

## Valori costituzionali e società digitale (\*)

Augusto AGUILAR CALAHORRO\*

**Sommario:** 1. La guerra dei valori 2. L'innesto dei valori nel ciberspazio 2.1. Il tempo dei valori: un potere identificabile 2.2. Il tempo dei valori: un potere limitabile attraverso meccanismi giuridici 3. Valori digitali del ciberspazio 3.1. Valori frutto della autodisciplina: valori autonomi 3.2. Valori pubblici del ciberspazio: il principio di neutralità come assioma di una disciplina del mercato 4. I valori digitali stanno svolgendo una funzione costituzionale? 4.1. La configurazione dei valori costituzionali 5. Epilogo: i valori costituzionali possono essere trasferiti al ciberspazio?

### 1. La guerra dei valori

Ci troviamo in un momento storico di ricostruzione dell'ordine globale. Lo stato nazione e le strutture politiche e sociali create a partire dal Trattato di Westfalia sono diventate obsolete in pochi decenni a causa del progresso delle nuove tecnologie dell'informazione<sup>1</sup>. Ci troviamo in un momento "pre-costituente" dell'ordine politico-sociale dell'umanità che potrebbe essere definitivo, segnato dall'emersione di internet e del ciberspazio: per la sua portata globale, per i rischi ambientali rispetto alla sopravvivenza della specie, per la minaccia di una guerra totale.

Le scienze giuridico-sociali osservano i mutamenti degli assetti politico-economici tentando di coniugarli attraverso grandi concetti in grado di definirli. Il contesto globalizzato delle relazioni sociali ha acquisito denominazioni come Società del rischio<sup>2</sup>, Società del consumo<sup>3</sup>, Società della conoscenza<sup>4</sup> o Società digitale<sup>5</sup>. Sul piano giuridico, tutte riflettono la stessa idea: la crisi del costituzionalismo come paradigma dell'ordine sociopolitico contemporaneo.

Questa ristrutturazione delle organizzazioni umane, a mio avviso, ha provocato una "guerra di valori", una lotta di narrazioni storiche il cui scopo è imporre i valori del nuovo ordine fondamentale, le finalità e gli obiettivi della incombenza comunità politica globale<sup>6</sup>.

In questa guerra si scontrano, da un lato, i valori costituzionali: la perpetuazione dei valori liberali dell'ordine sociopolitico occidentale creato nella modernità (come noto, l'età storica

(\*) Traduzione dal castigliano di Andrea Romano.

\* Professore di Diritto costituzionale, Università di Granada,

<sup>1</sup> Sull'accelerazione del tempo storico prodotta dalle nuove tecnologie cfr., es., F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la Globalización en el Siglo XXI*, in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 30/2018 ([https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02\\_F\\_BALAGUER.htm#notabis](https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm#notabis)).

<sup>2</sup> L'opera di U. Beck, *La Sociedad del riesgo*, Barcelona, 2006, rappresenta l'immagine più definita di questa nuova società.

<sup>3</sup> A. Aguilar Calahorro, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, in M. Á. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Madrid, 2015, p. 489 ss.

<sup>4</sup> M. Castells, *La era de la información*, vol. I: *La sociedad red*, Ciudad de México, 1999.

<sup>5</sup> Rinviando ad una delle prime opere sulla questione cfr. P-A, Mercier, F. Plassard, V. Scagliardi, *La société digitale. Les nouvelles technologies au futur quotidien*, Paris, 1984.

<sup>6</sup> Sulla differenza tra ordine quadro e ordine fondamentale dalla prospettiva costituzionale cfr. R. Alexy, *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, 66/2002.

moderna risale alle rivoluzioni liberali del XVIII secolo)<sup>7</sup>. D'altro canto, troviamo valori particolaristici, talvolta chiamati "illiberali", che si presentano come una narrazione storica alternativa all'egemonia del costituzionalismo occidentale degli ultimi secoli<sup>8</sup>.

Fin dalla comparsa della "costituzione normativa", come ultima tappa del costituzionalismo del secondo dopoguerra, il concetto di dignità umana è stato positivizzato come elemento chiave della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da essa si sono sviluppati i valori costituzionali di libertà, giustizia, uguaglianza, solidarietà, lavoro e pluralismo politico come aspetti essenziali per lo sviluppo della persona all'interno della società e, quindi, come elementi costitutivi di quel tipo di organizzazione politica denominata Stato sociale e democratico di diritto. Il consenso globale su questi valori sembra essere stato più o meno continuo fino a tempi molti recenti<sup>9</sup>.

La "guerra di valori" è una guerra totale, che si dispiega a livello interno ed esterno.

A livello esterno, serve da esempio il massimo confronto tra valori espressi in maniera dissennata attraverso l'assurdità dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, pretestuosamente basata sul rischio per i "valori tradizionali imperialisti russi"<sup>10</sup>.

La rottura definitiva con l'assetto dei valori costituzionali fino ad oggi condiviso si esprime, sul piano giuridico, con l'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa e il suo ritiro dalla Convenzione europea dei diritti umani<sup>11</sup>.

Dal canto suo, la Cina ha avviato la narrazione delle "singolarità cinesi" nel campo dei valori da quando Deng Xiaoping le ha sviluppate negli anni '90 dopo il crollo del blocco comunista come evoluzione politica del confucianesimo in opposizione all'Occidente. Si tratta dello scontro tra il valore "antropologico culturale" occidentale della dignità dell'individuo<sup>12</sup> con il valore particolarista che sostiene "la società sull'individuo"<sup>13</sup>, nonché della rivalutazione del "consenso" sull'elemento chiave del costituzionalismo, vale a dire il riconoscimento del conflitto<sup>14</sup> e del pluralismo. In questa stessa

<sup>7</sup> V. per tutti A. D'Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30/2018.

<sup>8</sup> Id., *Democracia iliberal e democracia direta na era digital*, in *Revista da Ajuris*, 47(149)/2020, p. 315. Sulla conflittualità intrinseca in qualsiasi patto costituente cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 30 ss.

<sup>9</sup> La progressiva influenza delle potenze non occidentali nel mondo si è svolta mediante il c.d. soft power, quale forma di persuasione senza l'uso della forza (*hard power*) al resto degli Stati al fine di avvicinarsi a nuove forme di ordinazione socioeconomica mediante relazioni internazionali ed economiche. Al riguardo si rinvia, per tutti, al concetto di *soft power* sviluppato da S. Nye Jr., *Soft Power*, in *Foreign Policy*, 80/1990, p. 153 ss.

<sup>10</sup> Come già anticipato da J. Vaquer, *Putin y los valores tradicionales*, "El País", 24 marzo 2014; Q. Badía y N. De Pedro, *¿Eurasianismo frente a europeísmo?*, in *Política exterior*, 33-191/2019, p. 14 ss.

<sup>11</sup> Il 15 marzo 2022, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha votato a favore dell'uscita della Russia dall'organizzazione. Lo stesso giorno, il Ministero degli Esteri russo ha notificato al Segretariato generale del Consiglio d'Europa il ritiro della Federazione Russa dall'organizzazione, ai sensi dell'articolo 7 dello Statuto del Consiglio d'Europa, e la sua intenzione di ritirarsi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>12</sup> P. Häberle, *El Estado Constitucional* (trad.), Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 47, Ciudad de México 2003, p. 170. In relazione allo scontro della dignità umana con i valori particolaristici è davvero illuminante l'aneddoto del professor Antonio D'Atena: "Al respecto, no me parece fuera de lugar recordar una experiencia personal. Con ocasión de una lección sobre el Estado de Derecho que dicté ante procuradores de la República China, pude constatar que mis interlocutores no alcanzaban lógicamente a concebir la categoría de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón, me objetaban, intereses de los individuos o de los grupos minoritarios deben dotarse de resistencia frente al poder del Estado, que representa a todos los ciudadanos?": A. D'Atena, *La conflictividad axiológica*, cit.

<sup>13</sup> "Es decir, las palabras gobernante y gobernado, padre e hijo asignan a cada individuo un lugar en la sociedad. La no aceptación de cada papel social que corresponde a cada miembro de la sociedad tiene como consecuencia el caos". Cfr. L. Greco, *El progreso de Singapur a partir de los valores asiáticos*, Geirsa: Grupo de estudios sobre India y el Sudeste Asiático del Rosario, Universidad de Rosario (<https://geirprecur.files.wordpress.com/2020/05/el-progreso-de-singapur-a-partir-de-los-valores-asic381ticos.pdf>). Greco sottolinea come il governo cinese abbia evidenziato cinque punti principali nel progetto di stabilire determinati valori dell'ordine politico: a) la nazione deve venire prima della comunità e la società prima dell'individuo; anteporre gli interessi della società a quelli dell'individuo; b) la famiglia è l'unità di base della società; c) cercare soluzioni ai problemi attraverso il consenso e non l'imposizione; d) promuovere l'armonia e la tolleranza tra le diverse religioni e gruppi etnici; e) il rispetto e il sostegno della comunità all'individuo. E, ovviamente, mostra come questo progetto giustifichi un ordine autocratico, la prima "democrazia" organica dinastica cinese.

<sup>14</sup> Si veda l'importanza del riconoscimento del conflitto, come base del riconoscimento del pluralismo politico e sociale, in C. De Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Madrid, 2010, p. 136.

prospettiva, si pensi ancora all'introduzione da parte di Xiao Jinping del concetto di "Stato 'con' diritto" in contrapposizione al valore costituzionale dello Stato di diritto o rule of law<sup>15</sup>.

Dalla prospettiva interna, le crisi economiche che si sono verificate soprattutto in Europa dal 2008 e la crisi sanitaria causata dalla malattia da Covid-19 sono sfociate in molteplici crisi costituzionali (di rappresentanza, di regolamentazione, di diritti<sup>16</sup>). Il malcontento sociale è stato strumentalizzato da ideologie estremiste incostituzionali. L'ascesa dell'estrema destra illiberale, ultranazionalista, centralista, antiglobalizzazione è giustificata da una presunta crisi dei "valori tradizionali", dalla quale rivendicano una "identità omogeneizzante" che funge, invece, da fattore di disintegrazione della comunità politica costituzionale<sup>17</sup>.

