

Roberto Caso

La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati

Casi e problemi di diritto civile



Roberto Caso

**La società della
mercificazione
e della sorveglianza:
dalla persona ai dati**

Casi e problemi di diritto civile

Ledizioni

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons "Attribuzione – Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale (CC-BY-SA 4.0)" <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.it>.



I diritti d'autore sull'opera appartengono a Roberto Caso.

Le citazioni di altre opere sono riportate ai sensi dell'art. 70 della Legge 633/1941.

In copertina: Le due maschere, tragica e comica, del teatro latino. Mosaico del I secolo a.C. (Musei Capitolini) – Pubblico dominio – Wikipedia

Roberto Caso, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*
Ledizioni: febbraio 2021.

ISBN cartaceo: 9788855264211

ISBN versione ePub: 9788855264228

ISBN PDF Open Access: 9788855264389

Il volume è acquistabile nelle versioni ePub e cartacee sul sito Internet www.ledizioni.it, nelle librerie online o tradizionali.

Il PDF Open Access è scaricabile da DOAB (Directory Open Access Books) o dal sito www.ledizioni.it

SOMMARIO

Premessa	11
Introduzione	15
1. Il diritto (civile)	15
2. Il lavoro del giurista (civilista)	18
3. Struttura, contenuti e scopi del libro	22

Parte I Il metodo

Capitolo 1.	
Il metodo casistico-problematico	31
1.1 Approccio all'analisi del diritto	31
1.2 Metodo di insegnamento	33
1.3 Come si legge una sentenza: la distinzione tra ratio decidendi e obiter dictum	38
Capitolo 2.	
Gli argomenti interpretativi	41
2.1 Il problema interpretativo e le teorie dell'interpretazione	41
2.2 La teoria degli argomenti interpretativi di Giovanni Tarello	44
2.3 Argomenti interpretativi, persuasione e potere	51
Capitolo 3.	
La tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti	53
3.1 La tecnica argomentativa del bilanciamento: una mappatura di alcune decisioni	53
3.2 Il bilanciamento caso per caso e il bilanciamento definitorio	57
3.3 Bilanciamento, diritti e libertà costituzionali	59
Capitolo 4.	
Diritto e tecnologia	61
4.1 Comparazione giuridica e interdisciplinarità: «law &...»	61
4.2 Cambiamento tecnologico e mutamento giuridico	62
4.3 Diritto e tecnologia	70

Capitolo 5.	
Come si cerca l'informazione giuridica	73
5.1 Banche dati proprietarie online: cenni	73
5.2 Free Access to Law	77
5.3 La dottrina giuridica in Open Access	80
Capitolo 6.	
Come si affronta un esame scritto	85
6.1 L'esame scritto	85
6.2 Il divieto di plagio	86
6.3 Esempi di esami scritti: Casi 6-1, 6-2, 6-3	91

Parte II

Diritti della persona e diritti della personalità

Capitolo 7.	
L'evoluzione dei diritti della persona e della personalità: cenni	99
7.1 Diritti della personalità: una creazione ottocentesca	99
7.2 I diritti della persona e della personalità alla luce della Costituzione	108
7.3 La datificazione e il diritto europeo della protezione dei dati personali	112
Capitolo 8.	
Il diritto all'immagine	121
8.1 Caso 8-1: foto artistiche di nudo di una minorenne	121
8.2 Cenni all'attuale disciplina del diritto all'immagine	124
8.3 Casi 8-2, 8.3, 8.4: pubblicazione su quotidiano di foto di persona imputata; utilizzo di immagini di artista defunto in uno spettacolo teatrale; foto di minori per campagna pubblicitaria di un parco avventura	129
Capitolo 9.	
Il diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà	131
9.1 Caso 9-1: pubblicazione a fini pubblicitari e senza previo consenso del ritratto di una persona nota	131
9.2 Cenni all'evoluzione in Italia del diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà	131
9.3 Casi 9-2, 9-3, 9-4, 9-5: pubblicazioni di foto di nudo di persone note su riviste non autorizzate; revoca del consenso alla divulgazione di foto; uso di immagine di sosia di noto stilista per campagna pubblicitaria di elettrodomestico	140

Capitolo 10.	
Il diritto al nome	143
10.1 Caso 10-1: tutela del nome patronimico	143
10.2 Cenni all'attuale disciplina del diritto al nome	149
10.3 Casi 10-2, 10-3: cambio di nome e identità sessuale; nome di Comune e festival enologico	152
Capitolo 11.	
Il diritto morale d'autore	155
11.1 L'evoluzione del diritto d'autore: cenni	155
11.2 L'espansione del diritto d'autore e la creazione (o invenzione) giurisprudenziale del diritto morale: Caso 11-1	157
11.3 Il diritto morale oggi. Casi 11-2, 11-3, 11-4, 11-5: somiglianza tra quadri di arte contemporanea; inserimento di verso di una canzone nel testo di un'altra; alterazione di opera filmica per la televisione; modificazione temporanea di installazione artistica	165
Capitolo 12.	
Il diritto alla riservatezza	171
12.1 Il right to privacy: Warren & Brandeis	171
12.2 La nascita giurisprudenziale del diritto alla riservatezza in Italia: Cass. 27 maggio 1975 n. 2129 (Soraya Esfandiari)	174
12.3 Casi 12-1, 12-2, 12-3, 12-4, 12-5: pubblicazione non autorizzata di epistolario di celeberrimo scrittore defunto; pubblicazione non autorizzata di foto della moglie su social network; rilevazione mediante badge elettronico dei dati di entrata e uscita in azienda di lavoratore dipendente; controllo occulto della posta elettronica di dipendente; richiesta dell'azienda di sottoporre i dipendenti a un test di rilevamento di virus	185
Capitolo 13.	
Il diritto all'identità personale	189
13.1 Casi 13-1, 13-2: pubblicazione a fini pubblicitari e senza previo consenso di un estratto di intervista di persona nota; messa in onda di sceneggiato televisivo ispirato a fatti di cronaca nera con descrizione dei protagonisti dei fatti	189
13.2 Nascita ed evoluzione del diritto all'identità personale: cenni. Cass. 22 giugno 1985 n. 3769 (Umberto Veronesi) e Cass. 7 febbraio 1996 n. 978	190
13.3 Casi 13-3, 13-4: pubblicazione a fini politici dell'immagine e della battuta di un celeberrimo attore comico defunto da anni; inadempimento contrattuale e tutela dell'identità personale di un Comune	196

Capitolo 14.	
Il diritto all'oblio	199
14.1 Caso 14-1: rievocazione su quotidiano di fatto di cronaca nera (uxoricidio) avvenuto ventisette anni prima	199
14.2 Cenni all'evoluzione del diritto all'oblio e possibile soluzione del problema derivante dal caso 14-1: Cass., sez. un., 22 luglio 2019 n. 19681	200
14.3 Caso 14.2: ritrasmissione di tentativo di intervista televisiva a un cantante famoso	211
Capitolo 15.	
Il danno alla persona e il diritto alla vita	213
15.1 Caso 15-1: incidente automobilistico e morte immediata della persona. Problema: è trasmissibile agli eredi il danno non patrimoniale da morte immediata?	213
15.2 Cenni all'evoluzione del danno alla persona	213
15.3 Le opposte soluzioni al problema e le critiche alla soluzione dominante. Casi 15-2, 15-3, 15-4: morte dopo tre giorni di lucida agonia e risarcimento del danno non patrimoniale iure hereditatis; morte immediata e risarcimento del danno non patrimoniale iure proprio al figlio; morte immediata di uomo e richiesta risarcimento del danno non patrimoniale da parte dello Stato	216

Parte III

La datificazione della persona

Capitolo 16.	
La sorveglianza di massa e il trasferimento dei dati fuori dell'Unione Europea	231
16.1 Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali	231
16.2 Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679 e il trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali	233
16.3 Caso 16-1: didattica universitaria a distanza e uso di piattaforme proprietarie americane	242
Capitolo 17.	
La sorveglianza digitale nel conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali	243
17.1 Caso 17-1: sorveglianza digitale di massa su reti Peer to Peer per scovare violazioni del diritto d'autore	243
17.2 Anonimato, responsabilità civile e protezione dei dati personali	243
17.3 Casi 17-2, 17-3: violazione del diritto d'autore a partire da connessione wireless aperta di un negozio; richiesta di ostensione di dati personali di utenti a piattaforma di condivisione di contenuti caricati dagli utenti per violazione del diritto d'autore	252

Capitolo 18.

Il diritto alla cancellazione dei dati e la de-indicizzazione: l'art. 17 del GDPR	255
<i>18.1 Casi 18-1, 18-2: richiesta di de-indicizzazione di pagine web che descrivono un candidato alle elezioni politiche come autore seriale di cyberstalking; richiesta di cancellazione della notizia giornalistica relativa a una condanna per reato di truffa pubblicata due anni prima</i>	255
<i>18.2 Il diritto alla cancellazione dei dati e il diritto alla de-indicizzazione</i>	256
<i>18.3 Possibili soluzioni ai problemi posti dai Casi 18-1, 18-2. Caso 18-3: archivio online di quotidiano e pubblicazione di notizia di arresto di vent'anni prima</i>	268

Capitolo 19.

Contrasto alla pandemia, sorveglianza digitale e protezione dei dati personali	273
<i>19.1 Il bilanciamento tra tutela della salute e protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza</i>	273
<i>19.2 La sorveglianza digitale come mezzo di prevenzione e contrasto all'epidemia: le app di tracciamento</i>	275
<i>19.3 La app Immuni e la protezione dei dati personali</i>	277

Capitolo 20.

Privacy by design e privacy by default	281
<i>20.1 Tecnologie che incorporano principi e regole</i>	281
<i>20.2 Privacy by design</i>	285
<i>20.3 L'art. 25 del GDPR</i>	287

Capitolo 21.

Intelligenza artificiale e processo decisionale automatizzato	289
<i>21.1 Intelligenza artificiale e processo decisionale automatizzato: l'art. 22 del GDPR</i>	289
<i>21.2 I fondamenti della disposizione normativa e la giurisprudenza amministrativa sulle decisioni algoritmiche. Caso 21-1: procedura amministrativa basata su algoritmo segreto</i>	295
<i>21.3 Caso 21-2: negazione di mutuo a immigrato regolare sulla base di decisione algoritmica</i>	300

Capitolo 22.

Intelligenza artificiale e diritto d'autore	301
<i>22.1 L'intelligenza artificiale e la nozione di creatività del diritto d'autore</i>	301
<i>22.2 Intelligenza artificiale e opere dell'ingegno</i>	303
<i>22.3 Problemi</i>	306

Capitolo 23.	
Il diritto d'autore accademico e la mercificazione della scienza	309
23.1 <i>Il diritto d'autore accademico</i>	309
23.2 <i>Valutazione e mercificazione</i>	312
23.3 <i>L'Open Access e il diritto morale di liberare i testi</i>	315

Capitolo 24.	
Brevetti per invenzione, biotecnologie e diritti della persona	319
24.1 <i>Brevetti per invenzione industriale: brevi cenni introduttivi</i>	319
24.2 <i>Brevetti biotecnologici e diritti della persona. Caso 24-1: richiesta di brevetto attinente a una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti</i>	321
24.3 <i>Il conflitto tra proprietà intellettuale e accesso alla conoscenza nel campo delle biotecnologie agroalimentari. Caso 24-2: brevetto su enzima resistente al glifosato e sua estensione</i>	330

Parte IV

I problemi di fondo

Capitolo 25.	
Dalla persona ai dati	335
25.1 <i>Datificazione</i>	335
25.2 <i>La mercificazione della persona datificata</i>	337
25.3 <i>Datificazione, sorveglianza di massa e tramonto della democrazia</i>	340
25.4 <i>Una società senza diritto e senza giuristi?</i>	342

Conclusioni	345
-------------	-----

Bibliografia	347
--------------	-----

Sitografia	357
------------	-----

Indice delle decisioni	359
<i>Corte costituzionale</i>	359
<i>Corte di cassazione</i>	359
<i>Corti di merito</i>	360
<i>Consiglio di Stato</i>	360
<i>Garante per la protezione dei dati personali</i>	360
<i>Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	361
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	361
<i>Corti statunitensi</i>	361

Indice delle abbreviazioni e degli acronimi	363
---	-----

PREMESSA

La finalità di questo testo è di aiutare gli studenti a maturare una propria riflessione critica sull'evoluzione dei diritti (o del diritto) della personalità. L'idea di scrivere un manuale è emersa durante l'esperienza di insegnamento del corso di diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Ho tenuto questo corso per alcuni anni (dall'anno accademico 2011-2012) assieme al Prof. Giovanni Pascuzzi e poi (dall'anno accademico 2016-2017) come unico titolare della cattedra per la partizione A-J. L'oggetto dell'insegnamento è variato nel tempo. Negli ultimi anni la trattazione si è concentrata sui diritti della personalità.

Il corso si basa sul metodo casistico-problematico. Gli studenti apprendono la materia dei diritti della personalità affrontando casi realmente verificatisi e risolti dai giudici o casi ipotetici elaborati dal docente. Il metodo casistico-problematico serve agli studenti non solo per apprendere il sapere dichiarativo ma anche per sviluppare alcune abilità. Tra queste, la capacità di formulare e risolvere un problema giuridico argomentando oralmente o per iscritto la soluzione prescelta.

Il libro riflette la struttura di un corso breve: cinquanta ore di lezioni frontali più venti ore di esercitazioni svolte nello stesso arco di tempo delle lezioni (all'incirca due mesi). Non ha per questo l'ambizione di poter sostituire un'organica trattazione teorica, né tantomeno di essere esaustivo. Si tratta piuttosto di uno strumento di lavoro che funge da ausilio alle lezioni e allo studio dei testi di riferimento della materia.

I temi trattati attengono alla metodologia del corso e al settore dei diritti della personalità. L'oggetto di studio riguarda il mutamento giuridico riletto attraverso l'evoluzione tecnologica. La tecnologia e la sua evoluzione riflettono scelte politiche, economiche e giuridiche della società.

L'evoluzione tecnologica è alla base delle prime istanze di tutela dei diritti della personalità e oggi della crisi del concetto di persona.

Le tecnologie digitali e le biotecnologie hanno cambiato profondamente le dinamiche sociali e la nostra essenza di esseri umani. Qualcuno arriva ad affermare che l'uomo si accinge a contemplare il proprio declino, in quanto i dati e l'intelligenza artificiale sarebbero destinati a dominare la scena. Si parla in proposito di datismo (e di datificazione), per descrivere una concezione del mondo (o una religione) che mette al centro non la natura e gli animali (compreso l'uomo) ma i dati.

Al di là delle estremizzazioni, molte analisi convergono nel descrivere una tendenza del capitalismo a ridurre le persone a merce (o a materia prima), anche attraverso la loro datificazione. In una società in cui la mercificazione e la datificazione si associano alla sorveglianza e quest'ultima diventa pervasiva si moltiplicano le minacce alla persona nelle sue dimensioni individuale e collettiva. In gioco è la tenuta delle società democratiche. In che misura il diritto civile (il diritto dei privati) può contribuire a contrastare o ad assecondare queste minacce? Alcune risposte parziali dovrebbero emergere nella parte quarta del libro.

Mentre lavoravo alla preparazione del corso e di questo testo è esplosa la pandemia da Covid-19. Tutti i docenti e gli studenti delle scuole e delle università hanno dovuto intensificare l'uso delle tecnologie digitali e in particolare, fare ricorso alla c.d. didattica a distanza. Nell'anno accademico 2020-2021 (da settembre a novembre 2020) il corso di diritto civile si è, perciò, svolto completamente online attraverso due canali: uno pubblico e in Open Access sul mio blog personale (robertocaso.it «frammenti di un discorso pubblico») e un altro privato su una comunità Moodle dell'Università di Trento. Nella pagina web pubblica sul sito robertocaso.it gli studenti hanno avuto la possibilità di scaricare il materiale di riferimento: decisioni giudiziali, saggi dottrinali, voci enciclopediche, *podcast* e video (ad es., spezzoni di film attinenti ai problemi affrontati nel corso). Inoltre, gli studenti hanno potuto scaricare brevi video preregistrati dal docente attinenti alle lezioni introduttive nonché lucidi (le slide) e testi (le dispense) di tutte le lezioni.

Le lezioni si sono svolte tutte in videoconferenze sincrone per gruppi o per l'intera classe, durante le quali il confronto tra docente e studenti non è mai venuto meno. Dunque, il materiale di ausilio per la lezione è

servito da complemento a una lezione che dava spazio all'interazione tra docente e studenti.

La comunità privata si è incentrata soprattutto sul «forum» nel quale sono stati riproposti i casi affrontati a lezione al fine di consentire agli studenti di cimentarsi nella formulazione e risoluzione dei problemi giuridici anche per iscritto. Lo scambio tra docente e studenti è stato intenso e costante.

Il primo bilancio dell'esperienza, anche alla luce delle opinioni degli studenti, sembra positivo.

Non c'è dubbio che l'essenza dell'università sia rappresentata dalle lezioni in presenza che costituiscono un aspetto fondamentale della creazione di una comunità di studio e di conoscenza. In una classe alla fine si diventa una cosa sola, cioè si crea quel che gli antichi greci chiamavano *sinusia* (*συνουσία*), l'unione in un'essenza, che nell'università è rappresentata dalla conoscenza e dallo spirito critico.

Tuttavia, le tecnologie digitali hanno (forse) consentito di costruire una comunità di conoscenza virtuale con caratteristiche differenti da quelle che si creano in presenza.

L'augurio che faccio ai miei studenti e a me stesso è di tornare presto in classe, magari con più consapevolezza sull'uso delle tecnologie di studio e apprendimento, e soprattutto di viaggiare nei testi, negli ipertesti e nelle aule delle università del mondo.

Roberto Caso

INTRODUZIONE

1. Il diritto (civile)

«Il diritto non esiste! »

Iniziare un insegnamento giuridico con questa affermazione può sembrare una premessa poco promettente. Tuttavia, la frase fotografa la realtà. Il diritto è un artefatto mentale dell'uomo. È frutto della sua immaginazione, della sua creatività [Pascuzzi 2013].

Lo storico israeliano Harari nel suo libro «Da animali a dèi: Breve storia dell'umanità» spiega molto bene il senso della frase dalla quale si sono prese le mosse.

Due avvocati mai incontratisi prima possono, ciò malgrado, concertare i loro sforzi per difendere un totale estraneo, perché hanno fede nell'esistenza delle leggi, della giustizia, dei diritti umani – e nel denaro pagato per le loro parcelle [Harari 2014, 40].

Il giurista Guido Alpa riconnette la natura immaginaria del diritto alla sua concezione «realista».

Secondo la concezione *realista* – ancor poco diffusa nella cultura giuridica del nostro Paese, ma molto apprezzata in Scandinavia e negli Stati Uniti – il diritto è un complesso di regole immaginarie, che la comunità ritiene di dover osservare perché convinta che siano indispensabili alla conservazione e alla prosperità di una comunità; non è un sistema di regole avulse dalla realtà, ma un sistema di soluzioni dei conflitti di interessi radicati nella realtà [Alpa 2017].

Insomma, il diritto è (solo) il frutto genuino del pensiero umano. Nonostante la sua natura immaginaria, il diritto funziona. C'è chi lo definisce una tecnologia [Pascuzzi 2017a, 9-12].

Mi limito a fare solo alcuni esempi. Il diritto gestisce la distribuzione del potere nella società. Compone pacificamente i conflitti tra le persone. E, come sottolinea ironicamente Harari, garantisce (o almeno ha garantito finora) l'esistenza di una classe di professionisti, talora anche molto ben pagati.

Il fatto che il diritto sia frutto dell'immaginazione umana spiega molte cose. La sua continua evoluzione. La pluralità delle sue concezioni. La difficoltà di definirlo [Alpa 2017]. Il fascino che può esercitare su molte persone (si pensi al successo dei romanzi, dei film e delle serie tv, c.d. *legal drama*, che ruotano intorno a casi e problemi giuridici).

Asserire che il diritto rappresenta una materia affascinante può sembrare in contrasto con la cattiva fama che a volte si attribuisce al suo studio. Una vulgata ancora molto diffusa in Italia racconta l'apprendimento del diritto come essenzialmente noioso, caratterizzato soprattutto dall'esercizio di facoltà mnemoniche volte a immagazzinare grandi quantità di disposizioni normative derivanti da codici e leggi.

Questo testo proverà a dimostrare come il diritto sia invece un campo estremamente vivo, coinvolgente e interessante del sapere umano, incentrato com'è sulla creatività dei suoi protagonisti (a partire dagli studenti di un corso di laurea di diritto) [cfr. Pascuzzi 2013]. Il che non significa prescindere da un notevole sforzo di memoria.

Ma perché nei corsi universitari di studi giuridici figura un insegnamento che si chiama «diritto civile»?

Anche diritto civile è espressione polisensa (con più significati). Secondo la concezione formalista del diritto, ancora molto forte e diffusa in Italia, il diritto promana dallo Stato e si divide in diritto privato e diritto pubblico. La distinzione è oggi sottoposta a una revisione critica, ma regge ancora soprattutto nel mondo universitario dei dipartimenti e dei corsi di laurea giuridici [cfr. Nicolò 1964; Alpa 2017].

Nella prospettiva dell'accezione didattica, cioè dell'insegnamento universitario del diritto, «diritto civile» è sinonimo di diritto privato. Più precisamente si tratta di quella parte del diritto privato che non è diritto commerciale, diritto del lavoro ecc. Tradizionalmente, nelle università italiane, il corso di diritto civile si colloca in una fase avanzata degli studi

– ad es., al terzo anno del corso quinquennale della laurea magistrale a ciclo unico – in forma di approfondimento di istituti del diritto privato già affrontati dagli insegnamenti dei primi anni dedicati alle istituzioni (ai fondamenti) e non trattati in altri come il diritto commerciale, il diritto industriale, e così via [cfr. Alpa 2017]. Il decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 2005¹ – recentemente modificato² – che disciplina la classe di laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza prevede che alla materia del diritto privato siano complessivamente riservati venticinque crediti formativi. Ad esempio, nel corso di laurea magistrale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento sono così distribuiti: istituzioni di diritto privato I (9 crediti) al primo anno, istituzioni di diritto privato II (9 crediti) al secondo anno, diritto civile (7 crediti) al terzo anno.

In altri sistemi giuridici la didattica è organizzata diversamente. Ad esempio, nel primo anno di corso di laurea si può incontrare un insegnamento sui fondamenti del diritto (in generale e non solo del diritto privato) e negli anni successivi corsi monografici focalizzati su diverse parti del diritto privato (proprietà, contratti, responsabilità civile, famiglia, successioni ecc.).

Solitamente il corso di diritto civile in Italia è dedicato a un istituto o una grande categoria del diritto privato: il diritto dei contratti, il diritto della responsabilità civile, il diritto dei beni e della proprietà, il diritto di famiglia ecc. Potrebbe anche incentrarsi su una sola disposizione normativa del codice civile. Ciò che conta è l'approfondimento del metodo di studio e di lavoro del giurista civilista. Questo testo è appunto dedicato a tale approfondimento. Nel → Paragrafo 2 di questa introduzione si vedrà un po' più in dettaglio in cosa consiste il metodo di studio e di lavoro del civilista.

Prima di proseguire, però, è doverosa una precisazione. Nella vita reale i problemi giuridici hanno natura complessa e coinvolgono più materie giuridiche contemporaneamente. I settori scientifico-disciplinari (SSD) – ad es. IUS/01 diritto privato, IUS/02 diritto privato comparato –

1 D.m. 25 novembre 2005, definizione della classe del corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza (G.U. n. 293 del 17 dicembre 2005).

2 D.m. 26 aprile 2019, modifiche alla tabella concernente le attività formative indispensabili del corso di laurea magistrale in giurisprudenza, classe LMG/01, allegata al decreto 25 novembre 2005 (G.U. n.152 del 1° luglio 2019).

in cui sono divise le carriere dei professori universitari costituiscono una frammentazione arbitraria e artificiale. Questa frammentazione ha senso (forse) per la ricerca scientifica (specialistica), ma ne ha molto meno per la didattica e per lo studio interdisciplinare. A questo proposito si possono leggere le parole di Giovanni Pascuzzi.

I settori scientifico-disciplinari (SSD) sono un mero espediente amministrativo nato per espletare i concorsi universitari. Come docili soldatini i professori italiani ben tre volte si sono lasciati reintruppare. I settori scientifico-disciplinari danneggiano gli studenti perché i curricula dei corsi di studio sono concepiti ribaltando i SSD (nati per disciplinare le carriere dei professori) sulla didattica senza che nessuno abbia mai spiegato il fondamento razionale di tale scelta. Danneggiano anche i ricercatori che si dedicano alla ricerca interdisciplinare o transdisciplinare [Pascuzzi 2014].

Pertanto, nel → Paragrafo 2 di questa introduzione quando mi riferirò al lavoro del giurista civilista intenderò il lavoro del giurista *tout court*. D'altro canto, questo manuale, sebbene riferito all'approfondimento di un istituto del diritto privato (i diritti della personalità), conterrà continui riferimenti ad altre materie: dalla storia del diritto al diritto comparato, dal diritto costituzionale alla filosofia del diritto.

2. Il lavoro del giurista (civilista)

Le diverse concezioni del diritto si riflettono in diverse metodologie. La concezione formalista concepisce l'ordinamento giuridico come un complesso organico di norme (un sistema), le cui fonti si collocano sui diversi gradini di una piramide in cima alla quale si pongono le norme costituzionali e via via le norme che hanno minor forza: leggi, regolamenti ecc. Nella concezione realista, come si è accennato, le norme sono immerse nella realtà sociale e servono a risolvere conflitti. Il realista guarda perciò con diffidenza all'idea del sistema, ed è più sensibile ai discorsi che attentano agli interessi in gioco, alla forza degli stessi, alla distribuzione del potere nella società. La concezione economica del diritto (Law & Economics, Economic Analysis of Law, diritto ed economia, analisi economi-

ca del diritto) definisce le norme giuridiche come incentivi e disincentivi volti all'allocazione efficiente delle risorse [Pardolesi 1987]. Gli esempi si potrebbero moltiplicare, perché molte e diverse sono le concezioni del diritto.

Dopo aver completato lo studio del diritto civile, lo studente dovrebbe essere in grado di distinguere diverse concezioni e diverse metodologie. Di più, dovrebbe essere consapevole del fatto che le diverse concezioni del diritto rispondono a diverse visioni culturali e politiche della società: ad esempio, visioni più conservatrici o visioni più progressiste. Lo studente dovrebbe, in altre parole, saper riconoscere la visione che si pone alla base di un determinato discorso giuridico e lo stile di ragionamento.

Infatti, dietro l'apparente neutralità e il tecnicismo dei discorsi dei giuristi si celano sempre scelte ideologiche e politiche. Uno dei modi per rendersene conto è rappresentato dall'indagine sulla connessione tra diritto privato e principi generali. In un libro di Cesare Salvi lo scopo di questo tipo di indagine viene spiegato molto lucidamente.

[...] I principi generali sono cambiati nei due secoli che abbiamo alle spalle. Si comincia con la preminenza delle libertà individuali ed economiche, i cui testi fondativi sono la Dichiarazione dei diritti del 1789 e il Codice Napoleone del 1804: eguaglianza formale, Stato monoclasse (cioè controllato dalla borghesia), poteri del proprietario privato di utilizzare liberamente i suoi beni, libertà di contratto.

Attraverso una difficile fase di passaggio, che ha il suo momento culminante nel periodo tra le due guerre mondiali, i principi generali cambiano: assume preminenza il principio sociale, nella nostra Costituzione, e in tutto l'Occidente, dal New Deal di Roosevelt al «modello sociale europeo».

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, il pendolo torna indietro, e ai valori espressi dalle quattro libertà di cui parlava Roosevelt [libertà di parola, libertà religiosa, libertà dalla povertà, libertà dal rischio di subire aggressioni belliche], si sostituiscono le quattro libertà economiche che sono al centro del diritto europeo [Salvi 2015, 11].

Il diritto privato è una materia ad elevato tasso di complessità e tecnicismo. Per questo, a volte è più difficile riconoscere le opzioni di politica del diritto che si nascondono dietro le soluzioni di problemi giuridici particolarmente intricati. Ma uno studio attento e approfondito della

materia è capace di far emergere sempre gli orientamenti di politica del diritto.

Questo tipo di esercizio costituisce un aspetto fondamentale della maturazione dello studente. Lo sviluppo dello spirito critico aiuterà a trovare la politica dietro al diritto.

Come si è rilevato nella prima parte di questo capitolo, il lavoro di base del giurista civilista non differisce dal lavoro degli altri giuristi. Ciò dipende dal fatto che, al di là del sapere specialistico (sapere dichiarativo), il giurista sviluppa anche abilità (saper fare) e competenze (saper essere). Mentre il sapere dichiarativo è caratterizzato dalla specializzazione (si pensi alla pubblicistica del diritto privato, che va dai manuali, ai trattati fino alle riviste specialistiche), le abilità e le competenze sono trasversali, cioè comuni a tutte le materie (o settori scientifico-disciplinari).

Si ponga ora attenzione alla definizione dei concetti di sapere, abilità e competenza [Pascuzzi 2019].

Il sapere dichiarativo è costituito dall'insieme di nozioni giuridiche che riguardano la materia oggetto di studio: ad esempio, le disposizioni normative, la giurisprudenza e le teorie riguardanti i diritti della personalità. Più precisamente: «il sapere giuridico corrisponde al patrimonio sapienziale accumulato dai giuristi» [Pascuzzi 2019, 20].

Le abilità si estrinsecano nel saper fare. Ad esempio, saper leggere un testo giuridico (più in particolare, saper leggere una sentenza distinguendo la massima dagli *obiter dicta*; saper leggere un saggio dottrinale riconoscendo la concezione del diritto che lo caratterizza). Saper interpretare un enunciato legislativo. Saper parlare di diritto di fronte a un pubblico e argomentare una tesi giuridica (si pensi allo studente che interviene in classe e sostiene una propria tesi giuridica, o all'avvocato che espone la sua arringa davanti ai giudici). Saper scrivere di diritto, cioè redigere testi giuridici (la mente corre alla tesi di laurea in un corso di studi giuridici, alla memoria difensiva dell'avvocato, alla sentenza vergata dal giudice, alla monografia scritta dal professore universitario).

Il sapere essere è «la capacità di comprendere l'ambiente in cui si opera, di gestire le interazioni con gli altri attori sociali presenti nel contesto, di adottare i comportamenti appropriati, ivi compresi quelli dettati dai codici deontologici» [Pascuzzi 2019, 26, ivi riferimenti].

Le abilità del giurista sono tante. In questo manuale che ha natura casistico-problematica ci si concentrerà su due abilità che ne implicano altre:

- A) la capacità di formulare un problema giuridico partendo da un caso reale o inventato;
- B) la capacità di risolvere un problema giuridico argomentando la soluzione (una delle tante possibili) prescelta (in base all'opzione di politica del diritto preferita).

Le due capacità elencate implicano almeno le seguenti altre abilità:

- sapere leggere un caso giuridico;
- saper formulare il problema partendo dal caso (non esiste una sola formulazione del problema e la formulazione non è un'operazione asettica e neutra);
- saper trovare una soluzione al problema (ciò implica saper cercare l'informazione giuridica rilevante e trovare la regola che si applica al problema);
- saper argomentare l'interpretazione della disposizione normativa rilevante e, dunque, la soluzione prescelta avendo consapevolezza degli argomenti utilizzati (ad es., letterale, analogico, teleologico, autoritativo, sistematico ecc.) e della differenza tra di essi;
- saper riconoscere le opzioni di politica del diritto che si pongono dietro le diverse possibili soluzioni (non esiste mai un'unica soluzione al problema giuridico, esistono sempre più soluzioni).

A proposito della non neutralità della formulazione del problema giuridico Giovanni Pascuzzi scrive.

La formulazione del problema non è un atto neutro e il modo stesso di rappresentarlo significa già orientare la soluzione che, a propria volta, è frutto di scelte. Anche il giurista è guidato da una visione del mondo. Per molti versi egli è parte del problema che vuole risolvere [Pascuzzi 2017a, 220].

Nella formazione del giurista esiste un circolo virtuoso tra sviluppo del sapere dichiarativo, delle abilità e delle competenze.

3. Struttura, contenuti e scopi del libro

Il manuale è dedicato ai diritti della personalità. Come si è già detto, non si ha la pretesa di sviluppare una trattazione organica, piuttosto l'idea è quella di rileggere, sulla scia di un'ampia letteratura italiana e straniera, l'evoluzione di questo settore del diritto civile.

Esiste un metodo interdisciplinare che si occupa del mutamento del diritto in connessione al mutamento tecnologico. È conosciuto con il nome inglese «Law and Technology» (diritto e tecnologia). Le connessioni tra diritto e tecnologia sono molteplici. In questo corso ci si concentrerà sul cambiamento che l'avvento delle tecnologie digitali ha determinato nei concetti che descrivono i diritti della personalità, nei contenuti delle norme, nelle tecniche di tutela e nelle fonti delle norme. Si tratta di cambiamenti profondi e non di superficie. Non a caso c'è chi si è spinto a definire il diritto dell'era digitale come connotato da tratti caratteristici che lo distinguono nettamente dal diritto delle epoche precedenti [Pascuzzi 2020].

Più in generale, la convergenza delle biotecnologie e delle tecnologie digitali sta determinando un mutamento così profondo da investire la natura stessa della persona umana.

Secondo alcune ricostruzioni, la biologia e l'informatica convergono nei nuovi paradigmi scientifici che traducono (o, a seconda dei punti di vista, riducono) l'oggetto di studio ai dati.

Ci si spinge a definire questa scienza incentrata sui dati una vera e propria religione: il «datismo».

Secondo lo storico, già citato in precedenza, Harari [Harari 2017, 559-561]:

il datismo sostiene che l'universo consiste di flussi di dati e che il valore di ciascun fenomeno o entità è determinato dal suo contributo all'elaborazione dei dati. [...]

I datisti credono che gli umani non siano più in grado di gestire gli immensi flussi dati, perciò non possono distillare da questi le informazioni, dalle informazioni la conoscenza e dalla conoscenza la saggezza. Inoltre il lavoro di elaborazione dei dati dovrebbe essere affidato agli algoritmi digitali, le cui capacità eccedono di gran lunga quelle del cervello umano. In pratica, questo significa che i datisti sono scettici ri-

guardo alla conoscenza e alla saggezza umane, e preferiscono riporre la loro fiducia nei Big Data e negli algoritmi computerizzati.

Se anche la vita animale e dunque la vita dell'uomo è riducibile a dati, cosa rimane del concetto di persona?

Se la c.d. intelligenza artificiale dovesse soppiantare l'intelligenza umana, cosa ne sarebbe del mondo per come lo abbiamo conosciuto fino ad adesso? Come si comporterebbe un'intelligenza artificiale senza coscienza ma con maggiori capacità dell'intelligenza umana?

Le tecnologie possono essere finalizzate a migliorare la condizione dell'uomo o possono rappresentare minacce talmente gravi da mettere a rischio l'esistenza stessa degli esseri umani e di altre specie viventi (si pensi alle armi nucleari).

Internet, la più rilevante tecnologia digitale, era nata come strumento di libera comunicativa in ambienti scientifici e accademici ed è ora sempre più dominata da poteri che appaiono concentrati nelle mani di pochi. Poteri che fanno capo a gigantesche entità commerciali (come Google e Facebook) o a Stati, o ad entrambi (entità commerciali e organi di Stati).

Proprio questa concentrazione di potere espone le persone a nuovi rischi. Alcuni di questi rischi possono essere ricondotti al datismo.

In passato per trarre informazioni private dalle persone occorreva predisporre sistemi di sorveglianza ad hoc. Molti si ricordano il film «Le vite degli altri» che narra dei sistemi di sorveglianza e intercettazione telefonica messi in atto dalla Stasi nella Germania dell'Est durante gli anni precedenti al crollo del muro di Berlino. Forse meno persone ricordano una serie TV inglese della fine degli anni '60 intitolata in italiano «Il prigioniero». Si tratta di una serie fantascientifica che ruota attorno a un ex agente segreto il quale viene deportato in un'isola che, all'apparenza, sembra un luogo di vacanza, anche molto gradevole, dove l'ex agente segreto è libero di muoversi e relazionarsi con gli altri abitanti. In realtà, lo stesso è prigioniero di un'organizzazione che vuole estorcergli informazioni. Egli è costantemente spiato e costretto a non allontanarsi dall'isola. Il protagonista tenta di fuggire in ogni modo, ma il suo destino di eterna prigionia sembra ineluttabile. All'epoca non si poteva immaginare che la situazione negli anni 2000 sarebbe apparsa rovesciata. Non c'è bisogno di predisporre sistemi di sorveglianza ad hoc, non c'è bisogno di costringere le persone in luoghi di prigionia per carpire informazioni, per la semplice

ragione che la maggior parte degli esseri umani, che dispongono di un collegamento a Internet, cedono più o meno consapevolmente le proprie informazioni personali quando si connettono volontariamente alla Rete e usano motori di ricerca o social network.

Riecheggiano come una profezia le parole che il famoso scrittore statunitense William Faulkner pronunciò nel 1955 nel suo celebre *pamphlet* sulla fine della privacy [Faulkner 2003, 31-32, corsivi aggiunti].

Dappertutto si punta su una terna: verità, diritti civili, libertà. Il cielo americano che una volta era l'empireo dei diritti civili, l'aria americana che una volta era il respiro vivente della libertà, sono adesso divenuti un'unica grande cappa di piombo il cui scopo è quello di abolire gli uni e l'altra, distruggendo l'individualità dell'uomo in quanto uomo grazie (a sua volta) alla distruzione delle ultime vestigia di quella privacy senza la quale l'uomo non può essere un individuo. È dalla nostra stessa architettura che ci viene il monito. Un tempo attraverso i muri delle nostre case non si poteva vedere né da dentro né da fuori. *Oggi, attraverso i muri, si può vedere fuori, ma non ancora dentro. Presto potremo fare entrambe le cose. Allora la privacy sarà davvero scomparsa; chi è abbastanza individuo da esigerla anche soltanto per cambiarsi la camicia o per fare il bagno, verrà bollato da un'unica, universale voce americana come sovversivo del sistema di vita americano e della bandiera americana.*

Lo sfruttamento commerciale dei dati personali muove un'economia miliardaria e soprattutto alimenta una concentrazione di potere che deriva dalla disparità tra chi sorveglia e chi è sorvegliato. Tra chi ha il potere di calcolo e chi non ce l'ha.

Questa disparità di potere accresce la diseguaglianza tra le persone e minaccia la democrazia.

Una studiosa americana che insegna ad Harvard ha chiamato tale economia «capitalismo della sorveglianza» [Zuboff 2019; Pascuzzi 2020, 276; Quarta, Smorto 2020, 173].

Il libro in cui viene sviluppata la teoria del capitalismo della sorveglianza offre diverse definizioni dello stesso.

Qui se ne possono riportare due [Zuboff 2019].

- 1) Un nuovo ordine economico che sfrutta l'esperienza umana come materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita.
- 2) Un'espropriazione dei diritti umani fondamentali che proviene dall'alto: la sovversione della sovranità del popolo.

Non sono solo le imprese capitalistiche a sorvegliare le persone. Sono anche gli Stati. Non esclusivamente quelli dove la democrazia non esiste, ma anche altri che vengono ritenuti patrie delle forme democratiche di governo. Il riferimento più immediato è agli Stati Uniti dove qualche anno fa esplose il c.d. *datagate*, scandalo legato a un programma di sorveglianza di massa messo in opera da alcune agenzie federali USA come la National Security Agency (NSA). Il programma è venuto a conoscenza del pubblico grazie alle rivelazioni Edward Snowden, un ex agente segreto statunitense, che aveva collaborato alla creazione del software posto alla base del programma di sorveglianza.

Dalla storia di Snowden sono stati tratti libri – uno è un'autobiografia dello stesso Snowden [Snowden 2019] – e film (uno diretto da Oliver Stone).

Ciò che colpisce della sorveglianza di massa è la commistione tra interessi economici e politici. Così come la difficoltà di distinguere la sfera pubblica da quella privata.

Sia il libro di Zuboff sia la storia di Snowden offrono molti esempi della sovrapposizione e della confusione tra interessi delle imprese che operano su Internet e interessi degli Stati a sorvegliare le persone.

Per concludere questa introduzione occorre esplicitare meglio le finalità del libro. La prima finalità è l'approfondimento dell'evoluzione dei diritti della personalità con particolare riferimento alle implicazioni della datificazione, della mercificazione e della sorveglianza di massa. La seconda finalità è l'elaborazione di casi e problemi per l'esercizio di abilità.

Lo sviluppo delle abilità di formulazione e risoluzione dei problemi non può esaurirsi nel dialogo orale tra docenti e studenti.

Per verificare l'effettiva acquisizione del sapere giuridico e delle abilità occorre espletare prove ed esami scritti.

L'esame scritto consiste nel formulare e risolvere un problema giuridico partendo da un caso riguardante i diritti della personalità.

L'esame scritto [v. → Capitolo 6 su come si affronta un esame scritto] è, perciò, organizzato nel modo seguente.

Viene sottoposto allo studente un caso formulato in modo sintetico. Lo studente deve rispondere alle seguenti domande:

- a) Qual è il problema giuridico?
- b) Qual è la soluzione? (Applicare la regola e argomentare, esplicitando la tipologia di argomenti adottati: ad es. letterale, analogico, sistematico, teleologico ecc.).

Il libro è organizzato in parti e capitoli. Ciascun capitolo corrisponde a una lezione.

Alla prima parte del libro che contiene l'esplicazione del metodo di insegnamento e apprendimento, seguono una seconda e una terza composte di capitoli che racchiudono lezioni casistico-problematiche. La seconda concerne casi dei tradizionali diritti della personalità (diritto all'immagine, diritto al nome, diritto alla riservatezza ecc.). La terza attiene a casi che implicano la datificazione della persona con riferimento sia alle tecnologie digitali sia alle biotecnologie. Nella quarta e ultima parte si discutono alcuni problemi di fondo che emergono dalla trattazione casistico-problematica. Il libro termina con alcune conclusioni ed è corredato da una bibliografia con riferimenti essenziali, una sitografia, un indice delle decisioni citate e un indice delle abbreviazioni e degli acronimi.

Molti capitoli della seconda e terza parte corrispondono alla seguente struttura:

- 1) si presentano uno o più casi;
- 2) si descrive sinteticamente l'evoluzione della disciplina della materia riguardante i casi, si formulano i problemi e si riportano le soluzioni dei giudici;
- 3) si delineano uno o più casi lasciando agli studenti il compito di cercare e studiare le decisioni di riferimento. Talora, si aggiungono anche alcune domande a corredo dei casi che chiudono i capitoli.

Altri capitoli contengono, invece, trattazioni introduttive di alcune tematiche attinenti ai diritti della personalità.

Per chiudere questa introduzione, occorre esplicitare alcune istruzioni su come leggere il manuale.

Il testo effettua molti richiami alla giurisprudenza e alla dottrina.

Quando vengono richiamati i brani delle fonti di riferimento si fa uso dell'infratesto, riconoscibile perché composto da caratteri differenti e più piccoli nonché da margini più ampi rispetto al testo scritto dall'autore. I richiami rimandano alla bibliografia, alla sitografia e all'indice delle decisioni rinvenibili alla fine del libro.

Per alcune decisioni giurisprudenziali vengono riportati ampi brani delle motivazioni. Gli studenti dovrebbero comunque leggere le decisioni per intero (il libro andrebbe adoperato sempre in connessione con il sito web del corso su robertocaso.it). Solo la lettura completa del testo della decisione serve alla sua effettiva comprensione.

I riferimenti alla dottrina sono essenziali e non hanno alcuna pretesa di esaustività.

Sul sito web del corso diritto civile (su robertocaso.it) alcune delle fonti dottrinali citate nel testo sono disponibili in Open Access.

Nei casi i nomi reali delle persone sono spesso sostituiti da nomi di fantasia o da nomi presi dalla letteratura e dal cinema.

PARTE I

IL METODO

CAPITOLO 1.

Il metodo casistico-problematico

1.1 Approccio all'analisi del diritto

«Metodo casistico» nel contesto del discorso giuridico è espressione che riveste almeno due significati. Il primo attiene a un metodo di analisi (e a una concezione) del diritto che mette in esponente la giurisprudenza (le decisioni dei giudici). Il secondo concerne la didattica, in questa seconda accezione metodo casistico significa metodo di insegnamento che si basa su casi: tratti dalla giurisprudenza (le decisioni dei giudici), inventati (dal docente o dagli studenti) o estrapolati da narrazioni (ad es. romanzi, film) [Pascuzzi 2016].

Per spiegare in cosa consiste il metodo di analisi del diritto basato sui casi giurisprudenziali è doveroso fare riferimento al grande civilista, comparatista e storico del diritto Gino Gorla, scomparso nel 1992.

Gino Gorla è stato tra i primi in Italia a riportare in primo piano la giurisprudenza. Ricollocare al centro dell'analisi le decisioni delle corti significava negli anni '50 del secolo scorso combattere una concezione del diritto di tipo formalistico-dogmatico che costruisce le teorie basandosi essenzialmente su norme di legge e concetti astratti. Nel ragionamento formalistico-dogmatico le decisioni delle corti non rivestono importanza (o assumono un'importanza relativa). Secondo questa concezione, ad esempio, si possono scrivere manuali di diritto privato omettendo del tutto i riferimenti alla giurisprudenza.

Nelle pagine dedicate a Gino Gorla da Paolo Grossi nel suo libro sulla cultura del civilista italiano si legge [Grossi 2002, 135].

Gorla non apriva soltanto la sua esperienza di studioso a quel pianeta di common law tanto poco frequentato dal misoneista civilista italiano così imbalsamato nella sua «mummificazione» romanistica, ma introduceva nella cultura giuridica italiana un modello alternativo [...].

Nella voce «Giurisprudenza» dell'Enciclopedia del diritto Gorla scrive quanto segue [Gorla 1970].

[La scienza storico-comparativa della giurisprudenza è] una scienza storico-comparativa dei fattori del diritto, o dei processi di sua formazione (legislazione, consuetudine, giurisprudenza e dottrina): una scienza, tuttavia, che ponga l'accento sulla giurisprudenza, o consideri quel processo sotto l'aspetto, o *sub specie*, dell'attività dei tribunali nel loro *ius dicere*. Né questo punto di vista è arbitrario, perché, se gli altri fattori possono tacere (e tacciono talvolta, o quasi, in certi periodi storici), la giurisprudenza dei tribunali non può tacere; inoltre, essa, dal punto di vista di una media «statistica» attraverso la storia comparata, può considerarsi il fattore più importante del diritto.

Tra i temi oggetto della scienza storico-comparativa della giurisprudenza figurano [Gorla 1970]:

- i soggetti (i tribunali);
- l'attività dei tribunali;
- i prodotti dell'attività: le decisioni (struttura, stile e metodi);
- i mezzi di informazione: raccolte e repertori;
- l'opera degli avvocati e del pubblico ministero.

La scienza storico-comparativa della giurisprudenza si occupa inoltre della dialettica tra fattori del diritto. Più specificamente si occupa di tre vicende [Gorla 1970]:

- 1) dei rapporti tra la giurisprudenza (i tribunali) e la legge;
- 2) dei rapporti tra la giurisprudenza e la dottrina (i dottori);
- 3) della dialettica interna: l'autorità del precedente vincolante.

È importante sottolineare che Gorla guarda realisticamente a tale dialettica come a un conflitto di potere.

Nelle sue parole [Gorla 1970]:

Queste «tre vicende sono spesso lotte tra i vari fattori del diritto per la supremazia».

1.2 Metodo di insegnamento

Una delle opere più famose di Gorla dedicate al diritto dei contratti si intitola emblematicamente «Il contratto – *Problemi* fondamentali trattati con il metodo comparativo e *casistico*» [Gorla 1955, corsivi aggiunti].

