

Le istituzioni digitali *made in EU* e il Paradosso di un anti-normativismo regolatorio

Digital Institutions *Made in EU* and the Paradox of a Regulatory Anti-Normativism

MARIAVITTORIA CATANZARITI¹

Sommario

Il contributo analizza il fenomeno della regolazione digitale europea ponendolo al centro di un più ampio processo, quello dell'istituzionalismo digitale, nel quale l'uso dei dati, la loro regolamentazione, nonché la gestione e la proprietà delle infrastrutture digitali producono effetti sociali, politici e giuridici. Interrogandosi sulla plausibilità di tale processo come inedito istituzionale, il contributo ne evidenzia alcune caratteristiche peculiari rispetto all'istituzionalismo classico. L'istituzionalismo digitale è emerso infatti in riferimento alla Strategia Europea dei Dati, identificando pratiche e processi scaturiti da fenomeni regolatori che rendono la tecnologia sia motore istituzionale sia limite alla capacità regolatoria delle istituzioni esistenti.

Il contributo indaga, nella prospettiva della sociologia giuridica, il posizionamento dell'istituzionalismo digitale nel processo di integrazione europea, quanto ciò implichi l'adesione a modelli, regole formali e informali, procedure e prassi che stabilizzino tendenze all'interno di più ampie trasformazioni sociali. Esso si interroga essenzialmente su tre questioni: a) la plausibilità dell'ipotesi di un istituzionalismo digitale alla luce dei modelli di data governance; b) i suoi presupposti di applicabilità; c) i vantaggi nell'uso di tale nozione per comprendere la posizione.

Parole chiave: istituzioni digitali; dati; diritto; integrazione europea; mercato unico; mercato globale.

Abstract

This article explores the phenomenon of European digital regulation by placing it at the centre of a broader process, that of digital institutionalism, in which the use of data, their regulation, and the management and ownership of digital infrastructures produce social, political and legal effects. By que-

¹ Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, Università degli Studi di Padova. mariavittoria.catanzariti@unipd.it.

stioning the plausibility of this process as unprecedented, this contribution highlights some of its peculiar features in comparison to classical institutionalism. Digital institutionalism emerged with reference to the European Data Strategy, identifying practices and processes triggered by regulatory phenomena that make technology both an institutional driver and a limit to the regulatory capacity of existing institutions. From the perspective of legal sociology, this contribution investigates the positioning of digital institutionalism in the process of European integration, examining how much this implies adherence to models, formal and informal rules, procedures, and practices that stabilize trends within broader social transformations. It essentially questions three issues: a) the plausibility of the hypothesis of digital institutionalism in light of data governance models; b) its assumptions of applicability; and c) the advantages of using this notion to understand the position.

Keywords: digital institutions; data; law; European integration; single market; global market.

1. Regolazione digitale europea tra norme, principi e istituzioni

I dati rappresentano un potente veicolo di trasformazione sociale che viene spesso percepito attraverso l'uso delle tecnologie in maniera autoevidente, cionondimeno enigmatica. Neutralità tecnologica da un lato e procedure giuridiche dall'altro filtrano le innumerevoli capacità rappresentative dei dati e i significati via via attribuiti ad essi e stratificati nel senso comune attraverso un "velo di ignoranza". Come coglie correttamente Raiteri, tuttavia, l'istituzionalizzazione del potere non può mai essere neutrale sia per le scelte a monte che precedono l'utilizzo di alcuni dati sia in relazione ai modelli giuridici che sono alla base di alcune scelte regolatorie, sia infine per gli effetti giuridici che non sono né completamente prevedibili né uguali per tutti (Maroni 2021, p. 517).

Una prima tendenza, propria delle politiche europee sul digitale, è quella di ritenere che il massimo grado di istituzionalizzazione coincida con la regolazione. Ciò ha un risvolto sia temporale sia qualitativo. Sotto il primo profilo, riduce il momento istituzionale a una mera adozione di atti legislativi unitamente all'attività giurisdizionale delle corti europee; sotto il secondo, sostanza soltanto dal punto di vista della regolazione le dimensioni istituzionali della trasformazione digitale.

Una seconda tendenza è quella di considerare i dati come oggetto di regolazione e di altri processi istituzionali quasi fossero un materiale inerte, scandagliandone tutti i possibili utilizzi rilevanti, non tenendo conto invece

che molti processi *data-driven* sono istituzionali essi stessi pur in assenza di regolazione, oltre che in costante mutamento. Si pensi alla cosiddetta *societal platformization*, ai dati generati da forme di sorveglianza istituzionalizzata che alimentano naturalmente il modello capitalistico (Pistor 2019, p. 205; Zuboff 2023), al mutamento dell'idea di partecipazione politica (Sgueo 2023, p. 69; Rouet-Côme 2023).

Una terza tendenza, infine, è quella di applicare il modello regolatorio europeo come un *passé-partout* culturale globale adottando alcuni standard nelle relazioni esterne e trascurando le contropunte istituzionali che emergono a vari livelli - locale, settoriale, globale, trasversale.

Queste tendenze, seppur molto diverse fra loro, condividono un punto di partenza che non è affatto scontato: che siano cioè le regole a forgiare fenomeni obiettivi come le istituzioni.

Secondo tale ottica, dunque, le istituzioni non precedono le regole, sono al contrario il frutto delle stesse, in netto contrasto con la tradizione europea istituzionalista esemplificata dalle posizioni dei suoi più noti esponenti come Maurice Hauriou e Santi Romano (Hauriou 1967, pp. 10, 13, 14; Romano 1951, p. 51). Viceversa, nel paradigma dell'istituzionalismo digitale europeo, le istituzioni digitali sono fondate da regole che definiscono veri e propri modelli indipendentemente dalle pratiche e dalle infrastrutture digitali - spesso regolano le infrastrutture digitali mentre le creano, o meglio le determinano normativamente - con il solo obiettivo di imporsi sul mercato come modelli culturali, facendo leva sul carattere reputazionale del rispetto dei diritti da parte delle imprese, e ponendo la conformità ai modelli regolatori sui dati e sulle infrastrutture digitali come requisito di accesso al mercato interno.

