

LA CO-REGOLAZIONE NELL'ECOSISTEMA DIGITALE TRA ETERO-
REGOLAZIONE E AUTO-REGOLAZIONE. QUESTIONI DEFINITORIE*

GIOVANNA PISTORIO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Le dimensioni della co-regolazione. – 3. La co-regolazione nell'ecosistema digitale.
– 4. L'eterogeneità dei modelli. – 5. Il costituzionalismo *nel* digitale.

Abstract

Defining co-regulation is a difficult challenge. There's no single model, but rather multiple and heterogeneous frameworks. They depend on the mode of interaction among stakeholders, the degree of flexibility of the tools, and the type of goal to be achieved. Resorting to the concept of co-regulation in regulating new technologies is now essential due to the inadequacy of public hetero-regulation and the uncontrolled expansion of private self-regulation. In light of this awareness, questions arise about the issues that co-regulation entails in the digital ecosystem, investigating whether and how resorting to public technical standards can lead to forms of co-regulation that are constitutionally compliant.

Suggerimento di citazione

G. PISTORIO, *La co-regolazione nell'ecosistema digitale tra etero-regolazione e auto-regolazione. Questioni definitorie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2024. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno finale del Progetto PRIN 2017 *Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law* (SE.CO.R.E TECH) tenutosi a Firenze l'8 e 9 febbraio 2024 e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

** Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: giovanna.pistorio@uniroma3.it

1. Premessa

Regolare la tecnologia. Anzi, *come* regolare le nuove forme di tecnologie emergenti è stata la sfida del Progetto di Ricerca di rilevante interesse nazionale, dal titolo *L'impatto delle nuove tecnologie sui processi di auto e co-regolazione: verso uno Stato di diritto tecnologico*, avviato nel 2017, dalle Università degli Studi di Firenze, di Macerata, di Pisa e di Roma Tre.

D'altra parte, una volta sconfessata «la retorica deregolatoria», ovvero sopito ogni dubbio sull'*an*, sulla necessità che il diritto intervenga per regolare la tecnologia¹, il dibattito si è cominciato a sviluppare attorno all'individuazione dei possibili modelli di regolazione, a partire dalle tradizionali forme di etero-normazione pubblica e di auto-regolazione privata². Nel dubbio, però, che i limiti di tali categorie possano precludere un'efficace regolazione, vuoi per l'incessante evolversi delle nuove tecnologie o per il timore che i regolatori finiscano per essere catturati nella rete dei "regolati", è emersa l'idea della co-regolazione, come forma di regolazione mista³.

È nella ricostruzione delle peculiarità che connotano questa modalità ibrida, tra il pubblico e il privato, che parte della ricerca ha preso forma, indagando sul se e come essa possa rivelarsi la carta vincente nella disciplina delle nuove tecnologie⁴.

Arduo, ma essenziale per la ricerca, il compito di definire la co-regolazione.

Definire, ovvero determinare il contenuto di un concetto, è già di per sé ampiamente problematico.

¹ In particolare, secondo M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Media Laws*, 2020, 2, «crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza (...), il tema si è per così dire rovesciato, concentrandosi sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero», con la conseguenza che «oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l'uso di internet».

² Sulle *modalità* per la regolazione delle nuove tecnologie e in particolare di Internet e delle piattaforme digitali, cfr. AA.VV., *The Free Speech Century*, OUP, Oxford, 2019. Nell'ambito dell'ampia bibliografia, si veda, da ultimo, A. IANNUZZI, *Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2023, 91 ss.

³ Più approfonditamente, cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1031 ss.

⁴ Invero, sulla possibilità di strutturare forme di regolazione miste tra etero normazione e autonomia regolatoria privata, cfr. già F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, 369 ss. Poi, sul tema, G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005.

Quando poi i confini del quadro da chiarire appaiono sfumati e in parte evanescenti, tutto si complica⁵.

Sappiamo bene, però, quanto l'esigenza di certezza del diritto, cui anela l'uomo di ogni tempo, spinga il giurista a tentativi definitivi⁶. In questa operazione, spesso ci si avvale di categorie già note per meglio comprendere, inquadrare e differenziare le specificità del fenomeno da esplorare⁷.

Questo, l'intento delle riflessioni che seguono, con riguardo al concetto di co-regolazione.

2. Le dimensioni della co-regolazione

Il termine co-regolazione presenta una molteplicità di dimensioni che si sviluppano anche oltre e prima rispetto al mondo giuridico.

D'altra parte, *regolare* significa disporre, governare, disciplinare secondo una regola, stabilire. L'aggiunta del prefisso *co* allude all'interazione, nello svolgimento di siffatta operazione, che dunque avviene in condivisione, assieme. Ecco allora che la co-regolazione si sviluppa, come modalità operati-

⁵ Affascinante, quanto complesso e delicato, il tema della comprensibilità del linguaggio, nell'era tecnologica, nella quale l'interazione tra uomini e macchine intelligenti dischiude nuovi scenari. Sul punto, interessanti le riflessioni sulla comprensibilità interna-linguistica ovvero esterna-motivazionale di A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2023. Si veda anche M. PIETRANGELO, *La conoscibilità della legge per via informatica e telematica*, in *Informatica e diritto*, 2006, ove l'A., pur rilevando l'importanza di una buona qualità della legislazione, funzionale alla conoscibilità e all'osservanza, sottolinea le difficoltà derivanti dai caratteri dell'attuale *corpus* normativo, ovvero «la sua espansione e parcellizzazione al contempo (...) la sua contraddittorietà (...) la l'indeterminatezza dei suoi confini».

⁶ Sulla stretta interdipendenza tra certezza del diritto e comprensibilità delle norme, in funzione dell'osservanza, che spinge dunque a chiarificazioni e semplificazioni, cfr. M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988, 2 s. Sulle difficoltà legate al processo di semplificazione, cfr. P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, ES, Napoli, 2011. Sulla dimensione oggettiva di certezza del diritto, in termini di chiarezza, cfr. S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 2021. Più specificatamente, con riguardo al tema in esame, sull'importanza dell'omogeneità di linguaggio, «tutt'altro che formale, dal momento che è proprio nella presunta fungibilità dei termini che si annidano le ambiguità più insidiose, e con esse i rischi di più o meno consapevole aggiramento delle finalità connesse ai singoli istituti», cfr. A. VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, in *www.associazionedeicostituzionalisti*, 2006, § 2. Sulla «difficoltà di far dialogare settori che utilizzano linguaggi diversi», cfr. A. IANNUZZI, *Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*, cit., 1.

⁷ A tutti nota e, per molti versi, ancor oggi attuale la definizione con cui la Corte di giustizia, interpellata sulla natura del Trattato CE, risolve la *querelle* sul se esso potesse configurarsi come accordo internazionale o come Carta costituzionale, affermando l'originalità dell'ordinamento - allora, comunitario - rispetto alla pluralità di ordinamenti esistenti, quale ordinamento «di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini» (CGCE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc.*, 1963, 3, corsivo aggiunto).

va, nei più svariati ambiti della vita umana, dalla bioenergetica alle dinamiche politiche, passando per le relazioni sociali ed economiche. Tre, le parole chiave che fanno da *trait d'union*: *interazione* con riguardo ai protagonisti, *flessibilità* con riferimento agli strumenti, *obiettivo* in termini di risultato da raggiungere.