Il libro di Gorla registrava i risultati di un corso universitario (a dimostrazione del fatto che, nell'università, didattica e ricerca sono indissolubilmente legate), svolto appunto con metodo comparativo e casistico. Lo ricorda l'autore nella prefazione all'edizione del 1955 quando spiega di aver fatto ricorso a questo metodo di fronte al vago senso di insoddisfazione che all'epoca si poteva percepire rispetto ai metodi usuali di studio e insegnamento del diritto.

Esiste dunque una relazione tra metodo casistico come tipo di analisi giuridica e metodo casistico come modalità di insegnamento.

Non a caso Gorla guardava ai sistemi di common law dove il metodo casistico è utilizzato anche come metodo di insegnamento.

In particolare, nelle università americane dove si insegna il diritto, il *case method* è tradizionalmente il principale metodo di insegnamento [Rheinstein 1975]. L'invenzione della didattica mediante metodo casistico, chiamato anche metodo socratico in riferimento alla tecnica di dialogo usata dal filosofo greco, si fa risalire a Christopher Columbus Langdell, giurista americano e a lungo Dean della Harvard Law School durante gli ultimi decenni dell'800 [Gilmore 1991, 43 ss.].

Così si esprimeva Gorla nel 1950 [Gorla 1950].

Un po' di *case method* e dell'atmosfera che esso crea contribuirebbe anche da noi a debellare il feticcio dei codici, il concetto autoritario del potere legislativo e la convinzione dell'illimitatezza dei suoi poteri. Il *case method* avveza i giovani a sentire, se non sempre a pensare, che il diritto non è lo Stato. Li abitua a discutere e a ragionare.

L'atmosfera a cui allude Gorla è stata rappresentata in libri, serie tv e romanzi.

Si prenda ad esempio il racconto autobiografico di Scott Turow, famoso autore di *legal thriller*, che narra le vicende del suo primo anno di studio alla Harvard Law School durante gli anni '70.

Qui si seguito si riporta un estratto del libro [Turow 2013, 24-25, corsivi aggiunti].

Sarebbe stato tutto fittizio, ma avremmo seguito il *problema* in ogni sua fase, per impraticirci nei vari aspetti del lavoro di un avvocato. Tra le altre cose, Henley ci disse che avremmo dovuto parlare con il cliente, presentare il ricorso, preparare e discutere una memoria legale per un giudizio sommario. Alla fine, avremmo visto in che modo due avvocati esperti avrebbero gestito il caso in un dibattito fittizio. Io avevo appena un'idea vaghissima di ciò che significavano i termini usati da Henley e, forse per questa sola ragione, il programma mi sembrava interessante.

Henley disse che il nostro primo compito ci sarebbe stato assegnato al termine della lezione. Consisteva in un promemoria del capo del nostro fantomatico studio legale e di un «*caso*» che questi chiedeva al collaboratore di consultare. Qui «*caso*» significava la sentenza pubblicata di un giudice nella soluzione di una controversia a lui sottoposta. Tipicamente, una motivazione di questo genere contiene un riepilogo dei fatti che hanno portato all'azione legale, le questioni legali sollevate, e ciò che ha da dire il giudice nella decisione. La parte in cui il giudice espone i suoi punti di vista viene chiamata «opinione». I casi e le opinioni formano il centro del mondo di uno studente di legge. Virtualmente tutte le facoltà di legge americane seguono il «*metodo dello studio del caso*» che impone agli studenti di imparare la legge [*rectius*, il diritto, n.d.r.] leggendo e discutendo in aula una quantità di motivazioni di sentenze. In gran parte sono decisioni di corti d'appello, le corti di grado superiore alle quali gli avvocati ricorrono esponendo le loro obiezioni a certi punti di diritto sui quali ha deciso il giudice di primo grado. Poiché sono impiegate su questioni di diritto molto precise, le «opinioni» sono considerate strumenti particolarmente efficaci per insegnare agli studenti quel tipo di ragionamento meticoloso che è ritenuto indispensabile per l'attività di un avvocato.

Oppure si può fare riferimento al film *The Paper Chase* del 1973 diretto da James Bridges. Al di là del piglio autoritario del professore di diritto dei contratti [Pascuzzi 2018], in una delle scene della pellicola è descritto molto bene il modo in cui funziona il metodo casistico (o socratico) tradizionale dei corsi universitari di diritto americani. Il professore ha preassegnato alla classe la lettura di un caso giurisprudenziale. Gli studenti dovrebbero venire in classe molto ben preparati avendo letto attentamente la decisione della corte. Il professore dispone di un diagramma della classe con i nomi (e talvolta anche le foto) degli studenti che frequentano e i corrispondenti posti a sedere che sono fissi (rimangono gli stessi per tutto il periodo di svolgimento del corso). In questo modo il docente può interrogare sul caso un determinato studente chiamandolo a parlare. Dopo averlo chiamato svolge una serie di domande. Solitamente, non spiega il senso delle domande né espone la risposta corretta. Ma continua ponendo altre domande. Se lo studente chiamato non sa rispondere, il professore chiama altri studenti a parlare.

L'impostazione classica ha subito mutamenti e il *case method* è anche oggetto di un esteso dibattito negli USA [cfr. Spencer 2012].

Quel che però interessa in questa sede è il senso didattico del coinvolgimento degli studenti e della classe nel dialogo con il docente. Un altro aspetto rilevante è lo stimolo a creare gruppi di studio di studenti per la lettura e la discussione dei casi giurisprudenziali (sia il racconto sia il film qui citati insistono molto sull'importanza dei gruppi di studio). Insomma, il metodo casistico-problematico, se ben utilizzato, può aiutare a creare in un corso universitario quello che i greci chiamavano *sinusia*, cioè il sentirsi parte essenziale di un'unica comunità di studio e conoscenza.

Epurato dall'exasperazione competitiva che talora connota l'atmosfera delle classi americane, il metodo casistico rappresenta ancora oggi un validissimo strumento per insegnare e apprendere il diritto.

Dagli anni '50 durante i quali Gorla denunciava la scarsa attenzione scientifica e didattica alla giurisprudenza molte cose sono cambiate. Oggi anche in Italia nei corsi universitari di diritto e nella manualistica c'è più giurisprudenza. Esistono anche generi letterari dedicati all'analisi delle sentenze. E nel settore dei testi didattici si trovano spesso volumi dedicati alla discussione delle decisioni dei giudici.

Vi è altresì un ricco filone di riflessione critica sul ruolo assunto dalla giurisprudenza (nel confronto con legislatore e dottrina) nel diritto civile.

In proposito si può portare ad esempio il pensiero di Carlo Castronovo.

Dagli anni novanta del secolo scorso si è verificato un mutamento del modello dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza. Causa ultima se ne può dire il fatto che alla fine abbia persuaso anche quest'ultima il graduale accreditamento dell'idea di creatività dell'interpretazione. Non che nei decenni precedenti fossero mancati chiari esempi di giurisprudenza alternativa; ma in particolare nel diritto del lavoro, si era trattato di una giurisprudenza preoccupata di risolvere la controversia specifica, più che di affermarsi in una sorta di autarchia ermeneutica. In questa nuova fase, paradossalmente l'aspirazione dominante della giurisprudenza non è tanto il completamento di un'idea di sé come potere normativo, bensì l'ansia di dialogare pari a pari con la dottrina [Castronovo 2015, 87-88].

Non è questa la sede per entrare in questo dibattito.

Qui si può solo rilevare che il momento del giudizio assume (o conserva rispetto al potere della tecnologia) un ruolo importante.

La complessità sociale non consente più di essere ricondotta a schemi definiti e i criteri di valore che emergono nei diversi contesti non possono essere fatti discendere da formule consegnate a enunciati, ma vanno, volta a volta, desunti da rapporti, da situazioni, da indici personali o ambientali. Il paradigma del valore si sposta dalla legge al giudizio assegnando al giurista (teorico o pratico) una funzione che era rimasta soltanto implicita nella stagione delle grandi omologazioni assiologiche [...].

Se [...] l'indice della normatività si viene progressivamente spostando dal vertice all'atto di posizione alla base di una concreta applicazione, è inevitabile che l'organo giudicante acquisisca un ruolo progressivamente sempre più rilevante e che esso, nelle sue pronunce, tenda a collocare il conflitto che è sottoposto al suo esame in un più ampio panorama di interessi incisi [Lipari 2017, 3, 8].

D'altra parte, esistono letture alternative a quelle della competizione tra dottrina e giurisprudenza.

Siamo passati dalla consolidata struttura di un diritto consegnato ad un sistema di enunciati, alla mobile, ma storicamente viva, realtà di un diritto che si articola in una molteplicità di situazioni, di vicende, di esiti. Dottrina e giurisprudenza non sono chiamate (ammesso che mai lo abbiano fatto) a leggere testi, confrontandosi fra loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti, nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nell'aspirazione a ricercare un punto di equilibrio. La formula nella quale si ritiene debba essere condensato l'assunto teorico della posmodernità dice che «il mondo non è uno, ma molti». La pluralità riferita al diritto, se non vuole ridursi alla passività del nichilismo o della indifferenza di tutte le soluzioni interpretative astrattamente possibili, esige un continuo confronto con la molteplicità delle situazioni, con la varietà degli interessi in conflitto, con la duttilità degli statuti normativi e con la potenziale conflittualità degli indici di valore presenti all'interno di un contesto sociale, non sempre facilmente e stabilmente definibile nei suoi contorni. Dottrina e giurisprudenza, confrontandosi tra loro e cercando mediazioni storicamente comprensibili, pure nella loro inevitabile temporaneità, si sforzano di cercare un punto di equilibrio, riaffermando, nella stagione del postmoderno, la verità dell'affermazione di Capograssi. Davvero la scienza – assunta nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica – è l'unica vera fonte del diritto. [Lipari 2017, 55-56].

Personalmente ritengo che occorra ancora investire molto nello sviluppo del metodo casistico-problematico anche in insegnamenti fondamentali come quello di diritto civile.

Com'è stato rilevato [Pascuzzi 2016], leggere (e studiare) una sentenza aiuta lo studente a:

- Individuare i problemi giuridici;
- Differenziare i problemi;
- Comprendere le modalità di risoluzione della controversia (regola e iter argomentativo);
- Riconoscere le opzioni di politica del diritto;
- Affinare la capacità di elaborare un pensiero autonomo e critico;
- Affinare le abilità che servono alla redazione di testi giuridici (ad es. atti processuali).

1.3 Come si legge una sentenza: la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Per saper leggere una decisione giurisdizionale e, in particolare, la sua tipologia più importante (la sentenza) occorre conoscere come si articola la sua struttura [Pascuzzi 2019, 74].

Una pronuncia giurisdizionale è un documento lungo in media venti o trenta cartelle. Sul piano formale esso contiene una serie di elementi utili a identificare l'atto. Essi sono:

- a) l'organo giudicante (ovvero l'organo che ha emanato il documento. Se si compone di più sezioni, viene segnalata quella che ha reso la pronuncia);
- b) il nome dei giudici che compongono il collegio (o del giudice in caso di organo monocratico);
- c) il nome del giudice che ha redatto la motivazione (giudice estensore o giudice relatore);
- d) il tipo di atto emanato (sentenze, ordinanza, decreto);
- e) il numero progressivo attribuito alla decisione;
- f) la data del deposito in cancelleria (si tratta di un elemento attestato dal responsabile dell'ufficio);
- g) il nome delle parti in giudizio;
- h) il nome dei difensori delle parti.

È fondamentale conoscere la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* [Gorla 1964a].

A proposito della struttura della sentenza è utile sottolineare quanto segue [Pascuzzi 2019, 75].

La porzione più rilevante sul piano quantitativo di una pronuncia giurisprudenziale è (di regola) la motivazione. Essa si articola in due parti. La prima, denominata «svolgimento del processo» (o anche «narrativa»), contiene l'illustrazione dei fatti di causa. La seconda, denominata «motivi della decisione», riporta le ragioni che hanno portato il giudice ad assumere quella particolare decisione.

All'interno della motivazione in senso stretto, è utile distinguere [sulla scia di quanto sostenuto da Gorla] tra *obiter dicta* e *ratio decidendi* [...].

La *ratio decidendi* è il principio di diritto adottato dal giudice per definire la causa in relazione al contenuto di una domanda (ovvero, il criterio di decisione adottato dal giudice per la soluzione del caso sottopostogli).

Gli *obiter dicta*, invece, sono costituiti dall'insieme delle argomentazioni da cui il giudice ha tratto il proprio convincimento, ivi comprese le questioni preliminari e collaterali che egli ha creduto opportuno esaminare onde giungere alla decisione di ciò che forma il vero oggetto della controversia.

Gli *obiter dicta* possono anche essere definiti come:

tutte quelle proposizioni di diritto che non sono necessarie alla decisione del caso concreto. Tal volta sono anche dei trattatelli teorici su questioni diverse da quelle che formano oggetto della lite [...]. Tal'altra espongono regole o principi su casi ipotetici, più o meno occasionalmente suggeriti da quello sottoposto al giudice. Tal'altra, ancora, *obiter dictum* si presenta come una proposizione generalizzante o concettualizzante al di là del necessario o, comunque, troppo generica e indefinita rispetto al caso deciso [...] [Gorla 1964a. 89, nota 2].

Alla *ratio decidendi* corrisponde la massima pubblicata sulla rivista giuridica e sul repertorio di giurisprudenza. Infatti, la massima [Pascuzzi 2019, 107]:

riproduce il principio di diritto che il giudice ha adottato per decidere il caso. Una pronuncia può avere più massime se molteplici sono le questioni affrontate. La formulazione della massima è il compito probabilmente più arduo affidato ai redattori delle riviste di giurisprudenza. Attraverso la massima si deve cogliere la *ratio decidendi* della sentenza, obiettivo non sempre agevole.

La pronuncia giurisdizione si chiude con una parte denominata «dispositivo» [Pascuzzi 2019, 75].

Si tratta, in genere, di poche righe nelle quali viene espresso il comando del giudice dopo lo svolgimento della motivazione. Il dispositivo segue il noto acronimo «Pqm» (per questi motivi), con il quale si chiude la parte argomentativa.

CAPITOLO 2.

Gli argomenti interpretativi

2.1 Il problema interpretativo e le teorie dell'interpretazione

Non si interpreta solo il diritto. Si interpretano le sacre scritture. Si interpreta un'opera d'arte e così via [Sacco 2012]. Nella filosofia, d'altra parte, l'ermeneutica costituisce la metodologia dell'interpretazione.

In questa prima parte del capitolo non si intende fornire un quadro d'insieme del tema molto complesso dell'interpretazione [per una sintesi del dibattito v. Sacco 2012], ma di collegare l'interpretazione all'ap-proccio problematico al diritto [Pascuzzi 2017a, 19-20, 205-210].

Siamo abituati a pensare al diritto espresso in testi (ad esempio, testi legislativi). Ma esiste un diritto senza testo [Sacco 2012]. Si pensi alla consuetudine. Il giurista può essere chiamato a interpretare la consuetudine. Può anche essere chiamato a interpretare, in contesti disciplinati da leggi scritte, gesti: ad es., una stretta di mano voleva significare la conclusione di un contratto o era solo un saluto? L'alzata della mano era tesa ad esprimere un voto nell'assemblea societaria, o aveva solo lo scopo di chiedere la parola?

Insomma, il giurista interpreta fatti, segni, testi [Pascuzzi 2017a, 205].

In questo capitolo si farà riferimento soprattutto al diritto espresso in testi (composti di segni linguistici, grafemi).

Il testo di una legge, di un regolamento, di una sentenza, di un contratto sono oggetto di interpretazione.

Si prenda ad esempio un testo normativo. Esso ha almeno un significato. Normalmente ne ha più di uno.

L'interpretazione di un testo giuridico è per questo problematica [Pascuzzi 2017a, 19]. Quale dei possibili significati scegliere?

Per semplificare si può dire che «il procedimento interpretativo si realizza in funzione di quattro elementi» [cfr. Pascuzzi 2017a, 205]:

- a) l'oggetto dell'interpretazione (ad es. il testo legislativo o il testo contrattuale);
- b) il soggetto che interpreta (il cittadino, il giudice, l'avvocato, il professore universitario ecc.);
- c) l'atto dell'interpretazione;
- d) il risultato dell'interpretazione (l'attribuzione di significato al testo).

La parola «interpretazione» nel contesto del diritto è ambivalente. Può significare, a seconda dei contesti, l'atto dell'interpretare («il giudice studia la dottrina e i precedenti per interpretare l'enunciato legislativo») oppure può indicare il risultato dell'atto interpretativo («l'enunciato legislativo significa questo») [cfr. Pascuzzi 2017a, 206]. Per capire se interpretazione si riferisce all'atto o al risultato bisogna dunque guardare al contesto discorsivo.

Le teorie sull'interpretazione sono molteplici e diversificate [Sacco 2012]. Grandi giuristi si sono cimentati sul tema dialogando con altre scienze (filosofia, linguistica, scienze cognitive ecc.).

Si può dire che ai due estremi di questo ventaglio di teorie si collocano due approcci antitetici [cfr. Pascuzzi 2017a, 207]:

- A) l'approccio formalista in base al quale esiste una sola interpretazione corretta;
- B) l'approccio realista in base al quale esistono diverse possibili interpretazioni tutte potenzialmente corrette (ma che rispondono a differenti opzioni di politica del diritto). L'interprete crea un significato nuovo che non era il significato situato nella mente dell'autore del testo normativo.

Già in termini meramente logici è agevole constatare che gli enunciati normativi non si propongono all'attenzione di chi deve applicarli come meri fatti, completamente assimilabili agli eventi fisici, chimici o psicologici e quindi in quanto tali sottoponibili ad un procedimento di verifica misurabile secondo parametri predefiniti. Essi invece si esprimono secondo proposizioni linguistiche, cioè come discorso intorno ad altri

fatti, per intendere il quale non può prescindersi dall'intervento determinante dell'operatore, che sottopone questi enunciati al filtro delle sue valutazioni storicamente e socialmente condizionate. Ne discende che, se l'enunciato suppone necessariamente un procedimento interpretativo, il modello di comportamento per i consociati non deriva dalla proposizione linguistica in quanto tale, ma dall'attribuzione di significato (da una delle possibili attribuzioni di significato) che alla stessa viene assegnato, con la conseguenza che, anche assumendo il diritto nella sua accezione elementare di sistema di regole, queste non nascono dall'atto di posizione in quanto tale, ma dal risultato dell'interpretazione e quindi di un processo integrato, nel quale svolgono un ruolo concorrente, variamente articolato nei diversi contesti storici, sia il legislatore che l'interprete [Lipari 2017, 18-19].

Ci sono ordinamenti che pongono regole sull'interpretazione. Un esempio è l'ordinamento italiano che agli articoli 12 e 14 delle disposizioni preliminari (preleggi) al codice civile detta alcune regole volte a condizionare l'attività interpretativa delle disposizioni di legge. Ma questi articoli delle preleggi sono pieni di ambiguità e lacune. Si prestano essi stessi a molteplici attribuzioni di significato [cfr. Sacco 2012].

L'interpretazione è dunque un tema che concerne la distribuzione del potere di creare il diritto. Chi pone la norma? Il legislatore che scrive l'enunciato legislativo? O il giudice che dichiara nella sentenza il significato da attribuire all'enunciato legislativo, alla disposizione normativa? E se poi consideriamo che il giudice risulta influenzato dalla dottrina o dall'avvocato che è parte in causa, possiamo affermare che dottrina e avvocati sono dotati del potere di creare il diritto? [cfr. → Capitolo 1].

Il dottrinario cerca di convincere i suoi lettori che il suo trattato presenta l'interpretazione «migliore», più «robusta» di un determinato testo legislativo. L'avvocato si ispira al testo dell'accademico per provare a influenzare il giudice, parlando della «migliore dottrina», di quella «più autorevole» oppure di quella «maggioritaria». Il giudice scrive la sentenza sapendo che, eventualmente, dovrà convincere le corti di grado superiore. La sua sentenza e quelle eventualmente confermate di grado superiore potrebbero non persuadere la «maggioranza» della dottrina, la quale proporrà una diversa interpretazione supportata da altri argomenti. E così via.

Quest'opera di persuasione si basa sulla retorica. Più precisamente si basa sull'uso di argomenti interpretativi. Il tema degli argomenti interpretativi sarà illustrato nel seguente paragrafo.

2.2 La teoria degli argomenti interpretativi di Giovanni Tarello

In questo libro si citano spesso giuristi e intellettuali votati all'interdisciplinarietà. L'interdisciplinarietà è motore di innovazione e progresso della conoscenza. Un esempio autorevole di giurista interdisciplinare è Giovanni Tarello. Filosofo del diritto, storico del diritto, intellettuale a tutto campo.

In questo capitolo i suoi studi vanno citati in riferimento alla teoria degli argomenti interpretativi, elaborata a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

Di quella teoria si trova una sintesi nella breve e densa voce enciclopedica scritta dallo stesso Tarello per il Digesto [Tarello 1987].

Cosa sono gli argomenti interpretativi per Giovanni Tarello?

Sono figure retoriche. Schemi di discorso ricorrenti nei testi dei giuristi tesi a giustificare una determinata attribuzione di significato a documenti e testi normativi.

La ricerca di Tarello si è estrinsecata in un censimento degli argomenti interpretativi. Nella voce enciclopedica citata si censiscono quattordici diversi argomenti interpretativi: a contrario, analogico, a fortiori o a maggior ragione, della completezza della disciplina giuridica, della coerenza della disciplina giuridica, psicologico, storico, apagogico, teleologico, economico, autoritativo, sistematico, naturalistico, equitativo, dei principi generali [Tarello 1987]¹.

Così scrive Tarello.

Applicare il diritto, nelle organizzazioni moderne strutturate su sistemi di leggi scritte, vuol dire applicare significati attribuiti ai documenti formalmente espressivi di leggi. È perciò tipico di queste organizzazioni che vi sia, per ciascuna situazione di applicazione del diritto, un qualche operatore giuridico (o collegio di operatori) investito del po-

1 V. anche Archivio di diritto e storia costituzionali, <http://www.dircost.unito.it/index.shtml>

tere di decidere autoritativamente la attribuzione di significato al documento normativo interpretando: si tratta di operatori giuridici morfologicamente diversi, come organi giudiziari, organi amministrativi, arbitri privati, accomunati dal carattere autoritativo (nel singolo caso) accordato alla attribuzione di significato da loro compiuta.

Peraltro, sempre di più nelle società moderne complesse, le attività di attribuzione autoritativa di significato ai documenti normativi sono assoggettate a controlli (tanto formali quanto informali) e sempre più si esige che siano assoggettate o quantomeno assoggettabili a controlli; e, per essere controllate o controllabili, le decisioni sull'attribuzione di significato ai documenti normativi devono essere esplicitamente palesemente e documentatamente giustificate, o motivate o – insomma – *argomentate* [Tarello 1987, corsivi originali].

Il fatto che le interpretazioni debbano essere giustificate, motivate pubblicamente è un aspetto fondamentale della democrazia e della distribuzione del potere. Dalla pubblicità e dall'obbligo di motivazione dipende infatti la controllabilità delle decisioni.

Si pensi all'art. 111, comma sesto, Cost.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Scrive in proposito Tarello.

È però caratteristica strutturale delle organizzazioni giuridiche, sin da quelle antiche, che le decisioni vengano prese in contesti istituzionalizzati di conversazione pubblica. Le decisioni giuridiche riguardano rotture di equilibri o conflitti, e perciò posizioni contrapposte tra cui scegliere, e lo schema conversativo triadico, uno che afferma uno che nega o resiste e uno che interviene con l'ultima parola, si afferma per tempo. Si tratta di due che, contrapposti, cercano di persuadere con strumenti retorici (la retorica nasce appunto nei contesti giuridici), e di un terzo, che rappresenta la collettività o la divinità o quant'altro, il quale decide, eventualmente motivando o argomentando a sua volta. Nelle società antiche la procedura discorsiva ricordata riguardava tanto la ricerca, la scoperta del diritto da applicare, quanto la applicazione del diritto ad un caso concreto, giacché i due momenti erano indistinti; le argomentazioni persuasive e giustificative si svolgevano al diritto, gli argomenti avevano funzione di produrre norme. Nelle so-

cietà moderne sempre più la produzione del diritto si è, nella realtà e nelle rappresentazioni ideologiche, distinta dalla applicazione ai casi concreti di un diritto precostituito, e il contesto discorsivo dialettico e triadico si è oramai limitato alla applicazione del diritto e cioè, concretamente, alla attribuzione di significato ai documenti della legge (documenti prodotti da una autorità «politica», diversa dalla autorità «tecnica» che li applica) [...].

Insomma, gli argomenti interpretativi sono gli schemi discorsivi con cui:

- (a) gli interpreti dotati di autorità *motivano* le attribuzioni di significato a documenti normativi;
- (b) gli operatori giuridici che intervengono nelle procedure che portano alle decisioni persuadono o tentano di persuadere ad una attribuzione di significato;
- (c) i dottori o «scienziati del diritto» propongono e propagandano siffatte attribuzioni di significato in via generale [Tarello 1987, corsivi originali].

Ecco la rassegna degli argomenti interpretativi contenuti nella voce enciclopedica dedicata al tema da Tarello [Tarello 1987].

[Argomento *a contrario*]. L'argomento a contrario è quello che raccomanda di attenersi alla lettera della legge nella accezione più ristretta, escludendo ogni estensione del significato dei termini ed ogni analogia, in base al brocardo «ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit», e considerando come tassativa ogni enumerazione del legislatore. Utilizzato su enunciati formulati in termini di ascrizione di posizioni giuridiche svantaggiose (doveri, obblighi, vincoli, responsabilità, soggezioni a pene, ecc.) questo argomento gioca nel senso di estendere l'area della libertà, immunità, esenzione, ed è perciò l'argomento del garantismo. Per converso, quanto utilizzato su enunciati formulati in termini di permessi, poteri, diritti ecc., esso tende a circoscrivere e limitare tali diritti, poteri, permessi.

[Argomento analogico]. L'argomento analogico, in quanto argomento interpretativo, costituisce l'esatto rovescio della medaglia del precedente, e suggerisce di intendere la legge non secondo la più ristretta accezione letterale bensì considerando ogni termine portatore di concetto estensibile secondo analogie e ogni previsione come estesa ai casi simili a quello specificamente contemplato. Il privilegiamento di questo argomento trasferisce potere di creazione del diritto dall'orga-

no legislativo agli organi della applicazione della legge e, in generale, tende a consentire il mutamento giuridico pur nella fissità della formula legislativa. Tradizionalmente sconsigliato in materia penale perché lesivo del principio «nulla poena sine previa lege poenali», nelle organizzazioni giuridiche moderne è sovente positivamente vietato quale schema di interpretazione della legge penale [...].

[Argomento *a fortiori* o a maggior ragione]. L'argomento *a fortiori* a «a maggior ragione» è quello con cui si suggerisce di estendere «a maggior ragione» il divieto di una attività pericolosa ad una ancor più pericolosa sotto il medesimo profilo, o un permesso di una attività meritevole di incentivo ad altra attività ancor più meritevole di incentivo. Come il precedente è un argomento la cui utilizzazione può procurare mutamento giuridico nella fissità della legislazione, ma è, rispetto al precedente, più controllabile e meno suscettibile di impieghi erratici e di esiti casuali.

[Argomento della completezza della disciplina giuridica]. L'argomento della completezza della disciplina giuridica è quello secondo cui all'interprete è preclusa la strada di attribuire alle leggi un significato per cui un caso qualsiasi risulta non disciplinato dal diritto ovvero per cui la disciplina giuridica sia indeterminata. Secondo alcuni, l'art. 4 del C. Napoleone, nel porre un divieto di pronunce «non liquet» sotto pena di incorrere nel diniego di giustizia, aveva l'effetto di vincolare il giudice ad interpretare la disciplina giuridica come completa. L'argomento della completezza è, in ogni caso, un argomento preliminare e non conclusivo, giacché, una volta argomentato che una disciplina v'è, occorre poi determinare qual sia e gli esiti saranno diversi a seconda se all'argomento della completezza l'interprete giustappone – ad esempio – l'argomento a contrario o invece l'argomento analogico. Taluno ritiene che l'uso dell'argomento in questione possa avere effetto di comprimere le sfere di libertà e le possibilità di creazione spontanea di diritto: infatti questo argomento nega una zona del giuridicamente non regolato, ed il «giuridicamente non regolato» è certamente, almeno in senso debole, «permesso»; inoltre, nel processo di formazione di una consuetudine, una pronuncia che interviene accertando che non si è ancora compiutamente formata la consuetudine, ha sovente l'effetto di bloccare il processo di formazione in corso.

[Argomento della coerenza della disciplina giuridica]. L'argomento della coerenza della disciplina giuridica è quello secondo cui due enunciati legislativi validi covigenti non possono essere interpretati come espressioni norme (disposizioni, precetti) confliggenti l'uno con l'al-

tro. Si noti che questo argomento interpretativo non dipende affatto dall'accettazione (oggi assai diffusa) della teoria secondo cui ciascun ordinamento (o sistema o organizzazione di diritto) è, in un momento dato, coerente. Infatti la teoria della coerenza postula non già l'inesistenza di conflitti tra significati attribuiti ad enunciati legislativi, bensì postula che ogni ordinamento contenga criteri esaurienti per la soluzione di conflitti, criteri cioè che nel caso di conflitto tra due norme ne invalidano una lasciando sopravvivere l'altra, che resta sola. Al contrario l'uso dell'argomento interpretativo della coerenza non mira ad invalidare norme, bensì mira a conservare «leggi» dal pericolo della invalidazione, suggerendo di attribuire agli enunciati di diverse leggi dei significati reciprocamente compatibili. Si tratta perciò di un argomento il cui uso mira alla conservazione della legge (nei casi in cui per ragioni di gerarchia delle fonti una legge appaia pericolante).

[Argomento psicologico]. L'argomento psicologico, o ricorso alla volontà del legislatore concreto, è quello che suggerisce di ricorrere al lume di indizi concreti di volontà psicologica quali sono essenzialmente i lavori preparatori, le discussioni parlamentari, i procedimenti di formazione del consenso sulle bozze e disegni, ecc. L'argomento storico o ipotesi del legislatore conservatore è quello che suggerisce di leggere (nei settori dove è possibile) dietro ai mutamenti delle formule la costanza delle discipline: ad es., il mutuo del c.c. è sempre quello del c.c. 1865 e quello del C. Napoleone.

[Argomento apagogico o ipotesi del legislatore razionale]. L'argomento apagogico, o ipotesi del legislatore razionale, è quello che invita ad escludere quella interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma «assurda». Si tratta di un argomento apparentemente unitario, che però assume due diverse connotazioni a seconda che l'assurdità venga riferita alla norma che costituisce il risultato dell'interpretazione ovvero alle conseguenze pratiche della sua applicazione.

[Argomento teleologico o ipotesi del legislatore provvisto di fini]. L'argomento teleologico, o ipotesi del legislatore provvisto di fini, è quello che suggerisce di interpretare secondo i fini o scopi propri della legge, che non sono quelli psicologici dell'autore della legge bensì quelli della legge come entità astratta che incorpora una scelta o un arbitrato tra interessi tipici confliggenti. Si tratta di uno dei veicoli di interpretazioni estensive e, in genere, di traslazione di poteri di creazione del diritto agli organi dell'applicazione, tanto giudiziari quanto amministrativi.

[Argomento economico o ipotesi del legislatore non ridondante]. L'argomento economico, o ipotesi del legislatore non ridondante, è quello che vuol escludere l'attribuzione ad un enunciato normativo di un significato che già è integralmente attribuito ad altro enunciato normativo preesistente (e non di livello gerarchicamente superiore al primo). Si tratta dell'ipotesi per cui il legislatore non si ripete inutilmente se non nei casi di normazioni applicative di normazioni sovraordinate. L'argomento autoritativo o *ab exemplo* è quello che raccomanda di attribuire ad un enunciato normativo quel significato che già gli è stato attribuito ad una autorità (giurisprudenziale o dottrinale) per questo solo fatto. Si tratta, come è evidente, di un argomento la cui utilizzazione favorisce la continuità delle applicazioni della legge e la prevedibilità delle decisioni.

[Argomento sistematico]. L'argomento sistematico è quello che suggerisce di interpretare «secondo sistema», cioè secondo collegamenti tra norme che sono precostituiti alla interpretazione. Diversi sono i modi di intendere il «sistema», come ad esempio la disposizione degli enunciati normativi prescelta dal legislatore (in tal caso l'argomento si denomina anche argomento della *sedes materiae*), ovvero la costanza terminologica della legge, ovvero ancora un insieme di concetti dogmatici che vengono a sovrapporsi agli enunciati positivi. Diverse sono perciò anche le valenze funzionali delle utilizzazioni dell'argomento sistematico.

[Argomento naturalistico o della natura delle cose]. L'argomento naturalistico, o della natura delle cose, o ipotesi del legislatore impotente è quello che serve a motivare e a proporre combinazioni di enunciati normativi e attribuzioni di significato ai medesimi, tali da ravvisare, nelle norme espresse dagli enunciati a disposizione, delle norme che si uniformano a – o per lo meno non sono in disaccordo con – una qualche concezione della natura: natura dell'uomo, natura dei rapporti disciplinati, ecc. Tutti i «giusnaturalismi» storici hanno accreditato, implicitamente, questo argomento interpretativo; ma non solo i «giusnaturalismi», giacché il naturalismo giuridico si manifesta anche in atteggiamenti che non rientrano nella comune accezione di «giusnaturalismo» (si pensi all'economicismo giuridico, al sociologismo, a certe forme di storicismo). Oggi l'uso di argomenti naturalistici è molto diffuso tra chi adopera schemi di analisi economica del diritto assumendone normativamente i risultati: si pensi, ad esempio, a chi si sforza di interpretare le leggi sulla responsabilità civile in modo tale da far ricadere i costi di eventi dannosi sul soggetto che meglio è in gra-

do di assicurarli. Come tutti gli argomenti che allentano i vincoli della lettera della legge, anche l'argomento economico [argomento di analisi economica del diritto, *n.d.r.*] sottrae potere agli organi legislativi; ma, a differenza di altri argomenti, tende a conferire poteri piuttosto alla dottrina che agli organi dell'applicazione, giacché la elaborazione concettuale della «natura» è impresa culturale collettiva e tale da necessitare tempi lunghi.

[Argomento equitativo]. L'argomento equitativo è quello che suggerisce di evitare le interpretazioni sentite come «inique»; nonostante la lunga storia è oggi, almeno nella nostra cultura, poco utilizzato perché poco persuasivo, anche a causa del venir meno di univoche percezioni sociali della «iniquità».

[Argomento dei principi generali del diritto o dell'*analogia iuris*]. Nelle formule positivizzate si è passati [...] da principi generali «del diritto» a principi generali «dell'ordinamento giuridico dello Stato»; ma, ciò che più ha rilievo, la strutturazione della nostra organizzazione giuridica su doppio livello di legalità (costituzionale e infracostituzionale) derivato dall'introduzione di una costituzione rigida, ha portato taluno ad identificare i principi generali con la norma costituzionale o con segmenti di essa. In una lunga vicenda, oramai, che ha reso questo schema argomentativo – molto utilizzato, peraltro – assai fluido e in certo modo equivoco.

Vi sono argomenti che tendono a traslare il potere di creazione del diritto dagli organi di produzione (legislatore) agli organi di applicazione (giudici, organi amministrativi). Un esempio è l'argomento analogico. Un altro esempio è l'argomento teleologico [Tarello 1987].

Vi sono poi argomenti preliminari e non conclusivi, cioè che non possono operare da soli ma hanno bisogno di altri argomenti a supporto. Ad esempio, l'argomento della completezza della disciplina giuridica [Tarello 1987].

Vi sono infine argomenti ambivalenti. Ad esempio, quello *a contrario* [Tarello 1987].

Gli studenti possono allenarsi a riconoscere argomenti leggendo sentenze e saggi dottrinali. Dopo la lettura attenta possono provare a classificare gli schemi di discorso utilizzando la tassonomia di Tarello.

2.3 Argomenti interpretativi, persuasione e potere

Come si è già accennato, tutto il discorso sull'interpretazione e sugli argomenti interpretativi attiene alla distribuzione del potere di creazione di diritto. Da ultimo si sono portati esempi di argomenti interpretativi che tendono a traslare il potere dagli organi di produzione a quelli di applicazione. La capacità di argomentare, lo sviluppo delle tecniche argomentative può condurre a convincere, a persuadere l'interlocutore o gli interlocutori. Tale convincimento è però per sua natura precario. Gli interlocutori potrebbero nel tempo sposare nuove interpretazioni.

Abbiamo fatto riferimento soprattutto alle norme espresse in testi. Il linguaggio umano è ambiguo. Nel bene e nel male ciò conferisce flessibilità al diritto. Il diritto deve essere prevedibile (alcuni continuano a ripetere «deve essere certo»), ma deve anche evolvere. Di più, il linguaggio è la base del controllo. Nelle democrazie i testi normativi pubblici sono soggetti a controlli formali e informali.

C'è ora da porsi una domanda. L'argomento interpretativo risponde a un algoritmo? Risponde cioè a un insieme di istruzioni che deve essere applicato per eseguire un'elaborazione o risolvere un problema? La domanda non è peregrina. Sempre più decisioni che incidono sul diritto vengono prese mediante algoritmi e software [v. → Capitolo 21]. Ma tale quesito va oltre, possiamo immaginare che le capacità di persuasione e convincimento tipiche del discorso e della retorica umane siano incorporati nei computer?

La flessibilità del diritto è strettamente legata all'ambiguità del linguaggio umano. Un testo normativo è suscettibile di interpretazioni differenti in epoche diverse e anche nella stessa epoca. Questa caratteristica distingue la regola scritta in linguaggio umano dalla regola incorporata implicitamente nelle architetture fisiche. Si pensi, per fare l'esempio più noto in letteratura, ai dossi artificiali installati sulle strade al fine di rallentare la velocità dei veicoli. Il dosso non parla come l'uomo, ma implicitamente lancia un messaggio che contiene un divieto: «non andare veloce, altrimenti il tuo veicolo subirà seri danni». Il dosso, d'altra parte, non interpreta. Non può smaterializzarsi di fronte all'autoambulanza che corre disperatamente per salvare la vita all'infartuato.

Oggi, nell'era digitale, alcune regole sono incorporate nelle architetture digitali. Anche questo dato attiene alla distribuzione del potere di

creazione del diritto (se si concepisce il diritto non solo come diritto che promana dallo Stato). Ma di questo tema si accennerà nel → Capitolo 4 dedicato all'approccio di Law & Technology e più avanti quando si parlerà di tecnologie che incorporano principi e regole [v. → Capitolo 20 e Capitolo 25].

CAPITOLO 3.

La tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti

3.1 La tecnica argomentativa del bilanciamento: una mappatura di alcune decisioni

Giorgio Pino così definisce la tecnica argomentativa del bilanciamento tra principi o diritti [Pino 2007].

[...] Per bilanciamento o ponderazione si intende una tecnica argomentativa solitamente utilizzata allorché il caso da decidere in sede giudiziale sembri contemporaneamente sussumibile sotto due o più norme confliggenti, e manchi un criterio di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici.

[...] Tipicamente, le circostanze appena descritte si verificano quando il concorso conflittuale riguarda norme che hanno (cui è attribuita) la qualificazione di principi, e specialmente principi «fondamentali», che ascrivono diritti a loro volta fondamentali. Di conseguenza, dunque, la tecnica del bilanciamento è ampiamente usata soprattutto dalle corti che «maneggiano» con maggior frequenza diritti e principi fondamentali: corti costituzionali in primo luogo, ma anche corti ordinarie nella misura in cui anche ad esse sia demandato («formalmente», o per convenzione diffusa e accettata nella cultura giuridica) un controllo di costituzionalità o l'applicazione diretta di diritti principi costituzionali.

Il bilanciamento si relaziona al principio (e tecnica argomentativa) della ragionevolezza.

Si leggano, in proposito, le parole di Roberto Bin a margine di un ragionamento su ragionevolezza e divisione dei poteri.

[...] Nella tradizionale teoria dell'interpretazione della legge è costantemente presente l'esigenza di un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti. [...]

Quanto intendevo dimostrare è soltanto come i segmenti e i percorsi di cui si compone il giudizio di bilanciamento non siano affatto estranei ad alcuni segmenti e percorsi del processo di interpretazione giuridica tradizionalmente intesa. Potrei aggiungere che ogni volta in cui l'interprete sia indotto a riflettere sulla ratio di una norma si ritrova a ragionare e argomentare degli interessi che attorno ad essa si addensano e della loro equilibrata composizione. Sotto questo profilo mi sembrerebbe probabile che argomenti tradizionali, come l'argomento *a fortiori*, l'argomento della *sedes materiae* o l'argomento della *lex specialis*, proprio perché basati sulla delimitazione della *ratio legis* e mirano perciò al fine di ridefinire l'assetto degli interessi coinvolti, riproducano tratti salienti del giudizio di bilanciamento [Bin 2002].

Si ponga ora attenzione alle riflessioni di Lipari sul ruolo del giudice.

Non si tratta di [...] di ribadire – secondo quello che Paolo Grossi ha definito «il massiccio plagio illuministico di cui siamo ancora portatori» – che spetti esclusivamente al potere legislativo (cioè alle maggioranze politiche contingenti che si succedono nel tempo) di esprimere la volontà generale. È questo l'errore in cui tuttora si avvitano taluni riformatori dei nostri giorni. Si tratta semmai di ancorare l'interpretazione a parametri che, nel contingente storico, possano essere da tutti condivisi. E in questa condivisione c'è l'impegno di ciascuno di noi a sentirsi parte di una comunità interpretante della quale il giudice è soltanto una delle modalità espressive. Per intenderne appieno il significato basterebbe ripercorrere il richiamo al principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che ad esso ha informato tutte le operazioni di bilanciamento tra principi o valori concorrenti [...] [Lipari 2017, 34].

Qui di seguito riporto alcuni esempi di decisioni giurisprudenziali, che saranno discusse in seguito, in cui si fa riferimento al bilanciamento di in-

teressi, diritti, principi, valori o, nella terminologia della Corte di Giustizia UE, al giusto equilibrio tra diritti fondamentali.

Partiamo dal *leading case* in materia di diritto alla riservatezza [v. → Capitolo 12 sul diritto alla riservatezza], cioè da Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895 (Soraya Esfandiari). [corsivi aggiunti].

Il principio stabilito dall'art. 41, comma secondo, Cost. secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, viene a convalidare ulteriormente la conclusione che, nel *bilanciare i contrapposti interessi*, deve ritenersi che l'utilizzazione dell'immagine altrui per scopi prettamente commerciali cede di fronte alla mancanza di una vera utilità sociale ed al pregiudizio per la libertà e la dignità della persona umana. [...]

Va premesso che a due fondamentali spinte sociali della moderna civiltà corrispondono interessi, a volte complementari o contrapposti, sintetizzati nella felice formula dell'art. 2 della nostra Costituzione: quelli relativi all'individualità (col riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle sue formazioni sociali, prima fra tutte quelle della famiglia), e quelli relativi alla solidarietà politica, economica e sociale.

Stabilire quali di questi interessi costituiscano la regola e quali l'eccezione è compito del legislatore e dell'interprete, attraverso un *giustificato bilanciamento* e secondo le diverse fattispecie.

Passiamo [v. → Capitolo 13 sul diritto all'identità personale] a Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253 sul diritto all'identità personale [corsivi aggiunti].

Si riflette infatti nella dialettica che viene ad instaurarsi tra il diritto alla identità personale ed i contrapposti diritti di critica di cronaca e di creazione artistica (a loro volta riconducibili alla comune matrice costituzionale dell'art. 21) quel fenomeno di confliggenza di interessi, di cui la casistica è ricchissima (si pensi alla libertà sindacale confliggente con la libertà di impresa; al diritto alla salute confliggente con l'interesse della produzione, ecc.) e che trova soluzione attraverso il temperamento e l'*equo bilanciamento delle libertà antagoniste*, per modo che la tutela dell'una non sia esclusiva di quella dell'altra. [...]

Nel conflitto, in particolare, che qui ne interessa un tale *bilanciamento degli opposti valori costituzionali* si risolve nel riconoscimento della libera esplicabilità del diritto di cronaca e nella sua prevalenza sul diritto alla identità personale ove ricorra la triplice condizione: a) della utilità sociale della notizia; b) della verità dei fatti divulgati; c) della forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio (cfr. già Cass. 1984 n. 5259, *Foro it.*, 1984, I, 2711) [c.d. decalogo del giornalista].

Riprendiamo [v. → Cap. 14 sul diritto all'oblio] ora alcuni brani della motivazione di Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, 2019, I, 3071, sul diritto all'oblio [corsivi aggiunti].

Il che significa che il diritto ad informare, che sussiste anche rispetto a fatti molto lontani, non equivale in automatico al diritto alla nuova e ripetuta diffusione dei dati personali.

È questo, in definitiva, il costante filo rosso che tiene unita la giurisprudenza nazionale ed Europea richiamata in precedenza. Ed è questo il senso dell'affermazione, più volte rintracciabile nella citata giurisprudenza, secondo cui il trascorrere del tempo modifica l'esito del *bilanciamento tra i contrapposti diritti* e porta il protagonista di un fatto come quello di cui oggi si discute – che nessun diritto alla riservatezza avrebbe potuto opporre nel momento in cui il fatto avvenne – a riappropriarsi della propria storia personale. L'ormai lontana sentenza n. 1563 del 1958 conio, in relazione alla drammatica vicenda del Questore di Roma, la cupa ma felice espressione di «diritto al segreto del disonore». [...]

Deve essere poi ulteriormente rilevato che la sentenza impugnata non ha neppure considerato, nel *bilanciamento delle contrapposte tutele*, la bontà del percorso di riabilitazione che il S. aveva compiuto nei ventisette anni intercorsi tra la prima e la seconda pubblicazione, scontando una lunga pena detentiva e reinserendosi, con tutte le comprensibili difficoltà che questo comporta, nel tessuto sociale produttivo.

Un'analogia tecnica argomentativa è usata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea [v. → Capitolo 17]. Un esempio è offerto da Corte di giustizia 29 gennaio 2008, C-275/06 (*Promusicae*), in *Dir. Internet*, 2008, 459 [corsivi aggiunti].

68. Di conseguenza, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un *giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario*. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenze Lindqvist, cit., punto 87, e 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* e a., Racc. pag. I-5305, punto 28).

Per quanto concerne la Corte EDU, si può portare ad esempio Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 19 ottobre 2017, in *Danno e resp.*, 2018, 149 [corsivi aggiunti; v. → Capitolo 14 sul diritto all'oblio].

34. The Court has identified, in so far as relevant for the present case, the following relevant criteria in the context of *balancing competing rights*: the contribution to a debate of public interest; the degree to which the person affected is well-known; the subject of the news report; the prior conduct of the person concerned; the method of obtaining the information and its veracity; and the content, form and consequences of the publication (see Couderc and Hachette Filipacchi Associés, § 93; Axel Springer AG, §§ 90-95; and Von Hannover (no. 2), §§ 109-13, ...).

3.2 Il bilanciamento caso per caso e il bilanciamento definitorio

Il dibattito sul bilanciamento è molto ampio. Ai fini di questo capitolo, è sufficiente presentare una delle classificazioni della tecnica argomentativa, in particolare la distinzione tra «bilanciamento caso per caso» e «bilanciamento definitorio» [Pino 2007].

Nel caso del bilanciamento «caso per caso», o bilanciamento ad hoc, il conflitto è risolto volta per volta, in base a una valutazione degli interessi e delle circostanze specificamente prospettati dalle parti nel caso concreto [...].

Nel caso del bilanciamento definitorio o categoriale, il conflitto tra i diritti o principi viene risolto individuando una regola generale ed astratta, tendenzialmente applicabile anche ai futuri casi di conflitto. Un bilanciamento definitorio può essere ricostruito come una metodologia decisionale che, pur contenendo margini valutativi, non si traduce necessariamente in sfrenato soggettivismo, in valutazioni idiosincratiche e particolaristiche adottate caso per caso, ma è invece controllabile razionalmente, e dà luogo a margini sufficientemente affidabili di prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Giorgio Pino conclude il suo saggio evidenziando quanto segue [Pino 2007].

