotano l'ambiente digitale, forse maggiormente, ma di certo in modo analogo ad altri contesti della società. Per un verso, infatti, alcune più rilevanti applicazioni digitali presentano una diffusione transnazionale (più raramente una diffusione propriamente globale), la quale imporrebbe, di conseguenza, una regolamentazione sovranazionale. In questo senso, ciò sarebbe (parzialmente) vero per l'ambiente digitale, ma comunque registrabile anche in altri settori<sup>91</sup>. Quanto al piano della legalità *costituzionale*, il problema della transnazionalità delle tecnologie interviene sull'assetto della gerarchia delle

---

<sup>90</sup> Per esempio, A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo: un nuovo ordinamento giuridico*, in Id. (cur.), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, 2024, 9, pone l'accento su «l'affermazione della capacità ordinatrice dell'algoritmo rispetto alle relazioni umane che costituiscono da sempre il campo di azione del diritto positivo statale», ricostruendo un potenziale nomopoietico autonomo dell'AI che induce a prospettare una differenza ontologica di tale contesto (per altro verso, si pensi alla tesi di L. Floridi, *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014). In questa stessa direzione, v. già A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvetius d'Holbach. L'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003; recentemente A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 1, 87 ss.

<sup>91</sup> Per alcuni la *globalizzazione* sarebbe un fattore di de-costituzionalizzazione, secondo una linea interpretativa ispirata a N. Luhmann, ed emblematicamente ascrivibile a G. Teubner [breveviter, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in Id. (cur.), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, *passim*]. Similmente quanto al risultato dell'analisi, sul tema della globalizzazione del diritto, cfr. S. Cassese, *La globalizzazione del diritto*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 2009, 7 ss.

fonti determinando un aumento significativo della regolamentazione europea ed internazionale in luogo del diritto interno<sup>92</sup>. Non si tratta soltanto di un fenomeno quantitativamente rilevante: si consideri proprio il diritto alla protezione dei dati personali, un diritto fondamentale (sancito dall'art. 8 CDFUE, dalla Conv. n. 108/1981, e così riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana), il quale è massimamente presidiato da una fonte eurounitaria direttamente applicabile, il GDPR; un *unicum* nel contesto dei diritti fondamentali<sup>93</sup>, soprattutto di quelli esplicitati nelle carte nazionali, per i quali sono espresse – in varia forma – riserve di legge, cui consegue una regolamentazione principalmente interna<sup>94</sup>.

A ben vedere, lo sviluppo delle tecnologie informatiche condivide una certa rapidità con gli altri settori delle tecnologie emergenti, e sotto questo profilo mostra comunanze con altri settori della regolamentazione. Sia chiaro, qui non si vuole accogliere una visione entusiastica del progresso tecnologico, enfatizzando la presenza di continue innovazioni dirompenti; piuttosto, è evidente – basterebbe concentrare lo sguardo al contesto dei *social network* – che le tipologie e il *design* delle applicazioni informatiche muti con una cadenza quasi regolare, ma spesso estremamente più rapida di qualsiasi regolamentazione nazionale o sovranazionale<sup>95</sup>. A titolo solo esemplificativo, ancora con riferimento al GDPR, il “nuovo” regolamento ha iniziato il suo *iter* nel 2013 per diventare applicabile nel maggio del 2018, oltre vent'anni dopo la direttiva “madre” del 1995; una tempistica considerevole, se raffrontata al cambiamento dell'ambiente digitale degli ultimi dieci anni (dalla proposta di regolamento) o degli ultimi trent'anni (dall'apertura del dibattito donde si giunse alla direttiva 95/46/CE).

Se questi sono aspetti che rilevano per l'ambiente digitale in misura quantitativamente maggiore di quanto avvenga per altri settori della regolamentazione, esistono poi peculiarità che consentono di accedere a una prospettiva diversa sulla legalità di questo “spazio”.

Si consideri, a tal fine, la vicenda alquanto emblematica che ha interessato i cd. *cookie*, cioè (principalmente e in sintesi) le stringhe di testo che i siti *web* visitati dall'utente posizionano e archiviano all'interno di un dispositivo nella disponibilità dell'utente stesso: si tratta dei dati che i siti raccolgono al “passaggio” dell'utente e che trattano sia per finalità connesse alla fruizione dei servizi (“ricordare” l'avvenuto *log-in* anche nel caso di cambio di pagina), sia per informare terze parti del “passaggio” (i primi sono

---

<sup>92</sup> Nell'ambito della creazione del *Digital Single Market*, si pensi, oltre al GDPR e non esaustivamente, al *EU Cybersecurity Act*, al *Digital Service Act*, il *Digital Markets Act*, alle discipline e ai documenti di *soft law* nei settori del *copyright*, del settore audiovisivo, delle reti *mobile*, delle reti Internet (un quadro di insieme nel sito informativo dell'Unione: EUR-lex, <https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/31.html>).

