

Intelligenza artificiale e cultura costituzionale^(*)

Francisco BALAGUER CALLEJÓN*

Sommario: 1. Introduzione 2. Costituzione e cultura, una relazione complessa e vitale 2.1. Il diritto costituzionale culturale 2.2. La Costituzione come cultura: implicazioni metodologiche 3. Cultura costituzionale e tecnologia nel contesto della globalizzazione 3.1. Il contesto culturale della Costituzione 3.2. La tecnologia come fattore culturale e la sua incidenza sulla Costituzione 4. Cultura digitale versus cultura costituzionale 4.1. Il mondo ibrido: realtà fisica e realtà digitale 4.2. Cultura digitale versus cultura costituzionale 4.3. La regressione della cultura costituzionale nell'economia digitale 5. Conclusioni

1. Introduzione

La relazione tra Costituzione e cultura si manifesta in modi molto diversi, con numerose implicazioni e connessioni interne per le quali rinvio, sin dalle prime battute di questo contributo, all'opera magistrale di Peter Häberle, il costituzionalista che in maniera più rigorosa ed efficace ha indagato tale rapporto¹. In questo lavoro verrà analizzata, in particolare e seguendo il metodo scientifico-culturale, l'evoluzione della cultura costituzionale in relazione alla società digitale e all'intelligenza artificiale, nel contesto della terza globalizzazione. Sarà così possibile indagare l'impatto che sta avendo sulla Costituzione – anche sul piano pratico – il mutamento dei paradigmi culturali determinato, nell'attualità, dalle trasformazioni della società digitale.

L'utilità di simile metodo risulta con particolare evidenza in questo passaggio storico, nel quale stiamo vivendo fondamentali trasformazioni sul piano culturale, le quali indicano chiaramente un cambio di epoca, un'evoluzione nel percorso della civiltà. Essa corre peraltro il rischio – proprio a causa della sua incidenza sui modelli culturali – di trasformarsi in una involuzione suscettibile di incidere sul nucleo più intimo delle funzioni della Costituzione, se non sul concetto stesso di Costituzione. Appare pertanto necessario curvare l'indagine del costituzionalista sulle dinamiche culturali e comparare la cultura costituzionale e giuridica sviluppatasi nella cornice del costituzionalismo² con le nuove realtà

^(*) Traduzione dallo spagnolo di Angelo Schillaci.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale. Università di Granada.

¹ I riferimenti sono molto numerosi, a partire da un'opera collettiva da me curata ormai molti anni fa: F. Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, con contributi di Peter Häberle e altri autori. Fondamentale, inoltre, la lettura di P. Häberle, *El Estado constitucional*, Ciudad de México, 2001 (trad. di H. Fix-Fierro e studio introduttivo di D. Valadés, a cui si deve il merito della pubblicazione in castigliano di questo grande classico). Chi abbia interesse specifico in merito alla presenza della cultura nell'opera di Häberle può consultare inoltre: Id., *Ciencia y doctrina jurídicas, naturaleza y cultura, música y amistad. Un bosquejo autobiográfico de Peter Häberle*, Bayreuth, testo da me tradotto in castigliano e pubblicato sulla *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34/2020 (ulteriori edizioni sono state curate in Italia da F. Lanchester per *Nomos* e in Perù da D. García Belaunde nella *Revista Peruana de Derecho Público*). La versione originale, in tedesco, è pubblicata in F. Balaguer Callejón (hrsg.), *Peter Häberle. Ein Portrait*, "Zweite Auflage. Album 1934-2021", Cizur Menor, 2021. In questo testo, in particolare, Peter Häberle riconosce come "La cultura è divenuta il tema della mia vita".

² Sul costituzionalismo, cfr. P. Häberle, *El constitucionalismo como proyecto científico*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 28/2018: "Primero, el constitucionalismo tiene que ver con los más altos valores, como son los derechos fundamentales, la paz, la justicia, las estructuras del Estado de Derecho, el interés general, la seguridad y la cooperación.

che si vanno imponendo sul piano tecnologico. I testi costituzionali contengono infatti disposizioni che rischiano di perdere la loro forza normativa, se si mostrano incapaci di far fronte ai nuovi fattori di potere che a livello globale stanno a loro volta generando nuovi paradigmi culturali³.

2. Costituzione e cultura, una relazione complessa e vitale

2.1. Il diritto costituzionale culturale

La relazione tra Costituzione e cultura si manifesta anzitutto nelle clausole costituzionali “culturali” le quali possono essere di diversa natura: dalla protezione del patrimonio culturale, fino alla configurazione di veri e propri diritti culturali come, ad esempio, i diritti alla creazione artistica e culturale, passando per il diritto alla cultura e per l’enunciazione di specifici obiettivi statali in ambito culturale. Simili previsioni costituzionali riflettono dunque un ulteriore ambito di azione – tra i molti che caratterizzano le Costituzioni – considerato degno di protezione e incorporato come tale tra i principi costituzionali che orientano l’azione dei pubblici poteri, ovvero tra i diritti che devono essere garantiti e rispettati.

Le clausole culturali della Costituzione non possono evidentemente essere scisse dall’interpretazione della Costituzione come prodotto culturale⁴, ma anzi sono parimenti assoggettate a quella prospettiva metodologica, che impone di valorizzarne l’inserimento in un contesto spaziale e temporale. Ad esempio, la protezione del patrimonio culturale è espressione dell’impegno che la Costituzione si assume verso le generazioni future. Allo stesso modo, i diritti alla creazione artistica si muovono

En segundo lugar, el constitucionalismo fundamenta y sostiene el ordenamiento, no en vano se dice que penetra sobre el conjunto del sistema jurídico (véase en este sentido D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 65/2002, p. 317 ss.). En tercer lugar, el constitucionalismo se distingue de las otras formas jurídicas, por su estructura material y procedimental destinada a limitar el poder, evitar la guerra civil y producir la paz. Por ello se diseña para durar en el tiempo, esto es, se institucionaliza. En cuarto y último lugar, el constitucionalismo es actualmente, en términos geográficos, nacional, regional y universal”.

³ Ulteriori riferimenti al tema in alcuni miei recenti lavori. Cfr. in particolare, F. Balaguer Callejón, *The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech*, in S. Hindelang, A. Moberg (eds.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, New York, 2022; Id., *The crisis of the representative democracy in the face of digital democracy*, in C. Blanco, G. Mendes, T. Vesting, *The Rule of Law in Cyberspace: Democracy, Disinformation and Social Networks*, New York, 2022; Id., *Constitutional interpretation and populism in contemporary Spain*, in F. Gárdos-Orosz, Z. Szenté (eds.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, London and New York, 2021; Id., *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, in A. Gomes, B. Albergaria, M. Canotilho, M. (coord.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021; Id., *Inteligencia artificial, democracia y derechos*, in W.S. Guerra Filho, L. Santaella, D. Kaufmann, P. Cantarini (coord.), *Direito e Inteligência Artificial: Fundamentos*, vol. 1, Rio de Janeiro, 2021; Id., *Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto*, in W.C. Rothenburg (coord.), *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Londrina, 2021; Id., *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*, Paris, 2020; Id., *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Paolo Ridola*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2020; Id., *El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas*, in F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez, J.F. Sánchez Barrilao (coord.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Madrid, 2020; Id., *Democracia global*, in B. Pendás (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020; Id., *Costituzione economica e globalizzazione*, in *federalismi.it*, 5/2019; Id., *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019 (versione portoghese: Id., *Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia*, in *Revista Estudos Institucionais*, 2/2020); Id., *Constitutional Courts under Pressure - New Challenges to Constitutional Adjudication. The Case of Spain*, in F. Gárdos-Orosz, Z. Szenté (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, London and New York, 2018 e, infine, Id., *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30/2018 (versione portoghese: Id., *As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI*, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, 3/2018).

⁴ Sull’interpretazione costituzionale, M.L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, 2a ed., Madrid, 2022, con prologo di Peter Häberle.

all'interno di uno specifico contesto culturale, che ne orienta inevitabilmente la configurazione. Tali diritti sono inoltre condizionati dagli assetti del mercato e anche sotto tale profilo possono essere trasformati nella nuova società digitale (si pensi alla questione del diritto d'autore in Internet, per esempio).