Pertanto, se non vuole diventare una formula magica o una foglia di fico destinata a coprire un arbitrio inconfessabile, il bilanciamento richiede agli interpreti un adeguato sforzo argomentativo per esplicitare e giustificare le varie scelte (sull'individuazione dei casi paradigmatici, sulla rilevanza di casi nuovi e imprevisi, sulle conseguenze della limitazione di un diritto a favore di un altro, sull'importanza dei diritti in competizione, ecc.) che esso implica. Ciò richiederebbe, credo, di delineare i requisiti minimi di una teoria dell'argomentazione razionale, e altresì di una teoria del contenuto essenziale dei diritti costituzionali [...].

Ma vi è chi rimane scettico rispetto alla possibilità di classificare e distinguere tra differenti tipologie di bilanciamento [Pardolesi, Sassani 2019, riferimenti omissi].

La differenza di approccio [tra bilanciamento caso per caso e bilanciamento definitorio] è, però, largamente illusoria. Perché non si tarda a scoprire che non è dato esplicitare a priori tutte le proprietà rilevanti nei casi di conflitto tra diritti fondamentali, sì che un qualche adattamento al caso concreto si rende comunque necessario. Il che riconduce all'impossibilità di dettare una regola *bonne à tout faire* [...].

In ogni caso, il bilanciamento rappresenta uno schema di discorso che, come tutte le tecniche argomentative, attiene alla distribuzione del potere di creare (o inventare) il diritto [cfr. Grossi 2017].

3.3 Bilanciamento, diritti e libertà costituzionali

A ridosso del potere di creare il diritto si pongono le scelte politiche di cui è permeato il sistema giuridico.

Le più importanti si trovano nelle costituzioni.

In proposito Cesare Salvi ha posto il problema del coordinamento tra principi del diritto dell'Unione Europea (di ispirazione liberista) e principi della Costituzione italiana (di matrice sociale).

Ecco cosa rileva a proposito, portando ad esempio la proprietà [Salvi 2020].

Nella nostra Costituzione la proprietà è de-fondamentalizzata: non un diritto di libertà, ma una situazione giuridica regolata dalla legge per assicurare la funzione sociale. Importanti fonti normative, che esprimono visioni del mondo che qualcuno ha deciso di tradurre in norme, come l'art. 17 della Carta dei diritti [fondamentali dell'Unione Europea], e la giurisprudenza della Corte EDU, la riconducono tra i diritti di libertà.

Per la Corte di giustizia UE le libertà economiche costituiscono diritti fondamentali (tesi affermata a partire dal 2007, e nella giurisprudenza più recente fondata sulla Carta dei diritti).

Il problema ovviamente non è solo terminologico.

La nostra giurisprudenza (Corte costituzionale e Cassazione) continua a dire che il principio generale in materia proprietaria rimane la funzione sociale. Possono convivere due principi diversi? Ne parleremo tra breve, a proposito del sistema delle fonti. [...]

Com'è noto, a partire della sent. 183/1973 la Corte costituzionale ha affermato che gli organi della Cee non hanno il «potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o diritti inalienabili della persona umana»: i «controlimiti», come li ha chiamati la dottrina, al primato del diritto europeo. [...]

E il «bilanciamento» (oggi di moda), se non lo si vuole lasciare alla discrezionalità piena dei giudici (e quelli europei, come si è visto, lo operano a favore della libertà economica), richiede la scelta del principio da applicare. In caso di conflitto di principi, quindi, a quale fonte spetta «il primato»? [...].

Dunque, a chi spetta garantire i diritti costituzionalmente rilevanti?

Il problema si è posto dopo l'entrata in vigore, con la ratifica del Trattato di Lisbona, della Carta dei diritti UE. La Corte costituzionale, nella sent. 269/2017, ha detto che il giudice ordinario, se rileva un contrasto tra una norma interna e la Carta, non può disapplicare la prima, secondo l'ordinario modo di operare del diritto europeo; deve invece sollevare la questione di legittimità costituzionale. In altri termini, le norme della Carta non hanno efficacia diretta [Salvi 2020].

CAPITOLO 4.

Diritto e tecnologia

4.1 Comparazione giuridica e interdisciplinarietà: «law &...»

Non si compara solo nel diritto. Si compara in molte scienze (ad es., anatomia comparata; letteratura comparata, politica comparata ecc.).

D'altra parte, anche l'uomo che non è scienziato quotidianamente è portato a comparare, a confrontare (ad es. a comparare diverse possibili soluzioni a un problema della vita quotidiana).

La comparazione può dunque essere definita un processo cognitivo [Pascuzzi 2017a, 117 ss.].

La comparazione giuridica accresce la conoscenza delle possibili soluzioni a un problema di diritto. L'esempio più intuitivo è quello dell'apporto che può dare al legislatore messi alla ricerca di modelli normativi di altri sistemi giuridici [Pascuzzi 2017a, 120-121].

Ma ci si può spingere oltre. La comparazione giuridica come processo cognitivo e metodo di lavoro apre il diritto al dialogo con altri saperi.

Così si esprime Giovanni Pascuzzi [Pascuzzi 2017a, 122].

La comparazione ci fa vedere come sono nati gli istituti giuridici e come si sono evoluti. Essa pertanto indaga: aspetti storici, aspetti sociologici, aspetti economici. Il comparatista combatte gli steccati disciplinari. Il comparatista padroneggia, tra gli altri, gli skills del lavoro interdisciplinare [...]

La comparazione fa del mutamento e dell'innovazione degli oggetti privilegiati di indagine. La comparazione studia le tecniche dell'innovazione giuridica. La comparazione studia la creatività del giurista.

È quello che è successo negli scorsi decenni nell'ambito della comparazione giuridica italiana [Pascuzzi 2017a, 121; Pascuzzi 2017b].

Si pensi al dialogo tra diritto comparato e storia [Gorla 1964b], tra diritto comparato e linguistica, tra diritto comparato e antropologia [Sacco, 1992; Sacco, 2007], tra diritto ed economia [Pardolesi 1987; Pardolesi, Bellantuono 2000].

In altri termini, la comparazione giuridica in Italia «è stata lo strumento per denunciare i limiti agli approcci più tradizionali alla riflessione giuridica. In particolare essa è servita, nelle intenzioni e nei fatti, a stigmatizzare dogmatismo e formalismo evidenziandone il carattere “ideologico”» [Pascuzzi 2017a, 121].

Non è casuale che i comparatisti siano stati tra i primi giuristi in Italia a intercettare nuovi approcci come il già citato «Law & Economics» (diritto ed economia) o quello di «Law & Literature» (diritto e letteratura) [Costantini 2012].

In questo corso, si farà riferimento all'approccio (al metodo) di «Law & Technology» (diritto e tecnologia) [Pascuzzi 2020]. Tale metodo di indagine si occupa, tra l'altro, di studiare il mutamento giuridico alla luce del cambiamento tecnologico.

4.2 Cambiamento tecnologico e mutamento giuridico

«Law & Technology» (diritto e tecnologia) è un campo di studi (nonché come si è detto, un approccio, un metodo di analisi) molto diffuso nel mondo.

Negli Stati Uniti e in Canada da alcuni decenni sono sorti centri di ricerca e riviste giuridiche che si occupano del rapporto tra diritto e tecnologia.

Con riferimento ai centri di ricerca, ecco di seguito alcuni esempi: Berkeley Law and Technology Center (BLTC) presso Berkeley Law, Berkman Klein Center for Internet & Society presso la Harvard University, Center for Technology, Innovation and Competition di Penn Law, Centre for Intellectual Property Policy (CIPP) della McGill University. Con riferimento alle riviste si possono fare i seguenti esempi: Berkeley Technology Law Journal, Harvard Journal of Law and Technology, Stanford Technology

Law Review, Journal of Law and Technology, Duke Law and Technology Review.

Anche in Italia sono stati creati centri di ricerche e riviste dedite allo studio interdisciplinare di diritto e tecnologia. Per limitarci solo ad alcuni esempi, con riferimento ai centri di ricerca, il Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica (CIRSFID) presso l'Università di Bologna, il NEXA center presso il Politecnico di Torino, il gruppo Biodiritto e il gruppo LawTech presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento; con riferimento alle riviste, si pensi a Diritto dell'informazione e dell'informatica, BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto, Diritto mercato e tecnologia, Medialaws, Diritto di Internet.

Nell'ambito di questo movimento di pensiero gli studi in materia di proprietà intellettuale e protezione dei dati personali hanno svolto un ruolo trainante.

Quando ci si riferisce a diritto e tecnologia si allude anche alla scienza. Infatti, si parla anche di Law, Science and Technology. Si veda, ad esempio, il programma di dottorato a Bologna intitolato appunto LAST-JD, Joint International Doctoral (Ph.D.) Degree in Law, Science and Technology.

Ciò perché la parola tecnologia nella versione inglese *technology* si riferisce allo studio e alla conoscenza relativi alle applicazioni, soprattutto in campo industriale, delle scoperte scientifiche.

Le applicazioni della scienza presentano benefici e rischi dai quali sorgono problemi giuridici [Pascuzzi 2002].

All'interno del vasto campo di ricerca riguardante il rapporto tra diritto e tecnologia, questo manuale, come si è già accennato, si interessa alle connessioni tra mutamento giuridico e cambiamento tecnologico.

A questo proposito si può citare un passo del libro di Stefano Rodotà del 1995 intitolato «Tecnologie e diritti» [Rodotà 1995, 9].

[Sono] i temi della tecnica quelli che meglio definiscono le prospettive e le angosce del nostro tempo. L'intreccio tra innovazione tecnologica, mutamento sociale e soluzioni giuridiche pone ogni giorno problemi di fronte ai quali spesso appaiono del tutto improponibili i vecchi criteri, le ricette conosciute.

L'improponibilità dei vecchi criteri è la ragione per la quale gli studiosi della materia si sono messi alla ricerca di nuovi schemi di lettura della realtà.

Un esempio molto noto è l'inquadramento teorico dei problemi giuridici posti da Internet da parte del giurista americano Lawrence Lessig [v. → Capitolo 25]. Il suo libro del 1999 si intitolava emblematicamente «Code and Other Laws of Cyberspace» [Lessig 1999]. La tesi di fondo del libro è che il codice digitale rappresenti una forma di condizionamento del comportamento umano (e dunque una forma di norma) non meno efficace e importante delle norme che promanano dal diritto statale. Non vanno studiate solo le regole giuridiche, vanno studiate anche le regole tecnologiche: ad esempio, le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore [Caso 2004] o le tecnologie di protezione dei dati personali [v. → Capitolo 20 sulla privacy by design e by default]. Le regole tecnologiche, come si accennava nella conclusione del → Capitolo 2, hanno natura diversa dalle regole giuridiche. Esse non sono espresse in linguaggio umano, ma in linguaggio informatico (o in linguaggio biotecnologico) e sono più simili alle regole incorporate implicitamente nelle architetture fisiche (si pensi all'esempio dei dossi artificiali → v. Capitolo 2 → Paragrafo 2.3).

Più in dettaglio Lessig spinge a guardare a diverse forme di norme: il codice informatico (le architetture digitali), le norme del mercato, le norme sociali e il diritto statale.

Nel titolo del libro Lessig pone il codice informatico al primo posto.

Così si esprime Lessig a proposito della regolamentazione di Internet.

It is no longer hard to understand how the Net could become a more perfectly regulated space or how the forces behind commerce could play a role in facilitating that regulation.

Se quindi il codice digitale e le forze di mercato plasmano Internet, quale ruolo residua al diritto statale e alle norme sociali?

Questo tipo di quesito riecheggia il dibattito tra giuristi e filosofi. Si prenda, ad esempio, il dibattito tra il filosofo Emanuele Severino e il giurista Natalino Irti [Irti, Severino 2000; cfr. → Capitolo 25].

Essenzialmente il dialogo vede contrapposte la visione di Irti, il quale ritiene che il diritto, per quanto indebolito, sia capace di regolare la tecnica, e quella di Severino che, invece, vede nella tecnica un apparato che non persegue i fini dell'uomo (della politica e del diritto), ma un suo scopo che è l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni.

Scrive Irti.

Per aprire il dialogo con Emanuele Severino (un dialogo, che, in larga misura, è espressione di profonda consonanza), mi proverò subito a spiegare la formula, in cui si raccolgono il significato e il metodo del nostro lavoro: giurista positivo, o – che è il medesimo – studioso del diritto positivo. Diritto sta per insieme di norme o regole; positivo non indica il non-negativo, ma si collega, attraverso la tarda latinità, al participio passato di «ponere». Diritto positivo è, dunque, il diritto posto: e posto dagli uomini nella storicità del loro vivere. [...]

La crisi del giusnaturalismo – il quale trovò breve ed effimera rinascita dopo gli orrori della seconda guerra mondiale – è stata crisi dei fondamenti immutabili del diritto positivo. [...]

Declinati i fondamenti, il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto. La validità non discende più da un contenuto, che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento. [...]

Ora, quale posizione assume nei confronti della tecnica codesto apparato di procedure, nei cui canali scorrono le proposte ideologico-politiche? [...]

La ragione d'indebolimento, propria del sistema democratico, deriva dal suo rispondere alla stessa logica dell'economia di mercato. [...]

Queste ragioni di indebolimento della politica (e, per ciò stesso, della normatività giuridica, in cui le proposte politiche aspirano a tradursi) non colpiscono tuttavia la differenza logica tra la regola e il regolato: ossia, tra il diritto, da un lato, e il capitalismo e la tecnica, dall'altro. Non sarà più il diritto della «verità», ma è pur sempre un diritto della «volontà»; debole sì, ma teso ad orientare il capitalismo e la tecnica.

La volontà di raggiungere scopi attraverso norme – ancorché svigorita dalla spazialità dell'economia e dall'omogeneità strutturale tra regime democratico e concorrenza di mercato -, quella volontà si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata.

Severino si muove su altra linea. In due libri di grande rilievo – «Il declino del capitalismo» e «Il destino della tecnica», che recano le date, rispettivamente, del '93 e del '98 -, egli affaccia questa analisi. La tecnica si va trasformando da strumento in iscopo del capitalismo, il quale – leggiamo nel primo dei due libri – è «capitalismo solo in apparenza, mentre in realtà è tecnocrazia, e cioè l'agire che si propone come scopo l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, oltrepassando così la volontà "ideologica" di realizzare un certo mondo invece di un altro». Da parte loro, i gruppi politici -, e, noi aggiungeremo, il diritto -, per i quali l'uso o la minaccia della coercizione fisica sono indispensabili, hanno bisogno dei mezzi prodotti dalla tecnica: e così – leggiamo nel secondo libro – la democrazia è «costretta a subordinare il proprio scopo alla tecnica: ossia ad assumere come scopo il funzionamento ottimale della tecnica, e dunque, a non essere più democrazia (giacché un qualsiasi agire è ciò che esso è in forza dello scopo a cui esso è ordinato)». In breve, lo sviluppo indefinito della tecnica – da strumento che era – diviene scopo e del capitalismo e della democrazia politica. L'approdo conclusivo è nel governo dei tecnici [...].

[...] [S]e la tecnica si risolve – come pur scrive Severino – in «incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni» (da «Il destino della tecnica»), finiamo per trovarci dinanzi ad un apparato, capace sì di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, e che tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo. [...].

Si determina, se bene intendo, una sorta d'impossibilità storica o d'inconcepibilità logica, per cui la politica perde il controllo della tecnica: ma questo significa anche estinzione e fine del diritto, poiché la normatività giuridica trae origine da proposte politico-ideologiche, le quali, vinto il conflitto con altre, si traducono in volontà di diritto. Mi pare, dunque, che la soluzione di Severino non sia del tutto persuasiva:

- a) per l'eterogeneità o la distanza fra l'astratta potenza della tecnica e la concretezza, *hic et nunc*, degli interrogativi giuridici;
- b) per la totalizzante riduzione degli scopi allo «scopo di non raggiungere alcuno scopo» (dato – ripeto – che la tecnica, come indefinita capacità di raggiungere scopi, è divenuta scopo della politica e del diritto).

Le due obiezioni si raccolgono in un rilievo di principio: che il mondo del diritto, come mondo della decisione e della scelta in circostanze determinate, non può dissolversi in un apparato tanto immane quanto privo di scopi. La povertà di forze – l'indebolimento del diritto dinanzi alla potenza della tecnica – non riesce a minacciare l'autonomia della normatività giuridica. Questa povertà ha sempre in sé una grande forza, che è la capacità di scegliere scopi: «scopi ideologici» – li definirebbe, con certo sprezzo, il Severino di «La filosofia futura» -, ma pur capaci di contrapporre una volontà concreta all'astratta volontà di realizzare qualsiasi scopo. Insomma, se l'Apparato tecnico-scientifico è incremento indefinito della capacità di raggiungere scopi, chi decide, nel silenzio della politica e del diritto, i concreti e determinati scopi, a cui quella capacità può dare soddisfazione? Non rischia forse, quell'Apparato, di risuscitare gli antichi dei, i quali, risolvendo in sé stesso il tutto, non hanno bisogno degli effimeri scopi dell'uomo? Così il cammino, aperto dal giusnaturalismo, si chiuderebbe nel giustecnicismo.

Risponde Severino.

A proposito del concetto che lo scopo della tecnica è l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni (E.S., *Il destino della tecnica*, Rizzoli, 1998), Irti obietta che, in questo modo, «finiamo per trovarci dinanzi ad un apparato capace sì di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, e che tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo» (par. 7). Se fermiamo qui la citazione, questa battuta di Irti è contraddittoria. O non è contraddittoria solo se per «capacità» si intende la semplice disposizione, la semplice attitudine (il linguaggio aristotelico direbbe la semplice «potenza passiva») che ancora non è giunta a produrre effettivamente ciò che si dice capace di produrre (la potenza cioè che, in quel linguaggio, non è ancora passata «all'atto»). Ma solo un discorso insensato potrebbe sostenere che la capacità operativa della tecnica

sia da intendere in questo modo. Da parte mia, non ho mai sostenuto una cosa del genere.

La «capacità» della tecnica è la potenza effettiva («potenza attiva», nel linguaggio aristotelico) di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni, come Irti mi concede. Ma se così stanno le cose non si vede perché Irti, dopo avermi concesso questo – cioè che la tecnica soddisfa bisogni e realizza scopi, e all'infinito –, concluda dicendo che «tuttavia non soddisfa alcun bisogno e non realizza alcuno scopo». Fino a questo punto il discorso di Irti è una contraddizione in termini.

Da parte mia, ho sempre sostenuto che mentre le altre forme di volontà di potenza (norme religiose, morali, giuridiche, politiche, economiche) vogliono realizzare scopi escludenti – scopi cioè la cui realizzazione mira insieme all'esclusione della realizzazione di altri scopi –, la tecnica non mira a scopi di questo tipo, ma, appunto, a quello scopo, «trascendentale», che è l'incremento infinito della capacità di realizzare scopi. Ciò non significa che la tecnica non miri ad alcuno scopo, ma che non mira ad alcuno scopo escludente. Una tecnica che miri a questo tipo di scopo limita e indebolisce infatti la propria potenza produttiva. Che la tecnica non miri a scopi escludenti significa che essa ha come scopo la crescita infinita della propria potenza.

Ma Irti, dopo la frase sopra riportata, aggiunge che «la “capacità” come astratta idoneità e illimitata potenzialità, diventa così scopo di se stessa: non può ricevere uno scopo dall'esterno (poiché capitalismo e Stato hanno ormai perduto ogni scopo, o, meglio, elevato il mezzo a scopo), né è in grado di darselo da sola. La indefinita capacità della tecnica non comprende, per sua intrinseca e costitutiva essenza, la capacità di scegliere uno scopo. Un mondo umano, insomma, che proprio per aver evocato l'indefinita capacità di realizzare scopi, ormai non ha più alcuno scopo» (ibid.). [...]

Se gli scopi dell'uomo sono quelli che si illudono di servirsi di tale Apparato, allora quella resurrezione non solo è un rischio, ma è inevitabile: nel senso che l'onnipotenza della tecnica distrugge e sostituisce l'onnipotenza di Dio. Come l'uomo abbandona la volontà di essere felice servendosi di Dio come mezzo, e si propone innanzitutto di fare la volontà di Dio, che si serve dell'uomo per celebrare la propria gloria; così l'uomo è destinato ad abbandonare l'illusione di servirsi della tecnica per essere felice, ed è destinato a fare la volontà della tecnica,

che si serve, per la gloria della propria potenza, della vita e della felicità umana.

Ma se e poiché l'uomo è sempre stato inteso come una potenza cosciente che organizza mezzi per raggiungere scopi; e poiché in questa organizzazione consiste l'essenza stessa della tecnica, allora, al di sotto dei diversi e contrapposti modi in cui l'uomo è stato inteso in passato, la tecnica è, insieme, l'alienazione dell'uomo dalla tradizione, e l'inveramento e la piena realizzazione dell'essenza dell'uomo quale è stata evocata nella preistoria e, in modo essenzialmente più radicale, nella storia dell'Occidente.

Cionondimeno la storia dell'Occidente non si chiude col «giustecnicismo». Proprio quando ci si rende conto della destinazione della tecnica al dominio e dell'incapacità delle norme non tecnologiche di continuare ad essere principi ordinatori della tecnica, proprio a questo punto sorge, nei suoi termini più essenziali, la questione autentica della tecnica. Sull'intero Pianeta – dunque non solo nella sapienza tradizionale ma anche in quella scientifico-tecnologica – ciò che ormai si presenta come l'evidenza originaria, elementare, irrinunciabile e indiscutibile è il divenir-altro delle cose del mondo, ossia è il fondamento essenziale in relazione al quale soltanto può costituirsi una qualsiasi forma di volontà di realizzare scopi (divina, umana, individuale, sociale, tecnologica). Ma questo fondamento è la Follia estrema. Il mio discorso filosofico è volto alla delucidazione di questo asserto. La dominazione della tecnica, a cui è destinata ad approdare la storia dell'Occidente è pertanto la forma più rigorosa della Follia estrema.

Il discorso deve raggiungere dunque un livello ancora più profondo di quello in cui ci si mantiene quando si discute il tramonto della tradizione dell'Occidente nella tecnica – e ancora più profondo del «sotto-suolo» del pensiero contemporaneo, in cui, come si diceva all'inizio, è necessario discendere se si vuol comprendere la necessità di questo tramonto.

Tornando al tema del mutamento giuridico, si può chiudere questo secondo paragrafo del capitolo citando «Il diritto dell'era digitale» di Giovanni Pascuzzi del 2002 [Pascuzzi 2002], libro oggi giunto alla quinta edizione. In quel testo l'autore prende le mosse da un programma di ricerca (gli obiettivi del volume):

[...] verificare se e in che modo le tecnologie informatiche stanno cambiando le regole (operazionali) giuridiche [...]

cercare di capire se l'eventuale emersione di nuove regole in ragione dell'avvento delle tecnologie informatiche coincida con l'emersione di tratti caratteristici che possano indurre a parlare di: diritto dell'era digitale.

È importante sottolineare che questa impostazione non si occupa di mutamenti superficiali, ma indaga i cambiamenti profondi del diritto, cioè delle sue categorie ordinanti, delle tecniche di tutela, delle fonti.

4.3 Diritto e tecnologia

In questo libro ci occupiamo dei mutamenti dei diritti della personalità indotti dall'evoluzione tecnologica.

È opportuno ricordare che il concetto stesso di riservatezza è nato in relazione alle nuove minacce spinte dall'intreccio tra innovazioni tecnologiche e nuovi modelli di commercio [v. → Capitolo 7 e Capitolo 12].

L'articolo ritenuto, da molti, l'atto fondativo, a livello mondiale, della riflessione dottrinale sul diritto alla riservatezza – cioè il celebre saggio di Warren e Brandeis apparso sulla *Harvard Law Review* del 1890 – partiva dai rischi innescati dal diffondersi delle macchine fotografiche (soprattutto quelle portatili) e il giornalismo di gossip. Il desiderio di una parte del pubblico, e lo sfruttamento commerciale del medesimo desiderio attraverso i nuovi strumenti tecnologici come la «snap camera» (la prima macchina fotografica portatile) moltiplicavano le occasioni di invasioni della sfera privata [Warren, Brandeis 1890] [v. → Capitolo 12].

Le minacce alla persona, o meglio alle persone anche nella loro dimensione collettiva sono oggi molte più complesse e articolate.

Torniamo a leggere le pagine di Rodotà del 1995 [Rodotà 1995, 13-14].

Il filo delle informazioni, di quelle genetiche e sulla salute in particolare, ci porta lontano, e consente di congiungere mondi apparentemente separati, ma tutti allo stesso modo attraversati da una possente spinta a considerare il soggetto soprattutto come punto di riferimento di informazioni. Lo stesso corpo diviene un luogo dove s'intrecciano flussi informativi: quelli che servono appunto a procurarsi il consenso «informato» del paziente, che riguardano la conoscenza dei suoi ca-

ratteri genetici, che fondano la decisione di vivere o morire, di procreare o non procreare, di continuare o no una gravidanza e via elencando. Le diverse forme e tecniche di raccolta delle informazioni avviano una sorta di scomposizione del corpo [...].

Più recentemente c'è chi si è spinto a parlare di religione dei dati, o datismo [Harari 2017]:

[...] le scienze biologiche sono giunte a concepire gli organismi come algoritmi biochimici. Contemporaneamente, negli ottant'anni trascorsi da quando Alan Turing formulò l'idea della macchina che porta il suo nome, gli informatici hanno imparato a progettare algoritmi digitali interpretabili da elaboratori elettronici sempre più sofisticati. Il datismo mette insieme queste concezioni, evidenziando che esattamente le stesse leggi matematiche si applicano sia agli algoritmi biochimici sia a quelli computerizzati digitali.

Il datismo sostiene che l'universo consiste di flussi di dati e che il valore di ciascun fenomeno o entità è determinato dal suo contributo all'elaborazione dei dati.

Quel che rileva rimarcare è che la riduzione delle persone a informazioni e dati non costituisce solo una minaccia ai singoli, ma – come già si accennava – alla collettività e in particolare alle forme democratiche di governo della società [Soro 2018].

L'indagine sull'evoluzione dei diritti delle personalità ci condurrà perciò a porci interrogativi fondamentali sulla tenuta degli ordinamenti democratici [v. → Capitolo 25].

La rassegna – pur non organica – di alcune riflessioni sul rapporto tra diritto e tecnologia ci porta concludere il capitolo riassumendo alcuni temi e questioni che torneranno nel prosieguo del libro.

- 1) L'approccio di diritto e tecnologia ci spinge a interrogarci sui rapporti tra tecnologia, economia, etica e diritto.
- 2) La scienza giuridica e le scienze dalle quali discendono le applicazioni tecnologiche (computer science, biologia ecc.) parlano linguaggi differenti. Tra questi linguaggi occorre gettare ponti (è un aspetto centrale degli studi interdisciplinari).
- 3) L'evoluzione tecnologica e il mutamento del diritto procedono a velocità diverse. La tecnologia corre. Il diritto (quello statale) insegue.

- 4) Il diritto, anche alla luce del punto 3), può provare a governare la tecnologia o è destinato a essere dominato dalla tecnologia? Naturalmente i termini della questione cambiano se anche il diritto è concepibile come una tecnologia del pensiero (v. punto 6)).
- 5) Ha senso parlare di neutralità della tecnologia? O invece le architetture tecnologiche incorporano a monte valori oltre che principi e regole?
- 6) Il diritto può essere concepito come una tecnologia del pensiero? V. Punto 4) [Pascuzzi 2017b].

CAPITOLO 5.

Come si cerca l'informazione giuridica

5.1 Banche dati proprietarie online: cenni

Per risolvere un problema posto da un caso occorre trovare la regola.
Nelle parole di Giovanni Pascuzzi [2019 103 ss.].

Dopo aver definito il problema occorre trovare la regola che lo risolve.
[...]

Posto di fronte al caso concreto, il giurista deve «cercare il diritto» che disciplina la vicenda e applicarlo. [...]

Il giurista deve saper «cercare il diritto» (acquisendo la relativa abilità) ovvero deve saper cercare atti normativi, pronunce giurisprudenziali, contributi dottrinali. [...]

Nell'impostazione tradizionale i materiali giuridici vengono conservati e diffusi su supporti cartacei: libri, riviste, repertori di giurisprudenza, raccolte di leggi ecc. [...]

Ogni dato giuridico forma un'unità documentale distinta da ogni altro dato. È possibile distinguere ciascun dato sulla base di elementi identificativi (o estremi dell'atto). [...]

[I dati normativi] si distinguono in funzione della natura dell'atto (legge statale, decreto legge, legge regionale ecc.); della data; del numero progressivo attribuito all'atto (non sempre previsto); del titolo (o rubrica). [...]

[I dati giurisprudenziali] si distinguono in funzione dell'organo giurisdizionale (Cassazione, Tribunale, Consiglio di Stato ecc.); del tipo di atto

adottato (sentenza, ordinanza, decreto: in mancanza di indicazione è sottinteso che si tratta di sentenza); della sezione dell'organo che ha emanato l'atto (non sempre prevista); della data della pronuncia; del numero o nome della parte (non sempre previsti; se c'è l'indicazione del nome della parte subito dopo la data, si tratta di un provvedimento della giurisdizione penale). [...]

[I contributi dottrinali] si distinguono in funzione del nome dell'autore; del titolo del contributo; delle note tipografiche (se volume: luogo e data di edizione; se rivista: collocazione, ovvero: titolo rivista + anno + parte + pagina ...) [...].

La ricerca del materiale giuridico costituisce un'abilità più complessa di quello che potrebbe sembrare a prima vista. Non è questa la sede per approfondire l'argomento. Si rinvia perciò ai testi e ai manuali di riferimento per l'approfondimento [Pascuzzi, Guarda 2011; Pascuzzi 2019].

Qui occorre evidenziare che il ricorso agli strumenti cartacei sta progressivamente diminuendo per lasciare spazio a strumenti digitali e, in particolare, a banche dati online.

Le banche dati digitali presentano alcune caratteristiche comuni [Pascuzzi 2019, 112 ss.].

[I *thesauri*]. [...] Per organizzare e immagazzinare i documenti in una banca dati vengono predisposti degli schemi generali di classificazione, ovvero dei *thesauri*. Sovente, con l'espressione «ricerca per parole chiave» ci si vuol riferire a una ricerca operata utilizzando le parole enucleate negli schemi e nei *thesauri* menzionati, cui i documenti sono stati associati nella fase di immagazzinamento. [...]

[I canali di ricerca]. La ricerca di documenti in una banca dati può avvenire attraverso i «canali di ricerca». Si tratta di elementi caratterizzanti il dato che (al pari delle parole chiave costituenti il *thesaurus*) vengono associati al dato stesso. Ad esempio, in una banca dati giurisprudenziale il canale di ricerca può essere rappresentato dall'organo giudicante (Cassazione, Tribunale ecc.), ovvero dal nome delle parti in causa. [...]

[La ricerca «*full-text*»]. [...] Occorre rimarcare [...] che i sistemi elettronici di *information retrieval* consentono di operare ricerche diret-

tamente sul testo dei documenti. Questo tipo di ricerca (c.d. *full text*) elimina ogni mediazione tra dato e utente. È quest'ultimo a formulare le stringhe di ricerca, vale a dire a enucleare gli elementi che devono essere presenti nel documento cercato. [...]

[I connettori booleani]. I sistemi elettronici di *information retrieval* hanno enormi potenzialità anche perché consentono di applicare principi di calcolo al ragionamento logico tramite l'utilizzazione di «connettori booleani» [...].

I principali connettori booleani sono:

- «e»: richiede che tutte le parole specificate siano presenti all'interno dello stesso documento;
- «o»: richiede che almeno una delle parole specificate sia presente all'interno del documento;
- «senza»: inserito tra le due parole di ricerca, richiede che la prima sia presente nel documento senza che sia presente la seconda;
- «vicino»: inserito tra due parole di ricerca, richiede che sia rispettata la sequenza e l'adiacenza nella quale vengono specificate le parole. Di regola è possibile indicare un numero, subito dopo l'operatore, che indica la distanza massima tra i due termini.

[Gli operatori di espansione]. Le ricerche in una banca dati possono essere affinate anche grazie all'utilizzo di «metacaratteri» (ovvero operatori di espansione, ovvero *wild chars*). [...] [Ad esempio, metacaratteri che servono al troncamento della parola]: nella stringa di ricerca si digita solo la radice della parola sostituendo con il metacarattere (che di volta in volta può essere un asterisco, un punto interrogativo o altro) le lettere mancanti.

Anche l'uso delle virgolette svolge una funzione molto importante. Quando si vogliono trovare documenti dove ricorre una precisa espressione occorre racchiudere le parole nelle virgolette: ad es. «diritti della personalità».

Esempi di banche dati proprietarie online sono «Il Foro italiano: le banche dati on line» (Società Editrice Il Foro Italiano, La Tribuna)¹, «De Jure (Giuffrè Francis Lefebvre)»² e «Leggi d'Italia (Wolters Kluwer)»³.

1 <https://www.foroitaliano.it>

2 <https://dejure.it>

3 <http://www.leggiditaliaprofessionale.it>

Si tratta di banche dati ad accesso chiuso, cioè alle quali è possibile accedere, previo pagamento dell'abbonamento, a diverse tipologie di informazioni.

Ad esempio, Il Foro italiano: le banche dati on line raccoglie materiale normativo, giurisprudenziale e dottrinale. In particolare, la banca dati è composta da:

- Repertorio de il Foro italiano (dal 1981);
- rivista Il Foro Italiano (dal 1987);
- Cassazione civile (massime dal 1990 e sentenze integrali dal 1997);
- Cassazione penale (massime e sentenze integrali dal 2009);
- Merito ed extra (dal 2006);
- Quattro Codici e leggi collegate.

Più nello specifico, in questa banca dati si possono reperire i quattro codici (civile, di procedura civile, penale, di procedura penale) e le leggi collegate, le massime giurisprudenziali raccolte nel Repertorio de il Foro italiano, una selezione di decisioni leggibili per intero, gli estremi delle indicazioni bibliografiche raccolte nel Repertorio e la rivista Il Foro italiano dove sono disponibili i testi delle decisioni giurisprudenziali, le note a sentenza e gli articoli apparsi nella medesima rivista.

Gli abbonamenti a pagamento presentano formule, che variano in base al prezzo, di accesso all'intera collezione o a parti di essa. Per fare un altro esempio, De Jure e Leggi d'Italia prevedono anche la possibilità di abbonarsi con formule che danno accesso a riviste, o collane di libri o a enciclopedie del diritto (De Jure offre l'accesso all'Enciclopedia del diritto Giuffrè; Leggi d'Italia al Digesto).

Si deve rimarcare che la copertura temporale di queste banche dati è limitata (ad esempio, il Foro italiano arriva al massimo agli anni '80). Chi è interessato a ricerche di taglio storico dovrà fare riferimento agli strumenti cartacei o ad altre banche dati che hanno digitalizzato i materiali del passato. Ad esempio, le annate storiche della rivista Il Foro italiano sono accessibili fin dalla sua nascita (1876) tramite la banca dati proprietaria JSTOR⁴.

Gli studenti universitari se hanno la fortuna di studiare presso una sede che ha la disponibilità economica per comprare abbonamenti a banche

4 <https://www.jstor.org>

dati proprietarie possono accedere mediante apposite credenziali alle risorse digitali. Potrebbero però non sapere che quell'accesso costituisce un privilegio legato allo status di studente. Una volta terminato il corso di studi e ottenuta la laurea gli ex studenti non potranno più godere della possibilità di accedere a importanti fonti di informazione.

Ma le banche dati proprietarie non costituiscono una strada obbligata, soprattutto nel campo del diritto. Un'alternativa ancora in via di sviluppo è illustrata nel paragrafo seguente.

5.2 Free Access to Law

In Italia gli atti ufficiali dello Stato non sono protetti dal diritto d'autore. L'art. 5 della l. 22 aprile, n. 633 (l.d.a.) così recita.

Le disposizioni di questa legge non si applicano ai testi degli atti ufficiali dello Stato e delle Amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere.

In altri termini, è possibile, ad esempio, riprodurre copie del testo di una legge o di una sentenza e distribuirlo al pubblico.

La pubblicità e la diffusione degli atti ufficiali sono aspetti fondamentali dello Stato di diritto e della democrazia. Alla legge deve essere data pubblicità mediante pubblicazione sulla gazzetta ufficiale. Le decisioni giurisprudenziali devono essere depositate in cancelleria dove si può chiedere di visionarle e di farne copia.

Nell'era di Internet è naturale pensare che la pubblicità debba riflettersi anche nella pubblicazione aperta sul web degli atti ufficiali dello Stato.

Paradossalmente, ciò è limitatamente vero in Italia.

Sul piano normativo, il nostro Paese solo in tempi relativamente recenti si è dotato di una versione digitale online della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana⁵, e di un sito «Normattiva»⁶, dove è possibile cercare e reperire i testi normativi.

5 <https://www.gazzettaufficiale.it>

6 <https://www.normattiva.it>

Sul piano giurisprudenziale, mentre la Corte costituzionale⁷ e le giurisdizioni amministrative⁸ dispongono di siti web dove è possibile accedere alle decisioni, la Corte di cassazione è ancora all'inizio del processo di digitalizzazione. Solo di recente, infatti, la Corte di legittimità ha incominciato a pubblicare le sentenze per intero. Al momento sono disponibili sul sito del Centro Elettronico di Documentazione (CED) ItalgIureWeb gli ultimi cinque anni della giurisprudenza della Corte di legittimità, circa cinquecentomila documenti, una goccia nell'oceano delle decisioni della Suprema corte⁹. Per quanto concerne le decisioni delle autorità indipendenti occorre fare riferimento ai siti web delle stesse. Ad esempio, documenti prodotti dal Garante per la protezione dei dati personali sono disponibili su un apposito sito¹⁰.

Invece, la diffusione della giurisprudenza di merito (le decisioni di tribunali e corti d'appello) in forma digitale è ancora affidata a editori privati.

Più sviluppato è il sistema di comunicazione al pubblico via web di alcune corti internazionali. Ai fini dello studio del diritto civile rilevano in particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹¹ e la Corte europea dei diritti dell'uomo¹².

Tramite i portali web dell'Unione europea è possibile accedere al testo pieno delle decisioni della Corte di Giustizia, del Tribunale di primo grado, delle opinioni degli avvocati generali, nonché, per la materia che qui interessa più da vicino, ai documenti dell'European Data Protection Board (EDPB).

La Corte EDU dispone di un proprio portale web dove comunica al pubblico le proprie decisioni. Il Ministero di Giustizia italiano provvede a pubblicare, su un apposito sito Internet, le traduzioni di alcune decisioni della Corte EDU¹³.

7 <https://www.cortecostituzionale.it>

8 <https://www.giustizia-amministrativa.it>

9 <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass>

10 www.garanteprivacy.it

11 <https://eur-lex.europa.eu>

<https://curia.europa.eu>

12 <https://www.echr.coe.int>

13 <https://www.giustizia.it>

A livello internazionale è da segnalare il World Legal Information Institute (World LII) che raccoglie le coordinate per l'accesso all'informazione giuridica nel mondo¹⁴. Il sito contiene indicazioni relative ai singoli paesi.

L'associazione Free Access to Law Movement mira a sviluppare l'accesso gratuito e libero all'informazione giuridica¹⁵. All'associazione fa capo una rivista scientifica in Open Access, Journal of Open Access to Law (JOAL), che pubblica articoli sul tema del libero accesso all'informazione giuridica. Nell'ambito del movimento si colloca, a livello italiano, l'Istituto di Teoria e Tecnica dell'Informazione Giuridica (ITTIG)¹⁶ confluito nel 2019 nell'Istituto di Informazione Giuridica e Sistemi Giudiziari (IGSG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR).

Tra i vari progetti dell'ITTIG merita menzione in questa sede la banca dati ad accesso aperto DOGI sulla quale è possibile effettuare ricerche relative alla dottrina giuridica apparsa sulle riviste scientifiche dal 1970 in poi¹⁷.

Così si legge sul sito di riferimento.

Si tratta di una banca dati di riferimenti bibliografici di articoli pubblicati su riviste giuridiche italiane. Per ciascun articolo spogliato, il documento DoGi offre le informazioni bibliografiche (autore, titolo, rivista, fascicolo, anno e pagine) arricchite da:

- riassunto e/o sommario dell'articolo;
- una o più voci classificatorie tratte da uno schema di classificazione delle materie giuridiche;
- riferimenti delle fonti normative e giurisprudenziali (di diritto interno, internazionale, dell'Unione europea, canonico, ecclesiastico e storico) principali citate nell'articolo;
- *abstract* in inglese se presente.

Inoltre, sono presenti altri metadati per la descrizione di tratti significativi dell'articolo, fra cui l'indicazione del tipo di bibliografia, la tipologia (contributo indipendente, nota a sentenza o legislazione, comunicazioni in convegni, recensioni, necrologi, rassegne).

14 <http://www.worldlii.org>

15 <http://fatlm.org>

16 <http://www.ittig.cnr.it>

17 <http://www.ittig.cnr.it/progetti/dogi-riviste>

5.3 La dottrina giuridica in Open Access

Differentemente dagli atti ufficiali dello Stato le pubblicazioni della dottrina giuridica (note a sentenza, articoli, monografie, manuali, trattati, voci enciclopediche ecc.) sono soggette a diritto d'autore.

Tradizionalmente gli studiosi del diritto pubblicano con editori commerciali. Ad esempio, l'autore scrive un articolo o un libro e cede in via esclusiva i diritti economici all'editore, conservando il diritto di paternità (diritto della personalità irrinunciabile e inalienabile) [v. → Capitolo 11 sul diritto morale d'autore]. A quel punto l'editore ha il controllo della circolazione del testo. Tradizionalmente l'editore guadagna attraverso l'accesso chiuso. Per accedere all'opera occorre pagare un prezzo. La fissazione del prezzo dipende dalla possibilità (e dal diritto) di restringere la circolazione non autorizzata dell'opera (c.d. pirateria editoriale). Si tratta di un paradosso, perché normalmente l'autore scientifico, differentemente dagli autori dell'editoria di varia, non percepisce un compenso per la commercializzazione della sua opera (articolo o libro). Il suo interesse, infatti, non è quello del guadagno ma della maggiore diffusione possibile del proprio scritto [v. → Capitolo 23 sul diritto d'autore accademico].

Per correggere questa distorsione, nell'era di Internet è nato il movimento dell'Open Access (accesso aperto) alle pubblicazioni scientifiche [Suber 2012; Pievatolo 2012; Caso 2020; v. → Capitolo 23]. L'autore pubblica con editori che garantiscono fin da subito l'accesso aperto (ad es. riviste o libri in Open Access) oppure, avendo conservato i diritti economici, ripubblica in Open Access quanto precedentemente pubblicato ad accesso chiuso.

Grazie a questo movimento che promuove il libero accesso alla conoscenza sono sorti archivi, piattaforme, riviste, collane di libri in Open Access.

In senso stretto, Open Access non significa solo gratuità dell'accesso, ma anche libertà di riutilizzo dell'opera (ad esempio, libertà di riprodurre, distribuire ed elaborare). Pionieri del movimento e istituzioni accademico-scientifiche hanno emanato tre solenni dichiarazioni (Budapest¹⁸, Bethesda¹⁹, Berlino²⁰) nei primi anni Duemila a favore dell'Open Access.

18 <https://www.budapestopenaccessinitiative.org>

19 <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>

20 <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration>

La Dichiarazione di Berlino del 2003 statuisce, tra l'altro, quanto segue. Ciascun contributo ad accesso aperto deve soddisfare due requisiti:

1. L'autore(i) ed il detentore(i) dei diritti relativi a tale contributo garantiscono a tutti gli utilizzatori il diritto d'accesso gratuito, irrevocabile ed universale e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente e a produrre e distribuire lavori da esso derivati in ogni formato digitale per ogni scopo responsabile, soggetto all'attribuzione autentica della paternità intellettuale (le pratiche della comunità scientifica manterranno i meccanismi in uso per imporre una corretta attribuzione ed un uso responsabile dei contributi resi pubblici come avviene attualmente), nonché il diritto di riprodurne una quantità limitata di copie stampate per il proprio uso personale.
2. Una versione completa del contributo e di tutti i materiali che lo corredano, inclusa una copia della autorizzazione come sopra indicato, in un formato elettronico secondo uno standard appropriato, è depositata (e dunque pubblicata) in almeno un archivio in linea che impieghi standard tecnici adeguati (come le definizioni degli Open Archives) e che sia supportato e mantenuto da un'istituzione accademica, una società scientifica, un'agenzia governativa o ogni altra organizzazione riconosciuta che persegua gli obiettivi dell'accesso aperto, della distribuzione illimitata, dell'interoperabilità e dell'archiviazione a lungo termine.

Peter Suber ha elaborato, sulla scorta tre dichiarazioni citate, una definizione di Open Access [Suber 2012, 4].

La letteratura ad accesso aperto è digitale, online, gratuita e libera dalle principali restrizioni imposte mediante diritto d'autore e licenze contrattuali²¹.

Il movimento dell'Open Access è approdato, seppur in ritardo, anche sul pianeta della dottrina giuridica. Un numero crescente di giuristi rende disponibile in accesso aperto sul web i propri testi.

Ad esempio, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento pubblica in accesso aperto le proprie collane di libri²².

21 Nella versione originale in inglese: «Open access (OA) literature is digital, online, free of charge, and free of most copyright and licensing restrictions».

22 <https://www.giurisprudenza.unitn.it/26/publicazioni>
<https://r.unitn.it/en/node/204>

Sempre più riviste giuridiche scelgono l'accesso aperto per la propria diffusione, nascono serie di *working paper* dedicate al diritto, le tesi di dottorato nel campo della giurisprudenza vengono pubblicate in Open Access.

Per la ricerca della scienza giuridica, perciò, diventa sempre più importante padroneggiare gli strumenti per l'accesso aperto alla scienza (motori di ricerca, piattaforme e archivi Open Access, liste e indici di riviste e collane ad accesso aperto).

Sebbene, la scienza giuridica in Open Access rappresenti ancora una frazione dell'intera produzione delle pubblicazioni scientifiche, è molto probabile che il ricorso all'accesso aperto sia destinato a crescere nei prossimi anni.

Anche la pubblicazione di manuali e risorse didattiche pare candidata nel prossimo futuro a muoversi verso l'Open Access.

Per cercare la dottrina giuridica in Open Access si possono adoperare diverse strategie di ricerca.

a) Motori di ricerca. Innanzitutto, si possono utilizzare i motori di ricerca generalisti.

In aggiunta o in alternativa, si può fare riferimento a motori di ricerca specializzati nelle pubblicazioni scientifiche (ad es., BASE²³, CORE²⁴, Google Scholar²⁵, Microsoft Academic²⁶, PLEIADI²⁷).

b) Archivi, portali e piattaforme. Esistono archivi disciplinari e istituzionali. Esempi di archivi disciplinari dove è possibile trovare articoli e saggi di dottrina giuridica sono costituiti da Social Science Research Network (SSRN²⁸) e da LawArXiv²⁹. Esempi di archivi istituzionali sono OpenAIRE³⁰ e Zenodo³¹. Un esempio di piattaforma è rappresentato da Open Research Europe³². Occorre inoltre tenere a mente che molte università dispongono di archivi istituzionali dove è possibile reperire

23 <https://www.base-search.net/about/en/index.php>

24 <https://core.ac.uk>

25 <https://scholar.google.com>

26 <https://academic.microsoft.com>

27 <http://find.openarchives.it>

28 <https://www.ssrn.com>

29 <http://lawarxiv.info>

30 <https://www.openaire.eu>

31 <https://zenodo.org>

32 <https://open-research-europe.ec.europa.eu>

metadati (gli estremi identificativi della pubblicazione) e, talora, i testi pieni delle pubblicazioni. Ad esempio, l'archivio IRIS dell'Università di Trento contiene anche alcune pubblicazioni in Open Access del settore giuridico. Per le tesi di dottorato europee esiste il portale DART-Europe³³.