Risultato che, se inteso come prodotto normativo finale, cambia rispetto ad alcuni parametri e in particolare rispetto all'oggetto da disciplinare, al ruolo dei soggetti che interagiscono nella regolazione e alla modalità della loro interazione.

In un'accezione sì ampia, la storia del diritto ci offre una molteplicità di modelli.

Gli accordi nati nel campo del diritto internazionale, provenienti dall'incontro della volontà di due o più Stati, per la disciplina di determinati rapporti rappresentano l'esempio di una regolamentazione condivisa tra soggetti sovrani, su ambiti di diverso interesse, dalle questioni belliche alla tutela ambientale, passando per la salvaguardia dei diritti umani⁸. Si pensi, poi, alle eterogenee e differenziate dinamiche di interazione a fini regolativi che, nell'integrazione ordinamentale tra Stati e Unione europea, danno vita a una molteplicità di atti eterogenei, dai trattati alle direttive, passando per i più problematici, quantomeno sul piano dell'effettività, accordi di *soft law*. È il c.d. diritto dell'integrazione da cui origina una struttura giuridica "a rete"⁹. Emblematiche, in tal senso, le direttive e, ancor più quelle armonizzate, che nascono dall'intreccio tra disposizione europea e attuazione nazionale. Quanto alla disposizione europea, interessante in tale sede la procedura, tra le altre, di codecisione che, introdotta nell'ordinamento UE sin dal 1992 e divenuta, dopo Lisbona, la principale procedura decisionale, prevede l'interazione tra Commissione europea, Consiglio dell'UE e Parlamento per legiferare in 85 settori politici, ex artt. 289 e 294 TFUE. Anche questa, dunque, una forma di co-regolazione. Quanto invece all'attuazione nazionale, essendo teleologicamente orientata a perseguire l'obiettivo posto sul piano europeo, essa rappresenta la "funzionalizzazione" degli strumenti del diritto interno volti a garantire l'effettività del diritto UE¹⁰. Nella prospettiva che interessa in tale sede, è il versante nazionale di quella co-regolazione inte-

⁸ A partire da quanto efficacemente rilevato da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 64 ss.

⁹ In tal senso, cfr. E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*. Relazione presentata nell'incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali", Roma, 22-24 giugno 2009, Consiglio superiore della Magistratura, in www.europeanrights.eu.

¹⁰ Per tale espressione, cfr. D. U. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*. Report annuale-2011-Italia, in www.ius-publicum.com.

rordinamentale, posta in essere dagli Stati membri per raggiungere l'obiettivo di matrice europea. Stessa *ratio*, ma sul piano squisitamente interno, induce le Regioni a conformarsi ai principi fondamentali, nelle materie di legislazione concorrente, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.

Acclarato che per co-regolazione intendiamo una forma di collaborazione *tra più soggetti* a fini regolativi, i casi sopra indicati sono chiari esempi di co-regolazione tra *diversi* titolari della funzione legislativa, appartenenti a ordinamenti giuridici differenti o anche allo stesso ordinamento. Indubbia, stante il ruolo dei soggetti coinvolti, la qualificazione del prodotto normativo finale, quale atto di etero-regolazione, sia pur frutto di concertazione tra diversi soggetti. Una sorta di co-regolazione "interna".

Può parlarsi, poi, di co-regolazione, nell'ampia accezione di cui si è detto, anche in una prospettiva "esterna" rispetto ai titolari della funzione legislativa. È in tale ambito che l'interazione a fini regolativi affonda le sue radici nel diritto giustiniano. Risale infatti al principio democratico alla base della regolazione il coinvolgimento di soggetti *diversi* dal titolare della funzione legislativa. *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. Siffatto principio, per la prima volta sancito in una Costituzione giustiniana - benché in parte anticipato in testi precedenti - si fonda, vuoi in applicazione di «un momento di democrazia, oppure di giustizia distributiva (...), sulla stessa logica della convivenza umana: il legislatore, nessun legislatore lo ha inventato, ma lo ha soltanto ritrovato»¹¹. Un ritrovamento che ha consentito allo stesso, nel segno della partecipazione e del consenso alla vita associata, un lungo, e sia pur diversificato e altalenante, cammino. Un cammino fatto di lenti e significativi progressi, laddove ha spinto le strutture dualistiche di negoziazione del potere - monarchia da un lato e assemblee politiche dei ceti dall'altro - a ricercare «accomodamenti contrattuali nella forma dei patti di signoria»¹²; battute d'arresto, quando in pieno assolutismo finiva per coincidere con la ragion di Stato¹³; indubbi sviluppi, con l'avvento dello Stato liberale e ancor più di quello democratico, a fronte dell'esigenza di garantire, in modo effettivo, ampia condivisione, partecipazione e legittimazione nei processi regolatori. Questa, sin da allora, la *ratio* sottesa alla legge. Fonte per antonomasia, sostanzialmente libera nel fine e formalmente delimitata da una disciplina costruita dai Padri costituenti "a maglie larghe", è volta a tutelare

¹¹ Più approfonditamente, cfr. A. MARONGIU, *Il pensiero politico*, 1981, 441 ss.

¹² Più approfonditamente, cfr. A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle norme*. Relazione al Convegno "Codificazione, semplificazione e qualità delle regole". Università degli Studi Roma Tre, 17-18 marzo, 2005, in AA. VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, 2005.

¹³ Più approfonditamente sul punto, cfr. A. MARONGIU, *Il pensiero politico*, cit., 450, ove si legge che, quale estrinsecazione della ragion di Stato, il principio "garantiva" che «quel che toccava tutti doveva essere deciso da colui che si era assunto la responsabilità e l'arbitrio del comando».

l'autonomia del Parlamento e, in particolare, il libero dispiegarsi della dialettica politica¹⁴. Quel libero dispiegarsi che spesso ha implicato e implica ancor oggi il coinvolgimento di soggetti *altri*, rispetto alla politica, *rectius* ai titolari della funzione legislativa: i tecnici, gli esperti, i consulenti, i rappresentanti delle confessioni religiose, i sindacati, i destinatari delle norme. Un coinvolgimento ad ampio spettro, dunque, a tutela della legge, affinché possa rivelarsi "plurale", democratica, garantista. Tale coinvolgimento, a seconda della *ratio* ad esso sotteso, implica, dal punto di vista procedimentale, una molteplicità di variabili.

Facciamo qualche esempio.

L'iniziativa della negoziazione può provenire dal privato. Si pensi alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, quali formazioni sociali, distinte in base a plurisoggettività, organizzazione e scopo religioso, i cui rapporti con lo Stato «sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze». Ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., dunque, le relative rappresentanze possono promuovere attività di coordinamento con lo Stato, al fine di stipulare un'intesa¹⁵. La collaborazione, tradottasi nell'intesa, è prodromica alla legge. In altri termini, la concertazione, sia pur attivata su iniziativa dei privati, si conclude *solo* con una legge del Parlamento, con lo scopo «di attribuire allo Stato e al legislatore la formulazione finale e definitiva della disciplina dei rapporti, sia pur con il limite che essa sia "basata" sull'intesa»¹⁶.