Attraverso la regolazione di tutti gli aspetti relativi ai dati, l'UE realizza la formalizzazione e la stabilizzazione delle procedure, il coordinamento istituzionale, unitamente alla capacità dei singoli attori di influenzare lo sviluppo istituzionale (Fahey 2022, p. 6). Ciò che colpisce immediatamente in tale processo è la geometria variabile che non dipende direttamente dai regimi giuridici coinvolti, come ad esempio la tutela dei dati personali, la regolazione dei contenuti online, la tutela della proprietà intellettuale, l'antitrust, bensì dalla forza istituzionalizzante dei flussi di dati stessi che opera spesso anche indipendentemente dalla regolazione giuridica. Come osserva giustamente Pennisi «la reiterazione del modello istituzionale non avviene per una qualche particolare “forza normativa” di cui esso sia “ontologicamente” dotato, ma perché concorre alle definizioni della situazione di chi deve agire in risposta o in conseguenza di azioni ad esso orientate» (Pennisi 2024, p. 61).

Se la finalità istituzionalizzatrice della regolazione digitale europea è precipuamente quella di porre un limite alle pratiche distorsive del mercato europeo regolandone il funzionamento nella cornice legittimante del rispetto

della rule of law e dei diritti fondamentali, nel caso dei dati, ancor più che in altri ambiti, la sua realizzazione si rileva molto incerta.

Da un lato, infatti, si registra una ineffettività diffusa di molti limiti giuridici nei confronti dell'uso pervasivo di dati – basti pensare all'oscura versione finale del regolamento AI che declama un modello regolatorio fondato sul carattere antropocentrico dei processi decisionali lasciando in ombra molti risvolti pratici e applicativi di tale carattere nell'uso dei dati mediante algoritmi (si pensi all'uso del riconoscimento facciale nel controllo dei flussi migratori o ai sistemi predittivi di supporto all'attività dei giudici) - dall'altro la conformità dei privati alla regolazione europea come condizione per l'accesso al mercato digitale europeo crea dinamiche competitive tra mercati e ordinamenti giuridici che alterano i risultati finali dei processi regolatori perdendo spesso di vista l'idea di società che sta alla base di alcune scelte di sistema. Come a dire che le istituzioni, rispetto ai soggetti, sono tutt'altra cosa².

I flussi di dati sono certamente dirompenti per la loro capacità creativa di modelli sociali, percezioni diffuse, informazioni, risultati applicativi e dunque certamente più pervasivi della regolazione nel loro carattere disciplinante ancor prima che sanzionatorio. I dati sono in grado di creare istituzioni grazie al potere di trasformare ingenti quantità di informazioni in contesti tangibili ed esperienze riprodotte collettivamente che rendono semplice e immediata l'identificazione con modelli e tendenze, ingenerando prassi ripetute nell'amministrazione, dipendenza della sfera individuale dall'uso dei dispositivi, trasformando il lavoro, determinando effetti rilevanti sulle persone e sulla società. La più evidente forma di istituzionalizzazione operata dalla interconnessione dei dati mediante strumenti algoritmici consiste nella convinzione che non esista alternativa possibile ad essi e dunque che tale processo istituzionale sia del tutto necessario (Tarantino 1976, p. 66; Olgiatei 2013, pp. 185- 241). Va da sé quindi che la regolazione digitale può rappresentare soltanto un aspetto di un fenomeno macroscopico, che riguarda la maniera in cui persone e gruppi organizzano la loro azione e raggiungono i loro obiettivi. La regolazione è dunque solo un'ipotesi meramente parziale rispetto a una realtà che si autoproduce mediante i suoi codici e le sue regole, e che determina i suoi effetti spesso indipendentemente da essa. Può dunque la regolazione digitale mai esaurire tutte le possibilità istituzionali dei dati?

2 Sul punto ricorda ancora una volta Pennisi, C. 2024: «Occorre fare i conti col fatto che il tessuto di relazioni dentro cui si realizza il riferimento ad una norma è una realtà sociale in senso proprio e che, come tale, continua a variare, sia dal punto di vista delle ragioni e dei fini posti, sia in relazione alla variabilità del quadro normativo che ha configurato specificamente quel problema su cui si è normato, sia infine rispetto agli stili di condotta dei destinatari delle decisioni degli apparati», in *Il diritto come rappresentazione del sistema giuridico. Spunti di sociologia del diritto*, Rimini, Maggioli, p. 29.

La capacità dei dati, insieme allo sviluppo delle tecnologie informatiche in rete, di realizzare di per sé forme istituzionali, come le piattaforme ad esempio, viene assorbita dall'UE attraverso la capacità riflessiva di modelli normativi che certamente non esauriscono le possibilità istituzionali digitali ma che tendono a celare dal punto di vista regolatorio la forza normativa stessa dei dati.

Generalmente, i fenomeni digitali sono stati parcellizzati dai settori regolatori ma uno sguardo d'insieme del processo trasformativo manca. Ciò genera una sorta di frustrazione metodologica: da un lato, la tendenza a esaurire il fenomeno istituzionale nella risposta regolatoria in relazione a oggetti specifici; dall'altro, la tendenza a escludere la rilevanza del giuridico al di fuori dell'ipotesi regolatoria. Tale riduzione di prospettiva rispetto alla nota tradizione dell'istituzionalismo (Hauriou 1967; Santi Romano 1951; Bourdieu 1994; De Leonardis 2001; Schmitt 2022; Croce 2023, p. 255) induce anche a chiedersi se il *made in Europe* sia uno stile tipico all'interno della più ampia storia dell'integrazione europea oppure se nel campo del digitale si giochi una partita diversa. È evidente, infatti, che in assenza di infrastrutture tecnologiche l'oggetto della regolazione europea – dati, piattaforme e uso di tecnologie IA – non possa essere del tutto determinato, in quanto si compone di elementi sui quali essa non esercita una capacità trasformativa completa.