Tuttavia, il "diritto costituzionale culturale"⁵ – il diritto costituzionale della cultura⁶ – è forse la dimensione che incide meno sulla configurazione scientifica e metodologica del rapporto tra Costituzione e cultura. Il diritto costituzionale culturale attiene infatti alla cultura come oggetto del diritto costituzionale, vale a dire come ambito materiale specifico che ad esempio – in caso di assetti caratterizzati da pluralismo territoriale – può convertirsi addirittura in una competenza da distribuire tra i diversi livelli di governo. Il suo trattamento è dunque simile a quello di qualunque altra parte della Costituzione e pertanto la sua comprensione risente delle dinamiche dell'interpretazione costituzionale⁷.

Sempre con riferimento a tali clausole, va osservato che – in relazione ad esse – il rapporto tra Costituzione e cultura si apre anche a una dimensione più ampia, che attiene alla Costituzione stessa come manifestazione di cultura: si pensi ai preamboli, alle previsioni relative a inni, bandiere, date commemorative e a tutte quelle formule che riflettono l'identità costituzionale e dunque la funzione della stessa Costituzione come fattore di integrazione⁸.

Ancora, all'interno dei testi costituzionali è possibile rinvenire – nella stessa configurazione dell'ordine costituzionale – elementi culturali legati al costituzionalismo e all'universo ideale che ha dato origine alle Costituzioni, consolidandole dal punto di vista culturale: si tratta, in altri termini, della capacità dei testi classici di configurare l'esperienza costituzionale come, ad esempio, per quel che riguarda la separazione dei poteri o il federalismo⁹.

Come indica Peter Häberle, la cultura costituzionale pervade tutti gli ambiti di intervento di una Costituzione: "le costituzioni sono chiaramente un prodotto culturale. La Costituzione non è soltanto un testo giuridico o un sistema normativo di regolazione, ma anche l'espressione di uno stato di sviluppo culturale, strumento per l'autorappresentazione culturale di un popolo, riflesso del suo patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze"¹⁰.

2.2. *La Costituzione come cultura: implicazioni metodologiche*

Il rapporto tra diritto e cultura – la cultura costituzionale e la Costituzione come cultura – assume tuttavia uno specifico spessore sul piano metodologico. Il richiamo a fattori che non si collocano nell'ambito

⁵ Uso qui una espressione di P. Häberle, *El tiempo y la cultura constitucional*, in *Revista Derechos en Acción*, 16/2020, pp. 103-104, secondo cui: "La "cultura constitucional" debe ser diferenciada del derecho constitucional cultural. El "derecho constitucional cultural" hace referencia a los aspectos jurídicos culturales de la Constitución, con los cuales los demás aspectos como el del estado de derecho o el social se encuentran menos directamente vinculado. La "cultura constitucional" comprende, por el contrario, a todos, también a los ámbitos de creación de identidad preexistentes a la promulgación de la Constitución, presentes en la Constitución de una comunidad política del tipo del Estado constitucional occidental".

⁶ "La concepción de la Constitución como cultura es un programa que se ha desarrollado, pieza a pieza, desde 1982. No priva de ninguna de su fuerza expresiva a las tradicionales funciones de la Constitución (limitación del poder, organización, orientación, identificación, etc.) [...] pretende ubicar a la Constitución en el horizonte que le proporcione fuerza, profundidad y legitimidad complementarias. Se trata al respecto no sólo del Derecho constitucional de la cultura, general y especial, escrito con sus sectores parciales, como las libertades culturales, el federalismo de la cultura, el Derecho constitucional de las religiones, los objetivos de la educación, el Derecho de los días festivos. Más bien, debe concebirse a la Constitución en general como cultura": P. Häberle, *La constitución en el contexto*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7/2003, p. 225.

⁷ Certo potrebbe affermarsi che questo tipo di clausole debba ricevere un trattamento diverso in conseguenza della proiezione culturale di esse: è fuor di dubbio, tuttavia, che anche le altre clausole della Costituzione possiedano una dimensione culturale e debbano essere analizzate anche in questa prospettiva.

⁸ Si tratta di simboli che "apuntan a las dimensiones culturales de la comunidad política. En la sociedad abierta del Estado constitucional constituyen contenidos fundantes, *soportan* funciones que se refieren a la sociedad civil", attraverso di essi "los constituyentes configuran sus textos, en lenguaje y contenido, con vistas a esta función: dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que "sobrepasa" a la razón": così P. Häberle, *El Estado constitucional*, cit., pp. 32 e 117.

⁹ Cfr. P. Häberle, *La Constitución como cultura*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 6/2002, p. 178 ss.

¹⁰ Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*, in *RDCE*, 13/2010 (<https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haerberle.htm>).

strettamente normativo conduce infatti a un complesso universo di questioni che attengono all'interpretazione della Costituzione e alla stessa costruzione scientifica del diritto costituzionale: "La teoria della Costituzione che compara nello spazio e nel tempo e che si manifesta come *scienza di testi e contesti* può – grazie al rilievo del contesto – cercare e rinvenire un legame con metodo e oggetto di altre scienze della cultura"¹¹. Appare dunque necessario fare riferimento all'inserimento della Costituzione in un preciso contesto spaziale così come all'altrettanto complessa relazione tra Costituzione e tempo.

Proprio in queste dimensioni la metodologia scientifico-culturale mostra una particolare utilità ai fini dell'analisi del diritto costituzionale, nella misura in cui essa determina un'apertura del campo del diritto positivo, della normatività costituzionale, rendendo possibile incorporare nello studio della Costituzione tutti gli elementi di natura culturale che possono gettare luce sulla sua comprensione e anche sulla sua applicazione. Soprattutto, però, permette di comprendere – nella sua dimensione oggettiva – la totalità del fenomeno costituzionale nella varietà e ricchezza delle sue manifestazioni.

Esistono infatti una continuità e una relazione dialettica tra la dimensione culturale della Costituzione – che si proietta sull'insieme dell'ordinamento giuridico e sulla stessa società – e il contesto culturale della Costituzione medesima, che incide sulla configurazione, sull'interpretazione e sull'applicazione di essa. La Costituzione è di per sé stessa un prodotto culturale, che interagisce con la cultura di ogni comunità politica, ricevendone stimoli e influenze e generando, a sua volta, influenze e stimoli.

In ultima istanza, nelle Costituzioni del pluralismo, simile "ossatura" culturale entra in relazione non soltanto con il giurista chiamato ad analizzare, interpretare e applicare la Costituzione anche e soprattutto in prospettiva comparata¹², ma anche – e soprattutto – in rapporto alla società aperta degli interpreti della Costituzione¹³. Questa magistrale costruzione häberliana ci conduce al nucleo stesso della "costituzione come cultura" e all'affermazione del pluralismo come principio fondamentale del diritto costituzionale del nostro tempo. Si tratta di una costruzione che, infatti, incorpora e valorizza l'aspetto soggettivo della dimensione culturale e democratica della Costituzione, attraverso l'apertura dell'interpretazione costituzionale e dello sviluppo costituzionale all'intera cittadinanza¹⁴.

Nella società aperta degli interpreti della Costituzione si realizza la corrispondenza tra la Costituzione del pluralismo come oggetto dell'interpretazione, in un contesto culturale situato nello spazio e nel tempo, e l'interpretazione plurale di una molteplicità di soggetti, che si apre alla società. Dunque, sia l'oggetto (la Costituzione) che il soggetto dell'interpretazione (la società aperta degli interpreti) esprimono il tessuto pluralistico della Costituzione. Come indica Peter Häberle: "alla costituzione del pluralismo corrisponde un'interpretazione costituzionale aperta; la società aperta degli interpreti della Costituzione è una conseguenza diretta di una democrazia di cittadini"¹⁵.

Häberle ci propone una formula nella quale ogni persona ha la possibilità di contribuire all'interpretazione costituzionale e dunque di partecipare alla costruzione globale dell'immagine della Costituzione in una determinata società. L'interpretazione costituzionale diviene così ricerca di verità ma anche – come

¹¹ Id., *La Constitución en el contexto*, cit., p. 230.

¹² "No basta con comparar los textos, las teorías y las decisiones judiciales o estipular sus diferencias; también se ha de tener en cuenta que tanto la Constitución en conjunto como sus elementos son parte de la cultura, lo que obliga a comprender su historia diversa y las distintas herencias": Id., *Comparación constitucional y cultural de los modelos federales*, in *RDCE*, 8/2007.

¹³ "Ciudadanos y grupos, órganos estatales y opinión pública son fuerzas productivas de interpretación: intérpretes constitucionales en sentido amplio [...] se trata de una democratización de la interpretación constitucional que la teoría de la interpretación tiene que preservar. No hay interpretación de la constitución sin que intervengan los ciudadanos activos y la opinión pública": Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional*, cit.