¹⁴ In tal senso, cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 39. Analogamente, secondo S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2017, 142, essendo «ogni legge un atto a contenuto libero con il solo limite negativo del rispetto delle norme poste da fonti di grado superiore o da fonti a competenza riservata (...), il procedimento legislativo non può che essere un procedimento disciplinato da poche norme inderogabili, quali sono quelle contenute negli articoli della Costituzione (...), e da molte disposizioni elastiche nella loro applicazione, quali sono quelle contenute nei regolamenti parlamentari».

¹⁵ Che si tratti di una facoltà e non certo di un obbligo è sin da subito chiarito dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 59 del 1958, non escludeva infatti che «si abbia il caso di una confessione religiosa che tali rapporti con lo Stato non intenda promuovere, rinunciando a tutto ciò che è suo favore ne conseguirebbe, e limitandosi al libero esercizio del culto quale è garantito dalla Costituzione». Più controversa, invece, la questione del se debba esistere un dovere dello Stato di intraprendere trattative con le rappresentanze, anche sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. c), Cost. (come rilevato da B. RANDAZZO, *Art. 8 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, 206) o comunque in forza del principio di laicità (P. BARILE, *Appunti sulla condizione giuridica dei culti acattolici in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1952, I, 344 ss.). Di contrario avviso, cfr. P. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna, 1988.

¹⁶ Così, B. RANDAZZO, *Art. 8 Cost.*, cit., 208, secondo la quale tuttavia questione ancor più problematica è quella relativa «al nesso intercorrente tra la legge e l'intesa», a fronte del fatto che la Costituzione «non chiarisce la rilevanza che l'intesa assume nel procedimento di formazione della legge: semplice presupposto politico, limite, condizione causa di iniziativa vincolata, atto preparatorio?». Se rispetto alla questione, la dottrina maggioritaria propende per qualificare tale legge quale legge di ratifica, identificando il nesso tra legge e intesa come relazione di necessaria identità,

Diverso l'*incipit*, ma non il risultato finale, quando invece è lo Stato, e per esso il Parlamento (o il Governo), ad attivare la cooperazione con i privati¹⁷. Cooperazione che può articolarsi mediante una molteplicità profondamente diversificata di strumenti, a partire dalla prima generale distinzione tra forme partecipative a scopo conoscitivo e forme partecipative di natura politica¹⁸.

Tra le prime rientrano indubbiamente la consultazione e l'audizione di esperti, consulenti, detentori della tecnica¹⁹, il cui contributo, fatto di opinioni, dati, studi, quale componente imprescindibile nella produzione del diritto, è - o almeno dovrebbe essere - ispirazione per il decisore politico, che è e rimane l'unico attore responsabile della scelta finale²⁰. Obiettivo del

la prassi si è sviluppata in modo ambiguo. Più approfonditamente, cfr. FINOCCHIARO, *Sub art. 8*, in *Commentario Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1977, 424 ss. Più di recente, anche con riguardo al problematico rapporto tra Governo e Parlamento sulla questione, cfr. G. DI COSIMO, *Carta bianca al Governo sulle intese con le confessioni religiose (ma qualcosa non torna)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2, 2017.

¹⁷ Più approfonditamente, cfr. M. COTTA, *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1979, 194.

¹⁸ In tal senso, cfr. A. VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, cit. § 2. Poi, M.C. GRISOLIA, *Il ravvicinamento formale/procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione/ consultazione nell'attività normativa del Governo*, in *www.osservatoriosullefonti*, 3, 2012.

¹⁹ Più approfonditamente, cfr. A. M. SOLDANO, *La consultazione degli "interessati" nell'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 446 ss.; P. FAVA, *La consultazione degli interessati nella multilevel governance*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

²⁰ Sul tema, non può sottacersi, in tale sede, che, nell'ambito del PRIN 2017, l'Unità di Roma Tre ha esaminato il rapporto tra Governo e comitato tecnico scientifico (CTS) nel corso dell'emergenza pandemica (sul quale, cfr. più approfonditamente, AA. VV., *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, a cura di A. Iannuzzi, G. Pistorio, ES, Napoli, 2022). Nello studio dell'interazione tra tecnica, politica e diritto, interessanti le riflessioni sui confini mobili e spesso evanescenti tra espansione della tecnica da un lato e trasformazione, adattamento se non proprio restringimento dell'assunzione di responsabilità della politica, dall'altro, a fronte degli altalenanti comportamenti del decisore politico, ovvero del Governo (L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2021, 151). Se è vero che in alcune occasioni si è mosso, nell'ottica di una proficua co-regolazione, adottando decisioni frutto di una efficace e produttiva concertazione (ad esempio, in materia elettorale, con riguardo a eventi culturali, in relazione alla disciplina degli istituti penitenziari), in molte altre però ha disatteso del tutto i pareri del comitato o si è totalmente affidato al comitato, quale detentore di un sapere salvifico, mostrando un'evidente retrocessione della politica rispetto alla tecnica. Vero è che il ricorso alla tecnica, nella produzione del diritto non rappresenta certo una novità (sul punto, cfr. B. CROCE, *Il ricorso ai competenti nelle crisi storiche*, in *Quaderni della critica*, 4, 12, 1948, 89), ma l'incremento delle zone d'ombra, rispetto a quel fisiologico rapporto che dovrebbe instaurarsi tra tecnica, politica e diritto «a garanzia del buon governo della cosa pubblica» (A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in AA. VV., *Il Governo tra tecnica e politica*, a cura di G. Grasso, con la collaborazione di R. Perrone, Napoli, 2016, 18 ss.), per lo più dovuto all'irrompere delle nuove tecnologie, rende ancor più sfidante l'ardua impresa di costruire modelli tecnologicamente e costituzionalmente orientati. Modelli che,

coinvolgimento è l'acquisizione, dunque, di quegli elementi conoscitivi «che valgano a ridurre l'asimmetria informativa del decisore pubblico»²¹. Tra le forme di partecipazione di natura politica, tra le quali ad esempio, la concertazione e la negoziazione, il coinvolgimento di privati, ovvero di categorie e gruppi sociali organizzati, sia pur sempre circoscritto al momento iniziale del processo decisionale, è indubbiamente più incisivo rispetto alla scelta finale del decisore pubblico e ispirato da una *ratio* profondamente diversa²². Quale «strumento per l'esercizio in forma collaborativa del potere»²³, esso rappresenta il momento del confronto e della conciliazione tra interessi tendenzialmente diversi, se non antagonisti²⁴.

Molti, poi, a partire da tale distinzione, i modelli “misti” di cooperazione nati da interferenze e sovrapposizioni tra le diverse forme di partecipazione²⁵. Ecco allora che, ad esempio, alle volte la concertazione si sviluppa in

condannando qualsiasi forma di «tecnica senza politica» e di «politica senza tecnica» (così, G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in Aa. Vv., *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 120), riescano a garantire che la regolamentazione delle nuove tecnologie avvenga in modo responsabile, democratico, inclusivo e rispettoso dei diritti fondamentali (ci sia consentito rinviare a G. PISTORIO, *L'uso costituzionalmente orientato della tecnica nelle decisioni governative*, in AA. VV., *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, cit., 373).