I processi di istituzionalizzazione giuridica trasformano le regole informali che governano i dati in pratiche stabili per garantire la certezza delle relazioni sociali, le quali si compongono di «norme, procedure, sanzioni, unite ai saperi ad esse relativi» (Croce 2023, p. 261). Queste regole trovano la loro giustificazione nelle ragioni materiali per cui le formazioni sociali sono state istituite. L'istituzionalizzazione mantiene sempre aperta la comunicazione tra il diritto e le sue radici sociali. Perfino nella prospettiva di Santi Romano, fondatore di quell'istituzionalismo giuridico che ravvisa assoluta coincidenza tra istituzione e ordinamento giuridico, le istituzioni sono tutte le organizzazioni del potere sociale che imprimono una struttura stabile e permanente al gruppo sociale e il diritto è un'entità sociale in cui le regole sono solo un aspetto di un insieme organizzato. Non vi può essere in tale prospettiva organizzazione senza un riferimento diretto a ciò che viene organizzato. Ciò che impone una separazione necessaria tra diritto e giuridico spiega come il fenomeno istituzionale sia molto più ampio di quello strettamente giuridico e il riferimento del diritto alla società umana gli conferisca un carattere istituzionale³. L'eccedenza della istituzione rispetto al diritto persino nella prospettiva di Santi Romano evidenzia il carattere irriducibile della istituzione stessa al diritto, in quanto le norme sono soltanto dei mezzi

3 Romano, S. 2018. *L'ordinamento giuridico* (a cura di Croce, M.), Quodlibet, Macerata.

con i quali si adempie alla funzione del diritto che è dunque eminentemente anti-normativistica (Romano 1951, p. 85). La funzione del diritto è la persistenza al di là delle norme. Neanche la prima posizione del diritto è data dalle norme: «il diritto è, anzi tutto, posizione, organizzazione di un ente sociale» (Santi Romano 1951, p. 51). Ciò sul quale si consuma invece, invece, l'equivoco di fondo del modello europeo di regolamentazione dei dati che necessita di essere ripensato specie alla luce delle sfide globali. L'eccedenza delle capacità istituzionali rispetto al diritto si misura infatti in termini di effetti diffusi, ma non in termini di preclusione di scelte (Deleuze 2014, p. 129; Searle 2010, p. 90)⁴.

Su questi due aspetti si ragionerà nel prossimo paragrafo.

2. L'Unione Europea come standard-setter digitale globale

Per comprendere la valenza dell'istituzionalismo digitale europeo, Anu Bradford ha scelto l'angolazione del cosiddetto Bruxelles Effect, termine coniato nel 2012 (Bradford 2012, p. 1) e ripreso nel corso degli anni (Bradford 2020, 2023), verificando il posizionamento dell'Unione Europea (UE) in un contesto globale come regolatore globale e interlocutore internazionale. Questo fenomeno si riferisce in generale alle modalità attraverso le quali l'UE riesce a influenzare la legislazione di altri Paesi o ad attrarre imprese straniere nel proprio mercato, imponendo loro di conformarsi al diritto dell'UE. Ciò ha a che fare con una concezione diffusa che presume una migliore protezione dei dati e di riflesso dei diritti degli individui e delle imprese da parte del legislatore europeo cui bisogna uniformarsi anche in termini di costi quando ci si rivolge al mercato europeo.

Tuttavia, bisogna considerare che la dimensione esterna dell'Unione Europea è parte integrante del processo di integrazione che si compone essenzialmente di commercio, attività legislativa, contenzioso e lobbying. Gli obiettivi principali di questa composizione sono: l'aumento delle transazioni economiche, la costruzione dell'effetto Bruxelles (che verrà esaminato nello specifico), la capacità delle autorità sovranazionali di produrre legislazione; il funzionamento del sistema regolatorio della Commissione europea; l'istaurazione di una complessa serie di anelli burocratici di collegamento che determinano e rafforzano ampiamente il corso dell'integrazione (Newell 2022, p. 59; Graziano e Vink 2013, pp. 31, 32; Fligstein 2000, pp. 25-27).

⁴ In Deleuze appare convincente il concetto di fatto istituzionale come interpretazione di un evento da parte di una comunità che è parte integrante del suo significato. Un fatto istituzionale qualifica simbolicamente atti o fatti della vita sociale, cfr Searle, J. 2010. «A general theory of institutions and institutional facts: language and social reality», in *Making the social world: the structure of human civilization*, OUP, 2010, 90-122.

Un concetto che sembra essere centrale nella comprensione di questo fenomeno complesso è l'estensione unilaterale del diritto e del potere normativo dell'UE al fine di imprimere un modello culturale sui mercati globali, quello appunto della protezione dei diritti e del mercato regolato. Per Bradford, la globalizzazione normativa unilaterale si verifica quando un singolo Stato è in grado di esternalizzare le proprie leggi e i propri regolamenti al di fuori dei propri confini attraverso meccanismi di mercato, con conseguente globalizzazione degli standard. Questo processo può essere distinto dalla globalizzazione politica degli standard normativi, in cui la convergenza normativa deriva da standard negoziati, oggetto di trattati internazionali o di accordi tra Stati o autorità di regolamentazione. Esso si distingue anche dalla coercizione unilaterale, in cui una giurisdizione impone le proprie regole alle altre attraverso minacce o sanzioni. La globalizzazione normativa unilaterale è invece il processo mediante il quale una normativa di una determinata giurisdizione migra in un'altra in assenza di una sua imposizione attiva o di una sua adozione volontaria (Bradford 2012, pp. 3-4).

In proposito, l'autrice distingue molto efficacemente il *de facto* e il *de jure* Bruxelles effect: mentre l'UE regolerebbe soltanto il suo mercato interno, le multinazionali sarebbero spesso incentivate a standardizzare la loro produzione a livello globale e ad aderire a un'unica regola. Questo approccio converte la regola dell'UE in una regola globale: il cosiddetto "de facto Bruxelles effect". Infine, dopo che queste imprese orientate all'esportazione hanno adattato le loro pratiche commerciali per soddisfare i rigorosi standard dell'UE, spesso sono incentivate a fare pressioni sui loro governi nazionali affinché adottino questi stessi standard, nel tentativo di livellare le condizioni di concorrenza rispetto ai propri concorrenti domestici riluttanti nei confronti dell'esportazione: il cosiddetto "de iure Bruxelles effect" (Bradford 2012, p. 6). Sostanzialmente si tratta dapprima di una conformità fuori casa e in seguito di una conformità in casa, in quanto è utile sostanzialmente un framework regolatorio compatto.

