

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

Monografie/Collettanee – 11

Comitato di Direzione

Coordinatore: Giovanni D'Alessandro

Benedetta Agostinelli
Francesco V. Albertini
Chiara Amalfitano
Carlo Bonzano
Andrea Buratti
Antonio Colavecchio
Cristiano Cupelli
Daniele Edigati
Gianpaolo Fontana
Giovanni Girelli
Elena Marinucci
Fulvio Maria Palombino
Antonio Preteroti
Maurizio Sciuto
Raffaele Torino
Marcello Toscano
Fabiana Tuccillo
Silvia Zorzetto

Comitato Scientifico

Coordinatore: Enrico del Prato

Carlo Focarelli
Gian Luigi Gatta
Claudio Luzzati
Carla Masi
Beatrice Pasciuta
Cesare Pinelli

La trasformazione digitale in Europa

Diritti e principi

a cura di

Raffaele Torino e Silvia Zorzetto



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0485-1

ISBN/EAN 979-12-211-5489-4 (ebook - pdf)

Il presente volume è pubblicato grazie al contributo del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Nota dei curatori</i> Raffaele Torino, Silvia Zorzetto	IX
<i>Transizione digitale e dimensione costituzionale dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori</i> Chiara Amalfitano, Federico Ferri	1
<i>Sfera pubblica digitale e democrazia nell'Unione europea. Prime consi- derazioni intorno alla dichiarazione europea sui diritti e i principi digi- tali</i> Gianpaolo Fontana	35
<i>Era digitale e diritti umani: luci ed ombre</i> Fulvio Maria Palombino, Alessandro Stiano	75
<i>Neurodiritti: prospettive critiche e questioni dogmatiche</i> Giovanni D'Alessandro, Francesco Cirillo	93
<i>Social Platform e tutela dei diritti degli utenti</i> Raffaele Torino	131

	<i>pag.</i>
<i>La disconnessione nel lavoro in modalità agile: diritto del lavoratore, obbligo del datore</i>	
Antonio Preteroti	157
<i>“Emancipazione digitale” e tutela dei minori tra responsabilità genitoriale e regolamentazione eurounitaria</i>	
Benedetta Agostinelli	179
<i>Osservazioni intorno all'imposizione sull'impresa digitale</i>	
Giovanni Girelli	207
<i>Scambio di informazioni fra le Amministrazioni fiscali in ambito UE e margini di tutela dei contribuenti, secondo la giurisprudenza europea e nazionale</i>	
Francesco V. Albertini	231
<i>Transizione digitale e processo civile</i>	
Elena Marinucci, Silvia Zorzetto	263
<i>Profili Autori</i>	289

Contents

	<i>pag.</i>
<i>Editors' introduction</i> Raffaele Torino, Silvia Zorzetto	IX
<i>Digital transition and the constitutional dimension of the European Union: principles, rights, and values</i> Chiara Amalfitano, Federico Ferri	1
<i>Digital public sphere and democracy in the European Union. First reflections on the European Declaration on Digital Rights and Principles</i> Gianpaolo Fontana	35
<i>Digital age and human rights: lights and shadows</i> Fulvio Maria Palombino, Alessandro Stiano	75
<i>Neurorights: critical perspectives and dogmatic issues</i> Giovanni D'Alessandro, Francesco Cirillo	93
<i>Social Platforms and protection of user rights</i> Raffaele Torino	131

	<i>pag.</i>
<i>The right to disconnect in smart-work: right of the employee, obligation of the employer</i> Antonio Preteroti	157
<i>“Digital emancipation” and protection of minors between parental responsibility and European regulation</i> Benedetta Agostinelli	179
<i>Observations concerning the taxation of digital companies</i> Giovanni Girelli	207
<i>Exchange of information between tax administrations within the EU and the limits of taxpayer protection, according to European and national jurisprudence</i> Francesco V. Albertini	231
<i>Digital transition and civil process</i> Elena Marinucci, Silvia Zorzetto	263
<i>Editors and Contributors</i>	289

Chiara Amalfitano, Federico Ferri

*Transizione digitale e dimensione costituzionale
dell'Unione europea: tra principi, diritti e valori**

*Digital transition and the constitutional dimension
of the European Union: principles, rights, and values*

Abstract

Il capitolo esamina la transizione digitale europea nella dimensione costituzionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A tale proposito, l'analisi concerne dapprima vari principi generali dell'Unione, in particolare quelli relativi alle competenze e i principi del primato, dell'efficacia diretta e dell'effetto utile. In secondo luogo, il lavoro si concentra sulla Carta dei diritti fondamentali, per sondarne l'applicazione da parte della Corte di giustizia e l'attuazione da parte del legislatore dell'Unione con riferimento a talune fattispecie particolarmente rilevanti. Infine, vengono proposte riflessioni sull'impianto assiologico dell'Unione, soprattutto mettendo in comunicazione recenti iniziative in tema di digitale e valori fondanti quali stato di diritto, tutela dei diritti fondamentali e democrazia.

The chapter analyses the European digital transition within the constitutional dimension of the Union's legal order. In this regard, the analysis first concerns various general principles of the Union, in particular those relating to the division and exercise of the competences, as well as the principles of primacy, direct effect and effectiveness. Secondly, there is a focus on the Charter of Fundamental Rights to discuss its application, by the Court of Justice, and the implementation, by the Union legislator, with reference to some relevant provisions. Finally, reflections on the axiological system of the Union are proposed, especially by linking certain secondary law acts with core founding values such as the rule of law, protection of fundamental rights and democracy.

* Benché il lavoro sia frutto di riflessioni comuni e condivise, Chiara Amalfitano è autore dei §§ 1 e 5, Federico Ferri dei §§ 2, 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2, 4.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi generali. – 2.1. Principi relativi alla formazione della legislazione dell'Unione. – 2.2. Principi rilevanti (anche) ai fini dell'attuazione del diritto dell'Unione. – 3. Diritti fondamentali. – 3.1. L'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.2. Nuove (?) prospettive di tutela nel diritto derivato. – 4. Valori fondanti. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La trasformazione digitale europea è in corso da tempo. Affonda le sue radici in un'epoca nella quale l'Unione europea (UE) si era da poco affiancata alla Comunità europea (CE)¹ e si apprestava a sostituirla; era il periodo in cui il processo di integrazione europea sembrava destinato a svilupparsi all'ombra di un Trattato costituzionale². Si è poi intensificata quando è entrata nel vivo l'ultima grande stagione di riforma dei Trattati istitutivi, che nel 2007 ha portato all'adozione del Trattato di Lisbona, in vigore dal 2009, il quale ha modificato, come noto, il Trattato sull'Unione europea (TUE) e (anche con riguardo al *nomen iuris*) il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

L'idea di base è sempre stata quella di stimolare in maniera continuativa l'evoluzione di una transizione a guida sovranazionale: un percorso in costante divenire, senza un preciso punto di arrivo (a causa dell'imprevedibilità del progresso tecnologico) e da costruire principalmente nell'ambito di uno spazio coincidente con un altro obiettivo mai concretamente raggiungibile appieno, cioè il mercato interno.

Già con la nota strategia di Lisbona del 2000, l'Unione si prefiggeva di predisporre il passaggio a una «economia digitale» come tassello di un mosaico coincidente con una «società dell'informazione per tutti»³. Al lancio della strategia di Lisbona avevano fatto seguito i piani d'azione

¹ Tale momento coincide con l'entrata in vigore, nel 1993, del Trattato sull'Unione europea, adottato a Maastricht nel 1992. Si veda, in proposito, A. TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 118, 1995, 209-228.

² Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa fu firmato nel 2004, ma l'anno seguente il processo di ratifica (finalizzato alla sua entrata in vigore) si bloccò a seguito di *referendum* negativi in Francia e nei Paesi Bassi.

³ Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza (in particolare, punto 8).

*eEurope*⁴. Fu quindi elaborata una successiva strategia di crescita e occupazione, *Europa 2020*⁵, che tra le altre cose si reggeva su una “iniziativa faro” denominata Agenda digitale europea⁶. E con il secondo Atto per il mercato unico, il sostegno all’economia digitale proiettava l’Unione verso l’esigenza di costruire un «mercato unico digitale» che consentisse a cittadini e imprese «di commerciare liberamente da un paese all’altro senza restrizioni»⁷. Il mercato unico digitale è divenuto l’oggetto di una apposita strategia della Commissione europea nel 2015⁸. Va detto che in questo lasso di tempo la legislazione UE in settori attinenti al digitale non è stata copiosa e ha beneficiato di aggiornamenti sporadici.

Negli ultimi anni l’evoluzione della trasformazione digitale europea ha sperimentato una nuova fase, caratterizzata in particolare da due aspetti di assoluto rilievo.

Il primo consiste nel tangibile incremento della normativa sovranazionale in campo digitale. Attraverso il paradigma del mercato unico digitale, Commissione europea, Parlamento europeo e Consiglio hanno collaborato per produrre nuove regole in settori già disciplinati dall’Unione o per regolamentare da zero determinati fenomeni⁹. Si è così assistito all’adozione o

⁴ Si vedano, segnatamente: Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *eEurope 2002: Impatto e priorità – Comunicazione al Consiglio europeo di primavera Stoccolma 23-24 marzo 2001*, COM(2001) 140 def., 13 marzo 2001; Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *eEurope 2005: una società dell’informazione per tutti – Piano d’azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia 21 e 22 giugno 2002*, COM(2002) 263 def., 28 maggio 2002.

⁵ Comunicazione della Commissione, *Europa2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def., 3 marzo 2020.

⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Un’agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def., 19 maggio 2010.

⁷ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *L’Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita*, COM(2012) 573 def., 3 ottobre 2012. Tale obiettivo era stato anticipato con enfasi nel “Rapporto Monti” del 2010 (*A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe’s Economy and Society. Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, spec. punto 2.3).

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 def., del 6 maggio 2015. Sul tema, si veda M. BASSINI, *Il mercato unico digitale*, in R. TORINO, C. DI MAIO (a cura di), *Diritto e politiche dell’Unione europea*, Milano-Padova 2020, 435-460.

⁹ Per informazioni generali è possibile consultare i seguenti link: <https://www.europarl>.

alla proposizione di regolamenti e direttive in settori quali la tutela dei dati (personali e non) e della *privacy*, la proprietà intellettuale, industriale e commerciale, il commercio elettronico e gli intermediari *online* (anche piattaforme), i servizi media audiovisivi, la protezione dei consumatori, la criminalità *online* e la sicurezza di reti e sistemi informativi, i sistemi di intelligenza artificiale (IA). L'Unione sta intervenendo anche per favorire l'apporto della digitalizzazione in altre aree: a mero titolo di esempio, giustizia, sanità, tutela dell'ambiente, politiche migratorie.