<sup>93</sup> Sulla «protezione dei dati digitali come diritto costituzionale europeo», v. L. P. Vanoni, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale*, in *DPCE Online*, 2, 2019, 1218 ss.

<sup>94</sup> Per tutti, v. diffusamente C. Colapietro, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli, 2018.

<sup>95</sup> Il rapporto tra rapidità dell'innovazione e approcci regolatori è osservato, tra i tanti, in F. Romeo, *Il governo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (cur.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1243 ss.

detti *cookie* tecnici, i secondi possono essere rivolti alla profilazione dell'utente per finalità pubblicitarie).

Sul punto, il Garante *privacy* italiano è intervenuto con le *Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento* del 10 giugno 2021<sup>96</sup>. La fattispecie richiama una complessa intersezione di normative europee (e interne che le recepiscono o le ripetono)<sup>97</sup>, di documenti di *soft law* e di atti amministrativi (cui ascrivere le linee guida stesse, insieme con i pareri del Gruppo Art. 29 e altri precedenti documenti prodotti dalla medesima autorità garante della protezione dei dati). All'esito di un processo ermeneutico e diacronico piuttosto articolato, sono state delineati alcuni obiettivi di ottimizzazione della tutela dell'utente: l'integrazione l'informativa, il rafforzamento del consenso, l'autodeterminazione informativa, e – soprattutto – la traduzione di tutto ciò nei principi di *privacy by design* e *by default*. Il precitato applicativo di questi obiettivi è l'obbligo di predisporre un *banner* a comparsa immediata, in cui sia data notizia dell'uso da parte del sito di *cookie* non tecnici, sia fornito il *link* all'informativa, sia richiesto il consenso (complessivo e/o separato per ciascuna finalità di utilizzo), garantendo così l'autodeterminazione informativa del fruitore del servizio<sup>98</sup>. Non importa – in questa sede – se tale soluzione tecnica realizzi “davvero” un migliore equilibrio del rapporto tra libertà di iniziativa economica e diritto alla protezione dei dati, o se essa garantisca la migliore tutela dei diritti dell'utente. Occorre piuttosto evidenziare che l'obbligo di *banner* non è ricavabile da alcuna delle disposizioni generali che si rivolgono alle fattispecie; e che sarebbe stato impossibile predeterminarlo, senza che lo sviluppo (informatico) delle piattaforme lo avesse imposto – progressivamente – prima come prassi, poi come *standard* tecnico, quindi come *standard* “normativamente” avallato dall'interpretazione dell'autorità garante, infine come *standard* accolto dall'interpretazione delle corti<sup>99</sup>. Dunque, una norma propriamente intesa (chiunque tratti *cookie*, deve predisporre un *banner* informativo, tramite cui l'utente possa prestare il proprio consenso complessivamente o separatamente alle tipologie di trattamento dei dati) sorge *in primis* dalla possibilità tecnica di sviluppo di una soluzione di ponderazione degli interessi in gioco – condizione necessaria e non già sufficiente –, e poi dall'*opinio iuris ac necessitatis* della soluzione tecnica; *opinio* affermata trasversalmente dagli attori (istituzionali e non) coinvolti nella regolamentazione del settore (ben prima, peraltro, che si riscontri una *diuturnitas* della sua implementazione).

L'esempio illustra in che modo lo stato dell'arte, il contesto tecnologico, lo sviluppo del *software* e le prassi degli *stakeholder* incidano sulla dimensione normativa, soprattutto perché nello “spazio” cui le regole si rivolgono, per via della sua artificialità, si assiste a una sovrapposizione tra

---

<sup>96</sup> Provv. n. 231/2021.

<sup>97</sup> In particolare, tra le varie: la direttiva quadro 2002/21/CE; la direttiva *ePrivacy* 2002/58/CE; il GDPR (reg. UE/679/2016); il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003), profondamente modificato dal d. lgs. 101/2018 per l'adeguamento al GDPR e da altri interventi; le direttive 2009/136/CE, 2009/140/CE e il reg. CE/ 2006/2004.

<sup>98</sup> Cfr. la *Scheda di sintesi* allegata (n. 1) al provv. n. 231/2021.

<sup>99</sup> In tema di *banner* per i *cookie*, cfr. CGUE, C-673/17.

le regole tecniche che lo costruiscono e quelle propriamente giuridiche che ne possono orientare il *design* verso i “valori” fondamentali<sup>100</sup>.