- c) Indici e liste di riviste e libri. Vi sono infine indici di riviste e libri in Open Access. Esempi di indici sono la Directory of Open Access Journals (DOAJ³⁴) e la Directory of Open Access Books (DOAB³⁵). Una lista di riviste e collane di libri relative alla dottrina giuridica italiana è disponibile sul sito robertocaso.it³⁶.

33 <http://www.dart-europe.eu>

34 <https://doaj.org>

35 <https://www.doabooks.org>

36 <https://www.robertocaso.it>

CAPITOLO 6.

Come si affronta un esame scritto

6.1 L'esame scritto

Nei contesti formali le attività didattiche vengono progettate al fine di far acquisire determinati risultati di apprendimento. Ecco perché ogni singolo partecipante al processo formativo viene, di regola, valutato al fine di appurare il grado di conoscenza raggiunto. [Pascuzzi 2015, 185].

Questo libro è uno strumento didattico per una tipologia di insegnamento che prevede di valutare non solo la conoscenza dichiarativa (la materia dei diritti della personalità), ma anche alcune abilità legate alla formulazione e alla soluzione di problemi giuridici.

Uno dei risultati dell'apprendimento dell'insegnamento basato su questo libro è, dunque, l'acquisizione della capacità di formulare e risolvere problemi giuridici.

Questo risultato può essere valutato anche con un'interrogazione orale ben concepita, ma far leva su un esame scritto aiuta a ottenere una valutazione maggiormente affidabile. I dettagli di questa tipologia di esame scritto verranno meglio descritti nel → Paragrafo 6.3.

Per ora è necessario soffermarsi sull'importanza di esercitarsi nella redazione di testi giuridici.

I corsi di laurea in giurisprudenza sono pervicacemente «orali». Sono rari i casi in cui studenti e studentesse vengono chiamati a redigere un testo scritto: anche gli esami si svolgono nella forma del colloquio (interrogatorio) orale. Cosicché di regola i ragazzi giungono a cimentarsi

con la stesura della tesi di laurea avendo come ultima esperienza di scrittura il compito di italiano all'esame di maturità. Eppure il giurista, di volta in volta, deve scrivere leggi ben congegnate, sentenze e atti di parte correttamente motivati, negozi giuridici finemente strutturati, e così via. [Pascuzzi 2019, 141].

Non è questa la sede per soffermarsi sulle abilità di scrittura. Nel rinviare ai testi che affrontano approfonditamente l'argomento, qui si può solo ricordare che vari saperi, dalla retorica alle scienze cognitive, contribuiscono allo studio della scrittura e ai metodi per migliorarla e renderla più efficace [Pascuzzi 2019, 142-144].

6.2 Il divieto di plagio

Il linguaggio giuridico è un linguaggio tecnicizzato perché accanto ai termini del linguaggio comune comprende termini tecnici o tecnicizzati. Per vocaboli (o espressioni) tecnici si intendono quei vocaboli che non ricorrono nel discorrere abituale, e ricorrono, invece, solo nei discorsi di chi pratica una data scienza e negli enunciati di quella scienza. Ad esempio, i termini «prelazione» e «massa dei creditori» sono termini tecnici delle discipline giuridiche. Per vocaboli (o espressioni) tecnicizzati si intendono quei vocaboli dell'uso ordinario che nell'ambito di una scienza o tecnica si specializzano e in questa conservano solo una delle diverse accezioni che hanno nell'uso ordinario, ovvero adottano un senso più ristretto e meglio precisato di quello che hanno nell'uso ordinario. Ad esempio, termini come «posse»o», «famiglia», «impresa» assumono nel linguaggio giuridico significati speciali (talvolta diversi a seconda del ramo del diritto di cui si tratta). [Pascuzzi 2019, 49]

La redazione di un testo giuridico a fini valutativi implica il confronto con la tematica del divieto di plagio [Caso 2011, 5]. Il plagio ha una rilevanza innanzitutto etica, ma può avere anche gravi conseguenze giuridiche.

In ambito universitario la condivisione delle idee è fortemente incoraggiata. Allo stesso tempo, è vietata l'appropriazione o l'impropria citazione del lavoro altrui.

Si prenda come esempio la politica sull'integrità morale di Harvard descritta nel capitolo «Academic Integrity and Academic Dishonesty»

dell'Harvard «College Handbook for Students 2020-2021»¹. L'*incipit* del paragrafo intitolato «Plagiarism and Collaboration» così recita.

The College recognizes that the open exchange of ideas plays a vital role in the academic endeavor, as often it is only through discussion with others that one is fully able to process information or to crystallize an elusive concept. Therefore, students generally are encouraged to engage in conversations with their teachers and classmates about their courses, their research, and even their assignments. These kinds of discussions and debates in some ways represent the essence of life in an academic community. And yet, it is important for all scholars to acknowledge clearly when they have relied upon or incorporated the work of others.

Tutti i componenti della comunità accademica, docenti, ricercatori, studenti, devono manifestare il debito di riconoscenza a chi ha contribuito allo sviluppo della conoscenza, un'impresa umana ontologicamente collettiva. Ciò significa che quando si scrive un testo, occorre citare le fonti, fare un uso appropriato delle virgolette (o di altri segni che identificano l'opera altrui come l'infratesto, reso evidente da margini laterali più generosi) e riconoscere il contributo altrui.

Anche l'Università di Trento esplicita in alcuni documenti normativi il divieto di plagio.

L'art. 5 (integrità), comma 10, del Codice etico dell'Università degli studi di Trento (d.r. n. 285 del 29 maggio 2014) così recita.

Risultati dell'ingegno e plagio. Ogni attività di ricerca si fonda sul corretto riconoscimento e sulla corretta attribuzione dei risultati dell'ingegno. Gli universitari evitano quindi ogni forma di plagio o di impropria utilizzazione dell'altrui attività intellettuale. Un eventuale plagio o impropria utilizzazione dell'attività intellettuale è ancora più grave qualora derivi da negligenza o dall'abuso di una posizione gerarchica o accademica. Con particolare riguardo alla redazione di tesi ed elaborati, nonché nello svolgimento delle prove di esame, è specifica responsabilità dei singoli rispettare queste regole evitando ogni forma di plagio e condotta disonesta. È compito inoltre di ogni universitario

1 <https://handbook.fas.harvard.edu/book/academic-integrity>

segnalare qualunque caso di plagio o di impropria utilizzazione dell'altrui attività intellettuale della quale venga a conoscenza.

Il Codice d'onore degli studenti (Università di Trento), d.r. n. 416 del 13 giugno 2016, all'articolo denominato «Condotte specifiche» statuisce quanto segue.

1. Coerentemente con i valori generali del presente Codice d'onore ogni studente adotta condotte come quelle elencate di seguito:

[...]

g) non plagia opere altrui. Lo studente è consapevole che costituisce plagio l'impropria riproduzione o l'indebita appropriazione dell'altrui attività intellettuale. Per l'utilizzo di idee, concetti, presentazioni, dati e di ogni altra informazione riportata in scritti o interventi orali altrui ai fini della redazione di elaborati di qualsiasi tipo, anche in formato digitale, o di presentazioni orali deve essere citata correttamente la fonte, ovvero deve essere stato preventivamente acquisito il consenso espresso dell'autore/inventore.

Si deve rimarcare che le regolamentazioni interne delle università vanno oltre la legge sul diritto d'autore. La legge sul diritto d'autore non riguarda le idee, ma solo la forma espressiva delle opere dell'ingegno [v. → Capitolo 11 sul diritto morale d'autore]. In altri termini, il diritto d'autore riconosce al titolare dell'esclusiva solo il diritto di controllare la riproduzione della forma espressiva di un'opera dell'ingegno, lasciando al pubblico dominio, cioè alla libera riproducibilità, le idee, i fatti e i dati. Invece, le norme etiche accademiche richiedono che anche l'uso di semplici idee e concetti altrui riceva un appropriato riconoscimento.

Il che significa che l'etica richiede uno standard di comportamento elevato quando si scrivono testi accademici (dall'esame scritto alla tesi di laurea).

Il fatto che l'etica si spinga oltre la legge sul diritto d'autore non significa che il plagio non rilevi sul piano della tutela giuridica delle opere dell'ingegno. Anzi.

La riproduzione non autorizzata ha conseguenze civili e penali. Sul piano penale rileva l'art. 171 della l. 22 aprile 1941, n. 633, protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio².

2 V. anche la l. 19 aprile 1925, n. 475, repressione della falsa attribuzione di lavori

Salvo quanto previsto dall'art. 171-bis e dall'articolo 171-ter è punito con la multa da euro 51 a euro 2.065 chiunque senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma:

a) riproduce, trascrive, recita in pubblico, diffonde, vende o mette in vendita o pone altrimenti in commercio un'opera altrui o ne rivela il contenuto prima che sia reso pubblico, o introduce e mette in circolazione nello Stato esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana [...].

Perciò, quando si redige un testo e si riproducono parti di opere altrui – brani di altri testi, immagini e così via – occorre rispettare i dettami dell'art. 70 della l. 22 aprile 1941, n. 633 (l.d.a.).

1. Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. [...]

3. Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta.

Peraltro, l'art. 70 va interpretato alla luce delle libertà costituzionali di espressione del pensiero (art. 21 Cost.) e scientifica (art. 33 Cost.). La riproduzione per finalità di apprendimento e didattiche di opere altrui è sicuramente libera, purché si rispettino le migliori prassi di corretta citazione e di riconoscimento della paternità altrui.

Nelle università di tutto il mondo si diffonde sempre più l'uso di software antiplagio («plagiarism detection software»).

Il giurista americano Richard Posner così descriveva nel 2007 l'avvento del software antiplagio nelle università americane [Posner 2007, 83-84].

altrui da parte di aspiranti al conferimento di lauree, diplomi, uffici, titoli e dignità pubbliche.

Il plagio da parte degli studenti potrebbe diventare sempre meno frequente dal momento che sempre più college e università adottano l'uso di software per l'individuazione del plagio, come Turnitin, della casa di produzione di software iParadigms. Migliaia di college, sia negli Stati Uniti che all'estero, hanno acquistato la licenza di utilizzo del programma al costo annuale di 80 centesimi per ogni studente iscritto. Il programma digitalizza i lavori scritti di ciascuno studente, li invia al database di Turnitin e lo analizza in cerca di riscontri. Il database di Turnitin, in realtà, è un insieme di molti database. Uno di essi, l'equivalente di Google, è una copia completa e continuamente aggiornata del World Wide Web. Altri contengono materiale archiviato dal web, parti di database di dominio pubblico e tutti i lavori degli studenti che sono stati inviati a Turnitin per un controllo sul plagio.

Alcuni college particolarmente prestigiosi, come Harvard, non usano Turnitin né altri servizi simili ma preferiscono arrangiare i loro studenti sui mali del plagio. Questo è un compramento ingenuo. È vero, i loro studenti sono più brillanti della media degli studenti di college minori. Ma in nessun college esiste un corpo studentesco brillante e motivato in modo uniforme, soprattutto quando si pensa alle borse di studio per meriti sportivi, alle «legacy admission» e all'«affirmative action». Gli studenti più capaci inoltre tendono a essere più ambiziosi di quelli mediocri e l'ambizione li può indurre in tentazione. È vero comunque che un docente in gamba può rendere difficile il plagio ai suoi studenti semplicemente grazie alla natura dei lavori che assegna.

Dunque, oggi nelle università di tutto il mondo si usano software che effettuano comparazione di testi per analisi volte a determinare percentuali di riproduzione. Si tratta di strumenti rudimentali che forniscono solo alcuni elementi di base per un giudizio che rimane umano ed è connesso alla responsabilità del docente. Infatti, sia il concetto etico di plagio – concetto che peraltro varia a seconda della cultura, dell'epoca e della comunità di riferimento – sia la nozione giuridica di plagio in connessione alla violazione del diritto d'autore non si esauriscono nella riproduzione pedissequa dell'opera altrui. In altre parole, i software antiplagio possono aiutare a svelare casi lampanti di riproduzione di testi o immagini, ma non aiutano nei casi più complessi rispetto ai quali solo la cultura, la competenza e l'esperienza del docente possono fare la differenza.

Tali software, soprattutto quando fanno capo a imprese commerciali, pongono inoltre delicati problemi sul piano della protezione dei dati personali che devono essere affrontati con consapevolezza e cautela dalle istituzioni accademiche e scientifiche interessate al loro uso.

Alla luce di quel che si è rilevato in questo paragrafo non sorprende che l'originalità figuri tra i criteri di valutazione di un esame scritto. Sebbene l'originalità, soprattutto nell'ambito delle scienze sociali come il diritto, sia un concetto molto difficile da definire, può essere adoperato come valore a cui tendere.

Purtroppo, gli studenti universitari non ricevono ancora adeguata formazione su come effettuare ricerche e scrivere correttamente in ambito scientifico rispettando le prescrizioni etiche e giuridiche. Men che meno ricevono una formazione di base sull'etica della ricerca e sul diritto d'autore, pur essendo quest'ultimo messo in gioco da molte attività quotidiane che caratterizzano la vita accademica.

6.3 Esempi di esami scritti: Casi 6-1, 6-2, 6-3

L'esame scritto per le finalità di un insegnamento basato su questo libro ha due finalità:

- 1) accertare la conoscenza del sapere giuridico nella materia dei diritti della personalità (conoscenza dichiarativa);
- 2) accertare lo sviluppo delle abilità legate alla formulazione e alla soluzione argomentata del problema giuridico tratto da un caso.

L'esame scritto può essere organizzato secondo il modello seguente. Viene distribuito alle candidate e ai candidati un caso giuridico (poche righe). Occorre rispondere in un tempo determinato – ad esempio, due ore – alle seguenti domande:

- Qual è il problema giuridico?
- Qual è la soluzione? (Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato: ad es. letterale, analogico, apagogico, a fortiori, storico, psicologico, economico, sistematico, teleologico ecc.).

Si tratta di una prova di ragionamento. Non è necessario proibire l'uso di testi e risorse per svolgere la prova.

I criteri di valutazione possono comprendere:

- a) la forma linguistica con riferimento all'italiano e al linguaggio giuridico;
- b) l'organizzazione del testo con riferimento all'ordine e alla scansione delle varie parti del ragionamento;
- c) la capacità argomentativa con riferimento all'uso corretto e pertinente degli argomenti nonché alla capacità di dispiegare un ampio ventaglio di argomentazioni;
- d) l'originalità;
- e) la capacità di sintesi.

Sul sito web pubblico del corso [robertocaso.it] a cui si riferisce questo libro gli studenti possono accedere dopo l'effettuazione della prova alla spiegazione del caso predisposta dal docente. Inoltre, nella comunità web privata sono disponibili alcune prove pseudonimizzate che hanno ottenuto una buona valutazione. La pubblicazione, pur in forma pseudonimizzata, avviene su base volontaria e previo consenso espresso della persona interessata.

Vengono inoltre dedicati specifici incontri, durante le ore di ricevimento degli studenti, a chi vuole prendere visione dello scritto e avere spiegazioni sul giudizio ottenuto.

La prova finale del corso viene preceduta da alcune simulazioni senza attribuzione di voto che fungono da esercizio preliminare.

In questo modo, gli studenti dovrebbero essere messi in grado di comprendere le modalità e lo scopo dell'esame scritto e dovrebbero disporre degli elementi necessari per capire dove hanno risposto correttamente e dove hanno errato.

Ad esempio, nell'anno accademico 2018-2019 il caso sottoposto agli studenti del corso di diritto civile era il seguente.

Caso 6-1

Una bambina di otto anni, con il consenso dei genitori, ottiene la parte di attrice protagonista in un film che riceverà successo e ottime recensioni di critica cinematografica. I giudizi dei mass media dell'epoca esaltano

la bellezza e la bravura della bambina. La bambina è oggetto di articoli di stampa, interviste radiofoniche e inviti in TV. Il film rappresenta l'unica performance cinematografica della donna. Trentadue anni dopo, la trasmissione televisiva «Che fine hai fatto?» della rete Sciacalla manda in onda un servizio sull'ex attrice, un tempo famosa e poi ritiratasi a vita privata, nel quale la stessa viene descritta come una persona che vive di stenti, abita in un sobborgo malfamato di una metropoli italiana (Trentor) ed ha un aspetto dimesso il quale nulla riflette della bellezza che fu parte del suo folgorante ed effimero successo di piccola stella del cinema. La puntata della trasmissione televisiva diffonde alcune interviste di conoscenti e alcune foto della donna prese da social network. La donna agisce in giudizio contro la rete televisiva Sciacalla per tutelare le proprie ragioni. In particolare, chiede al giudice italiano competente di inibire l'ulteriore diffusione della puntata di «Che fine hai fatto?» a lei dedicata e il risarcimento del danno.

Qual è il problema giuridico?

Qual è la soluzione?

Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato.

Si ponga attenzione a un secondo esempio. Nell'anno accademico 2019-2020 il caso sottoposto agli studenti del corso di diritto civile era il seguente.

Caso 6-2

La nota attrice italiana Monica Bruttucci si fa fotografare nuda, in fase avanzata di gravidanza, dal celebre artista Helmut Leibniz. La fotografia viene pubblicata su un settimanale di prestigio internazionale nel campo della moda (Just Vanity) suscitando attenzione e scalpore presso il pubblico, tanto da diventare «virale» sui social network. La casa di produzione italiana Giant realizza un film comico «Vacanze di Natale al Popeye Beach» che ha come protagonista il noto attore e umorista Maurizio Scrozzi. La casa di produzione affida al fotografo Piersilvio Anonimo la realizzazione di una foto che rappresenta Maurizio Scrozzi nudo e con il pancione tipico della gravidanza avanzata. La posa dell'attore Scrozzi è analoga a quella dell'attrice Bruttucci, le luci e i colori dell'immagine sono pressoché identici a quelli della foto di Leibniz, tuttavia l'espressione dei volti delle persone rappresentate è differente. Mentre Bruttucci ha un'espressione seria, Scrozzi mostra un sorriso ironico e beffardo. Monica Bruttucci ed Helmut Leibniz agiscono in sede civile contro la Giant e Piersilvio Anonimo per ottenere l'inibitoria volta a impedire la riproduzione e diffusione della foto di Scrozzi nonché il risarcimento del danno.

Qual è il problema giuridico?

Qual è la soluzione?

Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato.

Il caso è liberamente ispirato a *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998). La prima fotografia sulla sinistra è stata realizzata dalla celebre fotografa Annie Leibovitz per una famosa copertina di Vanity Fair dell'agosto 1991 che raffigura Demi Moore nuda durante la gravidanza³. La seconda fotografia rappresenta un poster pubblicitario del film comico *Naked Gun 33 1/3: The Final Insult* del 1994 con Leslie Nielsen raffigurato con il proprio volto su un corpo di donna identico a quello della foto scattata da Leibovitz⁴.

La sentenza statunitense è servita solo a offrire uno spunto in riferimento ai fatti del caso oggetto della prova scritta.

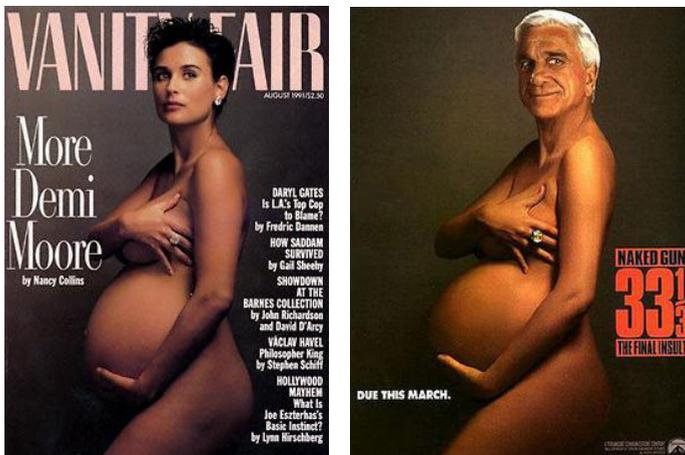


Figura 6-1: Copertina di Vanity Fair e poster pubblicitario del film *Naked Gun 33 1/3: The Final Insult* del 1994

Nell'anno accademico 2020-2021 il caso sottoposto agli studenti del corso di diritto civile era il seguente.

-
- 3 Fotografia di Annie Leibovitz, fonte <https://en.wikipedia.org/w/index.php?curid=2202808>
 - 4 Fonte http://www.impawards.com/1994/naked_gun_three_ver1_xlg.html
https://en.wikipedia.org/wiki/Leibovitz_v._Paramount_Pictures_Corp.#/media/File:Naked_gun_three.jpg

Caso 6-3

Durante una lezione, tenuta per mezzo di una piattaforma per videoconferenze online, un professore universitario dell'Università dell'Isola che non c'è (UnICNC) usa toni sconvenienti, volgari e sessisti mentre spiega un argomento del corso. Alcuni studenti che assistono alla lezione registrano un video di pochi minuti che cattura il momento in cui il docente pronuncia parole sconvenienti, volgari e sessiste all'indirizzo di una persona (studente) collegata. Gli stessi studenti lamentano la violazione di norme etiche e giuridiche, ma non agiscono di fronte alle autorità competenti, preferendo postare il video su alcuni social network. Il video diventa «virale» nel giro di poche ore. Altri studenti virtualmente presenti (collegati) alla lezione, intervistati da alcuni quotidiani, difendono il docente, sostenendo che i toni erano esagerati ma scherzosi. Molti commentatori condannano la condotta del professore. Altri si dicono preoccupati della diffusione incontrollata delle registrazioni delle lezioni. Gli studenti che hanno postato il video vengono identificati. Il professore agisce davanti al giudice civile contro gli studenti che hanno postato il video per tutelare le proprie ragioni.

Qual è il problema giuridico?

Qual è la soluzione?

Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato.

PARTE II
DIRITTI DELLA PERSONA
E DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

CAPITOLO 7.

L'evoluzione dei diritti della persona e della personalità: cenni

7.1 Diritti della personalità: una creazione ottocentesca

L'espressione «diritti della personalità» si riferisce a una categoria giuridica del diritto privato elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà dell'Ottocento. La categoria è estranea alla tradizione romanistica e racchiude una storia affascinante per le sue contraddizioni, ambiguità e complessità [Santoro-Passarelli 1966, 50; Messinetti 1983; Rescigno 1990; Zeno-Zencovich 1993; Pino 2003; Marini 2006; Resta 2005; Pardolesi 2005; Resta 2007; Resta 2019].

Non è un caso che la categoria sia nata in Germania, dove la filosofia tedesca, fin dalla fine del '700, ha elaborato, sulla scia del pensiero giusnaturalista, la grammatica concettuale sulla quale si fonda il discorso giuridico sui diritti umani [Bobbio 2014] e della personalità.

Nel discorso del gius-privatista, [le locuzioni che nelle diverse lingue europee indicano i diritti della personalità] sono comunemente impiegate per designare una particolare tipologia di diritti soggettivi, aventi ad oggetto attributi della personalità fisica ed immateriale e connotati, sul piano del regime giuridico, da caratteri antitetici rispetto a quelli tipici dei diritti patrimoniali (inalienabilità, irrinunziabilità, ecc.). Deve però avvertirsi che la medesima espressione è talvolta adoperata in una più ampia accezione, quale sinonimo dell'intero complesso degli strumenti rimediali finalizzati alla protezione degli interessi della persona [Resta 2007, 1043-1044, note omesse].

Va avvertito che i confini della categoria sono alquanto mobili e che la riconduzione a unità degli attributi fisici e immateriali della persona è controversa [cfr. Pardolesi 2005; Marini 2006].

A titolo di esempio si vedano i seguenti rilievi definitori di Giorgio Pino [Pino 2003].

Se si accetta [la] distinzione tra «persona» come entità psicofisica e «personalità» come dimensione morale ecc., si può senz'altro aderire ad una definizione, recentemente proposta in dottrina, a mente della quale i diritti riconducibili alla categoria «diritti della personalità» afferiscono ai seguenti profili: «a) la identità e identificazione del soggetto nei suoi diversi aspetti oggettivi e soggettivi; b) la auto-percezione che il soggetto ha di se stesso e la percezione che del soggetto dà il resto della comunità» [Zeno-Zencovich 1995]. In tal modo, nella categoria dei diritti della personalità ricadrebbero figure quali, ad esempio, il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto morale di autore, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, il diritto sui propri dati. Per converso, è più conveniente ricondurre alla categoria dei «diritti della persona» l'insieme degli interessi e dei profili di tutela attinenti all'integrità psicofisica della persona e che, a quanto emerge dal panorama dottrinario e giurisprudenziale più recente, sembrano ruotare principalmente (ma non esclusivamente) sulla tutela del diritto alla salute.

Si tratta di una categoria che, prendendo le mosse dalla Germania, si è diffusa nei sistemi di *civil law* e in alcuni sistemi misti come il Québec, rimanendo invece estranea ai sistemi di *common law*, e in particolare al sistema statunitense dove domina il concetto di «privacy» [Pino 2003; Resta 2005; Resta 2007; Resta 2019, 145 ss.].

Peraltro, nel linguaggio giuridico italiano spesso ricorre l'uso della parola *privacy* sia con riferimento al diritto alla riservatezza sia con riferimento al diritto alla protezione dei dati personali.

Alcuni autori rilevano che l'uso della parola *privacy* sarebbe da evitare [o da chiarire] nella lingua giuridica italiana.

[...] Il termine *privacy* può essere utilizzato in una gamma molto ampia di significati, tale che in alcuni contesti esso può denotare ciò che nella cultura giuridica italiana viene designato come «diritto alla riservatez-

za», mentre in altri contesti esso arriva a coprire un'area semantica sostanzialmente coincidente con (e anzi probabilmente eccedente) i nostri «diritti della personalità», fino ad avvicinarsi ad un generale concetto di «diritto alla libera autodeterminazione»; peraltro in tale nozione, quantomeno nell'accezione civilistica, si trovano unificati interessi giuridicamente rilevanti che nella nostra cultura giuridica sono considerati solo parzialmente coincidenti, quando non nettamente differenziati o addirittura concettualmente opposti, quali ad esempio il diritto alla riservatezza da una parte e il diritto all'identità personale e allo sfruttamento della propria notorietà dall'altra [Pino 2003].

In Italia usiamo spesso a [...] proposito [del diritto all'autodeterminazione informatica] la parola inglese *privacy*, ma si tratta di un uso improprio, non solo perché non c'è alcun bisogno di ricorrere a un termine straniero, ma soprattutto perché il *right to privacy* ha un significato più ampio, vicino a quello dell'art. 2 Cost.; è stato usato dalla Corte suprema USA (che lo considera implicitamente garantito dalla Costituzione) per riconoscere il diritto all'uso dei contraccettivi (1965), all'aborto (1973) e a rapporti omosessuali tra adulti consenzienti (2003) [Salvi 2015, 105].

Rileggendo la vicenda dei diritti della personalità si apprezza la dialettica tra società, diritto giurisprudenziale, teorizzazioni giuridiche e legislatore. L'indagine storica costituisce uno straordinario laboratorio per lo strumentario della comparazione giuridica e dell'approccio di «Law & Technology» [cfr. Rodotà 1995; Pascuzzi 2002; Pardolesi 2003; Resta 2005; Pardolesi 2005].

Soprattutto, l'esplorazione del mutamento giuridico fa emergere lo sdoppiamento valoriale che da una parte declama il primato della persona nella sua dimensione extrapatrimoniale e dall'altro rende possibile la mercificazione di alcuni attributi personali. Uno sdoppiamento che rappresenta il vero tema di fondo della materia.

In questo contesto la prospettiva di osservazione è quella del diritto privato, ma lo sguardo deve essere ampio e profondo per tenere presente tutto il panorama giuridico.

Prendiamo le mosse dal contesto storico, socio-economico e tecnologico nel quale matura la coscienza sociale di una tutela di alcuni aspetti della persona: l'immagine, il nome, il diritto di paternità e di integrità

delle opere dell'ingegno, la riservatezza [Resta 2005, 18 ss., 45 ss.]. Siamo nella seconda metà dell'Ottocento, durante la rivoluzione industriale, quando nuovi strumenti tecnologici come le macchine fotografiche e le rotative dei giornali rendono possibili le prime forme di mercificazione (di alcuni aspetti) delle persone, in particolare di quelle notorie [cfr. Zeno-Zencovich 1995]. Il trionfo della borghesia e del liberalismo, con ricadute giuridiche quali la libertà di stampa e la libertà contrattuale, spianano il terreno al nuovo diritto privato.

L'esempio paradigmatico di minaccia agli attributi immateriali della persona è quello della riproduzione e della diffusione di immagini di persone notorie da parte della stampa scandalistica.

In Europa sarà paradossalmente la Francia a fare da apripista. Paradossalmente perché nel sistema giuridico d'Oltralpe difettavano disposizioni legislative e autonome teorizzazioni sulla materia. Ciò nonostante, la giurisprudenza, servendosi disinvoltamente dell'elastico schema francese del diritto di proprietà e della clausola generale della responsabilità civile, dà ingresso alle istanze di giustizia che provengono dalla società. È bene ricordare la formulazione dell'art. 1382 del Code civil, la clausola generale della responsabilità civile.

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Così Giorgio Resta spiega la prontezza del sistema giuridico francese nel dare risposta, attraverso le corti, alle richieste che provengono dalla società [Resta 2005, 30 ss., note omesse].

L'accesso relativamente agevole ai rimedi risarcitori, assicurato dal carattere «aperto» dell'art. 1382 c. civ. ed ulteriormente rafforzato da alcune disposizioni contenute nella legge speciale; l'assenza di preclusioni in ordine alla risarcibilità dei danni non patrimoniali; la previsione di strumenti di tutela interinale quantomai elastici e incisivi, le *ordonnances de référé*; la presenza di un sistema compulsivo estremamente efficace, rappresentato dalla prassi giudiziale delle *astreintes*, sono tutti elementi che permisero di conseguire esiti operazionali innovativi senza che fosse necessario approntare, e giustificare in chiave giuspolitica, alcun organico «progetto» di protezione degli interessi della personalità.

V'è poi un altro fattore non irrilevante, che contribuisce a spiegare il perché del ritardo dei giuristi [accademici] francesi (ed italiani) in questa specifica materia: la presenza, a livello di tradizione sapienziale, d'una nozione estremamente «elastica» e non formalizzata di «proprietà».

Esempi dell'applicazione dello schema dominicale sono la proprietà del patronimico, la proprietà dei segni distintivi d'impresa e naturalmente la «proprietà artistica e letteraria» estesa fino a ricomprendere interessi diversi quali la riservatezza della corrispondenza e l'integrità dell'opera [Resta 2005, 37].

Mentre fu la Francia a giungere per prima alla tutela pretoria di alcuni interessi della persona, è alla dottrina tedesca, come si diceva all'inizio di questo capitolo, che si deve la prima elaborazione teorica della categoria. Chi ha studiato a fondo la materia avverte del rischio di ricostruire questo frammento di storia giuridica in modo semplicistico e lineare sovrapponendo la visione contemporanea della categoria, incentrata – non senza contraddizioni – sull'inerenza alla persona e sull'extrapatrimonialità, a quel che si verificò realmente nella storia delle idee giuridiche della seconda metà dell'Ottocento [Resta 2005 43 ss., note omesse].

Accostandoci oggi alle opere di Gareis, Gierke e Kohler – nelle quali, com'è noto, la teoria dei *Persönlichkeits* – o meglio *Individualrechte* riceve la sua prima esposizione organica –, l'interprete rimane immediatamente colpito da un dato significativo, in netto contrasto con i comuni postulati teorici di riferimento. La categoria dei diritti della personalità si presenta, in quelle ricostruzioni, come una categoria eterogenea, dai confini notevolmente elastici e, di conseguenza, dall'incerto valore orientativo. [...]

Basti [...] notare che non soltanto il marchio, le opere dell'ingegno, le invenzioni, il nome commerciale sono costruiti come diritti della personalità e giustapposti a figure più «tradizionali» quali il diritto al nome, il diritto all'integrità fisica o il diritto all'onore; ma la stessa concorrenza sleale [...] risulta fondata su argomenti di natura personalistica e ricondotta all'interno dell'alveo concettuale degli *Individualrechte*.

La giustapposizione formale tra tali posizioni soggettive [cioè, dei diritti della personalità] ed il sistema dei diritti di proprietà intellettuale e

industriale [...] non appare semplicemente il frutto d'una ricostruzione teorica ancora immatura e priva di spirito sistematico. Essa costituisce piuttosto il riflesso di *uno* dei problemi fondamentali a cui la teoria in questione intendeva offrire una risposta: quello dell'inquadramento dogmatico ed insieme della legittimazione ideologica di una serie di posizioni di esclusiva estranee alla tradizione romanistica e fortemente controverse sul piano politico-economico.

Roberto Pardolesi così sintetizza, anche sulla scorta della ricostruzione di Giorgio Resta, il contesto storico in cui nasce categoria [Pardolesi 2005, 3-4].

La verità è che quei primi passi [della categoria dei diritti della personalità] avvengono in un momento storico quanto mai complesso. Per dirla in estrema sintesi, va in crisi il sistema assolutistico/mercantilistico dei privilegi come tecnica dei beni immateriali in quanto contrario ai rampanti valori della libertà di commercio e di iniziativa economica privata. Le esclusive retrocedono a livello di eccezione, mentre si affermano interpretazioni restrittive, che ingessano il sistema (e impediscono il delinearci di soluzioni analoghe a quelle emerse in Francia), sino a propiziare la preminenza di tecniche pubblicistiche, declinate sui versanti penale ed amministrativo. Si accentua il profilo della doverosità, cui consegue la svalutazione del diritto soggettivo, considerato insussistente prima della commissione dell'illecito.

Ma sarà ben presto evidente che una siffatta impostazione è insufficiente a fronte della carica espansiva di situazioni giuridiche di grande rilievo patrimoniale.

È Joseph Kohler che porta maturazione il percorso teorico dei germanisti tedeschi iniziato con le opere di Gareis.

Così Giorgio Resta spiega il contributo di Kohler [Resta 2005, 104 ss.].

Il contributo decisivo all'elaborazione di un sistema più articolato e coerente (e quindi in grado di imporsi all'attenzione della cultura giuridica generale) verrà dall'opera di Josef Kohler, il quale, rielaborando alcuni spunti originali già emersi nel precedente dibattito, introduce una netta demarcazione concettuale tra la categoria degli *Individualsrechte* e quella degli *Immaterialgüterrechte*.

Prendendo le distanze dall'accezione onnicomprensiva dei diritti della personalità caratteristi del pensiero di Gareis e Gierke, Kohler contrappone ai diritti che hanno ad oggetto i beni della personalità, fisici e incorporali, quelli che insistono sui beni immateriali esterni alla persona e suscettibili di oggettivazione.

Alla prima categoria egli riconduce, oltre ai diritti all'integrità fisica, all'onore, all'immagine, alla confidenzialità delle lettere missive (e più in generale alla *Geheimsphäre*), anche i diritti sui segni distintivi. Tra questi vengono annoverati il diritto al nome, nonché i diritti sulla ditta e sul marchio, tutti accomunati dalla funzione di garanzia della corretta identificazione del soggetto nelle pluralità delle manifestazioni del suo agire sociale.

È opportuno notare, comunque, che Kohler, pur dando atto della molteplicità delle sue espressioni, muove dall'idea della sostanziale unitarietà dell'*Individualrecht*, secondo quella stessa prospettiva che porterà in seguito la dottrina tedesca a parlare di un vero e proprio «diritto generale della personalità».

Alla seconda classe vengono invece ascritti, principalmente, il diritto sulle opere dell'ingegno ed il diritto sulle invenzioni, i quali risultano funzionalmente analoghi al diritto di proprietà, pur senza essere a questo tecnicamente assimilabili. [...]

Di qui la netta contrapposizione tra i diritti della personalità, relativi a beni interni e dunque connotati dal carattere dell'inalienabilità ed i diritti su beni immateriali, i quali si appuntano su beni esterni e sono pertanto liberamente alienabili e trasmissibili.

Di qui, ancora, l'importante affermazione per cui, là dove siano concepibili ipotesi di disposizione negoziale dei diritti della personalità, sussiste pur sempre il limite rappresentato dall'impossibilità di operare la separazione definitiva ed irrevocabile di quella determinata posizione soggettiva dalla sfera del suo titolare.

La storia della categoria dei diritti della personalità, dunque, appare intrecciata con quella della proprietà intellettuale (proprietà industriale, proprietà letteraria e artistica). Non è solo una questione storica che attiene alle origini del concetto giuridico, ma è anche una vicenda attuale che continua a riproporre contatti e interferenze tra le due aree [Resta 2007, 1046-1047].

Per inciso, non è un caso che anche l'atto di nascita teorica della riservatezza a stelle e strisce, cioè il celeberrimo articolo di Warren e Brandeis faccia leva, tra l'altro, sull'argomento analogico con il copyright di origine giurisprudenziale sul diritto di pubblicazione (diritto di inedito), per fondare concettualmente la privacy [Warren, Brandeis 1990, 198 ss. v. → Capitolo 12 sul diritto alla riservatezza].

Nell'Italia di fine Ottocento, dove mancavano, come in Francia, riferimenti normativi puntuali, l'influenza della giurisprudenza francese e della dottrina tedesca consentirono la graduale introduzione per mano dei giudici della tutela civilistica dei diritti della personalità come il diritto all'immagine [v. → Capitolo 8], il diritto al nome [v. → Capitolo 10] e il diritto morale d'autore [v. → Capitolo 11].

Prima con regio decreto 7 novembre 1925 n. 1950 sul diritto d'autore e poi, soprattutto, con l'emanazione del codice civile del 1942 e della legge sul diritto d'autore n. 633 del 1941 si avranno i primi riconoscimenti normativi espliciti di singoli diritti della personalità. Riconoscimenti che tarderanno a dare i frutti di una tutela effettiva per l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c. che identificava le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi di reato.

Molte delle norme inserite nel codice civile del 1942 rivelano pertanto l'impronta caratteristica delle regole già applicate dalla giurisprudenza, sancite nella legislazione speciale o formulate dalla dottrina. Così è a dirsi, ad esempio, per la disciplina della tutela del nome (art. 7 c.c.), coerente con le linee fondamentali seguite sino a quel momento dalle corti italiane (e soprattutto aderente al modello normativo iscritto nel § 12 BGB); per la disciplina dell'immagine (art. 10 c.c.), anticipata nel suo nucleo essenziale dall'art. 11 del r.d.l. 7 novembre 1925, n. 1950; o per la stessa, rilevantissima, disposizione dell'art. 2087 c.c., concernente il problema della tutela dell'integrità fisica e morale del prestatore di lavoro, la quale recepiva, perfezionandola, una soluzione già emersa nell'ambito della normativa speciale (a partire dall'art. 3 della l. n. 80 del 1898) e ricondotta a sistema dalla dottrina più sensibile.

Un discorso a parte merita la norma sugli atti di disposizione del corpo (art. 5 c.c.). Essa ebbe per un verso un carattere oggettivamente innovativo, dal momento che fu una delle primissime norme dedicate da un codice civile alla tematica dell'utilizzazione del corpo umano e delle sue parti; ma fu anche la disposizione nella quale più evidenti e

profondi risultarono gli influssi del clima culturale dell'epoca e dell'ideologia statalista e antiliberale [Resta 2007, 1048].

Su questo nuovo (e asfittico) sfondo normativo matura una controversa elaborazione della categoria dei diritti della personalità che ne declama le caratteristiche in antitesi ai diritti patrimoniali [Pino 2003; Resta 2007].

E così, se, da una parte, i diritti patrimoniali sono disponibili, rinunciabili, trasmissibili, prescrivibili, dall'altra, i diritti della personalità sono (o sarebbero) indisponibili, irrinunciabili, intrasmissibili, imprescrivibili.

Sempre sul piano teorico a lungo terranno banco le discussioni su alcuni quesiti.

- 1) I diritti della personalità sono diritti soggettivi? [cfr. Santoro-Passarelli 1966, 50; Messinetti 1983; Rescigno 1990; Marini 2006; Resta 2019, 150-151].
- 2) Esiste un unico generale diritto della personalità relativo a più fattispecie (attributi materiali e immateriali della persona) o più diritti della personalità? [v. → Capitoli 12 e 13].
- 3) Se si ammette lo sfruttamento commerciale di aspetti della personalità essi fanno capo a un unico diritto o a due diritti, uno primario, indisponibile, e uno derivato alienabile? O, secondo altra formulazione, il diritto è indisponibile, ma il suo esercizio è liberamente disponibile? Il consenso allo sfruttamento commerciale di aspetti della personalità è revocabile? [v. → Capitolo 9].

L'astrazione concettuale delle caratteristiche della categoria non tarderà a mettere la prassi di fronte ad alcuni rilevanti problemi, tra i quali si possono ricordare i seguenti.

- a) Lo sfruttamento economico della notorietà della persona merita tutela? [v. → Capitolo 9].
- b) I diritti della personalità sono sempre intrasmissibili? [v. → Capitoli 8, 12, 13 e 15].
- c) Le persone giuridiche godono di diritti della personalità giustiziabili presso il giudice civile? [v. Capitolo → 10].
- d) La disciplina degli attributi materiali della persona (il corpo) deve essere differente da quella degli attributi immateriali (moralità)? [Resta 2005; Resta 2019].

Più in generale, il problema di fondo sarà costituito da quanto sia estesa la protezione dei diritti della personalità e quale sia il suo apparato rimediabile.

Un ultimo rilievo a chiusura di questo paragrafo. Nel sistema giuridico italiano la categoria dei diritti della personalità è rimasta fuori dal riconoscimento legislativo. È solo con la legge di riforma del diritto internazionale privato (art. 24, Legge 31 maggio 1995, n. 218) che avviene la prima esplicita menzione legislativa [Resta 2007, 1055].

7.2 I diritti della persona e della personalità alla luce della Costituzione

Negli anni successivi all'emanazione del codice del '42 e anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione il processo di ampliamento della tutela dei diritti della personalità ha incontrato forti resistenze.

Già alla metà degli anni '50 però la dottrina inizia a reclamare una «depatrimonializzazione» del diritto privato.

[...] [L]a necessità di un nuovo modo di concepire (e di tutelare) i diritti della personalità si è affermata dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, portatrice, al pari di altre costituzioni europee contemporanee, di istanze personalistiche e solidaristiche, e con la faticosa acquisizione da parte della civilistica di una nuova sensibilità verso gli aspetti non strettamente patrimoniali dei rapporti interpretati.

Si può considerare sintomatico, a questo proposito, un breve intervento di Adriano De Cupis risalente al 1956, nel quale si auspica una vigorosa reazione contro la concezione materialistica e patrimonialistica del diritto privato, «ridotto a mero coordinamento degli interessi economici individuali»; ponendosi da una prospettiva che definiremmo di politica del diritto *de sententia ferenda*, l'illustre giurista esorta l'interprete a recuperare gli spazi di tutela giuridica che l'ordinamento privatistico può assicurare alla persona umana in sé considerata, nel suo essere, prima ancora che nel suo avere. La sfida di De Cupis è stata poi raccolta [negli anni '70] in grande stile da un orientamento dottrinale, che trova il suo esponente più rappresentativo in Pietro Perlingieri (e che si è raccolto attorno alla «Rassegna di diritto civile», diretta dallo stesso Perlingieri), che si è fatto attivamente porta-

tore di un progetto politico-culturale di rinnovamento del diritto civile all'insegna della «depatrimonializzazione», ossia di una complessiva (e complessa) rilettura dei più disparati istituti civilistici in funzione di interessi (non più solo – né principalmente – patrimoniali, ma) personalistici [Pino 2003; le note qui omesse fanno riferimento, tra l'altro, ai noti contributi di Rosario Nicolò e Stefano Rodotà].

Ma alla metà degli anni '50 la cultura dei privatisti non era ancora pronta a tradurre in regole operazionali la deriva della «depatrimonializzazione».

Come ricorda Giorgio Resta, il pronunciamento della Consulta che riconosceva natura vincolante a tutte le norme costituzionali non trovava ancora un terreno fertile nel diritto civile.

Quando, nella primavera del 1956, venne pubblicata la prima sentenza della Corte costituzionale, con cui si riconosceva la natura vincolante di tutte le norme costituzionali – incluse quelle inizialmente definite «programmatiche» – anche nei confronti delle leggi anteriori, la cultura privatistica, nella quasi totalità, era ancora legata ai postulati della separatezza tra diritto pubblico e diritto privato e della sostanziale impermeabilità di quest'ultimo ai principi espressi nella Carta fondamentale [Resta 2019, 286].

È solo partire dagli anni '60 del secolo scorso che inizia a farsi strada l'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni del codice civile e delle leggi speciali. Una qualche influenza sugli sviluppi italiani si deve all'esperienza maturata dalle corti germaniche nel riconoscere l'azionabilità di un diritto costituzionale davanti al giudice anche per la sua applicazione orizzontale, cioè nei confronti di un altro privato (*Drittwirkung*) [Resta 2019, 298-299].

Così sintetizza il punto Emanuela Navarretta con riferimento alla responsabilità civile [Navarretta 2014, 344, note omesse].

Il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo nella ricostruzione della responsabilità civile configura il traguardo di un itinerario complesso che, sin dagli anni '60 del secolo scorso, attraverso la teorica della *Drittwirkung* e attraverso l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione, si è avvalso dei principi costituzionali, e specificamente degli art. 2, 3 e 32 Cost., per ripensare l'intero istituto dell'illecito aquiliano, e poi

di quello contrattuale, sino a dare progressiva attuazione tanto alla mittelbare [che media l'efficacia diretta dei diritti fondamentali attraverso l'interpretazione adeguatrice delle norme privatistiche] quanto alla unmittelbare [che riconosce immediati diritti fra i privati estrapolandoli dalle norme costituzionali] *Drittwirkung*.

Questa tecnica interpretativa ha inciso (a) sull'individuazione degli interessi protetti e (b) sul piano della tutela.

- a) Sul piano dell'individuazione degli interessi protetti, emblematiche appaiono, da questo punto di vista, le vicende del diritto alla riservatezza [v. → Capitolo 12] e del diritto all'identità personale [v. → Capitolo 13].
- b) Sul piano della tutela, fondamentale è l'uso creativo dell'art. 700 c.p.c. sulla tutela d'urgenza e, successivamente, il processo di allargamento delle maglie dell'art. 2059 c.c. [v. → Capitolo 15].

L'art. 2 Cost. con la tutela dei diritti inviolabili della persona, l'art. 3 e l'art. 41 Cost. con la tutela della dignità e le altre norme costituzionali che individuano singoli aspetti della personalità sono stati gli strumenti di lavoro che, assieme all'art. 700 c.p.c. sulla tutela d'urgenza, hanno consentito alla giurisprudenza di operare per via interpretativa l'estensione della tutela dei diritti della persona e della personalità.

Si parla in proposito di principio personalistico della Costituzione.

Tale principio, considerato solitamente uno dei valori fondanti della Costituzione, può essere definito in prima approssimazione come il diritto di ciascuno al libero svolgimento della propria personalità ed alla autodeterminazione personale come irretrattabile valore appartenente ad ogni essere umano. Il fondamento costituzionale è normalmente individuato nell'art. 2, talvolta letto in combinato disposto con altre disposizioni costituzionali, quali in primo luogo l'art. 3, comma 2 [Pino 2003, note omesse].

Una parte della dottrina ha evidenziato che il principio personalistico si sposa con quello sociale ed è un tratto caratteristico della Costituzione del '48, non riscontrabile nei documenti normativi posti a fondamento della Comunità e poi dell'Unione Europea [Salvi 2015].

Altre correnti dottrinali hanno criticato la lettura (troppo) aperta delle norme costituzionali e in particolare dell'art. 2, in quanto questa tecni-

ca interpretativa determinerebbe uno sfaldamento della categoria dei diritti della personalità e restringerebbe i margini di libertà delle stesse persone [cfr., ad es., Zeno-Zencovich 1995; Pardolesi 2005; Castronovo 2015, 37, 42 ss.].