Questi gruppi politici che agiscono a livello interno sono legati alla pressione esercitata da potenze "alternative" a livello esterno<sup>18</sup>, differenziandosene, tuttavia, per un elemento particolare. A livello interno, i gruppi estremisti non rinnegano i valori costituzionali ma se ne appropriano, sovvertendo e frammentandone i contenuti. Non procedono ad una eliminazione dei valori costituzionali (almeno nel loro discorso) ma ad un sovvertimento del loro significato.

Valga un esempio. Consentire che in alcune città della Polonia ci siano "zone liberate dal pregiudizio e dalla fobia LGTBI", segnalate da cartelli visibili agli ingressi di queste zone, leggibili in diverse lingue, come le ignominiose "zone libere dagli ebrei" durante il regime nazista<sup>19</sup>, significa negare che ci sia diversità sessuale o di genere e, quindi, negare che esiste il valore dell'uguaglianza e della non discriminazione. Tuttavia, la negazione di questa realtà plurale avviene sostenendo lo stesso valore, l'uguaglianza: dal momento che siamo tutti uguali è controproducente che la legge tracci delle differenze. Allo stesso modo viene anche negata l'esistenza di una specifica violenza sessista distinguibile dalla violenza comune, di nuovo facendo leva sui concetti di uguaglianza e pluralismo. L'argomento dell'uguaglianza, per negare l'esistenza della diversità, viene così usato strumentalmente contro il rischio di "collettivizzazione" della società. Siamo tutti uguali, la violenza è uguale per tutti, il matrimonio è uguale per tutti e, se si riconoscono gruppi o minoranze, si finisce per "collettivizzare" la società, per frammentarla, anziché integrarla<sup>20</sup>. Un discorso che riconduce il valore dell'uguaglianza al "valore tradizionale" del costituzionalismo "liberale" dell'Ottocento<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> M. Rocha Pino, *Los valores compartidos: una reinterpretación política del confucianismo en Singapur*, in *Revista de Sociología e Política*, 2014 (<https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/02.pdf>): "Unos valores aderezados con la reivindicación de los 'valores socialistas centrales' expresados con el lema '442', es decir, las "cuatro conciencias" (integridad, altura de miras, lealtad al aparato y protección del nº 1), las 'cuatro confianzas' (en la civilización china, en la metodología del Partido, su teoría política y su sistema centralizado) y las 'dos protecciones' (la posición del nº 1 como núcleo y la prevalencia del Comité Central)". Si veda anche: M. T. S. Hong, *The Soft Power of Singapore*, in A. Lugg (ed.) *The Rise of Singapore*, Nanyang Technological University ([https://www.worldscientific.com/doi/10.1142/9789814704946\\_0019](https://www.worldscientific.com/doi/10.1142/9789814704946_0019)); I. Rodríguez Aranda, D. Leiva Van de Maelie, *El Soft Power en la Política Exterior de China: consecuencias para América Latina*, in *Polis Revista Latinoamericana*, 35/2013 (<https://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/967/1853>).

<sup>16</sup> Si veda, per tutti, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Cizur Menor, 2020.

<sup>17</sup> Imprescindibile A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018, spec. p. 79 ss.: "il riconoscimento della dignità dell'altro *generalizzato* non può prescindere dal riconoscimento dell'identità dell'altro *concreto*".

<sup>18</sup> F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI*, cit.

<sup>19</sup> M. A. Fernández García, *El reto europeo ante las 'zonas libres de personas LGTBI*, "El País", 8 febbraio 2021. ([https://elpais.com/elpais/2021/02/04/seres-urbanos/1612428220\\_272997.html](https://elpais.com/elpais/2021/02/04/seres-urbanos/1612428220_272997.html)). Si veda in materia la comunicazione della Commissione sulla "Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025", Bruxelles, 12.11.2020 COM (2020) 698 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=IT>).

<sup>20</sup> Al riguardo valga, tra i tanti esempi, il discorso della Presidente della Comunità autonoma di Madrid contro le leggi di riconoscimento della diversità sessuale: "Ayuso reconoce de nuevo que hay artículos de la Ley LGTBI que no le gustan aunque garantizará su cumplimiento. Ha criticado que la izquierda se arrogue unas 'banderas y mantras' con los que intenten 'colectivizar y dividir y empobrecer'; mientras la capital es 'la más abierta, plural y tolerante de todo el país'", "Europapress". 2022 (<https://www.europapress.es/madrid/noticia-ayuso-reconoce-nuevo-hay-articulos-ley-lgtbi-no-le-gustan-garantizar-complimiento-20200220105853.html>).

<sup>21</sup> A. Aguilar Calahorro, *El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor*, cit.

Si può sostenere e dibattere che la creazione di politiche specifiche per integrare questo tipo di diversità o questo tipo di violenza sia più o meno efficace, ma non si può negare l'esistenza di gruppi specifici sulla base di un concetto manipolato di "collettivizzazione".

L'assalto di Capitol Hill costituisce un ulteriore esempio di come certe convinzioni soggettive credano di basarsi su un valore costituzionale oggettivo; eppure, l'errata valutazione di queste è facilmente osservabile quando si verifica che sostenendo un valore (la democrazia e la sovranità) si agisce distruggendo il valore stesso: la democrazia o perlomeno il resto delle opzioni democratiche che non le sono proprie. Una errata comprensione della democrazia e una appropriazione di tale valore sono alla base di un atto contro il valore democratico stesso, che è protetto da una comprensione dell'avversione verso l'altro. Coloro che hanno assaltato Capitol Hill, spinti dalle fake news e dalle comunità dei social media, pensavano di difendere la democrazia quando hanno preso d'assalto e paralizzato la sede stessa della democrazia.

Il problema della "guerra dei valori" a livello interno non è tanto che rispecchia diverse concezioni del valore della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto, quanto piuttosto che l'esistenza di tale valore viene negata a concezioni 'altre' (ovvero estranee).

Nel mezzo del confronto interno ed esterno per cogliere il contenuto dei valori universali o particolari compare anche un terzo attore "ibrido"<sup>22</sup>. Un attore che agisce nella sfera "glocal"<sup>23</sup>, sia esternamente che internamente e che è rappresentato dalle aziende tecnologiche e dai fornitori di servizi internet. In particolare, le piattaforme digitali e i social network costituiscono un ecosistema sociale ed economico globale e in tale ecosistema fungono da vetrina per "alternative" in termini di valori mentre sviluppano e scommettono sui "propri valori".

Nella società digitale, le piattaforme digitali e i servizi che su di essa operano si convertono nel canale di fake news, disinformazione, post-verità, fatti alternativi, diventano strumenti di soft power<sup>24</sup> nella guerra di valori tra poteri e gruppi sociali. Il recente riconoscimento del ruolo dannoso che possono svolgere nella destrutturazione dei sistemi costituzionali, al contempo, ha dato un impulso affinché le reti e le imprese possano elaborare proprie liste di valori, i quali, pur coincidendo nella loro denominazione con i valori costituzionali, sono in realtà il prodotto dell'autoregolamentazione e, pertanto, rappresentano delle appropriazioni che rispecchiano gli interessi economici delle principali società.

## 2. L'innesto dei valori nel ciber spazio

### 2.1. Il tempo dei valori: un potere identificabile

L'emersione dell'ecosistema modellato dal ciber spazio ha scatenato la crisi dei valori costituzionali.

Il ciber spazio non è ormai solo internet ma un ecosistema composto da una coscienza collettiva caotica<sup>25</sup>, nella quale interagiscono milioni di utenti, imprese, governi. Nella sua prima versione rappresentava un caos neutro attraverso il quale circolavano dati digitali che, convertiti in modo

<sup>22</sup> Sull'evoluzione del concetto di guerra ibrida e attore ibrido vale la pena l'analisi di F. J. Quiñones De la Iglesia, "Una revisión del concepto "guerra híbrida/actor híbrido", in *bie3: Boletín IEEE*, 20/2020, p. 672 ss. : "La GZ ["zona gris" que separa la zona negra - guerra - y la zona blanca - paz -] es generada por el actor híbrido que se mueve y actúa con impunidad entre sus imprecisos límites puesto que es él quien los establece. Como en un genuino proceso de conducción de la batalla, el actor híbrido modula el alcance de la GZ en tiempo, espacio y dominio. Del mismo modo, en beneficio de sus objetivos estratégicos, puede introducir discontinuidades en el proceso, lo que resulta evocativo del mencionado término "operaciones no lineales" empleado por la doctrina rusa. Podemos comprobar cómo encajan las piezas del puzzle conceptual».

<sup>23</sup> R. Robertson, *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, in J. C. Monedero (coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Madrid, 2003.

<sup>24</sup> J. S. Nye, Jr. *Soft Power*, cit.

<sup>25</sup> Il concetto deriva dall'espressione "intelligenza collettiva" di P. Lévy, *Inteligencia colectiva: por una antropología del ciber espacio*, (trad.) Washington (DC), 2004 (<https://ciudadanosconstituyentes.files.wordpress.com/2016/05/lc3a9vy-pierre-inteligencia-colectiva-por-una-antropologc3ada-del-ciberespacio-2004.pdf>).

analogico, riflettevano una società globale eterogenea. Ora, questo “caos” è stato monetizzato in opportunità commerciali mai viste ed è diventato uno “sciame” dove è possibile identificare alcune “api regine”.

Le società tecnologiche che operano nel ciberspazio offrendo piattaforme digitali sono le più grandi in termini di volume di affari e ricchezza a livello globale. Sono diventate, quindi, un potere in sé piuttosto che strumenti o procedimenti di connessione dell’ecosistema. Esse si identificano quindi con un gruppo di oligarchi tecnologici che dominano in una società digitale globalizzata e che detengono un potere inedito.