Sebbene con il Bruxelles Effect Bradford si riferisca chiaramente a istituzioni normative in grado di stabilire standard in materia di politica della concorrenza, tutela ambientale, sicurezza alimentare, protezione dei dati e della privacy o moderazione dei contenuti nei social media attraverso le sole forze del mercato, bisogna considerare che l'esternalizzazione normativa nella sua versione formale o informale sia necessaria ma non sufficiente per creare istituzioni. L'UE è consapevole che il processo di istituzionalizzazione di un fenomeno emergente non possa esaurirsi nell'istituzionalismo normativo – al contrario di quanto afferma la versione dell'istituzionalismo di Hauriou secondo la quale «le istituzioni nascono, vivono e muoiono giuridicamente» (Hauriou 1967, p. 13) in quanto funzione precipua delle istituzioni sarebbe quella di riprodurre l'ordine (Salvatore 2021, p. 157). Ciò risulta evidente se si osserva la funzione di modello culturale prima ancora che prettamente

giuridico che il diritto europeo mira a esercitare a livello globale che, tuttavia, a ben guardare, non è dissimile negli effetti dal modello di Hauriou: sono gli atti giuridici che creano i fatti giuridici e non viceversa. Tuttavia l'EU preferisce giocare la carta del proprio primato regolatorio non potendo invece competere dal punto di vista tecnologico e della concentrazione dei capitali, in quanto il carattere interazionale del diritto riesce a determinare un vantaggio. L'UE risolve infatti riflessivamente il problema della impossibilità di segmentazione del mercato digitale attraverso la riproduzione della regolazione, producendo cioè regolazione sulla regolazione e sfilacciando il mercato digitale in diversi spazi normativi, i cosiddetti European Data Spaces. Gli European Data Spaces sono di fatto *infrastrutture di dati e quadri di governance*, che facilitano l'aggregazione, l'accesso e la condivisione dei dati in diversi settori regolatori come agricoltura, patrimonio culturale, energia, finanza, industria, lingua, media, trasporti e pubblica amministrazione⁵. Il primo spazio dei dati messo a punto con il Regolamento (EU) 327/2025 di recente adozione sullo spazio europeo dei dati sanitari, prevede regole settoriali di accesso e uso dei dati elettronici sanitari. In questo modo l'Unione Europea razionalizza l'impossibilità di un mercato unico dei dati attraverso ecosistemi di dati che funzionano *ratione materiae*. Infatti, beneficiando della sua rinomata esperienza di interlocutore globale e del suo attuale e promettente ruolo di innovatore giuridico, l'UE ha prima inteso costruire un atto legislativo di grande successo, il GDPR, dotandolo di ampia portata extraterritoriale, per poi plasmare la regolamentazione dei dati attraverso la Strategia UE sui dati in modo composito ed eterogeneo, sulla base di quello che Fahey chiama il vantaggio del "first mover" (cioè del GDPR).

Indubbiamente il fattore di forza è rappresentato dalla capacità mimetica dell'UE, che si sostanzia nella produzione di regole capaci di azionare la reazione di altri Paesi nell'utilizzare strumenti di cooperazione per influenzare i mercati finanziari e i mercati di esportazione. In fin dei conti, con Hauriou, questo meccanismo è istituzionale perché interazionale (Salvatore 2021, pp. 171-174). Nel contesto del commercio digitale l'approccio europeo risulta paradossale: l'UE adotta infatti un approccio protezionistico rispetto ai dati personali per limitare i flussi di dati transfrontalieri ma opera una frammentazione del commercio attraverso la regolamentazione settoriale dei flussi di dati stessi. In questo scenario la cooperazione normativa, come esemplificata negli accordi commerciali preferenziali, comprende l'istituzione di gruppi di lavoro o comitati, il coordinamento dello scambio di informazioni, la conclusione di accordi e gli accordi di mutuo riconoscimento. In pratica, il multilateralismo è spesso sostituito dal bilateralismo nelle relazioni esterne,

5 Second staff working document on data spaces, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/second-staff-working-document-data-spaces>.

attraverso il quale l'Europa aggiusta e mette a punto il focus delle sue politiche, le politiche di “carve-out” per l'appunto, come sostiene Fahey. Se da un lato questa constatazione conferma le carenze del diritto come chiave di volta culturale per uniformare il mercato⁶, dall'altro rivela una tensione tra il tentativo di trovare una risposta al ruolo dei costrutti giuridici e la forza istituzionale propria dei dati, che non si sovrappone strettamente alla regolazione giuridica ma la orienta verso i suoi effetti.

3. Quale forma di istituzionalizzazione per i dati nel contesto globale?

Il motore dell'istituzionalizzazione marchiato UE si traduce sovente nella capacità creativa di standard internazionali nella regolamentazione dei flussi di dati e in particolare nei trasferimenti di dati all'estero.

Tuttavia, il modo in cui Cina e Stati Uniti considerano gli standard europei porta a chiare differenze nei processi istituzionali. A seconda che la “mimesi”, per usare l'espressione di Papakonstantinou e De-Hert (Papakonstantinou e De Hert 2022, p. 52), sia spessa o sottile, i processi alla base della condivisione dei dati e, più in generale, della regolazione dei flussi di dati possono essere di hard law o di soft law, generalmente legati alla cooperazione normativa e al commercio internazionale (Miadzvetskaya 2023, p. 13). Peraltro in molti altri ambiti la europeizzazione produce un effetto quasi moralizzante, vale a dire di adesione a un sistema di valori, che consiste nell'innovare, regolare ed esternalizzare attraverso e per mezzo delle istituzioni che assicurano il rispetto dei diritti e dei principi democratici. Ciò è più evidente se si guarda al ruolo delle corti europee nell'impostare le controversie politiche dell'UE, e ha anche la sua rilevanza nell'azione esterna, considerando la competenza della Corte di Giustizia nell'esprimere pareri sulla compatibilità degli accordi internazionali con i Trattati Europei.