Per parte mia, sono tentato di accreditare una valutazione assai meno entusiasmante: ossia quella di una banalizzazione indistinta e pigra, che si rifugia in formule sacrali per non pagare il prezzo di un'analisi quanto mia faticosa. Dopo tutto, in seno alla posizione elaborata del BGH è rimasta ben salda l'esigenza di differenziare le dimensioni presupposte dallo sdoppiamento costituzionale dei diritti soggettivi da codice civile, ciò che è valso a circoscrivere il nuovo afflato alla tutela dell'onore, alla protezione della personalità nel rapporto di lavoro, al diritto alla conoscenza della propria origine *et similia*. Nulla di paragonabile alla melassa indistinta, da notte hegeliana dove tutte le vacche sono nere, cui ha messo capo la versione di quest'approccio (ne è testimonianza l'art. 2 del codice in materia dei dati personali, con le sue declamazioni nel segno del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità), segnata da una sorta di ipostatizzazione all'ingrosso, e di colore alquanto oscuro, dei diritti della personalità. Per dirla in un altro modo, il radicamento nell'art. 2, e dintorni, della Costituzione non può significare che i diritti della personalità rifluiscono in blocco nel novero dei diritti inviolabili o libertà fondamentali [Pardolesi 2005, 6-7].

Peraltro, non vi è dubbio che i riferimenti alla Costituzione e, in misura via via crescente ai documenti normativi internazionali come la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, abbiano spinto i giudici ordinari italiani a fare più intenso ricorso alla tecnica interpretativa del bilanciamento dei diritti [v. → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti].

Paradigmatica è, sul punto, la giurisprudenza della Cassazione sul bilanciamento tra diritto di cronaca e aspetti immateriali della personalità come la reputazione, l'identità personale, la riservatezza e l'oblio.

La stagione in cui si delinea il dominio della Costituzione nel discorso sui diritti (o sul diritto) della personalità è anche quella che prelude a un nuovo scenario, in cui si affacciano non solo nuovi rischi, ma anche

un nuovo modo di concepire la persona. Il riferimento è alle tecnologie digitali e alle biotecnologie.

Nel nuovo scenario tecnologico della globalizzazione la Costituzione entra in concorrenza con altre fonti normative e in particolare con il diritto della Comunità (poi Unione) Europea.

7.3 La datificazione e il diritto europeo della protezione dei dati personali

Iniziato negli anni '60 il processo di costituzionalizzazione dei diritti della personalità può dirsi consolidato tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000. Si tratta dei quattro decenni che vedono esplodere la rivoluzione delle tecnologie digitali e delle biotecnologie [v → Capitolo 25].

Mentre altri Paesi avevano legiferato già a partire dagli anni '70, affrontando i problemi posti con riferimento dalle banche di dati personali computerizzate [Rodotà 1973], il legislatore italiano rimane silente.

L'assunzione delle informazioni è prassi costante e incide sugli aspetti più riposti della personalità, perseguendo qualsiasi mezzo e infrangendo qualsiasi confine. Nel nostro ordinamento non vi sono leggi che disciplinano l'assunzione di informazioni e la loro elaborazione e diffusione da parte di terzi. Vi sono alcune norme specifiche che riguardano singole ipotesi, come il divieto di assumere informazioni sulle opinioni politiche e sindacali del lavoratore per evitare discriminazioni nel rapporto di lavoro (art. 8 dello Statuto dei lavoratori) o norme che vietano l'uso di informazioni sulle opinioni politiche e religiose dei militari al fine di prevenire discriminazioni (art. 17 delle norme di principio sulla disciplina militare del 1978).

Di recente, si è però avvertita l'esigenza di assicurare con opportune leggi ai cittadini il diritto di venire a conoscenza della raccolta di informazioni sul proprio conto, il diritto di controllo dell'esattezza delle informazioni e quindi il diritto di rettifica dei dati inesatti e il diritto all'oblio, cioè alla cancellazione delle informazioni dalle schede di raccolta, dopo un determinato periodo di tempo. L'impiego di elaboratori elettronici rende ancor più delicata la questione, esponendo il singolo ad una lesione dell'intimità, cioè della sua identità personale e della segretezza delle sue opinioni, che non è semplice prevenire. [Resta 2019, 356].

Il cambio di passo è imposto prima dal Consiglio d'Europa con la Convenzione europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale n. 108 del 1981 (eseguita con l. 21 febbraio 1989, n. 98) e poi dalla Comunità Europea con la dir. 95/46 sul trattamento dei dati personali.

La Convenzione europea parte dalla necessità di conciliare la protezione della vita privata con riferimento al trattamento automatizzato dei dati personali con la libera circolazione e afferma i seguenti principi.

- 1) Qualità dei dati.
- 2) Protezione rafforzata per categorie speciali dei dati (i dati a carattere personale che rivelano l'origine razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o altre convinzioni, i dati a carattere personale relativi alla salute o alla vita sessuale, nonché i dati relativi a condanne penali).
- 3) Sicurezza dei dati.
- 4) Garanzie per la persona interessata al trattamento automatizzato dei dati.

La direttiva 95/46 riprende i principi della Convenzione europea e si fonda su alcuni pilastri che verranno in sostanza riproposti dal GDPR.

- i) Ampia definizione di dato personale e di trattamento dei dati personali.
- ii) Disciplina del trattamento dei dati personali con principi che ne governano la legittimità, obblighi in capo al responsabile (nella legge italiana denominato «titolare») del trattamento e diritti in capo alla persona interessata (tra i quali il diritto di accesso, di rettifica e di cancellazione).
- iii) Tutela rafforzata per alcune particolari categorie di dati (quelli che presentano maggiori rischi in termini di discriminazione delle persone).
- iv) Disciplina specifica delle misure di sicurezza applicate al trattamento dei dati.
- v) Disciplina specifica delle decisioni automatizzate.
- vi) Disciplina della tutela.
- vii) Disciplina specifica del trasferimento dei dati verso paesi terzi.

viii) Disciplina delle autorità di controllo nazionali e dell'istituzione europea di coordinamento delle autorità di controllo.

La prima normativa italiana è la l. 31 dicembre 1996, n. 675, che pur non costituendo tecnicamente attuazione della dir. 95/46, pone quest'ultima a punto di riferimento. Le successive normative italiane sono poi rifluite nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali (c.d. Codice privacy), che oggi, in versione alquanto mutilata e rimaneggiata, fa da cerniera tra GDPR e ordinamento interno.

Il quadro normativo europeo costituisce un nuovo approccio alla protezione dei dati personali. Si tratta di una fitta trama di disposizioni normative tese a procedimentalizzare il trattamento e ad arretrare il momento della tutela della persona. L'idea di fondo è che fin dalla fase di raccolta dei dati il trattamento dovrebbe essere lecito e corretto.

I temi di maggiore importanza sono i seguenti.

- a) Il cambiamento del sistema delle fonti. Si pone un problema di coordinamento tra le fonti del diritto interno (e in particolare, la Costituzione del '48) e il diritto europeo. Il diritto europeo si fonda sul libero mercato. Occorre conciliare la libera circolazione dei dati personali e la loro protezione. La Costituzione italiana pone, invece, in esponente principio sociale e principio personalistico
- b) L'approccio europeo alla tutela dei dati personali non riguarda solo la tutela degli individui e i rapporti orizzontali tra privati, ma anche la tutela dei gruppi e della collettività, nonché i rapporti tra Stato e privati. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato scolora.
- c) Benché la tutela dei dati personali sia sulla carta estremamente rafforzata, a cominciare dall'istituzione di un'apposita autorità pubblica di controllo del trattamento dei dati personali, si pone il problema della sua effettiva efficacia, con particolare riferimento a Internet. C'è una divaricazione tra il mondo ideale dei trattamenti leciti e corretti e quel che accade nella realtà.
- d) Dal punto di vista sistematico emerge il problema del coordinamento tra nuova disciplina del trattamento dei dati personali e vecchia disciplina dei diritti della personalità.

Giorgio Pino così ricostruiva all'inizio degli anni 2000 la contrastante accoglienza da parte della dottrina italiana della legge 675 del 1996.

La legge è stata accolta da reazioni contrastanti, tanto nell'opinione pubblica quanto nella cultura giuridica: da una parte, coloro che hanno accolto con grande soddisfazione la novella legislativa, considerandola un passaggio necessario per l'ordinamento giuridico italiano, anche a fronte della necessità di mettersi al passo con gli altri paesi europei; dall'altra, le reazioni più o meno allarmate di coloro che hanno ravvisato nella legge gravi rischi per la libertà di espressione, e per l'attività giornalistica in particolare, rischi derivanti tra le altre cose dall'infelice formulazione di taluni passaggi della legge, e da un eccesso di poteri conferiti alla Autorità Garante istituita dalla legge stessa. Lasciando da parte le *technicalities* della legge, che non interessano in questa sede, mi limiterò a segnalare alcuni aspetti che lasciano intravedere i primi segnali di una nuova stagione dei diritti della personalità nella cultura giuridica italiana.

A parere di alcuni, infatti, la nuova legge potrebbe determinare un radicale cambiamento nel panorama della tutela della personalità, non solo per quanto riguarda i profili specifici di disciplina in essa contenuti, ma anche per i possibili effetti sistematici che essa è verosimilmente destinata a sortire (ed infatti è stata già definita come un vero e proprio statuto giuridico delle informazioni riguardanti la persona) [...]. [Pino 2003].

Una parte della dottrina ha voluto vedere nella disciplina sulla protezione dei dati personali il nuovo statuto generale dei diritti della persona [riferimenti in Zeno-Zencovich 1998; Resta 2007, 1053].

Tra coloro che hanno manifestato perplessità su questa vocazione sistematica vi è Roberto Pardolesi.

Chiudo con un cenno alla vertigine dell'antinomia fra trionfo e declino: ossia il codice della privacy e la cannibalizzazione dei diritti della personalità.

La derivazione in linea retta dalla precedente elaborazione è avallata dall'art. 2 d.lgs. 196/03, come già dall'art. 1 l. 675/1996. Un approccio siffatto – non foss'altro perché non richiesto, molto di più perché ipocritamente lontano dal vero – rivela fra le pieghe di una chiara velleità declamatoria, l'intento di facilitare a marce forzate l'assorbimento di opzioni rimaste, in precedenza, al margine della sensibilità sociale: sullo sfondo si intravede il disegno di de-enfatizzare un intervento altri-

menti rivoluzionario, non foss'altro perché caratterizzato da una vera e propria soluzione di continuità rispetto all'esperienza pregressa. La legge, oggi il codice, non ha il respiro dello «statuto generale della persona», che pure qualcuno vi ha intravisto; ma, in quanto disciplina organizzativa imperniata su una fitta trama di regole procedurali, ne fa le veci. Assume come riferimento di base un'unità elementare, ossia il dato personale, la cui inesattezza è per definizione presente in tutte le violazioni dei diritti della personalità: sino a consentire un intervento a monte, appunto sulla micromolecola, nella logica di una sorta di eugenetica dei diritti della personalità, che, ne mentre li supporta con strumenti quanto mai incisivi di difesa, li toglie dal giro dell'esistente giuridico. In fin dei conti, perché affannarsi con le strettoie del diritto all'identità personale, ancora in cerca di – mi si passi l'involontario *calembour* – una propria identità, se oggi è dato sortire tutela più penetrante invocando l'uso illecito del dato personale? [Parolesi 2005, 8].

D'altra parte, vi è chi vede il diritto alla protezione dei dati personali di derivazione europea come aspetto del diritto generale di personalità in omaggio alla teoria, oggi dominante in Italia, monista che predica l'esistenza di un unico generale diritto della personalità composto di vari aspetti [Resta 2019].

[Da questo punto di vista] sono almeno tre le linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione europea in fasi progressive: (i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona e quindi come specificazione del diritto generale della personalità, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell'Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca; (ii) un'altra riguarda la costruzione del mercato dei dati, che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e alla utilizzazione ed include anche la proprietà delle banche di dati realizzate dagli operatori economici; (iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale [...].

I tre indirizzi normativi sopra ricordati fanno riferimento a regole già in vigore o in preparazione, che, però, tra loro non sono accuratamente coordinate: è noto che l'ordinamento comunitario non procede come

un ordinamento nazionale e che gli interventi degli organi legislativi [...] sono settoriali, sì che il bilanciamento degli interessi in gioco sono di volta in volta riferiti ai singoli oggetti della normazione; spetta all'interprete ricostruire il sistema, con l'avvertenza che, non essendosi consolidato un diritto privato europeo (e tanto meno un diritto pubblico europeo) la terminologia impiegata nei testi deve essere decodificata, depurandola delle suggestioni dettate da allitterazioni e similitudini lessicali, così come da facili – e ingannevoli – sovrapposizioni di modelli stranieri, provenienti da esperienze fondate su valori e fini assai diversi da quelli che fanno capo al modello europeo (continentale). [Resta 2019, 357-358, note omesse].

Al di là delle questioni sistematiche, il tema più rilevante è in termini di politica del diritto.

Può un ordinamento, come quello dell'Unione Europea, fondamentalmente liberista garantire adeguatamente la persona? O la persona recede a fronte del supremo interesse di garantire la libertà di mercato?

Più complessa è l'influenza di un corpo di dottrine, e di orientamenti delle giurisdizioni sovranazionali, che propugnano una sorta di neogiuridismo fondato sul valore universale della dignità umana e sulla conseguente massima estensione da assegnare ai «diritti umani». Svincolata da una dimensione sociale (presente invece in testi come la Dichiarazione ONU dei diritti umani e la Costituzione italiana del 1948), la tematica dei diritti umani consente in alcune versioni (come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000) di tornare a considerare l'iniziativa economica e la proprietà privata quali diritti di libertà. I giudici europei (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti umani) hanno adottato questo orientamento, coerente del resto alla normativa introdotta dall'Unione europea a partire dal Trattato di Maastricht (1992) [...].

Si viene così delineando quella che è stata definita una nuova «costituzione economica», diversa e in alcuni in contrasto con i principi economico-sociali della Costituzione italiana [Salvi 2015, 27].

D'altra parte, una corrente dottrinale ritiene la dignità capace di rendere forte il diritto alla protezione dei dati personali anche nei confronti diritti e libertà concorrenti come la proprietà e la libertà d'impresa [Rodotà 2012; Resta 2019].

Richiamare la dignità non è [...] operazione scontata o retorica: al di là del suo valore intrinseco, essa costituisce un connotato essenziale del modello europeo, che non si riscontra in altri modelli, ad es. nel modello americano; e pur essendo espressiva di un principio che deve essere coordinato con la libertà d'impresa, anch'essa tutelata dalla Carta (all'art. 16) e dai Trattati, nonché con il diritto di proprietà (art. 17), è proprio su questo principio-valore che la dottrina recente ha edificato il concetto di *homo dignus* e di identità digitale.

Sempre la Carta ha distinto la tutela della privacy (art. 7) dalla tutela dei dati personali (art. 8): anche se si volesse inferire dal testo che si è dato corpo ad un aspetto peculiare della privacy, che gli studiosi americani denominano *informational privacy*, il legame tra persona, dati e consenso implica una fattispecie diversa da quella originaria come da quella anche più evoluta di riservatezza, perché l'orizzonte dei dati personali è più ampio di quello della vita privata, essendo connesso con l'identità della persona ed essendo inclusivo di tutti quegli aspetti della persona che possono costituire altrettante cause di discriminazione (art. 21 della Carta), così come è inclusivo degli aspetti relativi alla integrità fisica e alla salute, alla cultura, alla propensione al consumo e al risparmio, ai gusti e così via. Come ha sottolineato Stefano Rodotà, «la distinzione non è solo di facciata. Nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa, regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione». [Resta 2019, 359, note omesse].

Per concludere sul piano della capacità ordinante delle classificazioni giuridiche, la categoria dei diritti della personalità appare oggi di difficile leggibilità per tre ordini di ragioni.

- a) La pretesa differenziazione dai diritti patrimoniali rimane parziale. E ciò deriva dalla forza (espansiva) dei diritti patrimoniali soprattutto nel diritto europeo che si fonda sul libero mercato.
- b) La capacità di indicare in modo omogeneo diritti (o attributi di un unico diritto generale) è minacciata dall'uso progressivo (e indiscriminato) della categoria del diritto inviolabile (o dei suoi omologhi: diritto umano, diritto o libertà fondamentale) sul piano del diritto privato nonché dalla dif-

ferenziazione, sul piano della disciplina, tra attributi materiali e attributi immateriali.

- c) Il diritto alla protezione dei dati personali ha una vocazione totalizzante e ciò non solo per il modo con cui è stato normato a livello europeo, ma anche perché la (tecnologia) e la società si muovono verso la datificazione della persona.

Non a caso Giorgio Resta conclude in questo modo sul punto [Resta 2019, 149, note omesse].

Il catalogo delle situazioni giuridiche ricomprese nella categoria è alquanto ampio e i suoi confini appaiono (da sempre) notevolmente elastici, sì che qualsiasi tentativo di concretizzazione assume un carattere necessariamente stipulativo.

Vi rientrano, per comune opinione, situazioni quali: il diritto al nome (art. 7 c.c.; art. 22 Cost.), all'immagine (art. 10 c.c.; art. 96 l.d.a.), alla riservatezza e alla tutela dei dati personali (art. 8 CEDU; articoli 7 e 8 Carta dei diritti UE), all'onore, alla reputazione (artt. 594-595 c.p.), all'identità personale, all'integrità fisica e psichica della persona (art. 5 c.c.; art. 3 Carta dei diritti UE). Ma nelle trattazioni più recenti non è raro incontrare, sotto la medesima rubrica, le tematiche della tutela dell'ambiente, del consumatore, dell'utente di servizi radio-televisivi, del minore e più in generale la protezione dei soggetti «deboli». Si discute da sempre circa l'esatta natura e collocazione sistematica del diritto morale d'autore; controversa è, infine, la configurazione dei c.d. diritti di sfruttamento economico della personalità.

Ben consapevole del limite tassonomico della categoria dei diritti della personalità, questo manuale sceglie di occuparsi episodicamente di alcuni casi e problemi che riguardano aspetti molto eterogenei della persona. Sebbene la maggior parte del testo sia dedicata ad attributi immateriali, si è scelto anche di effettuare incursioni negli aspetti materiali dell'integrità fisica.

CAPITOLO 8.

Il diritto all'immagine

8.1 Caso 8-1: foto artistiche di nudo di una minorenne

La fotografia rappresenta una minaccia per i diritti o il diritto della personalità [v. → Capitolo 12 sul diritto alla riservatezza] e al tempo stesso è un mezzo della libera espressione del pensiero connesso al diritto d'autore del fotografo [v. → Capitolo 11 sul diritto morale d'autore].

Scrive Francesca Benatti in proposito [Benatti 2011].

La fotografia come rappresentazione oggettiva del reale [...] si presta a tali pratiche [manipolative] in virtù della sua de-contestualizzazione dal tempo dalla situazione oltre che, naturalmente, dall'angolatura. In effetti tutti i fattori che suggeriscono di considerare la fotografia un'arte possono essere addotti a prova del suo carattere creativo ovvero non effettivo. La dialettica che si instaura, quindi, nel momento attuale intercorre tra la percezione generalmente diffusa del ritratto come fonte di verità oggettiva e la natura intrinseca di manipolazione «artistica» della realtà ritratta. Come dato di fatto, si deve assumere che fra le decine di «scatti» fotografici realizzati solo uno scelto ad arte viene diffuso nella sfera pubblica ormai costituita dalla sua rappresentazione mass-mediale.

In questo capitolo, quindi, inizierà a emergere un tema classico dei diritti della personalità: il bilanciamento tra diritti [v. → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento].

Si ricorderà [v. → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità] che tra la fine dell'800 e i primi del '900 i giudici italiani, sulla scorta

della giurisprudenza francese e della dottrina tedesca, iniziano a riconoscere tutela a vari attributi della personalità, applicando l'art. 1151 del codice civile del 1865, ovvero la clausola generale di responsabilità civile che così recitava.

Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.

Scrive Giorgio Resta [Resta 2019, 215].

Le questioni operative portate all'attenzione della giurisprudenza italiana in quel torno di anni sono essenzialmente tre: a) se l'immagine sia oggetto di un diritto soggettivo, ovvero se sia protetta solo indirettamente attraverso le regole della responsabilità civile e penale; b) se del diritto all'immagine sia possibile disporre come di ogni altro diritto patrimoniale e, in particolare, se il minore possa o meno compiere validi atti dispositivi senza l'intervento degli esercenti la potestà; c) se il consenso alla pubblicazione del ritratto, una volta prestato, sia revocabile.

Leggendo la narrativa di App. Torino 3 marzo 1903, in *Foro it.*, 1904, I, 633 è possibile formulare il caso nei seguenti termini.

Caso 8-1

Un fotografo, per puro scopo d'arte, ritrae in pose a nudo, una donna minorenni che abitualmente esercita, per espresso o tacito consenso dei genitori, il mestiere di modella ed è solita posare davanti alla scolaresca e negli studi privati.

Il fotografo pubblica, senza il consenso del padre, le foto della figlia minorenni nuda.

Il padre della ragazza agisce per violazione del diritto all'immagine (responsabilità civile).

La massima, si ricorderà [v. → Capitolo 1 sul metodo casistico-problematico], è il principio di diritto (*ratio decidendi*) con il quale il giudice decide il caso sottoposto alla sua attenzione e si distingue dagli *obiter dicta*, argomenti che non costituiscono il principio di diritto.

La massima di App. Torino 3 marzo 1903 estratta dai redattori de Il Foro italiano è la seguente.

Non commette un reato contro il buon costume, né si rende colpevole di diffamazione, ma risponde dei danni in via civile il fotografo, che riproduce a nudo una giovine minorene, senza il consenso dei genitori, ed espone in una pubblica mostra la fotografia, sebbene questa sia stata fatta a puro scopo d'arte, e la giovane fotografata eserciti il mestiere di modella e come tale sia solita a posare nuda in una accademia di belle arti ed anche in studi di privati artisti.

Il problema può essere formulato rovesciando la massima e lasciando da parte la questione penalistica.

Risponde dei danni in via civile il fotografo che riproduce a nudo una giovane minorene ed espone la fotografia in una pubblica mostra, senza il consenso dei genitori, anche quando la fotografia sia fatta a puro scopo d'arte e la minorene eserciti il mestiere di modella e sia solita posare nuda in accademie e studi privati?

Dopo aver escluso che la fattispecie sia inquadrabile in termini di reato la Corte di Appello di Torino motiva la sussistenza dell'illecito civile (con implicito riferimento all'art. 1151 codice civile del 1865).

Esclusa pure l'esistenza di un'azione delittuosa, ove occorre il concorso dell'elemento intenzionale, in tema di risarcimento domandato in sede civile può la responsabilità dell'autore del fatto dannevole ritrovarsi nel semplice fatto colposo, sia pura la colpa od anche lievissima.

Al fotografo non incombeva solo il dovere di informarsi sulla professione di modella della ragazza, ma anche se fosse minorene o maggiorenne. Nel caso fosse minorene – come nella specie – avrebbe dovuto chiedere il consenso al padre, esercente la patria potestà. Ecco dunque delinearsi il fatto illecito colposo.

Ed è manifesto che un danno derivi alla reputazione di una persona che appena ha varcato l'età infantile, la quale, pur avendo servito di modella negli studi, ove rimase sottratta alle indiscrezioni della pubblica curiosità per porgere soltanto ispirazione alle creazioni dell'artista,

dimesso ogni ultimo residuo sentimento del pudore e della propria personale dignità, si adagi a lasciarsi ritrarre a nudo in opera fotografica, sapendo che le sue sembianze, perfettamente riprodotte e da tutti facilmente riconoscibili, verranno esposte al pascolo della pubblica contemplazione, come un danno derivi per il discredito nell'altrui estimazione a quel padre che figuri avere acconsentito a che la sua figlia minorenni si prestata a consimile basso mercimonio [Di che tipo di argomento si tratta?].

Siamo in epoca storica in cui la parità tra uomo e donna era molto lontana dall'essere raggiunta. Il danno all'immagine si traduce in un danno alla reputazione e non solo della donna minorenni, ma anche del padre che potrebbe essere qualificato come persona che acconsente a un «basso mercimonio».

8.2 Cenni all'attuale disciplina del diritto all'immagine

In questo Paragrafo 8.2 si intendono fornire alcune coordinate minime dell'attuale disciplina del diritto all'immagine al fine di dare la possibilità di formulare e risolvere i problemi relativi ai casi descritti nel → Paragrafo 8.3.

Nel → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità si sono evidenziati alcuni lineamenti del contesto attuale.

- a) Il nuovo sistema delle fonti è caratterizzato dalle dimensioni costituzione e internazionale.
- b) Il nostro sistema giuridico si muove verso una progressiva estensione della tutela della persona anche sotto il profilo rimediabile.
- c) Si delinea una tutela multilivello, nell'ambito della quale, ad esempio, svolgono un ruolo rilevanti le corti internazionali.
- d) Fanno la comparsa nuovi concetti e nuove categorie. Tali categorie corrispondono a corpi normativi che vanno coordinati con il precedente panorama legislativo. Si pensi al problema del coordinamento tra le disposizioni normative del codice civile (art. 10) e della l.d.a. (art. 96 e 97) con la disciplina della protezione dei dati personali (reg. UE 2016/679, c.d. GDPR, e il d.lgs. 2003/196, Codice in materia di pro-

tezione dei dati personali o Codice privacy). Rilevanti sono altresì le regole deontologiche dei giornalisti.

- e) Emergono nuove tecnologie e nuovi rischi: si pensi ai social network.
- f) L'orizzonte valoriale rispetto ai primi del '900 è radicalmente mutato, così come sono profondamente cambiati gli usi e i costumi della società.

La disciplina dell'abuso dell'immagine altrui (fatto illecito) si trova innanzitutto nell'art. 10 c.c. e negli articoli 96 e 97 della l. 1941/633, l.d.a. (ora si trova anche nella disciplina della protezione dei dati personali).

Si riportano di seguito per comodità di lettura le disposizioni legislative maggiormente rilevanti.

Art. 10 (abuso dell'immagine altrui) c.c.

Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

Art. 93 l.d.a.

Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario. Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado.

Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l'Autorità giudiziaria, sentito il pubblico Ministero.

È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto.

Art. 96 l.d.a.

Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente.

Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del secondo, terzo e quarto comma dell'art. 93.

Art. 97 l.d.a.

Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritrattata.

Il principio fondante è quello del consenso della persona raffigurata (ad es. in un quadro, in un disegno, in una foto). In altri termini, per esporre, riprodurre e mettere in commercio il ritratto della persona, occorre il consenso di quest'ultima (art. 96 l.d.a.).

Dal consenso si può prescindere nelle fattispecie delineate dalla legge (art. 97, c.1, l.d.a.).

Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata:

- 1) dalla notorietà della persona;
- 2) dall'ufficio pubblico ricoperto dalla persona;
- 3) da necessità di giustizia;
- 4) da necessità di polizia;
- 5) da scopi scientifici;
- 6) da scopi didattici;
- 7) da scopi culturali;
- 8) quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

L'elenco previsto dal c. 1 dell'art. 97 l.d.a. attiene al bilanciamento [v. → Capitolo 3] tra diritto della persona (sotto il profilo del diritto all'immagine) e altri diritti e libertà, che possono essere fondamentali come la libertà di espressione del pensiero.

Tale bilanciamento si pone sul piano della Costituzione repubblicana e può vedere, ad esempio, contrapposti il diritto inviolabile della persona ex art. 2 Cost. al diritto di libera espressione del pensiero ex art. 21 Cost.

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato alcuni criteri per effettuare tale bilanciamento.

Ad esempio, la pubblicazione dell'immagine di persona notoria, in assenza di consenso, si giustifica quando corrisponde a un effettivo interesse pubblico all'informazione [v. → Capitolo 12 sul diritto alla riservatezza].

Su tali criteri si avrà modo di tornare in seguito nei capitoli dedicati ad altri aspetti della personalità (riservatezza, identità personale, oblio) [v. → Capitoli, 12, 13, 14]. Tuttavia, si deve fin d'ora sottolineare che il bilanciamento dei diritti costituzionali opera anche sul piano dei rimedi.

Per rendere effettiva la tutela del diritto all'immagine non è sufficiente far leva su rimedi risarcitori, ma occorre anche riferirsi a rimedi inibitori. È appunto questo l'obiettivo dell'art. 10 c.c.

A proposito della stampa, l'art. 21, c. 3, Cost. così dispone.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli art. 96-97 l.d.a. e 10 c.c.

Corte cost. 9 luglio 1970, n. 122, in *Foro it.*, 1970, I, 2294 e in *id.*, 1971, I, 28 ha ritenuto:

[...] che debba escludersi che gli artt. 96, 97 della legge n. 633 del 1941 e l'art. 10 del codice civile attengano alla materia del sequestro preventivo: i primi, infatti, elencano i casi in cui esporre, riprodurre o mettere in commercio il ritratto di una persona è legittimo o illegittimo e, quindi, hanno per contenuto la disciplina sostanziale del c.d. diritto all'immagine; il secondo riguarda i provvedimenti definitivi attraverso

i quali in sede giudiziaria viene represso l'abuso dell'immagine altrui. Né negli uni né nell'altro c'è riferimento alcuno a misure cautelari e provvisorie [Di che tipo di argomento si tratta? A contrario (letterale)?].

Corte cost. 12 aprile 1973, n. 38, in *Foro it.*, 1973, I, 1707 ha poi statuito quanto segue.

Nemmeno contrasta alla norma costituzionale l'applicazione dell'art. 700 del codice di procedura civile quando manchi la possibilità di applicare misure tutelari tipiche, per la tutela richiesta dagli interessati dei diritti di cui all'art. 10 cod. civ. e agli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633, rispetto alle immagini che si ritengono non legittimamente divulgabili anche se si presumono destinate ad essere pubblicate a mezzo stampa. L'applicazione in tali casi dell'art. 700 cod. proc. civ. ai fini di proteggere il diritto alla riservatezza e di evitare pregiudizi imminenti e irreparabili al decoro e alla reputazione degli interessati e dei loro congiunti, mentre non può identificarsi con l'esercizio di un'attività di censura, costituisce un mezzo efficace per attuare la protezione provvisoria di diritti della personalità rientranti in quelli inviolabili che la Costituzione salvaguarda, tenuto anche conto della estrema importanza di tali diritti, della gravità e dell'irreversibilità del danno che la violazione di essi arreca agli interessati e che può incidere irrimediabilmente sulla loro posizione sociale e su quella dei loro congiunti, dell'impossibilità di ripararlo adeguatamente, dell'esigenza di un pronto intervento per impedire che il pregiudizio si verifichi [Di che tipo di argomento si tratta?].

La rapida ricognizione di alcuni aspetti della disciplina del diritto all'immagine dovrebbe essere sufficiente [ma v. anche → Capitoli 7, 10 e 12] a offrire le coordinate minime per la formulazione e risoluzione dei problemi descritti nel → Paragrafo 8.3.

8.3 Casi 8-2, 8.3, 8.4: pubblicazione su quotidiano di foto di persona imputata; utilizzo di immagini di artista defunto in uno spettacolo teatrale; foto di minori per campagna pubblicitaria di un parco avventura

Nel → Paragrafo 8.2 si sono fornite alcune coordinate fondamentali per inquadrare i seguenti casi.

Caso 8-2

Un quotidiano pubblica una fotografia di una persona imputata in stato di detenzione. La fotografia la ritrae in una posa in cui sono visibili le manette.

La persona agisce davanti al giudice civile per tutelare le proprie ragioni. Qual è il problema giuridico?

Qual è la soluzione?

Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato.

Caso 8-3

In uno spettacolo teatrale dedicato a un grande cantante scomparso da alcuni anni vengono utilizzate immagini dell'artista, senza il consenso della vedova e della figlia.

La vedova e la figlia dell'artista agiscono davanti al giudice civile per tutelare le loro ragioni.

Qual è il problema giuridico?

Qual è la soluzione?

Applicare la regola e argomentare, esplicitando il tipo di argomento utilizzato.

Caso 8-4

Nel parco avventura Guardaland vengono esposti cartelli in cui si avvertono i clienti che verranno effettuate foto per pubblicizzare lo stesso parco.

Durante una giornata di divertimenti vengono fotografati due minorenni e i loro ritratti (in cui sono ben visibili e riconoscibili i loro volti) vengono utilizzati per la campagna pubblicitaria "Vieni a Guardaland per una nuova avventura!", promossa sia attraverso cartelloni installati sulle strade delle maggiori città italiane sia attraverso social media.

I genitori dei minori fanno causa a Guardaland per violazione del diritto

CAPITOLO 9.

Il diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà

9.1 Caso 9-1: pubblicazione a fini pubblicitari e senza previo consenso del ritratto di una persona nota

Partiamo da un caso.

Caso 9-1

Il ritratto di un noto stilista viene adoperato, insieme ad una sua dichiarazione, per una campagna pubblicitaria su alcune riviste di moda senza il suo consenso. Lo stilista agisce in giudizio per la tutela civile della sua immagine.

Il problema può essere formulato nei seguenti termini.

La riproduzione dell'immagine di persona notoria, effettuata a fini pubblicitari senza il suo consenso, costituisce lesione del diritto esclusivo sul proprio ritratto?

9.2 Cenni all'evoluzione in Italia del diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà

Mentre negli Stati Uniti la tutela allo sfruttamento commerciale dell'immagine e degli altri attributi dell'identità della persona notoria (*right of*

publicity) ha dovuto distaccarsi dal *right to privacy*, nell'Europa continentale lo schema elastico dei diritti della personalità ha consentito di inglobare gradualmente anche i profili economici della notorietà della persona [Resta 2005, 209 ss.].

Negli USA la tutela *right of publicity* è stata inaugurata dalla decisione *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) e subito avallata dalla dottrina [Nimmer 1954].

Si tratta di una pronunzia particolarmente significativa, almeno da due punti di vista.

Innanzitutto sul piano metodologico: l'opinione di maggioranza reca la firma di Jerome Frank e ne rispecchia fedelmente la personalità e le convinzioni epistemologiche [era uno dei più autorevoli esponenti del realismo giuridico americano]. Tanto era formalista la decisione *Roberson*, attenta alla ricerca dei precedenti ed al rispetto delle prerogative del legislatore, ma muta sulle trasformazioni del sistema socio-economico e sugli interessi sacrificati in nome della certezza del diritto; così è realista la decisione *Haelan*, sensibile alle implicazioni patrimoniali del conflitto e pronta a fondare la regola del caso su argomenti di tipo teleologico, ma poco preoccupata delle esigenze di prevedibilità dell'azione giudiziale e apertamente scettica nei confronti del ruolo dei concetti e delle tassonomie giuridiche.

In secondo luogo sul piano della fattispecie concreta: *Haelan* costituiva un tipico caso di doppia alienazione e a dolersi della violazione del monopolio di sfruttamento dell'identità non era il titolare originario del diritto, bensì il suo avente causa.

Questo dato, apparentemente marginale, è in realtà cruciale per comprendere l'emersione e la logica complessiva dell'istituto: il *right of publicity* nasce ed opera sin da principio come situazione soggettiva funzionale alle esigenze del mercato ed in particolare degli intermediari nella circolazione del bene-identità [Resta 2005, 225-227, note omesse].

In Italia la tutela della persona contro lo sfruttamento commerciale abusivo della propria notorietà è precoce, ma si consolida nella seconda metà degli anni '70 in parallelo al riconoscimento esplicito del diritto alla riservatezza.

La tutela contro lo sfruttamento commerciale della notorietà era riconosciuta da tempo dalla giurisprudenza grazie all'elasticità dello schema dei diritti della personalità.

A dire il vero il contenuto economico di tale situazione soggettiva [il diritto all'immagine] è rimasto per lungo tempo oscurato dalle dichiarazioni dottrinarie, inclini piuttosto ad enfatizzare il rilievo ideale del controllo sulla circolazione dell'immagine, inteso ora come manifestazione della tutela dell'onore, ora della riservatezza. Soltanto di recente l'attenzione si è spostata sul profilo patrimoniale della protezione, anche a seguito dell'intensificarsi dei processi di mercificazione dell'identità.

Eppure la compresenza di questi due aspetti era già chiaramente scolpita nelle prime norme in materia e soprattutto sottesa agli orientamenti della giurisprudenza, che ben prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, aveva avuto modo di confrontarsi con il problema della pubblicazione del ritratto a scopo di lucro [Resta 2005, 145-146, note omesse].

Tra le sentenze della seconda metà degli anni '70 spicca Cass. 10 novembre 1979, n. 5790, in *Foro it.*, 1980, I, 81, con nota di Roberto Pardolesi.

La controversia era stata innescata dal noto calciatore Sandro Mazzola il quale si doleva del fatto che un'impresa produttrice di bambole aveva messo in commercio, senza la sua autorizzazione, un bambolotto con le sue sembianze.

La Cassazione decide sancendo l'abuso dell'immagine altrui, in base alla violazione degli art. 10 c.c. e 97-97 l. 1941/633 sul diritto d'autore.

Nella motivazione si afferma che la deroga all'illiceità della divulgazione del ritratto della persona prevista dall'art. 97 della legge sul diritto d'autore si può fondare sia sulla preminenza dell'interesse pubblico all'informazione, sia sulla rinuncia implicita alla riservatezza.

Nel caso di specie, non sarebbe possibile riscontrare nessuno di questi due presupposti perché lo sfruttamento commerciale avviene non per scopo informativo e nemmeno per accrescere la notorietà del personaggio attraverso la commercializzazione diretta della sua immagine, ma attraverso la commercializzazione di un diverso prodotto (bambolotto) che sfrutta l'immagine.

Si potrebbe [...] seriamente sostenere che il perseguire uno scopo di lucro nell'esercizio di un tale commercio costituisca un fine che si affianca, ma non annulla né contrasta il soddisfacimento del pubblico interesse alla diffusione del ritratto della persona notoria, sicché quando quest'ultimo, che da solo è sufficiente a consentire la diffusione anche senza il consenso della persona ritrattata, sia realizzato – come senza dubbio è realizzato con lo smercio del suddetto materiale – il fine di lucro perseguito da chi ne compia lo smercio divenga irrilevante ai fini della liceità del medesimo.

La ragione per cui non occorre approfondire qui siffatta questione e la presente causa può essere decisa a prescindere dalla sua soluzione sta nell'accertamento di fatto [...] che i giudici di merito hanno compiuto nel caso in esame: essi, infatti, anche senza sottolineare di ravvisarvi il punto veramente decisivo della presente controversia, hanno ugualmente posto in rilievo [...] che la società ricorrente mise in commercio non una statuetta con le sembianze di un notissimo calciatore affinché gli sportivi suoi ammiratori [...] potessero conoscere meglio l'immagine e conservarla presso di loro, ma dette ad un bambolotto, costituenti di se stesso un giocattolo [...], le sembianze del celebre sportivo, compiendo il tal modo un abbinamento tanto artificioso quanto volto esclusivamente al fine di facilitare la vendita del giocattolo stesso in quanto tale. I giudici di merito, in altre parole, hanno accertato che, nella specie, si trattò non già di commercio del ritratto di persona notoria, bensì di una vera e propria utilizzazione strumentale del medesimo eseguita per effettuare la *réclame* di un prodotto diverso che con il primo non aveva niente di naturalmente in comune, alla stessa stregua di quella che si verifica quando il ritratto di una persona notoria sia impresso su una merce qualsiasi al fine di promuoverne la vendita. Tale essendo la situazione di fatto, non v'è dubbio che, per tutte le considerazioni sovra riportate e in conformità della giurisprudenza e della dottrina dominanti, il comportamento della società ricorrente debba considerarsi illecito non perché abbia perseguito uno scopo di lucro, ma perché, prescindendo da esso, l'abbinamento del ritratto di una persona notoria senza il suo consenso, alla vendita di un prodotto diverso a scopo di *réclame* di quest'ultimo esula da tutte le ipotesi di deroga alla tutela dell'immagine previste dal citato art. 97. Né vale obiettare che, in tal modo, si consente al Mazzola di difendere la propria riservatezza, bensì le sue aspettative di profitto per la mercificazione da lui stesso perseguita dalla sua immagine. Infatti, se

anche deve convenirsi che il diritto alla tutela della propria immagine è un diritto della personalità e non un diritto patrimoniale su di essa (come pure è stato classificato da una parte della dottrina) e può farsi rientrare, quindi, nel più onnicomprensivo diritto alla riservatezza, ciò non toglie che un siffatto diritto sia pur sempre «disponibile» – e quindi commerciabile – da parte del suo titolare, quando il disporre non costituisca atto illecito per contrarietà al buon costume, in quanto libertà di disposizione implica anche libertà di commercio, salvo che la legge lo vieti espressamente [Di che tipo di argomento si tratta?].

La sentenza fu all'epoca criticata perché compromissoria e non utile a sciogliere alcuni contrasti giurisprudenziali dell'epoca.

Si poneva il problema della liceità o no della messa in commercio dell'immagine di persona notoria senza il suo consenso.

Ma l'ostacolo viene accuratamente schivato, col rilevare che, nel caso di specie, l'immagine era servita a pubblicizzare un prodotto distinto e autonomo, cioè il bambolotto su cui erano impresse le sembianze del celebre sportivo. Come dire che la soluzione è tutto giocata sulla (labile) differenza tra una statuetta e un bambolotto: per costituire il secondo un giocattolo, si rientra nell'*easy case*, quello dell'appropriazione dell'immagine a fini reclamistici. Il ricorso alla «macchina spaccacapello», di jheringhiana memoria, consente così di chiudere la partita; ma non riesce a celare l'imbarazzo dell'interprete. Nessun conforto gli viene da un'impostazione in chiave di riservatezza: è facile replicare che ciò che la legge protegge è un'avversione non alla pubblicità ma a non esser pagati per essa [...]. Tanto varrebbe parlare, piuttosto, di un «right of publicity» [Pardolesi 1980, 82].

A distanza di vent'anni Giorgio Resta ne trae, però, un giudizio sostanzialmente positivo, rilevando a margine quanto segue [Resta 2019, 314, note omesse].

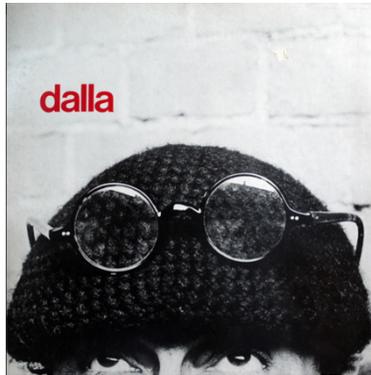
Senza abbracciare la tesi estrema della natura puramente patrimoniale del diritto all'immagine, il Supremo Collegio afferma che tale diritto è «tutelato nel nostro ordinamento in tutti i suoi riflessi, non soltanto morali, ma anche patrimoniali, siano essi *de damno vitando* ovvero *de lucro captando*, consistano, cioè, in una perdita ovvero semplicemente in un mancato guadagno e, quindi, non soltanto quando l'interesse

pratico contingente del titolare sia quello che la sua immagine non sia riprodotta in nessun caso, ma anche quando, come nella specie, tale interesse sia, invece, quello di ricevere un compenso in moneta come corrispettivo per il consenso che si offre di prestare, cioè per l'atto di disposizione del proprio diritto personale».

Sta di fatto che da quel momento in poi il diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà si va via via consolidando nella giurisprudenza italiana. Peraltro, l'interpretazione dei giudici estende il concetto di immagine fino a farvi ricomprendere semplici elementi evocativi dell'identità della persona notoria, come nel celebre caso Lucio Dalla (Pret. Roma, ord., 18 aprile 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2030).

Questa la massima de il Foro italiano.

Va accolta la richiesta di provvedimenti urgenti avanzata da chi (Lucio Dalla) lamenta l'utilizzazione non autorizzata, in manifesti e pagine pubblicitarie di un produttore di apparecchi per la riproduzione musicale, di elementi differenziatori (nella specie, uno zucchetto di lana a maglia grossa e occhietti a binocolo) peculiari alla sua attività pubblica e perciò idonei a far inequivoco riferimento alla sua figura, fisica, professionale e morale.



*Figura 9-1: Copertina dell'album «Dalla» 1980 di Lucio Dalla.
Fotografia di Renzo Chiesa*

Dai primi anni '90 del secolo scorso, la tutela dello sfruttamento commerciale dell'immagine della persona si delinea con più precisione, an-

che se la natura del diritto rimane discussa, così come rimane discussa la quantificazione del risarcimento patrimoniale.

Una possibile soluzione al problema posto dal caso 1 è quella di Cass. 2 maggio 1991, n. 4785, in *Foro it.*, 1992, I, 831 (caso Giorgio Armani). Questa la massima de Il Foro italiano.

La riproduzione dell'immagine di persona notoria, effettuata a fini pubblicitari senza il suo consenso, costituisce lesione del diritto esclusivo sul proprio ritratto (nella specie, il ritratto dello stilista Armani era stato adoperato, insieme ad una sua dichiarazione, per una campagna pubblicitaria senza il suo consenso).

Tra gli argomenti addotti dai giudici di legittimità spiccano i seguenti.

Tutte le eccezioni previste nell'art. 97 legge sul diritto di autore sono ispirate ad esigenze di carattere pubblico, o comunque di interesse collettivo[...]. [Di che tipo di argomento si tratta? Teleologico?].

La divulgazione del ritratto di persona notoria è dunque lecita non per il fatto in sé che la persona ritrattata possa dirsi notoria, ma se ed in quanto risponda ad esigenze di pubblica informazione, sia pure in senso lato; quando cioè esclusiva ragione della diffusione sia quella di far conoscere al pubblico le fattezze della persona in questione e di documentare visivamente le notizie che di questa persona vengono date al pubblico[...].

È noto infatti (e nel caso specifico è stato provato) che il titolare dello *ius arcendi*, quando è persona specialmente ed in alcuni ambienti conosciuta, tende ad ottenere vantaggi patrimoniali proprio consentendo a terzi l'uso della propria immagine a scopi pubblicitari [...].

Non è dubbio, pertanto, che chiunque abusivamente pubblici a fini di pubblicità commerciale il ritratto di uno di questi soggetti, gli sottrae in tutto od in parte la possibilità dello sfruttamento remunerato dell'immagine, arrecandogli un danno di natura indubbiamente patrimoniale [...].

Tale abusiva pubblicazione, infatti, lo pone nella condizione di non potere più offrire l'uso del proprio ritratto per la pubblicità di prodotti o servizi analoghi e di avere difficoltà a commercializzare al meglio la propria immagine anche con riferimento a prodotti o servizi del tutto diversi [...].

Secondo Giorgio Resta [Resta 2019, 314-315, note omesse].

[Il principio di diritto affermato decisioni della Cassazione] è quello per cui l'utilizzazione degli attributi dell'altrui personalità è lecita soltanto se ed in quanto sia giustificata dalle esigenze di pubblica informazione. È pertanto illegittimo, in assenza del consenso (espreso o tacito) dell'interessato, qualsiasi sfruttamento del nome, dell'immagine o di altri elementi evocativi dell'identità posto in essere a scopo meramente reclamistico o commerciale. Tali attività rientrano tra le prerogative rimesse in esclusiva al singolo individuo, in quanto espressione del fondamentale valore dell'autodeterminazione nella sfera personale.

Residuano ovviamente delle zone grigie, costituite dalle ipotesi in cui l'attitudine informativa del mezzo e l'intento lucrativo sottostante si sovrappongono sino a confondersi (come nei casi della riproduzione dell'immagine su poster o figurine autoadesive); ma queste sono comuni a tutti i sistemi – compreso quello nordamericano del *right of publicity* – e non sono tali da incrinare la validità delle conclusioni appena fermate.

Problemi molto rilevanti sul piano teorico e pratico sono posti dai limiti all'autonomia contrattuale con riferimento agli attributi immateriali relativi alla notorietà (immagine, nome, voce ecc.) [Resta 2019, 543 ss., 567 ss.; v. → Capitolo 7].

Con riferimento alla revocabilità del consenso, Giorgio Resta, sulla scorta dell'analisi della giurisprudenza, rileva quanto segue.