Al riguardo, interessa evidenziare che queste società proprietarie delle principali piattaforme, motori di ricerca e social network sono ora diventate un vero e proprio potere, da un punto di vista materiale e formale, nella rete. Si tratta di un potere identificabile e a cui applicare i meccanismi classici del diritto pubblico per la sua sistematizzazione e limitazione. Pertanto, non deve sorprendere che siano l’attore decisivo per la dichiarazione della guerra di valori. Ora più che mai c’è un capo visibile che può essere limitato (perché nessuna azienda vorrebbe essere esclusa dal sistema giuridico o finanziario dei principali poteri economici) imponendo principi e valori che configurano un’architettura del ciberspazio<sup>26</sup>.

È pertanto adesso, nel momento in cui è iniziato lo scontro sui valori che devono governare questo ciberspazio, che si impone la scelta e la definizione di un quadro di valori a questo potere, ora identificabile, e che plasma l’architettura del ciberspazio<sup>27</sup>. L’importanza di questa operazione giuridica è straordinaria, poiché i valori a cui aderiscono gli operatori del ciberspazio dovranno diventare valori globali.

## 2.2. *Il tempo dei valori: un potere limitabile attraverso meccanismi giuridici*

Questi valori possono avere un contenuto e una configurazione costituzionale, poiché in un certo senso si è cominciata a costruire una metanarrativa costituzionale del ciberspazio.

La rete 1.0 nasce sulla base di un principio di libertà quasi assoluto che costituisce la sua architettura essenziale. Il principio che ha guidato l’architettura di internet (il “principio della comunicazione End to End”)<sup>28</sup> stabiliva che le reti dovessero costruirsi con la massima semplicità possibile nella loro architettura, trasferendo tutta l’intelligenza necessaria ai capi o punti della rete. I Protocolli TCP/IP, i principi della rete del ’95, avevano come unica funzione la distribuzione ottimizzata dei pacchetti di dati. La rete nasce quindi da un principio, per così dire, giusnaturalista di libertà<sup>29</sup>. Sono i punti finali della rete, intranet, access point, piattaforme e provider di servizi internet, che stabiliscono controlli e restrizioni su questo spazio (identificazione, limiti di contenuto, geolocalizzazione). Su questo spazio neutro di comunicazione, vengono imposti livelli di identificazione, condizioni di accesso e navigazione, da internet provider, applicazioni e piattaforme digitali. Se un attore, in questo spazio di libertà, vuole diventare un utente di un’applicazione, ricevere un servizio di gestione, diventare un utente di *Facebook* o *YouTube*, oppure ancora gestire le proprie comunicazioni tramite Hotmail, deve pattuire – e il termine patto ha un significato costituzionale – dando il proprio consenso al “patto di rete sociale”

---

<sup>26</sup> Per tutti cfr. L. Lessig, *El código 2.0*, (trad.) Madrid, 2009 (<http://www.articaonline.com/wp-content/uploads/2011/07/El-c%C3%B3digo-2.0-Lawrence-Lessig.pdf>).

<sup>27</sup> Si preferisce qui l’utilizzo del termine ciberspazio a quello di internet o società digitale, in quanto riferibile ad un ambito più ampio delle reti o delle aziende che vi operano, e cioè all’ecosistema in cui interagiscono l’intelligenza umana e l’intelligenza artificiale. Come segnala P. Levy, *Inteligencia colectiva*, cit.: “El ciberespacio designa en ella el universo de las redes numéricas como lugar de encuentros y de aventuras, meollo de conflictos mundiales, nueva frontera económica y cultural. Existe en la actualidad en el mundo una profusión de corrientes literarias, musicales, artísticas, incluso políticas, que se reclaman de la “cibercultura”. El ciberespacio designa menos los nuevos soportes de la información que los modos originales de creación, de navegación en el conocimiento y de relación social que ellos permiten”.

<sup>28</sup> L. Lessig, *El código*, cit., pp. 188-189.

<sup>29</sup> In questo senso, per una decisione che stabilisce la libertà di espressione (*freedom of speech*) nel ciberspazio, la sentenza del Tribunale Federale del Distretto della Pennsylvania, *ACLU v. Janet Reno*, No. 96-963, dell’11 giugno 1996. [NdR. La decisione è stata confermata in sede di appello dalla Corte Suprema: *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997)].

con condizioni che limitino la sua libertà in cambio del permesso di essere parte della comunità politico-digitale a cui si accede. Ed è la volontà espressa dall'essere umano che limita la sua libertà di diventare un "cittadino-utente" della piattaforma o del servizio, e godere dei diritti e dei doveri soggettivi privati dell'appartenenza alla Comunità, alla rete o al servizio.

Eppure, qui termina la meta-narrazione costituzionale. Il "patto di rete sociale" dei cibernauti ha natura privata, commerciale e i diritti degli utenti non sono né diritti pubblici soggettivi, né libertà pubbliche, ma diritti di consumo o di utilizzo: si tratta di contratti per la fornitura di servizi (e-mail, TV, streaming, musica, social network). Un patto che ha natura di contratto di adesione di diritto privato. Tuttavia, tali contratti permettono alle grandi piattaforme e ai fornitori di servizi di controllare l'identità, il contenuto e l'attività dei cibernauti, una volta che l'individuo libero si trasforma in utente. Sono pertanto tali soggetti che controllano l'attività in rete, gli scambi commerciali, la libertà di espressione, mediate 'contratti' che limitano l'accesso oppure impongono regole al principio giusnaturale di libertà di navigazione come originariamente concepita.

Per questo motivo, a partire dagli anni '90, la regolamentazione pubblica ha cercato di stabilire dei limiti all'autonomia della volontà che vige tra piattaforme e utenti. Per preservare la libertà individuale è stato disciplinato un "Codice" che limita l'autonomia delle imprese, stabilendo meccanismi di equilibrio tra le parti (il fornitore di servizi internet e l'utente) e obblighi per le piattaforme (rimozione dei contenuti, controlli dei diritti di proprietà intellettuale, etc.). Un insieme di regole che ricordano un processo di codificazione legislativa dell'Ottocento. Questo codice solleva problemi costituzionali sotto due profili.

In primo luogo, sotto il profilo della sua limitata efficacia territoriale. I codici statali sono diversi ed eterogenei. La regolamentazione statale è limitata al suo ambito territoriale, quindi la sua influenza sull'architettura del cberspazio è limitata. Inoltre, l'influenza delle normative statali si misura in termini di impatto economico sulle piattaforme: "più è in gioco il denaro, meno le imprese (e i loro sponsor) sono propensi a sostenere i costi della promozione di un'ideologia" contraria alle regole imposte<sup>30</sup>. Parafrasando Lessig, questa codificazione diventa importante per il diritto per la sua capacità di definire la condotta individuale su larga scala<sup>31</sup>; pertanto, solamente normative di tipo sovranazionale hanno un peso sufficiente per alterare l'architettura del cberspazio.

In secondo luogo, rileva il carattere pubblico o privato della disciplina. A mio avviso, le società non possono essere trattate come semplici parti di un contratto privato. Il contenuto dei regolamenti deve utilizzare i propri strumenti di limitazione del potere pubblico. Questi problemi non dovrebbero essere affrontati con gli elementi giuridici tipici del diritto dei consumatori dal momento che le piattaforme adottano decisioni dettate dall'ideologia e sono parte attrice nel contesto della guerra dei valori. Lo scandalo di Cambridge Analytica<sup>32</sup> costituisce un esempio di come le reti possono schierarsi per interessi puramente economici e commerciali nell'ambito di un processo elettorale democratico e di come possono determinarne il risultato mediante il data mining. Posto che le conseguenze delle loro azioni possono interferire con la determinazione della volontà pubblica democratica, la normativa dovrebbe disporre di strumenti di natura costituzionale. Per questo motivo è fondamentale limitare l'attività delle piattaforme stesse, non solo nei rapporti commerciali con i propri utenti, ma anche nelle decisioni che prendono al loro interno.

In questo senso, gli Stati che ne hanno la possibilità e gli organismi sovranazionali come l'Unione europea, stanno provando a limitare il potere delle imprese attraverso normative sovranazionali che cercano di coniugare il linguaggio privato con finalità legali e giuspubblicistiche. Al contempo, la pressione sociale e governativa ha indotto le stesse piattaforme ad estendere i termini dei loro contratti verso la propria regolamentazione.

<sup>30</sup> L. Lessig, *El código*, cit. p. 131.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>32</sup> Per tutti B. Adsuara Varela, *La protección de datos en los procesos electorales: ¿Qué ocurrió en el caso Cambridge Analytica?*, *La crónica del 'Cambridge Analytica' español*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88/2020, p. 152 ss.

### 3. Valori digitali del ciber spazio

#### 3.1. Valori frutto della autodisciplina: valori autonomi

Dal momento che le società e le piattaforme digitali sono attori della guerra dei valori e data la pressione sociale sull'opacità con la quale adottano decisioni interne, le piattaforme hanno cominciato ad elaborare le proprie tavole di valori. Valori basati sul costituzionalismo digitale (libertà di espressione, dignità, autonomia digitale) ma interpretati in modo particolare e con un'accezione privatistica. Sono valori frutto dell'autoregolazione che sono applicati e interpretati da parte di enti autonomi appartenenti alle stesse società: in altri termini, sono "valori autonomi".

L'efficacia del sistema è la nuova pietra angolare sulla quale si basano i valori autonomi dei social network. Nel caso di *Facebook*, per esempio, la funzionalità della rete consiste nel fare in modo che gli utenti "si sentano liberi di comunicare", condividere le loro esperienze, connettersi con amici e familiari e creare *community*". Questo è l'obiettivo che esprime *Facebook* negli "standard della *community*" in cui enuncia la propria finalità, ed è a partire da questo valore assoluto che si fanno derivare valori e principi secondari: un insieme di "standard della *community* che descrivono cosa è consentito e cosa è vietato su *Facebook*"<sup>33</sup>.

In sostanza, *Facebook* si basa su un "valore collettivo": nel senso che le persone vogliono comunicare ed esprimere opinioni e idee tra di loro, e da questo valore si fanno derivare alcuni principi, gli "standard della comunità" che permettono che "le persone possano esprimersi apertamente sui temi che hanno a cuore, anche se alcune persone potrebbero essere in disaccordo o trovarli discutibili". "Il valore principale, pertanto, è quello comunicativo, la libertà di espressione riveste il ruolo di valore costitutivo del *social network*. E questo valore si articolerebbe nei seguenti principi: autenticità dell'informazione, sicurezza, *privacy* e dignità"<sup>34</sup>.