²¹ Così, A. VALASTRO, *La valutazione e i molteplici volti della partecipazione nell'ordinamento italiano. Quale ruolo per la consultazione in una governance problematica?*, cit. § 2.

²² Sulle problematiche legate alla concertazione, cfr. E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984; TUCCARI, *Appunti per una teoria sulla normazione negoziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 80, ove si legge che «comincia a risultare chiaro e non contestabile come ogni legge debba essere accettata, e quindi attuata, con un riscontro di volontà (almeno) da parte di gruppi, formazioni sociali, singoli che convengono sui fini posti dall'ordinamento». E. DE MARCO, *Gruppi di pressione, procedimento legislativo e “realizzabilità delle leggi”*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, I, Giuffrè, Milano, 1999, 427 ss.; V. DI CIOLIO, *La progettazione legislativa in Italia*, Giuffrè, Milano, 2001, 181 ss.

²³ Corte cost., sent. n. 334 del 2003.

²⁴ Sul punto, cfr. G. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II – *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, 130 ss., secondo il quale «la negoziazione legislativa, intesa (...) quale fenomeno riconducibile alla partecipazione democratica delle varie componenti lo stato-comunità alla definizione degli indirizzi dell'azione dei pubblici poteri appare particolarmente idonea a svelare il ruolo dello Stato democratico-pluralista quale mediatore universale tra i diversi gruppi nella individuazione e realizzazione dell'interesse generale. Era stato così in epoca feudale ove il sovrano era costretto a scendere a patti con i feudatari minori è ancora così, con le debite sin troppe ovvie differenze, nelle moderne democrazie pluraliste ove i pubblici poteri cercano il consenso dei gruppi e dei soggetti dello Stato-comunità realizzare le proprie politiche».

²⁵ Come già rilevato da L. PEGORARO, *L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari sub-nazionali: il caso italiano*, in M. Patrono – A. Reposo (a cura di), *L'informazione parlamentare*, Cedam, Padova, 1983, 98.

forma “debole”²⁶, traducendosi in una sorta di confronto preventivo, altre volte si cerca una consultazione, ma di natura politica²⁷ o si intende per consultazione una *species* del *genus* negoziazione²⁸. È tra queste figure ibride che rientrano quelle forme di interazione tra pubblico e privato, a fini regolativi, sviluppatasi tramite l’avvicinamento dei regolatori ai regolati, secondo un principio di sussidiarietà²⁹. Siffatte forme sono emerse già alla fine degli anni Novanta, per restituire alla legge quella capacità regolativa del vivere sociale che sembrava perduta a causa della c.d. crisi della legge³⁰, evolvendosi, poi, nei primi anni Duemila per esigenze di semplificazione normativa³¹.

²⁶ Più approfonditamente, sulla distinzione tra concertazione debole e concertazione forte, cfr. F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2000, 35 ss.

²⁷ In tal senso, cfr. C. SILVESTRO, *Leggi di semplificazione e nuove forme di consultazione nei processi di regolazione*, in *Riv. trim. Scienza dell'amm.*, 1, 2002, 123.

²⁸ Così, A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in *Studi parlamentari*, 2004, 56 ss.

²⁹ A titolo meramente esemplificativo, si ricorda la legge 8 marzo 1999, n. 50, ove, all’art. 1, comma 2, prescriveva che «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono individuate forme stabili di consultazione delle organizzazioni produttive e delle categorie, comprese le associazioni nazionali riconosciute per la protezione ambientale e per la tutela dei consumatori, interessate ai processi di regolazione». O, ancora, la legge 29 luglio 2003, n. 229, nella parte in cui disponeva che: «Gli organi responsabili di direzione politica e di amministrazione attiva individuano forme stabili di partecipazione delle organizzazioni di rappresentanza delle categorie economiche e produttive e di rilevanza sociale, interessate ai processi di regolazione e semplificazione».

³⁰ Che la produzione legislativa incida, in modo inversamente proporzionale, all’intelligibilità delle norme stesse, era già noto a Platone quando nell’intento di pianificare la *polis* ideale scriveva «le leggi sono poche semplici e chiare». Tuttavia, è altrettanto noto che l’onnipotenza del legislatore, il progresso scientifico e tecnologico, lo sviluppo delle autonomie, la partecipazione dell’ordinamento all’Unione europea, l’intensificazione delle relazioni internazionali hanno portato, all’alba del terzo millennio, a un’indubbia e ormai acclarata complessità normativa fatta di «molte, oscure, complicate leggi» (B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011), causando quell’inesorabile (e forse prevedibile) stato confusionale del sistema reticolare, mobile, precario delle fonti. Più approfonditamente, sulle cause esogene (tra le quali, l’erosione della sovranità statale, l’intensificarsi di fonti “concorrenti”, la de-tipizzazione delle fonti) ed endogene (tra le quali, l’emarginazione del Parlamento, la fuga dalla funzione tipicamente regolatoria, l’eccesso di legislazione e la scarsa qualità redazionale) che hanno portato alla c.d. “crisi della legge”, cfr. F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, 412 ss.; F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, XI; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 2000, 351 e ss. P. CARETTI, *Il ruolo della legge, oggi*, in M. Ruotolo (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, ES, Napoli, 2007, 53 ss.; E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 32 ss.

³¹ Più approfonditamente sul punto, nell’ambito dell’ampia bibliografia, si vedano G. COCO, M. MARTELLI, F. SARPI, *Strumenti per il miglioramento della regolazione e la semplificazione. L’analisi di impatto della regolazione nell’esperienza applicativa in Italia*, in *Astrid Rassegna*, n. 25/2006, 58 ss. Successivamente, cfr. AA. VV., *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, a cura di R. Zaccaria, Grafo Ed., Brescia, 2011.

Diversi i contesti, diverso il *modus operandi* - comunque ispirato a quelle ragioni di giustizia e democrazia introdotte dal diritto giustiniano - ma unico, anche rispetto a tali casi, il risultato finale: un atto di etero-normazione, per la produzione del quale il decisore politico si avvale di strumenti diversi, posto che – come scriveva Carnelutti – chi conosce il diritto non conosce solo il diritto.

3. La co-regolazione nell'ecosistema digitale

Tutto, o quasi, cambia quando si ricorre al concetto di co-regolazione per la disciplina di quelle nuove tecnologie che stanno portando «verso uno Stato di diritto tecnologico»³². È in tale occasione che le specifiche esigenze dell'ecosistema digitale spingono a delimitare i confini di una peculiare forma di co-regolazione.

Cambiano la *ratio* e il *quomodo* di intervento dei soggetti, a fronte del diverso ambito in cui si sviluppa.

Nel contesto e nel momento in cui l'infosfera sta trasformando il mondo³³, la società appare liquida³⁴, la scienza si rivela sempre più debole e il diritto diventa incerto³⁵, non vi sono tanto e solo *ragioni di opportunità* che, per il miglioramento della qualità legislativa, inducono alla co-regolazione. Anzi. L'irrompere delle nuove tecnologie e, in particolare, l'evoluzione dei condizionamenti reciproci tra scienza, tecnica e diritto rendono ineluttabile la co-regolazione³⁶.