[...] A differenza di quanto avviene nel settore del corpo umano, nel campo dei diritti sugli attributi immateriali della personalità il ricorso allo strumento del consenso revocabile non sia una soluzione obbligata. La «patrimonializzazione» crescente di questo settore del diritto privato, indotta dall'evoluzione del costume sociale e dei rapporti economici, amplia sempre più lo spazio del contratto quale tecnica generale di «disposizione» dei diritti della personalità. Non certo l'unica, atteso che nella prassi svolgono un ruolo rilevante anche schemi alternativi a complessità minore, come il consenso autorizzativo unilaterale (si pensi soltanto alle «liberatorie» frequentemente usate nel settore della comunicazione e dello spettacolo) o l'accordo a contenu-

to non patrimoniale (si pensi ai patti tra coniugi in ordine all'uso del nome in caso di separazione o divorzio); ma senza dubbio una delle più importanti [Resta 2019, 569-570].

I problemi maggiori si rinvergono sul piano dei contratti ad effetti reali.

La prospettiva più tradizionale [che circoscrive la circolazione dei diritti della personalità su un binario puramente obbligatorio] ha il pregio della coerenza, ma non sembra potere offrire un valido contributo alla comprensione della realtà normativa. Incompatibili con le sue premesse sono ad esempio le soluzioni, sempre più frequentemente accolte dalla giurisprudenza, della legittimazione del licenziatario esclusivo ad agire contro i terzi; della validità delle «cessioni» dei diritti di sfruttamento ad apposite società di gestione; ed infine dell'insensibilità della posizione derivata alle vicende modificative o estintive della situazione derivante.

Si comprende, pertanto, come la dottrina più recente sia orientata verso posizioni più liberali e tenda a rimettere in discussione, anche sotto questo profilo, la validità del dogma dell'indisponibilità dei diritti della personalità.

Delle due ricostruzioni, che attualmente si contendono il campo, converrà qui limitarsi a segnalare le diverse implicazioni operative.

La prospettiva dualistica conduce ad affermare la validità dei contratti in senso stretto traslativi aventi ad oggetto il diritto patrimoniale di sfruttamento degli attributi della persona. Ciò implica un innalzamento del valore commerciale del diritto, in quanto l'avente causa è in condizione di acquistare una posizione dotata di tutela reale e dal contenuto molto esteso. D'altra parte, tale soluzione ha lo svantaggio di incrinare il sistema di protezione della sfera individuale, dal momento che l'atto traslativo abilita l'acquirente ad esercitare il diritto nel suo esclusivo interesse e sottrae al disponente qualsiasi facoltà di co-decisione sulle modalità di presentazione in pubblico della propria identità.

La prospettiva monistica, per contro, tiene ferma l'efficacia reale dell'atto dispositivo, ma esclude che l'acquirente possa subentrare nella medesima posizione dell'alienante, conformemente al paradigma traslativo. Muovendo dalla tesi dell'indistinguibilità del profilo personale e del profilo patrimoniale del diritto, tale ricostruzione postula la soggezione del negozio ai requisiti rafforzati di specificità e determinatezza, nonché all'intera disciplina di protezione già illustrata in

precedenza. Ciò implica, sinteticamente, che il dante causa non potrà mai spogliarsi completamente del potere di controllo sulle modalità di definizione della propria identità e conserverà sempre la possibilità di agire contro i terzi – oltre che contro il licenziatario – per le violazioni del suo diritto della personalità [Resta 2019, 580-581].

9.3 Casi 9-2, 9-3, 9-4, 9-5: pubblicazioni di foto di nudo di persone note su riviste non autorizzate; revoca del consenso alla divulgazione di foto; uso di immagine di sosia di noto stilista per campagna pubblicitaria di elettrodomestico

Caso 9-2

Con atto di citazione notificato il 3 settembre 2020, Selvaggia Sfrontarelli esponeva che era stata protagonista femminile del film «Il lucchetto»; che aveva stipulato un contratto col produttore con cui le era stato riconosciuto «il diritto di approvazione sulle foto di scena che la riguardano» (clausola n. 20); che nel n. 11, del novembre 2020, del mensile «Tutti nudi», edito dalla convenuta s.p.a. XXX Editrice, era contenuto un servizio di otto pagine sul film da lei interpretato, con otto fotografie che la ritraevano in pose di nudo integrale; che non aveva mai consentito alla utilizzazione di dette fotografie. Precisato che tale fatto costituiva illecito a suo danno da cui erano derivati danni non patrimoniali e pregiudizi suscettibili di valutazione economica, la Sfrontarelli conveniva dinanzi al Tribunale di Trento la s.p.a. XXX Editrice chiedendone la condanna al risarcimento dei danni nella misura di Euro 8.000.000.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti adottati.

Caso 9-3

La nota attrice Aurelia Montini conviene in giudizio davanti al Tribunale di Bari il fotografo Carlo De Scattis e la s.p.a. XXX Editrice esponendo che, dopo essersi fatta fotografare parzialmente nuda aveva distrutto 300 fotografie e con «liberatoria» aveva autorizzato la pubblicazione delle restanti 80 a condizione che tale pubblicazione avvenisse per un servizio fotografico *glamour* su riviste di prestigio internazionale.

L'attrice sosteneva che i convenuti, disattendendo quanto previsto nella «liberatoria», avevano fatto pubblicare alcune delle fotografie, i cui

CAPITOLO 10.

Il diritto al nome

10.1 Caso 10-1: tutela del nome patronimico

Invece di offrire una trattazione teorica della disciplina al nome, si evidenzieranno alcune linee evolutive della medesima disciplina affrontando due casi appartenenti a epoche diverse e distanti: il primo dell'inizio del '900, cioè del periodo fondativo in Italia dei diritti della personalità, e l'altro dei nostri giorni.

Il primo caso attiene alla tutela del cognome in un giudizio instaurato da un nobile e il secondo caso invece concerne una richiesta di cambiamento del prenome oramai non corrispondente, secondo il richiedente, alla propria identità sessuale. Valori e interessi che fanno da sfondo ai due casi sono radicalmente differenti. Nel primo, la difesa del cognome si traduce anche nella tutela della famiglia (nobile, appunto; oggi i titoli nobiliari non sono riconosciuti: v. la disp. trans. e fin. XIV della Cost.: «I titoli nobiliari non sono riconosciuti. I predicati di quelli esistenti prima del 28 ottobre 1922, valgono come parte del nome [...]»). Nel secondo, si apprezza il nesso che lega oggi il nome all'individualità e all'identità personale [v. → Capitolo 13 sul diritto all'identità personale].

Partiamo da alcuni cenni storici [Resta 2019, 347].

La storia della disciplina del nome è affascinante, perché si intreccia con i criteri identificativi della persona, con le discriminazioni di etnia, lingua, religione ecc., e con la storia politica dei luoghi in cui risiede la persona [...].

Il cognome nasce solo nel Medioevo per distinguere le persone che portavano il medesimo «nome di battesimo» e nella maggior parte dei casi si riferisce al nome del padre (es. Di Giacomo ...), o alla professione di famiglia (es. Ferri ...), a qualche handicap portato da uno dei membri, o al soprannome dato alla famiglia [...].

Leggendo la narrativa di App. Napoli, ud. 18 giugno 1906 in *Foro it.*, 1906, I, 1397 si può formulare il caso nei seguenti termini.

Caso 10-1

Due fratelli germani acquisiscono per concessione sovrana (decreto reale) l'autorizzazione ad aggiungere un cognome (nome patronimico) identico a quello del Sig. Filangieri di Candida. Quest'ultimo agisce presso il giudice civile per impedire che i fratelli possano aggiungere il suo cognome (Filangieri) a quello loro di nascita (Rossi).

I redattori de Il Foro italiano estrassero tre massime [v. → Capitolo 1] dalla motivazione della Corte d'Appello di Napoli.

Due delle tre massime interessano ai fini di questo capitolo.

La prima così si esprime.

L'autorità giudiziaria [ordinaria] è competente a giudicare dell'osservanza o meno delle forme stabilite dalla legge pel decreto reale che autorizza una aggiunta al cognome.

La seconda così recita.

L'avente diritto al nome patronimico ha azione per impedire che altri se lo appropri senza titolo legittimo.

La seconda massima riguarda il problema centrale che interessa in questo capitolo. Tale problema potrebbe essere formulato rovesciando la massima.

L'avente diritto al nome patronimico ha diritto ad agire davanti al giudice ordinario per impedire che altri se ne appropri senza titolo legittimo?

La soluzione della Corte di Appello di Napoli consiste nel riconoscimento della tutela del cognome. La sentenza, dunque, rappresenta un esempio di creazione giurisprudenziale di diritto al nome quale attributo del diritto di personalità. Come si è ricordato nel → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità, nei primi anni del '900 non esisteva in Italia alcuna disposizione legislativa nel codice civile esplicitamente riferibile ai diritti della personalità e in particolare al diritto al nome.

Scrive Giorgio Resta in proposito.

A livello di legislazione ordinaria le uniche ipotesi di protezione del nome erano quelle offerte in via mediata dal diritto penale, in particolare nelle fattispecie di truffa, falsificazione di documenti ed indicazione di false generalità a pubblico ufficiale (art. 436 c.p.) o nel caso di alterazione degli atti di stato civile (artt. 404-405 c.p.); nonché, in maniera più diretta, dalla normativa sui marchi, ove era prevista – ed assistita da multa – la «generale proibizione di usurpare il nome e la firma di una società o di un individuo» (artt. 5 e 12, l. 30-8-1868, n. 4577).

Con l'ausilio di questi indici normativi ed argomentando dai principi generali – così si legge in diverse pronunzie – le corti italiane elaborarono una serie di criteri, i quali, considerati unitariamente, deponevano per la sussistenza di un diritto privato sul nome, civile o commerciale [Resta 2019, 221-222].

Le disposizioni normative nominate esplicitamente dalla decisione partenopea del 1906 sono le seguenti:

- il r.d. (regio decreto) 15 novembre 1865, sull'ordinamento dello stato civile, art. 119 ss.¹.
- la l. 20 marzo 1865, sul contenzioso amministrativo, art. 2².

Per giungere alla soluzione consistente nel riconoscimento del diritto al nome i giudici napoletani dovevano radicare la giurisdizione del giudice ordinario, escludendo la competenza dell'autorità amministrativa.

1 R.d. 15. Novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile. Art. 119. Chiunque voglia cambiare il nome o cognome od aggiungere un altro nome o cognome deve farne domanda al Re per mezzo del Ministero di grazia e giustizia, esponendo le ragioni della domanda, ed unendo l'atto di nascita e gli altri documenti che la giustificano.

2 Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Legge sul contenzioso amministrativo (Allega-

Il sillogismo alla base della decisione può essere reso così: posto che il giudice ordinario giudica dei diritti civili, ed essendo il diritto di personalità un diritto civile di cui il nome è un attributo, il giudice ordinario giudica del diritto personale al nome.

Il sillogismo si regge su alcuni argomenti interpretativi.

Il primo è il seguente.

La Corte ritiene che l'importanza giuridica del nome non può accertarsi senza premettere ch'esso non è qualche cosa di astratto, né può avere un significato giuridico disgiunto dalla persona che lo porta, della quale forma un attributo inseparabile [Di che tipo di argomento interpretativo (v. → Capitolo 2 sugli argomenti interpretativi) si tratta? Naturalistico?].

In questo passo la corte sembra affermare in modo assiomatico che il nome è un attributo della persona inseparabile dalla stessa.

Il secondo argomento è immediatamente successivo.

Preso separatamente della persona, il nome civile non è un bene immateriale, capace di dominio come il prodotto dell'ingegno; ma il nome appartiene alla persona come la vita, la libertà, l'onore e, concorrendo con questi e con altri elementi a costituire la persona umana, serve anzi a contraddistinguerla nella civile comunanza [...] [Di che tipo di argomento si tratta? Naturalistico? Sistemático?].

La corte differenzia il nome dai beni immateriali come i prodotti dell'ingegno (allude alle invenzioni oggetto di brevetto e alle opere artistiche e letterarie oggetto del diritto d'autore) suscettibili di dominio (ciò che oggi denominiamo proprietà intellettuale) dal nome e da altri elementi

to E) (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 27 aprile 1865, n. 101).

Art. 1: «1. Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge».

Art. 2: «1. Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa».

della persona come la vita, la libertà e l'onore. In altri termini, nel sistema dell'ordinamento i beni immateriali e gli elementi della persona hanno discipline differenti. La corte usa come punto di riferimento concettuale i beni immateriali, ma al fine di differenziarli dagli elementi che costituiscono la (e sono inseparabili dalla) persona umana [v. → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità].

Sul distacco del diritto della personalità dalla categoria della proprietà Giorgio Resta rileva quanto segue.

Ciò dimostra come il richiamo alla concettologia proprietaria, frequente soprattutto nelle pronunzie più risalenti, avesse un carattere spiccatamente declamatorio, non potendo, per definizione, darsi appartenenza esclusiva di un bene giuridicamente costruito come condiviso tra più soggetti [il cognome, *n.d.r.*]. Anche per questa ragione, [...], la teoria personalistica ebbe buon gioco nel sovrapporsi a quella proprietaria, come schema privilegiato per dare una veste concettuale alle prerogative private sul nome.

Questo, nel linguaggio dei giudici, si trasformò ben presto da «proprietà sacrosanta e inviolabile al pari, e più ancora, di qualunque altra proprietà di cose materiali» in una inconfondibile «espressione della personalità e dello stato di famiglia», e quindi oggetto di un «diritto individuale in grado eminente, che si confonde col diritto stesso della personalità umana, col diritto di ciascuno di non essere confuso con altri» [Resta 2019, 223-224].

Tuttavia, il passaggio retorico di maggior peso della sentenza della Corte di Appello di Napoli del 1906 è forse rappresentato dai seguenti due argomenti.

Epperò, se la personalità umana, o, meglio, il diritto di personalità è riconosciuto e garentito dalle nostre leggi (la qual cosa nella specie non è messa in dubbio) [argomento 1], e questo diritto è costituito, secondo la felice espressione di un giurista, dal complesso delle facoltà spettanti a colui che è persona, appunto perché tale e solo perché tale, e tra le facoltà della persona è quella d'individualizzarsi mediante il nome, non si può non riconoscere e proteggere questo, quale attributo della persona [argomento 2]. [Di che tipo di argomenti si tratta? L'argomento 1 potrebbe essere classificato come argomento naturalistico?].

La corte usa le parole diritto «riconosciuto» e «garantito» e non altre come «posto». Solitamente gli argomenti naturalistici relegano il ruolo della legge positiva al mero riconoscimento di ciò che preesiste perché deriva dalla natura. Oppure è un argomento dell'*analogia juris* o dei principi generali (come nella ricostruzione di Giorgio Resta)? La corte potrebbe voler alludere ai principi generali ricavabili dalle leggi e, infatti, non indica alcuna legge specifica che definisce il diritto al nome (per il semplice fatto che all'epoca non esisteva). L'argomento 2 è sicuramente autoritativo, in quanto si rifà all'autorità di un dottore, di un accademico. Come definire il diritto di personalità se la legge non lo fa? Lo si definisce con le parole prese a prestito dallo scienziato del diritto [la dottrina è un fattore del diritto: v. → Capitolo 1 sul metodo casistico-problematico].

Nel caso specifico l'attore reclamava una tutela del nome patronimico (cognome). Qual è il fondamento o qual è la finalità della tutela del cognome (peraltro, nel caso di specie riferibile a una famiglia nobile, dato allora ancora rilevante)?

Ecco l'argomento usato dalla corte.

E poiché la famiglia costituisce il fondamento della comunanza civile, e lo stato di famiglia è la qualità che una persona ha di fronte alla società appunto per la famiglia cui appartiene, il diritto personale del nome deve essere riconosciuto e tutelato anche per riguardo all'organizzazione [organizzazione] della famiglia. [Di che tipo di argomento interpretativo si tratta? Teleologico?]

La finalità della tutela del nome, qui inteso come cognome, non è solo quella della protezione dell'individuo ma anche della famiglia quale fondamento della civile convivenza. Tale finalità rispecchia i valori dell'epoca e va confrontata con quanto si dirà nel → Paragrafo 10.2 a proposito dell'attuale disciplina del diritto al nome.

L'ultimo argomento interpretativo è il seguente e regge il sillogismo di cui si è detto.

Se dunque vi è un diritto personale al nome, allorquando sorga controversia intorno alla legittimità o meno dell'uso di esso, deve esser competente a dirimerla il magistrato ordinario in quanto l'art. 2 l. 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause nelle quali si faccia questione d'un

diritto civile, senza punto distinguere se a tal diritto corrisponda un interesse economico o semplicemente morale. [Di che tipo di argomento si tratta? Sistematico?]

L'ordinamento attribuisce al giudice ordinario (e non all'autorità amministrativa) la giurisdizione sui diritti civili al di là della corrispondenza tra diritto e interesse economico (come quello che sta a ridosso della proprietà) o tra diritto e interesse morale (come quello sui cui poggia il diritto al nome).

In conclusione, di questo Paragrafo 10.1 si può sottolineare che la sentenza della Corte di Appello di Napoli del 1906 costituisce un ottimo esempio di creazione giurisprudenziale del diritto di personalità con riferimento all'attributo del nome.

10.2 Cenni all'attuale disciplina del diritto al nome

Nel → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità si è accennato al fatto che il sistema delle fonti attuali è complesso.

Un ruolo di primo piano lo giocano la Costituzione e l'interpretazione costituzionalmente conforme del codice civile e delle leggi speciali [Resta 2019, 298 ss.; Salvi 2015, 103 ss.], ma un ruolo rilevante è altresì svolto dalle carte internazionali dei diritti fondamentali come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'attuale sistema delle fonti si riflette in una tutela multilivello in cui non sono solo i giudizi nazionali a decidere ma anche le corti internazionali come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nella nostra Costituzione del 1948 occorre tener presente oltre ai due articoli fondamentali in tema di diritti della personalità (l'art. 2 e l'art. 3), l'articolo specificamente dedicato al nome, ovvero l'art. 22.

Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome.

Sul piano del codice civile rileva l'esplicita definizione del diritto al nome e la sua tutela che si articola nelle norme generali (art. 6-9 c.c.) e una specifica disciplina, nell'ambito del diritto d'autore, del diritto di

paternità (art. 2577 c.c.; art. 20 l.d.a.) [v. → Capitolo 11 sul diritto morale d'autore].

Si riportano di seguito le disposizioni normative per comodità di lettura.

Art. 6. (Diritto al nome) c.c.

Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito.

Nel nome si comprendono il prenome e il cognome.

Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati.

Art. 7 (Tutela del diritto al nome) c.c.

La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni.

L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.

Art. 8 (Tutela del nome per ragioni familiari) c.c.

Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette.

Art. 9 (Tutela dello pseudonimo) c.c.

Lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7.

Art. 2577 (Contenuto del diritto) c.c.

L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge.

L'autore, anche dopo la cessione dei diritti previsti dal comma precedente, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

Art. 20, c. 1, l.d.a.

Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

Come nell'ordinamento precedente al codice civile del '42 e della Costituzione repubblicana, nella disciplina giuridica del nome si intersecano norme pubblicistiche e norme privatistiche.

In questa sede, per rimarcare alcune linee evolutive della materia, basta fare riferimento ad alcuni snodi fondamentali.

Innanzitutto, la parità tra donna e uomo si riflette nella disciplina del nome.

A seguito di Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, 1 (in base alla quale «È incostituzionale, ai sensi dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, l'art. 299, 3° comma, c.c., nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione di maggiorenne compiuta da entrambi, di attribuire all'adottato di comune accordo, al momento dell'adozione, anche il cognome materno»), oggi l'ufficiale dello stato civile «deve accogliere la richiesta dei genitori che di comune accordo, intendano attribuire il doppio cognome, paterno e materno, al momento della nascita ovvero al momento dell'adozione» [Resta 2019, 348].

Inoltre, il cognome diventa anzitutto segno distintivo dell'individuo riconnettendosi all'identità personale [v. → Capitolo 13 sul diritto all'identità personale], prima che di riconduzione a una famiglia [Lenti 2003].

Si veda Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1668.

È illegittimo, per violazione dell'art. 2 Cost., l'art. 165 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, nella parte in cui non prevede che, quando la rettifica degli

atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comporti il cambiamento del cognome, il soggetto stesso possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo sia ormai da ritenersi autonomo segno distintivo dell'identità personale.

Si veda, inoltre, il comma 3 dell'art. 95 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127.

3. L'interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale.

Ma forse la sfida più evidente alle regole tradizionali arriva dal nesso tra nome e identità sessuale.

Così scrive in proposito Cesare Salvi [Salvi 2015, 123].

Prende piede un'innovazione più radicale: si diffonde l'idea di un diritto all'identità sessuale fondato sull'autodeterminazione sessuale. [...] Indipendentemente dalle caratteristiche fisiche sia originarie sia eventualmente modificate chirurgicamente.

10.3 Casi 10-2, 10-3: cambio di nome e identità sessuale; nome di Comune e festival enologico

Nel → Paragrafo 10.2 si sono fornite alcune coordinate fondamentali per inquadrare i seguenti casi.

Caso 10-2

Una persona che presenta caratteri sessuali maschili, registrata all'anagrafe con nome maschile, chiede il cambio di nome finalizzato all'attribuzione di un nome femminile. L'autorità amministrativa nega il cambio di nome sostenendo che, per il cambio di nome, occorre prima

procedere a un intervento chirurgico per il cambiamento dei caratteri sessuali.

La persona agisce in giudizio per tutelare le proprie ragioni.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Domande. Serie 10-1

Nel caso 10-2 la tipologia di intervento (chirurgico) richiesta come presupposto per il cambiamento dei caratteri sessuali costituisce un elemento fattuale rilevante?

La differenza tra caratteri sessuali primari e secondari è rilevante?

La soluzione al problema cambia se l'intervento richiesto come presupposto è un intervento di tipo chimico-biologico (ad es., assunzione di ormoni) e non chirurgico?

Quali sono i diritti e gli interessi che occorre bilanciare nel caso 10-2?

Qual è il nesso che esiste tra diritto al nome e [v. → Capitolo 13] diritto all'identità personale?

Caso 10-3

Nel comune di Barior viene organizzato un festival enologico con il nome TrentorVino e allo scopo viene predisposto un apposito sito Internet con nome di dominio trentorvino.it.

Il limitrofo comune di Trentor agisce davanti al giudice ordinario contro il comune di Barior sostenendo che il festival non si svolge sul proprio territorio e che, per questo motivo, l'uso del nome Trentor nella denominazione del festival e sul sito web è abusivo.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

CAPITOLO 11.

Il diritto morale d'autore

11.1 L'evoluzione del diritto d'autore: cenni

Gli antecedenti storici delle moderne leggi sul diritto d'autore sono nati a valle della rivoluzione tecnologica della stampa a caratteri mobili [Izzo 2010, 45].

Se la creatività intellettuale ha caratterizzato la storia dell'uomo dal momento della sua comparsa sul nostro pianeta, è fuori discussione che l'embrione di una tutela giuridica del diritto d'autore prende corpo in corrispondenza di una rivoluzione tecnologica epocale: l'invenzione della stampa a caratteri mobili. Le ragioni che propiziano le prime regole sono economiche e politiche. Prima dell'invenzione della stampa è difficile creare un mercato su larga scala di libri: i costi (e i tempi) della copia a mano sono elevatissimi. Con l'avvento delle presse tipografiche costi e tempi della riproduzione si abbattano drasticamente. Di conseguenza i rischi per la stabilità del potere politico e religioso aumentano.

Gli antecedenti storici delle moderne legislazioni in materia di tutela delle opere dell'ingegno sono rappresentati dai privilegi monopolistici concessi dai sovrani agli stampatori, ovvero ai soggetti che potevano disporre della tecnologia idonea a rappresentare e a riprodurre in oggetti tangibili (i libri) il frutto della elaborazione intellettuale [...]. [Caso, Pascuzzi 2020, 196].

La prima legge moderna è lo Statute of Anne inglese del 1710 [Izzo 2010, 109; Caso 2010].

Nel corso del tempo, mentre il mercato e la tutela del diritto sono rimasti essenzialmente agganciati alla tangibilità delle macchine riproduttive e delle copie, la natura del meccanismo giuridico è mutata. A partire dallo Statute of Anne, la legge inglese del 1710, si è passati dal privilegio monopolistico a un vero e proprio diritto di esclusiva potenzialmente spettante in via originaria a qualsiasi autore e trasmissibile a terzi mediante contratto. [Caso, Pascuzzi 2020, 196].

La questione centrale del diritto d'autore, come delle altre forme di proprietà intellettuale (brevetti per invenzione, marchi ecc.) è il bilanciamento tra esclusiva privata e accesso pubblico.

Fin dai suoi primi passi, la legislazione sul diritto d'autore si è dovuta occupare del bilanciamento tra esclusiva privata e accesso pubblico alle opere dell'ingegno. Il bilanciamento è operato limitando temporalmente e in ampiezza l'esclusiva. Il diritto d'autore è al tempo stesso espressione della libertà di pensiero e minaccia alla stessa. Da una parte, affranca (almeno potenzialmente) l'autore dal mecenatismo, dall'altra limita la circolazione delle opere, perché l'interesse economico dell'editore è nel controllo delle copie in circolazione [Caso, Pascuzzi 2020, 197].

Il diritto d'autore si compone attualmente di diritti economici e diritti morali.

[...] Le odierne discipline sul diritto d'autore riconoscono al creatore dell'opera un diritto di esclusiva sullo sfruttamento economico di quest'ultima, che si articola in differenti facoltà quali la pubblicazione, riproduzione, distribuzione, esecuzione e comunicazione (c.d. «diritto patrimoniale o economico d'autore») fino ad arrivare nei sistemi di diritto continentale (come quello italiano) al diritto di rivendicare la paternità dell'opera opponendosi anche a mutilazioni o deformazioni della stessa (c.d. «diritto morale d'autore»). [Caso, Pascuzzi 2020, 198].

Tuttavia, la rivoluzione digitale pone una sfida senza precedenti al diritto d'autore [v. → Capitoli 22 e 23].

Le regole del diritto d'autore e le categorie che le descrivono sono in gran parte figlie di una tecnologia diversa da quella digitale. I concetti di autore, editore, opera, copia, riproduzione, esaurimento sono il distillato di una prassi e di una riflessione conformata sulla stampa a caratteri mobili. L'avvento della fotografia, del grammofono, della radio e della televisione ha richiesto pesanti rimaneggiamenti o addirittura profonde riforme delle leggi sul diritto d'autore, ma l'ascesa delle tecnologie digitali costituisce una rivoluzione di tale portata da mettere in discussione i pilastri concettuali del diritto d'autore [Caso, Pascuzzi 2020, 198].

11.2 L'espansione del diritto d'autore e la creazione (o invenzione) giurisprudenziale del diritto morale: Caso 11-1

Nei primi passi della concettualizzazione del diritto morale d'autore il pensiero filosofico e giuridico tedesco si incrocia con la dottrina giuridica francese.

Nel dibattito tedesco di fine Settecento sull'illegittimità della ristampa non autorizzata dei libri si levano le voci di grandi filosofi, tra queste spiccano quelle di Fichte e Kant [Pievatolo 2007-2008, note e link omessi, corsivi originali].

L'articolo di Fichte uscito sulla *Berlinische Monatsschrift* nel 1793 è considerato una pietra miliare nella storia della proprietà intellettuale. Il suo argomento, infatti, prelude all'estetica romantica del genio creatore: la cosiddetta originalità viene infatti intesa come un titolo che fonda un vero e proprio diritto di proprietà su un ente immateriale. [...]

La proprietà letteraria di Fichte è dunque, a ben guardare, un diritto reale *inalienabile*, di cui si cede solo un usufrutto. Questo rende già teoricamente possibile limitare l'uso legittimo che l'acquirente finale può compiere di un testo, tramite licenze accuratamente delimitate e ritagliate. [...]

Fichte non riconosce la validità del privilegio librario, perché per lui il diritto d'autore appartiene al diritto naturale e non dipende dal diritto positivo. Consegnare la tutela del diritto d'autore al privilegio concesso dal potere politico significa esporla all'abuso e all'arbitrio. Un sovrano può avere, infatti, tutto l'interesse a proteggere i suoi librai e a

consentire la ristampa dei testi che hanno ottenuto un privilegio fuori dai confini del suo stato. [...]

Kant si occupò del problema della ristampa (non autorizzata) dei testi nel saggio *L'illegittimità della ristampa dei libri* (1785) e nella *Metafisica dei costumi* (1797), precisamente nella *Dottrina del diritto* § 31, II.

Per Kant [...] non è possibile costruire un diritto di proprietà intellettuale in nome di una pretesa proprietà dell'autore sui suoi pensieri, perché la ristampa non li sottrae affatto all'autore. Le idee, entità immateriali, sono infatti indefinitamente condivisibili senza chi le ha pensate per primo sia privato di niente. [...]

Il libro nella sua materialità è a pieno titolo oggetto di proprietà privata: chi, dunque, lo riceve legittimamente in proprietà, ha il diritto di riprodurlo come preferisce. I «pensieri» che esso comunica, in quanto entità immateriali, possono essere indefinitamente condivisi, senza che chi li pensa sia privato di nulla. Né la ristampa priva l'autore dei suoi «diritti morali»: il fatto che un testo sia ristampato non mette in discussione la circostanza storica che i pensieri da esso trasmessi siano stati pensati per la prima volta dal suo autore.

Soltanto se consideriamo il libro sotto un terzo aspetto, in quanto discorso, cioè come una azione che una persona compie nei confronti di altre, Kant ritiene possibile dimostrare l'illegittimità della ristampa. Il libro edito è anche un discorso che lo scrittore fa al pubblico per mezzo di un suo portavoce autorizzato, l'editore. Il ristampatore è un portavoce non autorizzato. Non abbiamo a che fare con diritti reali o diritti sulle cose, bensì con diritti personali. [...]

In conclusione, fra Kant e Fichte, a dispetto di quanto credeva lo stesso Fichte, ci sono almeno quattro importanti differenze:

- mentre Fichte fonda la sua proprietà intellettuale sull'originalità dell'espressione, Kant non menziona mai questo elemento, e argomenta l'illegittimità della ristampa sulla base del diritto dell'autore di scegliere se e come rivolgersi al pubblico;
- Fichte equipara il diritto d'autore alla proprietà privata; mentre Kant afferma che tutte le volte che si usa il concetto di proprietà, esso va preso sul serio non solo dalla parte del produttore, ma anche di quella del consumatore;
- per Fichte il ristampatore è un ladro, e deve essere punito penalmente; per Kant, invece, è semplicemente un mandatario senza mandato, tenuto a un mero risarcimento dei danni;

- mentre Fichte ignora il diritto del pubblico, Kant lo prende sul serio, tanto da trattare il diritto dell'editore come strumentale rispetto al rapporto fra autore e pubblico.

Sul versante della dottrina giuridica francese ottocentesca vanno ricordate le opere di Pardessus e Morillot.

Pardessus scrive nel 1831.

[...] La prima riflessione dottrinale che sottolineò il carattere affatto speciale della proprietà riconosciuta all'autore dalla legislazione rivoluzionaria, per ricavarvi un argomento a favore della tutelabilità dell'integrità dell'opera da parte dell'autore, anche dopo che i diritti di sfruttamento economico di quest'ultima fossero stati ceduti a un editore, fu quella di Jean-Marie Pardessus, che nelle pagine del suo influente trattato di diritto commerciale elaborò l'idea manovrando concettualmente sul lessico dei diritti reali, evocando l'efficace immagine di una nuda proprietà autoriale incredibile, a garanzia della reputazione associata alla persona dell'autore e veicolata dall'opera stessa [Izzo 2010, 195-196, note omesse].

Più tardi tra il 1872 e il 1878 Morillot aggiunge un altro tassello alla teoria del *droit moral*.

Va [...] ascritto a Morillot il merito di aver colto l'occasione per recepire e sviluppare concettualmente le idee più avanzate espresse sul diritto d'autore dalla dottrina tedesca fino a quel momento, sulla scia delle riflessioni kantiane e fichtiane che nel secolo precedente avevano preconizzato di dare autonomo rilievo giuridico alla natura personalistica della relazione fra autore e opera. [...]

La teoria dualista, che Morillot espone in forma compiuta nel 1878, ebbe il merito di distinguere per la prima volta in modo compiuto le prerogative patrimoniali spettanti all'autore da quelle a carattere personale, rivendicando esplicitamente la piena sovranità morale goduta dall'autore sulla propria creazione intellettuale [Izzo 2010, 199-200, note omesse].

Premessi questi brevissimi cenni sull'origine del concetto di *droit moral*, vediamo ora attraverso una vicenda giudiziaria italiana come l'espans-

sione del diritto di esclusiva incrocia il riconoscimento giurisprudenziale del diritto morale d'autore.

Ai primi anni del '900 in Italia emerge – come in altri paesi – un'istanza connessa all'evoluzione tecnologica. Con l'invenzione del grammofono e dei dischi musicali si pone il problema giuridico se l'incisione della musica sul disco sia o no nel controllo esclusivo dei titolari del diritto d'autore sull'opera musicale. La legge dell'epoca riconosceva ai titolari del diritto di esclusiva solo la pubblicazione e la riproduzione in copia dell'opera (ad esempio, spartito musicale) e alcuni atti di sfruttamento come l'esecuzione in pubblico (ad esempio, un concerto) equiparati alla pubblicazione o, quando si trattava di ripetizioni (repliche), alla riproduzione. Dunque, fino a quel momento, i titolari del diritto d'autore guadagnavano dalla commercializzazione delle copie degli spartiti musicali e dalla esecuzione in pubblico delle opere musicali.

Nascono per questi motivi le prime controversie tra titolari dei diritti d'autore (autori e imprese di edizioni musicali) e imprese che producono grammofoni e dischi.

Non a caso una delle prime controversie in Italia vede contrapposte da una parte gli autori di opere musicali e la Ricordi, impresa di edizioni musicali, e, dall'altra la The Gramophone company limited, impresa produttrice di grammofoni e dischi.

Il caso può essere formulato nei seguenti termini.

Caso 11-1

I produttori di dischi musicali incidono musiche di autori musicali come Puccini. Gli autori e gli editori fanno causa ai produttori di dischi per riproduzione non autorizzata delle proprie opere.

I problemi giuridici possono essere formulati nei seguenti termini.

Problema 1: la fabbricazione e la vendita dei dischi per grammofono senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore sulle composizioni musicali incise nei medesimi dischi costituiscono violazione del diritto d'autore?

Problema 2: quale natura ha il diritto d'autore? Patrimoniale? Personale? Un'altra natura?

Problema 3: l'autore ha diritto ad agire per la tutela della paternità e l'integrità della propria opera in caso di contraffazione della stessa, anche quando abbia ceduto all'editore i diritti economici di riproduzione?

Il caso e i relativi problemi furono risolti da Cass. Torino, 5 dicembre 1908, in *Foro it.*, 1909, I, 603.

Tralasciando in questa sede la Convenzione di Berna, le norme di riferimento erano contenute nel regio decreto 19 settembre 1882 n. 1012, che aveva riformato la prima legge dell'Italia unita del 1865.

L'art. 1 così disponeva.

Gli autori delle opere dell'ingegno hanno il diritto esclusivo di pubblicarle, e quello di riprodurle e di spacciarne le riproduzioni.

L'art. 2 così disponeva.

Sono assimilate alla pubblicazione riservata all'autore di un'opera: [...] la rappresentazione o l'esecuzione di un'opera o di una composizione adatta a pubblico spettacolo, di un'azione coreografica e di qualunque composizione musicale, tanto se inedita, quanto se pubblicata.

L'art. 3 così disponeva.

Sono assimilate alla riproduzione riservata all'autore di un'opera: [...] la ripetizione della rappresentazione o dell'esecuzione, per intero o in parte, di un'opera o di una composizione adatta a pubblico spettacolo, e già rappresentata o eseguita in pubblico sopra manoscritto [...].

L'autore è, dunque, il titolare del diritto di esclusiva e può disporne contrattualmente, ad esempio trasmettendolo all'editore.

Il principio di libera trasmissibilità del diritto di esclusiva era stabilito dall'art. 16.

I diritti guarentiti agli autori con la presente legge si possono alienare e trasmettere in tutti i modi consentiti dalle leggi. [...].

Nella legge dunque non c'era alcuna traccia di un riconoscimento esplicito di diritti morali (diritti della personalità inalienabili).

Nel caso di specie la posizione degli autori veniva in evidenza sul piano della legittimazione attiva ad agire in giudizio. Essi infatti agivano assieme all'editore (Ricordi) contro il produttore di dischi. Lo potevano fare? Se avevano ceduto i diritti di riproduzione all'editore, non avrebbero potuto agire, a meno che non fosse stata riconosciuta dal giudice l'esistenza in capo agli stessi autori di diritti morali inalienabili. Ed è appunto quello che fa Cass. Torino 5 dicembre 1908 creando per via giurisprudenziale il diritto morale. La creazione avviene facendo diffuso ricorso all'argomento naturalistico e quello dell'*analogia juris* (principi generali del diritto).

Ecco le soluzioni date da Cass. Torino 5 dicembre 1908 ai problemi 1, 2 e 3.

Né la legge 19 settembre 1882 sui diritti d'autore, né l'art. 3 del protocollo di chiusura della Convenzione di Berna 9 settembre 1886, che va interpretato restrittivamente, apportano alcuna modificazione dell'esclusivo diritto dell'autore riguardo alla riproduzione delle sue opere musicali mediante dischi grammofonici; quindi la fabbricazione e la vendita di questi dischi costituiscono una riproduzione abusiva.

Il diritto d'autore prima della pubblicazione dell'opera è un diritto personale e tale rimane anche dopo la pubblicazione, nonostante il concorso di un carattere patrimoniale, che è quello in modo particolare considerato dalla legge.

Perciò l'autore, quand'anche abbia ceduto ad altri i diritti esclusivi sui prodotti economici della sua opera conserva sempre il diritto che questa sia a lui attribuita e che l'integrità intellettuale ne sia rispettata; cosicché in caso di contraffazione è ammissibile il concorso delle due azioni dell'autore e dell'editore contro il contraffattore, quella a tutela di un interesse personale, questa a tutela di un interesse patrimoniale.

Qui di seguito gli argomenti maggiormente rilevanti di Cass. Torino 5 dicembre 1908.

Il diritto d'autore è un diritto naturale preesistente al riconoscimento della legge, ed è un diritto che si è venuto svolgendo nella vita moderna

come un rapporto di diritto privato, e che perciò deve godere di quelle stesse difese.

La ragione determinante della proibizione [l'incisione dei dischi senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore] non sta nella possibilità di leggere la trascrizione. Le note sono destinate ad essere tradotte in suoni perché l'autore raggiunga l'effetto morale ed economico della sua opera; perciò oggetto del divieto è il mezzo che per sé stesso rappresenta materialmente la composizione nella forma di molteplici esemplari che si fabbricano e rendono possibile l'esecuzione che è il fine dell'opera.

Si potrà osservare che la denominazione di diritto intellettuale o artistico, di *droit moral* come dice la dottrina francese, non è la più esatta, ma non si potrà disconoscere che dal complesso diritto d'autore discende una categoria d'interessi diversi da quelli strattamente patrimoniali, ai quali corrispondono dei diritti attinenti alla persona dell'autore, dei diritti personali, i quali devono trovare, come ogni altro diritto, tutela nella legge.

Questa tutela è stata riconosciuta anche fuori dal campo dell'Istituto del diritto di autore, ed a maggior ragione deve essere riconosciuta in questa materia, perché è una tutela della personalità pensante dell'uomo.

L'autore, invero, abbia conservato o perduto o ceduto ad altri i diritti esclusivi sui profitti economici della sua opera, ritiene sempre il diritto che questa sia a lui attribuita e che la integrità intellettuale della stessa sia sempre rispettata. Queste facoltà rivestono un evidente carattere personale, essendo intese a tutela della sua personalità, e sono perciò soggette ai comuni principi dei diritti personali per la loro inalienabilità ed imprescrittibilità. Queste facoltà ora si uniscono a quelle patrimoniali di esclusività di riproduzione dell'opera, ora si separano da queste rimanendo nella persona dell'autore, mentre le altre passano negli aventi causa, ai quali l'autore le abbia trasferite. Quindi, in caso di contraffazione, vi può essere il concorso delle due azioni dell'editore e dell'autore contro il contraffattore, questa a tutela di un interesse personale e quella in nome di un interesse patrimoniale.

Questi diritti personali derivano dai principi generali di diritto in rapporto all'indole speciale del diritto d'autore. La legge positiva non crea quasi mai i diritti, li riconosce e ne disciplina l'esercizio. Così è per questi diritti personali dell'autore, i quali non sono che degli interessi morali o personali tradotti in atto. Interessi quindi e diritti che hanno

radice nella proprietà intellettuale consacrata dalla legge naturale, dai principi generali del diritto e della legge.

Il giudice, dunque, in assenza di qualsiasi disposizione normativa che evocasse il diritto morale d'autore lo crea mediante l'argomento (finzione) del diritto naturale e quello dei principi generali del diritto. Il diritto d'autore, sostiene il giudice, è sempre esistito e la legge non può che limitarsi a riconoscere ciò che la natura, prima dell'uomo, ha creato.

Poco importa che non ciò non sia vero. Il diritto d'autore, come si è detto nel → Paragrafo 11.1, è un artefatto mentale dell'uomo molto recente, reso possibile dagli interessi che iniziarono a muoversi attorno alla rivoluzione tecnologica della stampa a caratteri mobili. Ma all'epoca, primi anni del '900, la finzione dell'argomento naturalistico applicato al diritto d'autore aveva una carica retorica di notevole efficacia, tanto notevole da dare ingresso a una rilevante espansione del diritto di esclusiva a vantaggio dei titolari del diritto d'autore e a svantaggio dei produttori di dischi, che da quel momento in poi dovranno pagare gli stessi titolari per incidere la musica.

L'Italia sarà tra i primi paesi al mondo a riconoscere per via legislativa i diritti morali d'autore nel 1925 e sarà anche tra gli Stati che premeranno alla conferenza di Roma del 1928 per una revisione della Convenzione internazionale di Berna atta a incorporare i profili personalistici della tutela delle opere dell'ingegno [Moscati 2015]. Anche a seguito delle pressioni italiane fu inserito nella Convenzione di Berna l'art. 6-bis.

Art. 6-bis Moral Rights

1. To claim authorship; to object to certain modifications and other derogatory actions;
 2. After the author's death; 3. Means of redress
- (1) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.
 - (2) The rights granted to the author in accordance with the preceding paragraph shall, after his death, be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by the legislation of the country where

protection is claimed. However, those countries whose legislation, at the moment of their ratification of or accession to this Act, does not provide for the protection after the death of the author of all the rights set out in the preceding paragraph may provide that some of these rights may, after his death, cease to be maintained.

(3) The means of redress for safeguarding the rights granted by this Article shall be governed by the legislation of the country where protection is claimed.

11.3 Il diritto morale oggi. Casi 11-2, 11-3, 11-4, 11-5: somiglianza tra quadri di arte contemporanea; inserimento di verso di una canzone nel testo di un'altra; alterazione di opera filmica per la televisione; modificazione temporanea di installazione artistica

Il diritto d'autore è complesso. Come si è detto nel → Paragrafo 11.1, si compone di diritti patrimoniali (o economici) e morali. I più importanti diritti morali sono il diritto di paternità e il diritto di integrità.

Il diritto d'autore consiste, inoltre, in un'esclusiva limitata in durata e in ampiezza (v. → Paragrafo 11.1).

Sul piano dell'ampiezza, l'esclusiva copre solo le opere creative, cioè quelle che siano un'originale creazione dell'autore.

L'art. 1, comma 1, della legge 1941/633 così dispone.

Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Inoltre, l'esclusiva copre solo gli elementi creativi dell'opera. Ciò risponde al principio fondamentale della dicotomia tra idea (non protetta) e forma espressiva (protetta), formulato anche in termini di distinzione tra contenuto (non protetto) e forma espressiva (protetta) [v. → Paragrafo 11.1]. In altre parole, le idee, i fatti e i dati rinvenibili in un'opera dell'ingegno rimangono in pubblico dominio: sono liberamente utilizzabili. Ciò che è vietato è la riproduzione della forma dell'opera protetta dal diritto d'autore. Si tratta di un principio importantissimo, ma difficile gestione sul piano applicativo. La distinzione tra idea ed espressione è molto controversa.

Il principio si rintraccia in diverse norme.

A livello internazionale si deve richiamare (almeno) il secondo comma dell'art. 9 del trattato Trade Related aspects of Intellectual Property rights (TRIPs) del 1994, l'accordo sui diritti di proprietà intellettuale connesso al trattato sul commercio internazionale. L'art. 9.2 dei TRIPs così dispone.

La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali.

A livello della legge italiana ci sono riferimenti al principio. Alcuni impliciti ed altri espliciti.

L'art. 6 della l. 1941/633 così dispone [corsivi aggiunti].

Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla *creazione dell'opera*, quale *particolare espressione* del lavoro intellettuale.

Più esplicitamente a proposito di tutela dei programmi per elaboratore (software), l'art. 2, 8) l. 1941/633 così dispone.

In particolare sono comprese nella protezione:

[...]

8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso [...].

I principali diritti morali sono nominati in due disposizioni legislative.

L'art. 2577, comma 2, c.c. così dispone.

L'autore, anche dopo la cessione dei diritti previsti dal comma precedente, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera stessa, che possa essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

effettuò ispirandosi a Millet. Non si tratta di falsi ma di copie. Van Gogh si sentì comunque in dovere di giustificare la copia delle opere del suo predecessore in una lettera a suo fratello. La lettera è commentata dal giurista statunitense Michael Madison in un saggio sul concetto di creatività nel copyright [Madison 2010].



Figura 11-1: a sinistra Millet, «The End of Day» 1867-69, a destra Van Gogh «Evening: The End of the Day (after Millet)», 1889

Caso 11-3

Una canzone di musica pop del 2020 del cantante noto a livello mondiale Michael Jason riproduce la melodia di una precedente canzone appartenente allo stesso genere musicale ma di diverso «stile» e con testo differente del 2016 scritta dal meno noto Alvisè Banocci (in arte «BanAl»). Entrambe le canzoni presentano una linea melodica simile a numerosi precedenti nell'ambito della musica pop, il primo dei quali risale agli anni '30 del secolo scorso. Anche se i precedenti sono caratterizzati da armonia, ritmo e arrangiamenti differenti dalle due canzoni contemporanee, oggetto della controversia. BanAl, quale titolare del diritto d'autore sulla canzone del 2016, agisce in sede civile per plagio-contraffazione, ovvero per violazione dei suoi diritti economici e morali.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti adottati.

Caso 11-4

Il noto e acclamato regista Federico Cannini conviene l'emittente televisiva Rete Disinvolta dinanzi il Tribunale di Trentor, rivendicando il proprio diritto d'autore ex artt. 20 e 22 l.d.a. e lamentando l'illegittima riduzione e deformazione della sua opera filmica «Mamma ho perso il

treno!», realizzata per due puntate da cento minuti ciascuna, ma trasmessa dall'emittente televisiva Rete Disinvolta in una sola puntata di circa centoventi minuti, priva di scene fondamentali per la completezza e comprensibilità dell'opera anche nel suo significato «sociale».

Il regista chiede perciò l'inibitoria di ogni utilizzazione dell'opera in versione diversa dall'originale e il risarcimento dei danni.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Caso 11-5

La catena di centri commerciali La Ridormiente commissiona al rinomato ed eccentrico artista Giovanni Neve un'opera da installare in una delle su sedi. L'artista installa nel centro commerciale della metropoli di Trentor la sua opera composta da enormi gabbiani di metallo legati al soffitto da sottili cavi di acciaio. Durante il periodo natalizio La Ridormiente decide di collocare i tipici cappelli bianchi e rossi di Babbo Natale sulle teste dei gabbiani.

Giovanni Neve agisce contro La Ridormiente per tutelare il proprio diritto morale d'autore.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Domande. Serie 11.2

Nel caso 11-3 qual è il motivo che muove un cantante meno noto ad agire contro l'altro più noto? È un motivo che attiene alla violazione della dimensione (diritto morale d'autore) non patrimoniale della persona? BanAl si sente presumibilmente offeso nel suo onore e nella sua reputazione per la violazione del diritto di paternità? O l'azione giudiziale potrebbe essere mossa da ragioni essenzialmente economiche? Teme che Jason possa sottrargli fette di mercato? O BanAl crede di poter guadagnare visibilità attraverso un'azione giudiziale clamorosa? Queste domande hanno rilevanza ai fini della soluzione o sono considerazioni per nulla attinenti alla dimensione giuridica del problema?

