

LA “RAZIONALITÀ GIURIDICA” DELL’EFFETTIVITÀ: PROFILI DELLA
NORMATIVA EUROPEA SUL DIGITALE

NADIA MACCABIANI*

Sommario

1. Nel segno dell’effettività – 2. Effettività e Better Regulation – 3. Effettività e test di proporzionalità – 4. Effettività e tecniche regolatorie – 5. La normativa sul digitale alla prova – 6. Per un’effettività giuridicamente orientata.

Abstract

In light of the multidimensional nature of the challenges posed by the digital transition (affecting both, fundamental rights and freedoms and democratic processes) European legislation must be carefully assessed in terms of its regulatory “performance.” In this respect, the “metrics,” both technical and legal, developed to support the effectiveness of legal provisions acquire constitutional relevance. To this end, two similarly proceduralized methodologies are considered: the first, implemented by the European legislator through Better Regulation; the second, implemented by Courts through the proportionality test, which in turn underlies the principles of legal certainty and legality. On the basis of this premise, the paper seeks to highlight whether, and to what extent, certain provisions of the European digital legislation strike a balance between “technical rationality” and “legal rationality,” thereby ensuring their regulatory “performance” in terms of effectiveness, and thus proportionality, legal certainty, and legality, for the “maximization” of the protection afforded to fundamental rights and freedoms.

Suggerimento di citazione

N. MACCABIANI, *La “razionalità giuridica” dell’effettività: profili della normativa europea sul digitale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2026. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti>

* Professoressa associata di Diritto pubblico e costituzionale, Università degli Studi di Brescia.
Contatto: nadia.maccabiani@unibs.it

1. Nel segno dell’effettività

In un periodo in cui l’inveramento di diritti e libertà fondamentali risulta sotto stress a causa di sfide e rischi nuovi, con particolare riguardo alle implicazioni della transizione digitale, il soddisfacimento delle condizioni poste a presidio dell’effettività delle disposizioni giuridiche diventa ancor più importante, giungendo ad assumere rilievo costituzionale.

L’effettività normativa può essere guardata da diverse prospettive. Può, in proposito, rammentarsi la prospettiva di Santi Romano che esaurisce l’ordinamento giuridico nell’effettività istituzionale¹; di Natalino Irti, che erge il diritto a misura normativa del fatto, quindi dell’effettività²; dei filosofi del diritto che fanno leva sulla «divaricazione deontonica» tra normatività ed effettività delle disposizioni giuridiche³; ovvero può essere richiamata l’effettività nella tutela giurisdizionale dei diritti⁴.

Vi è poi l’approccio, presente nelle scienze politiche⁵ e giuridiche⁶ che, sia pure assumendo prospettive differenziate, si propone di guardare all’effettività delle disposizioni normative sulla base di una precisa metodologia, composta da passaggi logico-consequenziali, che proceduralizzano la valutazione⁷. In questo modo, si scompongono questioni complesse (come, tra le altre, sono quelle sul digitale, sulle quali ci si focalizza nel presente scritto) in una serie di *steps*, funzionalizzati a ricomporsi all’insegna dell’effettività, quindi dell’efficacia ed adeguatezza della norma che disciplina la questione complessa.

¹ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2018, 37 ss.

² N. IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 7 ss.

³ Per questa distinzione si rinvia a L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, 10 ss.

⁴ Sul fondamento dell’effettività della tutela giurisdizionale e la differenza con l’efficienza, cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 4 ss.

⁵ Cfr. *ex plurimis*, M.J. PEDERSEN, *Defining 'Better': Investigating a New Framework to Understand Quality of Regulation*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 18, n. 2/2017, 160, mette in relazione la qualità della regolazione con «the potential ability of a given legal act of whatever form to allow the desired outcome to materialize».

⁶ Cfr. *ex plurimis*, W. VOERMANS, *Concern about the quality of EU legislation: what kind of problem, by what kind of standards?*, in *Erasmus Law Review*, vol. 2, n. 1/2009, 69-70: «we will distinguish between the concept of ‘legislative quality’ and the concept ‘regulatory quality’. From a constitutional point of view (and the symbolic function which is closely related to it) the only right measure for the quality of legislation is its ability express law. The quality of legislation is the extent to which the criteria, emanating from constitutional principles, are met. Regulatory quality on the other hand is the extent to which legislation, as a means to express public policies, is successful in implementing policies to permit and promote private sector development, fair market conditions, stable institutions, citizens’ satisfaction, etc. The different notions are not mutually exclusive; in fact they coincide in some respects».

⁷ S. ZORZETTO, *Sul metodo giuridico e prestito di modelli: il caso della better regulation*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 4/2021, 913 ss.

Trattasi di un approccio trasversale, presente nelle due metodologie di analisi normativa che nel prosieguo verranno prese in esame, ed avente di mira le tecniche regolatorie.

Trattasi, nello specifico, di metodologie che si collocano a monte e a valle degli interventi normativi; l'una, intrapresa dal regolatore, l'altra, dalle Corti. La prima, consiste nel *Better Regulation Approach* dell'Unione Europea, con particolare riguardo all'*impact assessment* che ne costituisce parte integrante⁸; la seconda, nel test di proporzionalità messo in atto dalle Corti europee. Al riguardo, la semplificazione normativa⁹ e il *drafting*¹⁰, rappresentano senz'altro componenti essenziali, ma non esclusive, dell'effettività.

Seguendo questo percorso, l'effettività si lega al diritto, anziché al fatto ed alla fattualità. Con ciò si distacca da considerazioni sociologiche, di legittimazione sociale della disposizione giuridica, ossia di accettazione della medesima da parte della collettività in quanto rispondente alle sue aspettative¹¹.

Questo non significa escludere che il sindacato in termini di effettività normativa possa presupporre tecniche e studi che si fondano su metriche esterne al circuito giuridico. Significa semmai ritenere che, anche laddove si faccia uso di metriche extra-giuridiche, vi è un ritorno al giuridico, in quanto tali metriche sono volte ad assicurarne il rendimento, con particolare riguardo all'inveramento di diritti e libertà fondamentali. Come a dire: ci può anche essere molto

⁸ «Broadly speaking, the expression “Better Regulation” (BR) refers to a policy approach and framework aimed at improving the quality, efficiency, and effectiveness of laws and regulations», cfr. M. BASSINI, M. MAGGIOLINO, A. DE STREEL, *Better Law-making and Evaluation for the EU Digital Rulebook*, in *MediaLaws*, n. 2/2025, 180.

⁹ In merito va menzionato il *Regulatory Fitness and Performance Programme* (REFIT), come parte del *Better Regulation Approach*, finalizzato a semplificare la normativa esistente ed a ridurre gli oneri amministrativi ed economici, quindi volto a rendere l'esistente regolazione maggiormente efficace ed efficiente. Cfr. la comunicazione della Commissione Europea, COM(2012) 746 final, *Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea*, 3-4, laddove si richiede che la «legislazione dell'Unione sia ancora più efficace ed efficiente nella realizzazione dei suoi obiettivi di interesse generale, dimostrando di avere un chiaro valore aggiunto, apportando pieni benefici a costi minimi e rispettando i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Il risultato finale deve essere un quadro regolamentare semplice, chiaro, stabile e prevedibile per le imprese, i lavoratori e i cittadini. Per raggiungere questo obiettivo la Commissione avvierà un Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (REFIT), basandosi sulla propria esperienza di valutazione e di riduzione degli oneri amministrativi. REFIT servirà a individuare oneri, incoerenze, lacune e misure inefficaci». Tale programma è poi stato sostituito con la piattaforma *Fit for Future*, dalle analoghe finalità, cfr. la decisione della Commissione C(2020) 2977 final.

¹⁰ Per una ricostruzione, in chiave storica, del *drafting*, cfr. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *The historical roots of legislative technique in constitutional parliamentarism*, in *Consulta Online*, n. 3/2022, 1397 ss. Per la distinzione tra *drafting* formale e sostanziale, cfr. A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001, 71 ss.

¹¹ R. COTTERELL, *The Sociology of Law. An Introduction*, Butterworths, London, 1992, 16 ss.

tecnicismo¹² nelle procedure e metodologie che verranno brevemente richiamate nel prosieguo, ma l’obiettivo rimane intrinsecamente giuridico. Esso è volto a misurare la *performance* della disposizione normativa nella promozione di diritti e libertà fondamentali in una società democratica. Obiettivo tanto più necessario, in termini di supporto e garanzia, a fronte delle molteplici sfide poste dalla transizione digitale¹³, con specifico riguardo ai sistemi di intelligenza artificiale, alle piattaforme online, motori di ricerca online, nonché enti e organismi che ne fanno utilizzo¹⁴.

Tuttavia, ammettere l’utilizzo di metriche tecniche ed extra-giuridiche, non significa concedere la loro prevalenza su metriche di natura più strettamente giuridica. Ci deve essere un bilanciamento, che funzionalizza le prime (metriche tecniche ed extra-giuridiche) al miglior perseguimento delle seconde, per un mutuo supporto all’insegna dell’effettività normativa. Le metriche giuridiche cui ci si riferisce si declinano nei principi cardine della regolazione in un sistema democratico¹⁵, ossia i principi di proporzionalità, certezza giuridica¹⁶ e legalità¹⁷.

¹² Cfr. I. GOVAERE (a cura di), *The Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2018, 63.

¹³ Plurimi sono i principi, valori, diritti e libertà fondamentali impattati dalle nuove tecnologie digitali, quali il diritto alla protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, i diritti della personalità, l’auto-determinazione, la dignità personale, il principio di uguaglianza e non discriminazione, la letteratura sul punto è vasta, basti il rinvio a M. IENCA, O. POLLICINO, L. LIGUORI, E. STEFANINI, R. ANDORNO (a cura di), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 125 ss. Risultano inoltre impattati sia le modalità, forme e contenuti della comunicazione politica che i processi di partecipazione democratica, quindi la libertà del voto, i partiti politici e la rappresentanza democratica. Anche su questo punto la dottrina è vasta, basti il rinvio a G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2023; M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2024.

¹⁴ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

¹⁵ Al riguardo, è stato osservato che pare «possibile affermare che la qualità della legislazione rappresenta un fenomeno» di natura costituzionale, in quanto «orientato al rispetto di taluni principi generali del diritto posti a fondamento dell’ordinamento giuridico stesso: la certezza e la prevedibilità del diritto, ma anche il principio di proporzionalità... o, ancora, la legittimazione democratica»: C. BURELLI, *La scelta dell’atto da parte del legislatore dell’UE: il mercato unico digitale alla prova della qualità della legislazione*, in *federalismi.it*, n. 28/2025, 5-6.

¹⁶ M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss.; F. POLITI, *Interpretazione giuridica e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, vol. 11, n. 21/2023, 109 ss.

¹⁷ Per una ricostruzione del principio di legalità, rispetto all’esercizio del potere pubblico, si rinvia a M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2008, 1 ss.

Al riguardo, giova rammentare che, se le forme delle fonti del diritto hanno una sostanza costituzionale¹⁸, anche le scelte metodologiche non possono dirsi neutre dal punto di vista costituzionale¹⁹. Per questo, la metodologia proceduralizzata che supporta l'opzione per una strategia regolatoria piuttosto che un'altra, per una scelta di *policy* piuttosto che un'altra, deve dosare e misurare le valutazioni tecniche in ottica giuridica, affinché esse stesse soddisfino i parametri della proporzionalità e certezza. Seguendo tale percorso, il cerchio si chiude nel giuridico, quindi nella portata giuridica dell'effettività.