Due le ragioni: l'inadeguatezza dell'etero-regolazione pubblica e l'esigenza di porre un freno all'auto-regolazione privata.

L'etero-regolazione non è più sufficiente, né adeguata, soprattutto laddove si tratti di materie tecniche, scientifiche, in continua evoluzione e ri-

³² Come emerge dal titolo del Progetto di Ricerca scelto.

³³ Come emerge già dal titolo del lavoro monografico di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

³⁴ Sul ricorso all'aggettivo *liquido* per definire la società, cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2011, che ha coniato la metafora della liquidità per spiegare l'incertezza, la vulnerabilità, la flessibilità della vita moderna. Successivamente, per una riflessione sull'incessante e sempre più repentino mutamento del diritto, a fronte dell'evolversi della società, cfr. M.A. QUIROZ VITALE, *Diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, 2012.

³⁵ È «di fronte all'incertezza scientifica» che «non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche», secondo A. D'ALOIA, *Norme, diritti, giustizia nel tempo delle biotecnologie: note introduttive*, in AA. VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino, 2005, XII. Sul tema, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, ES, Napoli, 2018, 1; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, ES, Napoli, 2019, 15 ss.

³⁶ Più approfonditamente sul tema, cfr. O. LEBEL, *The Law of the Platform*, in *137 Minnesota Law Review* (2016), 88 ss.

petto alle quali il diritto appare tardigrado e spesso misoneista. Il progresso economico, scientifico e digitale si sviluppa e si intensifica a ritmi che il diritto e la politica non riescono a seguire.

Rispetto al passato, quindi, e a quelle forme di interazione a fini regolativi con i privati, oggi ricorrere a una co-regolazione nell'ecosistema digitale non è solo utile, ma necessario. Una necessità che emerge ancor più guardando alla posizione dei privati nel cyberspazio: tali soggetti giocano un ruolo profondamente diverso rispetto a quello dei rappresentanti delle categorie economiche e produttive che venivano consultati negli anni Novanta o, successivamente, per esigenze di semplificazione normativa.

Sono i «giganti di silicio»³⁷, sono i veri protagonisti della «quarta rivoluzione»³⁸, gli attori del «capitalismo della sorveglianza»³⁹, che sempre più spesso agiscono con forme di auto-regolazione «incontrollate», dando vita al c.d. «far west» della regolamentazione privatistica⁴⁰.

D'altra parte, il cyberspazio nasce aperto, libero, senza confini. Si presenta come «uno spazio immateriale esteso quanto il mondo (...) senza padroni, senza gerarchie», capace di realizzare «l'utopia di Tommaso Campanella, una nuova città del Sole. Ma anche di Kant, con la sua pace perpetua. Giacché la guerra non può mai attecchire se attecchisce la comunicazione universale, il reciproco parlarsi e ascoltarsi»⁴¹. Un paradiso tecnologico, insomma, che per sua natura è in grado di autogovernarsi⁴², secondo «un sistema di regole automatizzate e autoapplicative»⁴³. È in tale contesto che le piattaforme digitali irrompono nell'ecosistema digitale⁴⁴.

³⁷ In tal senso, si veda, S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, 339.

³⁸ Secondo la nota espressione di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

³⁹ Sul punto, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., P. Bassotti, Roma, 2019, 254 ss.

⁴⁰ In tal senso, cfr. E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 2. Più approfonditamente, ID., *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, ESI, Napoli, 2023.

⁴¹ Così, M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, La nave di Teseo editore, Milano, 2018, 59 ss.

⁴² Sulla natura «sociale» dell'autoregolazione, quale «risultato di complessi processi collettivi, che in quanto tali oppongono alla soggettività individuale un'oggettività insormontabile, al cui cospetto la singola volontà si annulla», cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 61 s.

⁴³ Più approfonditamente sul punto, cfr. J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553.

⁴⁴ È in fondo «in una dimensione a-giuridica, basata su di una regolamentazione di tipo tecnico» che, negli anni Novanta, si è sviluppato il mondo digitale, con lo scopo di garantire «il superamento dei limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*», da un lato, «la libertà degli utenti rispetto ai poteri centralizzati», dall'altro, secondo M. BETSU, *Poteri pubblici e*

La loro penetrante e capillare capacità espansiva si riflette però sulle democrazie tradizionali a tal punto da «condizionarne lo svolgimento», se non «eroderne le fondamenta»⁴⁵. I giganti della rete dettano “norme”, rivolte a milioni di destinatari, assistite da sanzioni e persino garantite da appositi tribunali⁴⁶. Normazione, plurisoggettività e organizzazione fanno dell’ecosistema digitale un vero e proprio ordinamento. Che sia però un ordinamento democratico è tutto da dimostrare. Come provocatoriamente rilevato, sembra infatti che i consociati, in quanto consumatori-utenti di grandi reti e social network, più che come cittadini vivano come sudditi⁴⁷. Sono indubbiamente estromessi da qualsiasi forma di partecipazione alla formazione delle decisioni sulla gestione delle piattaforme⁴⁸, sulla modalità di tutela dei diritti, ovvero sulla normazione⁴⁹ e capaci, invece, spesso non in modo

poteri privati nel mondo digitale, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, 18 giugno 2021.

⁴⁵ Così, A. CELOTTO, “Sudditi”. *Diritti e cittadinanza nella società digitale*, Milano, 2023, 83. Di erosione della sovranità statale parla anche H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 171, affermando che «Land has become an ‘old factor’». Analogamente, M. BETSU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 3. Sulla capacità delle nuove tecnologie di incidere, condizionando la vita dell’uomo, non solo dall’esterno, ma dall’interno, cfr. da ultimo, A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in AA. VV., *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, cit., 6 s.

⁴⁶ Che si tratti di norme nella sostanza, ma non certo nella forma che rimane privatistica, e dunque diversificata in base agli interessi, emerge, ad esempio, dalle diverse politiche di moderazione e dalle possibili diversificazioni in merito alle ripercussioni sulla tutela dei diritti. Sul tema, cfr. B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, 43 *Fordham Int’l L.J.*, 2020, 946. Sul ruolo dell’*Oversight Board* di Facebook, cfr., *ex multis*, B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2019; P. BONINI, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 265 s. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *The Yale Law Journal*, 2020, 2422 ss.; G. CERRINA FERONI, *L’Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche in www.garanteprivacy.it*, 2021; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il “modello” dell’Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi*, 2023.

⁴⁷ In tal senso, cfr. A. CELOTTO, “Sudditi”. *Diritti e cittadinanza nella società digitale*, cit., 83. Sulla capacità di condizionamento sui comportamenti degli utenti, si veda già D.G. POST, *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, in *Journal of Online Law*, 1995, § 4; più di recente, cfr. le riflessioni di M. BETSU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, ove l’A., constatata la penetrante e pervasiva capacità di controllo delle piattaforme digitali, auspica un recupero delle categorie del costituzionalismo, per limitare l’altrimenti incontrollato e smisurato potere dei privati.

⁴⁸ Sulla necessità di introdurre «un diritto di partecipazione alla società virtuale», cfr. E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 2014, 63.