La seconda peculiarità dell'ultimo (fino ad ora) stadio della trasformazione digitale europea è la sussistenza di intrecci sempre più saldi e frequenti tra discipline di settore ed elementi puramente costituzionali dell'Unione. La transizione in corso non è più una esclusiva componente del mercato interno, né è da intendersi unicamente come una specifica mutazione dello stesso. Si tratta, invece, di un cambiamento più generale, che coinvolge anche l'essenza dell'Unione in quanto tale. La portata potenzialmente travolgente di una simile metamorfosi ha giustificato la progressiva affermazione di quello che in dottrina viene chiamato "costituzionalismo digitale europeo"¹⁰.

Diviene allora inevitabile ragionare sulle interconnessioni tra gli strumenti con i quali l'Unione dà corpo alla trasformazione digitale europea e alcune categorie propriamente costituzionali dell'ordinamento UE: principi, diritti e valori.

Tuttavia, l'indagine da compiere si scontra inevitabilmente con la mancanza di confini netti e, talvolta, con la parziale sovrapposizione concettuale tra le predette categorie¹¹.

[europa.eu/news/it/headlines/priorities/mercato-unico-digitale; https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it).

¹⁰Tra le opere che si occupano in via principale di questo modello si segnalano: O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford 2021; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022; E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, New York 2023.

¹¹Non mancano critiche in dottrina riguardo all'uso della terminologia di riferimento: per tutti, L. PECH, 'A Union Founded on the Rule of Law': *Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, 366-367. Si aggiunge poi che studi recenti in parte accostano ulteriori concetti a tali categorie: emblematico è l'esempio delle "clausole generali" (in una prospettiva di diritto dell'Unione): F. MUNARI, *Il ruolo delle clausole generali nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 4, 2020, 873-890; C. AMALFITANO, F. CROCI, *Identificazione e ruolo delle clausole generali nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 1, 2021, 9-42.

I principi generali dell'Unione¹² figurano in un assetto variegato e difficile da decodificare con precisione, dipendendo in buona parte – e anche in relazione alla genesi – dall'attività della Corte di giustizia. In dottrina si è affermato che nell'ordinamento dell'Unione europea «la categoria dei principi è stata considerata quale fonte specifica del sistema, ricostruita non a partire da frammenti normativi 'sottostanti', ma piuttosto muovendo da complessi ordinamenti eteronomi rispetto al sistema e ad esso in qualche modo giustapposti, con la precipua funzione di condizionarne l'evoluzione e il modo di essere»¹³. La Corte ha quindi fatto ricorso ai principi generali in funzione di un autonomo processo di elaborazione, peraltro alimentato senza che fosse delineato un criterio di differenziazione interno¹⁴. Tale processo, però, è stato così incisivo da condurre pur sempre alla ricostruzione di principi «propri» dell'Unione, in quanto «di per sé inerenti al sistema giuridico dell'Unione intesa come comunità di diritto»¹⁵.

La tutela dei diritti fondamentali rientra anch'essa tra i principi generali dell'Unione¹⁶. Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali sono state sviluppate primariamente grazie alla Corte e trovano oggi la più concreta manifestazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta), che si pone gioco-forza in relazione con altri strumenti regionali o nazionali aventi analoga funzione¹⁷: su tutti, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e le Costituzioni nazionali. Pur risentendo di alcuni limiti in punto di attuazione¹⁸, con

¹² Per approfondimenti sui principi dell'Unione si rinvia, senza la minima pretesa di esaustività, a T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford 2006; A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München 2009; K.S. ZIEGLER, P.J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham-Northampton 2022.

¹³ M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino 2016, 73.

¹⁴ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1994, 521-578 (spec. 525).

¹⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 3^a ed., Torino 2020, 152.

¹⁶ V. *amplius* C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham-Northampton 2018.

¹⁷ Per spunti di vario tipo sui molteplici profili discendenti da queste relazioni si rinvia a L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti*, cit.; G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *I diritti fondamentali tra Carte e Corti nazionali ed europee*, Roma 2022.

¹⁸ N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Milano 2018.

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta è divenuta strumento vincolante avente lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi¹⁹ ed è a ragion veduta da considerarsi «l'ombra del diritto UE»²⁰.

I valori sono invece enunciati dall'art. 2 TUE, in base al quale «[l']Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle minoranze»; lo stesso articolo aggiunge che «[q]uesti valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Nonostante l'introduzione del concetto di valori sia un'innovazione della riforma di Lisbona, è bene ricordare che i contenuti dell'attuale art. 2 TUE (inclusi i diritti fondamentali²¹) erano parti integranti dell'ordinamento giuridico UE anche in precedenza, in quanto venivano presentati come principi. Qui basta solo precisare che le varie incognite a tutt'oggi esistenti intorno all'origine, al contenuto, alla natura e alla portata dei valori²² non dovrebbero far dimenticare che proprio i valori «definiscono l'identità stessa dell'U-

¹⁹ Si veda, in proposito, L.S. ROSSI, *'Stesso valore giuridico dei Trattati'? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 2, 2016, 329-356. Per recenti aggiornamenti su vari profili evolutivi della Carta dei diritti fondamentali v. i contributi in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela: atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino 2022.

²⁰ K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la direction de), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles 2013, 117.

²¹ Sui principali profili di distinzione giuridica tra diritti fondamentali e valori si veda, in particolare, E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, 159; R. BARATTA, *Droits fondamentaux et «valeurs» dans le processus d'intégration européenne*, in *Studi sull'integrazione europea*, 16, 2019, 295.

²² Per molteplici spunti in tal senso, v. M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali: prospettive giuridiche: 19. Convegno, Courmayeur, 26-28 giugno 2014 / SIDI, Società italiana di diritto internazionale*, Napoli 2015, 407; O. PORCHIA, *Common Constitutional Values and the Rule of Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 992; V.M. KLAMERT, D. KOCHENOV, *Article 2 TEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford 2019, 25; L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, 19, 2020, xxii-xxvi.

nione quale ordinamento giuridico comune»²³ e sicuramente non dovrebbero essere intesi come «mere decorum of the Union architecture»²⁴.

Ora, in ambito digitale espressioni come principi, diritti e valori tendono ad essere ulteriormente declinate, al punto che è possibile arrivare a intravedere sfaccettature ancora meno nitide nel portato del rispettivo utilizzo. Un esempio illustrativo è la recente Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali²⁵. Benché proclamata “solennemente” da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione al pari della Carta di Nizza nel 2000, tale dichiarazione non ha natura giuridicamente vincolante. Quanto ai contenuti, essa ripropone numerose fattispecie esistenti, (ri)elaborate anche dal legislatore dell’Unione e dalla Corte di giustizia, ma aggiunge altresì riferimenti a nuove declinazioni di alcuni di questi diritti, nonché a “principi etici”. Si intuisce che il giurista si trova ora a dovere affrontare (anche) interrogativi sostanziali e metodologici sull’applicabilità di questo strumento nell’ordinamento giuridico UE, considerato pure in una prospettiva *de iure condendo*.

Alla luce di queste prime considerazioni, l’obiettivo del presente scritto è cercare di chiarire *ratio* e principali effetti dei legami tra la trasformazione digitale europea e lo strumentario di derivazione UE comprendente (alcuni) principi generali, diritti e valori fondanti. Per usare una metafora, si tenterà di mettere a sistema più nodi “costituzionali” di diritto UE facenti parte di una rete che coinvolge anche gli Stati membri e che viene tessuta per toccare, almeno in una qualche misura, gli ordinamenti di Paesi terzi.

2. Principi generali

2.1. Principi relativi alla formazione della legislazione dell’Unione

L’analisi da compiere muove da riflessioni su taluni principi che caratterizzano in maniera particolare l’ordinamento giuridico dell’Unione europea.

²³ CGUE, C-157/21, *Polonia e Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio*, sentenza del 16 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:98, 145.

²⁴ M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *Dir. Un. europea*, 3, 2019, 437.

²⁵ Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01). Per considerazioni di rilievo si veda anche P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell’Unione europea?*, in *Dir. Un. europea – Osservatorio europeo*, 17 marzo 2022, 1-15.

Conviene soffermarsi dapprima sulla fase di formazione del diritto derivato dell'Unione, riferendosi segnatamente agli atti legislativi, vale a dire ai regolamenti, alle direttive e alle decisioni adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale (artt. 288 e 289 TFUE). Al riguardo, rilevano i principi che governano il sistema delle competenze dell'Unione, dal momento che l'obiettivo di sviluppare la transizione digitale impone di indagare la funzione trainante o servente dei livelli sovranazionale e nazionali.

Il primo principio da enunciare è allora l'attribuzione delle competenze, che di fatto costituisce l'architrave dell'ordinamento UE e che viene richiamato sin dalla prima disposizione del primo articolo del TUE. In forza di questo principio l'Unione può agire esclusivamente entro limiti prestabiliti dagli Stati membri, eccezion fatta per deroghe o temperamenti previsti dai Trattati²⁶.

Pur nell'assenza di riferimenti espliciti al digitale nel testo del TUE e del TFUE, non vi è dubbio che la materia possa essere oggetto di regolamentazione da parte dell'Unione e che eventuali restrizioni invocate in nome dell'attribuzione delle competenze non potrebbero sortire alcun effetto. Invero, il digitale intercetta numerose politiche dell'Unione, stante la trasversalità che lo contraddistingue come obiettivo e, per certi versi, come mezzo. Di conseguenza, è potenzialmente vasto l'"arsenale" di basi giuridiche al quale il legislatore dell'Unione può affidarsi per introdurre obblighi funzionali all'accelerazione e al completamento della trasformazione digitale. Semmai, la prassi dimostra che la tendenza dominante è di ricondurre la legislazione sul digitale al mercato interno mediante atti di armonizzazione basati sull'art. 114 TFUE²⁷. Tuttavia, la circostanza non è sorprendente in un contesto nel quale transizione digitale e mercato unico digitale tendono in (buona) parte a sovrapporsi.

È bene poi tenere a mente che in più occasioni la legislazione dell'Unione direttamente riconducibile al digitale non è stata costruita con il solo intento di aggiornare discipline preesistenti che correavano il rischio di di-

²⁶ In particolare, ci si riferisce alla cosiddetta "clausola di flessibilità", prevista all'art. 352 TFUE. Il primo paragrafo di tale articolo stabilisce che «[s]e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate».

²⁷ Si rinvia all'analisi di G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in *Eurojus – Numero speciale "Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali"*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO, 2020, 13-49.

ventare obsolete, ma sta producendo una sorta di effetto “*tabula rasa*”, nel senso che prevede fattispecie che prima non esistevano in alcuna forma: è per tale motivo che, in certe ipotesi, in dottrina si è parlato persino di «EU law brutality»²⁸.