Allo scopo, saranno – nel prosieguo – brevemente richiamati gli elementi che qualificano la *Better Regulation* europea e che articolano il test di proporzionalità espletato dalle Corti. Il tutto per chiarire – sinteticamente – la natura di queste metodologie proceduralizzate e delle presupposte metriche (tecniche e giuridiche), per poi testare in che termini la normativa sul digitale che verrà presa in considerazione possa considerarsi frutto di una bilanciata applicazione di tali metriche, poste a supporto della sua effettività²⁰. Se sia stato quindi raggiunto il giusto equilibrio tra “razionalità tecnica” e “razionalità giuridica”²¹, per il perfezionamento di disposizioni effettive, pertanto idonee a perseguire gli obiettivi proposti. Ciò, come detto, diventa ancor più importante per la regolazione digitale, in quanto trattasi di un ambito imbevuto di aspetti tecnici e di difficile “cattura” da parte del regolatore pubblico, oltre che foriero di molteplici complesse sfide per i diritti e le libertà fondamentali in una società democratica.

L'occasione risulta del resto propizia. In un periodo in cui le sirene che invocano lo “*streamlining*” della regolazione fischiano in modo insistente proprio

¹⁸ Come evidenziato da A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 15: «ogni sistema di fonti normative è il riflesso dello specifico rapporto tra società civile e pubblici poteri (forma di stato) e del rapporto tra i poteri pubblici dello stato (forma di governo)», nonché da A. SIMONCINI, *1998-2008: la fine della legge?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2009, editoriale: «E', quindi, altrettanto evidente che la valutazione dell'assetto odierno del sistema delle fonti non potrà che risentire ed influenzare il giudizio più generale che oggi è possibile esprimere sulla effettività della tutela costituzionale dei diritti e sulla qualità della democrazia».

¹⁹ Come ricordano M. ELIANTONIO, A. SPENDZHAROVA, *The European Union's New “Better Regulation” Agenda: Between Procedures and Politics*, in *European Journal of Law Reform*, Vol. 19, n. 1-2/2017, 3 ss., la proceduralizzazione e l'utilizzo di evidenze scientifiche non escludono presupposte scelte di natura politica, quindi valoriale e di principio.

²⁰ In merito allo svolgimento di un test sulla *performance* della *Better Regulation* (in particolare dell'*impact assessment*) alla base della normativa sul digitale, con specifico riguardo al GDPR, DSA e DMA, cfr. M. BASSINI, M. MAGGIOLINO, A. DE STREEL, *Better Law-making and Evaluation for the EU*

Digital Rulebook, cit. Analogamente, un test sul rendimento della *Better Regulation* rispetto alla scelta della tipologia di atto normativo, con specifico riguardo ai regolamenti sul digitale, viene svolto da C. BURELLI, *La scelta dell'atto da parte del legislatore dell'UE: il mercato unico digitale alla prova della qualità della regolazione*, cit..

²¹ Per mutuare le espressioni di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, 46 ss.

in riferimento alla normativa sul digitale²², sfociando, tra l’altro, nelle proposte che compongono il c.d. *Digital Omnibus Package*, con conseguenti rischi di “*deregulation*” suscettibile di incrinare garanzie costituzionali in precedenza disposte²³; in un periodo in cui le grandi *corporations* del digitale sono ormai essenzialmente dei veri e propri poteri regolatori privati, in concorrenza con il regolatore pubblico²⁴; in un periodo in cui il rapporto tra tecnologia e diritto ha subito trasformazioni radicali, inducendo quest’ultimo a regolare sempre più «attraverso il diritto pubblico fenomeni fino ieri rimessi all’autonomia dei privati e alla giurisprudenza dei singoli casi»²⁵, va da sé che l’attenzione e la riflessione del costituzionalista sul modo con il quale le metriche suscettibili di supportare l’effettività della normativa assecondino canoni giuridici (in termini di proporzionalità e certezza giuridica) assume fondamentale importanza. Si tratta, infatti, di strumenti che, facendo da guida a tecniche regolatorie e contenuti normativi ed influenzandone il relativo rendimento, impattano, lo si ribadisce, su diritti e libertà fondamentali, nonché sui processi democratici, sempre più messi sotto pressione dall’evoluzione tecnologica a livello globale.

2. Effettività e *Better Regulation*

La *Better Regulation* può essere intesa come una *public policy* di natura orizzontale²⁶, una «meta-politica»²⁷, in quanto applicabile a prescindere dal settore

²² Peraltro, com’è stato osservato in relazione alle più recenti proposte di semplificazione, incluse quelle sul digitale, la Commissione, paradossalmente, ha utilizzato la possibilità di deroga ai requisiti imposti dalla *Better Regulation*, evitando di svolgere la valutazione di impatto e motivando la deroga con le esigenze di urgenza e con l’importanza politica delle proposte, cfr. A. BUCHER, E. GOLBERG, *Better regulation in the European Union needs a fresh start*, in *Policy Brief*, n. 1/2026, 5-6.

²³ Come denunciato da A. ALEMANNI, *The Omnibus Road to Constitutional Drift: How the Rise of Omnibus Legislation Undermines Procedural Integrity in the EU*, in <https://verfassungsblog.de/omnibus-legislation-europe-constitutional/>, 12 novembre 2025: « when omnibus legislation is employed to systematically avoid impact assessments, bypass consultation periods, and skip the evidentiary requirements increasingly required to satisfy the principle of proportionality, it ceases to be a neutral procedural tool and becomes instead a mechanism for constitutional drift »

²⁴ O. POLLICINO, *Potere Digitale*, in *Enc. del Diritto*, I Tematici, V-2023, 410 ss. L’Autore rammenta come non sia la prima volta che soggetti privati regolino determinati mercati giungendo a detenere *de facto* un potere sostanzialmente politico; tuttavia, ciò che muta, nel contesto digitale, è la pervasività del processo in atto, amplificato da meccanismi di automazione algoritmica, nonché la conseguente estesa incidenza sul pluralismo e la libertà del dibattito pubblico.

²⁵ E.C. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023, 246.

²⁶ In tal senso, cfr. C.M. RADAELLI, *Halfway Through the Better Regulation Strategy of the Juncker Commission: What Does the Evidence Say?*, in *JCMS*, vol. 56, 85.

²⁷ F. GIGLIONI, *Regole migliori producono risultati migliori? La sfida della nuova “agenda” europea sulla better regulation*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2015, 598.

interessato²⁸. L'Unione Europea è considerata un *front-runner*²⁹ nella messa in atto di tale politica regolatoria³⁰. Se in origine tale approccio era prioritariamente orientato all'individuazione di metodi alternativi di regolazione³¹, seguendo l'*imprinting* del *New Approach*³², volto a ridurre la normativa europea agli elementi essenziali, si è poi evoluto verso una prioritaria attenzione per la valutazione di impatto³³, con un impegno costante al miglioramento e perfezionamento della stessa³⁴. Pur non essendo, la valutazione di impatto, il solo strumento di cui la *Better Regulation* fa uso³⁵, è senz'altro uno dei principali e,

²⁸ Per un'analisi della base giuridica di tale politica, all'interno dei Trattati e dei protocolli allegati, cfr. S. MARINAI, *L'Unione europea e la better regulation: spunti di riflessione e prospettive future*, in *eurojus.it*, n. 3/2021, 154 ss..

²⁹ G. LISTORTI, E. BASYTE-FERRARI, S. ACS, P. SMITS, *Towards an Evidence-Based and Integrated Policy Cycle in the EU: A Review of the Debate on the Better Regulation Agenda*, in *JCMS*, vol. 58, n. 6/2020, 1558: «The European Union... has even been recognized as a front-runner compared to the regulatory requirements and practices of single OECD countries. This may be partially explained by its specialization in regulatory policies, instead of distributive or redistributive ones».

³⁰ Il *Better regulation approach* è stato implementato dall'Unione Europea sulla falsariga di quanto già avviato in seno all'OECD (cfr. *Guidelines for Regulatory Quality and Performance*, 2005). C. BROWN, C. SCOTT, *Regulation, Public Law and Better Regulation*, in *European Public Law*, vol. 17, n. 3/2001, 469, sottolineano l'intersezione tra la *Better Regulation* ed i principi tipici del diritto pubblico ed amministrativo. La dottrina sulla *Better regulation* è vasta, *ex plurimis*, M. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Politics*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, n. 5/2016, 1209 ss.; A. MEUWESE, P. POPELIER, *The Legal Implications of Better Regulation: An Introduction*, in *European Public Law*, vol. 17, n. 3/2011, 455 ss.; M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1052 ss.

³¹ Cfr. L'Accordo Interistituzionale (2003/C 321/01), "Legiferare meglio", par. 16: le istituzioni «riconoscono l'utilità di ricorrere, ove opportuno, qualora il trattato CE non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo, a meccanismi di regolamentazione alternativi».

³² Cfr. la risoluzione del Consiglio (85/C 136/01) del 7 maggio 1985 – *Orientamenti relativi ad una nuova Strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione*. Il *New Approach* si qualifica per: 1) l'armonizzazione legislativa limitata all'approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza (o di altre esigenze di interesse collettivo) ai quali devono soddisfare i prodotti immessi sul mercato che, in tal caso, possono circolare liberamente nella Comunità; 2) organi competenti per la normalizzazione industriale ai quali è affidato il compito di elaborare le specifiche tecniche; 3) l'adesione volontaria alle specifiche tecniche; 4) una presunzione di conformità ai «requisiti essenziali» fissati dalla direttiva per chi adotta le regole tecniche elaborate dagli organismi europei di standardizzazione (CEN, CENELEC, ETSI). Cfr. altresì la successiva Decisione n. 768/2008/CE volta a definire «il quadro comune di principi generali e di disposizioni di riferimento per l'elaborazione della normativa comunitaria di armonizzazione delle condizioni per la commercializzazione dei prodotti» (Art. 2, c. 1). Per un approfondimento sul tema, si rinvia a M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2020.

³³ Cfr. l'Accordo Interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016, parr. 12 ss.

³⁴ Cfr. la comunicazione della Commissione, COM(2021) 219 final, *Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*, par. 6.2.

³⁵ Come chiaramente esplicitato dai documenti relativi al *Better Regulation Toolbox*, via via aggiornati nel corso degli anni (cfr. da ultimo l'edizione del dicembre 2025, 8): «'Better regulation' covers the whole EU policy cycle – planning, design, adoption, implementation, evaluation and revi-

pertanto, proprio perché concepito per misurare l’effettività della normativa, è essenzialmente su di essa che si focalizzerà l’attenzione³⁶. Nella valutazione di impatto sono coinvolte metriche tecniche ed extra-giuridiche, quali l’analisi costi-benefici³⁷, ma anche metriche giuridiche, in termini di proporzionalità, non solo nell’ambito del principio europeo di sussidiarietà³⁸, bensì anche in relazione alle conseguenze della normativa sui diritti fondamentali³⁹. L’accordo interistituzionale “Legiferare meglio” del 2016 depone chiaramente in tale direzione: si tratta di prendere in considerazione «costi e benefici potenziali a breve e a lungo termine, valutando gli impatti sotto il profilo economico, ambientale e sociale in modo integrato e equilibrato e fondandosi su analisi qua-

sion», nello specifico i principali *tools* che articolano questa metodologia includono anzitutto la pianificazione degli obiettivi da perseguire sulla base della considerazione delle esistenti problematiche da affrontare, *l’ex-ante impact assessment*, ma anche *l’ex-post evaluation* nonché le consultazioni con *stakeholders* e società civile. Quindi, in sintesi, l’impegno assunto dalla Commissione attraverso la *Better Regulation*, si sostanzia in una proceduralizzazione che «covers the whole policy cycle, from policy design and preparation, through adoption, implementation (transposition, complementary non-regulatory action) and application (including monitoring and enforcement) to evaluation and revision. For each phase, there are relevant ‘better regulation’ principles, objectives, tools and procedures to make sure that the EU develops sound, evidence-informed policies», come a dire una standardizzazione del format procedural del ciclo regolativo: cfr. *Better Regulation Guidelines*, SWD(2021) 305 final, 8.