⁴⁹ Sulla necessità di «prendere atto del ruolo che le piattaforme digitali svolgono nella conformazione dell’autonomia individuale e, di riflesso, della sfera pubblica per evocare la necessaria

del tutto consapevole, di alimentare del potere dei colossi della rete⁵⁰. Concorrono così allo sviluppo di un «ordinamento osservato», ovvero il risultato dell'obbedienza a regole poste da poteri non pubblici ma privati «ai quali è ormai difficile togliere lo scettro del comando»⁵¹. Uno scettro, peraltro, di natura «a-territoriale», perché capace di irradiare i propri effetti a livello globale⁵², oltrepassando i confini naturali e politici dei singoli Stati⁵³ e scardinando così il logico rapporto tra ordinamento e localizzazione territoriale⁵⁴. È di fronte a tale peculiarità che gli Stati vacillano. I caratteri di residenzialità e di accentramento che caratterizzano la sovranità entrano in crisi. Il diritto e la sua vocazione territoriale mostrano tutta la loro fragilità.

Ma allora è proprio laddove il singolo Stato, tramite l'etero-regolazione pubblica, si rivela incerto che emergono le potenzialità della co-regolazione. Intesa come interazione dello Stato con i giganti della rete, rappresenta quella «terza via» che consente di correggere la profonda asimmetria tra regolatore e regolato, coinvolgendo in modo decisivo il privato, ma preservando, allo stesso tempo, il ruolo del potere pubblico⁵⁵, per evitare il capovolgimento del diritto derivante dalla sola autoregolazione privata⁵⁶.

configurazione delle libertà come *istituzioni*, spazi sociali che richiedono un obbligo positivo di regolazione al fine di salvaguardare il contenuto di valore positivizzato dalle fattispecie costituzionali», cfr. C. CARUSO, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 545.

⁵⁰ Basti pensare al nuovo e prezioso tipo di «risorsa» a disposizione delle piattaforme, vale a dire i cd. *big data* che, più o meno inconsapevolmente, gli utenti immettono in rete e più che consapevolmente le piattaforme utilizzano, elaborano, trasformano, dando vita a «nuovi mercati dei comportamenti futuri» (S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., 254). Sulla capacità delle nuove tecnologie di aggregare i dati, si veda C. COLAPIETRO, *Circolazione dei dati, automatizzazione e regolazione*, in AA. VV., *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, a cura di A. Simoncini, Torino, 2023, 189 s.

⁵¹ In tal senso si esprime P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 2 ss. Sulla variabile geometria dell'obbedienza, M. PALMA, *Il dominio in Weber. La parola e gli elementi*, in *Diacronia*, 2020, 98, ricorda che, alla variabilità del comando corrisponde la variabilità dell'obbedienza; come indicato da Weber, infatti, l'obbedienza può avvenire per «immedesimazione», «ispirazione» o «persuasione».

⁵² Sulla stretta interdipendenza tra sovranità e territorio, cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, 368. Sulla difficoltà di concepire il territorio come «abitazione della sovranità», cfr. N. IRTI, *Norme e luoghi*, Roma-Bari, 2006, 100 ss.

⁵³ Sulle ripercussioni negative della c.d. aterritorialità della Rete rispetto alla capacità regolativa del potere pubblico, cfr. D.R. JOHNSON - D.G. POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367 ss.

⁵⁴ Sul tema, C. SCHMITT, *Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello Jus Publicum Europaeum*, Milano, 1991, 25 ss.

⁵⁵ Così, A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1046, ove l'A., constatando che il ruolo dei privati, soprattutto delle grandi piattaforme tecnologiche che dominano il mercato dei servizi digitali, è sempre più cruciale nel garantire l'effettività della normazione posta dalle istituzioni pubbliche», individua nella co-regolazione quel modello che «rappresenta una sor-

4. L'eterogeneità dei modelli

Come si sviluppa la co-regolazione nell'ecosistema digitale?

Ad oggi, non esistono regole, o quasi.

La prassi evidenzia, soprattutto in ambito europeo, una molteplicità di modelli complessi e a geometria variabile, che danno vita a categorie eterogenee, di difficile inquadramento unitario, caratterizzate da estrema flessibilità e complementarità, ove spesso è labile il confine tra etero e auto-regolazione. Inquadrate nell'ambito delle misure di *soft law*, realizzano meccanismi mediante i quali, una volta fissati dal decisore pubblico, gli obiettivi politici, le scadenze e le modalità di controllo e monitoraggio, viene rimessa all'auto-regolazione dei privati, competenti in specifici settori, per lo più economico-sociali, la fase attuativo-esecutiva della disciplina⁵⁷. Secondo schemi a struttura bifasica o polifasica, ampiamente diversificati e duttili, si presentano varie le forme di interazione tra pubblico e privato.

La partecipazione del privato avviene, alle volte, nella fase istruttoria⁵⁸, oppure attraverso l'incorporazione di norme congiuntamente formulate⁵⁹, o, ancora, mediante rinvio mobile a norme tecniche o standard di produzione non pubblicistici⁶⁰.

ta di contromisura messa in atto per evitare che questo spostamento non finisca per essere una mera devoluzione di potestà normative ai nuovi "poteri privati"».

⁵⁶ Secondo la suggestiva espressione di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 2 s., ove si legge che «il pluralismo dei criteri di indagine scientifica e il moltiplicarsi dei casi dubbi e di incertezza scientifica lasciano, infatti, intendere che la regolazione giuridica dovrebbe evitare di acquisire acriticamente e incondizionatamente i risultati del sapere tecnico scientifico», come invece spesso avviene.

⁵⁷ In particolare, nell'ordinamento UE, risale a luglio 2023, l'aggiornamento della Commissione europea del "Better Regulation" Toolbox (https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en), ove il ricorso alla co-regolazione viene giustificato dagli indubbi vantaggi della stessa. Si legge, a tal proposito, che «Co-regulation can combine the advantages of the binding nature of legislation with a flexible self-regulatory approach to implementation that draws on the experience of the parties concerned and can foster innovation. Co-regulation can remove barriers to the single market, simplify rules and can be implemented flexibly and quickly». Più approfonditamente, sul tema, cfr. già F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, 205 ss.; Poi, L. SENDEN, *Soft law, self regulation and co-regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *9 Electronic Journal of Comparative Law* (2005). U. PAGALLO, *The Politics of Data in EU Law: Will It Succeed?*, in *1 Digital Society* (2022).

⁵⁸ Secondo A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 89, anche in tale fase l'intervento del privato può rivelarsi talmente incisivo da «condizionare (...) in buona parte il documento contenente le specifiche tecniche».

⁵⁹ In particolare, sui diversi schemi di incorporazione, cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 89 ss.

⁶⁰ Sulla tecnica del rinvio, cfr. più approfonditamente, L. MONTANARI, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in AA. VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di

Anche l'intervento dell'autorità pubblica prende forme diverse, da solo sostegno e incentivo⁶¹ a regolamentazioni talmente dettagliate, da plasmare l'autonomia regolatoria privata⁶², passando per soluzioni intermedie⁶³.