Oltre alla forza normativa della cooperazione, la capacità istituzionale dell'UE in relazione ai dati deve essere letta anche nel contesto delle battaglie orizzontali che nella ricostruzione di Bradford l'UE sta combattendo con i suoi concorrenti: contro la Cina e contro gli USA. L'istituzionalizzazione dei dati mette alla prova il ruolo dell'UE come principale legislatore mondiale e interlocutore globale nelle politiche digitali. Ciò significa infatti che i dati stessi diventano oggetto di regolazione e basi di scambio per le pratiche sociali. Tuttavia, ciò implica il rischio che anche le norme giuridiche possano essere considerate come dati o indicatori, nel senso che possono essere

6 Rifacendosi a teorizzazioni classiche come quella di Keohane sugli effetti istituzionali che scaturiscono dai poteri piuttosto che dai regimi consolidati, cfr R Keohane 2002. *Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States*, 42 *Journal of Common Market Studies* 743.

meramente descrittive di contenuti normativi in modo decontestualizzato, appunto, come “dati”. Un grande storico del diritto, Yan Thomas, studioso delle istituzioni mette tuttavia in guardia sul punto: “Nel mondo delle istituzioni niente può avere lo statuto di dato” (Thomas 2022, p. 71). In tal senso, cioè nell’ottica antinormativistica, ha ragione Fahey quando osserva che i Big Data hanno probabilmente effetti infrastrutturali, portando alla trasformazione delle basi istituzionali che i regimi normativi esistenti tendono a trascurare (Fahey 2022, p. 19). In tal senso, dunque, probabilmente l’istituzionalismo digitale europeo è più vicino al modello di Hauriou rispetto a quello di Santi Romano, perché sono le regole a creare istituzioni, che però costituiscono «la chiave di accesso alla comprensione del diritto» (Salvatore 2021, p. 156).

La cooperazione normativa è proprio l’ambito in cui i partner negoziali possono adottare volontariamente alcuni standard, evitando allo stesso tempo di conformarsi al diritto dell’UE nei casi in cui potrebbe risultare scomodo. Un esempio di tale tendenza è la cooperazione transatlantica, che concilia costantemente dialoghi informali (tra regolatori e stakeholder) con processi legislativi formali (accordo PNR, TFTP, Umbrella Agreements, negoziati sulle e-Evidence, Safe Harbour e Privacy Shield sul trasferimento dei dati all’estero) tentando di contrastare la forza economica delle big tech. Nella dialettica transatlantica, una delle battaglie descritte da Bradford e combattute dall’UE è infatti proprio quella verticale contro i giganti digitali. Il suo esito binario consiste nella prevalenza o nel fallimento dell’UE di fronte al resto del mondo. La convergenza transatlantica sugli standard normativi, dal diritto della concorrenza alla privacy e alla libertà di espressione, può avere una forza istituzionale talvolta insufficiente a creare incentivi significativi per nuovi attori che si affacciano sul mercato europeo. Per la Cina rileva spesso la funzione contenziosa svolta l’UE davanti al WTO, che consiste nel sostenere le distorsioni del capitalismo sulla base di procedure e usi commerciali istituzionalizzati. Dal canto suo, l’UE svolge un ruolo difensivo attraverso la legislazione degli Stati membri volta a limitare la leadership globale della Cina nelle telecomunicazioni e a contrastare l’emblematica architettura cinese del Golden Shield Project volta al controllo serrato dei dati in entrata e in uscita, ma anche nel campo della sicurezza per promuovere i propri valori (EU Cybersecurity Strategy). In questo caso, lo sfasamento tra capacità istituzionale dei flussi di dati e regolazione è confermato positivamente dal fatto che la conformità della Cina al modello normativo europeo può avvenire, ed effettivamente avviene, sulla carta (convergenza inversa), mentre quello che Fahey chiama “effetto Bruxelles inverso” o altri autori “effetto Pechino” consiste nel fornire infrastrutture digitali, incluse le componenti materiali, ai Paesi emergenti, coprendo sostanzialmente le esigenze infrastrutturali dentro e fuori i confini e discostandosi completamente nella sostanza dai valori e dai diritti fondamentali dell’UE.

4. L'effetto istituzionale della localizzazione dei dati

Nonostante i diversi concetti di istituzionalismo nelle relazioni esterne come mimetico (mera trasposizione di standard normativi), conflittuale (creazione di standard opposti per contrastare l'approccio dell'UE) o complementare (uso sostanziale e formale nonché personalizzato degli standard), la localizzazione dei dati rappresenta un punto di convergenza del processo di istituzionalizzazione regolatorio e tecnologico. L'obbligo per le aziende di conservare i dati in loco è testualmente previsto dalla Cybersecurity Law cinese; in Europa, invece, è l'effetto prodotto dalla disciplina restrittiva e disincentivante in materia di trasferimenti dei dati, personali e non personali, all'estero.