Le tre caratteristiche dell’ambiente digitale ora descritte, l’aterritorialità<sup>101</sup>, la velocità del suo sviluppo e l’artificialità, sono solo alcune delle varie osservabili, ma consentono già di trattare in modo più specifico la questione della legalità *costituzionale* in quest’orizzonte.

In primo luogo, il rapporto tra legalità *della legge* e legalità *costituzionale* si articola in una geometria variabile (e a tratti sconfinata) di fonti del diritto sovranazionali o (solo apparentemente) fattuali, che incidono sull’equilibrio tra diritti e interessi<sup>102</sup>. Basterebbe il riferimento al GDPR, ai *Digital Service Act* e *Digital Markets Act*, alla proposta sull’AI, e alla normativa *ePrivacy*, per richiamare un complesso di disposizioni e considerando caratterizzato comunque da un frequente ricorso a principi generali, e in ogni caso bisognoso del complemento dell’attività delle autorità di controllo, della giurisprudenza, del *soft law*, ecc.<sup>103</sup>

Quindi, in secondo luogo, la velocità dello sviluppo tecnologico e la lentezza delle risposte istituzionali consegnano – almeno allo stato – a nuovi attori istituzionali, se non anche agli *stakeholder* destinatari delle stesse norme, un potere di complemento e integrazione della dimensione normativa, che concorre nella scelta decisionale sulla prevalenza di un interesse su altri<sup>104</sup>, così rendendo etero-integrabile il complesso regolatorio ora tratteggiato.

---

<sup>100</sup> Una riflessione sui profili teorici della tutela dei diritti fondamentali nei rapporti orizzontali è in A. Simoncini, *Il linguaggio dell’intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Riv. AIC*, 2, 2023, 1-39.

<sup>101</sup> Su questo aspetto, v. da ultimo G. Smorto, *Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 339 ss.

<sup>102</sup> Sul rapporto tra la nozione di fonte fatto e le norme straniere, v. anche C. Pinelli, *Fonti-fatto e fatti normativi* extra ordinem, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 2010, 1, 237 ss.; in senso fortemente critico, contro una “normatività” dei fatti, e richiamando il «divieto di violare la “grande divisione” tra fatti e valori ed incorrere nella “fallacia naturalistica”» (R. Bin, *La normatività del fattuale*, Modena, 2021, 7 ss.). Secondo altri, il comportamento (fattuale) concorde dei consociati e il combinarsi delle aspettative reciproche è pur sempre un accordo, una convenzione (B. Celano, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, 2010, 173 ss.). Non si può negare, in generale, che «[i]l sistema delle fonti fatto appare ancora come una nebulosa assai poco definita del nostro universo giuridico-costituzionale, i cui contorni, con il passare del tempo, non hanno perso di incertezza sia per quanto riguarda i loro rapporti con le fonti costituzionali scritte che al proprio interno nella distinzione tra l’una e l’altra» (A. Saitta, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, in *Riv. AIC*, 2, 2014, 11).

<sup>103</sup> «Sorge un dubbio, che rampolla dalla dottrina del liberalismo: è davvero opportuno che lo Stato legiferi con la presunzione di volere regolamentare lo spazio aperto e libero di Internet?» (T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine*, 25 maggio 2020, 482); come pure si osserva che «oggi è superfluo speculare su come arginare il progresso» L. Corso, *Intelligenza collettiva, intelligenza artificiale e principio democratico*, in Aa. Vv. (cur.), *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 559.

<sup>104</sup> S. Sileoni, *Autori delle proprie regole*, Padova, 2011. cit., 14 ss.; più recentemente, Ead., *I codici di condotta e le funzioni di certificazione*, in V. Cuffaro, R. D’Orazio, V. Ricciuto (cur.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019. Sul più ampio tema del potere regolamentare dei privati, basti il riferimento a E. del Prato, *I regolamenti privati*,

Infine, gli stessi adempimenti da imporre ai destinatari delle regole, che determinerebbero gli equilibri tra diritti e interessi in concreto, non sembrano essere il prodotto della scelta del decisore politico, quanto piuttosto l'effetto delle strategie di *design* dei *software* delle piattaforme stesse, le quali, sviluppando un determinato dispositivo, delineano in tal modo un modello possibile di bilanciamento<sup>105</sup>.