³⁶ Come è stato osservato, G. LISTORTI, E. BASYTE-FERRARI, S. ACS, P. SMITS, *Towards an Evidence-Based and Integrated Policy Cycle in the EU: A Review of the Debate on the Better Regulation Agenda*, cit., 1567, «EC Impact assessments have a long history dating back to 2002. With the BR Agenda, their use has been further extended, notably to non-legislative initiatives, as well as delegated and implementing acts..., and further consolidated. Their quality has improved over time... and the new Guidelines appear to increase the procedural coherence of the EC’s IA process»

³⁷ Trattasi delle metodologie tipiche della ricerca quantitativa e qualitativa: «Better regulation’ instruments should be based on the best available evidence. They should provide a transparent explanation of why some evidence may not be available and why it is appropriate to act in the absence of evidence. ‘Evidence’ refers to multiple sources of data, information and knowledge, including quantitative data such as statistics and measurements, qualitative data such as opinions, stakeholder input, conclusions of evaluations, as well as scientific and expert advice», cfr. *Better Regulation Toolbox*, luglio 2023, 8.

³⁸ Come esplicitato dal Better Regulation Toolbox del luglio 2023, 9: «EU action should be relevant and necessary, offer value beyond what Member State action alone can deliver and not go further than what is necessary to resolve the problem or meet the policy objective».

³⁹ L’Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (FRA) ha lamentato l’inadeguatezza della valutazione di impatto rispetto ai diritti fondamentali nell’ambito della *Better Regulation*, cfr. *Better Legislation. Human Rights Impact Assessment in Lawmaking*, FRA Report 2025, Lussemburgo, 6: «fundamental rights impact assessments are not carried out for all legislative files where they are needed. Moreover, fundamental rights impact assessments are often superficial. Just as at the national level, fundamental rights impact assessments require specialised fundamental rights expertise which is not sufficiently available across all directorates of the Commission. Furthermore, the Regulatory Scrutiny Board, which provides quality control and support for the Commission’s impact assessments and evaluations at early stages of the legislative process, does not include fundamental rights experts».

litative e quantitative»; contestualmente, è altresì «opportuno che siano rispettati rigorosamente i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, nonché i diritti fondamentali»⁴⁰.

La proceduralizzazione su cui si basa l'*impact assessment*, prima dell'adozione di una normativa europea, segue una precisa metodologia. A grandi linee, il *format* standard è il seguente: selezione e analisi dei problemi da affrontare (inclusa la valutazione dei rischi)⁴¹, degli obiettivi da perseguire, degli approcci regolatori implementabili (tra loro alternativi, sotto forma di *policy options*), per poi procedere con l'analisi dell'impatto di tali *policy options* (sia in termini di analisi costi benefici, che di impatti sociali, ambientali, sui diritti e libertà fondamentali), e terminare con l'indicazione della *policy option* che dimostra il miglior rendimento, tenuto anche conto dalle evidenze rese in esito alle consultazioni. Sicchè, in estrema sintesi, «legiferare meglio non significa favorire determinate politiche od obiettivi rispetto ad altri. Vuol dire essere chiari sugli obiettivi indipendentemente da quali siano, garantire che la soluzione politica scelta è la migliore e la meno onerosa per raggiungere gli obiettivi fissati»⁴². Quindi, in una parola, la più effettiva.

Si tratta ora di entrare brevemente nel dettaglio dell'applicazione della *Better Regulation* alla normativa sul digitale. Con la precisazione che l'esame che verrà svolto non è a tutto tondo, essendo limitato ad alcuni (più recenti) atti rilevanti: nello specifico, l'AI Act⁴³, il DSA⁴⁴, il DMA⁴⁵, il Data Act⁴⁶ e

⁴⁰ Cfr. il par. 12 del menzionato accordo.

⁴¹ Per quel che riguarda l'analisi della metodologia seguita nell'identificazione dei problemi da affrontare, può richiamarsi, a titolo esemplificativo, come lo *Staff Working Document* del DSA abbia elaborato un indicatore che quantifica la «legal distance» ai fini della valutazione della frammentazione normativa tra Stati nel trattamento dei contenuti illeciti da parte delle piattaforme online: cfr. SWD(2020) 348 final, part 2, 56 ss.

⁴² Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE*, COM(2015) 215 final, 6.

⁴³ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁴⁴ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁴⁵ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

⁴⁶ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati).

l’EMFA⁴⁷, con precipuo riguardo agli studi e alle analisi (*Staff Working Documents-SWDs*)⁴⁸ elaborati dalla Commissione europea seguendo i crismi della *Better regulation* (rispettivamente gli SWD di AI Act⁴⁹, DMA⁵⁰, DSA⁵¹, Data Act⁵² e EMFA⁵³).

In merito, va evidenziato che le valutazioni di impatto risultano approfondite sulla base della classica metodologia quantitativa dell’analisi costi-benefici, integrata dallo sviluppo di modelli economici alternativi⁵⁴. Risultano inoltre completate con indagini qualitative⁵⁵, soprattutto per quanto concerne gli impatti non economicamente monetizzabili, come quelli sui diritti⁵⁶. Infine, a fronte della lacunosità dei dati disponibili imputabile al carattere emergente della tecnologia (es. sistemi di IA)⁵⁷, la valutazione del rischio per diritti e libertà fondamentali viene svolta attraverso l’elaborazione di apposite metriche, specifiche e dettagliate⁵⁸.

⁴⁷ Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media).

⁴⁸ In generale, come evidenziato in dottrina, C.M. RADAELLI, *Halfway Through the Better Regulation Strategy of the Juncker Commission: What Does the Evidence Say?*, cit., 88: «This SWD is the document where the service of the Commission signals its ownership of the evaluation carried out by the consultants and other activities (such as a stakeholders conferences) that inform the learning-from-the-results process», al fine di rendere *evidence-based* il *law-making process*.

⁴⁹ SWD(2021) 84 final, part 1,2,3.

⁵⁰ SWD(2020) 363 final, part 1, 2.

⁵¹ SWD(2020) 348 final, part 1, 2.

⁵² SWD(2022) 34 final.

⁵³ SWD(2022) 286, final, part 1,2,3.

⁵⁴ Cfr. SWD(2022) 286 final, dell’EMFA, part 1, 42: «To estimate the overall economic benefits of the options an economic model is used, in line with other studies carried out to assess the impact of policy options where there are significant gaps in data available».

⁵⁵ Ad esempio, nell’indagine qualitativa svolta per il *Data Act*, è stata adottata la metodologia dei *case-studies*: «Case studies (i.e. in-depth and detailed investigations) were carried out to demonstrate the situation in certain domains, where data sharing was effective and where not, and what types of approaches could be discerned»: cfr. SWD(2022) 34 final, 109.

⁵⁶ Ad esempio, nello SWD(2022) 286 final, Part I, 42, relativo all’EMFA, stante la multidimensionalità degli impatti, viene evidenziata la necessaria integrazione dell’analisi quantitativa con quella qualitativa «The quantitative estimates shown in this section should be considered with caution owing to the scarce data availability and the multidimensional nature of the proposed intervention, which makes it difficult to determine with certainty the direction and strength of causal links. Estimates were thus calculated using best-effort assumptions based on qualitative evidence collected from media companies and regulators».

⁵⁷ Come giustificato dallo SWD(2021) 84 final, Part 1, dell’AI Act, 51, «Although evidence for individual legal challenges and breaches of fundamental rights is growing, robust and representative evidence for harms inflicted by the use of AI is scarce due to lack of data and mechanisms to monitor AI as a set of emerging technology».

⁵⁸ Tra di esse, lo SWD(2021) 84 final, Part 1, dell’AI Act, 50, articola i seguenti criteri: «a) the extent to which an AI system has been used or is about to be used; b) the extent to which an AI system has caused any of the harms referred to above or has given rise to significant concerns around their materialization; c) the extent of the adverse impact of the harm; d) the potential of the AI system to

Sulla base di tali valutazioni, le “*policy options*” vengono comparate tra loro e la loro efficacia nel perseguire gli obiettivi proposti misurata in una griglia finale⁵⁹. Le tecniche regolatorie valutate in alternativa dagli *Staff Working Documents* sopra menzionati, sono ora sostitutive dell’*hard-law*⁶⁰, ora variamente graduate nell’ambito di quest’ultima tipologia⁶¹.

scale and adversely impact a plurality of persons or entire groups of persons; e) the possibility that an AI system may generate more than one of the harms referred to above; f) the extent to which potentially adversely impacted persons are dependent on the outcome produced by an AI system, for instance their ability to opt-out of the use of such an AI system; g) the extent to which potentially adversely impacted persons are in a vulnerable position vis-à-vis the user of an AI system; h) the extent to which the outcome produced by an AI system is reversible; i) the availability and effectiveness of legal remedies; j) the extent to which existing Union legislation is able to prevent or substantially minimize the risks potentially produced by an AI system». M. EBERS, *Truly Risk-Based Regulation of Artificial Intelligence. How to Implement the EU’s AI Act*, in <https://ssrn.com/abstract=4870387>, 19 giugno 2024, ritiene non adeguata la valutazione del rischio alla base dell’AI Act, in quanto poggiate su «limited reliance on empirical evidence for the design of the different risk categories... [it] does not establish criteria for when AI poses an unacceptable risk to society and individuals. Instead, it merely provides a set list of categories of AI systems that are considered to pose “unacceptable risks” and are therefore banned in the EU».

⁵⁹ Per avere un’idea della griglia di valutazione ai fini della scelta della *policy option* che possa essere considerata “*fit for purpose*”, si riporta di seguito la tabella n. 11 inclusa nello SWD(2021) 84 final, part 1, 80, dell’AI Act:

	EFFECTIVENESS				EFFICIENCY (cost-effectiveness)	COHERENCE	PROPORTIONALITY
	Objective 1	Objective 2	Objective 3	Objective 4			
Baseline scenario	0	0	0	0	0	0	0
Option 1: Voluntary labelling	0	0	0	+	++	+	+
Option 2: Ad-hoc legislation	+	+	+	+	++	+	+
Option 3: High risk only	++	++	++	++	++	+++	+
Option 3+: High risk + Codes of conduct	++	++	++	+++	++	+++	+
Option 4: All AI	+++	++	+++	++	0	+++	0

Nota bene: table annotations should only be read in vertical; in the table, for options 3, 3+ and 4 it is assumed that ex-ante third party conformity assessments are mandatory for AI systems that are safety components of products and for remote biometric identification in publicly accessible spaces; “0” means same as baseline, “+” means partially better than baseline, “++” means better than baseline, “+++” means much better than baseline

⁶⁰ A titolo esemplificativo, la valutazione di impatto dell’AI Act prende in considerazione, come opzione alternativa all’intervento regolatorio dell’UE, la promozione di «industry-led initiatives for AI in an effort to advance ‘soft law’ but would not establish any framework for such voluntary codes»: cfr. SWD(2021) 84 final, part 1, 38.

⁶¹ Nello SWD(2021) 84 final, part 1 e 2 dell’AI Act, è evidente la presenza sia dell’approccio della *product safety regulation* che della *right-oriented regulation*; così come nello SWD(2022)34 final, del *Data Act*, compare sia l’approccio di *competition law*, nei rapporti B2B, che di *consumer protection*, nei rapporti B2C.

La partita si chiude quindi in termini di effettività, ossia, come esplicita la Commissione europea: con la valutazione complessiva di «the extent to which the policy option is likely to achieve the set objectives»⁶².