¹⁴ "La constitución no es solamente una reglamentación legal para juristas [...] sino que también actúa principalmente como guía para quienes no son juristas: los ciudadanos [...] Las constituciones vivas no son solamente obra de los juristas y políticos, sino la obra de todos los intérpretes de la constitución en la sociedad abierta": Id., *El tiempo y la cultura constitucional*, cit., p. 96.

¹⁵ Id., *Métodos y principios de interpretación constitucional*, cit.

avverte Häberle – di giustizia, perché la giustizia è la verità del diritto¹⁶. Una ricerca di verità condivise, che è opera di ciascun cittadino, che apporta la propria tessera al mosaico comune.

La dimensione metodologica del rapporto tra Costituzione e cultura è quella che verrà sviluppata nel presente lavoro: e infatti, “una concezione scientifico-culturale della Costituzione costruisce ponti per l’apertura dei contesti”¹⁷. Nel solco degli insegnamenti häberliani, tenderemo di considerare i contesti per dar conto delle trasformazioni che si stanno verificando negli ultimi anni sul terreno culturale, così da fornire una visione attuale della Costituzione e del costituzionalismo, la quale non si limiti alle questioni formali e permetta piuttosto di comprendere la portata dei problemi e delle sfide che la Costituzione si trova attualmente ad affrontare.

3. Cultura costituzionale e tecnologia nel contesto della globalizzazione

3.1. Il contesto culturale della Costituzione

A partire dalla Rivoluzione francese si sviluppa un’idea di Costituzione con un forte potenziale culturale, nella misura in cui essa racchiude tutti i canoni di legittimità propri del mondo moderno¹⁸. La Costituzione, in quanto legge che governa la società e la politica, presenta le caratteristiche di un concetto di “legge” che, come indicato da García Pelayo, deriva dalle acquisizioni già affermatesi nel campo delle scienze naturali¹⁹. La legge – e la Costituzione, in quanto legge politica fondamentale – non è solo l’espressione della volontà generale²⁰ e, dunque, la massima manifestazione della democrazia, ma esprime anche una razionalità che le è inerente²¹ e che replica, sul piano politico, le caratteristiche della legge scientifica²². Nella Costituzione si intrecciano dunque i canoni della legittimità scientifica, della legittimità democratica (nei termini in cui viene intesa la democrazia in quel momento storico, nel quale essa è ritenuta compatibile con il suffragio ristretto per censo) e della legittimità che le deriva dal suo essere strumento di progresso e sviluppo (e, in quanto tale, includendo anche la dimensione dei rapporti con il mercato e l’economia).

Nel corso degli ultimi duecento anni (dal 1789 al 1989, per semplificare richiamando due date simboliche, che hanno cambiato il mondo) il costituzionalismo ha progressivamente articolato – e in qualche misura anche ridotto – l’impressionante flusso di legittimità che derivava dall’intreccio di questi diversi canoni. Il primo canone, quello scientifico, perse progressivamente importanza come conseguenza dell’affermarsi di nuove correnti filosofiche e di nuove realtà politiche che hanno trasformato la nozione di legge e quella di Costituzione. La prospettiva deterministica, inerente a questa comprensione scientifica della legge, sarebbe definitivamente tramontata con l’elaborazione popperiana. Popper, infatti, revoca in dubbio il determinismo, affermando che esso non può impedire una evoluzione democratica che, radicata nella società, sia resa possibile dal principio di responsabilità: “Né la natura né

¹⁶ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Un jurista universal nacido en Europa. Entrevista a Peter Häberle*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13/2010, ora anche in D. Valadés, *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, 2a ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

¹⁷ P. Häberle, *La Constitución en el contexto*, cit., p. 243.

¹⁸ Sul tema affrontato in questo paragrafo, cfr. F. Balaguer Callejón, *Constitution, démocratie et mondialisation*, cit.

¹⁹ “El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado”: M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 1961, Madrid 1984 (rist.), p. 70.

²⁰ *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* (1789), art. 6.

²¹ Si ricordi che secondo J.J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Livre II, Chapitre VI: “il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale (...) ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui-même”.

²² Secondo M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 68 ss questo concetto di legge, tipico del primo costituzionalismo, “significa la expresión, en el campo jurídico de una actitud mental dominante en el siglo XIX, y que se esfuerza por encuadrar bajo la ley todos los posibles campos del espíritu”.

la storia possono dirci cosa dobbiamo fare. I fatti, siano essi naturali o storici, non possono decidere di noi, dei fini che ci proponiamo. Siamo noi a dare fine e senso alla natura e alla storia”²³.

Il secondo canone di legittimità – quello democratico – avrebbe subito una radicale trasformazione con il tramonto del suffragio censitario per poi inabissarsi con l’affermazione dei fascismi e dei totalitarismi tra le due guerre. Sarebbe poi riemerso, dopo la seconda guerra mondiale, con la rinascita del costituzionalismo, delle costituzioni normative, della democrazia pluralista e costituzionale.

In ogni caso, la perdita di legittimazione scientifica sarebbe stata solo parziale, mantenendosi viva l’idea di progresso, non estranea alle costituzioni normative. Proprio l’idea di progresso continuerà infatti a far parte della percezione culturale della Costituzione, incanalandosi nell’alveo della Costituzione economica e della specifica declinazione dei rapporti tra capitale e lavoro che essa contiene. In questa prospettiva, la legittimità economica sarà una costante, nonostante le ripetute crisi economiche, sempre risolte – fino alla penultima di esse, quella del 2008²⁴, a carattere sistemico – all’interno del sistema costituzionale.

In termini generali, è possibile affermare che la Costituzione è stata considerata, fino all’avvento del XXI secolo e nonostante la perdita di quella originaria legittimità “scientifica”, come strumento di progresso, di avanzamento della civiltà, in uno con lo sviluppo tecnico ed economico e attraverso le tre funzioni classiche cui ha adempiuto finora. Due di esse derivano dal costituzionalismo francese: la garanzia dei diritti e il controllo del potere. Ad esse si aggiunge la condizione normativa, tipica della tradizione tedesca e di quella italiana e, dunque, la gestione dei conflitti sociali fondamentali attraverso il diritto.

Nel contesto della democrazia pluralista, la Costituzione si arricchisce infine di una nuova dimensione di legittimità, che sostituisce – almeno per certi aspetti – la legittimità scientifica che le veniva attribuita in origine in quanto espressione di una razionalità universale e astratta. Questa nuova dimensione di legittimità è quella giuridica, nella quale confluiscono anche le due classiche funzioni di garanzia dei diritti e di controllo del potere. Proprio dalla diversità di opinioni e visioni del mondo sorgerà il consenso fondamentale, posto alla base delle Costituzioni normative. Una delle funzioni essenziali della Costituzione (normativa) consisterà proprio nella garanzia di tali differenze, nella tutela del pluralismo politico che, in ambito sociale, svolge la medesima funzione della biodiversità in natura.

Dunque, a fronte della legittimazione scientifica, la legittimazione giuridica; a fronte di una democrazia censitaria, una democrazia pluralista; a fronte del “laissez faire”, una Costituzione economica. E si potrebbe proseguire: a fronte dello Stato liberale, lo Stato sociale; a fronte dello Stato di diritto, lo Stato costituzionale di diritto, ecc. Nonostante simili cambiamenti, che implicano profonde trasformazioni sociali e culturali, si può affermare che le fonti di legittimazione del costituzionalismo contemporaneo continuano ad essere quelle del primo costituzionalismo: la Costituzione accompagna il progresso scientifico ed economico delle società, e lo rende possibile attraverso la pacificazione e la stabilità connaturate al diritto. La stessa cultura costituzionale diviene un fattore essere per garantire – nella cornice dello stato nazionale – la certezza del diritto e la pace sociale.

La fiducia nella Costituzione come strumento di progresso, capace di favorire i processi di sviluppo personale e sociale avrebbe continuato a rappresentare – fino alla crisi finanziaria del 2008 – un fattore rilevante anche sul piano culturale. Si pensi, peraltro, già alla Dichiarazione di indipendenza del 1776, nella quale si legge: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”; e si pensi ancora al Preambolo del Trattato istitutivo di una Costituzione per l’Europa del 2004, che affermava: “Convinced that, thus ‘United in diversity’, Europe offers them (the peoples of Europe) the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope”. Felicità e speranza esprimono qualcosa in più rispetto alla

²³ K.R. Popper, *The Open Society and its Enemies*, 1945 (versione spagnola, Barcelona, 1989). Secondo Popper lo storicismo “trata de desplazar nuestra responsabilidad hacia la historia” porque “el historicismo nace de la falta de fe en la racionalidad y la responsabilidad de nuestros actos” (p. 490).