Lo stesso accade con *Twitter* e *Google*<sup>35</sup>, anche se quelli di *Facebook*, visti i recenti scandali e il protagonismo del suo amministratore delegato sembrano essere i valori più esaustivi e sviluppati.

In particolare, importa evidenziare che questi principi e valori sono controllati ed attuati mediante meccanismi automatizzati. L'enorme mole di informazioni gestite dalle piattaforme digitali rende impossibile valutare il comportamento degli utenti della *community* mediante meccanismi manuali, per cui rimangono nelle mani dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi progettati dall'azienda stessa; algoritmi che tuttavia sono chiamati a realizzare una interpretazione e applicazione del diritto<sup>36</sup>. Insieme a questa forma ordinaria di applicazione dei valori di *Facebook*, i social network come *Facebook* e *Twitter* hanno anche creato un "Content Advisory Council" o "Privacy Advisory Council" che aiutano ad applicare questi valori, specificati nei principi e nelle regole (divieti) per decidere in determinate occasioni quali contenuti eliminare.

Questi organismi deputati al controllo del contenuto hanno come missione quella di garantire il rispetto della libertà di espressione attraverso un giudizio indipendente. Le decisioni che adottano rispetto alla conferma o annullamento di un contenuto sono vincolanti e ciò comporta che dovranno

---

<sup>33</sup> <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>.

<sup>34</sup> Violenza e comportamenti criminali; violenza e istigazione alla violenza; persone e organizzazioni pericolose; organizzazione di atti di violenza e promozione della criminalità; prodotti e servizi con restrizioni (divieto di compravendita di sostanze stupefacenti, armi da fuoco, ec.); frode e raggirio. Sono proibite le comunicazioni che istighino al suicidio e all'autoleSIONISMO, sfruttamento sessuale, abusi e nudi di minori, sfruttamento sessuale di adulti, bullismo e intimidazioni, sfruttamento di esseri umani, violazioni della *privacy*.

<sup>35</sup> Come può leggersi nelle direttrici della piattaforma di *Twitter*: La difesa e il rispetto della voce degli utenti fanno parte dei valori fondamentali di *Twitter*. Il nostro impegno è rivolto a proteggere allo stesso tempo la libertà di espressione e la *privacy*. Anche la trasparenza costituisce una parte importante di questo impegno. In linea con tale approccio, vogliamo condividere pubblicamente il modo in cui questi valori fondamentali vengono trasferiti nel processo decisionale (<https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/defending-and-respecting-our-users-voice>). Molto più prudenti sono invece i tre valori di *Google*: "rispettare l'utente, rispettare l'opportunità e rispettarsi a vicenda" ([https://about.google/intl/ALL\\_it/community-guidelines/](https://about.google/intl/ALL_it/community-guidelines/)).

<sup>36</sup> F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2022.

essere adottate a meno che questo non violi la legge. Quando uno di tali organismi esamina i contenuti e prende una decisione in merito, lo fa sulla base delle politiche dei contenuti e dei valori che ne sono alla base, i suoi valori autonomi.

Naturalmente, questi meccanismi sollevano molteplici dubbi sul piano giuridico nonché rispetto alla loro efficacia: non si tratta di tribunali e le decisioni che hanno una evidente rilevanza giuridica di natura pubblicitica sono trasferite alla società privata; soprattutto, come ha sottolineato Nicolas Suzor, pongono evidenti problemi di effettiva tutela giurisdizionale<sup>37</sup>. Tuttavia, questi problemi vanno al di là del motivo alla base di questo discorso.

### 3.2. Valori pubblici del cberspazio: il principio di neutralità come assioma di una disciplina del mercato

La regolamentazione pubblica delle piattaforme si basa sulla definizione di uno spazio di neutralità che consenta il libero mercato, compensando allo stesso tempo normativamente la mancanza di responsabilità delle piattaforme. Il cberspazio è stato costruito sul principio della libertà e della neutralità della rete per permettere la libertà di espressione.

Il principio guida del cberspazio per antonomasia, approvato dalla legislazione degli Stati, è quello della neutralità della rete ed è a partire da questo principio che si sviluppano le sfide ai diritti e ai doveri<sup>38</sup>.

Il principio di neutralità della rete stabilisce come regola generale che “tutti i contenuti che circolano su internet devono ricevere lo stesso trattamento e non essere discriminati per la loro origine, utilizzo o applicazione”. Con questo principio i poteri pubblici cercano di articolare l’architettura del cberspazio secondo una finalità pubblica generale ed astratta con cui ricomporre l’azione pubblica (sovrapponendo in questo modo interessi e attori particolari)<sup>39</sup>. E lo fanno guidando l’azione degli attori privati, ponendo limiti ai poteri privati che configurano l’architettura della rete, cercando di preservarne la neutralità originaria, la sua libertà, ma lasciando le decisioni vere e proprie nelle mani delle aziende private ed escludendo la responsabilità di queste ultime.

L’alfa e l’omega della neutralità della rete è la libertà. L’architettura del cberspazio si è sviluppata a partire da questo valore universale e il principio di neutralità ha dato forma e contenuto alla rete quando, all’inizio del millennio, la Federal Communication Commission (FCC) statunitense ha sviluppato le c.d. ‘quattro libertà’ di internet: libertà di accesso ai contenuti, libertà di utilizzo delle applicazioni, libertà di connettere dispositivi personali, libertà di ottenere informazioni sul piano dei servizi. Successivamente, i governi nordamericani (o statunitensi) più progressisti hanno cercato di dare un impulso alla dimensione della responsabilità nella rete rispetto a quella della libertà, aggiungendo nuovi principi come la non discriminazione in relazione all’accesso di altri fornitori di contenuti e applicazioni e la trasparenza sulle pratiche dei fornitori<sup>40</sup>. Pertanto, come si vede, il valore della libertà è stato coniugato attraverso il principio di neutralità, inteso in senso eminentemente commerciale, con la libertà del mercato digitale.

Sarà la regolazione europea quella che più concretamente conetterà i diritti e i doveri degli attori del mercato digitale con i diritti fondamentali di natura pubblica<sup>41</sup>, proponendo uno sviluppo della

<sup>37</sup> N. P. Suzor, *Lawless. The Secret rules that govern our digital lives*, Cambridge, 2019.

<sup>38</sup> J. F. Sanchez Barrilao, *La neutralidad de Internet como objeto constitucional*, in J. Valls Prieto (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor, 2018, p. 233 ss.; Id. *El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26/2016.

<sup>39</sup> J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad (aproximación al trasfondo de la crisis)*, Madrid, 2013, p. 83.

<sup>40</sup> J. F. Sánchez Barrilao, *El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad*, in *Estudios en derecho a la información*, 9/2020, p. 49 ss.

<sup>41</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico).

neutralità in senso “procedurale”, invocando i principi di prevenzione e precauzione<sup>42</sup> e collegando tale neutralità con una finalità pubblica.

Come ha affermato Sánchez Barrilao, nel principio di neutralità si può osservare una doppia dimensione. Da un lato, una neutralità sostanziale – o soggettiva – basata sui limiti all’intervento degli attori statali e privati che impediscono la pluralità dell’attività, dell’informazione e della comunicazione. Dall’altro, una neutralità procedurale o oggettiva, che va oltre la visione della neutralità privata e commerciale, collegandola a garanzie e principi costituzionali<sup>43</sup>.

Questa seconda versione del principio di neutralità implica la combinazione di due dimensioni, quella soggettiva della libertà degli attori, che deve presiedere l’azione nel cberspazio e quella oggettiva della libertà in tale spazio; quest’ultima è una dimensione finalistica ed indica che la libertà nel cberspazio non si esaurisce nella libera concorrenza nel mercato, ma richiede la costruzione di un mercato delle “idee” plurale, che consente la formazione dell’opinione pubblica come soggetto essenziale della democrazia costituzionale<sup>44</sup>. In altre parole, si tratta di una dimensione più profonda che esprime un’opzione per un determinato sistema politico e sociale, al di là di un mero “laissez faire”.

Nonostante tutto, questa dimensione oggettiva della neutralità, in quanto garante del pluralismo politico e ideologico in una società democratica, non è riuscita a distaccarsi dalle basi del mercato e delle relazioni private. Non ha compiuto il salto verso una impostazione pubblica e questo si nota nel recente Regolamento UE sui servizi digitali (GUCE, 27.10.2022, L. 277/1), noto come *Digital Services Act*.

Questo nuovo regolamento modifica la precedente direttiva sul commercio digitale del 2000, mantenendone l’impianto di base. Ne deriva che continua a mettere al centro il mercato digitale, definendo le responsabilità dei fornitori di servizi intermediari – anche in materia di contabilità – in particolar modo per le piattaforme online come i social network (obblighi di diligenza nelle procedure di notifica e azione in relazione ai contenuti illegali). Il nuovo regolamento stabilisce inoltre il diritto di impugnare le decisioni di moderazione dei contenuti delle piattaforme, l’obbligo di creare commissioni consultive sui contenuti, con un livello più elevato di trasparenza e contabilità per i procedimenti di moderazione utilizzati dai fornitori di queste piattaforme, per la pubblicità e per i processi algoritmici.

In particolare, ciò che rileva del regolamento è che per la prima volta entra a pieno titolo nella limitazione del potere diretto delle imprese nell’ecosistema: impone obblighi di sviluppo degli strumenti di gestione del rischio al fine di tutelare l’integrità dei loro servizi contro l’uso delle tecniche di manipolazione per le principali imprese con oltre 45 milioni di destinatari del servizio (10% della popolazione dell’Unione).