Quanto brevemente descritto, basta per porre in evidenza come anche la *Better regulation* che ha supportato le menzionate normative sul digitale, si fonda sull’inestricabile intersezione tra “razionalità tecnica” (analisi costi-benefici in aggiunta ad altre metodologie quantitative e qualitative di misurazione) e “razionalità giuridica” (in termini di proporzionalità, certezza e legalità). Rimane semmai da verificare se le due razionalità siano state impiegate in modo bilanciato. Prima di entrare però nel merito di questa conclusione, va approfondito in che termini la richiamata “razionalità giuridica” viene concepita dalle Corti europee, in quanto il loro insegnamento va considerato maestro, in ragione del loro ruolo, riguardo ai principi di proporzionalità, certezza e legalità.

3. Effettività e test di proporzionalità

Le Corti, attraverso il test di proporzionalità/ragionevolezza, proceduralizzano la valutazione della normativa sottoposta al loro vaglio, con particolare riguardo all’impatto su diritti e libertà⁶³.

Analogamente alla valutazione di impatto nella *Better regulation*, il test di proporzionalità segue quindi una precisa metodologia, condividendo – con la prima – anche una finalità⁶⁴: ridurre la carica politica dell’analisi attraverso la verifica, proceduralizzata, appunto, della idoneità/adeguatezza della normativa al perseguimento dei fini proposti. La metrica dell’effettività, fatta propria dalla *Better regulation*, interseca quindi le metriche dell’effettività fatte proprie dalle Corti, articolate nei principi di proporzionalità, di certezza e le-

⁶² SWD(2022) 34 final del Data Act, 64.

⁶³ Nello specifico, in seno all’Unione Europea, il test di proporzionalità svolge un ruolo complesso, rivolto al bilanciamento non solo tra livelli di governo o tra principi, ma anche tra scelte di *policies* e diritti fondamentali, cfr. W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 26, 2013, 466.

⁶⁴ Per la reciproca intersezione tra *Better Regulation* ed il test di proporzionalità sviluppato dalle Corti, cfr. A. MEUWESE, P. POPELIER, *The Legal Implications of Better Regulation: An Introduction*, cit., 455 ss. Le Autrici avanzano al riguardo una risposta al seguente quesito (p. 461) «Can the legislator operating in an explicitly political context be expected to oblige to an ‘administrative’ evidence-based procedure in the absence of a clear constitutional stipulation? Is a court equipped to assess the quality of the consultations and evaluations on which a legislative act is based? In order to answer these questions, it is important to bear in mind the objective of judicial review for principles of proper lawmaking. This objective concerns the protection of individuals against arbitrary government intervention. In that perspective, constitutional review is an institutional safeguard supplementary to the permanent quality control in the daily decision-making process implemented by regulatory reform programmes».

galità, in mutuo supporto e mutua interconnessione. In aggiunta, va però osservato che le Corti sono le sedi per eccellenza in cui trova consacrazione il test di proporzionalità, in termini di verifica dei vincoli eventualmente imposti a diritti e libertà.

Per questo, come si anticipava nel primo paragrafo, l'effettività assurge a punto di partenza e di arrivo del diritto: effettività della disposizione normativa, sin dalla sua creazione, come adeguatezza del mezzo al fine; ed effettività della disposizione giuridica nel suo punto di caduta, attraverso la massimizzazione del suo rendimento, quando le Corti ne testano l'adeguatezza all'inveramento di diritti e libertà fondamentali⁶⁵.

Allo scopo viene qui richiamato, brevemente, come fatto per la *Better regulation*, il *modus procedendi* delle Corti quando eseguono il test di proporzionalità. Quindi la stretta interconnessione del medesimo con i principi di certezza e legalità.

La metodologia seguita, nella sua proceduralizzazione, si manifesta non refrattaria alla presa in considerazione di valutazioni e conoscenze extra-giuridiche. Pur permeata dall'extra-giuridico, contribuisce tuttavia a conferire all'effettività una dimensione di definitezza giuridica, attraverso il supporto dei fondamentali principi di proporzionalità, certezza e legalità.

Quanto alla proceduralizzazione della metodologia, va rammentato che il test di proporzionalità/ragionevolezza è tradizionalmente qualificato come test a tre tappe⁶⁶, articolato tra idoneità della misura a perseguire lo scopo, necessità della stessa (e, per converso, assenza di misure meno restrittive, ma parimenti idonee a raggiungere l'obiettivo), nonché proporzionalità in senso stretto (quale bilanciamento tra obiettivo, mezzo e sacrificio inflitto, quindi tra interesse pubblico, diritti e libertà, riducendo il sacrificio di quest'ultimi al minimo essenziale). Quest'ultima tappa, come parte della dottrina ha rilevato, recuperando l'insegnamento di Alexy, è a sua volta scorporabile in ulteriori tre passaggi, che danno luogo ad una sorta di ponderazione matematica tra interessi confliggenti⁶⁷. La legittimità dello scopo perseguito può essere contemplata

⁶⁵ Riguardo allo stretto collegamento tra il principio di proporzionalità, per come originato nell'ordinamento tedesco, e la tutela dei diritti fondamentali, cfr. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 29, n. 6/2019, 903 ss.

⁶⁶ Sui tre *steps* attraverso cui si articola il test di proporzionalità (non manifesta inidoneità della misura rispetto al fine, necessità e bilanciamento), cfr. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 5 ss.

⁶⁷ W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, cit., 441: «Alexy and others have set out in mathematical notation how the balancing test can be applied. This is based on the notion that the test consists of three rules: first, the value of the interference of the individual interest; second, the value of satisfying the public interest; and, third, whether the importance of satisfying the public in-

quale presupposto del test ovvero ulteriore *step* all’interno del test medesimo⁶⁸. Tale metodologia è ben presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁹ e della Corte EDU⁷⁰, così come lo è, sotto forma di giudizio di ragionevolezza, nelle pronunce della Corte costituzionale italiana⁷¹: «Anche un’analisi poco approfondita della giurisprudenza delle Corti europee dei diritti mostra con assoluta evidenza l’importanza e la centralità assunte, nell’iter argomentativo delle pronunce, dal test o controllo di proporzionalità e dalla tecnica del bilanciamento, che della proporzionalità rappresenta una derivazione logica... il test di proporzionalità, per la sua natura formal-procedurale, offre – o almeno promette di offrire – una tecnica di risoluzione dei conflitti tale da depotenziarne la carica e l’impatto sistematico. Un metodo che pare ispirarsi alla regola cartesiana secondo cui i problemi grandi e complessi possono essere meglio risolti se si suddividono in una molteplicità di problemi piccoli, puntuali, di meno impegnativa risoluzione»⁷². Lo conferma la nostra Corte costituzionale, nel rammentare, a chiare lettere, che «il test di proporzionalità [è] utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed [è] essenziale strumento della Corte di giustizia dell’Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell’Unione e degli Stati membri»⁷³.

Si tratta di una valutazione di coerenza, tra necessità e adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini, e di conseguente bilanciamento tra interessi in conflitto, come attestato da alcuni punti salienti nelle pronunce delle Corti che si richiamano succintamente di seguito.

La Corte costituzionale italiana, nel mettere a sistema precedenti arresti giurisprudenziali, rammenta «che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto

terest can justify the detriment to the individual’s right. The values assigned range from light to intermediate and serious, and by ranking them in this manner, balancing decisions can be made more rational. This is considered a ‘weighted’ test».

⁶⁸ W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, cit., 448.

⁶⁹ La Corte di Giustizia ha fatto applicazione del principio di proporzionalità sin dagli anni ‘50-‘60 ben prima della sua introduzione con il Trattato di Maastricht e con l’art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE. Per un approfondimento sul punto, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea)*, cit. E

⁷⁰ Rammenta i casi in cui la Corte EDU fa un «uso “forte” della categoria della proporzionalità», applicando il test in modo approfondito, G. SORRENTI, *Il principio di eguaglianza nella Cedu e le sue ricadute interne*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, 22 ss.

⁷¹ Cfr. *ex plurimis*, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.; S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica” delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, 829 ss.

⁷² G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit.

⁷³ Corte cost. n. 1/2014, punto 3.1 del considerato in diritto.

dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire (corsivo nostro), tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti (corsivo nostro), in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014)»⁷⁴.

Analoga posizione è presente nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia dell'Unione Europea⁷⁵.

Nell'Unione Europea, la Corte di Lussemburgo ha fatto nella sostanza applicazione di un'articolata valutazione in termini di idoneità, necessità e non sproporzione delle obbligazioni imposte, sin dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁶. Nello specifico, come successivamente specificato, «il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti»⁷⁷. Devono perciò essere adottati provvedimenti «appropriati e necessari per l'attuazione dello scopo perseguito», sia per le

⁷⁴ Corte cost. 162/2014, punto 16 del considerato in diritto.

⁷⁵ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 29, n. 6/2019, 903 ss.

⁷⁶ C-11/70, par.

⁷⁷ Cfr. *ex plurimis*, C-157/96, par. 60.

norme europee che per quelle nazionali, attuative delle prime⁷⁸. Se quindi, da consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, è necessario valutare quanto gli atti normativi «siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti... e non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi»⁷⁹, tale controllo di proporzionalità, sempre seguendo le pronunce del giudice lussemburghese, diventa particolarmente stretto e rigoroso quando sono implicati diritti fondamentali⁸⁰.

Analogamente, la Corte EDU sottolinea l’esigenza che una disposizione sia munita di «una giustificazione oggettiva e ragionevole», di un «fine legittimo» e di un «rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito»⁸¹, così limitando il margine di apprezzamento degli Stati nell’intervento su diritti e libertà fondamentali.

Come la *Better regulation* si fonda su analisi di impatto volte ad implementare un approccio *evidence-based* nell’adozione della normativa, le Corti, al di là della possibilità di attingere a misurazioni svolte in seno alla *Better regulation*⁸², non risultano estranee alla presa in considerazione di conoscenze scien-

⁷⁸ C-413/99, par. 91.

⁷⁹ Cfr. *ex plurimis*, C-343/09.

⁸⁰ Per rimanere nell’ambito del “digitale” basti ricordare quanto affermato nella sentenza *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12, par. 48: «Nel caso di specie, tenuto conto, da un lato, del ruolo importante svolto dalla protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e, dall’altro, della portata e della gravità dell’ingerenza in tale suddetto diritto che la direttiva 2006/24 comporta, il potere discrezionale del legislatore dell’Unione risulta ridotto e di conseguenza è necessario procedere ad un controllo stretto» di proporzionalità.

⁸¹ *Fabris c. France*, par. 56. Cfr. tra le altre, in analogia direzione, Corte EDU, *Quilichini c. France*, par. 35, dove si parla di «but legittime» e di un «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé».

⁸² In questo senso cfr. A. MEUWESE, P. POPELIER, *The Legal Implications of Better Regulation: An Introduction*, cit., 462: «The question remains how regulatory reform and BR programmes relate or should relate to legal principles and judicial review». Riconosce un ruolo alla Corte costituzionale, attraverso il giudizio di ragionevolezza e proporzionalità, nell’incentivare il ricorso all’Analisi di Impatto della Regolamentazione, specialmente per gli atti di regolazione economica, G. MAZZANTINI, *Il ruolo della corte costituzionale nell’incentivare la diffusione dei principi di Better regulation nella regolazione concorrenziale dei mercati: la sentenza n. 56 del 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, 518. La dottrina si è anche interrogata sulla *enforceability* e, quindi, sull’esistenza di un diritto, giudizialmente azionabile, alla *Better regulation*, cfr. A. ALEMANNI, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission’s Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, n. 15/2009, 391. Va peraltro rammentato che, nel nostro ordinamento, l’analisi di impatto sulla regolamentazione (disciplinata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169 e Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2018), non sembra godere di buona salute, come attesta la Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione dell’analisi di impatto della regolamentazione per l’anno 2024, XIX Legislatura, n. 8, settembre 2025, p. 7: «Analizzando l’andamento nel quinquennio 2020-2024..., si osserva una diminuzione della percentuale di provvedimenti governativi (o parti di essi) presentati al Parlamento corredati da una relazione AIR, passata dal 61% del 2022 al 45% del 2024».

tifiche e tecniche nella procedura di valutazione dell'adeguatezza/ragionevolezza/proporzionalità delle scelte operate dal legislatore. Si tratta, come più volte detto, di aspetti che coinvolgono ambiti extra-giuridici. Che quindi si rifanno a metriche esterne al giuridico, ma che sono tradotte funzionalmente dalle Corti, nel loro argomentare giuridico, in termini di proporzionalità e certezza del diritto. Rivelano quindi un ritorno giuridico, depongono per il giuridico.