A quanto appena illustrato fa da corollario la compressione delle sfere di responsabilità esclusiva che gli Stati membri mantengono su certe materie alquanto sensibili ai fini dell’oggetto del presente volume: su tutte, si cita la sicurezza nazionale, in considerazione di quanto disposto dall’art. 4, par. 2, TUE. La sicurezza nazionale è in effetti una tematica degna di attenzione, principalmente perché è suscettibile di essere messa a repentaglio da minacce che proprio nell’ecosistema digitale traggono la loro origine. Nonostante la riserva di competenza a favore dei livelli nazionali disposta dall’art. 4, par. 2, TUE, è però pacifico che esista un obbligo generale secondo cui gli Stati membri devono esercitare le loro prerogative nel campo della sicurezza nazionale tenendo in debito conto il diritto dell’Unione europea²⁹. Per giunta, in diverse pronunce della Corte di giustizia determinate esigenze di sicurezza nazionale sono state subordinate alla necessità di garantire che le disposizioni di atti legislativi UE strumentali alla transizione digitale siano interpretate in modo da soddisfare altre priorità, come alcuni diritti fondamentali: la “saga” giurisprudenziale sulla *data retention* offre indicazioni interessanti in proposito³⁰.

Rilievi analoghi possono essere effettuati in merito all’esercizio delle competenze dell’Unione nel campo del digitale, dunque ai principi di sus-

²⁸ V. PAPAKONSTANTINOU, P. DE HERT, *The Regulation of Digital Technologies In The EU: The Law-Making Phenomena of “Act-ification”, “GDPR Mimesis” and “EU Law Brutality”*, in *Technology and Regulation*, 2022, 48-60.

²⁹ Per riflessioni analitiche in merito, si vedano B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des états membres existent-elles?*, in AA.VV. (a cura di), *Liber amicorum per Antonio Tizzano*, cit., 301-315.; G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea: natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Napoli 2017, 156-159; F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA.VV. (a cura di), *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Caludia Morviducci*, Bari 2019, 27-42; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea: studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, Napoli 2020, 203-210.

³⁰ CGUE, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, sentenza dell’8 aprile 2014, ECLI:EU:C:2014:238; C-362/14, *Schrems I*, sentenza del 6 ottobre 2015, ECLI:EU:C:2015:650; C-203/15, *Tele2 Sverige*, sentenza del 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:970; C-623/17, *Privacy International*, sentenza del 6 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:790; cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net e a.*, sentenza del 6 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:791; C-746/18, *H.K. v. Prokuratuur*, sentenza del 2 marzo 2021, ECLI:EU:C:2021:152. Per approfondimenti si rinvia a G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino 2021.

sidiarietà e proporzionalità sanciti ai parr. 3 e 4 dell'art. 5 TUE.

Il principio di sussidiarietà impone all'Unione di valutare anticipatamente, nei settori per i quali non ha competenza esclusiva, se gli Stati membri siano in grado di raggiungere in maniera sufficiente l'obiettivo prefigurato e, in caso negativo, se detto obiettivo possa essere conseguito meglio a livello sovranazionale. Il principio di proporzionalità, da osservare invece anche quando la competenza sia esclusivamente dell'UE, stabilisce che il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione debbano limitarsi a quanto necessario per il conseguimento delle finalità da perseguire.

L'osservanza di questi due principi serve a tutelare la sfera degli Stati membri ed è condizione necessaria per la validità dell'atto. In più, il rispetto del principio di sussidiarietà dovrebbe essere oggi rafforzato da obblighi procedurali da assolvere già durante l'*iter* di formazione della normativa e che prevedono un controllo anticipato dei Parlamenti nazionali sulla proposta della Commissione europea. Malgrado ciò, la giurisprudenza della Corte di giustizia tradizionalmente restringe le ipotesi di annullabilità dell'atto per violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità a errori manifesti di valutazione, lasciando alle istituzioni competenti un margine di manovra decisamente molto ampio³¹. In aggiunta, i poteri accordati ai Parlamenti nazionali per fare sì che il rispetto del principio di sussidiarietà sia garantito *ab originem* si sono rivelati molto tenui³²: questo sia perché il meccanismo di controllo solo raramente ha portato all'attivazione di "allarmi", sia perché, in fin dei conti, anche in presenza di simili conseguenze non vi sarebbero i presupposti giuridici per costringere la Commissione europea a riformulare la proposta scrutinata.

È quindi logico attendersi che entrambi i principi in commento non possano costituire un freno alla produzione di atti legislativi UE – anche particolarmente stringenti – in materia di digitale. L'Unione resta sostanzialmente libera di scegliere se e come intervenire, soprattutto in considerazione dell'importanza dell'obiettivo di cui trattasi e della complessità degli aspetti materiali da affrontare. A riprova di quanto si afferma, si rileva

³¹V. segnatamente CGUE, C-491/01, *British American Tobacco*, sentenza del 10 dicembre 2002, ECLI:EU:C:2002:741, punti 123 e 177-185. In particolare, con riferimento al rispetto del principio di sussidiarietà, in dottrina si è messo in rilievo che il sindacato della Corte è improntato ad un tradizionale *self restraint*: P. DE PASQUALE, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *Dir. Un. europea*, 2021, spec. 442.

³²Per una recente analisi sul tema, si veda L. CECCHETTI, *Il controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Alla (ri)scoperta del Parlamento europeo 1979-2019*, Torino 2021, 191-203.

che la prassi non contempla ipotesi di “blocchi” *ex ante* o *ex post* alla legislazione digitale dell’Unione per contrasti con i suddetti principi. Ma anche da un rapido sguardo alle caratteristiche strutturali di molti atti si possono desumere indicatori che confermano questa tesi. Ad esempio, nei *considerando* più pertinenti le spiegazioni inerenti al rispetto di entrambi i principi sono estremamente succinte, quasi didascaliche. E negli ultimi tempi si sta assistendo all’adozione o alla predisposizione di numerosi regolamenti, ossia atti che tendono ad esercitare una particolare pressione *sul test* di necessità della misura individuata, in quanto dotati di portata generale e diretta applicabilità, oltre che obbligatori in ogni loro elemento.

2.2. Principi rilevanti (anche) ai fini dell’attuazione del diritto dell’Unione

Occorre ora dirigere l’attenzione verso la fase discendente, soffermandosi su alcuni principi dell’Unione che sovrintendono all’attuazione del diritto sovranazionale ad opera degli Stati membri.

In questa prospettiva, il punto nevralgico dei rapporti multilivello è rappresentato dalla dimensione verticale del principio di leale cooperazione, enunciato all’art. 4, par. 3, TUE. La dottrina che più si è occupata di questa relazione sostiene a ragion veduta che la leale cooperazione sia un principio dalla straordinaria forza attrattiva e funzionalmente integrato con gli altri principi “strutturali” dell’Unione; tuttavia, un’enfasi accentuata è riposta su tre principi: primato del diritto dell’Unione, efficacia diretta ed effetto utile³³. È allora su questi principi che ci si intende soffermare di seguito.

Il principio del primato è tipico dell’ordinamento giuridico dell’Unione. Il primato del diritto comunitario è stato affermato dalla Corte di giustizia con la celebre sentenza *Costa/ENEL* del 1964³⁴, che a sua volta completava la teoria sulle specificità dell’ordinamento dell’allora Comunità, elaborata un anno prima nella pronuncia *Van Gend en Loos*³⁵. Sebbene il progressivo allineamento del diritto interno alla dottrina del primato non sia coinciso con una concreta accettazione della stessa nella sua integralità, è innegabile che gli Stati membri saranno tenuti (quasi sempre) a rispettare il di-

³³ F. CASOLARI, *Leale cooperazione*, cit., 251-252.

³⁴ CGCE, C-6/64, *Costa/ENEL*, sentenza del 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁵ CGCE, 26/62, *Van Gend en Loos*, sentenza del 5 febbraio 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

ritto UE. Ciò vale sia in caso di obblighi sanciti attraverso il diritto positivo sia con riferimento alle pronunce della Corte di giustizia; e tale conformità deve essere assicurata dall'interprete, quando attua il diritto UE, e dal decisore politico, quando formula norme scritte. Va da sé che la produzione, sul piano sovranazionale, di regimi giuridici sempre più pervasivi e stringenti nel campo del digitale è destinata a incidere su quei delicati rapporti multilivello che il principio del primato inevitabilmente plasma.

Da un lato vi è l'esigenza per le autorità competenti degli Stati membri – a cominciare dai giudici interni – di adeguarsi alle conclusioni di volta in volta raggiunte dalla Corte di giustizia, specialmente in esito a rinvii pregiudiziali che comportano l'interpretazione di disposizioni pensate per operare in un ambiente analogico e che ora vengono invocate in un contesto molto diverso. Emblematico è il caso del “diritto all'oblio” (in senso più tecnico, “diritto alla deindicizzazione”), che la Corte di giustizia nella sentenza *Google Spain* del 2014³⁶ ha “estrapolato” interpretando la direttiva 95/46/CE³⁷. Da questo punto di vista, il giudice nazionale ha anche la possibilità di esercitare una funzione proattiva, in quanto l'esigenza di osservare il principio del primato lo incentiva a chiedere alla Corte di giustizia indicazioni la cui importanza, in termini di impatto, può certamente sconfinare oltre il perimetro del caso di specie.

Per altro verso, gli organi interni titolari del potere normativo devono riformare il diritto esistente o produrre nuovo diritto per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi che la legislazione UE sul digitale aggiunge nel corso del tempo. Come si può facilmente intuire, tali trasformazioni si rivelano onerose per ragioni di carattere materiale e temporale. A ciò si aggiunge che le regole rimodulate dall'Unione potrebbero a loro volta mutare a stretto giro, alla luce della rapida evoluzione della realtà pratica: basti pensare ai ripetuti cambiamenti che hanno interessato il diritto UE applicabile alla cbersicurezza³⁸, o alle potenziali complessità di coordinamento

³⁶ CGUE, C-131/12, *Google Spain*, sentenza del 13 maggio 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

³⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GUCE L 281/31 del 23 novembre 1995. Si veda anche O. POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it*, 3, 2014, 1-29.

³⁸ Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, in GUUE L 194/1 del 19 luglio 2016 (da recepire entro il 10 maggio 2018, art. 25), e direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 rela-

tra il GDPR e l'attuale proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale³⁹ (c.d. AIA) – in attesa di evoluzioni nell'arco della procedura legislativa⁴⁰. Parimenti, non è da escludere che a volte la sussistenza di disposizioni controverse nella legislazione UE possa dare luogo a paradossi in sede di recepimento da parte degli Stati membri: sul punto, a seguito delle precisazioni rese dalla Corte di giustizia con la sentenza *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*⁴¹, paiono significative le criticità derivanti dalla complessa interpretazione degli obblighi che la nuova direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi⁴² fissa circa l'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*⁴³.