Nelle relazioni esterne, infatti, è interessante notare come la cooperazione normativa possa anche fare a meno dell'enfasi regolatoria, in quanto si possono realizzare effetti simili anche con tecniche emulative. Tuttavia, se la tendenza europea alla localizzazione dei dati rappresenta davvero l'orizzonte di una nuova forma istituzionale stabile, non più apparentemente basata sulla fiducia nel rispetto di standard concordati, allora il senso della cooperazione internazionale rimane spesso soltanto sulla carta. Se in nome della competizione tra sistemi si deve sacrificare il principio della libera circolazione dei dati, non siamo più sicuri che i valori distintivi dell'Europa siano poi così distinti (Kuner 2013, p. 186; Kuner 2019, p. 135). La soluzione della localizzazione dei dati, soprattutto in relazione ai trasferimenti di dati e alle possibili architetture di sovranità digitale, garantirebbe in maniera più agevole l'applicabilità territoriale del diritto dell'UE senza dover ricorrere all'extraterritorialità. In questo senso vanno lette le aperture apparentemente contraddittorie della Corte di Giustizia riguardo alle ingiunzioni di rimozione dei contenuti digitali illegittimi a livello globale (alla luce della natura globale del commercio elettronico)⁷ e, al contrario, la chiusura nei confronti del diritto all'oblio, che non comporta obblighi globali di deresponsabilizzazione ai sensi del diritto dell'UE⁸. Persino l'attivismo della Corte di Giustizia può plausibilmente intendersi nella sua essenza istituzionalistica. Infatti, nell'ambito della cybersecurity, dove l'approccio cinese e quello europeo sembrano più divergenti, essendo il primo stato-centrico e volto a realizzare la cybersovereignty e il secondo difensivo e garantista, parrebbe invece che dopo il caso Schrems II vi sia stata invece una tendenza convergente, rappresentata dall'obiettivo della localizzazione dei dati. E infatti in questo caso la Corte di Giustizia per la seconda volta in pochi anni ha dichiarato non conforme al diritto europeo le condizioni di trasferimento

⁷ Caso C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, EU:C:2019:821.

⁸ Caso C-507/17, *Google LLC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, EU:C:2019:772.

dei dati personali in USA in quanto non aventi un livello sufficientemente adeguato di protezione individuale. La localizzazione dei dati quale forma di istituzionalismo digitale è effettivamente interessante perché contraddice esattamente il principio di libera circolazione dei beni e delle persone, la prima delle quattro libertà fondamentali del mercato interno.

Da questo punto di vista quindi, se l'UE ammettesse il proprio tentativo di aggirare un principio giuridico cardine di tutta una fase di istituzionalizzazione, quello della libera circolazione dei dati, affievolirebbe il carattere distintivo della istituzionalizzazione europea che è eminentemente regolatoria al di là dei principi.

5. I vantaggi dell'istituzionalismo digitale

Tradizionalmente, le istituzioni vanno di pari passo con il ruolo del pubblico, ma se accettiamo la plausibilità di un concetto come l'istituzionalismo digitale, allora dovremmo essere disposti ad accettare forme ibride. Inoltre, pur potendo analizzare diversi aspetti legati ai processi istituzionali, questi possono essere valutati solo come processi complessivi.

L'elemento di consuetudine deriva dal fatto che l'istituzionalismo, digitale o meno, possa essere inteso come un insieme di processi profondamente legati alla storicità dei fenomeni e fortemente condizionati dai processi sociali in cui essi si collocano; questi processi non si esauriscono in un elemento decisionale e autoritativo comune al diritto statale, con buona pace di Santi Romano e di Hauriou (non di Schmitt). In breve, l'istituzionalizzazione in questo senso è facilmente riconoscibile come un processo di co-produzione e non come un processo di posizionamento (Caporaso e Stone Sweet 2001, pp. 221-236). Tuttavia, l'istituzionalismo digitale è irriducibile a un unico soggetto, l'ordinamento giuridico nella versione di Santi Romano o le istituzioni-cose in quella di Hauriou, perché implica una creatività generata da diversi attori – primi fra tutti, esecutivi nazionali, agenzie e stakeholders – nonostante sia veicolata dalla macchina artificiale delle istituzioni europee, che è essenzialmente normativa e regolatoria, anche se composita (Hofmann, Rowe, Türk 2011; Curtin 2009). Si tratta di un modello di istituzionalismo che non è guidato dalla pratica sociale o dalle infrastrutture tecnologiche o dalla partecipazione politica al processo decisionale; pretende di preesistere rispetto ai fatti legati al suo ambito di applicazione. La preesistenza della regolamentazione digitale rispetto alle pratiche digitali o alle stesse infrastrutture tecnologiche – secondo la quale è necessario dapprima cristallizzare i significati degli oggetti regolatori in regole e poi associarli a una realtà sociale e empirica – introduce tuttavia una componente decisionale a monte che viene resa operativa nel mercato unico digitale con meccanismi di valutazione giuridica *ex post*. L'istituzionalismo

digitale europeo supera concetti quali impatto sociale, legittimità democratica, libera circolazione di beni e persone. In questo modo, l'UE assume le vesti dell'innovatore, in quanto mero creatore di un modello normativo tecnologico che persegue l'uniformità tra gli Stati membri e nelle relazioni esterne, e dell'interlocutore globale, come tale incline alla deferenza rispetto ai processi tecnocratici che spesso sono alla base dell'accordo sugli standard internazionali (Infantino 2019, p. 221).

Se questo può apparire relativamente rassicurante in termini di capacità interlocutoria sul mercato, diventa complicato se considerato nell'ambito delle relazioni internazionali che compongono un ordine geopolitico, dove spesso si verificano azioni e reazioni. L'attuale processo istituzionale della politica digitale europea potrebbe infatti dissolversi nell'obiettivo di impedire alle informazioni di viaggiare al di fuori dell'Europa. La regolamentazione del trasferimento dei dati e i progetti di cloud computing che mirano sostanzialmente a incoraggiare individui e imprese a conservare i dati all'interno dell'UE per proteggerli al meglio possono porsi in contrasto con l'obiettivo originario della regolamentazione della protezione dei dati, cioè la libera circolazione dei dati, non invece una forma riflessiva di protezionismo digitale.

Mi riferisco al divario tra regolamentazione europea dei segmenti del mercato digitale e reale potere economico e decisionale delle Big Tech, che può aprirsi a mercati più disinibiti in termini di logiche neoliberiste e imporre le proprie condizioni economiche anche al mercato europeo attraverso ritorsioni e rapporti di forza.