In questo senso, la Corte costituzionale italiana, a fronte di leggi dal contenuto tecnico-scientifico, pur non conducendo una propria istruttoria indirizzata a verificarne l'attendibilità, fa appello a parametri esterni all'ordinamento, nello specifico alle risultanze portate dallo stato dell'evoluzione scientifica e tecnologica⁸³. Ne deriva che se il legislatore rimane depositario della discrezionalità nella scelta dei mezzi ritenuti più idonei a perseguire in modo effettivo il fine, tale ambito discrezionale viene tuttavia perimetrato dalla necessità di tenere in debito conto aggiornate acquisizioni tecnico-scientifiche, valutando su queste basi la proporzionalità dell'intervento⁸⁴.

La Corte di Giustizia è in linea con questa impostazione⁸⁵, chiedendo al legislatore di tener conto «dei risultati della ricerca scientifica internazionale»⁸⁶. Nello specifico, la Corte di Lussemburgo ha precisato che il «rischio deve essere valutato non già alla stregua di considerazioni di ordine generale, bensì alla luce di specifiche ricerche scientifiche»⁸⁷, e su tali basi va proporzionato

⁸³ Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nazionale nel sindacato sulla ragionevolezza delle valutazioni tecnico-scientifiche come limite alla discrezionalità del legislatore, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 162 ss.

⁸⁴ Corte cost. 5/2018, punto 8.2.1. del considerato in diritto: viene lasciato spazio «alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. [Tuttavia] Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia». Sull'incrementale presa di posizione della Corte costituzionale nei confronti di interventi legislativi privi di una chiara metodologia di natura istruttoria alla base, cfr. E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Giappichelli, Torino, 2021, 232.

⁸⁵ F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2017, 131 ss.

⁸⁶ C-178/84, par. 44.

⁸⁷ C-17/93, par. 17. Il successivo par. 18 precisa che «Non avendo indicato su quali dati scientifici il legislatore belga si sia basato per adottare i provvedimenti controversi, dati che potrebbero giustificare il loro mantenimento in vigore, le autorità belghe non hanno dimostrato la pericolosità per la sanità pubblica».

l’intervento normativo⁸⁸. Naturalmente, laddove vi sia incertezza scientifica, il margine di manovra del regolatore torna ad espandersi, in applicazione del principio di precauzione⁸⁹.

La Corte di Strasburgo, talora si dilunga nel richiamo delle evidenze scientifiche, con particolare riguardo a quelle a cui hanno fatto riferimento le parti o gli *amici curiae*, per ritenere, da un lato, di dover interpretare gli articoli della Convenzione in modo evolutivo, in base a quanto emerge dallo sviluppo economico e tecnico-scientifico; dall’altro lato, di dover vagliare la necessità e proporzionalità dell’esercizio del margine di apprezzamento normativo riconosciuto agli Stati alla luce di presupposti dati scientifici⁹⁰.

⁸⁸ Come evidenziato da F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell’ambiente*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, n. 1/2017, 138: «Non sfugge, quindi, il chiaro disegno del giudice europeo di attestare il proprio compito al rispetto di «garanzie procedurali», e cioè di una serie di passaggi rigorosi, ma da compiersi ad opera dell’amministrazione competente, a sua volta necessariamente tenuta ad avvalersi di studi scientifici caratterizzati da una specifica qualità. Correlativamente, e come si osservava in precedenza, si esclude qualsiasi potere sostitutivo del giudice all’apprezzamento compiuto dall’autorità competente».

⁸⁹ Come emerge dal ben noto caso della “mucca pazza”, cfr. C-157/96, par. 63: «si deve ammettere che, quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi». In analoga direzione, C-180/96.

⁹⁰ Le pronunce che si possono menzionare sono plurime, si richiamano di seguito solo alcuni estratti di pronunce in materia ambientale, significativi per quanto argomentato. Il caso *Taşkin and Others v. Turkey* del 10 novembre 2004, par. 119, dove la Corte richiede a chiare lettere che in caso di interventi regolatori che implicano valutazioni scientifiche o tecniche complesse, la decisione sia preceduta da adeguati studi: «Where a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must firstly involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals’ rights and to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake». In analoga direzione, il caso *Hatton and Others v. The United Kingdom* del 8 luglio 2003, par. 128. La Corte richiama inoltre vari studi che dimostrano l’inquinamento provocato dall’Ilva di Taranto, nella causa *Cordella and Others v. Italy*, del 24 gennaio 2019, parr. 163 ss. Va inoltre rammentato il caso *Verein Klimasenioren Schweiz and Others v. Switzerland* del 9 aprile 2024, par. 434: «appropriate and tailored approach as regards the various Convention issues which may arise in the context of climate change, ... needs to take into account the existing and constantly developing scientific evidence on the necessity of combating climate change and the urgency of addressing its adverse effects, including the grave risk of their inevitability and their irreversibility, as well as the scientific, political and judicial recognition of a link between the adverse effects of climate change and the enjoyment of (various aspects of) human rights». Su tali basi, nella valutazione delle misure implementate da uno Stato contro il cambiamento climatico, sia pure nel rispetto della discrezionalità e del margine di manovra, la Corte precisa che devono essere prese in considerazione le risultanze scientifiche (par. 542): «Having regard, in particular, to the scientific evidence as regards the manner in which climate change affects Convention rights, and taking into account the scientific evidence regarding the urgency of combating the adverse effects of climate change, the severity of its consequences, including the grave risk of their reaching the point of irreversibility, and the scientific, political and judicial recognition of a link between the adverse effects of climate change and the enjoyment of (various aspects of) human rights, the Court finds it justified to consider that climate protection should carry considerable weight in the weighing-up of any competing considerations».

In aggiunta, come anticipato, l'effettività delle disposizioni normative guida verso altri principi giuridici, con particolare riguardo a legalità e certezza giuridica.

Ciò risulta a chiare lettere sin dalle prime pronunce della Corte di giustizia, dove un approccio "casistico" viene considerato non in linea con esigenze di certezza giuridica: «Se è vero che le istituzioni, nell'esercitare i loro poteri, devono aver cura di evitare che gli oneri imposti agli operatori economici superino la misura necessaria al raggiungimento degli scopi che le istituzioni stesse devono perseguire, ciò non significa che detto obbligo debba essere commisurato alla particolare situazione di una determinata categoria di operatori. Una valutazione del genere, data la molteplicità e la complessità dei fenomeni economici, non solo sarebbe impossibile, ma costituirebbe altresì una perpetua fonte d'incertezza giuridica»⁹¹. La Corte considera quindi il principio di certezza del diritto come «una guida per i *decision makers*, non solo comunitari ma anche nazionali»⁹². E lo considera quindi come parametro ulteriore nell'ambito del test di proporzionalità.

Anche la Corte costituzionale italiana guarda alla ragionevolezza/proporzionalità dei limiti posti sui diritti fondamentali, estendendo lo sguardo verso legalità e certezza giuridica: «Alla luce delle considerazioni ora svolte, anche il dubbio di legittimità costituzionale prospettato nei confronti degli artt. 2, 3, 15, 16, 19 e 32 della legge n. 223 del 1990 in riferimento all'art. 41 della Costituzione non è fondato, poiché il "principio della concessione" stabilito dalle disposizioni contestate non comporta un'irragionevole compressione della libertà d'iniziativa economica privata, ma sottopone quest'ultima a regole e a controlli, che, valutati anche in relazione alla loro ricaduta finale sulla libertà di manifestazione del pensiero, rispondono ai principi della riserva di legge e della certezza giuridica»⁹³. La Consulta richiama poi tali principi (proporzionalità/ragionevolezza, certezza e legalità), in materia di procedimento penale⁹⁴, di riparto di competenze Stato-regioni⁹⁵ ovvero quando interviene contro leggi-provvedimento⁹⁶.

⁹¹ Cfr. C-5/73, par. 22.

⁹² M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2019, 780.

⁹³ Corte cost. 112/1993, punto 12 del considerato in diritto.

⁹⁴ Corte cost. 26/2007.

⁹⁵ Corte cost. 303/2003, punto 2.2. del considerato in diritto.

⁹⁶ Corte cost. 137/2009, punto 2 del considerato in diritto: «Dalla giurisprudenza costituzionale si ricava che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è pur vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza... Ne consegue che, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione».

Per la Corte EDU, la correlazione tra tali principi è chiaramente evidenziata ogni volta che rammenta come le limitazioni ai diritti siano ammissibili unicamente se «prescribed by law», quindi rispondenti al principio di legalità e certezza giuridica, perseguano un «legitimate aim» con mezzi «necessary in a democratic society», secondo il principio di proporzionalità⁹⁷.

Questo breve *excursus*, giova a ribadire come, riconducendo analisi proceduralizzate al circuito più strettamente giuridico, quello del sindacato e della motivazione giurisdizionale, ne esca valorizzata la dimensione di “razionalità giuridica” dell’effettività, attraverso le “metriche” dei principi di proporzionalità, legalità e certezza. La “razionalità tecnica” gioca senz’altro un ruolo, ma un ruolo piegato e declinato lungo il versante della razionalità giuridica.

4. Effettività e tecniche regolatorie

Better Regulation e test di proporzionalità sono, come detto, funzionali alla valutazione di adeguatezza, rispetto ai fini perseguiti, delle *policy options* implementate dal legislatore.

Scelte di *policies* e obiettivi perseguiti, a loro volta, contribuiscono a forgiare differenti tecniche regolatorie. Pertanto, ci si soffermerà sinteticamente sulle medesime, avendo un occhio di riguardo per la normativa sul digitale che sarà “testata” nel paragrafo successivo.

Tecnica, strategia o approccio regolatorio, sono concetti dalla valenza multipla⁹⁸. Solitamente li si riferisce alla contrapposizione tra la categoria classica dell’*hard law* e quella della *soft law*. A quest’ultimo proposito, vengono in considerazione l’autoregolamentazione⁹⁹, quindi le norme tecniche (standards)¹⁰⁰, nonché la co-regolamentazione o meta-regolamentazione¹⁰¹. Si

⁹⁷ Cfr. *ex plurimis*, *Kokkinakis v. Greece*.

⁹⁸ R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, New York, 1999, 18 ss.

⁹⁹ Ne sono un esempio i codici di condotta, descritti da O. POLLICINO, *Asimmetrie valoriali transatlantiche tra self-regulation, hard law e co-regolazione (ovvero sul se e sul come regolamentare le strategie contro la disinformazione on line)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023, 228, come «uno strumento assai utilizzato per tentare attraverso uno strumento di soft law, di convincere attori privati, a livello nazionale ed europeo, a raggiungere un livello più elevato di protezione dei diritti in gioco attraverso un dialogo con le istituzioni europee competenti». L’A. ricorda altresì che «Il primo diritto per cui l’Unione europea ha deciso di muoversi per promuovere l’adozione di tali strumenti a livello nazionale è stato quello relativo alla protezione dei minori. Già con l’allegato II alla Raccomandazione del Consiglio 98/560 si richiedeva l’adozione, su base volontaria, da parte degli operatori che erogavano servizi di media audiovisivi, di codici di condotta a protezione» dei minori.