Il fatto che il caso attenga al genere musicale pop è rilevante o no?

Il problema di fondo della musica pop è la frequente ricorrenza del plagio o la scarsa originalità delle canzoni?

Con riferimento alla parte musicale della canzone c'è un elemento che è maggiormente rilevante? La melodia? Il ritmo? L'armonia? L'arrangiamento? O la valutazione relativa a creatività e plagio deve

riguardare un giudizio complessivo senza che nessuno degli elementi abbia maggior peso rispetto agli altri?

Un'opera può dirsi creativa (originale) se riflette la personalità dell'autore? Cosa significa personalità in rapporto a creatività?



Domande. Serie 11.3

Con riferimento al caso 11-4 quali sono gli elementi rilevanti ai fini del giudizio relativo alla sussistenza della violazione del diritto all'integrità dell'opera? L'art. 20 l.d.a. parla di pregiudizio all'onore e alla reputazione. Nel caso di specie si verifica un pregiudizio? La valutazione del giudice deve incentrarsi sul fatto che un'opera concepita in due puntate sia stata ridotta a una? O deve riguardare la durata del taglio effettuato dall'emittente televisiva? O, piuttosto, deve focalizzarsi sulle scene tagliate? In altri termini, deve essere una valutazione quantitativa o qualitativa? O deve trattarsi di una valutazione che prende in considerazione tutti questi elementi? O, ancora, qualsiasi modificazione, anche minima, dà origine a una violazione del diritto all'integrità?



CAPITOLO 12.

Il diritto alla riservatezza

12.1 Il right to privacy: Warren & Brandeis

Il celeberrimo articolo di Samuel Warren e Louis Brandeis apparso sulla Harvard Law Review del 1890 figura tra gli articoli di dottrina americani più citati in assoluto [Warren, Brandeis 1890]. L'innescò della riflessione dei due giuristi – uno dei quali, Brandeis, era destinato a diventare giudice della Corte Suprema federale nonché figura chiave per l'evoluzione della privacy a stelle e strisce – è la minaccia posta da nuovi fruttuosi commerci come la stampa scandalistica che utilizzano le nuove tecnologie (in particolare, la macchina fotografica) per catturare e riprodurre momenti della vita privata e familiare delle persone.

Come ricorda Roberto Pardolesi, l'articolo fu infatti «originato dall'irritata reazione di Warren all'ennesima indiscrezione della Saturday Evening Gazette sul conto della sua famiglia» [Pardolesi 1973, 337].

Samuel D. Warren era un giovane avvocato bostoniano che, dopo aver sposato la figlia di un facoltoso uomo politico, aveva cominciato a condurre una lussuosa e dispendiosa vita mondana, attirando così l'attenzione dei media e soprattutto dei giornali scandalistici. Infastidito dall'incessante sovraesposizione della sua vita privata, Warren, insieme ad un suo vecchio compagno di studi universitari, Louis D. Brandeis [...], si risolse a contrattaccare, denunciando la stampa scandalistica per la sua cinica disinvoltura «overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency» [Pardolesi 2003, 3-4].

Ecco come si esprimono Warren e Brandeis.

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right «to be let alone». Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that «what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops» [Warren, Brandeis 1890, 195].

Non essendoci alcun esplicito riferimento normativo – né nella Costituzione federale né altrove – alla privacy, i due autori individuano nella giurisprudenza (common law) la fonte del diritto.

Political, social and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society [Warren, Brandeis 1890, 193].

È l'analogia con il copyright (diritto d'autore) a rappresentare una delle basi dell'elaborazione concettuale del «right to privacy» [Ubertazzi 2004, 7].

It is not however necessary, in order to sustain the view that the common law recognizes and upholds a principle applicable to cases of invasion of privacy, to invoke the analogy, which is but superficial, to injuries sustained, either by an attack upon reputation or by what the civilians called a violation of honor; for the legal doctrines relating to infractions of what is ordinarily termed the common-law right to intellectual and artistic property are, it is believed, but instances and applications of general right to privacy, which properly understood afford a remedy for the evils under consideration.

The common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others. [Warren, Brandeis 1890, 198].

Anche se lo scopo finale dei due autori era quello di separare la privacy dalla *property* e dal copyright (*intellectual property*).

Sul punto si vedano i rilievi di Giorgio Resta [Resta 2005, 214, note omesse; cfr. Ubertazzi 2004, 7].

Se è vero che la strategia retorica di cui si erano avvalsi Warren e Brandeis per incrinare il dogma dell'irrisarcibilità del *mental distress* consisteva nel dissociare concettualmente la *privacy* dalla *property*, la giurisprudenza portò definitivamente a compimento tale progetto, assegnando al *right to privacy* uno statuto di *personal right* radicalmente contrapposto a quello del copyright ed appiattito sul regime – tipicamente delittuale – della *defamation*.

Il nucleo della nuova *cause of action* fu ravvisato nella tutela dell'inviolabilità della persona, intesa però piuttosto in senso statico come protezione della *peace of mind* e degli *unwounded feelings*, che non in senso dinamico – alla tedesca – come controllo esclusivo sulla propria individualità e sullo sviluppo delle proprie potenzialità creative [Resta 2005, 214, note omesse].

La tutela della *privacy* si è affermata gradualmente negli USA.

Nel 1903 lo stato di New York ha emanato [...] due statuti che conferivano una *cause of action* all'interesse alla *privacy*; ed è stato via via seguito da una serie numerosa di stati. Nel 1905, poi la Corte Suprema della Georgia ha riconosciuto il diritto alla *privacy* nel caso *Pavesich v. New England Life Insurance Company*, ed anzi lo ha per la prima volta qualificato come «derivante dal diritto naturale». A partire da questa sentenza la giurisprudenza ha poi esteso progressivamente la tutela della *privacy*, ed i risultati del primo periodo di elaborazione giurisprudenziale sono stati infine «consolidati» dall'*American Law Institute* nel *Restatement of Torts* del 1939 [Ubertazzi 2004, 8-9, note omesse].

Nel 1960 si ha il primo tentativo di sistematizzare la materia dovuto a William Prosser [Prosser 1960].

Secondo Prosser il *right of privacy* protegge interessi ad un tempo proprietari e personali. Inoltre le violazioni del diritto alla riservatezza possono essere raggruppate in quattro *torts*. Il primo consiste nella *intrusion upon seclusion* da parte di chi «intenzionalmente interferisce, fisicamente o in altra maniera, sulla solitudine o il ritiro di un altro». Il secondo consiste nella *public disclosure of private facts* e comprende le ipotesi in cui sono divulgate notizie personali «highly offensive» non di interesse pubblico. Il terzo consiste nella *false light in the public eye* e ricorre quando vengono divulgate notizie che mettono la persona in cattiva luce agli occhi del pubblico. Il quarto consiste nell'*appro-*

priation e comprende le ipotesi in cui qualcuno utilizza l'immagine di una persona senza il suo consenso e si appropria dei relativi benefici [Ubertazzi 2004, 17-18, note omesse].

Le molte variazioni sul tema, analizzate con certissima attenzione da Prosser, non fanno velo alla constatazione che, sia pure per vie diverse – anche a colpi di *trespass*, *harrassment* e *reckless endangerment* –, fino alla prima metà degli anni '60 (del secolo scorso) i giudici americani riconoscevano tutela alla vita privata solo quando strettamente connessa al diritto di proprietà. A partire dal 1965, con il caso *Griswald v. Connecticut*, si schiude una nuova epoca: la *privacy* si emancipa dalla tradizionale afferenza al diritto di proprietà, configurandosi come espressione di libertà personale, se si preferisce di autodeterminazione. Questo versante andrà sviluppandosi vertiginosamente, soprattutto in ragione delle sue forti connotazioni costituzionali, innescando un'ulteriore difficoltà concettuale: se, e in quale misura, abbia senso riportare ad una stessa matrice la *privacy* in quanto sinonimo di autonomia oppure anelito di *solitude* (non isolamento completo, chiosa Posner, ma spazio privato sufficiente a pensare in proprio) e *secrecy* [Pardolesi 2003, 5-6].

12.2 La nascita giurisprudenziale del diritto alla riservatezza in Italia: Cass. 27 maggio 1975 n. 2129 (Soraya Esfandiari)

Ancora nel 1956, a proposito di un caso riguardante la rappresentazione cinematografica della vita del celeberrimo tenore Enrico Caruso, la Cassazione negava l'esistenza del diritto alla riservatezza (Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Foro it.*, 1957, I, 4).

Nessuna disposizione di legge autorizza a ritenere che sia stato sancito, come principio generale, il rispetto assoluto alla intimità della vita privata e tanto meno come limite alla libertà dell'arte. Sono soltanto riconosciuti e tutelati, in modi diversi, singoli diritti soggettivi della persona. [...]

Il semplice desiderio di riserbo non è stato ritenuto dal legislatore un interesse tutelabile; chi non ha saputo o voluto tener celati i fatti della propria vita, non può pretendere che il segreto sia mantenuto dalla discrezione altrui; la curiosità ed anche un innocuo pettegolezzo, se pur costituiscono una manifestazione non elevata dell'animo, non

danno luogo di per sé ad un illecito giuridico. Ancor meno può parlarsi di diritto alla riservatezza quando, come nella specie si assume essersi verificato, i fatti narrati non appartengono alla vita del personaggio, ma sono scaturiti dalla fantasia dell'autore del soggetto dell'opera cinematografica per rendere più viva ed interessante la narrazione e maggiormente espressiva e significativa un'opera dell'ingegno di carattere creativo.

La sentenza sul caso Caruso applica dunque la teoria pluralista dei diritti della personalità – non esiste un generale diritto della personalità, ma solo i singoli diritti della personalità riconosciuti dalla legge – e non fa cenno alla Costituzione (non è ancora avvenuto il c.d. disgelamento della Costituzione) [v. → Capitolo 7].

Ma la dottrina e la giurisprudenza di merito continuarono a spingere per il riconoscimento del diritto alla riservatezza.

Negli anni '60 la Cassazione pone il primo importante passo verso la creazione giurisprudenziale del diritto alla riservatezza e soprattutto lo fa citando l'art. 2 Cost. L'occasione viene offerta dal caso Petacci.

La dottrina di riferimento è rappresentata da Giorgio Giampiccolo [Giampiccolo 1958].

[...] Davvero è necessaria una norma specifica, che nel sistema volta a volta potrebbe mancare, per ritenere meritevole di tutela giuridica un interesse socialmente apprezzabile della personalità? Io ne dubiterei. Questa in effetti mi sembra, nel tema, la questione di fondo. [...] A mio modo di vedere, finché non si vorrà riconoscere che la persona umana è un valore unitario, che i suoi interessi relativi all'essere possono – sì – venire isolati concettualmente, ma conservano quel comune punto di riferimento oggettivo e sono sostanzialmente solidali tra loro; finché non si vorrà ammettere che le varie norme disseminate nel codice penale, nel codice civile e in leggi speciali non costituiscono il fondamento di tanti autonomi diritti della persona, ma piuttosto la disciplina specifica di alcuni aspetti particolari di sua tutela e non più che un concreto svolgimento di questa; la costruzione verrà sempre a poggiare su di una base effimera. Non esistono diritti della personalità; esiste il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario (come indefinito e vario è, in altro campo, il contenuto del dominio), che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni singolarmente protette da norme particolari.

La Cassazione così si esprime nel caso Petacci (Cass. 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.*, 1963, I, 877).

Di fronte al dissenso di gran parte della dottrina e agli inconvenienti che derivano da una assoluta esclusione di tutela giurisdizionale del riserbo della vita privata questo Supremo collegio è indotto al riesame della propria giurisprudenza.

L'esclusione del cennato diritto, in definitiva, di ogni tutela giurisdizionale del riserbo della vita privata è stata giustificata da detta giurisprudenza su di un principio affermato da antica ed anche recente dottrina: che non sussiste un unico diritto di personalità, ma sono riconosciuti vari diritti di personalità da essa distinti, come non sussiste un diritto unico di libertà, ma vari distinti diritti di libertà.

A giustificazione poi di questo diniego si è considerato dalla medesima dottrina che la personalità è il presupposto dei diritti, è la stessa capacità giuridica, non può quindi essere essa stessa un diritto: concepire la personalità come un diritto implicherebbe affermare l'esistenza di un diritto senza oggetto, essendo inammissibile che una persona sia il soggetto e nel contempo l'oggetto del diritto; che se poi il diritto di personalità si concepisce come un diritto assoluto di esclusione rivolto alla generalità, resterebbe imprecisato il contenuto e l'estensione del divieto. Conseguentemente, una tutela giurisdizionale della personalità fuori delle specifiche previsioni non avrebbe alcuna giustificazione, non potendo ritenersi l'illiceità di un comportamento che il soggetto affermasse lesivo della propria persona o della sfera della propria attività.

Parte della dottrina peraltro, pur negando che sussista un diritto assoluto di personalità, ha affermato tuttavia l'esistenza di un diritto alla riservatezza, argomentando per *analogia juris* da specifici diritti di personalità.

Prima di stabilire se sia ammissibile il ricorso alla analogia occorre considerare che l'esclusione di un diritto assoluto di personalità è, in definitiva, fondato su di una concezione dommatica secondo cui il diritto soggettivo deve essere riferito ad un rapporto concreto di un soggetto con un bene. Con tale concezione, non affatto pacifica né in passato né attualmente, dovendosi ammettere soltanto l'esistenza di singoli concreti diritti esplicitamente riconosciuti, si deve conseguentemente pretermettere a priori ogni indagine sull'esistenza di un diritto astratto che consente di concretizzare, con la tutela ad esso inerente, singole manifestazioni della personalità; si perviene al risultato di frantumare

una nozione che per sua essenza è unica, inscindibile, come quella della personalità, né si spiega quale legame giuridico unisca ad essa le singole manifestazioni concrete.

Ora, se si ha riguardo non a singoli diritti di personalità esplicitamente riconosciuti ma al fenomeno nel suo complesso e al nesso che li lega alla personalità, si perviene alla seguente constatazione: che il loro oggetto consiste in posizioni speciali, concrete della personalità: il diritto sul proprio corpo (art. 5 c.c.), il diritto al nome (artt. 6 e 7 c.c.), il c.d. diritto all'immagine (art. 10 c.c., e 96 e segg. legge sul diritto di autore), i diritti relativi alla corrispondenza epistolare (artt. 93 e segg. legge sul diritto di autore) e tutte le specifiche previsioni hanno riferimento alla personalità considerata in particolari aspetti, ma oltre alle specifiche previsioni sussistono possibilità di manifestazioni concrete nel campo della vita e in quello sociale. Ammesse queste previsioni e questa possibilità di manifestazioni, deve bensì riconoscersi che la personalità è il presupposto di diritti ma anche che essa, oltre alla capacità, nel senso di attitudine astratta di avvalersene o di acquistarli, a seconda del loro oggetto, postula un diritto di concretizzazione, cioè un diritto di libertà di autodeterminazione nei limiti consentiti dall'ordinamento, il quale come diritto assoluto, astratto si distingue dal potere di autonomia inerente ai singoli concreti diritti e alle concrete manifestazioni. Con tale costruzione, sostenuta da autorevole dottrina, si rivelano inconsistenti, oltre l'obiezione ora considerata di una identificazione della capacità giuridica con il diritto assoluto di personalità, anche le altre: quella della insussistenza dell'oggetto, perché l'oggetto del diritto consiste nella possibilità di manifestazioni nei limiti consentiti; quella della inconciliabilità che il soggetto sia anche l'oggetto, perché, delimitato l'oggetto nel senso indicato, non sussiste ostacolo a distinguere la persona in quanto esiste dalla persona in quanto ha e in quanto può agire; e quella della indeterminatezza del vincolo, perché determinato l'oggetto nella possibilità di manifestazioni concrete si ha corrispondentemente, in relazione ad esse, un divieto generale di non ingerenza.

Il fondamento in diritto positivo di un diritto assoluto nel senso indicato può ravvisarsi nell'art. 2 della Costituzione, il quale col disporre «La Repubblica riconosce e garantisce, i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», ammette con ciò un diritto di libera

autodeterminazione nello svolgimento della personalità nei limiti di solidarietà considerati.

A proposito del richiamo all'art. 2 Cost. Giorgio Resta rileva quanto segue [Resta 2019, 301-302, note omesse].

In particolare, la scelta di ancorare il riconoscimento positivo del diritto della personalità all'art. 2 della Costituzione costituiva in quella fase una soluzione fortemente innovativa – tanto che tale pronuncia è stata assunta a paradigma di un «Grand Style giurisprudenziale» – per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché, sino a quel momento, sul terreno della tutela civile della persona, si era fatto ricorso soltanto raramente, sia da parte della giurisprudenza, sia da parte della dottrina, alle previsioni costituzionali. Tra queste, quella più frequentemente richiamata – più per restringere, che non per espandere le garanzie individuali – era l'art. 21 Cost.

In secondo luogo, e soprattutto, perché tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza della Corte costituzionale, erano ancora ferme su una lettura «chiusa» della clausola dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost., ritenendo che questa non avesse un'autonoma capacità espansiva, ma soltanto una funzione riassuntiva delle singole posizioni soggettive garantite dalle altre norme costituzionali. Per di più, l'idea di legare la tutela dell'individuo al disposto dell'art. 2 Cost. si poneva in contrasto con la tendenza di una parte della dottrina a sottolineare, di quella norma, soprattutto il momento pluralistico della garanzia delle comunità intermedie.

Bisognerà però aspettare la metà degli anni '70 per assistere al riconoscimento esplicito del diritto alla riservatezza da parte dei giudici di legittimità.

I tempi erano ormai maturi.

Così si esprimeva Roberto Pardolesi nel 1973 nelle conclusioni di un lungo saggio sull'argomento [Pardolesi 1973, 384 ss. corsivi originali, note omesse].

[...] 1) L'approccio (continentale, ed in particolare quello) italiano alla problematica [del diritto alla riservatezza] è afflitto da una vena radicata di «sterile dogmatismo». L'alternativa meramente concettuale:

esiste, non esiste il diritto alla riservatezza, nella sua pregiudizialità, da un lato ha imposto la pratica rinuncia al tentativo di specificare i presupposti (e i limiti «strutturali») di un'eventuale tutela della vita privata; dall'altro ha finito con l'appiattare i rapporti reali sottostanti, quasi fossero imperscrutabili o, peggio, indifferenti, compromettendone la ricostruzione dall'interno. [...]

Di fronte al moltiplicarsi, orizzontale e verticale, delle occasioni di pericolo e alla considerazione, persino ovvia, che un contesto sociale in rapida, anzi sconvolgente, evoluzione, tende a nuovi equilibri, preme piuttosto rilevare come, in ordine al riconoscimento costituzionale dei valori connessi alla dignità umana, sia ormai indilazionabile un impegno concreto nel senso dell'elaborazione di adeguate tecniche giuridiche a difesa della persona. [...]

2) Non vi è reale ostacolo (ne è anzi palese la proficuità sul piano comparatistico) a che la tutela del riserbo, come più comprensiva espressione di libertà individuale, si avvii ad assumere ampiezza e caratteristiche assai simili a quelle della privacy, quale risulta dall'elaborazione delle corti nord-americane (fatta eccezione, giova tuttavia soggiungere, per il profilo della *false light in the public eye*). [...].

3) In un quadro complessivo per vero non esuberante, due sono i settori in cui il nostro ordinamento appare a tal punto carente da rendere improbabile il tentativo di ovviarvi per via di interpretazione, sia essa la più spregiudicata. Il primo è rappresentato dalla c.d. intromissione nell'altrui sfera privata [...]. Il secondo profilo attiene al nuovo e più penetrante tipo di minaccia che alla *personal privacy* deriva dalla diffusione di sistemi computerizzati, atti all'elaborazione e trasmissione dei dati. [...].

L'occasione fu data da un caso sollevato dalla principessa Soraya Esfandiari, oggetto di una pressante campagna di gossip da parte della stampa scandalistica.

Qui di seguito nella figura 12-1 si riproducono due copertine del periodico «Gente» relative ad articoli su Soraya apparsi nel 1968.



Figura 12-1: Copertine di «Gente», anno 1968

Sul n. 29 del 1968 di «Gente» appariva un servizio fotografico realizzato con teleobiettivo, da cui risultavano ripresi in vari atteggiamenti, ed anche mentre si baciavano, il regista Franco Indovina e la principessa Soraya Esfandiari nell'interno della villa di quest'ultima.

La principessa Esfandiari agisce contro la società Rusconi, editrice di «Gente», per violazione del domicilio, del diritto alla riservatezza e del diritto all'immagine con pregiudizio al decoro, onore e reputazione.

Il problema può essere formulato nei seguenti termini.

Esiste nell'ordinamento italiano il diritto alla riservatezza, da intendersi come tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti?

La soluzione è nella massima di Cass. 27 maggio 1975 n. 2129.

Il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non

esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti.

Si noti che il principio di diritto è formulato con riferimento anche a vicende che si verificano fuori dal domicilio domestico, mentre la fattispecie riguardava il domicilio della principessa Soraya [v. → Capitolo 1 → Paragrafo 1.3 in merito alla distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*].

La motivazione della sentenza è lunga, articolata e tocca diverse questioni. In questa sede, si possono evidenziare gli argomenti maggiormente rilevanti ai fini del riconoscimento del diritto alla riservatezza.

Gli studenti possono esercitarsi provando a classificare ciascun argomento dopo aver ripassato il → Capitolo 2 sugli argomenti interpretativi e il → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti.

Va anzitutto premesso che le ipotesi previste dall'art. 97 della legge sul diritto di autore, in quanto costituiscono eccezioni alla regola del divieto di divulgazione del ritratto di una persona senza il consenso di questa (art. 96), devono essere interpretate restrittivamente.

Sarebbe, invero, assurdo ritenere che il legislatore abbia inteso privilegiare un interesse privato di pubblicità commerciale rispetto ad un interesse non patrimoniale della persona, dovendosi invece ravvisare la volontà legislativa di stabilire soltanto la prevalenza fra due interessi non patrimoniali; quello del pubblico all'informazione su quello individuale al riserbo della propria immagine [di che tipo di argomento si tratta? V. → Capitolo 2].

Il principio stabilito dall'art. 41, comma secondo, Cost. secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, viene a convalidare ulteriormente la conclusione che, nel bilanciare i contrapposti interessi, deve ritenersi che l'utilizzazione dell'immagine altrui per scopi prettamente commerciali cede di fronte alla mancanza di una vera utilità sociale ed al pregiudizio per la libertà e la dignità della persona umana [v. → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti].

Se non esiste, quindi, un diritto di sfruttamento commerciale del ritratto altrui, anche se di persone notorie, non può ravvisarsi nemmeno un diritto di altri soggetti (in genere, cronisti e giornalisti) di controllare e riferire illimitatamente ogni aspetto della vita delle persone divenute, talvolta loro malgrado, notorie, quando il fine, esclusivo o fortemente

preminente, di tale pubblicazione sia quello di mero lucro [di che tipo di argomento si tratta? V. → Capitolo 2].

[Il problema] esige una soluzione che, nella naturale evoluzione giurisprudenziale, mentre resti ancorata alle norme costituzionali ed alle altre disposizioni del nostro ordinamento positivo, sia sensibile al temperamento della tutela dei diversi interessi, alla luce di una vasta tendenza, anche di diritto internazionale, ad estendere la difesa della personalità umana, sia nei confronti dell'abuso dei pubblici poteri, che nei rapporti intersoggettivi individuali.

Tale esigenza è stata vieppiù sentita per le dimensioni e gli aspetti allarmanti che il problema è andato assumendo, dato il continuo sviluppo della moderna tecnologia, la quale offre ai poteri pubblici o ai privati smisurate possibilità, mediante perfezionati strumenti di acquisizione conoscitiva, di penetrante controllo su ogni aspetto di vita e di rapida divulgazione generale dei dati acquisiti. Questa straordinaria evoluzione, specie per i suoi possibili risvolti negativi, se deve essere valutata in altre sedi in ordine alla gestione ed alle limitazioni, non può essere ignorata nemmeno dal diritto privato, ed in particolare in sede giurisprudenziale.

Va premesso che la soluzione del problema non può prescindere dallo strumento tecnico privatistico del diritto soggettivo, fondato su una antica concezione dommatica.

Per quanto apprezzabili, invero, siano i tentativi della dottrina, intesi ad aprire più larghe prospettive, specialmente per una moderna elaborazione dell'istituto dell'illecito civile, non sembra che siano maturi i tempi per ritenere superato il tradizionale concetto di diritto soggettivo come categoria qualificante le situazioni giuridiche soggettive particolarmente rilevanti nel nostro sistema, in quanto tutelate in modo diretto.

La recente giurisprudenza di questa Corte, pur evolvendosi nel ravvisare nell'ingiustizia del danno, considerata dall'art. 2043 c.c., l'accezione di danno prodotto *non iure* (e cioè non giustificato), non abbandona l'altra accezione del *contra ius*, vale a dire, in quanto tale fatto incida su una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto.

Se, quindi, allo stato dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, non sussiste un sicuro criterio di individuazione di responsabilità che prescinda dalla situazione incisa dal comportamento illecito, la tutela di un diritto soggettivo alla riservatezza passa attraverso l'individuazione del suo fondamento normativo. [...]

L'indagine sul fondamento normativo del cosiddetto diritto alla riservatezza esige un, sia pur rapido, accenno alle definizioni date a questo diritto, in quanto agevola la determinazione del suo contenuto e quindi della corrispondenza di questo nell'ambito delle singole norme che saranno prese in esame.

Con l'espressione «diritto alla riservatezza» – una delle prime e più usate formulazioni del fenomeno, che non può essere più abbandonata – sono indicate diverse ipotesi, che implicano un problema, non solo formale, ma anche di sostanza. Esse possono sintetizzarsi almeno in tre aspetti.

Da una parte si tende a restringere rigorosamente l'ambito di questo diritto al riserbo della «intimità domestica», collegandola al concetto ed alla tutela del domicilio. A questa concezione corrisponde forse il «the right to be alone» degli anglosassoni.

All'opposto, vi sono formulazioni molto generiche – «il riserbo della vita privata» da qualsiasi ingerenza, o la c.d. «privatezza» (privacy) – cui corrisponderebbe un sostanziale ambito troppo vasto o indeterminato della sfera tutelabile.

Una concezione intermedia, che riporta in limiti ragionevoli la portata di questo diritto, può identificarsi nelle formule che fanno riferimento ad una certa sfera della vita individuale e familiare, alla illesa intimità personale in certe manifestazioni della vita di relazione, a tutte quelle vicende, cioè, il cui carattere intimo è dato dal fatto che esse si svolgono in un domicilio ideale, non materialmente legato ai tradizionali rifugi della persona umana (le mura domestiche o la corrispondenza). Questa Corte aveva ravvisato nell'art. 2 Cost. l'unico fondamento del diritto assoluto di personalità, che risulta violato dalla divulgazione di notizie della vita privata. Alla critica, secondo cui l'art. 2 enuncia solo in via generale la tutelabilità di diritti inviolabili, che trovano il loro riconoscimento effettivo in altre specifiche norme, deve precisarsi che questa Corte – deducendo dal citato articolo il «diritto *erga omnes* alla libertà di autodeterminazione» – intendeva porre l'accento – più che sul riferimento ai diritti inviolabili – sull'espressione della norma che riconosce all'uomo il rispetto della sua personalità, come singolo e nelle formazioni sociali ove tale personalità si svolge.

Un duplice spunto di convalida al diritto di riservatezza si trae anche dall'art. 3 Cost. sia perché, riconoscendosi la dignità sociale del cittadino, si rende necessaria una sfera di autonomia che garantisca tale dignità, sia in quanto rientrano nei limiti di fatto della libertà ed eguaglianza dei cittadini anche quelle menomazioni cagionate dalle

indebite ingerenze altrui nella sfera di autonomia di ogni persona. E, sotto questo profilo, va ricordata anche la inviolabilità della libertà personale (art. 13), intesa questa in un senso più ampio della libertà meramente fisica.

Uno sviluppo dell'art. 2 è costituito dalla norma dell'art. 29, che riconosce il carattere originario e l'inviolabile autonomia della famiglia. Uno spunto, infine, si trae dal secondo comma dell'art. 41 Cost. laddove l'iniziativa economica trova un limite nel rispetto della libertà e della dignità umana.

Già si è notata la rilevanza che sul problema della riservatezza ha l'art. 14 della Costituzione, che riguarda, oltre la inviolabilità del domicilio, anche i limiti alle ispezioni, alle perquisizioni, agli accertamenti per motivi pubblici. Nella stessa linea si pone il successivo art. 15, relativo all'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza.

Anche dalla presunzione di innocenza dell'imputato sino alla condanna definitiva (art. 27 Cost.) dovrebbero trarsi dei conseguenti limiti alla diffusione di notizie – inutili e talvolta dannose alle esigenze di giustizia – sulle vicende dell'imputato e sui cd. «retroscena» dei delitti. Giova appena accennare alla Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo (approvata il 10 dicembre 1948 dall'ONU), ed al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea dell'ONU con risoluzione 16 dicembre 1966, n. 2200, dai quali risulta vietata qualsiasi interferenza arbitraria nella «vita privata» dell'individuo.

Parimenti la Convenzione europea, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848), ha ribadito che «toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance» (art. 8), stabilendo altresì che la libertà di pensiero trova un limite nella «protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles» (art. 10, n. 2).

Giorgio Resta, a margine della sentenza relativa al caso Esfandiari, rileva quanto segue [Resta 2019, 310, note omesse].

Si compone quindi un mosaico di riferimenti normativi – arricchiti, a livello delle fonti sovranazionali, dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 – i quali proiettano il diritto alla riservatezza al centro del sistema dei diritti inviolabili. Ne deriva che, in caso di conflitto con altre posizioni di rango costituzionale, dovrà farsi

luogo alla tecnica del bilanciamento degli interessi, secondo i criteri elaborati in relazione al diritto all'immagine. Pertanto, un'interferenza nell'altrui sfera privata (non solo domestica) potrà ritenersi legittima soltanto in presenza di un apprezzabile interesse pubblico concorrente, il quale incontrerà in ogni caso il limite della tutela dell'onore, del decoro e della dignità umana.

12.3 Casi 12-1, 12-2, 12-3, 12-4, 12-5: pubblicazione non autorizzata di epistolario di celeberrimo scrittore defunto; pubblicazione non autorizzata di foto della moglie su social network; rilevazione mediante badge elettronico dei dati di entrata e uscita in azienda di lavoratore dipendente; controllo occulto della posta elettronica di dipendente; richiesta dell'azienda di sottoporre i dipendenti a un test di rilevamento di virus

La breve ricognizione del diritto alla riservatezza e lo studio del → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità (con particolare riferimento al → Paragrafo 7.3) dovrebbero offrire coordinate sufficienti per poter affrontare i seguenti casi.

Caso 12-1

Un quotidiano nazionale pubblica l'epistolario tra un celeberrimo scrittore, scomparso anni prima, e la sua amante.
La vedova dello scrittore fa causa al quotidiano.
Qual è il problema?
Qual è la soluzione del problema?
Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Caso 12-2

In data 1.9.2020 il Sig. Michael Myers, residente in Trentor, pubblica sul proprio profilo Facebook oltre 1.000 fotografie della moglie senza il suo consenso. In data 2.9.2020 la moglie Sig.ra Laurie Strode chiede al marito, senza successo, di rimuovere le foto dal social network. Il marito si rifiuta di cancellare le foto. La moglie, in data 3.9.2020 chiede con raccomandata la rimozione delle immagini. Il marito, dopo aver letto la raccomandata, si rifiuta ancora di cancellare le foto. La Sig.ra agisce in sede civile presso il Tribunale di Trentor per tutelare i propri diritti.
Qual è il problema?

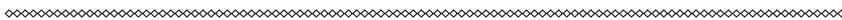
41, comma secondo, Cost. secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, viene a convalidare ulteriormente la conclusione che, nel bilanciare i contrapposti interessi, deve ritenersi che l'utilizzazione dell'immagine altrui per scopi *prettamente commerciali* cede di fronte alla mancanza di una vera utilità sociale ed al pregiudizio per la libertà e la dignità della persona umana» [corsivi aggiunti]. Ma se gli scopi dello sfruttamento commerciale dell'immagine o di altri aspetti riservati della persona non sono gli unici, se cioè lo scopo commerciale si accompagna allo scopo informativo, l'esito del bilanciamento cambia? Cfr. → Caso 8-3, in materia di diritto all'immagine.

Il Caso 11-1 riguarda l'interpretazione di disposizioni normative (art. 93-95 l.d.a) precedenti alla creazione giurisprudenziale del diritto alla riservatezza. Come cambia l'interpretazione delle disposizioni normative del 1941 a seguito del nuovo diritto alla riservatezza?

Nel Caso 11-2 si pone il problema della relazione tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali (v. → Capitolo 7 e Capitolo 16). Quali disposizioni normative si applicano?

I Casi 11-3, 11-4 e 11-5 riguardano l'applicazione di disposizioni normative della l. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori) e di altre normative. Il coordinamento tra disciplina della protezione dei dati personali, lo Statuto dei lavoratori e le altre normative rilevanti è complesso. Inoltre, il Garante per la protezione dei dati personali si è espresso con proprie linee guida.

Lo Statuto dei lavoratori, benché modificato anche di recente in alcune disposizioni, appartiene a un'epoca tecnologica molto differente da quella attuale. Come influisce il cambiamento tecnologico sull'interpretazione delle disposizioni normative dello Statuto dei lavoratori? Ad essere mutato non è solo il panorama tecnologico, ma anche l'assetto politico e ideologico. Come influiscono queste trasformazioni sulla tutela della riservatezza in ambito lavorativo?



CAPITOLO 13.

Il diritto all'identità personale

13.1 Casi 13-1, 13-2: pubblicazione a fini pubblicitari e senza previo consenso di un estratto di intervista di persona nota; messa in onda di sceneggiato televisivo ispirato a fatti di cronaca nera con descrizione dei protagonisti dei fatti

Caso 13-1

L'istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori e il prof. Umberto Veronesi fanno causa a un'impresa produttrice di sigarette esponendo che sulla stampa periodica era stato pubblicato un inserto di pubblicità cosiddetta redazionale per promuovere la vendita delle sigarette «Milde Sorte», nel quale, tra l'altro, si leggeva che «secondo il prof. Umberto Veronesi, direttore dell'Istituto dei tumori di Milano, questo tipo di sigarette riducono quasi della metà il rischio del cancro».

Problema.

Esiste il diritto all'identità personale?

Caso 13-2

Con citazione del 30 settembre e 8 ottobre 1983, i coniugi B. e P. A. T. convenivano in giudizio la Rai-Radiotelevisione italiana e gli sceneggiatori T. S. e G. C. per ottenere la distruzione di un sceneggiato televisivo intitolato «L'appello» e relativo al «caso Re Cecconi», concernente l'uccisione del noto giocatore di calcio, della società sportiva Lazio, Luciano Re Cecconi ad opera del T., durante un falso tentativo di rapina ideato per scherzo dalla vittima all'interno della gioielleria degli attori.

Problema.

Qual è il fondamento normativo del diritto all'identità personale?

13.2 Nascita ed evoluzione del diritto all'identità personale: cenni. Cass. 22 giugno 1985 n. 3769 (Umberto Veronesi) e Cass. 7 febbraio 1996 n. 978

Adriano De Cupis nel 1949 pubblica una monografia intitolata «Il diritto all'identità personale. Parte prima: Il diritto al nome» [De Cupis 1949]. Il libro si apre con alcune affermazioni significative.

Tra i vari diritti della personalità, il diritto all'identità personale merita speciale attenzione. Invero, non solo esso ha più manifestazioni; ma le principali fra queste – il diritto al nome e il diritto al titolo – sono figure che presentano, sotto più riguardi, un interesse molto rilevante per il giurista [De Cupis 1949, 11].

Il soggetto, come unità della vita sociale e giuridica, ha bisogno di affermare la propria individualità distinguendosi dagli altri soggetti e risultando per chi è realmente. Il bene che soddisfa tale bisogno, è il bene dell'identità, il quale consiste precisamente nel distinguersi nei rapporti sociali dalle altre persone, risultando per chi si è realmente. Difficile è determinare se tale bene proceda, ovvero segua, nella gerarchia dei modi di essere morali della persona, i beni dell'onore e della riservatezza; ad ogni modo, che abbia grande importanza non c'è dubbio, perché l'uomo annette grande valore all'affermarsi non soltanto come persona, ma come una certa persona, evitando la confusione con le altre [De Cupis 1949, 13].

Scrive in proposito Vincenzo Zeno-Zencovich [Zeno-Zencovich 1983, note omesse].

Se per un verso la paternità dell'espressione «identità personale» sembra doversi senz'altro attribuire al De Cupis (anche se non va dimenticata – per l'autorevolezza dello scrittore – la teoria di Ascarelli sulla paternità delle proprie azioni) la sua fortuna si manifesta solo un trentennio più tardi a seguito di una serie di convegni e seminari specificamente dedicati alla questione, nei quali l'autonomia della figura viene esaminata sotto i più diversi aspetti (non solo civilistici, ma an-

che costituzionali, penali, processuali) e la allora scarsa giurisprudenza viene sottoposta ad una vera e propria dissezione. Nel giro di un breve volgere di anni – la prima metà degli '80 – l'identità personale approda alla Corte di Cassazione, che, con la sentenza 22-6-1985, n. 3769, ne sancisce la rilevanza [...].

La giurisprudenza di merito, dunque, negli anni '70 inizia a riconoscere, sulla scorta dell'elaborazione dottrinale, il diritto all'identità personale [Zeno-Zencovich 1983; Finocchiaro 2010].

Tra le pronunce più rilevanti vi è Pretura Roma 6 maggio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1806.

Due persone (uomo e donna) vengono fotografate e la loro immagine viene inserita nel manifesto della campagna abrogazionista in riferimento al referendum sulla legge di disciplina del divorzio.

Le due persone ricorrono davanti al Pretore di Roma, lamentando il fatto di non essere sposati e di essere a favore del divorzio.

La massima pubblicata su Il Foro italiano è la seguente.

L'ordinamento giuridico tutela il diritto di ciascuno a non vedersi disconosciuta la paternità delle proprie azioni, nel più ampio significato, e, soprattutto, a non sentirsi attribuire la paternità di azioni non proprie, a non vedersi, cioè, travisare la propria personalità individuale.

A proposito del risultato ottenuto da Pretura Roma 6 maggio 1974 Giorgio Resta rileva quanto segue [Resta 2019, 317, note omesse].

Tale risultato è stato conseguito in larga parte grazie al ricorso al rimedio della rettifica – già previsto dall'art. 8 della legge sulla stampa (l. 8-2-1948, n. 47) ed esteso nei suoi presupposti applicativi dalla l. 5-8-1981, n. 416 – e soprattutto allo strumento dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.

Prima di passare alla soluzione del problema posto dal Caso 13-1 e quindi al riconoscimento da parte della Cassazione del diritto all'identità personale, occorre effettuare un intermezzo sul bilanciamento tra diritti della personalità e diritto di cronaca [v. → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti]. Anche per il diritto all'identità personale, infatti, il bilanciamento risulta particolarmente delicato

quando la comparazione degli interessi va fatta in riferimento al diritto di cronaca quale proiezione della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.

Nel 1984 la Cassazione ha elaborato una triade di criteri – passata alla storia come «decalogo del giornalista» – per il bilanciamento tra diritti della personalità e diritto di cronaca (Cass. 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, 2711).

Ecco la massima della Cassazione pubblicata su Il Foro italiano:

Perché la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore possa considerarsi lecita espressione del diritto di cronaca e non comporti responsabilità civile per violazione del diritto all'onore, devono ricorrere tre condizioni:
utilità sociale dell'informazione;
verità oggettiva, o anche soltanto putativa purché frutto di diligente lavoro di ricerca;
forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta.

Questa triade di criteri va tenuta a mente perché fondamentale nella materia dei diritti della personalità e anche perché verrà ripresa nel → Capitolo 14 sul diritto all'oblio.

Ora possiamo passare alla soluzione che la Cassazione nel 1985 diede al problema posto dal Caso 13.1 (Cass. 1985, n.3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211).

Ecco la massima [soluzione al problema posto dal Caso 13.1].

Nell'ordinamento italiano sussiste, in quanto riconducibile all'art. 2 cost. e deducibile, per analogia, dalla disciplina prevista per il diritto al nome, il diritto all'identità personale, quale interesse, giuridicamente meritevole di tutela, a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. (nella specie: dal testo di un'intervista resa ad un settimanale dal direttore dell'istituto tumori di Milano, era stata estrapolata, per poi esser riprodotta in un inserto di pubblicità redazionale, un'affermazione circa la minor nocività di sigarette leggere; sulla base del principio dianzi riportato, è stata confermata la condanna generica

di risarcimento del danno a carico della società produttrice delle sigarette reclamizzate, nonché dell'agenzia pubblicitaria).

Qui di seguito si riportano i principali argomenti interpretativi. Gli studenti possono esercitarsi nel classificare ciascun argomento [v. → Capitolo 2 sugli argomenti interpretativi].

Ritiene la corte che il fondamento giuridico-positivo della tutela all'interesse dell'intangibilità dell'identità personale debba individuarsi, conformemente ad un indirizzo di dottrina che va sempre più diffondendosi, nell'art. 2 Cost., il quale dispone che «la repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità».

Tale norma costituzionale [art. 2 Cost.] non ha una funzione meramente riassuntiva dei diritti espressamente tutelati nel testo costituzionale od anche di quelli inerenti alla persona umana prevista nel codice civile; essa si colloca al centro dell'intero ordinamento costituzionale ed assume come punto di riferimento la persona umana nella complessità ed unitarietà dei suoi valori e bisogni, materiali e spirituali.

Appunto perciò la norma non può avere un compito soltanto riepi-logativo; essa costituisce una clausola aperta e generale di tutela del libero ed integrale svolgimento della persona umana ed è idonea di conseguenza ad abbracciare nel suo ambito nuovi interessi emergenti della persona umana purché essenziali della medesima.

Certo, nel nostro diritto positivo non è dato qualificare i vari diritti della personalità come profili od aspetti di un unico ed onnicomprensivo diritto della personalità, essendo ciascuno di essi riconosciuto a tutela della varietà degli interessi fondamentali dell'uomo, ma, pur costituendo tali diritti distinti ed autonome situazioni giuridiche soggettive, si riconducono tutti al valore integrale ed unitario della persona umana, così come è, questa, intesa nell'art. 2 Cost.

Ciò consente e non esclude affatto la possibilità di individuare nuovi bisogni della persona umana che, se essenziali e fondamentali, possono conseguire immediata ed automatica la tutela giuridica di diritto privato mediante il ricorso all'analogia dai diritti della personalità specificamente riconosciuti.

[L'identità personale] è tutelata nella forma del diritto soggettivo, nel quadro dei diritti della personalità, con strumenti tipici del diritto privato. Pur riconducendosi all'art. 2 Cost., il diritto soggettivo dell'identità personale non si inserisce fra i diritti costituzionalmente garantiti,

essendo tali soltanto quelli specificamente previsti dalle successive norme dalla Costituzione. La sua regolamentazione va dedotta, per analogia, dalla disciplina prevista per il diritto al nome (art. 7 c.c.), essendo tale figura la più affine al diritto all'identità personale.

A proposito del *leading case* del 1985 (caso Veronesi) Giorgio Resta sottolinea quanto segue.

Con la pronunzia del 1985 il processo di radicamento del diritto all'identità personale nell'ordinamento italiano può dirsi sostanzialmente concluso. Residuavano soltanto alcune incertezze di carattere dogmatico, concernenti il rapporto con gli altri diritti della personalità e la definizione dei limiti della tutela, ma anche queste verranno progressivamente superate nella successiva applicazione giurisprudenziale [Resta 2019, 319-320].

Il riferimento è alla soluzione al problema posto dal Caso 13.2: Cass. 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253.

Ecco la massima.

Il fondamento giuridico del diritto all'identità personale va individuato direttamente nell'art. 2 Cost., inteso nella sua più ampia dimensione di clausola generale, aperta all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana, di cui all'art. 3, cpv., Cost.; pertanto, la concreta disciplina positiva del diritto all'identità personale va mutuata dalle disposizioni codicistiche sulla tutela del nome e dell'immagine, nonché dalle disposizioni sul diritto d'autore, applicabili in via diretta, e non analogica, in quanto gli indicati precetti costituzionali ne impongono un'interpretazione evolutiva ed adeguatrice.

Qui di seguito si riportano i principali argomenti interpretativi. Gli studenti possono esercitarsi nel classificare ciascun argomento interpretativo [v. → Capitolo 2 sugli argomenti interpretativi].

La specificità di tale interesse («ad essere se stesso») è stata anche colta in parallelo od in contrappunto ad altri interessi ad esso contermini o collegati come l'interesse ai segni distintivi (nome, pseudoni-

mo), che identificano nell'attuale ordinamento il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile; all'immagine, che evoca le mere sembianze fisiche; all'onore (che ha una dimensione più spiccatamente soggettiva, rispetto al rilievo oggettivo attribuito alla «identità»); alla reputazione (che postula per la sua compromissione l'attribuzione di fatti suscettibili di causare un giudizio di disvalore e non meramente alterativi – al limite anche in positivo – della personalità, come quelli che incidono sulla «identità»); e lo stesso interesse alla riservatezza, cui si riconosce un obiettivo, per così dire, negativo alla «non rappresentazione» all'esterno (di proprie vicende personali) (cfr. Cass. 990/63; 2129/75), in luogo di quello positivo, alla fedeltà della rappresentazione, che connota l'identità personale.

Anche se la utilità, soprattutto didascalica, di tali distinzioni non deve fare velo al carattere solidale di tali interessi, confluenti in un valore unitario, che è quello della persona umana.

Quest'ultima puntualizzazione che presuppone l'adesione ad una concezione «monistica» dei diritti della personalità (da questa corte, del resto, già sostanzialmente anticipata nella citata sent. 990/63) aiuta anche a definire, senza perplessità, in termini di diritto soggettivo perfetto, la struttura della situazione soggettiva considerata.

E consente, nel contempo, di individuare con maggiore risolutezza (superando le riserve affioranti in qualche tratto della motivazione della pure già citata sentenza 3769/85) il correlativo fondamento giuridico, ancorandolo direttamente all'art. 2 Cost. (cfr. implicitamente su questa linea, anche Corte cost. 13/94, cit.): inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, «aperta» all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del «pieno sviluppo della persona umana», di cui al successivo art. 3, cpv.

Per cui la concreta disciplina positiva del diritto in esame effettivamente può mutuarsi dalle disposizioni codicistiche e dalle disposizioni sul diritto di autore, in apertura richiamate: applicabili in via diretta – e non analogica – proprio per l'interpretazione evolutiva ed adeguatrice, di quelle norme che gli indicati precetti costituzionali consentono e, anzi, impongono.

A margine di Cass. 1996, n.978 Giorgio Resta sottolinea quanto segue [Resta 2019, 320, note omesse].

Si conclude così, con l'aperta adesione all'opzione «monistica», l'itinerario intrapreso sin dai primi anni Sessanta con la decisione *Petacci c. Palazzi* [Cass., 20 aprile 1963, n. 990; v. → Capitolo 12 sul diritto alla riservatezza]. Tale adesione risulta ora tanto più convinta e consapevole, in quanto viene posta direttamente in correlazione con la concezione «aperta» dell'art. 2 Cost., nel frattempo affermatasi nell'ambito della giurisprudenza costituzionale.

Quanto al tema dei limiti della tutela, snodo cruciale delle argomentazioni contrarie al riconoscimento di un «nuovo» diritto della personalità, la Suprema Corte richiama il modello di bilanciamento delineato nel c.d. decalogo del giornalista. Pertanto, si osserva, nel conflitto tra contrapposti valori costituzionali, l'esercizio del diritto di cronaca prevarrà sul diritto alla identità personale ogniqualvolta ricorrano le tre condizioni dell'utilità sociale della notizia, della verità dei fatti divulgati e della forma civile della loro esposizione.