Al principio del primato è legato il principio dell'efficacia diretta (rinominato anche come principio dell'"effetto diretto" o degli "effetti diretti") del diritto UE⁴⁴. Si premette che la teoria degli effetti diretti è stata elaborata dalla Corte di giustizia a partire dall'inizio degli anni '60⁴⁵ e che, di regola, tale attribuzione spetta alle norme che assegnano diritti e che so-

tiva a misure per un livello comune elevato di cybersicurezza nell'Unione, recante modifica del regolamento (UE) n. 910/2014 e della direttiva (UE) 2018/1972 e che abroga la direttiva (UE) 2016/1148, in GUUE L 333/80 del 27 dicembre 2022.

³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 def., del 21 aprile 2021.

⁴⁰ Su questi delicati incroci tematici si veda G. CONTALDI, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 8, 2021, 1193-1213.

⁴¹ CGUE, C-401/19, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, sentenza del 26 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:297.

⁴² Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, in CGUE L 130/92 del 17 maggio 2019.

⁴³ Si è messo in rilievo che la pronuncia avrebbe determinato un effetto indesiderato in punto di certezza del diritto. Pur avendo "salvaguardato" l'art. 17 della direttiva, la Corte ne ha riconfigurato alcuni profili sul piano interpretativo, cosicché in vari Stati membri – inclusa l'Italia – le normative di attuazione della norma sarebbero divenute di dubbia legittimità. Ciò anche se (o forse proprio perché) le norme interne di attuazione riprendevano il contenuto del suddetto art. 17. In pratica, sarebbe ora necessario che gli Stati membri qualificassero in maniera più nitida le misure a tutela del divieto di blocco eccessivo dei contenuti che l'art. 17 della direttiva (per come costruito) rischia di favorire (v. F. REDA, *CJEU Upholds Article 17, but not in the Form (Most) Member States Imagined*, in *Kluwer Copyright Blog*, 28 aprile 2022).

⁴⁴ Si veda, in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018.

⁴⁵ Ci si riferisce alla già citata sentenza *Van Gend en Loos*, (*supra*, n. 35), 22-24.

no chiare, precise e incondizionate⁴⁶: stanti questi elementi, il singolo può invocare la situazione soggettiva prevista dalla norma UE (dotata delle caratteristiche di cui sopra) innanzi agli organi nazionali, per vederne riconosciuta la titolarità. Senonché, anche il principio dell'efficacia diretta si presta a ulteriori considerazioni in virtù dell'incessante progressione del diritto dell'Unione in ambito digitale.

È appena il caso di anticipare (e lo si vedrà meglio nelle prossime pagine) che la legislazione UE sul digitale propone una correlazione più stretta tra obblighi e diritti (fondamentali). Qui preme soltanto sottolineare che, a prescindere da ciò, non è affatto automatico che la disposizione di volta in volta presa in esame abbia efficacia diretta, né sarà sempre agevole – soprattutto per il giudice interno – appurare una simile circostanza. Inoltre, la tutela dei diritti fondamentali ravviva il dibattito intorno al tema degli effetti diretti nei rapporti tra privati⁴⁷. La questione è di interesse anche perché non mancano opinioni di Autori che vedono in alcuni *landmark cases* della Corte di giustizia sui diritti fondamentali di “*privacy digitale*” l'applicazione della formula degli effetti diretti anche ai rapporti *inter privatos*. In particolare, la dottrina cui ci si sta rifacendo ritiene che nella sentenza *Google Spain* la Corte avrebbe presupposto un'efficacia diretta orizzontale degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, che tutelano, rispettivamente, la vita privata e i dati personali⁴⁸.

⁴⁶ Ma vi è chi ritiene che tale teoria sia stata interpretata e applicata estensivamente in alcune recenti e importanti sentenze della Corte di giustizia. Si rinvia a A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. Un. europea*, 2018, 555-594.

⁴⁷ Di recente, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino 2022. Sul punto, vale la pena rappresentare che l'affermazione dell'efficacia diretta della Carta è da ritenersi quale logica conseguenza dei principali fondamenti della sentenza *Van Gend en Loos*, nella quale la Corte aveva – tra l'altro – dichiarato che il diritto comunitario attribuiva diritti soggettivi ai singoli, ma imponeva loro anche obblighi: v. M. CONDINANZI, *L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta*, cit., 132.

⁴⁸ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 2, 2018, 162. È bene ricordare, comunque, che il tema dell'efficacia diretta della Carta nei rapporti tra privati ha in realtà portata più ampia, come dimostra la recente giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione a fattispecie quali il diritto alle ferie annuali retribuite (art. 31, par. 2, della Carta: v., in particolare, CGUE, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e al.*, sentenza del 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:871, e C-684/16, *Max-Planck*, sentenza del 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:874); il divieto di discriminazione fondata sulla religione (art. 21, par. 1, della Carta, su cui CGUE, C-414/16, *Egenberger*, sentenza del 17 aprile 2018, ECLI:EU:C:2018:257, e C-193/17, *Cresco Investigation*, sentenza del 22 gennaio 2019,

Più in generale, però, i risvolti della vicenda *Google Spain* conducono a una constatazione ormai ineluttabile, che fa da cerniera tra questa prima parte dell'analisi e il prosieguo del lavoro. La trasformazione digitale europea dipende dalle attività di soggetti privati che vantano una posizione di forza eccessiva nel campo delle tecnologie digitali. Dal canto loro, questi attori economici esercitano quotidianamente poteri talmente intensi e diffusi che nei rapporti da essi promossi o favoriti promanano innumerevoli situazioni giuridiche di profondo squilibrio.

Infine, il principio dell'effetto utile non nasce come tratto distintivo dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ma in dottrina si è posto l'accento sulle peculiarità riconducibili alle modalità con cui la Corte di giustizia ricorre all'effetto utile per perseguire un'interpretazione più o meno ampia del diritto UE, utilizzandolo come strumento flessibile per valorizzare gli obiettivi indicati nei Trattati istitutivi⁴⁹.

Proprio la giurisprudenza della Corte permette di apprezzare lo spessore del principio dell'effetto utile per l'analisi che si sta compiendo. Lo si ricava in specie quando sorge l'esigenza di interpretare una disposizione risalente in un ambito operativo ormai rivoluzionato dal progresso tecnologico.

Così, è anche in ossequio al principio dell'effetto utile che la Corte ha concluso che gli Stati membri possono autorizzare le biblioteche accessibili al pubblico a digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, poiché in caso contrario verrebbe sostanzialmente svuotato di contenuto il diritto (principale) di comunicazione di opere che la direttiva 2001/29/CE, su diritto d'autore e diritti connessi⁵⁰ (direttiva Infosoc), riconosce anche a queste istituzioni⁵¹. Ancora, dall'interpretazione di una delle disposizioni

ECLI:EU:C:2019:43); il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 della Carta, si veda ancora la sentenza *Egenberger*). Per commenti sul tema v. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019, 1-17; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, *ivi*, 1-25; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, *ivi*, 1-12.

⁴⁹Per approfondimenti, v. I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari 2017.

⁵⁰Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GUCE L 167/10 del 22 giugno 2001.

⁵¹CGUE, C-117/13, *Eugen Ulmer*, sentenza dell'11 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2196, punti 42-49. Il riferimento va all'art. 5, par. 3, lett. n), letto assieme all'art. 5, par. 2, lett. c), della direttiva 2001/29/CE.

più dibattute dell'ultraventennale direttiva 2002/58/CE⁵² (direttiva sulla *privacy*) emerge che solo in presenza di circostanze del tutto eccezionali è consentito derogare al divieto di conservazione generalizzata e indifferenziata, ai fini della lotta alla criminalità grave, di dati relativi al traffico e all'ubicazione⁵³; sennonché, l'effetto utile è stato utilizzato dalla Corte come argomento per negare che le autorità nazionali competenti in materia di indagini penali possano comunque accedere a quei dati nell'ambito di azioni penali anche quando le predette modalità di conservazione siano eccezionalmente giustificate⁵⁴.

Volgendo poi lo sguardo a uno strumento di recente adozione, come il regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)⁵⁵, il principio dell'effetto utile è stato avanzato per preservare un sistema di tutele in ipotesi di legittimo esercizio di poteri nazionali. Non è trascurabile che la Corte abbia richiamato l'effetto utile dei diritti in esso garantiti per circoscrivere la portata dell'autonomia processuale degli Stati membri, orientando il contenuto delle disposizioni procedurali nazionali di attuazione dei mezzi di ricorso previsti dal regolamento⁵⁶. Similmente, la Corte ha fatto leva sull'effetto utile del meccanismo dello "sportello unico", applicabile ai trattamenti transfrontalieri di dati, per rappresentare l'esigenza di una cooperazione stretta tra autorità di controllo capofila e altre autorità di controllo interessate⁵⁷.

⁵² Art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in GUUE L 201/37, del 31 luglio 2002.

⁵³ CGUE, *La Quadrature du Net e a.*, punto 168.

⁵⁴ CGUE, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, sentenza del 5 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:258, punto 100.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in GUUE L 119/1 del 4 maggio 2016.

⁵⁶ CGUE, C-132/21, *Budapesti Elektromos Művek*, sentenza del 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:2, punti 45-48.

⁵⁷ CGUE, C-645/19, *Facebook Ireland e a.*, sentenza del 15 giugno 2021, ECLI:EU:C:2021:483, punto 65. Il principio dello "sportello unico" sovrintende alla cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e altre autorità di controllo interessate.

3. Diritti fondamentali

3.1. L'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia

La transizione digitale europea porta il giurista a esplorare dinamiche evolutive riguardanti non soltanto i principi che meglio esprimono le specificità dell'ordinamento dell'Unione, ma anche quel sistema di tutela e promozione dei diritti fondamentali che l'Unione stessa propone da tempo come proprio elemento essenziale. Per ragionare intorno ai principali spunti di riflessione che derivano dal legame tra diritti fondamentali e transizione digitale in ambito UE è opportuno considerare dapprima l'opera della Corte di giustizia e solo in un secondo momento l'approccio del legislatore dell'Unione.

Nell'introduzione al Capitolo è stato ricordato che la centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione è l'effetto dell'incessante lavoro della Corte di giustizia. Come prevedibile, l'azione della Corte a tutela dei diritti fondamentali è particolarmente apprezzabile anche all'interno del cosiddetto "ecosistema digitale", dove la Carta sovente trova applicazione. D'altronde, proprio nel preambolo della Carta viene enfatizzata la necessità di rendere più visibili i diritti fondamentali per rafforzarne la tutela «alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici». Tale elaborazione giurisprudenziale, nel suo complesso, permette di apprezzare molteplici effetti.