Molteplici le variabili legate al momento e all'intensità dell'intervento pubblico, nella fase iniziale di determinazione dei principi, in quella successiva del monitoraggio e in quella finale del controllo; al fondamento del coinvolgimento dei privati e al riconoscimento della portata giuridica degli atti da questi posti in essere privati⁶⁴.

Di fronte alla complessità e all'eterogeneità di tali modelli, quale co-regolazione si rivela vincente?

Serve una norma tecnica pubblica⁶⁵.

A partire da un'equilibrata commistione di competenze e poteri e sulla base di un'adeguata ripartizione dei ruoli, occorre produrre una norma, la cui determinazione contenutistica è influenzata, condizionata o rimessa anche quasi esclusivamente al privato, ma rispetto alla quale deve necessariamente prevedersi un intervento pubblico *costante*⁶⁶. La norma tecnica è, per

G. Comandè e G. Ponzanelli, Giappichelli, Torino, 2004, 458 ss. Sui tre diversi metodi, cfr., più ampiamente, già A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 278 ss.

⁶¹ È in tal senso che può qualificarsi il modello di co-regolazione previsto dall'*Artificial Intelligence Act* secondo A. SIMONCINI, *Quale modello per la regolazione dell'Intelligenza artificiale? L'Europa al bivio*, in *La via europea per l'Intelligenza Artificiale*, a cura di C. Camardi, Padova, 2022, 237 ss.

⁶² Sulla qualificazione della normativa in tema di *data protection* – e dunque nel sistema del GDPR (Regolamento UE 2016/679), ove i codici di condotta si configurano quali strumenti normativi di attuazione degli obblighi previsti dal Regolamento – come co-regolazione «a forte connotazione “pubblica”», cfr. A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, cit., 1046.

⁶³ Si pensi ad esempio al *Digital Service Act*, ove, come efficacemente rilevato da O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 1065, dal combinato disposto degli artt. 35 e 36 appare evidente che «da una parte si ribadisce la natura volontaria, dall'altra emerge un ruolo assai più proattivo e di controllo della Commissione con riferimenti anche all'*enforcement* in caso di mancato adempimento degli obblighi assunti». Sul ruolo ancillare dei codici privati di condotta rispetto normativa pubblica, nell'impianto del DSA, cfr. G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, 2/2021, 16.

⁶⁴ Più approfonditamente, cfr. A. IANNUZZI, *Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*, cit., 100 ss.

⁶⁵ Si tratta della «sapiente miscela tra norme tecniche private e regole tecniche (o norme tecniche pubbliche)» che deriva la migliore strategia per la co-regolazione delle nuove tecnologie, secondo A. IANNUZZI, *Paradigmi normativi per la disciplina della tecnologia: auto-regolazione, co-regolazione ed etero-regolazione*, cit., 99 s.

⁶⁶ D'altra parte, già secondo V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in AA. VV., *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale*. Atti del Convegno giuridico, Giuffrè, Milano, 1994, 68, una norma tecnica pubblica consente che il rispetto della stessa non sia affidato a «meccanismi di spontanea osservanza», trattan-

sua natura, precaria e necessita di aggiornamenti continui⁶⁷. In forza di tale peculiarità, l'intervento pubblico deve persistere nel tempo. Non può, dunque, limitarsi a una mera delega, a fronte della *ratio* sottesa alla co-regolazione, intesa come *interazione* tra più soggetti a fini regolativi. Laddove la regolazione richieda ulteriori sviluppi e si arricchisca di nuovi contenuti, per effetto dell'intervento del privato, occorre una nuova azione del soggetto pubblico, che sia di accertamento, di monitoraggio, di controllo. È solo in tal senso che la co-regolazione può rivelarsi efficace ed efficiente, realizzandosi compiutamente nell'intero processo regolatorio, acutamente descritto come «un'impresa cooperativa di normazione sociale»⁶⁸.

5. Il costituzionalismo *ne/digitale*

Se è vero che la flessibilità dei modelli è un punto di forza della co-regolazione, è altrettanto indiscutibile che non può tradursi in un limite del modello stesso.

Ecco allora che lo Stato non si deve lasciar esiliare, non può retrocedere, non può rimanere schiacciato dal potere privato⁶⁹. Un potere indubbiamente forte, penetrante e capace di incidere significativamente sulle forme di potere tradizionali, generando confusione e incertezza di non poco momento.

dosi di «vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui osservanza dà luogo alle sanzioni previste per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali».

⁶⁷ Sul tema, nell'ambito dell'ampia bibliografia, cfr. U. CARNEVALI, *La norma tecnica da regola di esperienza e norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, 257 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001; A. ZEI, *Tecnica e diritto fra pubblico e privato*, Milano, 2008. A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e principio di competenza*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 2315 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *RivistaAIC*, 2015; L. BORLINI, *Soft law, soft organizations e regolamentazione «tecnica» di problemi di sicurezza pubblica e integrità finanziaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 356 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., 29 ss.

⁶⁸ Secondo F. VIOLA, *Diritti umani e ragion pratica*, in 2 *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 54, infatti, il diritto «non può essere concepito come un sistema di regole già compiute, ma come una pratica sociale che genera diritto, cioè come un'impresa cooperativa di normazione sociale guidata da criteri di correttezza formali e materiali prestabiliti».

⁶⁹ È secondo S. STAIANO, *Stato spazio tempo*, in *RivistaAIC*, 4, 2023, che, a fronte della «difficoltà degli Stati a regolare fenomeni nuovi, quali quelli derivanti dall'impiego delle risorse dell'intelligenza artificiale: la profilazione degli utenti delle piattaforme digitali, e l'uso dei *big data* che se ne ricavano (...), l'impiego degli algoritmi da parte dei decisori pubblici (...), il tentativo di istituire giurisdizioni private, cui affidare il contenzioso circa il controllo sui contenuti delle piattaforme da parte dei proprietari, come è avvenuto con il *Facebook Oversight Board* (...), non v'è, non vi può essere, il recedere dello Stato. Viene piuttosto in primo piano la necessità crescente di una efficace regolazione statale, che gli Stati hanno difficoltà ad elaborare, non riuscendo a parametrare la propria azione sulla velocità dell'evoluzione tecnologica, ma che è in tutta evidenza irrinunciabile».

Ma una cosa è certa: oggi è cambiato il dress code del potere⁷⁰. O meglio, siamo di fronte a una nuova forma di potere, priva di dress code. Il potere «è diventato *soft*, interstiziale, serpeggiante, ufficioso (...), talvolta tende persino a non apparire o a nascondersi»⁷¹. Si presenta opaco, poco visibile, se non offuscato dal potere privato, il cui ruolo incide dunque sulla trasformazione delle istituzioni, nonché sulla forma di governo e sulla forma di Stato⁷². Ecco allora che, nell'ecosistema digitale, pare profondamente mutata quella *ratio* di democraticità sottesa al coinvolgimento dei destinatari, che animava la regolazione, dall'impero giustiniano ai tempi della semplificazione⁷³.

È su questa metamorfosi che occorre un intervento, per un nuovo decisivo sviluppo. Ispirata da tale esigenza, si è mossa la ricerca avviata da questo PRIN, offrendo preziosi spunti per avviare un nuovo percorso. Un percorso in cui, lungi dal mettere indietro l'orologio della storia, occorre guardare avanti e intraprendere nuove sfide con una migliore consapevolezza.