Nel complesso, la tensione verticale verso ordinamenti sovranazionali, quella orizzontale verso fattori paranormativi via via più prossimi alla realtà fenomenica regolata (autorità amministrative indipendenti, associazioni di categoria, ecc.), la necessità di rincorrere un orizzonte di prassi in rapido mutamento e, non da ultimo, la sovrapposizione che nell'ambiente digitale si realizza tra regole di costruzione del *software* e regole propriamente giuridiche, sono tutti elementi che consegnano una visione del tutto disarticolata della gerarchia delle fonti, del rapporto tra *legge* e *Costituzione*, se non anche dei rapporti tra fatto e diritto, tra essere e dover essere<sup>106</sup>. Di fronte a una simile complessità, è innanzitutto evidente che il «garante dei diritti fondamentali» o se si vuole, anche il «custode della ragionevolezza»<sup>107</sup>, sia forse mutato: forse, «[a] tirar delle somme, garanti dei diritti siamo (e dobbiamo essere) tutti noi»<sup>108</sup>.

Nondimeno, in questo scenario, la responsabilità della scelta sul conflitto tra interessi opposti rischia di sfumare in direzioni sempre più incerte, sino a perdersi in luoghi che ne offuscano la trasparenza; al moltiplicarsi dei diritti enunciati sembra corrispondere una loro perdita di effettività; e la legalità, che implicherebbe l'esistenza (o quantomeno l'ideale regolativo) di un ordine certo e predeterminabile, si risolve in un rinvio a un sistema assiologico di valori il cui concreto atteggiarsi appare sempre più insondabile<sup>109</sup>.

---

Milano, 1988, *passim*. Sul dibattito internazionale, invece, v. i contributi nel collettaneo di S. Prakash Sethi (ed.), *Globalization and Self-Regulation. The Crucial Role that Corporate Codes of Conduct Play in Global Business*, London, 2011.

<sup>105</sup> Su questi temi, v. anche A. Cardone, «Decisione algoritmica» vs decisione politica. *A.I. Legge Democrazia*, Napoli, 2021, *passim*.

<sup>106</sup> *Apertis verbis*, è stato autorevolmente affermato che «il sistema delle fonti si è fortemente aggrovigliato» (nella conferenza stampa di incontro con i giornalisti, il neo eletto Presidente della Corte costituzionale, A. Barbera, *Conferenza stampa 12 dicembre 2023*, disponibile anche sul canale *YouTube* della Corte, min. 10.40). Nondimeno, «tutto ciò non acquista rilievo unicamente al piano delle fonti ma ha la sua immediata proiezione a quello istituzionale, testimoniando una complessiva torsione dei ruoli da cui discendono alterazioni gravi sia della forma di governo e sia pure della stessa forma di Stato» (A. Ruggeri, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categoriche teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali*, in *Consulta OnLine, Studi III*, 2020, 615).

<sup>107</sup> Ancora con A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

<sup>108</sup> A. Ruggeri, *Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*, in *Consulta OnLine*, 1, 2023, 212 ss.

<sup>109</sup> Così, «va presa sul serio la tesi, sostenuta da una minoranza combattiva, che il proliferare delle Carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici» (A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica*, 1, 2013, 130); cfr., similmente, A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L.

## 6. Osservazioni conclusive

Il percorso compiuto vuole attestare una significativa disarticolazione dell'assetto tradizionale delle fonti e del rapporto tra legalità *della legge* e legalità *costituzionale*. Le ragioni di una “crisi” del paradigma tradizionale<sup>110</sup> o, forse, piuttosto di una progressiva emersione di una diversa fisionomia dell'ordinamento sono state individuate, non esaustivamente, in alcune questioni generali del costituzionalismo contemporaneo e in alcune questioni specifiche della regolamentazione dell'ambiente digitale. Tra questi due piani si registrano frequenti sovrapposizioni, se non anche zone di indistinta (con) fusione dei problemi.

La regolamentazione dell'ambiente digitale, a ben vedere, sia quanto ai profili teorici che per quelli applicativi, costituisce un osservatorio privilegiato per osservare aspetti diversi<sup>111</sup>: l'emersione di fonti del diritto sovranazionali; il fattore paranormativo di agenti extra-legislativi; il rinvio alla scienza e alla tecnica quali parametri valutativi che limitano (o sostituiscono) la decisione politica; la comparsa di un ampio novero di diritti nuovi che si aggiungono a un sistema assiologico sempre più plurale e perciò denso di possibili attriti; le criticità della traduzione di ogni possibile sistema di valori in un ordinamento in cui la legalità *della legge* e quella *costituzionale* appaiono del tutto trasfigurate. In questo spazio emerge il rilievo problematico del principio di proporzionalità, che si afferma sia come principio espansivo delle competenze degli attori istituzionali, sia come principio risolutivo dei conflitti tra “valori”, e trova una declinazione specifica e però paradigmatica nell'approccio *by design* che caratterizza la regolazione digitale. E il principio implica una visione irenica del conflitto tra istanze plurali, una visione meta-etica che postula – da ultimo – una forma di monismo etico<sup>112</sup>.