Anzitutto, se da un lato pare corretto ritenere che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digitale abbracci un numero limitato di fattispecie, dall'altro lato non sfugge come questi diritti in molte pronunce siano stati "attualizzati". In concreto, l'ampia gamma di sentenze che riguardano diritti fondamentali in ambito digitale si riferisce per lo più al rispetto della vita privata (art. 7 della Carta), alla tutela dei dati personali (art. 8), alla libertà di espressione – e informazione – (art. 11), alla libertà di impresa (art. 16) e alla tutela della proprietà intellettuale (art. 17). Oltre a ciò, vengono in rilievo quei diritti procedurali riconducibili al titolo sulla "giustizia", soprattutto al diritto a un ricorso effettivo (art. 47). Rimane il fatto che tutti questi diritti sono stati resi operativi nel contesto digitale principalmente grazie alla Corte; d'altro canto, la legislazione dell'Unione a lungo ha riconosciuto e garantito – per altro prima ancora che la Carta fosse stata resa giuridicamente vincolante – situazioni soggettive "decontestualizzate" rispetto a una realtà pratica sempre più

digitalizzata. Qualche esempio consente di comprendere il senso di quanto si sta affermando.

Fino al 2016, e per più di 20 anni, la protezione e la circolazione dei dati personali sono state disciplinate dalla direttiva 95/46/CE⁵⁸, che era stata predisposta quando il passaggio dall'analogico al digitale ancora doveva prendere abbrivio. Tuttavia, a livello UE si è progressivamente cercato di rendere operativi i diritti *ex artt.* 7 e 8 della Carta in "appoggio" a prerogative sancite dalla direttiva del 1995⁵⁹. Ciò ha alimentato filoni giurisprudenziali dal forte impatto per la qualificazione e l'attuazione dei diritti fondamentali di *privacy* digitale.

Quanto appena riassunto vale in una certa misura anche per l'area della proprietà intellettuale, soprattutto per il settore del *copyright*. Vari atti legislativi erano stati adottati tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000: qui si ricordano, oltre alla già menzionata direttiva 2001/29/CE su diritto d'autore e diritti connessi⁶⁰, la direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati⁶¹ e la direttiva 2004/48/CE sui diritti di proprietà intellettuale⁶². Nonostante all'epoca i diritti legati al *copyright* non potessero corrispondere alle fattispecie invocabili al giorno d'oggi in rapporti che si concretizzano nella sfera digitale, la Corte non ha esitato ad applicare l'art. 17 della Carta in molte pronunce aventi per oggetto le suddette direttive⁶³.

⁵⁸ V. *supra*, nota 37.

⁵⁹ Ad esempio, Y. POULLET, *The Directive 95/46/EC: Ten Years after*, in *Computer Law and Security Report*, 33, 2006, 206-217.

⁶⁰ V. *supra*, nota 50.

⁶¹ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in GUCLE L 77/20 del 27 marzo 1996.

⁶² Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in GUUE L 195/16 del 2 giugno 2004.

⁶³ Alcuni esempi: CGUE, C-275/06, *Promusicae*, sentenza del 29 gennaio 2008, ECLI:EU:C:2008:54, spec. punti 61-70; C-277/10, *Luksan*, sentenza del 9 febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:65, punto 71; C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, in part. punti 47 e 61; C-580/13, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2015:485, in part. punto 31; C-149/17, *Bastei Lübbe*, sentenza del 18 ottobre 2018, ECLI:EU:C:2018:841, punti 43-49; C-469/17, *Funke Medien*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:623, *passim*; C-476/17, *Pelham*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:624, spec. punti 32-33; C-516/17, *Spiegel Online*, sentenza del 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:625, *passim*. V. anche J. GRIFFITHS, L. McDONAGH, *Fundamental rights and European IP Law – The Case of Art. 17(2) of the EU Charter*, in C. GEIGER (ed.), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham-Northampton 2013, 75-93; P. OLIVER, C. STOTHERS, *Intellectual Property Under the Charter: Are the Court's Scales Properly Calibrated?*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, 517-566; M. HUSOVEC, *The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 840-863.

Simili considerazioni sono replicabili con riguardo alla libertà di espressione e informazione o alla libertà di impresa, giacché tali situazioni giuridiche soggettive previste dalla Carta hanno trovato concretizzazione in disposizioni di atti di diritto derivato adottati molto tempo addietro, incluse le direttive passate in rassegna poc' anzi⁶⁴.

La giurisprudenza UE su diritti fondamentali e digitale rileva anche per l'attitudine a portare all'estremo gli effetti di più forme di tutela previste dal diritto UE a favore degli individui. Alcune sentenze sono infatti passate alla storia perché non si limitano a instillare nel diritto derivato l'essenza dei diritti fondamentali di *privacy* digitale, ma tramite l'attuazione della Carta hanno prodotto conseguenze dirompenti nelle relazioni verticali che collegano l'individuo allo Stato membro e/o all'Unione. Vale la pena riprendere le pronunce *Digital Rights Ireland*⁶⁵ e *Schrems I*⁶⁶, che come già accennato costituiscono i pilastri dell'approccio della Corte in tema di *data retention*. Ambedue le decisioni, adottate nell'ambito di rinvii pregiudiziali, dichiarano l'illegittimità integrale di altrettanti atti di diritto derivato dell'Unione per violazione degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali.

Con la sentenza *Digital Rights Ireland* la Corte ha dichiarato l'invalidità integrale di un atto legislativo, ossia la direttiva 2006/24/CE⁶⁷ sulla conservazione dei dati. La direttiva è stata giudicata viziata perché incideva in misura sproporzionata sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, comportando serie inge-
genze. Questo perché l'atto effettivamente imponeva agli Stati membri la conservazione di dati che, nel loro insieme, avrebbero potuto fornire indicazioni molto accurate sulla vita privata dei soggetti interessati⁶⁸. Inoltre,

⁶⁴ Anche in questo caso l'elenco che si riporta di seguito è meramente esemplificativo: CGUE, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, sentenza del 16 dicembre 2008, ECLI:EU:C:2008:727, punto 56; C-70/10, *Scarlet Extended*, sentenza del 24 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:771 punti 42-49; C-360/10, *SABAM*, sentenza del 16 febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:85, punti 41-48; C-201/13, *Deckmyn*, sentenza del 3 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2132, punti 25-27; C-160/15, *GS Media*, sentenza dell'8 settembre 2016, ECLI:EU:C:2016:644, punto 31; C-345/17, *Buividis*, sentenza del 14 febbraio 2019, ECLI:EU:C:2019:122, in part. punto 65.

⁶⁵ *Supra*, v. nota 30.

⁶⁶ *Supra*, *ibidem*.

⁶⁷ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in GUUE L 105/54 del 13 aprile 2006.

⁶⁸ La Corte ha sottolineato che i dati da conservare consentivano, in particolare, di: conosce-

veniva consentito alle autorità nazionali competenti l'accesso a tali dati ed il rispettivo utilizzo senza che la persona in questione dovesse essere informata della circostanza. Per la Corte, il legislatore avrebbe dovuto limitare la propria libertà di azione in vista della sensibilità dei diritti toccati dalla direttiva, predisponendo idonee garanzie sostanziali e procedurali che nella direttiva contestata mancavano.

L'eco di *Schrems I*, invece, risuona ancora non solo in virtù del fatto che la Corte di giustizia ha ivi nuovamente dichiarato l'integrale invalidità di un atto dell'Unione (questa volta non legislativo), ma anche per la tipologia del vizio constatato. Va detto che il caso di specie ruotava attorno a profili di rischio particolarmente elevati, essendo in discussione il trasferimento di dati personali dall'Unione ad uno Stato terzo: l'atto sottoposto all'attenzione della Corte era infatti una decisione con cui la Commissione attestava che gli Stati Uniti sarebbero stati in grado di garantire un adeguato livello di protezione dei dati personali provenienti dagli Stati membri⁶⁹. La sentenza *Schrems I* è allora divenuta a pieno titolo uno dei “*grands arrêts*” della giurisprudenza UE, poiché la Corte, giungendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto alla posizione assunta dalla Commissione, ha dichiarato che la decisione era in contrasto con il «contenuto essenziale» del diritto fondamentale al rispetto della vita privata⁷⁰. Si tratta, insomma, di una pronuncia che certifica una violazione di massima gravità⁷¹, in aper-

re destinatario e mezzo della comunicazione dell'interessato, determinare il momento della comunicazione e il luogo da cui questa ha avuto origine e, stabilire la frequenza delle comunicazioni dell'interessato o con determinate persone in uno specifico periodo.

⁶⁹ Decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, in GUUE L 215/1 del 25 agosto 2000.

⁷⁰ Su questo argomento, applicato in particolare al caso di specie, si vedano, tra gli altri, T. OJANEN, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*. ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 318-329; M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 864-883.

⁷¹ In sintesi, secondo la Corte la Commissione aveva adottato la decisione omettendo di effettuare una reale verifica sulle garanzie che gli Stati Uniti, in considerazione della loro legislazione nazionale o dei loro impegni internazionali, avrebbero potuto offrire per assicurare un livello di protezione dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito nell'Unione. In particolare, la Corte ha ritenuto che il regime statunitense (contraddistinto dal cosiddetto “principio dell'approdo sicuro”) avrebbe reso possibili ingerenze intollerabili da

to contrasto con il dettato dell'art. 52, par. 1, della Carta, in quanto ha rilevato che un atto dell'Unione era suscettibile di alterare il nucleo intangibile di un diritto fondamentale. Per giunta, si rappresenta che la Corte ha reso tale statuizione sebbene non fosse stata investita di un rinvio pregiudiziale di validità, a differenza di quanto avvenuto in *Digital Rights Ireland*. È stata dunque la Corte stessa a spingersi oltre il perimetro dei quesiti pregiudiziali di (mera) interpretazione, considerando necessario il sindacato di validità della decisione controversa⁷².

In ogni caso, ad oggi il valore aggiunto dell'azione della Corte di giustizia per la tutela dei diritti fondamentali più esposti alla transizione digitale può essere colto anche in merito alla definizione di rapporti diversi da quelli che vedono l'individuo contrapporsi a poteri statali. È sempre più diffusa la tendenza di privati e giudici nazionali a sussumere prerogative derivanti dal diritto derivato in fattispecie contenute nella Carta dei diritti fondamentali, cosa che a sua volta ravviva esigenze di tutela integrata⁷³. Ne deriva che il ricorso diffuso e incalzante ai diritti fondamentali nelle controversie localizzate in ambiente digitale amplifica oltremodo il prodursi di conflitti orizzontali sotto l'egida del diritto primario dell'Unione: in altre parole, conflitti tra due o più diritti fondamentali invocati da privati che avanzano pretese contrastanti. Verosimilmente, è questa la nuova frontiera della giurisprudenza UE (ma non solo, a dire il vero): sempre più spesso la Corte di giustizia sarà chiamata a bilanciare diritti fondamentali nel rispetto dei criteri individuati dall'art. 52, par. 1, della Carta⁷⁴.