¹⁰⁰ Cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell’economia*, 1996; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2020.

¹⁰¹ C. COGIANESE, E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, New

giunge poi a forme di regolamentazione sviluppate in tempi più recenti, facenti leva su evidenze provenienti da altre scienze. Questo è il caso della *nudge regulation*¹⁰² e del c.d. *technological management*¹⁰³.

Salve queste alternative, all'interno della categoria dell'*hard law*, quindi dell'etero-regolamentazione¹⁰⁴, convivono, a loro volta, diverse tecniche regolatorie, a seconda della prospettiva (e della sottostante scelta politica) di cui il potere pubblico intende farsi paladino. Così, dal ben noto *command and control*, composto da divieti od obblighi sanzionati, si passa al conferimento di diritti, alla previsione di incentivi per azioni/inazioni facoltative, all'imposizione di requisiti di trasparenza finalizzati a recuperare equilibrio in posizioni soggettive asimmetriche, soprattutto in termini di forza di mercato, alle più recenti *regulatory sandboxes*: lo strumentario è variegato¹⁰⁵.

Non si intende certo entrare nel merito di queste molteplici tecniche regolatorie, tradizionale materia dei manuali che si occupano di *regulation*¹⁰⁶. Si intende semplicemente porre l'attenzione su due aspetti.

Da un lato, attraverso l'analisi di *Better Regulation* si giunge ad optare per una tecnica regolatoria piuttosto che un'altra, essenzialmente sulla base delle evidenze restituite dall'*impact assessment*. Dall'altro lato, come già accennato, la scelta della tecnica regolatoria, non essendo neutra dal punto di vista costituzionale, è senz'altro vagliabile nell'ambito del test di proporzionalità/ragionevolezza e certezza giuridica, per come riferiti nel precedente paragrafo.

York, 2012, 156, «Meta-regulation involves efforts by governmental authorities to promote and oversee self-regulation».

¹⁰² A. ALEMANNI, A.L. SIBONY, *Nudge and the Law: a European Perspective*, Bloomsbury, Sydney, 2015; per un approfondimento della tecnica del *nudging*, cfr. R.H. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. The Final Edition*, Penguin Books, 2021.

¹⁰³ R. BROWNSWORD, *Law, Technology and Society – Re-imagining the Regulatory Environment*, Routledge, New York, 2019, 4. Il *technological management* consiste nello «use of modern technologies as regulatory instruments... with a view to managing certain kinds of risk by excluding (i) the possibility of certain actions which, in the absence of this strategy, might be subject only to rule regulation, or (ii) human agents who otherwise might be implicated (whether as rule-breakers or as the innocent victims of rule-breaking) in the regulated activities».

¹⁰⁴ La dottrina che si è soffermata sulla difficoltà delle Costituzioni e del diritto in generale a «caturare» il potere economico e tecnologico, in conseguenza della globalizzazione, è vasta. Basti in merito il rinvio a M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. Cost.*, n. 1/1996, 124 ss.; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in *Rivista AIC*; M.R. FERRARESE, *Il "puzzle" costituzionale della globalizzazione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, 603 ss.

¹⁰⁵ Per una descrizione di tali strategie regolatorie, cfr. R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, cit., 34 ss.

¹⁰⁶ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation. The Oxford Handbook of Regulation*, cit.

Quindi, le tecniche regolatorie si scompongono e ricompongono all’interno di varie *policy options*, ciascuna delle quali supporta differenti finalità, che sottendono scelte politiche, in quanto tali, non neutre dal punto di vista costituzionale.

Se ne rammentano alcune, presenti nella normativa sul digitale implementata dall’Unione Europea nell’ultimo quinquennio (e, in particolare, in riferimento all’AI Act, al DSA, DMA, Data Act, EMFA).

In proposito, possono essere isolate alcune “grandi famiglie” di approcci regolatori, benchè la base legale richiamata da tali atti normativi sia comune e poggi essenzialmente sull’art. 114 TFUE: una sorta di *catch-all provision* o *umbrella provision*.

Nello specifico, va *in primis* menzionato l’approccio regolatorio tipicamente europeo, che è *market-oriented*, con la *competition law* funzionale alla tutela del corretto andamento delle dinamiche concorrenziali nel mercato. Lo si ritrova, a titolo esemplificativo, nel Digital Markets Act¹⁰⁷, e in parte nel Data Act laddove contiene disposizioni relative alla condivisione dati B2B¹⁰⁸. Ad essi si aggiunge l’EMFA, che supporta la libera circolazione dei servizi di media, gli investimenti nel mercato interno e la non discriminazione nell’erogazione di finanziamenti pubblici¹⁰⁹. Rispetto a queste ipotesi, naturalmente, il richiamo all’art. 114 TFUE “calza a pennello”.

¹⁰⁷ Cfr. SWD(2020) 363 final, *Impact Assessment Report accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, par. 108, 29: «The general objective of this initiative is to ensure the proper functioning of the internal market by promoting effective competition in digital markets, in particular a fair and contestable online platform environment».

¹⁰⁸ Cfr. SWD(2022) 34 final, *Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)*, par. 2.3, 11: «Today, digitalisation efforts in every sector depend on the availability and use of data. In certain situations, beyond the use of connected products, data access is a precondition for market entry, participation in a supply chain or innovation. This applies for example, to situations where new and innovative applications depend on the analysis of data amassed and held by other business entities. However, the data is often not made available at all or only under commercially prohibitive terms, such as excessive pricing, which especially affects SMEs».

¹⁰⁹ Cfr. SWD(2022) 286 final-Part 1/3, *Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU*, 5, 7, 28: «Media players face obstacles hindering their operation and investment in the internal media market... Regulatory burdens and obstacles to the exercise of economic activities in the internal media market create legal uncertainty and undermine the willingness of companies to invest and operate in media markets across the EU»; pertanto, «The objective is to make it easier for media market players to expand their operations across the internal market, gradually increasing cross-border investments in terms of their number and value. To this end, the initiative would aim to coordinate certain elements of the diverging national media pluralism frameworks in order to facilitate cross-border service provision. It will aim in particular at ensuring that when assessing media market transactions, national independent authorities approach media pluralism consistently across the EU media market through common criteria and coordination at EU level».

In secondo luogo, vanno rammentati gli obiettivi regolatori indirettamente volti ad evitare comportamenti suscettibili di produrre ricadute distorsive sul funzionamento *del* mercato, ma direttamente e primariamente disposti per la tutela della parte più debole *nel* mercato. Questo vale per l'approccio regolatorio *product safety*, presente, sempre per esemplificare, nell'AI Act¹¹⁰; nonché quello orientato alla *consumer protection*, che si ritrova in alcune disposizioni dell'AI Act¹¹¹, del DSA¹¹² e del Data Act¹¹³.

In terzo luogo, vanno ricordate le normative che maggiormente si allontanano dalla prospettiva di mercato e che sono orientate alla tutela dei diritti

¹¹⁰ Cfr. l'analisi degli specifici «safety and performance requirements» non coperti dall'esistente «Union safety and security legislation», ma necessari per proteggere dai rischi cui espongono i sistemi di intelligenza artificiale, in SWD(2021) 84 final, *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*, 13 ss.

¹¹¹ In tale direzione depongono le previsioni che introducono alcune pratiche vietate (come quelle relative all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano tecniche ingannevoli, manipolative o subliminali, o che sfruttano vulnerabilità, ovvero sistemi di *social scoring*: cfr. Art. 5, par. 1, lett. a), b), c), AI Act), nonché quelle che introducono requisiti di trasparenza e di informativa a carico di fornitori e *deployers* di sistemi di IA, anche per finalità generali (cfr. a titolo esemplificativo gli artt. 11, 56 e 86). In effetti, come dichiara lo SWD(2021) 84 final, cit., *passim*, si tratta di disposizioni normative finalizzate ad incrementare la «consumer trust».

¹¹² Tra di «drivers» del DSA, compare infatti l'esigenza di maggiore trasparenza e di *due process* a tutela degli utenti rispetto alle pratiche messe in atto dalle piattaforme «Key components to safeguard users' rights, such as meaningful information to the user whose content was removed and to those that filed a notice, or an appropriate complaint mechanism, are also not consistently applied..., and are not equally reliable across services»: in tal senso cfr. SWD(2020) 348 final, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, par. 81, 26.

¹¹³ Tra i problemi da affrontare è previsto: «In B2C contexts, practical limitations (such as the insufficient level of interoperability) to exercising the rights to port all data generated by the use of products will hamper consumer choice for digital products and services. Consumers will continue to be locked into certain service providers due to the high switching costs, which will limit demand for competing products and services, with knock-on effects on innovation», cfr. SWD(2022) 34 final, cit., 23.

fondamentali (*right-oriented*). In tale direzione depongono, a titolo esemplificativo, alcune disposizioni del GDPR¹¹⁴, del DSA¹¹⁵, dell’AI Act¹¹⁶ nonché dell’EMFA¹¹⁷.

Vi è poi un’ulteriore modalità regolatoria, che interessa alcuni degli atti normativi ora menzionati, ed è definita *risk-based*¹¹⁸, solitamente accompagnata dal *technology-neutral approach*¹¹⁹. Nella sostanza, con tale approccio ci si propone di graduare i rischi che la tecnologia comporta e, su tali basi, i conseguenti

¹¹⁴ Per un riferimento ai diritti “filiati” dal diritto alla protezione dei dati personali, anche nel bilanciamento con altri diritti e libertà fondamentali, cfr. L. CALIFANO, V. FIORILLO, F. GALLI (a cura di), *La protezione dei dati personali: natura, garanzie e bilanciamento di un diritto fondamentale*, Giappichelli, Torino, 2023, in particolare 137 ss.

¹¹⁵ Il DSA è parallelamente rivolto, da un lato, a bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di impresa con la necessità di rimuovere l’accesso a contenuti illegali ed alla conseguente *content moderation* messa in atto dalle piattaforme online; dall’altro lato a ergere protezioni rispetto ad ulteriori diritti fondamentali potenzialmente minacciati dalla diffusione di contenuti *online*, in misura incrementale laddove la diffusione avvenga ad opera di *very large online platforms* (VLOPs) e *very large online search engines* (VLOSs), come evidenziato dallo SWD(2020) 348 final, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, 18 ss.

¹¹⁶ Come emerge sin dall’introduzione dello SWD(2021) 84 final, 1, sulla valutazione di impatto, lo scopo della normativa relativa ai sistemi di IA è «to address fundamental rights and safety risks specific to the AI systems».

¹¹⁷ Nonostante l’enfasi posta sul mercato e quindi su investimenti e libera circolazione di servizi di media (in questa direzione cfr. SWD(2022) 286 final-Part 1/3, *Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU*, 28 ss.), il Regolamento, essendo volto a garantire indipendenza e pluralismo dei media, supporta sia la libertà di espressione che quella di informazione, come ben evidenziato in SWD(2022) 286 final-Part 2/3, pag. 36: «the legal principle of non-interference in editorial independence, the recommendation on independence safeguards in media companies and the protection of journalistic sources, along with the independence safeguards for public service media governance and the obligation of balanced media coverage would lead to an improved citizens’ exposure to pluralistic and trustworthy media services and reduce disinformation, therefore improving citizens’ access to information and choice of media services». Sulla “portata costituzionale” dell’EMFA, nonostante il presupposto *market-driven approach*, cfr. E. LONGO, *Grounding media freedom in the EU: The legal basis of the EMFA*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, n. 1/2025, 111 ss.