²⁴ Sfortunatamente, la crisi sanitaria del 2020 ha portato con sé altre crisi: tra di esse quella economica, la cui gestione sta però avvenendo, almeno nell’UE, in modo diverso rispetto al passato.

legittimità che può essere assicurata dal diritto o dalla politica. Rinviano, piuttosto, a una dimensione di legittimità che trascende tali ambiti per estendersi all'insieme della società, alla vita delle persone: la Costituzione entra a far parte dei referenti culturali che definiscono la civiltà e il progresso dell'umanità.

E tuttavia, i nuovi canoni di legittimità che si vanno sviluppando in modo particolarmente rapido e intenso nel XXI secolo non appaiono del tutto coerenti con il costituzionalismo. Piuttosto, essi si sviluppano ai margini della Costituzione, come sistemi chiusi, dotati una propria logica e capaci di riformare "materialmente" il sistema costituzionale e addirittura di opporsi ad esso, piegandolo alle proprie esigenze. Ciò accade tanto in relazione al canone economico quanto a quello tecnologico di legittimità, i quali – peraltro – tendono a convergere. In entrambi i casi, si assiste addirittura alla costruzione di un autonomo vocabolario – dotato di una propria dimensione politica e "costituzionale" – che esprime una specifica visione del mondo verso la quale si tenta di curvare la stessa esperienza costituzionale.

3.2. *La tecnologia come fattore culturale e la sua incidenza sulla Costituzione*

La legittimità fondata sul progresso è stata una costante nella storia dell'umanità e un canone presente nel costituzionalismo moderno. La globalizzazione ha in parte cambiato i termini della questione, aumentando incertezza e insicurezza e generando una nuova struttura di pensiero, un contesto differente. Basti confrontare tra loro il pensiero di Popper e quello di Bauman: la società aperta e la società liquida²⁵. Ciò che per Popper era una opportunità, e cioè: recuperare spazi di autonomia e responsabilità a fronte del determinismo, la convinzione che la storia non sia scritta una volta per tutte e anzi dipenda da noi, di modo che: "se vogliamo continuare a essere umani, l'unica strada è quella della società aperta. Occorre andare incontro a ciò che resta sconosciuto, incerto e instabile con gli strumenti della ragione che possediamo, per ottenere la sicurezza e la libertà, alle quali aspiriamo"²⁶. Tutto questo, in Bauman, è riguardato con inquietudine, come una minaccia capace di aumentare il sentimento di insicurezza nella "società liquida".

Secondo Bauman, il problema fondamentale della società liquida è l'incertezza, non superabile attraverso gli strumenti della ragione o della responsabilità personale: "social forms (structures that limit individual choices, institutions that guard repetitions of routines, patterns of acceptable behaviour) can no longer (and are not expected) to keep their shape for long, because they decompose and melt faster than the time it takes to cast them, and once they are cast for them to set. Forms, whether already present or only adumbrated, are unlikely to be given enough time to solidify, and cannot serve as frames of reference for human actions and long-term life strategies"²⁷. È il segno di un'epoca nella quale le relazioni umane si vanno frammentando, lo Stato non ha la capacità di risolvere problemi ormai globali, e la responsabilità personale è avvertita come un peso²⁸.

²⁵ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Europa como sociedad abierta en el contexto global*, in M. D'Amico, B. Liberali, A. Pérez Miras, E. C. Raffiotta, S. Romboli, G. M. Teruel Lozano, *Europa, Società Aperta*, vol I, Problemi attuali e prospettive future, Napoli, 2022, p. 11 ss.

²⁶ Popper, K.R., p. 216.

²⁷ Z. Bauman, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, 2007, p. 1.

²⁸ Così, secondo Bauman, "Interhuman bonds, once woven into a security net worthy of a large and continuous investment of time and effort, and worth the sacrifice of immediate individual interests (or what might be seen as being in an individual's interest), become increasingly frail and admitted to be temporary", *ibid.*, p. 2. Allo stesso modo, "The separation and pending divorce of power and politics, the couple that since the emergence of the modern state and until quite recently was expected to share their joint nation-state household 'till death did them part'. Much of the power to act effectively that was previously available to the modern state is now moving away to the politically uncontrolled global (and in many ways extraterritorial) space; while politics, the ability to decide the direction and purpose of action, is unable to operate effectively at the planetary level since it remains, as before, local" pp. 1 e 2. E infine: "The responsibility for resolving the quandaries generated by vexingly volatile and constantly changing circumstances is shifted onto the shoulders of individuals – who are now expected to be 'free choosers' and to bear in full the consequences of their choices" pp. 3-4.

Ma cosa è accaduto, esattamente? La globalizzazione, unita allo sviluppo tecnologico ha determinato una eccezionale accelerazione del tempo storico, sovvertendo le coordinate spazio-temporali entro le quali agiva lo Stato nazionale durante il XX secolo, familiari e controllabili.

E tuttavia, l'idea di progresso continua a esistere come fattore culturale di legittimazione. Un'idea di progresso legata agli avanzamenti scientifici e tecnologici, sebbene tale fonte di legittimità non possa andar disgiunta da quella economica, dal momento che anche l'economia condiziona e orienta l'evoluzione dello sviluppo tecnologico. Allo stesso tempo, esiste una autonomia funzionale della tecnologia rispetto all'economia nella misura in cui, dal punto di vista del diritto costituzionale, essa affronta in modo autonomo gli "ostacoli" che possono discendere dai diritti fondamentali o dai limiti giuridici derivanti dalla Costituzione.

Certo, rispetto all'ottimismo rivoluzionario tipico del primo costituzionalismo – quando, cioè, Costituzione e scienza convergevano nel determinare l'auspicato progresso della società, essendo entrambe una manifestazione della stessa ragione universale – molte delle scoperte scientifiche del XX secolo hanno mostrato il lato oscuro, il carattere nefasto che la scienza può assumere non solo in relazione al progresso, ma alla sopravvivenza stessa dell'umanità. E tuttavia, le condizioni storiche nelle quali si verificarono molti di questi avanzamenti scientifici – nell'ambito di regimi totalitari, o nel contesto bellico – hanno impedito di avvertire l'esistenza di una contraddizione fondamentale tra il costituzionalismo e lo sviluppo scientifico e tecnologico. Una certa tensione, come ovvio, è stata inevitabile, ma è stata sempre risolta all'interno dei confini dei sistemi costituzionali che, anzi, si sono trasformati e adattati per fare fronte alle nuove sfide poste dallo sviluppo scientifico, con la finalità di preservare i diritti costituzionali.

Ciò che sta avvenendo, invece, nel XXI secolo e nel contesto della globalizzazione, è una profonda trasformazione dei termini del gioco politico e costituzionale, come conseguenza dello sviluppo tecnologico²⁹. Nuovi paradigmi si sono affermati, specie nell'ambito delle comunicazioni, i quali esprimono un notevole mutamento delle coordinate culturali dell'epoca. La globalizzazione non ha soltanto accelerato lo sviluppo tecnologico (tanto che si calcola che i soli primi dieci anni del XXI secolo equivalgano all'insieme delle conquiste scientifiche e tecniche dell'intero XX secolo) ma ha mutato anche la relazione degli esseri umani con lo spazio e il tempo. Il progressivo allargamento degli spazi a livello globale ha prodotto una correlativa accelerazione del tempo. Si tratta, evidentemente, delle coordinate essenziali entro le quali si sono affermati e sviluppati movimenti, attività e istituzioni sociali che, ora, devono relazionarsi con un contesto molto differente da quello in cui sono nate.

Ciò è vero anche per il costituzionalismo. La sua relazione originaria con lo spazio e il tempo è molto diversa da quella determinata dal contesto della globalizzazione. Per quel che riguarda lo spazio, infatti, il costituzionalismo moderno è stato sempre profondamente vincolato allo Stato: nasce, storicamente, come movimento avente l'obiettivo di limitare e controllare il potere dello Stato e si è progressivamente adattato ai cambiamenti sociali e politici, ma sempre entro la cornice dello Stato nazionale. La proiezione del costituzionalismo a livello sovranazionale sta producendo ulteriori importanti trasformazioni sia per quel che riguarda il concetto di Costituzione, sia per quel che riguarda lo Stato nazionale e il suo sistema costituzionale interno³⁰. E tuttavia – al di là di simili trasformazioni, che pure potranno condurre in futuro a una rivitalizzazione del costituzionalismo a livello sovranazionale – molte delle funzioni che la Costituzione svolgeva in relazione allo Stato nazionale appaiono oggi in larga misura inefficaci dinanzi ai grandi agenti globali³¹ e, in particolare, di fronte alle grandi compagnie tecnologiche che operano a livello globale e non incontrano alcun freno nelle politiche e nelle legislazioni nazionali.