Il *Digital Services Act* è senza dubbio un grande passo in avanti, in quanto il linguaggio emergente è quello dei diritti fondamentali dei cittadini europei considerati come limiti al potere delle imprese; in altri termini si tratta di un linguaggio costituzionale. Tuttavia, l’idea di fondo non sembra essere quella di cittadini che navigano in uno spazio pubblico digitale, quanto piuttosto quella di utenti e consumatori di servizi che si relazionano con imprese commerciali. La logica è la stessa della direttiva sul commercio elettronico del 2000 i cui punti di forza erano la promozione della autoregolazione (art. 16 della direttiva), la composizione extragiudiziale delle controversie (art. 17) – due elementi

---

<sup>42</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla comunicazione della Commissione “Apertura e neutralità della rete Internet in Europa”, COM(2011) 222 definitivo.

<sup>43</sup> J. F. Sánchez Barrilao, *El internet en la era Trump*, cit.: “es decir, que tal intervención pública en la red ha de llevarse a cabo garantizando que ésta se mantenga como un nuevo espacio digital y plural de expresión, comunicación e información de las personas, en aras de una neutralidad sustantiva o material sobre la red y sus contenidos, así como de las personas que los visitan y visitan [...] se va a requerir de cierta formalización de la neutralidad a fin de garantizar realmente la referida neutralidad material o sustantiva. O lo que es igual, la consideración de la neutralidad formal como proyección objetiva de la neutralidad material; en ambos casos, como nuevos principios constitucionales que se proyectan desde la base misma del Estado constitucional y democrático de derecho respecto del actual (pero cambiante) contexto tecnológico-digital que determina la comunicación (social, económica, política, jurídica y cultural) en el marco constitucional”.

<sup>44</sup> Queste due dimensioni sono alla base di tutte le libertà comunicative nella loro configurazione costituzionale: al riguardo A. Aguilar Calahorro, *El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e Internet*, in *Revista de Derecho Político*, 100/2017.

caratteristici del diritto dei consumatori – e l'esenzione della responsabilità delle imprese come compenso del loro dovere di neutralità dei contenuti (art. 14)<sup>45</sup>.

Questa conclusione non è alterata dagli sforzi che le istituzioni e i governi dell'Unione stanno compiendo dalla Dichiarazione di Tallinn sull'eGovernment del 2017. In essa c'è l'impegno dei Governi di dare l'esempio nello sviluppo di un cyberspazio che rispetti i diritti ma in cui si sviluppino "i principi centrati sull'utente" dell'amministrazione elettronica pubblica e privata. La "Dichiarazione di Berlino sulla società e il governo digitale basato sul valore"<sup>46</sup> dell'8 dicembre 2020 è un esempio di come i principi e i valori europei che governano il cyberspazio si stabiliscono nel contesto del mercato digitale o della considerazione dei cittadini come utenti dei servizi<sup>47</sup> nonostante i suoi 7 principi guida dell'Unione nella società digitale<sup>48</sup>. La successiva "Dichiarazione di Lisbona su una democrazia digitale con uno scopo" del 2021, ha posto le basi per la recente proposta della Commissione dell'8 gennaio 2020 al Parlamento europeo e al Consiglio su una "Dichiarazione su diritti e principi digitali per tutti nell'Unione europea". Una dichiarazione che utilizza un linguaggio possibilista e che avrà senza dubbio un impatto nell'applicazione delle norme nell'Unione europea ma che evidenzia, ancora una volta, "un modello di trasformazione digitale che rafforza la dimensione umana dell'ecosistema digitale e ha come fulcro il mercato unico digitale".

La centralità del mercato, i rapporti di natura privata e di consumo che presiedono la regolamentazione europea sono strettamente aderenti (forse troppo) alle competenze dell'Unione europea e alla base giuridica del regolamento, l'articolo 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che attribuisce le competenze per il ravvicinamento delle legislazioni sul mercato interno<sup>49</sup>. In questo scenario mercantilista, la Dichiarazione dei diritti digitali e dei principi dell'Unione presenta una serie di "valori", nel senso stretto del termine, laddove nel quarto considerando segnala come l'obiettivo sia quello di fissare delle "intenzioni politiche comuni" per governi, aziende e attori che agiscono nel cyberspazio, nello sviluppo ed applicazione di nuove tecnologie. Tali valori sono i seguenti: solidarietà e inclusione, libertà di scelta, partecipazione allo spazio pubblico digitale, sicurezza protezione e responsabilizzazione, sostenibilità, democrazia, Stato di diritto e giustizia effettiva.

#### 4. I valori digitali stanno svolgendo una funzione costituzionale?

Una volta esposte le diverse versioni dei valori nello spazio digitale, occorre tornare all'idea principale di questo contributo: la guerra dei valori che si sta conducendo nell'ambito globale offline come specchio, e forse causa, del potere on line.

La domanda a cui occorre rispondere a questo punto è: i valori stanno svolgendo una funzione costituzionale? Possono i valori costituzionali trasferirsi all'ambito online?

<sup>45</sup> Per tutte cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 22 giugno 2021, C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson*.

<sup>46</sup> *Berlin Declaration on Digital Society and Value-Based Digital Government at the ministerial meeting during the German Presidency of the Council of the European Union on 8 December 2020* (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/node/479>).

<sup>47</sup> Come si segnala nell'esposizione dei motivi, la Dichiarazione di Berlino fa seguito alla Dichiarazione di Tallinn sull'eGovernment che sviluppa "i principi basati sull'utente".

<sup>48</sup> Tali principi sono i seguenti: validità e rispetto dei diritti fondamentali e dei valori democratici in ambito digitale; partecipazione sociale e inclusione digitale per plasmare il mondo digitale; empowerment e alfabetizzazione digitale, permettendo a tutti i cittadini di partecipare alla sfera digitale; fiducia e sicurezza nelle interazioni tra i governi digitali, per permettere a tutti di navigare nel mondo digitale in modo sicuro, di autenticarsi e di essere riconosciuti digitalmente all'interno dell'UE; sovranità digitale e interoperabilità, come chiave per garantire la capacità dei cittadini e delle pubbliche amministrazioni di prendere decisioni e agire in modo autodeterminato nel mondo digitale; sistemi centrati sull'uomo e tecnologie innovative nel settore pubblico, che rafforzino il suo ruolo pionieristico nella progettazione di tecnologie sicure e affidabili; una società digitale resiliente e sostenibile, che sia in linea con il Green Deal e che utilizzi le tecnologie digitali per migliorare la sostenibilità dei nostri sistemi sanitari.

<sup>49</sup> Cfr. l'articolo 114.1 TFUE: "Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno."

#### 4.1. *La configurazione dei valori costituzionali*

In condizioni socio-politiche globali di crisi, i valori giuridici, come ha sottolineato Gustavo Zagrebelsky, come «elementi creativi ed esprimono perciò non il diritto ma una “politica del diritto” trovano un terreno fertile e si rendono necessari come antitetici al “normativismo classico” poiché “quando, rispetto a determinate materie ‘scottanti’, si scontrano esigenze di regolazione plurali e punti di vista tutti degni di riconoscimento, il diritto per regole non è idoneo a governare la complessità e soccorre il diritto per principi”. Non è casuale il fatto che “esso si sviluppi particolarmente nelle cosiddette società pluraliste e rispetto a questioni in cui si intrecciano diritti, interessi, ideologie e aspirazioni confliggenti”<sup>50</sup>.

La battaglia assiologica può significare che i valori siano più che mai necessari per erigersi a fondamento di un nuovo spazio globale e interconnesso. In sostanza, i valori realizzano una finalità integrativa<sup>51</sup>, come «meta norme<sup>52</sup>». Servono, come affermerà Gustavo Zagrebelsky, come criteri di validità dell’azione o del giudizio diretto al risultato, non come criteri di azione o di giudizio in sé<sup>53</sup>.

Per assolvere a tale funzione, tuttavia, i valori devono essere oggettivamente configurati in termini giuridici, perché essendo realtà estremamente aperte che richiedono di essere concretizzate, possono cedere il passo, come si è visto, a interpretazioni soggettive.

La guerra dei valori, tanto a livello interno che esterno, in quanto guerra di tutti contro tutti, restituisce il concetto di valore costituzionale nella sua accezione negativa, soggettivizzata, utilizzata da Carl Schmitt nei termini di una “promiscuità dei valori”. Si tratta di un concetto nel quale i valori si fanno valere, non in nome di qualcuno, ma sempre “contro qualcuno”. Il celebre autore, nel suo appello contro La tirannia dei valori ha segnalato i rischi nel dare contenuto a tali valori, che possono comportare una “guerra di tutti contro tutti per imporre la propria validità”. I valori valgono sempre per qualcuno, ma anche, e questo è fatale, “valgono sempre anche contro qualcuno”, detto in altri termini: “la negazione di un valore negativo è un valore positivo a seconda di chi considera l’uno o l’altro”<sup>54</sup>.

Proprio contro questa natura soggettiva José Ortega y Gasset ha scritto il saggio *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?* che ha destato una profonda impressione all’epoca in cui venne pubblicato per la prima volta nella *Revista de Occidente* (1923). L’aver inquadrato i valori nella oggettività e il trattamento matematico rappresentarono un avanzamento significativo rispetto alle “ideologie” positiviste e al nichilismo del XIX secolo. Ortega cerca di ricostruire la teoria dei valori a partire da parametri oggettivi, non come “una *quaestio facti* sino una *quaestio juris*. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia [...] no son pues los valores un don que nuestra subjetividad hace a las cosas, son una extraña, sutil casta de objetividades que nuestra conciencia

---

<sup>50</sup> G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31(2)/2002, p. 865 ss.

<sup>51</sup> G. Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, 1984, p. 50 ss.

<sup>52</sup> N. Bobbio, s.v. “Norma”, in *Enciclopedia Einaudi*, t. IX, Torino, 1980.

<sup>53</sup> G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori principi o regole?*, cit.