Il compito affidato alla Corte è però arduo, visto che l'attività di bilanciamento è oggettivamente condizionata dall'applicazione del principio di proporzionalità. Il rischio è che l'ineluttabilità della ricerca di soluzioni caso per caso si traduca nell'assenza di criteri oggettivi per acclarare i presupposti del bilanciamento e del successivo contemperamento tra situazioni soggettive. Tale incertezza è destinata ad aumentare se poi le norme di

parte delle autorità pubbliche nazionali nei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Di fatto, la decisione della Commissione autorizzava la conservazione generalizzata ad opera di autorità statunitensi di tutti i dati personali trasferiti, senza che fosse prevista alcuna differenziazione, limitazione o eccezione, e senza che le autorità degli Stati membri potessero eseguire alcun controllo in merito.

⁷² *Schrems I*, punto 67.

⁷³ Su questo aspetto, si veda B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6, 2021, 81-99.

⁷⁴ L.S. ROSSI, *Brevi osservazioni sulle recenti tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali*, in *Eurojus – Numero speciale "Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali"*, cit., 52.

diritto derivato da interpretare alla luce della Carta sono prive di qualsivoglia indicazione utile e magari anche inadatte a governare fattispecie che ora si realizzano in un contesto molto diverso da quello originario.

Ecco che allora l'analisi di varie sentenze nelle quali la Corte, solitamente a conclusione di rinvii pregiudiziali, ha bilanciato (o avrebbe potuto bilanciare) diritti fondamentali invocati in maniera antitetica nei procedimenti principali dischiude uno scenario piuttosto indecifrabile⁷⁵. Ciò rende altresì altalenanti le prospettive di un efficace dialogo tra i giudici di Lussemburgo con la Corte europea dei diritti dell'uomo e/o le Corti costituzionali degli Stati membri⁷⁶. Inutile dire che gli esiti di queste sentenze possono avere ripercussioni controverse sull'attuazione del diritto dell'Unione, specialmente se i giudici interni il più delle volte non ricevono le chiavi di lettura necessarie per prendere decisioni univoche. Per queste ragioni, diviene più che mai necessaria l'azione del legislatore dell'Unione, chiamato a dare corso alla trasformazione digitale europea attraverso l'adozione di atti che tengano in debito conto il collegamento tra fattispecie tutelate e diritti fondamentali.

3.2. Nuove (?) prospettive di tutela nel diritto derivato

L'esigenza testé messa in mostra induce pertanto a sondare le interconnessioni tra diritti fondamentali e nuovi scenari normativi di particolare rilevanza per la transizione digitale europea. È infatti imprescindibile che il diritto derivato dell'Unione venga arricchito con appositi strumenti di regolazione delle nuove tecnologie che consentano di garantire il rispetto dei diritti fondamentali sulla base di standard omogenei di protezione⁷⁷.

L'aspetto più significativo da sottolineare è il crescente riferimento ai diritti fondamentali negli atti e nei documenti riguardanti in via diretta o

⁷⁵ Per maggiori dettagli, F. FERRI, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale*, Torino 2022, 121-222.

⁷⁶ Ancora una volta, la giurisprudenza multilivello sulla *data retention* nel quadro dei diritti fondamentali si rivela un terreno di indagine che suscita reazioni ambivalenti: cfr. J. PODKOWIK, R. RYBSKI, M. ZUBIK, *Judicial Dialogue on Data Retention Laws: A Breakthrough for European Constitutional Courts?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, 1597-1631, e M. ROJSZCZAK, *National Security and Retention of Telecommunications Data in Light of Recent Case Law of the European Courts*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, 608-635.

⁷⁷ A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: qualche considerazione sulle attuali strategie normative dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, 14 marzo 2023, 321-343 (spec. 342).

indiretta la legislazione dell'Unione nel campo del digitale.

Questa narrativa delle istituzioni politiche UE, più attenta all'esigenza di protezione e promozione dei diritti fondamentali, ha in realtà una portata generale, in corrispondenza all'obiettivo di visibilità indicato nel preambolo della Carta. In dottrina e nella prassi si parla di «fundamental rights mainstreaming»⁷⁸, e si allude a un necessario cambio di paradigma dovuto alla posizione apicale che il Trattato di Lisbona ha assegnato alla Carta nella gerarchia delle fonti dell'Unione. Il rafforzamento di quella che a tutti gli effetti dovrebbe essere un'autentica «cultura dei diritti fondamentali» passa attraverso tutte le fasi di formazione degli atti legislativi⁷⁹. Se ne ricava che già prima della redazione della proposta e dell'elaborazione delle posizioni di Parlamento europeo e Consiglio nell'*iter* legislativo occorre realizzare valutazioni di impatto che tengano conto delle possibili ricadute positive e negative che il modello di atto auspicato potrebbe produrre sui diritti fondamentali più pertinenti all'oggetto della disciplina da predisporre. Ecco perché determinate prospettive di tutela (o, se del caso, di episodica compressione) dei diritti fondamentali dovrebbero poter essere individuate sin dai documenti preparatori della Commissione, come i libri bianchi, le strategie settoriali o di ampio respiro, gli “*staff working documents*”.

È però evidente che la transizione digitale si presta in misura particolare a favorire la “presenza” della Carta nella legislazione UE, poiché il percorso che l'Unione deve affrontare implica al tempo stesso nuove opportunità per rendere efficaci i diritti fondamentali ma anche sfide e pericoli⁸⁰. Al riguardo, non deve passare inosservato che la prima relazione annuale a carattere tematico sull'applicazione della Carta (la relazione del

⁷⁸ Cfr. Agenzia europea dei diritti fondamentali, *Mainstreaming Fundamental Rights: Turning Words Into Action*, 2016, spec. 12. Si vedano poi O. DE SCHUTTER, *Mainstreaming Fundamental Rights in the EU*, in P. ALSTON, O. DE SCHUTTER (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Contribution of the Fundamental Rights Agency. Essays in European Law*, Oxford-Portland 2005, in part. 55-57; V. KOSTA, *Fundamental Rights Mainstreaming in the EU*, in F. IPPOLITO, M.E. BARTOLONI, M. CONDINANZI (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, London-New York 2019, 14-44.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010) 573 def., del 19 ottobre 2010, 7.V. anche Accordo interistituzionale «legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, del 13 aprile 2016, in GUUE L 123/1, del 12 maggio 2016, punto 12.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2020) 711 def., del 2 dicembre 2020, 2.

2021), è stata incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale⁸¹.

Tanto premesso, in molti atti legislativi UE di recente adozione e strumentali alla trasformazione digitale europea i richiami ai diritti fondamentali – per lo meno ad alcuni di essi – sono particolarmente pronunciati e ricorrenti. Di converso, solo di rado l'enfasi posta sui diritti fondamentali nella parte motivazionale di questi atti trova ulteriore riscontro nell'articolato cogente. Non è certo questo lo spazio opportuno per realizzare un'indagine così complessa e per lunghi tratti settoriale; tuttavia, vale la pena illustrare taluni esempi, anche solo per sommi capi.

Un settore nel quale la centralità dei diritti fondamentali è manifesta è la tutela dei dati personali. Nel paragrafo precedente si è visto fino a che punto la Corte di giustizia è riuscita a interpretare disposizioni della direttiva 95/46/CE alla luce della Carta. Sulla scia di questi filoni giurisprudenziali, le riforme della normativa UE sui dati personali sono intrise di riferimenti alla Carta, in primo luogo all'art. 8 della stessa.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali del 2016 presenta una caratteristica fortemente innovativa, giacché si fonda sull'art. 16 TFUE, che assicura ad ogni persona il diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Pur essendo a pieno titolo ascrivibile alla categoria degli atti che dovrebbero contribuire a realizzare il mercato unico digitale, il GDPR persegue finalità che vanno oltre le dinamiche di mercato sulle quali la direttiva abrogata tendeva ad appiattirsi; e già i primi *considerando* del regolamento fanno risaltare la doppia anima della riforma. La pervasività delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali nel GDPR è tale da stimolare due osservazioni aggiuntive. La prima è che nel corpo dell'atto possono rinvenirsi diritti che concretizzano appieno fattispecie previste all'interno della Carta, segnatamente la tutela dei dati personali e il rispetto della vita privata. La seconda considerazione, logica continuazione della precedente, è che il GDPR sembra essere stato costruito con l'intento di tutelare anche altri diritti fondamentali, tant'è che in dottrina è stato presentato come un atto alla costante ricerca di un bilanciamento tra diritti che nella pratica possono rivelarsi potenzialmente collidenti⁸².

Anche la direttiva (UE) 2016/680, sulla protezione dei dati personali

⁸¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale – Relazione annuale 2021 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2021) 819 def., del 10 dicembre 2021.

⁸² J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law*, Oxford 2020, *passim*.

nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia⁸³, pur non aprendosi ad articolate dinamiche di conflitto, si regge sulla stessa base giuridica del GDPR e contribuisce a rafforzare la tesi per cui il settore in analisi sia sempre più condizionato dall'esigenza di tutela degli individui e, per l'effetto, dei diritti fondamentali maggiormente rilevanti.

Più difficile giungere a conclusioni simili se si analizzano gli atti cardine della strategia europea per i dati imbastita dalla Commissione tempo dopo l'inizio del periodo di applicazione del GDPR. In teoria, la protezione dei diritti fondamentali è rilevante nella nuova strategia⁸⁴, e non si può negare la presenza di accenni al rispetto dei diritti fondamentali nei primi passaggi delle parti motivazionali del regolamento (UE) 2022/868 sulla *governance* dei dati⁸⁵, o nella "legge europea sui dati"⁸⁶. Tuttavia, il grado di concretizzazione dei diritti fondamentali – inclusi i diritti *ex artt.* 8 e 7 della Carta – nei precetti di questi strumenti sembra piuttosto sfocato. Analogamente, neppure la proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari pare incidere più di tanto sull'attuazione dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla salute tutelato dall'art. 35 della Carta. Vi è da attendersi che l'effetto considerato sia almeno in parte dipendente dalla base giuridica di questi strumenti: non più (o non solo, per quanto riguarda la proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari) l'art. 16 TFUE, ma l'art. 114 TFUE.

Ciò non significa automaticamente che detta base giuridica impedisca alla Carta dei diritti fondamentali di spiegare i propri effetti nella legislazione corrispondente: vi sono atti legislativi e proposte di primaria importanza per la trasformazione digitale europea che sono basati sull'art. 114 TFUE e che presentano forti collegamenti con la Carta.

⁸³ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, in GUUE L 119/89, del 4 maggio 2016.

⁸⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 def., del 19 febbraio 2020.

⁸⁵ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724, GUUE L 152/1 del 3 giugno 2022.