²⁹ Come ha affermato D. Rousseau, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 4(57)/2017, p. 9: "Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c'est la fin d'un monde fabriqué au XIX^e siècle et relookée au XX^e".

³⁰ Cfr. F. Balaguer Callejón, *El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83/2008 e Id., *Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización*, in M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L. R. González Pérez e D. Valadés (coord.), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, 2015, t. IV, vol. 1, p. 197 ss.

³¹ Secondo D. Rousseau, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, cit., p. 9: "La nouvelle civilisation du numérique signe, en effet, la fin de l'État souverain national, la fin du contrôle de l'État sur l'économie et la société".

Occorre considerare che la Costituzione statale, così come l'ordinamento giuridico di ogni Stato nazionale, si applica su un territorio concreto e in relazione a una popolazione determinata, di regola, dal criterio di nazionalità. Tuttavia, il contesto digitale nel quale si muovono gli attori globali determina una dissoluzione del territorio statale. I nuovi attori globali, e in particolare quelli che gestiscono i processi comunicativi, si rivolgono a una propria "popolazione", costituita dalle centinaia – a volte migliaia – di milioni di utenti di applicazioni cui si accede secondo gli schemi della contrattazione privata (indipendente dal diritto pubblico statale) e che incidono su un contesto territoriale globale. La Costituzione e lo Stato non sono ovviamente scomparsi, ma sono chiamati a convivere con queste nuove realtà globali, nelle quali si esercita un potere che essi non possono controllare, quantomeno non nelle forme tradizionali del diritto costituzionale.

Per quel che riguarda specificamente lo spazio pubblico nazionale – l'ambito nel quale, cioè, il costituzionalismo si è sviluppato fino ad ora – i mutamenti indotti dallo sviluppo tecnologico, specie attraverso i cd. social network, sono assai rilevanti³². La progressiva frammentazione dello spazio pubblico determinata, o almeno favorita dai gestori delle reti sociali digitali rende arduo conseguire quel consenso ampio funzionale a organizzare la società mediante strumenti costituzionali. L'incidenza dello sviluppo delle reti sociali digitali sui diritti fondamentali rappresenta un altro profilo di tensione tra sviluppo tecnologico e impianto costituzionale nazionale³³. E tuttavia, l'aspetto più rilevante di tale tensione risiede sull'incidenza sulla qualità della vita democratica dello Stato, in relazione all'attività di manipolazione elettorale che alcune piattaforme hanno esercitato, mediante la profilazione su base algoritmica dell'utenza³⁴.

Inoltre, lo sviluppo tecnologico ha determinato una nuova percezione culturale del tempo, che appare incompatibile con alcuni dei tratti storici del costituzionalismo. Si pensi, ad esempio, ai processi costituenti, con la loro vocazione a introdurre norme con funzione di integrazione politica e sociale destinate a perdurare nel tempo. Il carattere immediato delle risposte attese ai problemi politici e sociali, tipico dello spazio pubblico digitale, rende complicato pensare nei tempi lunghi propri dei processi costituenti o dei processi di revisione costituzionale. Allo stesso modo, risulta sempre più complicato "programmare" nel tempo, in termini di stabilità, come è proprio delle Costituzioni³⁵. Il "tempo" delle Costituzioni, in altre parole, non è coerente con le caratteristiche indotte – nello spazio pubblico – dallo sviluppo tecnologico e digitale³⁶.

Nei nuovi contesti comunicativi, dunque, la Costituzione ha smesso di occupare una posizione centrale nello spazio pubblico, risultando sempre più decentrata e marginale, sia sotto il profilo formale che materiale. Formale, a causa degli stessi processi comunicativi digitali – soprattutto nelle reti sociali digitali – che appaiono sempre più incoerenti, quando non del tutto incompatibili, con una cultura costituzionale. Materiale, per quel che concerne i contenuti del dibattito pubblico "digitale", che appaiono sempre più lontani dai principi e dai valori costituzionali.

Rivitalizzare la Costituzione non è semplice: stiamo infatti assistendo a un mutamento di paradigma che ha prodotto nuovi canoni culturali, la cui trasformazione incide sul modo di intendere lo spazio pubblico, i diritti e la democrazia, ora profondamente condizionata anche dallo sviluppo tecnologico e dalla

³² Tuttavia, non è possibile valutare questi cambiamenti solo in prospettiva negativa poiché, come indicano J. Bonnet e P. Türk, *Le numérique: un défi pour le droit constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 4/2017, p. 18: "Les technologies numériques n'étant qu'un outil, c'est la façon dont elles vont être utilisées, développées et encadrées qui déterminera, dans l'avenir, leurs effets bénéfiques ou délétères, à moyen et long terme, sur la démocratie". Per valutare simili effetti, bisognerebbe distinguere, come fa C. Richaud, *Les réseaux sociaux: nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique?*, *ibid.*, tra la pratica individuale e quella collettiva sui social network.

³³ Come indica D. Rousseau, *Le discours anti-droits de l'homme est devenu le discours dominant*, in *Libération*, 2018.

³⁴ Cfr. M. Scott, *Cambridge Analytica helped 'cheat' Brexit vote and US election*, in *Politico*, 29/3/2018. Cfr. Altresì, N. Ferguson, *Social networks are creating a global crisis of democracy*, in *The Global Mail*, 2018.

³⁵ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo*, cit.

³⁶ Per quanto i social network offrano anche la possibilità di partecipare a processi costituenti e legislativi. Sulla prima questione, cfr. E. Sales, *La transformation de l'écriture de la Constitution, l'exemple islandais*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 4/2017 e sulla seconda A. Vidal-Naquet, *La transformation de l'écriture de la loi: l'exemple de la loi sur la République numérique*, *ibid.*

configurazione della società digitale da parte delle grandi compagnie tecnologiche. Si tratta di una nuova frontiera, i cui contorni non si sono ancora rivelati del tutto.

Non è possibile prevedere se queste trasformazioni culturali evolveranno in senso positivo, vale a dire più vicino alla cultura costituzionale. I problemi, peraltro, non possono essere ricondotti soltanto alle compagnie tecnologiche e al modo in cui stanno incidendo sui processi comunicativi negli “ecosistemi” digitali. Esistono anche altri ostacoli, che derivano dalla natura stessa dello sviluppo tecnologico. Il costituzionalismo dovrà difendere il proprio contributo agli avanzamenti di civiltà, tanto a livello statale quanto a livello sopranazionale, ricorrendo a canali di legittimazione incastonati nella sua storia: i diritti fondamentali, il controllo del potere e la gestione dei conflitti attraverso il diritto. Per questo, sarà indispensabile costruire una narrazione alternativa a quella cui si ispirano i nuovi canoni culturali, che tendono a presentare invece se stessi quali formule scientifiche non contestabili. Una narrazione che difenda il pluralismo e i valori che hanno fatto del costituzionalismo un fattore essenziale nel progresso civile dell’umanità.

4. Cultura digitale versus cultura costituzionale

4.1. Il mondo ibrido: realtà fisica e realtà digitale

La realtà fisica e quella digitale rappresentano ambiti distinti, con condizioni strutturali proprie. La realtà fisica non corrisponde a quella digitale ed entrambe tendono a confluire in un mondo “ibrido” che le integra. Questa realtà ibrida è sempre più presente nelle nostre società e anche nei nostri ordinamenti giuridici. La realtà digitale si è infatti progressivamente estesa, comprimendo quella fisica e proiettandosi su di essa. Nuovi paradigmi culturali stanno emergendo, in questo processo di digitalizzazione della vita che sembra non avere fine. Quasi ogni giorno si registra l’incorporazione di nuovi ambiti di vita in questo processo, ambiti che – fino a quel momento – avevano avuto solo una realtà fisica³⁷. La digitalizzazione e il mondo ibrido che ne deriva presentano molteplici dimensioni, che devono essere analizzate in prospettiva giuridica. Il diritto si muove infatti in un territorio in parte estraneo alle sue logiche, e occorre essere consapevoli dei disallineamenti tra cultura giuridica e cultura digitale.

È necessario valutare, pertanto, in quale misura la realtà ibrida possa rivelarsi compatibile con la cultura giuridica e, in particolare, con la cultura costituzionale che si è sviluppata nel contesto dello stato di diritto. Tale valutazione, peraltro, deve investire tutti gli ambiti della cultura costituzionale stessa: i diritti fondamentali, la democrazia, la configurazione dell’ordinamento giuridico e dei processi politici e giuridici che organizzano il pluralismo, così strutturando la democrazia costituzionale. Una simile analisi deve altresì considerare la relazione dialettica che sussiste tra realtà fisica e realtà digitale nel processo della loro ibridazione: ed è proprio tale interazione a rivestire particolare interesse dal punto di vista scientifico.