<sup>54</sup> C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, in *Revista de estudios políticos*, 115/1961, p. 65 ss., in cui in modo distruttivo, sosterrà che il termine “no es exclusivo del vocabulario de Hitler, el cual aludió con frecuencia e insistencia al valor”. Per tale autore si trascura il limite stabilito anteriormente alla filosofia dei valori secondo la quale (p. 74): “las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en un valor por obra y gracia de la filosofía de valores [...] Hay que tener en cuenta que el valor, según la filosofía de valores, no tiene un ser, sino una validez. El valor no es, sino vale. Algunos hablan del ser ideal de los valores, pero no es necesario profundizar en semejantes matices porque, de todos modos, el valor, como tal, no es, sino precisamente, vale. El valor, sin embargo, implica un afán muy fuerte a la realización, como veremos más adelante. El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento [...] Hay filósofos de los valores objetivos que opinan que la vida física de los hombres actualmente vivientes no es el valor supremo, y, por consiguiente, no tienen reparos en aplicar los medios de destrucción de la ciencia y técnica moderna para imponer aquellos valores supremos; y hay otros filósofos que sostienen que es un crimen destruir la vida humana por supuestos valores mayores”.

encuentra fuera de sí, como encuentra los árboles y los hombres”. I valori, quindi, non rilevano in sé, ma si presentano come “qualità delle cose”<sup>55</sup>.

Il dibattito normativo sui valori si è incentrato su due questioni. La prima segnata dalla relazione tra morale e diritto: se i valori derivano da una morale intrinseca al diritto (Fuller<sup>56</sup>), se sono dedotti dal diritto stesso (Dworkin<sup>57</sup>) o se non sono altro che regole positive aperte (Hart<sup>58</sup>). La seconda, relativa ai valori in quanto norme aperte, riguarda la questione su chi dovrebbe essere incaricato di specificarle nella causa: se il legislatore democratico (Habermas<sup>59</sup>) o il giudice, un giudice al quale la norma attribuisce la potestà per produrre norme (si pensi alla giustizia costituzionale come a un legislatore negativo in Hart o Kelsen<sup>60</sup>) o un giudice che attraverso la sua motivazione funge da anello di congiunzione tra la norma e la realtà sociale (Dworkin e Ross<sup>61</sup>). Questo secondo dibattito è quello che interessa rispetto alla costruzione giuridica del cberspazio.

Non sono poche le voci critiche rispetto all'utilità dei valori costituzionali nel mondo giuridico. Sono noti al riguardo i dibattiti sorti a seguito della sentenza Lüth del *Bundesverfassungsgericht*, nella quale si riconosce efficacia indiretta ai diritti fondamentali nelle relazioni tra individui secondo un ordine di valori oggettivo: “I diritti fondamentali sono innanzitutto diritti di difesa del cittadino contro lo Stato; tuttavia, nelle disposizioni sui diritti fondamentali della Legge fondamentale si incorpora anche un ordine di valori oggettivo che in quanto decisione costituzionale fondamentale è valida per tutte le sfere del diritto”<sup>62</sup>.

Si è affermato che se i diritti costituzionali comprendono un ordine di valori e se i valori sono per definizione disposizioni aperte, astratte, che richiedono di essere precisate, la costituzione non potrebbe assolvere alla sua funzione primaria, e cioè limitare il potere, ma, al contrario, amplierebbe tale potere e la sua azione così come l'interpretazione di ogni valore. Si è anche detto che la costituzione non può essere un quadro astratto in nome dei valori, una sorta di ‘uovo cosmico’ o più prosaicamente un supermercato in cui si possa scegliere il contenuto concreto, ma piuttosto un limite preciso rispetto all'azione del potere, poiché solo in questo modo essa può trovare la sua normatività<sup>63</sup>.

Il problema dei valori è quindi la loro stessa apertura: sono norme aperte, astratte, difficili da precisare e pertanto lasciano un'immensa discrezionalità nelle mani dei giudizi quando sono utilizzati come mezzo di risoluzione dei conflitti<sup>64</sup>. Per questo si è sostenuto in sostanza che non spetta al

<sup>55</sup> J. Ortega y Gasset, *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, in Id. *Obras completas*, t. 6, Madrid, 1983, p. 315 ss. Come ha sottolineato il filosofo spagnolo, la filosofia positivista dei fatti o dei fenomeni puri ha teso a osservare i valori come valutazioni soggettive e pertanto difficili di essere generalizzare, faticosamente trasferibili a enunciati giuridici e ancora meno capaci di generare giudizi non discrezionali. Secondo Ortega: “el positivismo hace de las cosas circundantes un conglomerado de sensaciones y nada más» por lo que prescinde de que el conocimiento de los objetos pueda ser una experiencia preexistente al propio sujeto y su aproximación al mismo y ello conduce a que desconozca el fenómeno mismo que quisiera explicar”. Ne deriva che un approccio positivista al fenomeno dei valori difficilmente può concepire l'oggetto scientifico come un a-priori o un contrario all'atto normativo o alla volontà di potenza ma come una mera “emanación de aspiraciones personales, del sentimiento o apetito subjetivo”. Per un riassunto dei problemi della pre-comprensione nella metodologia positivista rinvio a A. Aguilar Calahorra, *Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el Derecho constitucional*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, p. 147 ss.

<sup>56</sup> L. L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart*, in *Harvard Law Review*, 71-4/1958, p. 630 ss.

<sup>57</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio* (trad.), Barcelona, 7 ed. 2009.

<sup>58</sup> H. H. L. Hart, *El concepto de Derecho* (trad.), Buenos Aires, 1963, p. 155 ss.

<sup>59</sup> J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, (trad.) Madrid, 5 ed. 2008.

<sup>60</sup> H. L. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, (trad.) Ciudad de México, 2000 (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/38/tc.pdf>); Id. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71/1957.

<sup>61</sup> H. Kelsen, *Alf Ross. Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia*, in P. Casanovas e J. J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994; Id., *Esencia y Valor de la Democracia*, Granada, 2002; A. Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho* (trad.), Buenos Aires, 1961.

<sup>62</sup> Sentenza del Tribunale costituzionale tedesco BVerfGE 7, 198 de 15 gennaio 1958.

<sup>63</sup> E. Forsthoft, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975, pp. 124-125 e 257-263; J. Isensee, *El pueblo fundamento de la Constitución*, in *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 6/2005, p. 335 ss.

<sup>64</sup> H. L. A. Hart, *Post scriptum al Concepto del Derecho*, cit., p. 269.

giudice determinare il contenuto dei valori ma al legislatore democratico e che il giudice deve essere soggetto soltanto alla legge e alla volontà democratica che esprime<sup>65</sup>.

Per questo il fenomeno della comparsa dei valori nel diritto assunto dal positivismo critico, è arrivato ad essere considerato come un affronto o un limite alle procedure di deliberazione democratica a favore di una "autocomprensione metodologica dei giudici", basata su "una teoria dei valori". Una teoria che mette a disposizione dei tribunali un intero arsenale di competenze decisorie aperte o "discrezionali" (nel senso di Hart), per essere poi concretizzati nello specifico di un contenzioso giudiziario. Difatti, essendo innegabilmente aperti, i valori "stabiliscono delle relazioni di preferenza, le quali ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri; per questo con le proposizioni valutative noi possiamo essere più o meno d'accordo", e il conflitto che ne deriva richiede una mediazione giudiziaria.

In questo modo la teoria dei valori, secondo tali critici, suppone una rivalutazione della magistratura nei confronti del legislatore e presuppone che la decisione giurisdizionale fondata sui valori diventi discrezionale e non soggetta alla "legge".

E tuttavia secondo Habermas queste dicotomie si basano su una confusione: "il problema stesso è l'assimilazione dei principi giuridici ai valori"<sup>66</sup>. La confusione è tra la fonte "valore" e la fonte "principio generale". Zagrebelsky stabilisce una sottile differenza tra valori e principi. In un "diritto mite", come quello del ciberspazio, la distinzione tra valori e principi permette di configurare una triade sequenziale tra valori-principi-regole: un nesso costitutivo della validità del diritto, un assioma "che precede lo stesso diritto costituzionale positivizzato, il potere stesso di scrivere una costituzione"<sup>67</sup>. I valori sono specificati mediante principi e i principi per mezzo delle regole. I principi orientano l'azione attraverso un risultato ma i valori legittimano l'azione stessa. È per questo che i valori sono una definizione della coscienza collettiva, della coscienza della comunità che legittima il desiderio o il bisogno di convivere nella società. Ecco perché i valori esprimono i fondamenti della società e l'adesione ad essi consente l'integrazione degli individui nella comunità politica, e i principi, nello sviluppo di quelli, guidano direttamente i poteri pubblici per raggiungere determinati obiettivi. La distinzione non è banale, se si consente, come fa notare Habermas, per superare le critiche.

Dal germe della Dichiarazione Universale dei Diritti, i valori sono stati costituzionalizzati come anello di congiunzione tra filosofia, politica, coscienza comunitaria e ordinamenti giuridici. Sono sorti come un correttore introdotto dal positivismo critico del dopoguerra. Dopo la seconda guerra mondiale, i valori costituzionali hanno rappresentato il legame tra il campo naturale del diritto naturale e del diritto positivo, tra ambito politico e giuridico, tra la coscienza della comunità e l'efficacia della legge.

In tal senso, le costituzioni normative del secolo XX hanno generalizzato la positivizzazione dei valori. Il costituzionalismo normativo si trova caratterizzato da questi valori e al tempo stesso attribuisce loro una dimensione oggettiva. Una volta positivizzati si convertono in norme e si configurano come una via di fuga per i tribunali, una guida per risolvere lacune, uno strumento per risolvere momenti di crisi del diritto nei quali si legittima l'ermeneutica giudiziaria rispetto ai bisogni sociali.

I valori hanno permesso, da un lato, di coniugare il pluralismo politico. Sono stati gli elementi di identificazione della cittadinanza nella comunità politica, di integrazione delle differenti opzioni politiche, sociali, religiose, vitali in un quadro giuridico comune dopo il disastro delle guerre mondiali. Un quadro aperto che deve dare spazio a tutte le opzioni politiche e sociali per la ricostruzione della società. Hanno permesso di giuridificare l'integrazione sociale.

In campo strettamente giuridico, i valori hanno fornito una comprensione dei diritti fondamentali in senso integrativo, non solo come meri limiti al potere pubblico che preserva spazi di libertà individuale, ma come cornice di un gioco plurale nel quale possono integrarsi tutte le visioni sociali e che serve da

---

<sup>65</sup> J. Habermas, *Fatti e norme. Contributo a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit. pp. 338 e 349.