¹¹⁸ G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, n. 2/2022, 473 ss.

¹¹⁹ Per il confronto tra tecniche regolatorie considerate «technology neutral» o «sector-specific», cfr. E. PALMERINI, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa University Press, Pisa, 2013, 22-23. Tale approccio regolatorio, tecnologicamente neutro e *risk-based*, si rinviene sia nel GDPR che nell’AI Act. Per il primo, come confermato da COM(2024) 357 final, *Second Report on the application of the General Data Protection Regulation*, 1: «The risk-based, technology-neutral approach provides strong protection for data subjects and proportionate obligations for data controllers and processors». Per il secondo, basti por mente all’ampia definizione di sistemi di IA contenuta nell’articolo 3(1), dell’AI Act, nonché alla “piramide” dei rischi ivi presupposta e disciplinata.

obblighi ed adempimenti, definiti in misura proporzionale all'entità del rischio previsto. Come noto, è un approccio inaugurato dal GDPR, ormai diventato un modello per gran parte della normativa digitale adottata in anni più recenti (DSA, DMA, AI Act)¹²⁰. Esso presuppone una valutazione costi-benefici, funzionale al proporzionamento dei *burdens* (in particolare amministrativi) all'entità dei possibili pericoli. Purtuttavia, si allontana da un'impostazione esclusivamente economicista, di monetizzazione dei *pros and cons*, quando prende in considerazione l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali “*whatever it takes*”, anche laddove ciò comporti un onere particolarmente gravoso in termini di impatto economico¹²¹. A tal riguardo, questa prospettiva può giungere a fondersi con un'ulteriore impostazione regolatoria, quella di stampo precauzionale¹²², di frequente funzionale all'istituzione di divieti, come fatto in ambito ambientale e, con specifico riguardo alla transizione digitale, come altresì fatto dall'AI Act, quando dispone il divieto di alcune pratiche di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale¹²³.

Alla luce di questa breve ricostruzione, che prende le mosse dalle finalità che il regolatore si propone di perseguire per risalire alla conformazione dei differenti approcci regolatori, emerge un primo *acquis* collegato a quanto sviluppato nei precedenti paragrafi. Se rimane pacifico che l'opzione in merito agli obiettivi da perseguire (maggiormente *market* o *right-oriented*, ovvero *risk-based* o precauzionali) ed alla conseguente strategia regolatoria da implementare, sono senz'altro frutto di preferenza politica, è tuttavia vero che la scelta, per risultare performante dal punto di vista dell'effettività, deve essere meto-

¹²⁰ In questi regolamenti, l'UE gradua l'intensità degli obblighi e degli adempimenti procedurali all'entità dei rischi che nell'AI Act vanno da intollerabili, ad alti, minimi e ridotti; nel DSA si differenziano i rischi *tout court* dai rischi sistemici prodotti dalle piattaforme *online* e dai motori di ricerca di dimensioni molto grandi; nel GDPR si isola la categoria dei rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone fisiche introducendo l'obbligo della valutazione di impatto (art. 35).

¹²¹ Come evidenziano G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, cit., 477, la *risk-based regulation* ha come comune denominatore l'obiettivo di «to foster a model of “optimizing constitutionalism”... Whereas digital policies were initially driven by the purpose of fostering the development of digital services in the internal market, the developing popularity of the concept of risk follows the increasing role of constitutionalism within the European project».

¹²² Per il riferimento al principio di precauzione nella regolamentazione dell'innovazione tecnologica, cfr. A. STIRLING, *Precaution in the governance of technology*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., 645 ss.

¹²³ A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, 102-103.

dologicamente guidata, o, come si usa dire col linguaggio del “Legiferare meglio”, basata sull’evidenza¹²⁴, quindi, per dirla in termini giuridici, proporzionata e certa. Si tratta ora di valutare quanto le *policy options* contenute nella menzionata normativa sul digitale, possano dirsi effettive, quanto al loro rendimento giuridico.

5. La normativa sul digitale alla prova

A fronte di valutazioni tanto tecniche quanto complesse ed ampie, quali quelle che la Commissione ha svolto negli *Staff Working Documents* relativi alla normativa sul digitale, attraverso l’utilizzo di strumenti di analisi e metodologie che senz’altro attingono anche a conoscenze esterne al circuito della competenza giuridica (cfr. *supra*, § 2), ciò che sembra aver talora subito un’incrinatura è il circuito della razionalità giuridica, quindi i canoni della proporzionalità e certezza normativa. Talora, infatti, la regolamentazione europea sul digitale, per “seguire” la tecnologia, si è eccessivamente “complessificata” con una pleora di dettagli e di *caveat*. Nell’intento di essere il più precisa possibile e di “catturare” la multiformità dei tecnicismi, rischia così di tradire le finalità intrinseche ai più volte menzionati principi (di proporzionalità, certezza giuridica e di legalità).

In questo senso, il procedere metodologico tipico della *Better regulation*, fatto proprio dagli SWDs, nel rispondere al criterio di razionalità tecnica, utile per migliorare qualità ed effettività della regolazione, lascia scoperto il fianco alle esigenze sottese alla razionalità giuridica.

In queste ipotesi, la “calcolabilità” del diritto ne esce incrinata, ed il concetto tradizionale di «fattispecie», anziché declinarsi nel «caso», declina verso l’incertezza della «casistica»¹²⁵.

Si fa riferimento, al riguardo, ad alcune disposizioni della recente regolamentazione europea sul digitale che assumono l’opzione regolatoria di *hard-law*, che si traduce nell’elencazione degli *use-cases*. Ciò comporta non solo, come per tutte le “liste” di casi, il rischio di risultare *over-* o *under-inclusive*,

¹²⁴ Cfr. il Better Regulation Toolbox aggiornato al luglio 2023, 8-9, ove, da un lato, è sottolineato che «‘Better regulation’ instruments should be based on the best available evidence» e, dall’altro lato, che «Evidence should inform political decisions – not the other way around». C.M. RADAELLI, *Half-way Through the Better Regulation Strategy of the Juncker Commission: What Does the Evidence Say?*, cit., 87.

¹²⁵ Quelle menzionate, dalla incalcolabilità del diritto alla crisi della fattispecie, quindi al declinare del caso verso la casistica, rappresentano le “storture” ordinamentali denunciate dal N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 3 ss.

vista la rapidità dell'evoluzione e dei cambiamenti tecnologici¹²⁶; ma di contribuire ad alimentare ulteriormente la c.d. «crisi della fattispecie»¹²⁷, e pertanto di non risultare adeguata ai fini proposti. Sia per l'incertezza scientifica che sta dietro ad alcuni concetti mutuati dagli *use-cases*¹²⁸, sia per la confusa commistione tra concetti tecnici e definizioni giuridiche¹²⁹, sia – altresì e soprattutto – per l'eccesso di dettaglio, di lunghezza e specificità di tale approccio regolatorio, con conseguente notevole frammentazione normativa¹³⁰.

Così è per gli elenchi di pratiche di AI vietate, secondo il disposto dell'art. 5 dell'AI Act; per gli elenchi di settori e sistemi di IA ad alto rischio, secondo quanto previsto nell'allegato III, sempre dell'AI Act; per gli elenchi delle pratiche messe in atto dai *gatekeepers* per limitare la contestabilità del mercato, come contemplato dal Capitolo III del DMA¹³¹. A quest'ultimo riguardo, vi è già un'evidenza di quanto le “elencazioni” tradiscano la capacità regolativa della fattispecie, rendendo difficile la sussunzione, all'interno di dettagliate tipizzazioni, di nuove tipologie di pratiche scorrette rese possibili dall'ulteriore evoluzione del mercato digitale. In tale direzione depone infatti la recente indagine della Commissione europea relativa all'integrazione obbligatoria di Meta AI in WhatsApp: la Commissione si è rifatta alla tradizionale normativa

¹²⁶ Com'è stato evidenziato, potrebbero ben presentarsi usi differenti da quelli dettagliatamente elencati nell'art. 5 dell'AI Act e che pur tuttavia violano lo “spirito” che accomuna e rende tali pratiche proibite, cfr. R.J. NEUWIRTH, *Prohibited Artificial Intelligence Practices Revisited*, in V.L. RAPOSO, *The European Artificial Intelligence Act. Promises and Perils?*, Springer, Switzerland, 2025, 149.

¹²⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 8 ss., riferisce la «crisi della fattispecie» all'avvento di principi costituzionali e clausole generali, con conseguente «giudizio secondo valori», in luogo dell'applicazione sussuntiva della legge.

¹²⁸ Come potrebbe essere il concetto di pratiche subliminali e di emozioni, contemplato dall'art. 5 dell'AI Act.

¹²⁹ Ad esempio, nella proposta di regolamento sull'IA del 2021 (cfr. COM(2021) 206 final, par. 44), il concetto di *bias* algoritmico veniva sovrapposto alla discriminazione ai sensi del diritto europeo. In realtà, i *bias* algoritmici possono comportare impatti “*unfair*” che vanno al di là delle categorie protette dal diritto europeo antidiscriminatorio (razza, origine etnica, sesso, genere, disabilità, religione, età, orientamento sessuale), nonché oltre i settori contemplati da tale diritto (essenzialmente lavoro e accesso a certi beni e servizi). Sul punto, cfr. R. XENIDIS, *When computers say no: towards a legal response to algorithmic discrimination in Europe*, in B. BROŽEK, O. KANEVSKAIA, P. PAŁKA (a cura di), *Research Handbook on Law and Technology*, Elgar, Northampton, 2024, 224-226.

¹³⁰ In tal senso, cfr. R.J. NEUWIRTH, *Prohibited Artificial Intelligence Practices Revisited*, cit., 148.

¹³¹ La qualificabilità di una pratica anti-competitiva dipende dal *business model* e dal mercato di riferimento, ne derivano quindi dubbi sulla praticabilità di casi prestabiliti e tassativi di pratiche anti-competitive, come fatto dal DMA, sul punto cfr. M. BASSINI, M. MAGGIOLINO, A. DE STREEL, *Better Law-making and Evaluation for the EU Digital Rulebook*, cit., 208 e 212: «The *ex post* evaluation should assess whether the practices prohibited under the DMA are indeed consistently anti-competitive across a broad range of markets and business models... the assessment can determine whether the DMA's prohibitions are appropriately targeted or overreaching».

dell’abuso di posizione dominante (art. 102 del TFUE), anziché alle “tipizzazioni” previste dal DMA¹³².

Accade inoltre che le dettagliate specifiche relative ad una pratica, volte a restringerne l’ambito applicativo, escludano casi senza ragionevole motivazione, come per il divieto relativo al *social scoring*, contemplato dall’art. 5, par. 1, lett. c), dell’AI Act. Dal dettagliato perimetro del divieto rimangono escluse pratiche di *social scoring* che, pur producendo un trattamento sfavorevole o dannoso, sono riferite ad un contesto collegato (anziché “scollato” come richiesto dalla disposizione) a quello in cui sono stati raccolti i dati¹³³. A tal proposito, la dottrina ha evidenziato l’irragionevolezza e la sproporzione dell’esclusione¹³⁴, ed ha eccepito analogo dubbio sull’esclusione, dall’ambito di applicazione del divieto, di pratiche di *social scoring* che non producono conseguenze sfavorevoli, ma, in ogni caso, differenziano ed isolano in “eccellenze” selezionati casi, sulla base di criteri di punteggio automatizzato¹³⁵.