In questa prospettiva è possibile isolare, anzitutto, una differenza essenziale tra le due realtà, che rileva sul piano giuridico, definendo al tempo stesso il contesto nel quale ognuna di esse opera. Semplificando, potrebbe affermarsi che: la realtà fisica è statale ed è sottomessa al diritto pubblico, mentre la realtà digitale è globale e sottomessa al diritto privato. Siamo dunque in presenza di due asimmetrie assai rilevanti: le due realtà non sono differenti soltanto in relazione alla loro natura. E infatti, il mondo digitale non si limita a fornire una immagine speculare del mondo fisico: piuttosto, in conseguenza della distinta configurazione dei fattori di potere e dei canoni culturali nei due “mondi”, la realtà digitale finisce per incidere su quella fisica, riorganizzandola in funzione – tra l’altro – degli interessi delle grandi compagnie che gestiscono la realtà digitale.

In altre parole, la realtà digitale non si limita a riflettere la realtà fisica, ma la trasforma, di modo che la cultura costituzionale, i diritti fondamentali, l’idea di democrazia, lo Stato di diritto e la stessa configurazione dell’ordinamento giuridico finiscono per veder mutare la propria configurazione. Si pensi, ad esempio, all’ordinamento giuridico, tradizionalmente strutturato su tre principi funzionali a garantire la

³⁷ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Inteligencia artificial, democracia y derechos*, cit.

certezza del diritto quali l'unità, la coerenza e la completezza³⁸. La realtà "ibrida" ostacola, ad esempio, il carattere unitario dell'ordinamento giuridico, dal momento che una parte di essa ha carattere globale, segue le regole del diritto privato ed è estranea al sistema statale delle fonti del diritto.

Nemmeno la coerenza dell'ordinamento può avere piena realizzazione, poiché esistono conflitti tra la regolazione privatistica – con respiro globale – della realtà digitale e il diritto pubblico statale: conflitti che, al momento, non sempre trovano soluzione. Una delle principali difficoltà deriva dalla trasformazione dell'ordinamento giuridico statale determinata dall'egemonia che esercitano, nel processo di digitalizzazione, le grandi compagnie tecnologiche private. La nuova realtà ibrida risulta infatti regolata nella sua dimensione digitale, in larga misura, da clausole contrattuali che si collocano al di fuori dell'ordinamento statale e si muovono nella sfera del diritto privato. L'allargamento dello spazio pubblico di tutela dei diritti della persona – una delle grandi conquiste della cultura giuridica del nostro tempo – appare ora limitato (anche a livello sopranazionale) dalla configurazione ibrida del mondo e, in particolare, dal fatto che la dimensione digitale è in gran parte una sfera "libera dal diritto".

Né disponiamo più di un ordinamento giuridico completo, dal momento che lo Stato regola ormai solo una parte della realtà, quella fisica, e in modo per giunta limitato. Esiste, poi, una dimensione della realtà che non è sottomessa allo Stato e in relazione alla quale lo Stato non può garantire la certezza del diritto, che è un principio fondamentale nella nostra cultura giuridica. Senza certezza del diritto, potrebbe dirsi, non c'è diritto: ma la certezza del diritto è principio che può realizzarsi principalmente in seno ai sistemi giuridici nazionali, nella misura in cui esso richiede la presenza di un ordinamento unitario, coerente e completo. Dal momento che, invece, la maggior parte delle regole che governano la realtà digitale (sempre più rilevante nel mondo "ibrido") sono predisposte da attori privati globali in posizione di dominio rispetto alle persone assoggettate a quelle regole, la certezza del diritto appare alquanto indebolita.

Ci troviamo, insomma, in uno snodo tra epoche diverse, immersi in una trasformazione radicale che incide sulla cultura giuridica frammentando il sistema delle fonti del diritto. Uno scenario profondamente diverso da quello nel quale operavano gli ordinamenti giuridici che abbiamo studiato finora, che erano statali e dotati di un sistema di fonti capace di permeare giuridicamente ogni ambito della realtà. Uno scenario nel quale, in particolare, protagonisti sono gli attori privati globali, che operano secondo schemi privatistici restando sottoposti al potere statale in ambiti molti limitati: si tratta, ovviamente, di tendenze in via di consolidamento, che tuttavia incrinano le certezze derivanti dalla cultura costituzionale omogenea e unitaria che aveva finora caratterizzato la nostra realtà di riferimento.

4.2. *Cultura digitale versus cultura costituzionale*

Il mondo digitale è governato da algoritmi. Essi regolano già una gran parte della nostra realtà, che è frammentata e ibrida, fisica e digitale. Ciò non sarebbe un problema, se la cultura giuridica che articola la realtà digitale fosse la stessa che articola la realtà fisica. In altri termini, il problema non si porrebbe se la regolazione della realtà digitale, pur essendo globale e basata su logiche privatistiche, si fondasse allo stesso tempo su principi e valori coerenti con quelli della cultura costituzionali sviluppatasi nella realtà fisica, in relazione alle Costituzioni "analogiche". In questo caso, la medesima cultura giuridica verrebbe proiettata "nel paese degli algoritmi", secondo accettabili canoni di omogeneità.

Tuttavia, accade esattamente il contrario: il "paese degli algoritmi" non è un paese per giuristi, in quanto la realtà digitale si ispira a principi molto diversi da quelli che hanno caratterizzato finora la nostra cultura giuridica e, in particolare, la nostra cultura costituzionale. Ciò è confermato da alcuni esempi che dimostrano come fatti identici possano avere diversa rilevanza, nel mondo fisico e in quello virtuale, in relazione ai diritti fondamentali e ai principi costituzionali. Si pensi, così, alle abituali ipotesi di corruzione, quando esse sono considerate dalle autorità ovvero dalle compagnie tecnologiche.

Anzitutto, per quel che riguarda l'individuazione di questi fatti, nel mondo fisico ciò avverrebbe alle condizioni dettate dalla Costituzione "analogica". La conoscenza dei fatti è qui assoggettata a condizioni

³⁸ Cfr. Id., *Fuentes del Derecho*, Madrid, 2022 (1a ed. 1991).

specifiche, funzionali a garantire la segretezza delle comunicazioni: preventiva autorizzazione da parte del giudice, basata su indizi sufficienti a giustificare la deroga alla segretezza. Nel mondo virtuale, al contrario, le compagnie tecnologiche hanno accesso permanente e illimitato ai dati, senza che esistano ipotesi di limitazione garantite dalla legge. Si tratta di processi di raccolta di dati gestito da algoritmi: processi che prevedono la lettura dei nostri messaggi, l'ascolto delle nostre conversazioni in qualunque luogo – incluso il nostro domicilio – e l'utilizzo dei dati derivanti dalla nostra attività online, svolta con qualunque strumento, dal telefono al computer fino a casse e televisori "intelligenti". E già così assistiamo a una rilevante rottura della nostra cultura giuridica, legata a una vera e propria distorsione dei diritti nel mondo digitale rispetto al mondo fisico.

Per ciò che riguarda invece l'elaborazione di questi stessi fatti, nel mondo fisico lo Stato avrebbe proceduto contro gli autori dei delitti di corruzione processandoli e applicando le sanzioni previste dal diritto penale. La risposta dell'ordinamento giuridico a fatti di corruzione implicanti, ad esempio, guadagni illeciti di svariate centinaia di migliaia di euro, non potrebbe che passare per la repressione penale e le relative sanzioni previste dalla legge: sanzione giuridica, ma anche sanzione etica.

Il mondo virtuale segue invece altre regole. Le compagnie tecnologiche sono in condizione di conoscere in maniera molto più precisa rispetto allo Stato la portata dei fatti di corruzione e l'entità dei guadagni illeciti lucrati dagli autori di questi delitti. Il controllo che esse hanno sull'attività che questi soggetti svolgono online è totale e per questo riescono a determinare l'esatta portata dei fatti in modo molto più affidabile. E tuttavia, esse non hanno interesse a riparare il danno sociale che si è prodotto, né a prevenire la commissione di ulteriori delitti. Al contrario il loro interesse è quello di mantenere introiti significativi attraverso la pubblicità: si pensi che il 98% degli introiti di Facebook proviene dalla pubblicità³⁹. Pertanto, questioni etiche e giuridiche non sono prioritarie per le compagnie, così come l'impatto sociale delle applicazioni e degli stessi algoritmi. L'ipotesi più probabile, in questo caso, è che l'autore del reato di corruzione riceva... pubblicità personalizzata relativa ai prodotti finanziari idonei a reinvestire i proventi del reato!