<sup>66</sup> In riferimento alle critiche di Böckenförde alla metodologia del Tribunale costituzionale tedesco ricorrendo alla "tirannia dei valori" di Schmitt, cfr. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., p. 328.

<sup>67</sup> *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

catalizzatore tra il potere pubblico e la cittadinanza<sup>68</sup>. In questo modo il costituzionalismo ha cominciato ad essere compreso non solo come un mero limite passivo tra l'individuo isolato e il potere pubblico ma come un quadro sociale richiesto dalle azioni positive da parte dei poteri pubblici per raggiungere l'integrazione sociale; questo ha significato, inoltre, aprire la porta all'effettività dello Stato sociale e ai diritti sociali, intendere il potere politico come un agente che fornisce servizi e andare oltre principio di uguaglianza formale verso una comprensione dell'uguaglianza materiale, andare oltre il principio democratico come mera procedura verso la comprensione della democrazia in senso sostanziale<sup>69</sup>.

I valori, in definitiva, sono disposizioni giuridiche appena tratteggiate, incubate nella dimensione politica, economica, sociale del tempo che ogni generazione deve vivere. Prodotto dell'intelligenza collettiva, frutto di traumatiche esperienze collettive e pressanti bisogni comuni di riconciliazione, svolgono una funzione: la reintegrazione della società dopo momenti di crisi e di rottura, e per questo devono puntare all'integrazione del pluralismo sociale, alla costruzione di una comunità politica plurale. Parafrasando Zagrebelsky, il valore "vale" come "autorizzazione all'azione o giudizio rivolto al risultato" (reintegrare una società frammentata e riconvertirla in una comunità politica) non sono un mero "criterio per l'azione e il giudizio" ma l'autorizzazione all'azione destinata al risultato. Da qui il loro "valore" per reintegrare la comunità in tempi di crisi.

È necessario, tuttavia, comprendere i valori da una prospettiva di diritto positivizzato. I valori sono disposizioni giuridico-costituzionali che devono avere un significato concreto, oggettivo, determinato. Non sono mere aspirazioni sociali o desideri. Non può ignorarsi che nelle costituzioni dove i valori sono stati positivizzati si mitiga la polemica. Se il problema della identificazione dei valori si trasferisce al costituente, il loro contenuto è stabilito dal testo costituzionale. Il problema invece compare successivamente ed è un problema di interpretazione nel caso concreto. È in questa interpretazione si presenta il dilemma: se è il giudice o il legislatore democratico che deve modellarli nel caso concreto.

Ebbene, in un clima di guerra totale sui valori che vanno applicati in una sfera globale come quella digitale, l'oggettività dei valori è particolarmente necessaria per integrare le società, per permettere l'identificazione degli attori in un progetto politico comune, una comunità o cibercomunità globale. Questo lavoro di determinazione del contenuto di identificazione del valore in un caso concreto, in un'epoca di crisi come quella che stiamo vivendo non può spettare al legislatore democratico. Il legislatore non è, a mio avviso, una soluzione convincente per la determinazione dei valori. In un'epoca di crisi, la rappresentatività politica è la prima a risentire della frammentazione sociale che si traduce in frammentazione politica e nella comparsa di estremismi inconciliabili. Di qui la guerra dei valori. Di uno stesso concetto possono darsi concezioni differenti che portano ad una guerra tra convinzioni contrastanti, anche intime e personali. In un'epoca di crisi non si può lasciare la determinazione dei valori in mano al legislatore democratico o al gioco politico perché la conseguenza è una frattura del tessuto sociale della comunità, l'espulsione di una parte della società.

Chiedersi chi deve essere il guardiano dei valori costituzionali corrisponde a domandarsi chi deve essere il custode della Costituzione. Del resto, le opzioni - vale a dire la strada politica per la rappresentanza del popolo o quella giurisdizionale mediante un tribunale specializzato - sono le stesse presentate da Schmitt e Kelsen<sup>70</sup>. L'interprete dei valori, in un'epoca di crisi in cui la comunità globale e il ciberspazio si trovano frammentati, deve essere il giudice, un tribunale, un organo giurisdizionale.

Un esempio della competenza funzionale dei tribunali costituzionali nella determinazione dei valori, dal punto di vista della idoneità a risolvere conflitti in un momento di crisi sul caso concreto (e non della politica o del procedimento democratico) e del problema di affidarne la determinazione alla

<sup>68</sup> Si veda P. Ridola, *Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo*, in *Revista Derecho del Estado*, 15/2003; Id. *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

<sup>69</sup> W. Sadurski, *Law's legitimacy and democracy plus*, in *Oxford journal of legal studies*, 26-2/2006, p. 337 ss.

<sup>70</sup> H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995.

politica, si trova, nell'ambito dell'UE: si pensi al caso della Polonia riguardo alla violazione del valore costituzionale della rule of law<sup>71</sup>.

Nell'UE i valori dell'articolo 2 TUE hanno una reale efficacia giuridica in quanto tali, considerato che sulla base degli stessi possono entrare a far parte dell'Unione solo gli Stati che li rispettano.

Inoltre, esiste un procedimento, previsto dall'articolo 7 TUE, per avvertire e sanzionare gli stati che violino tale valore. Si tratta del procedimento che permette di constatare l'esistenza di un rischio o di una violazione dei valori. Eppure, è un procedimento politico: "l'obiettivo non deve essere quello di imporre sanzioni, ma di trovare una soluzione che salvaguardi [i valori] con la cooperazione e il sostegno reciproco come elementi centrali e senza escludere una risposta efficace, proporzionata e dissuasiva come ultima risorsa". Tuttavia, il procedimento richiede il conseguimento di unanimità che ne impedisce nella pratica l'efficacia. È un procedimento politico a tutti gli effetti di carattere diplomatico e di negoziazione.

La difesa dei valori costituzionali che ruota intorno all'unanimità nel Consiglio europeo (art. 7 TUE) è stata assolutamente inefficace e priva di operatività, per esempio, nel momento attuale rispetto ai casi della Polonia e dell'Ungheria.

Tuttavia, trasferendo l'analisi di tali valori all'ambito giurisdizionale, essa ha prodotto dei risultati almeno in concreto. Si veda, al riguardo, in difesa del valore dello Stato di diritto, l'ordinanza della CGUE del 2018 nella quale si sospende in via cautelare l'entrata in vigore della riforma della legge della Corte suprema polacca a causa della possibilità di una reale violazione dei valori dell'Unione e per i suoi possibili effetti indiretti sull'articolo 19 TUE in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta (diritto di difesa e ad un giudice imparziale).

Occorre evidenziare che l'azione della CGUE si basa in definitiva e in forma esplicita nel valore della rule of law. Inoltre, deve anche essere segnalato che l'argomento trova riscontro in questo caso perché si realizza seguendo un percorso ordinato, come quello che difende Zagrebelsky nella sua triade concettuale, l'assioma valore-principio-diritto. L'Unione europea, va riconosciuto, si è dimostrata particolarmente efficace al momento di distinguere tra valori e principi generali e attribuirli funzioni diverse.

## 5. Epilogo: i valori costituzionali possono essere trasferiti al ciber spazio?

I valori costituzionali possono e devono svolgere una funzione di integrazione della comunità digitale. La loro funzione è precisamente quella di consentire l'identificazione tra i cittadini (utenti) e la comunità alla quale appartengono, attraverso norme di contenuto sufficientemente aperte che diano spazio alle diverse opzioni politiche. Integrando gli estremi in un valore universale comune legittimano i principi di funzionamento del sistema e i procedimenti di assunzione delle decisioni. Tuttavia, devono essere universali o almeno esprimere la coscienza collettiva della comunità.

Non è in dubbio che i sistemi di intelligenza artificiale potranno, ad un certo punto, identificare quali siano questi valori comuni agli attori del ciber spazio che corrispondono, né più né meno, all'umanità. Ciononostante, negli anni '50 la Dichiarazione universale dei diritti umani sembrò rappresentare

---

<sup>71</sup> Cfr. Ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CJUE) del 19 ottobre 2018, *Commissione c. Polonia* (C-619/18 R, non pubblicata, EU:C:2018:852), in cui la vicepresidente del Tribunale di Giustizia accolse provvisoriamente la richiesta di sospensione cautelare della entrata in vigore degli articoli 37, commi da 1 a 4, e 111, comma 1 e 1 bis, della nuova legge della Corte suprema polacca, così come dell'articolo 5 della legge di modifica del 10 maggio 2018 e qualunque altra misura adottata in applicazione di tali disposizioni che alterava l'età di pensionamento dei giudici dei tribunali apicali dello Stato. Nel caso polacco sulla violazione dello stato di diritto, la CGUE si è pronunciata con sentenza del 24 giugno 2019, nella causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531 segnalando, punti 58 e 59, che: "Questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto"; "Alla luce di quanto precede, le norme nazionali censurate dalla Commissione nel suo ricorso possono essere vagliate alla luce dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma".

buona parte di questi valori globali. Potremmo concordare sul fatto che la Dichiarazione determinò alcuni valori universali che possono considerarsi il germe, la radice della comunità politica globale.

Il problema di questi valori universali, per essere considerati costituzionali è che devono essere considerati oggettivizzati attraverso meccanismi che permettano di concretizzarli in momenti di crisi. Il loro contenuto deve essere specificabile e determinabile e a tal fine si richiede una autorità e meccanismi di garanzia. Altrimenti, le differenze ideologiche finiscono per svuotare di significato la funzione costituzionale dei valori ed il loro essere un punto di incontro della comunità politica globale.

La determinazione delle qualità dei valori costituzionali in un ciber spazio globale o dei loro contenuti non possono attribuirsi, in condizioni eccezionali di fratture sociali e internazionali, a organi politici, in quando al di là di risultare inutile a livello interno, non esiste a livello esterno alcun foro legittimato e dotato di autorità sufficiente (risentiamo ancora del principio di sovranità in un mondo polarizzato). Potremmo essere d'accordo sul fatto che risulta assurdo attribuire tale potere a organi privati o a corporazioni commerciali (come consigli consultivi delle piattaforme) la cui applicazione e determinazione dipende da organi, consigli consultivi privi di una indipendenza garantita a senza rispetto per i diritti formali e sostanziali del diritto di difesa.