⁸⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68 def., del 23 febbraio 2022. Nel momento in cui si scrive il regolamento è stato formalmente adottato dal Consiglio ed è in attesa di pubblicazione.

Si pensi alla proposta di “legge europea per la libertà dei media”⁸⁷, finalizzata all’adozione di un regolamento che ambisce a favorire il rispetto della libertà e il pluralismo dei media e a difendere la libertà di espressione e informazione. L’iniziativa della Commissione si distingue indubbiamente per la spiccata attenzione alle prerogative assorbite nella libertà fondamentale di espressione e informazione⁸⁸. Inoltre, nel progetto di atto legislativo i vari diritti (e doveri) dei fornitori e dei destinatari dei servizi di media – che la proposta elenca agli artt. 3 ss. – trascendono i confini delle libertà di mercato, arrivando addirittura a ipotizzare possibili contrasti tra diritti fondamentali e interessi idonei a limitarne (almeno in astratto) la portata⁸⁹.

E ancora, si consideri la direttiva (UE) 2019/790 su diritto d’autore e diritti connessi nel mercato unico digitale⁹⁰, che si prefigge di modernizzare una materia chiave per la transizione digitale dell’Unione. Tra gli elementi più dibattuti della riforma realizzata con la direttiva del 2019 vi sono alcune fattispecie con le quali di fatto vengono declinati diritti fondamentali: ci si riferisce soprattutto ai nuovi rapporti tra diritti esclusivi e limitazioni o eccezioni (artt. 3 ss.), alla protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo *online* (art. 15), all’utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* (art. 17). In aggiunta, è opinione ormai diffusa che la formulazione di questi articoli avrebbe altresì favorito l’insorgere di dinamiche di conflitto tra

⁸⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell’ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13/UE, COM(2022) 457 def., del 16 settembre 2022.

⁸⁸ Inoltre, la proposta rappresenta il culmine di un approccio che si trova a fare i conti con un aspetto paradossale. Come osservato in dottrina, l’emersione e il repentino consolidamento delle piattaforme *online* sui mercati dei media digitali «ha reso impellente la necessità di un bilanciamento in seno alla medesima libertà di espressione e di informazione»; il terreno di riferimento propone dunque profili di contrasto interni allo stesso art. 11 della Carta. B. NASCIMBENE, *L’evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell’Unione europea, orientamenti giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Eurojus*, 10, 2023, 32.

⁸⁹ L’art. 4, par. 2, lett. c), della proposta di regolamento vieta l’uso di *spyware* in alcun dispositivo o macchinario utilizzato dai fornitori di servizi di media (o, se del caso, dai loro familiari, o dai loro dipendenti o dai relativi familiari, a meno che ciò non sia giustificato, caso per caso, da motivi di sicurezza nazionale o avvenga nell’ambito di indagini su reati gravi a carico di una delle persone di cui sopra. L’eventuale eccezione avrà effetto solo se conforme all’art. 52, par. 1, della Carta e ad altre normative dell’Unione.

⁹⁰ *Supra*, nota 42.

il diritto fondamentale alla tutela della proprietà intellettuale e quello relativo alla libertà di espressione e informazione⁹¹.

Ma l'approccio di cui si sta dando conto è lampante soprattutto nell'impostazione di due strumenti ulteriori: il regolamento (UE) 2022/2065⁹², noto come "legge europea sui servizi digitali" (DSA), e la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale⁹³.

Il DSA aspira a modernizzare il quadro giuridico sinora appiattito sulla direttiva *e-commerce* del 2000. Si applica ai servizi *online*, categoria che comprende varie attività: dai siti *web* ai servizi di infrastruttura internet e alle piattaforme *online*. Il regolamento prevede obblighi di condotta proporzionati alla dimensione del destinatario, in particolare le piattaforme (di dimensioni molto grandi)⁹⁴. È perciò da intendersi come misura propedeutica alla prevenzione di limitazioni eccessive per i diritti degli utenti dei servizi *online*, e si pone specificatamente a presidio della libertà di espressione e informazione di cui all'art. 11 della Carta. In particolare, la sensazione è che le esigenze sottese a questa libertà tendano a prevalere sugli interessi riconducibili alla libertà d'impresa.

L'AIA (in attesa di conoscere le sorti della proposta) ambisce invece a regolamentare alcuni profili dell'immissione sul mercato, della messa in servizio o dell'uso di sistemi di IA. Nell'economia dell'analisi che si sta

⁹¹ In particolare, cfr. The European Copyright Society, *Comment of the European Copyright Society Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 11, 2020, 115-131.

⁹² 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), in GUUE L 277/1 del 27 ottobre 2022.

⁹³ *Supra*, nota 39.

⁹⁴ Il DSA definisce la piattaforma *online* nei termini seguenti: «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento» (art. 3, lett. i). All'art. 33 sono invece indicati gli elementi che permettono di concludere se la piattaforma *online* è di dimensioni molto grandi o meno. A queste ultime vengono poi accostati i motori di ricerca. L'art. 3, lett. j), definisce il motore di ricerca come segue: «un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

compiendo l'AIA è un'iniziativa di prim'ordine, in quanto punto di approdo di un approccio antropocentrico e basato sul rischio⁹⁵. Una specificità dell'AIA è la finalità di garantire la difesa dei diritti fondamentali in via pressoché trasversale. Nel testo della proposta si legge che il regolamento immaginato dalla Commissione «migliorerà e promuoverà» la protezione di molti diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana, il rispetto della vita privata e della vita familiare, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione e la non discriminazione, la protezione dei consumatori, i diritti dei lavoratori, i diritti delle persone con disabilità, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza e il diritto a una buona amministrazione; e sono altresì interessati i diritti dei minori, la salute e alla sicurezza delle persone, il diritto fondamentale a un livello elevato di protezione dell'ambiente⁹⁶. Sono sufficienti queste indicazioni per intuire che la disciplina sull'IA è suscettibile di aprire, attraverso il prisma della transizione digitale, una fase ancora più avanzata del rapporto tra diritti fondamentali e mercato interno.

A questo punto, sorge spontanea una domanda. Cosa accomuna, nelle relazioni tra diritti fondamentali e legislazione UE all'epoca della trasformazione digitale europea, settori come quelli considerati in questo paragrafo (dati personali, diritto d'autore e diritti connessi, media, servizi digitali, intermediari *online*, intelligenza artificiale)? La risposta è: l'assoggettamento degli stessi ai cospicui poteri esercitati da (pochi) operatori privati capaci di raggiungere qualsiasi utente. Il rafforzamento, almeno presunto o tentato, dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali negli strumenti passati in rassegna poc'anzi risiede proprio nella necessità di contemperare esigenze di progresso tecnologico dell'Unione come attore su scala mondiale e di difesa degli individui dall'eccessiva libertà di azione di grandi piattaforme digitali. Tuttavia, non è solo una questione di tutela dei diritti fondamentali, essendo in discussione l'intero "nucleo identitario" dell'ordinamento UE.

⁹⁵ Si veda anche *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 def., del 19 febbraio 2020. Per approfondimenti sull'approccio delle istituzioni UE all'IA prima dell'adozione della proposta si veda A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa 2020, 13-35.

⁹⁶ COM(2020) 206, cit., punto 3.5 e *considerando* 28.

4. Valori fondanti

Il filo conduttore che lega i precedenti paragrafi conduce adesso a soffermarsi sui valori fondanti dell'Unione.

In premessa si è fatto cenno a varie incertezze tutt'ora sussistenti in merito a più aspetti dei valori fondanti dell'Unione. In aggiunta, alcuni studiosi lamentano una carenza di concretizzazione dei valori UE nel diritto derivato⁹⁷.

Per quanto qui di interesse, non è affatto trascurabile che negli ultimi tempi le istituzioni politiche UE abbiano intensificato i collegamenti tra diritto applicabile alla macro-area del digitale e valori fondanti, con precipuo riferimento allo stato di diritto, tutela dei dritti fondamentali (qui intesa come valore) e democrazia⁹⁸. Ciò nella consapevolezza che, in termini generali, lo stato di diritto è sempre più inteso come pre-requisito per il rispetto di diritti fondamentali e democrazia⁹⁹.

Il discorso sui valori quali priorità da proteggere e promuovere nell'arco della transizione digitale segue una parabola che di recente ha iniziato a sperimentare un'evoluzione significativa. Quest'ultima sta avvenendo anche (*rectius*, soprattutto) per consentire all'Unione di progredire nel suo percorso di avvicinamento ad una agognata – ma al momento utopistica – sovranità digitale (o tecnologica). Essa a sua volta implica un confronto serrato con le capacità di taluni Stati terzi e, di conseguenza, con la forza di attori di provenienza extra-UE che tuttavia sono in grado di “appropriarsi” di ampie porzioni di mercato interno¹⁰⁰; ma questa azione ad ampio raggio non si limita a finalità mercantilistiche, essendo concepi-

⁹⁷ Ci si riferisce in particolare a J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, in *European Papers*, 5, 2020, spec. 256-257.

⁹⁸ F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Dir. Un. europea*, 2, 2022, in part. 293-326.

⁹⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 def., dell'11 marzo 2014, 4. Per approfondimenti su questo legame si veda L. PESCH, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, 107-130.

¹⁰⁰ Per riflessioni di carattere giuridico sul posizionamento del concetto in parola nel diritto UE, si veda: Focus Speciale su *EU Strategic Autonomy and Technological Sovereignty*, a cura di C. BEAUCILLON, S. POLI, in *European Papers*, 8, 2023; S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in AA.VV. (a cura di), *Quaderno AISDUE serie speciale – Atti del Convegno “L'Unione europea dopo la pandemia” Bologna 4-5 novembre 2021*, Napoli 2022, 159-173.

ta come strumentale alla preservazione del DNA dell'UE nel suo insieme¹⁰¹.

Certamente, si possono individuare tracce di questo approccio in atti di carattere politico-programmatico. Al riguardo, l'istituzione più attiva è la Commissione europea, che ha inserito la transizione digitale tra gli obiettivi primari del proprio programma di azione per il quinquennio 2019-2024.

I valori dell'Unione sono al centro del «Decennio digitale europeo», che contiene una «bussola» nella quale figurano le ambizioni e gli obiettivi della politica digitale dell'Unione per il 2030¹⁰². Nel contesto del decennio digitale europeo si ricorda nuovamente che è stata adottata una Dichiarazione congiunta sui diritti e i principi digitali europei; al di là dei possibili equivoci terminologici accennati nell'introduzione del Capitolo, il documento rafforza le basi per un cambiamento di vaste proporzioni, che a sua volta dovrà essere plasmato dai valori europei. L'accento sui valori è posto già nei primi passaggi della parte motivazionale della Dichiarazione ed è visibile nell'obiettivo finale. Nel complesso, dal testo della Dichiarazione si comprende che anche i valori fondanti dell'Unione saranno utilizzati come canoni supremi per orientare la transizione digitale europea.