La tecnica regolatoria basata su casi d’uso riferiti a specifiche pratiche è replicata in talune disposizioni del DSA, laddove indirizza le proprie salvaguardie ad alcune condotte messe in atto dalle piattaforme, quali il *targeting* pubblicitario (artt. 26 e 28), i sistemi di raccomandazione (artt. 27 e 38), la progettazione o organizzazione delle interfacce *online* (art. 25). Così facendo omette tuttavia di assumere una portata regolatoria più efficace ed effettiva, in quanto volta a catturare non alcune specifiche manifestazioni del fenomeno, ma diret-

¹³² Cfr. T. ORRÙ, *Meta AI in WhatsApp: prima grande prova per l’antitrust UE*, in *agendadigitale.eu*, «Il DMA funziona bene quando il comportamento del *gatekeeper* è tipizzato, prevedibile, catalogabile; al contrario, l’integrazione di Meta AI dentro WhatsApp sfugge a ogni schema predefinito. È un comportamento nuovo, ibrido, tecnico, borderline. Proprio in questi casi l’antitrust tradizionale, con la sua capacità di entrare nel merito degli effetti economici, torna sorprendentemente attuale. Una sorta di ironia regolatoria: così per governare le tecnologie più avanzate, a volte servono gli strumenti più “antichi”».

¹³³ L’art. 5, c. 1, lett. c), AI Act, dispone il divieto di «immissione sul mercato, ... messa in servizio o... uso di sistemi di IA per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti...».

¹³⁴ D. BORELLI, G. MARTINELLI, *Governance dell’Intelligenza Artificiale. Applicare il nuovo Regolamento UE*, FrancoAngeli, Milano, 2025, 77.

¹³⁵ E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Giappichelli, Torino, 2024, 146-147: «non basta precludere le forme di punteggio che comportano conseguenze negative per la persona: ciò che rende possibile lo stigma non è soltanto la degradazione, ma è anche l’esaltazione di un’eccellenza altrettanto artificiale... I sistemi giuridici, pertanto, non possono limitarsi a vietare punteggi che recano un pregiudizio alla persona, ma devono porsi nelle condizioni di valutare sempre, concretamente e in base al contesto, gli effetti che il potere computazionale può avere sulla persona e sulla sua dignità».

tamente il fenomeno complessivo presupposto a tali pratiche. Ciò che si nasconde dietro le censurate pratiche è infatti un noto *business model* che comporta personalizzazione di contenuti e forme, e che si traduce nella profilazione *online*. Eludendo di indirizzare l'opzione regolatoria a tale modello presupposto, ed optando per la selezione di alcune pratiche che ne sono manifestazione, ne escono prive di protezione altre pratiche, quali il caso in cui sono gli stessi contenuti ad essere ritagliati (*rectius*, personalizzati in base a profilazione), non la loro raccomandazione. Gli *stakeholders* consultati nell'ambito dell'*impact assessment* del DSA hanno infatti manifestato le loro perplessità in merito, mettendo sullo stesso piano i rischi che derivano non solo da sistemi pubblicitari e di propagazione dei contenuti *online* (*rectius*, raccomandazione), ma anche dagli «algorithmic systems [that] shape online content»¹³⁶.

Analoga eccezione potrebbe essere mossa all'EMFA, che si limita ad intestare un diritto di customizzazione all'utente (art. 20), senza nulla disporre in merito ad eventuali pratiche di intrusiva profilazione messe in atto dai *media service providers*.

L'eccesso di "razionalità tecnica", rinvenibile nei casi sopra menzionati, può quindi tradursi in una penalizzazione della razionalità giuridica, inclusa la razionalità giuridica di base. Tale può essere considerata la coerenza interna ad uno stesso atto, suscettibile di riverberarsi sull'adeguatezza dell'atto al perseguimento dei fini. Al riguardo, può menzionarsi, a titolo esemplificativo, la non chiara differenziazione¹³⁷ tra la fattispecie del divieto dei sistemi IA di categorizzazione biometrica previsti dall'art. 5, par. 1, lett. g)¹³⁸, e quella che ricade invece nella categoria dei sistemi ad alto rischio, contemplata dall'allegato III dell'AI Act¹³⁹.

Nello slancio verso la proceduralizzazione e lo sviluppo di metodologie tecnicamente e scientificamente rigorose, come fatto attraverso la *Better regulation* applicata nei menzionati *Staff Working Documents*, il rischio che si profila, si sostanzia in una deriva "tecnicistica", facendo perdere alla norma la funzione che le è propria. Se pertanto l'effettività della norma, in termini di adeguatezza

¹³⁶ SWD(2020) 348 final, part 2, p. 18.

¹³⁷ D. BORELLI, G. MARTINELLI, *Governance dell'Intelligenza Artificiale. Applicare il nuovo Regolamento UE*, cit., 89.

¹³⁸ Questa disposizione riferisce il divieto a «sistemi di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale; tale divieto non riguarda l'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici acquisiti legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o della categorizzazione di dati biometrici nel settore delle attività di contrasto».

¹³⁹ Sono qualificati ad alto rischio, dall'allegato III, punto 1, lett. b), AI Act, «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la categorizzazione biometrica in base ad attributi o caratteristiche sensibili protetti basati sulla deduzione di tali attributi o caratteristiche».

al perseguimento degli obiettivi, tanto deve a metriche e valutazioni di natura extra-giuridica, soprattutto in un settore complesso come quello del digitale, ciò non deve tuttavia tradursi nell’incrinatura di “metriche” giuridiche classiche, quali quelle della proporzionalità, certezza e legalità: esse pure altrettanto funzionali alla *performance* dell’atto normativo.

Non solo e non tanto per evitare il caso, che rimane estremo, della «legge oscura»¹⁴⁰, ma per evitare la situazione, più frequente, in cui la disposizione, ancorché comprensibile, tradisca tuttavia basilari pilastri della civiltà giuridica, quali sono i principi più volte richiamati.

Su questa via vanno quindi recuperati lo spazio e la missione tipica dell’*hard-law*.

Si tratta di una direttrice mediana tra una normativa composta da evanescenti clausole generali¹⁴¹, con conseguente ampio spazio lasciato alla *self- e co-regulation*; e una normativa integrata da un eccesso di specificità e dettagli, con conseguente difficoltà di “cattura del caso”, così inficiando il rendimento della disposizione in termini di effettività, quindi di adeguatezza al fine perseguito.

Allo scopo vanno bilanciate “razionalità tecnica” e “razionalità giuridica”, per centrare un obiettivo, di tipica impostazione giuridico-costituzionale, propagandato nella normativa europea sul digitale ed evitare che si traduca ad un mero proclama, vuoto di effettività: lo *human-centred approach*¹⁴². Per evitare, quindi, che anche nelle fattispecie in cui l’ordinamento europeo (come nei casi richiamati) dimostra di voler utilizzare il “mezzo” della massima cogenza, istituendo divieti per alcune pratiche, questi in sostanza tradiscano la loro natura, riducendosi in una sorta di *empty shell*, in quanto il dettaglio di tali *use-cases* non “rende” in termini di effettività.

Simile scarsa effettività rischia infatti di risultare ancor più costituzionalmente pericolosa a fronte delle molteplici e multidimensionali sfide che la normativa sul digitale si propone di regolare, relative sia alla protezione dei diritti e libertà fondamentali dei singoli individui, che alle complessive dinamiche dei processi democratici.

6. Per un’effettività giuridicamente orientata

Prendendo spunto da quanto in precedenza argomentato, troviamo, da un lato, il regolatore europeo, con gli insegnamenti provenienti dal *Better regulation*

¹⁴⁰ Parafrasando la pronuncia della Corte costituzionale: cfr. G.U. RESCIGNO, *Se una legge è radicalmente oscura. (Annotazioni suggerite dalla sentenza costituzionale n. 110/2023)*, in *Quad. cost.*, n. 4/2023, 880 ss.

¹⁴¹ S. RODOTÀ, *Technology and regulation: a two-way discourse*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., 29.

¹⁴² COM(2021) 118 final, *2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade and Declaration on European digital rights and principles*.

approach; dall'altro lato, le Corti, con gli insegnamenti provenienti dal test di proporzionalità e dai principi di legalità e certezza giuridica. Entrambi i versanti si congiungono in termini di valutazioni proceduralizzate e di finalità, comportando la riduzione dello spazio lasciato alla libertà (ed insindacabilità) della scelta politica.

“Razionalità tecnica” e “razionalità giuridica” quindi, da bilanciare all'insegna di quello che può essere ritenuto un «metacriterio» giuridico: la «massimizzazione»¹⁴³ procedurale e metodologica, funzionale alla massimizzazione del rendimento della normativa, in termini di effettività, quindi di idoneità/adequatezza della norma a raggiungere i fini perseguiti, quale necessario supporto alla garanzia costituzionale di diritti e libertà fondamentali.

Lungo questo percorso, proporzionalità, certezza e legalità assurgono a criteri *double face*: in direzione negativa, quali limiti al potere e, in direzione positiva, quali strumenti di promozione di tutele normative poste a presidio di diritti, in quanto supporto dell'effettività delle medesime. Ciò, come detto, risulta tanto più necessario a fronte delle multiple e complesse sfide a cui il digitale espone il diritto costituzionale, senza per questo reprimere le potenzialità insite nello sviluppo tecnologico.

Se questo è l'obiettivo che ci si prefigge, emerge tuttavia, da alcune disposizioni contenute nella normativa sul digitale, che la metodologia della *Better regulation*, fatta propria ed applicata dagli SWDs, risulti smarrita nella foresta del tecnicismo. Così sbilanciando la barra dell'effettività verso un eccesso di extra-giuridicità che, a scapito della razionalità giuridica, si riversa sulle modalità di conformazione della norma.

Ne risulta – per conseguenza – che talora, nella menzionata normativa sul digitale, il regolatore europeo ha contribuito ulteriormente a quella che è stata chiamata, in altri tempi, da Natalino Irti, la «crisi della fattispecie», risultante nell'incrinatura del rendimento giuridico dell'effettività, in termini di proporzionalità, certezza e legalità.

Pertanto, rischia di uscire tradita la fondamentale finalità che la strategia digitale europea si è proposta di perseguire, quella dell'*human-centered approach*, volta a preservare la dignità dell'uomo, sia come singolo, sia nella società in cui svolge la sua personalità, a fronte delle sfide che la transizione digitale pone a diritti e libertà fondamentali, nonché ai processi democratici complessivamente considerati.

¹⁴³ Per parafrasare la dottrina che discorre di «metacriterio della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti nelle relazioni interordinamentali», con specifico riguardo al “dialogo tra le Corti”: A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in A. RUGGERI, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti – XXI, studi dell'anno 2017, Giappichelli, Torino, 2018, 499.

Come a dire, nata per catturare giuridicamente la tecnologia, la normativa europea sul digitale ha finito, per certi versi, per essere catturata, scivolando nella trappola dell’eccesso di “tecnicità” e di “tecnicismo”. Con ciò depotenziando le esigenze fatte proprie dalle “metriche” del circuito giuridico, quali, appunto, proporzionalità, certezza e legalità. Si tratta quindi di ricalibrare la “razionalità tecnica” e la “razionalità giuridica” della *Better Regulation*, rivalorizzando, sin dall’adozione della norma, l’insegnamento applicato dalle Corti quando valutano, a valle, l’applicazione della normativa rispetto alle esigenze di tutela di diritti e libertà fondamentali. In questo modo, le metodologie proceduralizzate, fatte proprie dal *Better Regulation Approach* del legislatore europeo e dal test di proporzionalità/ragionevolezza e certezza giuridica delle Corti, nello scomporre le complesse problematiche portate dal digitale, contribuirebbero a ricomporle, orientandole all’insegna del metacriterio sopra menzionato, volto a massimizzare il rendimento delle disposizioni normative e, quindi, delle tutele dalle stesse offerte per libertà e diritti fondamentali.