L'opinione che si esprime è che i valori costituzionali sono rilevanti per ordinare il ciber spazio ma la loro funzione di integrazione richiede l'adozione di misure a livello interno ed esterno.

A livello esterno, in modo che possano svolgere la loro funzione di integrazione nel ciber spazio, probabilmente, la loro determinazione e applicazione potrebbe essere attribuita a organi giurisdizionali su scala globale. Del resto, già esistono Tribunali internazionali che svolgono questa funzione di risoluzione delle controversie nell'ambito del diritto di "navigare" in uno spazio libero e di tutti, come il Tribunale internazionale per il diritto del mare. Si immagini allora un tribunale di questa portata, specializzato, e che garantisca e difenda una "world wide web" *res comunis omnium*. Autori inclini a risaltare il momento della decisione democratica su quella giudiziale, come J.H. Ely, hanno riconosciuto che il processo giudiziale può servire da quadro dialettico per determinare alcuni elementi previ a tutto il sistema politico. In particolare, considerano che il procedimento giurisdizionale può servire da salvaguardia ultima per l'adozione di decisioni relative ad elementi essenziali per il dibattito democratico come la partecipazione politica o la libertà di espressione<sup>72</sup>, vale a dire due elementi chiave per la comunità politica.

Quel che è certo è che i sistemi di garanzia multilivello dei diritti stanno contribuendo a determinare il contenuto comune dei valori costituzionali su larga scala. È proprio grazie alla giurisdizione di tribunali regionali, quali la Corte interamericana dei diritti dell'uomo o la Corte europea dei diritti umani che, indubbiamente, si sta determinando progressivamente il contenuto dei grandi valori della Dichiarazione universale. È probabilmente per tale ragione che gruppi politici e governi favorevoli all'adozione di valori particolaristici e autoritari avvertono la minaccia derivante dall'appartenenza a tali accordi regionali di garanzia dei diritti umani, vedendo con sospetto la fissazione di tali valori da parte dei tribunali.

L'accesso ai tribunali in qualità di soggetti dotati di legittimazione attiva e passiva da parte di queste compagnie tecnologiche che dominano il ciber spazio e che superano di gran lunga il potere economico e politico di alcuni degli stati aderenti ai trattati in materia di diritti umani potrebbe articolare un sistema di valori costituzionali condiviso e pubblico nell'ambito del ciber spazio. Lo stesso Tribunale internazionale per il diritto del mare estende la propria giurisdizione a società private di natura commerciali che operano nella *res comunis omnium* (si veda la parte XI della "Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare"). Valori che si convertirebbero in universali per la natura della rete. Sarebbe davvero inverosimile la ratifica di un trattato internazionale sui diritti – CEDU – da parte di imprese e corporazioni tecnologiche come Meta, Alphabet o Apple? Sarebbero in grado di offrire sicurezza giuridica e garanzia dei diritti umani? Sarebbe un gesto tale da aumentare la fiducia dei governi democratici nella tecnologia? Potrebbe considerarsi un sigillo di qualità per le stesse società? La presentazione di ricorsi individuali contro le società di fronte a questo tipo di tribunali internazionali dei diritti umani rappresenterebbe un progresso o una regressione rispetto

<sup>72</sup> J. H. Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad* (trad.), Santafé de Bogotá, 1997, p. 31.

alle garanzie dagli stessi assicurate? Potrebbe restituire agli utenti consumatori l'idea di essere dei cittadini dotati di diritti di fronte alle società? Forse in questo modo potrebbe distinguersi l'interesse commerciale dall'interesse pubblico e sovrapporsi il diritto al mercato, i diritti ai benefici economici.

A livello interno sarebbe necessario che la dottrina e la giurisprudenza facessero uno sforzo di determinazione con riferimento alle costituzioni nazionali al fine di sviluppare una distinzione concreta tra valori, principi e diritti. Non dovrebbe a livello interno sottovalutarsi l'assioma costitutivo valori-principi-regole in modo da intendere ogni componente di questo assioma secondo una scala che va dalla maggiore astrazione alla maggiore concretezza, proprio per epurare i conflitti concreti dalle soluzioni generali condivise. Si richiede al riguardo uno sforzo per distinguere, in particolare, la giuridicità e la natura dei principi generali e dei valori. Le costituzioni democratiche dovrebbero articolare meccanismi di efficacia dei valori simili a quelle che si sono articolate di fronte alla sfida che comportano gli stati illiberali in Europa da parte della Corte di Giustizia.

Se a livello dottrinale interno continuiamo ad essere bloccati nelle tradizionali dispute tra la dottrina dello stato e la teoria costituzionale, le forme del diritto dello stato difficilmente potranno evolvere verso forme del diritto globale. Forse, il problema della "tirannia dei valori", in quanto frutto di una logica della prima metà del secolo XX, ha ancora bisogno, da un lato, di uno sviluppo della teoria dei principi generali e, dall'altro, dei valori; non solo come meccanismo di legittimazione dell'azione politica, ma soprattutto per una effettiva tutela dei diritti.

I sistemi costituzionali normativi non sembrano essere stati capaci di specificare categorie giuridiche e distinguerle e non è stata elaborata una teoria sull'ermeneutica costituzionale che muova da questo nesso costitutivo valori-principi-regole<sup>73</sup>.

Lo sviluppo dogmatico del sistema dei valori costituzionali potrebbe, inoltre, essere approfondito dal punto di vista dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, vero nucleo dei problemi della disciplina del potere delle società private in relazione ai cittadini. I valori normativi sono essenziali per superare gli ostacoli delle relazioni tra privati rispetto all'efficacia dei diritti fondamentali, tanto odificata manecessaria nei rapporti tra utenti e società tecnologiche.

In definitiva, la funzionalità dei valori costituzionali è trasferibile alla sfera del ciber spazio in ragione del loro carattere integrativo e fondativo di una comunità. Eppure, il contenuto di tali valori deve essere specificato in modo consapevole attraverso l'intelligenza collettiva che il ciber spazio ospita nonché attraverso meccanismi giurisdizionali. Non è sufficiente che le idee possano spaziare liberamente, i sistemi democratici non sono mercati di idee, anche se ci siamo abituati a sentirlo ripetere. La libertà di espressione non è il fine ultimo delle società ma i diritti comunicativi sono uno strumento per configurare la comunità politica, ottenere il consenso e costruire una comunità. La libertà individuale di espressione non è un fine in se o ma deve tener conto della sua dimensione oggettiva e della sua funzionalità a costruire una opinione pubblica capace di cementare una società inclusiva. Il fine delle libertà comunicative è di determinare i valori che devono erigere e legittimare la stessa comunità politica in modo plurale. È possibile che i valori costituzionali non siano diversi rispetto ai diritti della Dichiarazione universale ma devono essere specificati e assunti legittimamente. In questo, sembra che il modo più realistico sia quello di utilizzare la formula di successo del sistema multilivello e i tribunali internazionali dei diritti come modalità di sviluppo progressivo. Si tratta di

---

<sup>73</sup> Ad esempio si continua a parlare di principio democratico ma la democrazia (oltre al fatto che richiede principi e procedure e, naturalmente, ha un contenuto sostanziale che passa per l'uguaglianza come punto di partenza per i cittadini e tiene conto di questioni al di fuori del diritto positivo come l'economia, la sociologia e la cultura) non può essere trattata come un principio che guida l'esercizio dei poteri pubblici, bensì come un fondamento dello stesso potere pubblico, a partire dalla quale configurare lo stesso potere pubblico. E questo è piuttosto un valore (la convinzione incarnata nella coscienza della comunità che coloro che subiscono le regole devono partecipare alla loro formazione e soprattutto che la sovranità risiede nel popolo e non nei poteri pubblici). Forse un giorno si potrà sostenere che i valori, contrariamente ai principi, non sono ponderabili tra loro. Questa idea è riassunta nel concetto che i diritti umani sono indivisibili. Tuttavia, questo ha portato a considerare che anche i diritti fondamentali sono indivisibili e che, quindi, quando un giudice fa una ponderazione tra diritti, la sua soluzione finale non conferisce effettività all'uno rispetto all'altro, ma garantisce entrambi. Penso che questa sia un'altra confusione in questo caso, tra valore e diritti.

tribunali ai quali gli utenti e le società si rivolgono per risolvere casi concreti e dai quali deriva un minimo comune denominatore dei valori nella cybersocietà. Si tratta di una visione molto lontana dagli attuali sistemi basati sulla autoregolazione, la neutralità e l'esonero di responsabilità, e più ambiziosa rispetto alla determinazione di limiti alla autonomia della volontà privata nel mercato.

Come ha segnalato Lessig:

We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control, but by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty as our founders did, by setting society upon a certain constitution. But by "constitution" I don't mean a legal text [...] Rather, as the British understand when they speak of their "constitution," I mean an architecture – not just a legal text but a way of life – that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental values<sup>74</sup>.

---

### Abstract

*La società digitale si trova in un momento chiave nella ricerca dei valori sui cui basarsi, stante che al riguardo il conflitto tra i valori degli Stati costituzionali, i valori degli Stati sedicenti illiberali e i valori stessi della rete imposti dalle grandi piattaforme tecnologiche. Il contributo si propone di argomentare che la ricerca in concreto di tali valori debba essere opera in particolare dei giudici, in tempi di polarizzazione ideologica globale.*

**Parole chiave:** conflitto globale, costituzionalismo, potere giudiziario, polarizzazione politica

\*

*The digital society is at a key moment in the search for values upon which to base itself, given to this regard the conflict between the values of constitutional states, the values of self-styled illiberal states and the network values imposed by the big technological platforms. The paper aims to argue that the concrete search for these values must be the work of judges in particular, in times of global ideological polarization.*

**Keywords:** global conflict, constitutionalism, judiciary, political polarisation

---

<sup>74</sup> L. Lessig, *El Código*, cit., p. 35 ss.