Un modello basato sulla logica dell'imperialismo giuridico (Schmidhauser 1997, p. 337; Headrick 2018), seppur ispirato ai diritti fondamentali, rischia quindi di essere efficacemente contrastato dall'imperialismo tecnologico ed economico (Capri 2024; Hedley 1998, p. 198), poiché è inverosimile che le imprese extraeuropee siano realmente sensibili ai moniti della Corte di Giustizia, che continua a dichiarare gli accordi bilaterali di scambio di dati contrari al diritto europeo. Inoltre, la questione di fondo si riduce spesso alla logica sostanziale della proprietà dei dati, seppur in senso giuridicamente atecnico, cioè non in relazione a un titolo di proprietà: la questione attiene al potere di decidere su chi ha accesso ai dati e chi non lo ha. In effetti, le pratiche istituzionali sono incorniciate nella logica del rifiuto europeo di qualsiasi obbligo di consentire flussi transfrontalieri di dati. In questo modo, incoraggiare le imprese a conservare i dati in Europa richiede innanzitutto il necessario massiccio investimento in infrastrutture per l'archiviazione dei dati, la cui mancanza non fa che limitare gli scambi commerciali e impedire alle imprese di affacciarsi serenamente sul mercato Europeo. Da un lato, infatti, l'UE pretende di imporre un'ipoteca sullo sviluppo delle tecnologie che consentono flussi transfrontalieri di informazioni e sugli attori che vi hanno accesso; dall'altro, non permette ovviamente che

leggi straniere, per quanto meno rigide in termini di garanzie individuali, si impongano sugli operatori europei.

6. Conclusioni: un'ipotesi ricostruttiva

L'ipotesi del superamento della versione di istituzionalismo digitale meramente regolatoria confida nella configurabilità di processi istituzionali digitali ulteriori rispetto a quelli scaturenti dal diritto; ciò non significa affatto rinunciare a incorporare le innovazioni in processi istituzionali. Al contrario, vuol dire monitorare attraverso un sistema di pratiche pubbliche e ripetute i fatti sociali emergenti e fornire risposte non preconfezionate rispetto a principi che poi rischiano di essere disattesi dall'esito dei triloghi. Bisogna però prestare attenzione al fatto che le istituzioni non risolvono problemi distributivi in cui alcuni soggetti vincono e altri perdono, in cui alcuni poteri istituzionalizzano e altri sono istituzionalizzati, ma rappresentano un'arena comune in cui bisogni e soluzioni coesistono e trovano un *modus*, in cui "la vita umana è sempre, positivamente o negativamente, comune", il cui carattere istituyente e istituito è contestuale (Esposito 2023, p. 66), ben lungi da un'idea di società digitale ricomposta. Nelle pratiche istituzionalizzate è impossibile isolare i vari elementi che compongono il puzzle, poiché ogni soggetto alimenta l'altro e nessuno di essi ha una rilevanza redistributiva dell'intero quadro. La logica dell'istituzionalismo è aggregativa e si compone di elementi eterogenei: regole formali e non formali, attori istituzionali e non istituzionali, lawmaking e policymaking, relazioni internazionali, diplomazia e retroscena politici, cultura giuridica e politica. Con questa consapevolezza, l'istituzionalizzazione europea può sì coincidere con una qualche forma di istituzionalismo digitale, purché si riconosca la complessità del processo attraverso il quale si è evoluto lo spazio politico europeo - arene politiche sovranazionali o luoghi di governance, strutturati dalle regole, dalle procedure e dalle attività delle organizzazioni dell'UE (Stone Sweet, Sandholtz, Fligstein 2001). I modelli di istituzionalismo digitale alternativi all'istituzionalismo regolatorio possono essere almeno tre. Il primo si riferisce alle metriche tecnologiche che accompagnano la circolazione dei dati. Esso si basa cioè su pratiche organizzative che mettono insieme conoscenze e competenze esperte, come la conoscenza del software e le capacità ingegneristiche; norme e convinzioni manageriali, come i modelli di business o le narrazioni della digitalizzazione; artefatti materiali e infrastrutture istituzionali, come le metriche tecniche, il cloud computing e gli strumenti di apprendimento automatico; prodotti e servizi digitali, come i servizi digitali e le piattaforme di consumo. Questo conglomerato descrive l'ambiente in cui emergono le forme istituzionali. Il secondo, invece, nasce dalla tensione tra la duplicazione dei contesti e l'adattamento di un nuovo contesto a uno

esistente. È il caso, ad esempio, della contrapposizione tra posizioni come l'eccezionalismo dei dati prospettata da Clopton, che guarda ai dati come nuovi oggetti normativi in senso lato, e la normalizzazione anche nota come *data institutionalism* avanzata da Woods, che invece considera i dati come oggetti compatibili con le categorie esistenti che possono essere al più riconducibili a conflitti giurisdizionali nelle controversie transfrontaliere. Il problema sta nelle soluzioni, che spesso sono insoddisfacenti da un lato e sollevano nuovi problemi di interpretazione dall'altro (Woods 2016, p. 729; Clopton 2016, p. 9). Il terzo è ciò che Adam Hodgkin riferisce alla capacità dei dati di innescare un modo di esprimere la realtà e di mantenerla in modo continuo e ricorsivo, ad esempio attraverso i tweet. Queste forme di espressione sono chiamate "istituzioni di funzione di status" e ruotano attorno alla famosa teoria degli speech acts proposta da John Searle. Egli sostiene che tutti i fatti istituzionali sono creati da speech acts che sono enunciati che servono una o più funzioni nella comunicazione. In questo senso, le dichiarazioni di funzioni di status sono elementi costitutivi delle istituzioni sociali. Prendendo l'esempio dei "tweet", essi non solo fungono da mezzo per comunicare informazioni, ma svolgono anche un'azione reiterativa ("following"), evidenziando le dichiarazioni precedenti, rafforzandole o smentendole, e riscrivendo i metadati sul contenuto dei dati. Il fatto che siano universalmente ripetuti crea un elemento sociale strutturale che è istituzionale perché si autoriproduce (Hodgkin 2017, p. 43).