Questo è solo un esempio, ma se ne potrebbero fare altri, ancora più evidenti: si pensi a delitti ancora più gravi, come l'omicidio, in relazione ai quali gli autori potrebbero ricevere pubblicità personalizzata online su utensili o strumenti specifici – come diverse tipologie di veleni – sulla base di ricerche svolte in precedenza. Per quanto tutto ciò possa sembrare strano, quel che è certo è che la realtà fisica e quella virtuale non sono due facce di una stessa medaglia né la seconda è il riflesso speculare della prima. La realtà virtuale segue le proprie regole: gli algoritmi che la governano non sono stati programmati per individuare ed eventualmente ostacolare attività illecite⁴⁰, ma soltanto ad elaborare i dati derivanti dalle attività svolte online per indirizzare le vendite pubblicitarie.

Nel mondo digitale, tutti questi dati non hanno alcun valore etico né sono giuridicamente inquadrati: sono meri dati. La freddezza nell'elaborazione dei dati, appena descritta, descrive bene la differenza di funzionamento della cultura costituzionale nei due ambiti della realtà fisica e di quella digitale. La Costituzione "analogica" proclama principi e valori orientati al rispetto e alla garanzia dei diritti fondamentali. Ciò è molto lontano dal mondo digitale, che appare invece ispirato a criteri di carattere strettamente economico. Infatti, è il guadagno delle grandi compagnie tecnologiche che danno forma al mondo digitale attraverso piattaforme e applicazioni a condizionare il tipo di dati oggetto di raccolta e la loro elaborazione attraverso algoritmi.

4.3. *La regressione della cultura costituzionale nell'economia digitale*

Nell'economia digitale, le compagnie tecnologiche finiscono spesso per potenziare dati "cattivi": ad esempio, capita che esse siano più interessate alle fake news piuttosto che alle notizie autentiche,

³⁹ Cfr. C. Galindo, *Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia*, in "El País", 5/02/2022.

⁴⁰ Certamente non si può ignorare che tale programmazione sarebbe ancor più incompatibile con la costituzione, dal momento che la tutela costituzionale della segretezza delle comunicazioni richiederebbe inevitabilmente l'autorizzazione giudiziaria affinché le compagnie tecnologiche possano avere accesso a quei dati.

perché le prime – più attrattive per gli utenti – garantiscono un rendimento maggiore. Il risultato, però, è che nell'economia digitale si produce una trasformazione della realtà e molti suoi elementi vengono valutati in modo diverso da come verrebbero valutati alla stregua della cultura giuridica tradizionale. Si tratta di una trasformazione estremamente rilevante, nella misura in cui essa genera una distorsione degli elementi presenti nella realtà, i quali vengono ordinati secondo criteri differenti da quelli coerenti con principi e valori costituzionali e coincidenti – in buona sostanza – con l'interesse economico: un criterio incompatibile con la prospettiva giuridica, che attribuisce alla Costituzione la funzione di pacificare e risolvere conflitti garantendo i diritti fondamentali.

Simile distorsione riguarda gli stessi diritti fondamentali, che tendono a divenire una merce, semplici dati che è possibile utilizzare secondo criteri economici e che, pertanto, non sono vincolati al quadro di principi e valori che invece li ordina nelle Costituzioni “analogiche”⁴¹. Una trasformazione che, peraltro, si lega strettamente agli effetti della globalizzazione e alla rottura della Costituzione economica nazionale⁴².

Si tratta di tendenze, ovviamente: non possiamo affermare infatti che lo Stato sia rimasto completamente sprovvisto della capacità di incidere sulle dinamiche economiche. E tuttavia, nel contesto globale la costituzione economica nazionale subisce una rottura. La categoria fondamentale non è più il produttore, ma il consumatore, perché l'economia appare sempre più orientata al commercio e al consumo globale. Il consumatore è allora la categoria centrale nelle dinamiche della globalizzazione, ma questo incide fortemente sulla realtà digitale, considerato che essa è fortemente orientata a pubblicizzare e vendere prodotti. Inoltre, nella società digitale la categoria fondamentale di diritti è quella legata alla protezione dei dati personali, che appare quasi come un jolly attorno al quale si organizzano tutti gli altri diritti rilevanti in ambito digitale (un po' come, nel contesto della globalizzazione, i diritti del consumatore rappresentano un jolly attorno al quale si articolano gli altri diritti).

Un esempio di quanto appena osservato si è avuto – durante la crisi economica – con gli interventi della Corte di Giustizia a favore dei diritti dei consumatori che, in alcuni casi, ha ad esempio consentito di proteggere il diritto all'abitare. E tuttavia, il diritto all'abitazione non viene in questi casi direttamente collegato a principi costituzionali, come ad esempio la dignità umana, o alla configurazione costituzionale dei diritti: al contrario, la sua protezione viene ancorata ai diritti dei consumatori e in particolare alla sicurezza della circolazione dei diritti. Insomma, i due diritti che stanno diventando cardine della globalizzazione e del mondo digitale – i diritti dei consumatori e la protezione dei dati – non si configurano quali espressione di principi costituzionali. La loro natura muta ed è oggetto di distorsione: non si tutela il diritto a una abitazione dignitosa, ma il riconoscimento del diritto all'abitazione avviene in funzione di una determinata configurazione processuale dei diritti dei consumatori.

La realtà digitale non rappresenta semplicemente il riflesso della realtà fisica: piuttosto, la distorce e la adatta a nuove condizioni, curvandola su di esse. Ciò accade anche in relazione ad altri diritti, come ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto ad essere informati. Prima dell'avvento della realtà digitale, i tradizionali mezzi di comunicazione erano a disposizione delle persone che volevano informarsi, esprimere le proprie idee ed esercitare tali diritti nello spazio pubblico della società democratica cui quei mezzi di comunicazione contribuivano a dare forma in modo decisivo. Le persone cercavano attivamente informazioni attraverso i mezzi di informazione, costruendo così la propria percezione della realtà.

Negli ecosistemi digitali cui danno vita le applicazioni e le piattaforme messe a disposizione dalle compagnie tecnologiche, le informazioni entrano invece a far parte dell'economia digitale, come semplici dati. In questi ecosistemi, allora, una specifica informazione di grande interesse – che possa magari condizionare le dinamiche dello spazio pubblico – o una opinione meditata su temi di grande spessore ha la stessa rilevanza dell'ultima foto che si riceve da un contatto o di un video buffo.

⁴¹ Cfr. F. Balaguer Callejón., *Los derechos constitucionales en el contexto global y digital*, cit.

⁴² Cfr. Id., *Costituzione economica e globalizzazione*, in *federalismi.it*, num. sp., 5/2019.

L'ambito personale e quello sociale si confondono, in un ambiente nel quale capita anche di giocare, di divertirsi con informazioni superficiali, di comunicare con gli amici o di mostrare parti della nostra vita privata. In questi ecosistemi, allora, la libertà di espressione e la libertà di informazione non hanno la specifica funzione di configurare lo spazio pubblico di una società democratica, ma sono semplicemente dati come tutti gli altri e non hanno valore diverso dagli altri elementi della realtà digitale⁴³.

Ci troviamo pertanto di fronte a una realtà digitale che non solo è globale e soggetta a logiche privatistiche – laddove la realtà fisica ha dimensione per lo più nazionale ed è soggetta al diritto pubblico – ma, allo stesso tempo, produce una rilevante torsione della cultura giuridica e della cultura costituzionale sulla quale si è basata finora la costruzione delle nostre società. Si tratta di un cambio di epoca, di una trasformazione profonda che incide addirittura sulla stessa percezione della realtà.

Negli ecosistemi digitali, i nuovi mediatori – le compagnie tecnologiche – esercitano un potere che, tuttavia, non è strettamente privato, nella misura in cui occupano e monopolizzano uno spazio pubblico. Si tratta di un vero e proprio potere sovrano, nel proprio ordine, paragonabile – in quell'ambito – al potere di uno Stato autoritario nei confronti dei propri sudditi. Da un lato, questi soggetti possono condizionare la libertà di espressione degli utenti, fino ad espellerli dalla piattaforma. Dall'altro, producono un ambiente comunicativo nel quale la libertà di espressione, anziché contribuire al dibattito democratico e all'articolazione del pluralismo, si converte in uno strumento di divisione sociale e radicalizzazione che determina a sua volta una specie di "monismo plurale" caratterizzato da una sempre maggiore incomunicabilità tra le diverse visioni del mondo: un pluralismo di posizioni moniste ed escludenti, che non riconoscono posizioni diverse.