D'altra parte, la storia ci ha insegnato che «il potere è capace di continue re-invenzioni»⁷⁴.

⁷⁰ Interessanti le riflessioni di M R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Il Mulino, Bologna, 2022, 15 ss., ove l'A. si interroga sul ruolo del cosiddetto "potere politico", oggi, sul tipo di «abiti [che] indossava», posto che «eravamo abituati a pensarlo come qualcosa di solido e ben visibile, che ci sovrastava con una complessa architettura istituzionale, detta "Stato", e dall'alto decideva vari aspetti della nostra vita e il profilo del nostro mondo. Lo pensavamo in abiti scuri e rigorosi, che incutevano rispetto e timore e ne permettevano una facile riconoscibilità». Oggi, invece, come efficacemente rilevato dall'A. «il potere è capace di disincarnazione e di anonimato, come quando si rifugia in entità digitali o dietro incomprensibili acronimi, o può, all'opposto, avere un'estrema capacità di personalizzazione, fino a essere identificato con una singola faccia o persona, o con una ristretta "élite" o una privilegiatissima "classe" o addirittura una "superclasse" in cui prevalgono finanziari e imprese del web».

⁷¹ Così, M R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 81 s., ove si legge che «il potere tende a nascondersi dietro altre forze come la scienza, la tecnica, la morale forse trascendenti che paiono porsi oltre la storia, in modo da non farsi interpellare facilmente. Tutto ciò è comprensibile anche alla luce del fatto che, dopo la crisi dei partiti "la fabbrica del consenso" si è spostata in buona parte su *mass media* e *social network*, e dunque i politici mancano di una rete comunicativa e protettiva come le strutture partitiche».

⁷² Sull'importanza della visibilità del potere in democrazia, stimolanti e sempre attuali le riflessioni di N. BOBBIO, «*Arcana imperii*: verità e potere invisibile», in AA. VV., *Le ragioni della memoria. Interventi e riflessioni a vent'anni dalla strage di piazza la Loggia*, Brescia, 1994, 103 ss., ove afferma che democrazia e potere invisibile (...) sono incompatibili. La democrazia è il governo del potere visibile, il governo del pubblico in pubblico».

⁷³ D'altra parte, come efficacemente rilevato da E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 125, attribuire la determinazione «dell'indirizzo politico ad un soggetto tecnico significa determinare l'interruzione del processo rappresentativo e quindi influire sull'essenza del principio democratico».

⁷⁴ Così, M R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 95, ove si legge la suggestiva metafora: «il potere (...) è come un ballo che nel tempo rinnova le mosse, il ritmo, i costumi, nonché la distanza tra i ballerini; e la storia è una loquace testimone delle sue perenni acrobazie».

Ma è proprio di fronte a tali re-invenzioni che il costituzionalismo moderno si è sviluppato ed evoluto, per porre limiti al potere, a garanzia della sfera umana, dal costituzionalismo liberale al costituzionalismo garantista dello Stato costituzionale, passando per il costituzionalismo sociale⁷⁵.

Ora, la sfida è del costituzionalismo *nel* digitale⁷⁶. Occorre cioè che, in nome dei principi e dei valori della Costituzione, venga rivisto e riequilibrato il sistema dei poteri e delle libertà nel cyberspazio⁷⁷, rendendo “visibile” il potere pubblico⁷⁸, come la Costituzione prescrive e impedendo che il funzionamento della democrazia venga compromesso dall’irrompere dei poteri privati⁷⁹. È in tale contesto che possono prendere forma modelli di co-

⁷⁵ Sulla *ratio* sottesa al costituzionalismo moderno, inteso come limite giuridico ai poteri, cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, trad. it. e cura di L. Arnaudo, Macerata, 2001, 37, ove, in particolare, riflette su potere e sovranità rilevando che «la sovranità non esiste che in una forma limitata e relativa, e dove inizia l'indipendenza dell'esistenza individuale, lì si arresta la giurisdizione di tale sovranità».

⁷⁶ È in tal senso che secondo F. PIZZETTI, *Un nuovo costituzionalismo per l'UE digitale*, nella transizione dallo Stato tradizionale a quello digitale, è opportuna la «costruzione di un nuovo Costituzionalismo, basato proprio sulla centralità dei valori fondamentali che sono alla base dei diritti di libertà come sviluppati nel mondo europeo», in *Agendadigitale.eu*, 9 gennaio 2024.

⁷⁷ Sul concetto di Costituzionalismo tecnologico, successivo a quello liberale e democratico, si vedano le riflessioni di P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rass. Parl.*, n. 4, 2012, 852. In tal senso, secondo S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 7, si è di fronte a un «nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto». Più di recente, cfr. V. CAVANI, *Nuovi poteri, vecchi problemi. Il costituzionalismo alla prova del digitale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, 223 ss. E. LONGO, A. PIN, *Oltre il costituzionalismo? Nuovi principi e regole costituzionali per l'era digitale*, *ibidem*, 103 ss. E. CHELI, *Conclusioni*, in AA. VV., *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Il ruolo delle autorità indipendenti*, cit., 266, secondo il quale il costituzionalismo digitale «mira ad ampliare, a completare e a rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale e si sta oggi delineando come effetto diretto delle trasformazioni che la scienza e la tecnica hanno determinato e stanno determinando nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana. Aggiungendo al soggetto fisico (...) un soggetto digitale costituito dalla combinazione dei dati raccolti e elaborati dalle macchine, mentre la comunicazione interpersonale e di massa favorisce la nascita di strutture aggreganti del tutto diverse da quelle conosciute in passato e, perciò, tali da incidere profondamente anche nelle dinamiche della vita politica».

⁷⁸ Secondo P. CIARLO, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*. Atti del Convegno annuale AIC, Torino 27-28 ottobre 2011, Napoli, 2014, la fine dello Stato è un'idea profondamente sbagliata, posto che è proprio allo Stato - e all'idea di regolazione - che si deve tornare.

⁷⁹ Sul diverso significato dato al concetto di costituzionalismo digitale, cfr. E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & TECHNOLOGY*, n. 1/2019, 88 ss., ove si intende che l'adattamento dei valori costituzionali al digitale implicherebbe l'abbandono dei vincoli di natura statale e l'affermazione di nuovi valori e ideali. Sul costituzionalismo digitale, inteso come l'insieme delle Carte dei diritti di Internet, cfr. D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 303. Sul tema, cfr. T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *dirittoininternet*, 2020, secondo il

regolazione rispettosi di un sapiente e armonioso rapporto tra tecnica e politica, in cui «i valori tutelati dal diritto costituzionale» entrano «nella stessa progettazione delle macchine»⁸⁰, a garanzia del sistema delle fonti e quindi della forma di governo. L'auspicio è, dunque, verso forme di co-regolazione *costituzionalmente* conformi.

quale «la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà dell'individuo in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione tecnologica e i suoi derivati in punto di diritto»; ID., *Costituzionalismo tecnologico*, in *lacittadinanzaeuropeaonline*, 2023.

⁸⁰ Così, 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, 103.