Questi tre esempi, per ragioni del tutto diverse, evidenziano la presenza di forze che emergono dal basso come piccoli frammenti che non possono essere separati dal tutto. L'istituzionalismo digitale può dunque essere inteso anche come un processo che emerge dalla natura stessa dei dati, che si sprigiona dal loro uso riconfigurando lo spazio a varie latitudini – politiche, relazionali, normative, geografiche - anche indipendentemente dalla regolazione. L'Europa rischia di fare un giro di boa perché, pur riconoscendo questo potenziale, rimane stretta nella morsa della competizione con altre giurisdizioni e altri mercati, che gestisce, come fosse un processo top-down, attraverso la burocratizzazione e molteplici forme di riflessività. Se l'istituzionalismo digitale trova un proprio sviluppo compatibile con i principi democratici e resiste all'appropriazione da parte delle big tech, sarà la natura stessa dei dati - liberi di circolare e non appropriabili - a ricomporre un ordine possibile all'interno della propria storia, una storia di punti di accesso e punti di controllo a volte dipendenti dalle infrastrutture, talvolta dalla regolazione, talaltra dalle logiche di mercato o dalla geopolitica. L'istituzionalismo digitale europeo potrebbe dunque, così mentre si edifica all'interno del processo di integrazione europea, al contempo depurarsi da una idea di normatività ultronea che spegne la propria forza istituzionale proprio perché non rispondente ai bisogni e ricercare nuove fonti di ispirazione più aderenti alla realtà.

Bibliografia

- Bourdieu, P., (1994), *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil.
- Bradford, A., (2012), The Brussels Effect, *Northwestern University Law Review*, 107,1, pp. 1-67.
- Bradford, A., (2020), *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, OUP.
- Bradford, A., (2023), *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, OUP.
- Clopton, Z.D., (2016), Data Institutionalism: A Reply to Andrew Woods, *Stanford Law Review Online*, 69, pp. 9-16.
- Caporaso, J.A., Stone Sweet, A., (2001), Conclusion: Institutional Logics of European Integration, in Stone Sweet, A. - Sandholtz, W. - Fligstein, N., eds., *The Institutionalization of Europe*, Oxford, OUP, pp. 221-236.
- Capri, A., (2024), *Techno-Nationalism. How it's Reshaping Trade, Geopolitics and Society*, Hoboken, Wiley.
- Croce, M., (2023), L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, pp. 255-263.
- Curtin, D., (2009), *The Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford, OUP.
- Deleuze, G., (2014), *Istinti e Istituzioni*, Milano, Mimesis.
- Esposito, R., (2023), *Vitam Instituire. Genealogia dell'istituzione*, Torino, Einaudi.
- Fahey, E., (2022), *The EU as Global Digital Actor: Institutionalizing Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity*, Londra, Bloomsbury.
- Hauriou, M., (1967), *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (a cura di W. Cesarini Sforza), Milano, Giuffrè.
- Headrick, D.R., (2018), *Il predominio dell'Occidente. Tecnologia, ambiente, imperialismo*, Bologna, Il Mulino.
- Hedley, R.A., (1998), Technological Diffusion or Cultural imperialism?: Measuring the Information Revolution?, *International Journal of Comparative Sociology*, 39, pp. 198-211.
- Hodgkin, A., (2017), *Following Searle on Twitter: How Words Create Digital Institutions*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Hofmann, H.G.H., Rowe, G.C., Türk, A., (2011), *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, OUP.
- Infantino, M., (2019), *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, Franco Angeli.
- Graziano, P., Vink, M., (2013), Europeanization: Concepts, Theory, and Methods, in Bulmer, S., Christian Lequesne, C., eds., *The Member States of the European Union* (II ed.), Oxford, OUP, pp. 31-54.

- Fligstein, N., (2000), The Process of Europeanization, *Politique Européenne*, 1, 1, pp. 25-42.
- Keohane, R., (2002), Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States, *Journal of Common Market Studies*, 42, pp. 743-765.
- Kuner, C., (2013), *Transborder Data Flow Regulation and Data Privacy Law*, Oxford, OUP.
- Kuner, C., (2019), The Internet and the Global Reach of EU Law, in Cremona, M., Scott, J., eds., *EU Law beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, OUP, pp. 112-145.
- Maroni, M., (2021), An Open Internet? The Court of Justice of the European Union between Network Neutrality and Zero Rating, *European Constitutional Law Review*, 17, pp. 517-537.
- Miadzjetskaya, Y., (2023), Data Governance Act: On International Transfers of Non-Personal Data and GDPR Mimesis, *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 9, 1, pp. 13-26.
- Newell, J.L., (2022), *European Integration and the Crisis of Social Democracy*, Londra, Palgrave MacMillan.
- Olgati, V., (2013), L'istituzionalismo italiano e la sociologia del diritto in Santi Romano, in Febbrajo, A., a cura di, *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, Milano, Giuffrè, p. 185-241
- Papakonstantinou, V., De Hert, P. (2022). The Regulation of Digital Technologies in the EU: The law-making phenomena of “actification”, “GDPR mimesis” and “EU law brutality”, *Technology and Regulation*, pp. 48-60.
- Pennisi, C., (2024), *Il diritto come rappresentazione del sistema giuridico. Spunti di sociologia del diritto*, Rimini, Maggioli.
- Pistor, K., (2019), *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press.
- Romano, S., (1951), *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni.
- Rouet, G., Côme, T., eds., (2023) *Participatory and digital democracies at the local level: European discourses and practices*, Cham, Springer.
- Salvatore, A., (2021), Al limite estremo. L'istituzionalismo giuridico di Maurice Hauriou, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, pp. 151-179.
- Schmitt, C., (2022), *Costituzione e istituzione* (a cura di M. Croce e A. Salvatore), Macerata, Quodlibet.
- Schmidhauser, J.R., (1997), The European Origins of Legal Imperialism and Its Legacy in Legal Education in Former Colonial Regions, *International Political Science Review*, 18, 3, pp. 337-351.
- Searle, J., (2010), *Making the social world: the structure of human civilization*, Oxford, OUP.
- Sgueo, G., (2023), *The design of digital democracy*, Cham, Springer.

- Stone Sweet, A., Sandholtz, W. and Fligstein, N., eds., (2001), *The institutionalization of Europe*, Oxford, OUP.
- Tarantino, A., (1976), *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè.
- Woods, A.K., (2016), Against Data Exceptionalism, *Stanford Law Review*, 68, pp. 729-789.
- Zuboff, S., (2023), *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2023.