Questi nuovi mediatori hanno sviluppato una straordinaria capacità in termini di configurazione della narrazione della realtà, la quale non ha precedenti nella storia. Nei sistemi democratici, i mezzi di comunicazione tradizionale tentano certo di influire sulla narrazione dominante, contribuendo alla costruzione sociale della realtà. Nei sistemi dittatoriali si può parlare di ricostruzione della realtà secondo gli interessi del dittatore o del gruppo di potere dominante. Nei nuovi contesti comunicativi digitali, e anche nei sistemi democratici, la tendenza va nella direzione di una distruzione della realtà, vale a dire di una percezione sociale condivisa della realtà.

I mezzi di comunicazione tradizionali costruivano narrazioni che potevano certo essere ricondotte a diverse tendenze politiche, anche se non necessariamente a scelte a favore dell'uno o dell'altro partito, e così partecipavano alla costruzione della realtà. I nuovi mediatori non costruiscono narrazioni, ma aprono applicazioni e piattaforme a tutte le possibili narrazioni, pur tenendo a privilegiare – attraverso gli algoritmi e per ragioni di rendimento economico – quelle che promuovono notizie false e realtà alternative, se attirano maggiormente l'attenzione del pubblico. Non riflettono insomma la realtà delle società nelle quali operano, né agiscono come piattaforme rappresentative della libertà di manifestazione del pensiero. Tutto al contrario, nel potenziare notizie false e realtà alternative determinano un profondo conflitto sulla realtà, che ha un forte potenziale distruttivo.

Bisogna sottolineare anche una volta che stiamo parlando di tendenze, che pure vanno consolidandosi. Ovviamente, la percezione sociale condivisa della realtà non è stata completamente distrutta, anche nella realtà virtuale. Né può affermarsi che i diritti abbiano subito una trasformazione radicale, che la democrazia sia giunta a un punto di non ritorno o che lo stato di diritto non sia recuperabile.

Si assiste, piuttosto, a una forte tensione tra la dimensione fisica e quella virtuale o digitale della contemporanea realtà ibrida. Una tensione dovuta al fatto che entrambe esprimono una diversa configurazione della realtà: la realtà stata, basata sul diritto pubblico e quella globale, basata invece sul diritto privato. La cultura giuridica, in questi differenti contesti, conosce differenti livelli di soffe-

⁴³ Cfr. Id., *The Impact of the New Mediators of the Digital Age*, cit.

renza: è sempre più precaria nella realtà fisica – a causa della crescita continua della dimensione digitale – e incontra gravissime difficoltà nel conformare la realtà digitale.

Il diritto stesso sta conoscendo una distorsione permanente negli ecosistemi digitali che – a causa della presenza di nuovi mediatori dei processi comunicativi – tendono sempre più a presentarsi come sfere “libere dal diritto”. Pertanto, appare necessario e urgente introdurre una regolazione giuridica che, rendendo possibile la nascita di una cultura costituzionale in questi ecosistemi, consenta alle persone che accedono a tali spazi di rimanere libere, autodeterminate e dotate di diritti fondamentali.

Occorre intervenire nella realtà digitale affinché non si perdano i progressi ottenuti, in termini di civilizzazione, grazie alla cultura giuridica e costituzionale del nostro tempo: anche la realtà digitale deve essere assoggettata alla nostra cultura costituzionale, basata sullo stato di diritto, sulla democrazia, sui diritti fondamentali, per fare in modo che tali elementi fondamentali per la convivenza non scompaiano nell’ambito digitale.

D’altra parte, l’esistenza di sfere “libere dal diritto” in ambiti nei quali si esercita potere rappresenta un sostanziale arretramento in termini di civiltà. Un elemento essenziale della cultura costituzionale è infatti proprio il controllo del potere, per evitare abusi e garantire i diritti. Gli ecosistemi digitali non possono occupare lo spazio pubblico e i processi comunicativi in maniera monopolistica, con la pretesa di assoggettare le loro attività esclusivamente al diritto privato e alla libertà contrattuale.

5. Conclusioni

La cultura costituzionale è interessata da una profonda involuzione, prodotta dalle trasformazioni culturali determinate dall’uso delle tecnologie nel quadro della terza globalizzazione. Di fronte ai nuovi valori promossi dal progresso tecnologico, la Costituzione sembra non avere nulla da offrire. Nell’ambito digitale, mentre i progressi continui generano soddisfazione e dipendenza, la cultura giuridica e costituzionale è percepita come un limite, una esigenza di regolazione che può pregiudicare i servizi offerti dalle grandi compagnie tecnologiche.

La configurazione ibrida del mondo contemporaneo si fonda sulla frammentazione e sul conflitto tra una realtà digitale di portata globale e regolata dal diritto privato e una realtà fisica di portata statale, regolata dal diritto pubblico. A questa suddivisione deve essere affiancata quella tra la Costituzione “analogica” che regola il mondo fisico e la costituzione “digitale” il cui impatto sulla regolazione della realtà virtuale e dell’intelligenza artificiale è ancora molto ridotto e incontra limiti significativi nel carattere globale delle grandi compagnie tecnologiche.

L’avvento della società digitale sta determinando un mutamento di paradigma che mette la Costituzione in una posizione molto difficile di fronte ai fattori di potere che caratterizzano il nuovo ordine globale. Non si tratta solo di nuove strutture, procedimenti e tecniche della società digitale, sintetizzate in algoritmi sempre più presenti nelle nostre vite. Si tratta anche di nuovi modelli culturali, che stanno trasformando il modo di pensare e i valori che ispirano le nostre società.

Queste trasformazioni non sono frutto del caso né di uno sviluppo tecnologico posto al servizio del progresso sociale come contributo al benessere generale. Al contrario, esse sono il risultato dell’azione cosciente di nuovi soggetti del potere, che stanno promuovendo la distruzione della politica e l’indebolimento estremo dei valori e dei diritti costituzionali. Gli algoritmi, d’altro canto, non si programmano da soli e, anche nel quadro del machine learning, deve esserci sempre qualcuno che decida a cosa essi servono e come devono compiere la loro funzione principale, che solitamente è quella di favorire il rendimento economico. La crescente incompatibilità tra la Costituzione e il mondo digitale non è una questione tecnica, ma una costruzione ideologica complessa, posta al servizio di un maggior beneficio per gli attori globali della nostra epoca.

La cultura costituzionale deve allora offrire narrazioni e costruzioni dottrinali, in ambito accademico e scientifico, che contribuiscano a rivalutare la posizione della Costituzione nell'ordinamento giuridico e nello spazio pubblico. Nel contesto di progressi tecnologici e trasformazioni culturali che producono un vero e proprio cambio di paradigma, anche la Costituzione deve cambiare. Nella tensione tra mondo digitale e mondo fisico, la cultura costituzionale deve offrire la sua capacità ordinante, fondata sui diritti fondamentali, per convertire quella tensione in una dialettica produttiva che consenta autentici avanzamenti di civiltà.

Abstract

Il contributo analizza l'evoluzione della cultura costituzionale in relazione alla società digitale e all'intelligenza artificiale nel contesto della terza globalizzazione. Le trasformazioni che avvengono nel terreno culturale. Le trasformazioni in atto in campo culturale stanno influenzando negativamente la posizione della costituzione nello spazio pubblico, la democrazia e i diritti fondamentali. Queste trasformazioni rispondono agli interessi economici delle grandi aziende tecnologiche che stanno configurando le nuove realtà digitali in funzione di questi interessi. Su tali premesse, assume rilevanza la necessità di una maggiore coerenza tra lo sviluppo tecnologico e i valori e principi del patrimonio costituzionale europeo e mondiale.

Parole chiave: costituzione, cultura costituzionale, cultura digitale, intelligenza artificiale, aziende tecnologiche, algoritmi

*

The paper analyzes the evolution of constitutional culture in relation to the digital society and artificial intelligence in the context of the third globalization. The transformations that have been taking place in the cultural field are negatively affecting the position of the constitution in the public sphere, as well as democracy and fundamental rights. These transformations respond to the economic interests of large technology companies, which are shaping the new digital realities based on these interests. On such premises, the need for greater coherence between technological development and the values and principles of the European and global constitutional heritage becomes relevant.

Key words: constitution, constitutional culture, digital culture, artificial intelligence, tech companies, algorithms