Anche la già citata strategia per il rafforzamento dell'applicazione della Carta del 2020 evoca a più riprese i valori fondanti dell'Unione. Il punto nodale è che le nuove sfide e i nuovi sviluppi, comprendenti tutto ciò che si lega alla transizione digitale, richiedono un rinnovato impegno multilivello per garantire che la Carta sia applicata «al massimo delle sue potenzialità», divenendo a tutti gli effetti «una realtà per tutti». Ma il presupposto di fondo è che la missione affidata alla strategia non può prescindere dall'interconnessione dei valori fondanti: oltre alla tutela dei diritti fondamentali spiccano, come anticipato poco sopra, la democrazia e lo Stato di diritto¹⁰³.

Se poi si considera il Piano d'azione per la democrazia europea pubblicato dalla Commissione nel 2020¹⁰⁴, si può facilmente constatare che il va-

¹⁰¹ E. CELESTE, *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN (eds.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Oxford-Portland 2021, 218-219. V. anche H. RROBERTS *et al.*, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *Internet Policy Review*, 10, 2021, 1-26.

¹⁰² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/europes-digital-decade>.

¹⁰³ COM(2020) 711, cit., 1-2.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 def., del 3 dicembre 2020, 2-3.

lore in oggetto assume una duplice connotazione quando viene calato nell'“arena” del digitale. Da un lato, il digitale viene inteso come una leva per agevolare l'accesso dei cittadini alla partecipazione democratica; dall'altro, è proprio dal digitale che promanano molte minacce attuali per la tenuta democratica degli Stati membri e dell'Unione. E questi pericoli non sono solamente endogeni, ma anche esogeni, come dimostrano le attività destabilizzanti esercitate da operatori extra-UE nel contesto del conflitto tra Russia e Ucraina¹⁰⁵.

Ma vi è di più. Negli ultimi tempi la dimensione valoriale del diritto derivato dell'Unione in materia di digitale inizia ad essere più evidente anche nella legislazione (completata o proposta). In fin dei conti, il motivo è sempre il medesimo: favorire lo sviluppo digitale dell'UE senza perdere di vista l'esigenza di arginare i poteri di grandi operatori privati che in campo tecnologico vantano una *leadership* senza pari. In particolare, il DSA e l'AIA offrono una visione più chiara del processo in corso.

Si è già detto che il DSA è un atto avente quale base giuridica l'art. 114 TFUE e al tempo stesso preposto alla tutela di alcuni diritti fondamentali, in via primaria la libertà di espressione e informazione. In realtà, sin dalle fasi iniziali della procedura legislativa che ha condotto all'adozione del DSA, questo regolamento è sempre stato immaginato come un atto a presidio dei valori costituzionali dell'Unione al cospetto di rischi derivanti da soggetti privati, tendenzialmente stabiliti in Stati terzi¹⁰⁶. In effetti, la centralità della libertà di espressione sottintende una delicatissima operazione di contenimento delle interferenze di matrice governativa che oggi potrebbero essere realizzate più facilmente con i mezzi digitali; si tratta di una misura di prevenzione di rischi sistemici, cosa che inevitabilmente porta l'interprete a rivolgere l'attenzione all'impianto valoriale dell'Unione. Si è giustamente arrivati a sostenere che il DSA sia una iniziativa che contribuisce a tratteggiare l'identità dell'Unione europea anche dal punto di vista

¹⁰⁵ V. anche S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in SIDIBlog, 22 marzo 2022.

¹⁰⁶ Come osservato in dottrina, «the Digital Services Act can be taken as an example of the resilience of the European constitutional model reacting to the threats of platform power. This new phase [...] is more a reaction of European digital constitutionalism to the challenges for fundamental rights and democratic values in the algorithmic society. In effect, this framework underlines how constitutional law could play a critical role in limiting platform power, while promoting the protection of fundamental rights and freedoms» (G. De GREGORIO, O. POLLICINO, *The European Constitutional Road to Address Platform Power*, in *Verfassungsblog*, 31 agosto 2021).

assiologico¹⁰⁷. In più, secondo alcune opinioni, anche l'iniziativa speculare al DSA, vale a dire la legge sui mercati digitali¹⁰⁸ (DMA), avrebbe l'effetto, per lo meno indiretto, di contrastare le incursioni che i cosiddetti *gatekeepers* possono realizzare financo nella sfera di valori come quelli sui quali ci si sta focalizzando¹⁰⁹. D'altronde, il DSA e il DMA sono stati elaborati come strumenti complementari in tal senso, «the two pillars of digital regulation which respects European values and the European model, and will define a framework adapted to the economic and democratic footprint of digital giants»¹¹⁰.

È però con la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale che l'essenza costituzionale dell'ordinamento dell'Unione si manifesta maggiormente nel diritto derivato¹¹¹. Preliminarmente, è utile indicare che il primo obiettivo specifico dell'AIA – da intendersi anche come un tentativo di «leadership by example» nella *governance* del settore a livello internazionale¹¹² – è «assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione». Per giunta, la tutela dei valori viene espressamente (e sorprendentemente) presentata come argomento rafforzativo per spiegare che la proposta rispetta il principio di sussidiarietà, stante il regime di competenze non esclusive dell'Unione desumibile dalle basi giuridiche selezionate. Dopodiché, è vero che l'AIA ha un campo d'azione abbastanza limitato, atteso che introduce divieti e limitazioni passibili di deroghe a tratti (molto?) intense; eppure, la proposta di regolamento innova laddove riconduce ai valori UE gli obblighi di tutela a fronte di quei rischi giudicati intollerabili. In altri termini, l'AIA vieta al-

¹⁰⁷ F. RESTA, *I poteri privati e gli arbitri dei diritti*, in *MediaLaws*, 1 dicembre 2020.

¹⁰⁸ 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), in GUUE L 265/1 del 12 ottobre 2022.

¹⁰⁹ C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in AA.VV. (a cura di), *Quaderno AISDUE serie speciale*, cit., 302-307.

¹¹⁰ <https://cdn.gelestatic.it/repubblica/blogautore/sites/408/2022/03/document.pdf>.

¹¹¹ Cfr. anche C. SCHEPISI, *Diritti fondamentali, principi democratici e rule of law: quale ruolo e quale responsabilità per gli Stati nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 17, 2022, 41-69.

¹¹² L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 34, 2021, 217.

cune pratiche di IA¹¹³ proprio perché ritenute contrarie ai valori¹¹⁴. In questo modo, l'orientamento (per quanto ancora *in nuce*) della Commissione rappresenta un punto di svolta, poiché nell'AIA è quanto mai visibile l'associazione tra valori fondanti e responsabilità di soggetti privati, prima ancora che di Stati membri.

5. Conclusioni

Alcuni Autori hanno saputo spiegare con efficacia quale nuova tipologia di potere sta ridelineando i contorni della teoria costituzionale: «[t]he advent of new digital technologies [...] provides an unprecedented means of limiting and directing human freedom that has appeared on the global stage; a way based on not an 'external' force [...] but rather an 'internal' force, able to affect and eventually substitute our self-determination 'from inside'»¹¹⁵. Ebbene, l'analisi sin qui condotta conferma che la trasformazione digitale ha implicazioni costituzionali di massima importanza anche nell'ordinamento giuridico UE; anzi, pare di poter dire che sia in corso un'accelerazione dell'evoluzione del costituzionalismo (digitale) europeo.

Si ritiene che la transizione in atto, anche in considerazione delle funzioni para-statali esercitate dai principali operatori di settore, possa favorire l'insorgere di prospettive per un progressivo riposizionamento degli equilibri tra le tre anime coniugate all'interno dell'Unione, e che trovano corrispondente rappresentatività nelle istituzioni politiche UE.

In nome della difesa e della promozione dei propri principi, diritti e valori, l'Unione sta oggi intervenendo più di quanto non abbia fatto in passato, quando l'impulso della giurisprudenza era la soluzione più accreditata per contrastare quei fisiologici disallineamenti tra diritto positivo e prassi derivanti dall'inerzia del legislatore sovranazionale. È anche per mezzo di queste leve costituzionali che si sta assistendo a un incremento in termini

¹¹³ In particolare, sono previsti divieti (ancorché non assoluti) verso sistemi di IA utilizzabili per attuare tecniche subliminali o per l'assegnazione del punteggio sociale, o che sfruttano le vulnerabilità di un gruppo specifico di persone, o, ancora, per l'identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico da parte delle autorità di contrasto.

¹¹⁴ COM(2021) 206, cit., punto 5.2.2.

¹¹⁵ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H.-W. MICKLITZ et al. (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge 2022, 32.

di estensione e profondità della portata della legislazione UE in ambito digitale. Tale attivismo (nel limite del possibile) si protende anche al di fuori dell'Unione, specialmente nel tentativo di limitare, o almeno orientare, le incursioni potenzialmente incontrollate dei giganti del *web*. Sostanzialmente, sembra che l'Unione sia alla ricerca di una *leadership* normativa "rafforzata" per ridurre il divario tecnologico che la separa da Stati terzi (come Stati Uniti e Cina) e da colossi privati sempre più simili a Stati.

In questo scenario gli Stati membri sono posti più che mai di fronte all'esigenza di rispettare obblighi che lasciano intravedere in filigrana i predetti elementi costituzionali dell'Unione; e la propensione dell'Unione all'armonizzazione e all'adozione di regolamenti pare funzionale alla graduale compressione del margine di manovra dei livelli nazionali, tra l'altro in vista di obiettivi che vanno oltre la riduzione del grado di frammentazione del mercato interno. Non è da escludere che ciò possa culminare con tensioni tra regole UE e diritto costituzionale interno, da risolvere pur sempre in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione. In un'ottica circolare, però, la posizione degli Stati membri diverrà strategica anche in fase ascendente. La trasformazione digitale dell'Unione dipenderà in buona parte dall'unità di intenti degli Stati membri in Consiglio, quando cioè le procedure di adozione degli atti legislativi UE entrano nel vivo.

Da ultimo, l'approccio dell'Unione alla trasformazione digitale europea annovera tra i propri pilastri – almeno in teoria – il potenziamento della funzione di "schermo" che il diritto derivato può e deve esercitare in maniera efficace a favore degli individui, segnatamente i cittadini dell'Unione. L'ancoraggio della legislazione UE sul digitale ai diritti fondamentali (e a quei principi e valori che dovrebbero massimizzare i benefici degli individui quali soggetti dell'ordinamento giuridico sovranazionale) potrebbe, in ultima analisi, contribuire a rinsaldare i connotati democratici dell'Unione, che rappresentano sì uno dei tratti maggiormente distintivi di questa organizzazione nel panorama internazionale, ma che nei fatti troppo spesso vengono percepiti come evanescenti.