Tutti gli aspetti, più che provare una “crisi” dell'ordinamento – peraltro sconfessata da un alto grado di effettività dei diritti fondamentali (delle libertà e dei diritti sociali) e dalla presenza di nuovi diritti un tempo ignoti in Italia e in Europa –, ne attestano la flessibilità e la capacità di affrontare, più o meno adeguatamente, sfide nuove e sempre più complesse. Nondimeno, tra i valori che si inseriscono nei possibili sistemi assiologici e

---

Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. Vitale (cur.), Roma-Bari, 2001, 179 ss.

<sup>110</sup> Cfr., da ultimo, i contributi raccolti in S. Anastasia, T. Pitch (cur.), *Legalità, giustizia, disuguaglianze. Una crisi contemporanea*, Roma, 2022.

<sup>111</sup> In ogni caso, come tale era individuato già in M. Cartabia, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, in M.G. Losano (cur.), *La legge italiana sulla privacy*, cit., 61 ss.; similmente, cfr. O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Carta*, cit., *passim*.

<sup>112</sup> «Il monismo etico ritiene che, per ogni situazione data, esista un'unica soluzione giusta da un punto di vista morale. Il presupposto di questa posizione è che le ragioni per l'azione siano tra loro commensurabili e che gli eventuali conflitti tra tali ragioni in relazione ad una situazione data siano meramente apparenti, nel senso che esistono criteri oggettivi che consentono di stabilire oggettivamente quale tra i valori a prima vista confliggenti debba prevalere o quale compromesso possibile tra tali valori sia appropriato» (A. Schiavello, *Volpi e ricci, ovvero: che cosa rimane del positivismo giuridico?*, in 20, 2017, *Rev. telemat. filos. derecho*, 138. Il quale monismo etico – secondo l'Autore – è incompatibile con il positivismo giuridico.

tra i principi di cui si rivendica la fundamentalità, quello che appare tra i più compromessi sembrerebbe proprio la legalità che caratterizzava l'assetto teorico tradizionale delle fonti del diritto. Di fronte alla presenza di forze centrifughe che disarticolano quest'assetto, è probabile che ogni evocazione di un ritorno allo *status quo ante* sarebbe fallace: non esisteranno più, forse, una *legge* e una *Costituzione*, in nessuno dei modi possibili in cui esse sono state pensate e si sono affermate nell'ordinamento giuridico<sup>113</sup>.

Ciò non implica, però, che le ragioni funzionali, politiche e teoriche di una legalità così intesa non possano ritrovarsi o imporsi nel nuovo "sistema" reticolare delle fonti. Non è vero, cioè, che l'emersione e il rafforzamento della dimensione sovranazionale non possano prevedere una maggiore trasparenza dei processi decisionali e una più chiara ascrizione delle responsabilità politiche delle scelte. Parimenti, non è necessario che gli agenti paranormativi esterni alla funzione legislativa siano collocati in una dimensione giuridicamente ineffabile. Lo stesso rinvio alla scienza, che impone al sindacato delle corti (costituzionali, di legittimità e di merito) di valutare l'idoneità delle scelte sulla base di parametri "oggettivi", non può risolversi nell'oscuro rinvio ad esperti arbitrariamente selezionati secondo l'occasione. Perché, in altri termini, l'arbitrio dei "nuovi" processi decisionali non dovrebbe essere ricondotto anch'esso alle forme del diritto?

«In queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti»<sup>114</sup>: delineando, cioè, nuove forme di legalità che si misurino con le nuove forme del potere, senza cedere a visioni ireniche della coesistenza tra valori, o al nichilismo del diritto di fronte a improbabili personificazioni metafisiche della tecnica e del mercato.

Francesco Cirillo

Dip.to di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

Università degli Studi della Tuscia

[francescocirillostudio@gmail.com](mailto:francescocirillostudio@gmail.com)

---

<sup>113</sup> Sono condivisibili tanto la presa d'atto, quanto le conseguenze affermate da F. Dal Canto, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, in *Federalismi.it*, n.s. 2019, 3, 55, «se difficilmente il Parlamento potrà tornare organo motore della produzione normativa, esso dovrà invece tendere a esercitare con maggiore efficacia l'attività di controllo sull'attività normativa».

<sup>114</sup> M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, op. cit., 1668.