13.3 Casi 13-3, 13-4: pubblicazione a fini politici dell'immagine e della battuta di un celeberrimo attore comico defunto da anni; inadempimento contrattuale e tutela dell'identità personale di un Comune

Caso 13-3

Nella città italiana di Pescaror in un manifesto politico del partito «Il pianeta della libertà» viene riprodotta l'immagine con espressione «adolorata» del notissimo attore, scomparso da tempo, Alberto Surdis, e una sua famosa frase pronunciata in un film diverso da quello da cui è tratta l'immagine: «e sono sempre io a pagare!». L'esclamazione viene proferita più volte da Surdis per enfatizzare alcuni tratti del personaggio interpretato: un avaro impenitente. L'immagine è accostata all'abbattimento, determinato dall'amministrazione comunale del partito avverso «La gioiosa macchina da guerre stellari», di un enorme edificio a pochi metri dalla riva marina.

Il figlio dell'attore agisce contro il partito «Il pianeta della libertà».

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Caso 13-4

Il comune di Barior commissiona a un'impresa la realizzazione di una

CAPITOLO 14.

Il diritto all'oblio

14.1 Caso 14-1: rievocazione su quotidiano di fatto di cronaca nera (uxoricidio) avvenuto ventisette anni prima

Caso 14-1

In data 19 aprile 2009 sul giornale Z viene pubblicato un articolo nel quale si rievocava un fatto di cronaca nera accaduto nel 1982 concernente l'omicidio da parte del Sig. X della moglie.

L'articolo era stato pubblicato in una rubrica settimanale del quotidiano che rievocava fatti di cronaca nera avvenuti in passato nella piccola città Y e che erano stati particolarmente sconvolgenti per la comunità locale. Il Sig. X lamenta che l'articolo del 2009 avesse violato il suo diritto all'oblio. Lo stesso aveva scontato una pena di 12 anni di reclusione e si era rifatto una vita, avviando un'attività artigianale.

Il Sig. X lamenta in particolare che l'articolo del 2009 lo avesse esposto a una gogna mediatica provocandogli danni patrimoniali (anche conseguenti alla chiusura della sua attività) e danni non patrimoniali.

Problema.

Una persona che si sia resa colpevole di un omicidio e abbia scontato la pena può agire per violazione del diritto all'oblio contro il giornale che a distanza di molti anni (nella specie, 27) dal fatto abbia pubblicato un articolo che, nell'ambito di una rubrica di fatti di cronaca nera del passato, rievochi l'omicidio specificando gli elementi identificativi della stessa persona?

14.2 Cenni all'evoluzione del diritto all'oblio e possibile soluzione del problema derivante dal caso 14-1: Cass., sez. un., 22 luglio 2019 n. 19681

Giovanni Pascuzzi così pone la questione del diritto all'oblio [Pascuzzi 2020, 100].

Può essere la memoria un fatto esclusivamente privato? La memoria del singolo non può far finta che non esistano gli altri e la memoria collettiva.

Sulla memoria del passato si fondano valori irrinunciabili: la libertà di informazione (il diritto a conoscere e a essere informati); la libertà di pensiero; la libertà di espressione; il diritto di cronaca.

Il diritto all'oblio coincide con il diritto a essere dimenticati. Ma, a ben vedere, esso non può privare gli altri della possibilità di accedere alla conoscenza del passato quando non esiste una specifica violazione dell'identità informazionale dell'individuo. Di tutta evidenza è la necessità di operare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

Esistono almeno due accezioni di diritto all'oblio:

- a) la prima si riferisce al diritto nato in era pre-digitale come aspetto del diritto alla riservatezza e dell'identità personale; in questa accezione il diritto all'oblio consiste nel diritto a non veder ripubblicate e diffuse notizie legittimamente pubblicate in passato;
- b) la seconda si riferisce, nell'era digitale, a un aspetto del diritto alla protezione dei dati personali; in questa accezione il diritto all'oblio consiste nella cancellazione di dati personali sottoposti a trattamento (questa accezione assume connotati specifici con riferimento ai motori di ricerca di Internet rispetto ai quali si parla anche di diritto alla de-indicizzazione) [v. → Capitolo 18 sul diritto alla cancellazione dei dati].

Con riguardo alla prima accezione si può partire da un celebre caso americano degli anni '40 del secolo scorso che vede come protagonista William James Sidis un ex bambino prodigio che aveva scelto volontariamente di sottrarsi all'attenzione dei mass media e condurre una vita riservata [Barbas 2012].

Sidis agiva contro l'editore del New Yorker, il famoso settimanale sul quale era apparso un articolo che entrava nei dettagli del suo modo di essere e delle sue condizioni di vita¹. Nella figura 14-1 vengono riprodotti la copertina del settimanale e la prima pagina dell'articolo².



Figura 14-1: Copertina del New Yorker (Aug. 14 1937) di Helen E. Hokinson e prima pagina dell'articolo dedicato a William Sidis

Ecco la descrizione della vicenda tratta dal romanzo Lila di Robert M. Pirsig [Pirsig 2012, 77-78].

La stampa che l'aveva idolatrato gli si rivoltò contro. L'attacco più feroce venne dal «New Yorker» nel 1937, in un articolo intitolato Pesce d'aprile, che metteva in ridicolo tutto quanto lo riguardasse, dai suoi hobby al suo aspetto fisico. Sidis denunciò la rivista per diffamazione e violazione della sfera privata. [...]

1 Per maggiori informazioni su William Sidis si rinvia al ricchissimo sito <https://www.sidis.net/>

2 Fonte: <https://www.newyorker.com/magazine/1937/08/14/where-are-they-now-5>

Nel 1976, incuriosito dalla vicenda di Sidis, Dan Mahony, di Ipswich, nel Massachusetts, volle cercare di capire che cosa l'ex ragazzo prodigo avesse realmente fatto in quegli anni. «È vero» spiegava Mahony «che svolse lavori da poco e malpagati, ma anche Einstein, quando elaborò la teoria della relatività, faceva l'impiegato in un ufficio brevetti. Avevo l'impressione che ci fosse sotto dell'altro».

Mahony dedicò i successivi dieci anni a esaminare le carte di Sidis.

La ricerca di Mahony a cui Pirsig si riferisce ha portato alla luce la vasta produzione scientifica e letteraria di Sidis che ora si trova raccolta sul sito www.sidis.net.

Tornando alla vicenda giudiziaria, occorre ricordare che la Corte d'Appello federale del secondo circuito negò il diritto all'oblio (violazione della privacy) dando prevalenza alla libertà di stampa e di informazione [*Sidis v. FR Pub. Corporation*, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940)].

Ecco, qui di seguito, alcuni dei principali argomenti.

But despite eminent opinion to the contrary, we are not yet disposed to afford to all of the intimate details of private life an absolute immunity from the prying of the press. Everyone will agree that at some point the public interest in obtaining information becomes dominant over the individual's desire for privacy. Warren and Brandeis were willing to lift the veil somewhat in the case of public officers. We would go further, though we are not yet prepared to say how far. At least we would permit limited scrutiny of the «private» life of any person who has achieved, or has had thrust upon him, the questionable and indefinable status of a «public figure» [...].

We express no comment on whether or not the news worthiness of the matter printed will always constitute a complete defense. Revelations may be so intimate and so unwarranted in view of the victim's position as to outrage the community's notions of decency. But when focused upon public characters, truthful comments upon dress, speech, habits, and the ordinary aspects of personality will usually not transgress this line. Regrettably or not, the misfortunes and frailties of neighbors and «public figures» are subjects of considerable interest and discussion to the rest of the population. And when such are the mores of the community, it would be unwise for a court to bar their expression in the newspapers, books, and magazines of the day.

In Italia il diritto all'oblio è stato a lungo negato dalla giurisprudenza. Inizia a essere riconosciuto alla fine degli anni '90 dalla Corte di Cassazione. Vi sono due fattori propizi che agevolano il mutamento giurisprudenziale.

- A) Si era già determinato un allargamento giurisprudenziale del novero dei diritti della personalità con il riconoscimento del diritto alla riservatezza e del diritto all'identità personale [v. → Capitoli 12 e 13].
- B) Erano state emanate le prime normative sulla protezione dei dati personali con il relativo diritto alla cancellazione dei dati personali: v., in particolare, gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 [v. → Capitolo 7 sull'evoluzione dei diritti della personalità e Capitolo 18 sul diritto alla cancellazione dei dati personali].

Questa è la massima di Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, *in Foro it.*, 1998, I, 1834, la quale riconosce per la prima volta il diritto all'oblio.

Posto che per diritto all'oblio si intende il legittimo interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore ed alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia, in passato legittimamente divulgata, non costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca la pubblicazione di fatti già resi noti sei anni prima, salvo che eventi sopravvenuti rendano nuovamente attuali quei fatti, facendo sorgere un nuovo interesse pubblico alla divulgazione dell'informazione.

Il profilo più delicato riguarda il bilanciamento del diritto all'oblio con il diritto di cronaca nonché con la libertà di informazione.

Con la sentenza del 1998 la Cassazione aggiunge un nuovo elemento rispetto alla triade elaborata nella sentenza sul c.d. decalogo del giornalista (Cass. 1984, n. 5259, *in Foro it.*, 1984, I, 2711).

Si ricorderà [v. → Capitolo 3 sulla tecnica argomentativa del bilanciamento dei diritti e Capitolo 13 sul diritto all'identità personale] che i requisiti per la liceità dell'esercizio del diritto di cronaca quando venga inciso un diritto della personalità erano i seguenti:

- 1) utilità sociale dell'informazione;
- 2) verità oggettiva, o anche soltanto putativa purché frutto di diligente lavoro di ricerca;

- 3) forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta.

La sentenza del 1998 aggiunge un quarto requisito:

- 4) l'attualità della notizia.

Anche la Corte EDU si è più volte pronunciata sulla materia.

Una delle sentenze più rilevanti riguarda il caso Fuchsmann (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 19 ottobre 2017, in *Danno e resp.*, 2018, 149).

Ecco qui di seguito la massima.

Non sussiste violazione dell'art. 8 Cedu laddove la notizia pubblicata da un giornale, pur suscettibile di recare pregiudizio alla vita privata del soggetto coinvolto, corrisponda a un interesse pubblico all'informazione fondato su una base fattuale sufficientemente attendibile e sia presentata senza toni polemici e insinuazioni.

La vicenda riguardava Boris Fuchsmann uomo d'affari nativo di Kiev con cittadinanza tedesca.

Ecco come ricostruiscono la vicenda Bonavita e Pardolesi [Bonavita, Pardolesi 2018, note omesse].

Boris Fuchsmann – settantun'anni, nativo di Kiev, cittadinanza tedesca – è, secondo informazioni di stampa finanziaria, un investitore immobiliare; ha realizzato, in quel di Düsseldorf, complessi residenziali di lusso. Ma è stato attivo anche nel settore dei media, prima come socio fondatore e manager della casa produttrice Innova Film GmbH (con all'attivo «A chef in love», a suo tempo candidato al premio Oscar come miglior film straniero) e, poi, di una fra le più popolari emittenti televisive ukraine, lo Studio «1+1». Che il suo cuore batta a est, lo dimostra il controllo di un grande albergo di Kiev, di catene di multisale cinematografiche nel paese, come pure il ruolo di presidente della confederazione ukraine del Congresso ebraico mondiale, WJC, di cui è anche vicepresidente (non a caso, nel 2011, l'allora sindaco di New York, Michael Bloomberg, ebbe a premiarlo per il suo contributo al miglioramento della cooperazione tra Stati Uniti e Russia: mitica la foto della cerimonia, dove il nostro imprenditore è ritratto a fianco della

supermodella Irina Shayk). Fuchsmann è -come si legge nella pagina personale del WJC- un «generoso filantropo»; è un collezionista d'arte appassionato, «mit eine gewisse Faible für das Edle», dunque per l'antiquariato russo; è, in fin dei conti, molto ricco. Al riguardo, basterà un particolare: figura nella ristrettissima cerchia degli acquirenti della famosa «Big Maple Leaf», la maxi-moneta (per così dire) emessa in sei esemplari nel 2007 dalla zecca canadese, del diametro di 53 centimetri e peso di 100 chilogrammi d'oro, con grado di purezza di 999/1000 (che rappresenta ancora oggi un record ineguagliato): valore nominale di un milione di dollari canadesi, reale stimato intorno ai 3.8 milioni di euro: solo che la moneta, «prestata» in permanenza da Fuchsmann al Bode-Museum di Berlino dov'era esposta dal 2010, è stata rubata nella notte del 27 marzo 2017, con un furto degno della migliore filmografia e molti interrogativi su quali sistemi – un carrello? una carriola? – i soliti ignoti abbiano utilizzato per trasportare con destrezza un oggetto così pesante fuori dall'edificio e dall'isola dei musei.

Ma, e qui il detto popolare va proprio a fagiolo, non è tutt'oro quel che luccica. Nella biografia di Fuchsmann figurano notazioni assai più opache. Glielie attribuisce l'FBI (ma anche altri organi inquirenti europei). In un rapporto dell'agenzia nordamericana (datato 1994), riguardante il crimine organizzato, il nostro imprenditore veniva descritto come «a gold smuggler and embezzler, whose company in Germany was part of an international organized crime network». Questi rilievi (insieme alla notizia che a Fuchsmann era precluso l'ingresso negli U.S., notizia che sarebbe poi stata smentita) confluirono, di rimbalzo o quasi, in un articolo del New York Times del 12 giugno 2001 a firma di Raymond Bonner, poi approdato nel sito web in forma lievemente modificata, in cui si accusava Ronald Lauder (oggi al terzo mandato come Presidente del WJC), in predicato di presentarsi come candidato all'elezione del sindaco di New York City, di pratiche corruttive in Ucraina per ottenere l'aggiudicazione di licenze televisive a dispetto della moratoria imposta dal parlamento: pratiche condotte, nemmeno a dirlo, di concerto con Boris Fuchsmann.

Le conclusioni della Corte EDU sono così sintetizzate da Bonavita e Pardolesi [Bonavita, Pardolesi 2018, note omesse].

Chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 8 della Convenzione – da rapportarsi, peraltro, al diritto di cui all'art. 10, fatto valere dalla società editrice del quotidiano in qualità di terzo interveniente-, la cor-

te, da un lato, fa leva sul consistente manipolo di precedenti in materia, dall'altro dialoga con le autorità giurisdizionali tedesche, dichiarando apertamente (secondo la sua prassi usuale) di non voler sostituire la propria valutazione al bilanciamento operato dai giudici domestici se non per ragioni davvero cogenti. Viene così indicata – con una metodologia decisamente pragmatica, che è caratteristica tipica dell'approccio della corte di Strasburgo – una sorta di check-list di fattori rilevanti ai fini della ragionevolezza del bilanciamento degli opposti interessi. Vi figurano: a) il contributo a un dibattito di pubblico interesse, già routinariamente riconosciuto rispetto a faccende politiche o criminali (su un dettaglio ulteriore, a questo proposito, torneremo fra un momento); b) la notorietà del soggetto coinvolto, che, quant'è maggiore, tanto più limita l'istanza di privacy, sino a far ribadire il ruolo di figura pubblica per il manager di una grande impresa; c) il metodo impiegato per ottenere le informazioni e la loro veridicità, profili, spesso delicati, che puntano a scrutinare il comportamento del giornalista (ma, nella circostanza, non si danno particolari problemi); d) la condotta precedente del soggetto interessato, che, però, nel caso in discorso non rileva; e) le modalità della pubblicazione e le sue conseguenze.

Da notare, per inciso, come, in questa lista, non compaia alcun riferimento al fattore temporale e al decorrere del tempo, elemento fondante del diritto all'oblio, Non è dato sapere se ciò sia dovuto a trascuratezza (grave) della corte o ad una precisa scelta di campo, ma ciò comporta, di fatto, l'adozione di un approccio metodologico proprio di casi in cui il ricorrente lamenta una violazione del diritto alla reputazione. Per sovramerito, la stessa corte rileva che il ricorrente, – benché abbia sostenuto che l'articolo è rinvenibile online «by merely searching online for his name» (par. 53) e non «only as a result of a direct search» (par. 52) – non ha fornito informazioni su iniziative intese a rimuovere i link all'articolo. Ciò lascia ipotizzare, come si vedrà più oltre, che la pronuncia assai poco abbia a dire sull'oblio dei dati e delle informazioni. La corte, ad ogni buon conto, conviene che nell'articolo: a) non si danno insinuazioni; e b) vengono riportate soltanto notizie attinenti alla vita professionale dell'imprenditore, senza incursioni nella sua dimensione privata. C'è quanto basta per ribadire la sostanziosa protezione tradizionalmente assicurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alla libertà di espressione dei media.

Sul diritto all'oblio è tornata di recente Cass., sez. un., 22 luglio 2019, 19681, in *Foro it.*, 2019, I, 3071. La sentenza riguarda un caso di diritto

all'oblio in senso tradizionale (diritto a essere dimenticato): il Caso 14-1 è quello presentato all'inizio di questo capitolo nel → Paragrafo 14.1.

Ecco la massima della sentenza (una possibile soluzione al problema derivante dal Caso 14-1).

In tema di rapporti tra diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito – ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. – ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti; tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (fattispecie relativa ad un omicidio commesso ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva e si era reinserito positivamente nel contesto sociale).

Qui di seguito si riportano alcuni degli argomenti maggiormente rilevanti.

Come risulta dalla tracciata panoramica della giurisprudenza nazionale ed Europea e come è stato illustrato con chiarezza anche dalla dottrina, quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale (è il caso della sentenza n. 5525 del 2012); e quella, infine, trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati [v. → Capitolo 18 sul diritto alla cancellazione dei dati].

Il caso oggi in esame corrisponde alla prima delle tre ipotesi suindicate e rappresenta, per così dire, un caso classico, cioè un caso connesso col problema della libertà di stampa e la diffusione della notizia a mezzo giornalistico, rimanendo perciò escluso ogni collegamento con i problemi posti dalla moderna tecnologia e dall'uso della rete internet. Si tratta cioè dell'ipotesi in cui non si discute della legittimità della pubblicazione, quanto, invece, della legittimità della ripubblicazione di quanto è stato già a suo tempo diffuso senza contestazioni.

La presente sentenza, quindi, si soffermerà soltanto su questo aspetto e la scelta di delimitare il campo di indagine non è frutto di un arbitrio decisionale, ma della semplice constatazione per cui ogni pronuncia giudiziaria trova il proprio limite nel collegamento con una vicenda concreta. [...]

Ritengono, pertanto, le Sezioni Unite che debba essere ribadita la rilevanza costituzionale sia del diritto di cronaca che del diritto all'oblio; quando, però, una notizia del passato, a suo tempo diffusa nel legittimo esercizio del diritto di cronaca, venga ad essere nuovamente diffusa a distanza di un lasso di tempo significativo, sulla base di una libera scelta editoriale, l'attività svolta dal giornalista riveste un carattere storiografico; per cui il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale è prevalente, a meno che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto.

È opportuno sottolineare, infine, che la materia in esame di per sé sfugge ad una precisa catalogazione e richiede di volta in volta, invece, la paziente e sofferta valutazione dei giudici di merito [di che argomento si tratta? V. → Capitoli 2 e 3].

Qui di seguito si riportando alcuni rilievi critici di Roberto Pardolesi [Pardolesi 2019, note omesse].

I motivi per dissentire [dalla prospettazione delle Sezioni Unite] si sprecano. A partire dalla pretesa di fissare una nitida linea di confine tra cronaca e storiografia. La demarcazione tra le due aree è, a tutto concedere, labile. Naturalmente – e sarebbe per certo stimolante – si potrebbe rimontare all'elaborazione crociana, con la cronaca arida e smorta a fronte della storiografia vivida e appassionata; e nessuno metterebbe seriamente in dubbio che la cronaca registri gli eventi del presente, mentre chi scrive di storia s'impegna a ricostruirli e interpretarli, guardando all'indietro per decifrare l'attualità (salvo dover ammettere che un qualche sforzo ricostruttivo/interpretativo ricorre

anche nella cronaca ...). Tutto molto ovvio, se non fosse per il fatto che, alla prova dei fatti, i criteri discretivi stingono e si volatilizzano. La storia guarda al passato, sì, ma quale? Deve considerarsi tale ciò che è soggettivamente fuori della memoria dell'osservatore (col rischio, per chi, come me, reca sulle spalle un ragguardevole fardello di anni, di vivere una cronaca che per gli altri è già storia a tutti gli effetti)? Oppure si dovrà far leva sul decorso oggettivo del tempo e trascogliere fra passato prossimo e remoto?

Due anni e mezzo bastano a scavare il solco o ci vuole il respiro di una generazione? Quand'è, dunque, che chi scrive mette i panni dell'inviato stampa e quando, invece, gli occhialini del topo di biblioteca? Imperversare con interrogativi del genere – che ripropongono, a mo' di proposizione indecidibile, il paradosso del sorite – non aiuta. Taluno risponderà che, se è storia, la sa riconoscere come tale. Ma saranno ancora di più quelli che, all'incontrario – e con qualche saggezza – si limiteranno a dire che sul punto è meglio lasciar decidere ... gli storici di domani, rassegnandosi all'idea che il confine sfumi nell'indistinto. Eppure, le sezioni unite ci ingiungono di piantare paletti, con vistose ricadute sul piano degli effetti.

C'è da dubitare che le cose vadano molto meglio se si assume come canone discretivo l'attualità della notizia e la pregnanza del connesso interesse pubblico, nel presupposto che nella cronaca di ieri essi svaporino in un fiat e risultino probabilmente invecchiati – a livello di storia? – già oggi (senza che, per questo, si possa negare che si danno vicende le quali hanno segnato in profondità la coscienza sociale e continuano a tormentarci). Gli annali hanno rappresentato un genere letterario: erano il riscontro sequenziale degli eventi, sono poi divenuti documenti essenziali per la ricostruzione storiografica, che nel frattempo, magari, svicolava alla volta della ricostruzione dell'ambiente sociale, piuttosto che delle congiure di palazzo, nelle pagine sapienti delle *Annales*.

L'uovo di Colombo potrebbe essere rinvenuto nel metodo: rigorosamente scientifico in chi interpreta il passato, pressoché commotivo nella cronaca giornalistica. Ma vallo a dire a chi fa della verità, ovviamente putativa, l'orgoglio della propria professione giornalistica! Piuttosto, a voler rovesciare l'impostazione, si dovrebbe convenire che il rigore della ricostruzione storiografica si fonda sull'esame certosino delle fonti, che chiama in causa la responsabilità dello storico e appare inconciliabile con la pretesa di nerettare a tappeto per nascondere l'identità dei protagonisti: tanto più che, di regola, essi hanno poco da dolersi della diffusione delle loro generalità. Insomma, un ritorno

alla storia per approssimazioni (magari di fantasia), alla maniera delle Ἱστορίαι di Erodoto di Alicarnasso, o dei Dialogi di Gregorio Magno non sembra adeguato al modo scientifico di guardare alle fonti.

Sotto quest'ultimo profilo, le sezioni unite finiscono, si direbbe, per scambiare la causa con gli effetti: i riferimenti identificativi contano nell'attualità e con riguardo alla cerchia, ristretta o allargata secondo le circostanze, delle persone che possono, per il loro tramite, individuare l'interessato. Se davvero la divulgazione dei dati identificativi dipendesse dall'utilità che ne possono trarre i fruitori per individuare in modo preciso i protagonisti delle vicende raccontate, se, per dirla con le parole della corte, «l'interesse alla conoscenza di un fatto, che costituisce manifestazione del diritto di informare e ad essere informati e che rappresenta la spinta ideale che muove ogni ricostruzione storica, non necessariamente implica la sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell'identità della singola persona che quel fatto ha compiuto»; se tutto ciò – dicevamo – avesse a darsi per suffragato, dovremmo convenire che l'argomento prova molto di più (e presumibilmente troppo): l'anonimato si avvierebbe a diventare regola, perché la conoscenza dell'esatta identità è, nella più parte dei casi, irrilevante anche per il fatto di cronaca. Che importa se l'autore di un'abominevole nefandezza si chiami in un modo o nell'altro, se non si ha la possibilità di interagire con lui? Con l'aggravante che nemmeno il ricorso alle iniziali riuscirebbe a oscurare la cognizione di chi invece sa (sì che, per chi non voglia essere collegato al suo pregresso – e abbia buoni motivi per farlo –, sarebbe molto più utile il cambio d'identità). Di nuovo, il mondo di zombie senza targa – quello invocato dai fautori della protezione dei dati personali a tutto tondo –, che cancella i nomi dalle strade e dalla vita sociale, incombe minaccioso su di noi.

Non vale a riscattare la rigidità del principio divisato dalle sezioni unite – anonimato imposto sempre e comunque in caso di ricostruzione storiografica – l'eccezione rappresentata dalla notorietà dell'interessato o dal ruolo pubblico ch'egli ricopra (e neppure quella del rinnovato interesse pubblico alla vicenda, qual che ne sia l'occasione di stimolo). La deviazione dalla regola è, a sua volta, tagliata con l'accetta: rischia, cioè, di negare qualunque margine di privacy, e quindi di oblio, a chi viva il destino del personaggio di successo o, comunque, al centro della morbosa attenzione del pubblico: salvo concederla, in forma di «diritto al segreto del disonore», a chi, investito di funzione pubblica, ne aveva ignobilmente tradito i doveri.

Sotto questo profilo, cade anche la pretesa, pur agitata dalla sentenza in epigrafe, di individuare un «costante filo rosso», capace di unire la giurisprudenza domestica ed europea in materia: filo rosso che si vorrebbe rappresentato dalla comune constatazione che «il trascorrere del tempo modifica l'esito del bilanciamento tra contrapposti diritti» e giustifica la «riappropriazione» della notizia da parte di chi non ne sopporta la vergogna. Basta a smentire questo turno argomentativo la diversa linea adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in casi quali il citato *affaire M.L. e W.W. c. Repubblica federale di Germania*, ultimo capitolo, allo stato, della guerra giudiziale infinita innescata da due fratellastri (condannati nel 1994, senza che si fossero mai confessati colpevoli, per il barbaro omicidio – pugnalate e colpi di martello! – dell'attore bavarese Walter Sedlmayr, e rimessi in libertà condizionata fra il 2007 e il 2008), per ottenere la rimozione, dagli archivi on line dei mass-media tedeschi, degli articoli riguardanti il loro caso. Senza successo innanzi alle corti tedesche, tetragone nel ribadire che quell'efferato episodio continuava a sconvolgere la coscienza sociale, e neppure al cospetto della corte di Strasburgo. La quale, dopo aver sottolineato che, in una società democratica, «è impensabile che le questioni dibattute in tribunale non possano essere discusse, prima o contemporaneamente, altrove, su riviste specializzate, sulla stampa o in seno al pubblico in generale», e che «gli archivi digitali sono davvero una fonte preziosa per l'insegnamento e la ricerca storica», approda alla conclusione, unanime, che, di fronte alla ponderazione d'interessi contrapposti operata dai giudici domestici, non v'è ragione di sostituirsi alla loro valutazione e di ritenere violati gli obblighi che incombono sullo Stato tedesco in virtù dell'art. 8 della convenzione.

Non solo non c'è contiguità/continuità. Ma prende corpo il sospetto di una profonda divisione nel modo di apprezzare valori cui pure si ascrive assoluto rilievo costituzionale.

14.3 Caso 14.2: ritrasmissione di tentativo di intervista televisiva a un cantante famoso

Caso 14-2

Il noto cantante Donatello Compreti conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Trento, l'emittente televisiva Rete Disinvolta, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti per effetto della messa in

onda nel 2020 – da parte della trasmissione «La vita minuto per minuto» – di un servizio che riproduceva un episodio concernente un tentativo di intervista, non andato a buon fine per il rifiuto del cantante, registrato dalla troupe della medesima trasmissione cinque anni prima (nel 2015), e già mandato in onda a quell'epoca dalla stessa emittente Rete Disinvolta. Il cantante agisce davanti al giudice civile per difendere le proprie ragioni.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Domande. Serie 14-1

Il diritto all'oblio è un aspetto del diritto alla riservatezza o è distinto dal diritto alla riservatezza? Il diritto all'oblio è un aspetto del generale diritto della personalità? In quale relazione si pongono diritto all'oblio e diritto all'identità personale? Che relazione esiste tra diritto all'oblio e [v. → Capitolo 17] anonimato?

Nella soluzione al problema posto dal Caso 14-1 le Sezioni Unite della Cassazione pongono una differenza tra diritto di cronaca e diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato. È una distinzione condivisibile o criticabile [cfr. i rilievi su riportati di Pardolesi 2019]? L'articolazione del diritto all'oblio in tre diverse sub-categorie è condivisibile o criticabile?

Le Sezioni Unite sembrano alla ricerca di un compromesso che dia sostanza al concetto di bilanciamento tra diritti. Il compromesso viene trovato, nel caso di specie, nella dichiarazione di illiceità della menzione degli elementi identificativi della persona citata nell'articolo di giornale. Si tratta di un compromesso condivisibile o criticabile?

Quale ruolo gioca in questo caso la dignità?

L'art. 27 Cost. può avere rilievo?

La corte nella motivazione afferma quanto segue «è opportuno sottolineare [...] che la materia in esame di per sé sfugge ad una precisa catalogazione e richiede di volta in volta, invece, la paziente e sofferta valutazione dei giudici di merito». Con questo argomento la corte intende riferirsi al «bilanciamento caso per caso» [v. → Capitolo 3]?

CAPITOLO 15.

Il danno alla persona e il diritto alla vita

15.1 Caso 15-1: incidente automobilistico e morte immediata della persona. Problema: è trasmissibile agli eredi il danno non patrimoniale da morte immediata?

Partiamo da un caso (purtroppo) ricorrente.

Caso 15-1

All'esito di sinistro stradale il Sig. X moriva sul colpo (moriva immediatamente).

Il problema può essere formulato nei seguenti termini.

Gli eredi di una persona che sia morta immediatamente a causa di un illecito civile possono agire contro l'autore dell'illecito per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita della vita (c.d. danno tanatologico)?

15.2 Cenni all'evoluzione del danno alla persona

Fino agli anni '70 del secolo scorso non esisteva un danno non patrimoniale alla salute della persona. La lesione all'integrità psico-fisica rilevava solo sul piano della perdita della capacità lavorativa, cioè sul piano del

danno patrimoniale. Mancava, dunque, una tutela risarcitoria della salute in sé e per sé considerata. Ciò comportava, tra l'altro, palesi disuguaglianze. Tristemente famoso a questo proposito è il c.d. caso Gennarino affrontato da Trib. Milano 18 gennaio 1971, in *Giur. merito*, 1971, I, 209.

Nella ipotesi di menomazione fisica derivante da fatto illecito a danno di un bambino non ancora pervenuto all'età lavorativa (cinque anni), la percentuale di invalidità permanente, che deve rapportarsi alla sua prevedibile attività futura, e l'ammontare presumibile del futuro reddito, vanno determinati in base al lavoro svolto dal padre, dovendosi ritenere che il bambino, nel futuro, svolgerà la stessa professione del padre e raggiungerà un eguale grado di specializzazione (nella specie, manovale generico). L'ammontare del risarcimento, in base ai criteri suindicati, va calcolato in via equitativa.

Negli anni '70 l'ingiustizia legata all'ancoraggio del danno alla persona al danno patrimoniale si fa intollerabile.

Il danno non patrimoniale, però, veniva tradizionalmente identificato dall'interpretazione dominante nel danno morale soggettivo ed era ritenuto suscettibile di risarcimento solo nei casi espressamente previsti dalla legge (lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c.).

Si trattava perciò di trovare strade interpretative che superassero le strettoie dell'art. 2059 c.c.

Una di queste strade culmina con la sentenza della Corte costituzionale estesa da Renato Dell'Andro (Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053).

Posto che: a) l'art. 2059 c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità del danno biologico, per sé considerato; b) il diritto vivente individua nell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 32 Cost., la disposizione che permette la risarcibilità, in ogni caso, di tale pregiudizio, è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di un reato, in riferimento agli art. 2, 3, 24 e 32 Cost.

Cesare Salvi così descrive quella stagione [Salvi 2015, 197].

Si manifesta così la connessione tra il principio personalistico e quello sociale che caratterizza la nostra Carta fondamentale. Le norme costituzionali (l'art. 32, anche alla luce del principio di eguaglianza) sono poste a fondamento di una «de-economicizzazione» della salute come bene giuridico. [...]

La tutela non è più limitata al «valore patrimoniale» della salute per il danneggiato, e il diritto alla salute non coincide più con l'integrità fisica in senso stretto, come (salve le ipotesi di reato) nel diritto liberale, per il quale aveva rilievo essenzialmente l'incidenza della lesione sulla forza-lavoro del danneggiato, suscettibile di scambio e quindi di valutazione economica sul mercato. La nozione di danno biologico esprime quindi, dal punto di vista della tutela risarcitoria, una nuova idea di diritto alla salute, come situazione soggettiva essenzialmente non patrimoniale.

Ai fini di questo capitolo, possiamo individuare l'ultima importante tappa della giurisprudenza nel superamento dell'impostazione della Consulta del 1986 che conduce a un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 2059 c.c.. In proposito si veda una delle sentenze gemelle della Cassazione del 2008 (c.d. di San Martino). Il riferimento è a Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120.

Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi «previsti dalla legge», e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di

tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati ex ante dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice.

15.3 Le opposte soluzioni al problema e le critiche alla soluzione dominante. Casi 15-2, 15-3, 15-4: morte dopo tre giorni di lucida agonia e risarcimento del danno non patrimoniale iure hereditatis; morte immediata e risarcimento del danno non patrimoniale iure proprio al figlio; morte immediata di uomo e richiesta risarcimento del danno non patrimoniale da parte dello Stato

Alla metà degli anni '90 quando il risarcimento del danno biologico (danno alla salute) si andava consolidando, giunge alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione il problema del danno tanatologico che abbiamo formulato nel → Paragrafo 15.1.

La soluzione al problema che si impone nelle alte giurisdizioni è la negazione di un risarcimento del danno alla vita trasmissibile agli eredi [cfr. l. 2018].

La matrice della soluzione è costituita dalla sentenza della Corte costituzionale estesa dal grande civilista Luigi Mengoni (Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297).

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., nella parte in cui non consente il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita del *de cuius* o del danno alla salute subito da un familiare a causa dell'evento mortale, in riferimento agli art. 2, 3 e 32 Cost.

Gli argomenti maggiormente rilevanti, di taglio sistematico, sono i seguenti.

La tutela non può attuarsi se non con la mediazione del sistema della responsabilità civile organizzato dall'ordinamento legislativo: sistema che solo il legislatore può modificare. [...]

Ma con ciò – un volta corretto l'errore che rapporta il danno risarcibile alla lesione per se stessa, indipendentemente dalle conseguenze pregiudizievoli – si finisce col dar ragione alla giurisprudenza contraria ad

ammettere pretese risarcitorie *iure hereditario*: giurisprudenza fondata sull'argomento, risalente a una non recente sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione [n. 3475 del 1925, in *Foro it.*, 1926, I, 328], secondo cui un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita. [...]

L'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dunque, come pensa il giudice *a quo*, dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite.

Come si accennava poc'anzi, la soluzione della Consulta fu prontamente fatta propria dalla Cassazione. Si tratta però una soluzione percepita come inappagante da una parte della dottrina e della giurisprudenza.

[Dell'argomentare di Corte cost. 372/1994] colpisce il riferimento a una sentenza di settanta anni precedente. La rivoluzione copernicana del danno alla salute ridisegna il sistema della responsabilità civile, ma lascerebbe intatte le soluzioni degli anni Venti del «secolo breve» per ciò che concerne il danno da uccisione, perché vita e salute sono beni giuridici differenti.

Rispetto al danno da perdita della vita opererebbe il limite strutturale della responsabilità civile ora ricordato. Ad altra branca dell'ordinamento (il diritto penale) spetterebbe il presidio del bene della vita. Al netto delle discettazioni filosofiche o scientifiche attorno al confine tra vita e morte, quel che la Cassazione, nello sposare la visione della Consulta, ha aggiunto è l'enfasi sulla forza centripeta della funzione compensativa del risarcimento del danno non patrimoniale, funzione solitamente condita dalla declamazione – che nel rigetto del danno da uccisione suona decisamente fine a sé stessa – del principio dell'integrale riparazione. Invero, già le parole di Mengoni lasciavano intendere che il risarcimento del danno non patrimoniale non può che avere l'unica funzione di riparare a una perdita. Come corollario si sono poi adottati argomenti che si possono sintetizzare nell'assunto che la vita

è un bene incommensurabile il cui risarcimento, quand'anche fosse possibile in linea teorica con riferimento agli altri presupposti, risulterebbe insuscettibile di quantificazione.

Ma il cuore del ragionamento rimane il brano di Corte cost. 372/94 appena citato. Un brano che condensa principi passati indenni attraverso vari rimaneggiamenti del sistema, compresi quelli della terza sezione del 2003 e delle sezioni unite del 2008 [...] [Caso 2014].

Le principali argomentazioni addotte contro non risarcibilità del danno da perdita della vita sono le seguenti [Caso 2014].

- a) È assurdo e contraddittorio riconoscere il danno alla salute e negare il più grave danno da distruzione della vita.
- b) La relazione tra fatto (morte) e diritto al risarcimento del danno è una relazione logica e non temporale. È il diritto (l'ordinamento) e non la natura a stabilire i termini della relazione.
- c) Se anche si volesse assumere la categoria del tempo per analizzare la relazione tra lesione e danno, occorrerebbe ricavarne che la distruzione della vita è, se contemplata da una prospettiva ex ante, un danno imminente – o, secondo diversi inquadramenti, un danno- evento o ancora una perdita di chance – e non un danno futuro. Rovesciare la prospettiva guardando ex post alla morte distorce il ragionamento e rende fallaci le sue conseguenze.
- d) L'uccisione di una persona è una condotta plurioffensiva in quanto danneggia non solo i prossimi congiunti (il cui risarcimento è il riflesso moderno di una regola arcaica basata sulla vendetta del nucleo familiare), ma, in primo luogo e nel modo più grave, la stessa persona uccisa, oltre a rappresentare un costo elevatissimo per la società nel suo complesso. Guardare esclusivamente alle pretese *iure proprio* dei prossimi congiunti significa lasciare senza tutela la persona defunta e la società.
- e) La responsabilità civile ha funzione non solo compensativa, ma anche sanzionatoria e deterrente.
- f) La vita è un bene non più incommensurabile di altri beni per i quali si ammette normalmente il risarcimento; e, d'altra parte, nell'analisi economica si fa uso di parametri per la quantificazione del valore della vita.

A questo ventaglio di argomenti si è aggiunta una recente e raffinata rilettura del problema [v. Lipari 2012]. Secondo questa ricostruzione, si tratta di spostare la prospettiva dalla dimensione soggettiva (il di-

ritto alla vita) a quella oggettiva (il bene della vita). «C'è da chiedersi allora [...] se non possa, almeno in linea di ipotesi, ammettersi che la vita, riconducibile alla sfera dei diritti e alla loro relativa tutela finché appartiene al suo titolare, debba essere intesa nell'ottica dei beni nel momento in cui viene distrutta, risultando quindi non più riconducibile ad un titolare, ma non per questo, nella sua oggettività, immeritevole di tutela nell'interesse della collettività».

Nel 2014 la III sezione civile della Corte di cassazione prova a invertire la rotta (Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719). Il giudice Scarano è l'estensore della motivazione. Qui di seguito si riproduce la massima della sentenza.

Il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita della vita – bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto ed inviolabile – è garantito dall'ordinamento in via primaria anche sul piano della tutela civile, presentando carattere autonomo, in ragione della diversità del bene tutelato, dal danno alla salute, nella sua duplice configurazione di danno «biologico terminale» e di danno «catastrofale»; esso, pertanto, rileva ex se, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia avuto, dovendo ricevere ristoro anche in caso di morte cosiddetta «immediata» o «istantanea», senza che assumano rilievo né la persistenza in vita della vittima per un apprezzabile lasso di tempo, né l'intensità della sofferenza dalla stessa subita per la cosciente e lucida percezione dell'ineluttabilità della propria fine.

La risarcibilità del danno da morte viene ricondotta da Cass. 1361/2014 alla rediviva categoria del danno-evento quale eccezione al paradigma del 2008 incentrato sul danno-conseguenza. Qui di seguito si riportano alcune rilevanti argomentazioni.

«[...] Il ristoro del danno da perdita della vita costituisce in realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza. La morte ha infatti per conseguenza ... la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto. [...] Non si tratta quindi di verificare quali conseguenze conseguano al danno evento, al fine di stabilire quali siano risarcibili e quali no. Nel più sta il meno. [...] Come correttamente osservato in dottrina, la perdita della vita va in realtà propriamente valutata *ex ante* e non già *ex post* rispetto all'evento

che la determina. È allora proprio l'eccezione che vale a confermare la regola, evitando che la stessa risulti fallace in quanto insuscettibile di generale applicazione, sì da legittimarne la revoca in dubbio». La funzione compensativa del risarcimento risulta «pienamente assolta dall'obiettiva circostanza che il credito alla vittima spettante per la perdita della propria vita a causa dell'altrui illecito accresce senz'altro il suo patrimonio ereditario». Il risarcimento del danno da perdita della vita va valutato equitativamente. «Deve ritenersi allora ammissibile qualsiasi modalità che consenta di addivenire ad una valutazione "equa"».

La questione viene poi rimessa alle Sezioni unite della Cassazione. Nella sentenza Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, 2682, i giudici di legittimità tornano a ribadire la non risarcibilità e la non trasmissibilità agli eredi del danno tanatologico.

In materia di danno non patrimoniale, in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente è costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità *iure hereditatis* di tale pregiudizio, in ragione – nel primo caso – dell'assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero – nel secondo – della mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo.

Qui di seguito si riportano gli argomenti maggiormente rilevanti.

[3.2 Al risalente e costante orientamento che la risarcibilità *iure hereditatis* del danno da perdita della vita] le sezioni unite intendono dare continuità, non essendo state dedotte ragioni convincenti che ne giustificano il superamento. Certamente tali ragioni non sono state neppure articolate con la sentenza n. 15760 del 2006 (pronunciata su ricorso avente ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni da morte di congiunto avanzata *iure proprio*), che, con affermazione avente dichiarata natura di *obiter* «sistematico», si è limitata ad auspicare che, in conformità con orientamenti dottrinari italiani ed europei, sia riconosciuto quale momento costitutivo del credito risarcitorio quello della lesione, indipendentemente dall'intervallo di tempo con

l'evento morte causalmente collegato alla lesione stessa. Ma anche l'ampia motivazione della sentenza n. 1361 del 2014, cit., che ha effettuato un consapevole *revirement*, dando luogo al contrasto in relazione al quale è stato chiesto l'intervento di queste sezioni unite, non contiene argomentazioni decisive per superare l'orientamento tradizionale, che, d'altra parte, risulta essere conforme agli orientamenti della giurisprudenza europea con la sola eccezione di quella portoghese.

La premessa del predetto orientamento, peraltro non sempre esplicitata, sta nell'ormai compiuto superamento della prospettiva originaria secondo la quale il cuore del sistema della responsabilità civile era legato a un profilo di natura soggettiva e psicologica, che ha riguardo all'agire dell'autore dell'illecito e vede nel risarcimento una forma di sanzione analoga a quella penale, con funzione deterrente (sistema sintetizzato dal principio affermato dalla dottrina tedesca «nessuna responsabilità senza colpa» e corrispondente alle codificazioni ottocentesche per giungere alle stesse impostazioni teoriche poste a base del codice del 1942). L'attuale impostazione, sia dottrinarie che giurisprudenziale (che nelle sue manifestazioni più avanzate concepisce l'area della responsabilità civile come sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretto a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto), evidenzia come risulti primaria l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come «perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva» (Corte cost. n. 372 del 1994).

Nel caso di morte cagionata da atto illecito, il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico «vita» che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscetibile di essere reintegrato per equivalente (Cass. n. 1633 del 2000; n. 7632 del 2003; n. 12253 del 2007). La morte, quindi, non rappresenta la massima offesa possibile del diverso bene «salute», pregiudicato dalla lesione dalla quale sia derivata la morte, diverse essendo, ovviamente, le perdite di natura patrimoniale o non patrimoniale che dalla morte possono derivare ai congiunti della vittima, in quanto tali e non in quanto eredi (Corte cost. n. 372 del 1994; Cass. n. 4991 del 1996; n.

1704 del 1997; n. 3592 del 1997; n. 5136 del 1998; n. 6404 del 1998; n. 12083 del 1998; n. 491 del 1999; n. 2134 del 2000; n. 517 del 2006; n. 6946 del 2007; n. 12253 del 2007).

E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l'irrisarcibilità deriva (non dalla natura personalissima del diritto leso, come ritenuto da Cass. n. 6938 del 1998, non massimata, poiché, come esattamente rilevato dalla sentenza n. 4991 del 1996, cit., ciò di cui si discute è il credito risarcitorio, certamente trasmissibile, ma) dall'assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo (Cass. n. 4991 del 1996).

È questo l'argomento che la dottrina definisce «epicureo», in quanto riecheggia le affermazioni di Epicuro contenute nella lettera sulla felicità a Meneceo («Quindi il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci») e che compare nella già indicata sentenza delle sezioni unite n. 3475 del 1925 ed è condiviso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994, cit. – che ha escluso la contrarietà a Costituzione dell'interpretazione degli art. 2043 e 2059 c.c. secondo cui non sono risarcibili *iure hereditatis* i danni derivanti dalla violazione del diritto alla vita, potendo giustificarsi, sulla base del sistema della responsabilità civile, solo le perdite derivanti dalla violazione del diritto alla salute che si verificano a causa delle lesioni, nel periodo intercorrente tra le stesse e la morte – e dalla costante giurisprudenza successiva di questa corte.

3.3. – La negazione di un credito risarcitorio della vittima, trasmissibile agli eredi, per la perdita della vita, seguita immediatamente o a brevissima distanza di tempo dalle lesioni subite, è stata ritenuta contraria alla coscienza sociale alla quale rimorderebbe che la lesione del diritto primario alla vita fosse priva di conseguenze sul piano civilistico (Cass. n. 1361 del 2014), anche perché, secondo un'autorevole dottrina, se la vita è oggetto di un diritto che appartiene al suo titolare, nel momento in cui viene distrutta, viene in considerazione solo come bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività.

Ora, in disparte che la corrispondenza a un'indistinta e difficilmente individuabile coscienza sociale, se può avere rilievo sul piano assiologico e delle modifiche normative, più o meno auspicabili, secondo le diverse opzioni culturali, non è criterio che possa legittimamente guidare l'attività dell'interprete del diritto positivo, deve rilevarsi che, secondo l'orientamento che queste sezioni unite intendono confermare, la morte provoca una perdita, di natura patrimoniale e non patrimoniale, ai congiunti che di tal perdita sono risarciti, mentre non si comprende la ragione per la quale la coscienza sociale sarebbe soddisfatta solo se tale risarcimento, oltre che ai congiunti (per tali intendendo tutti i soggetti che, secondo gli orientamenti giurisprudenziali attuali, abbiano relazioni di tipo familiare giuridicamente rilevanti, con la vittima) per le perdite proprie, fosse corrisposto anche agli eredi (e in ultima analisi allo Stato). Come è stato osservato (Cass. n. 6754 del 2011), infatti, pretendere che la tutela risarcitoria «sia data "anche" al defunto corrisponde, a ben vedere, solo al contingente obiettivo di far conseguire più denaro ai congiunti».

Coglie il vero, peraltro, il rilievo secondo cui, oltre che oggetto di un diritto del titolare, insuscettibile di tutela per il venir meno del soggetto nel momento stesso in cui sorgerebbe il credito risarcitorio, la vita è bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività, ma tale rilievo giustifica e anzi impone, come è ovvio, che sia prevista la sanzione penale, la cui funzione peculiare è appunto quella di soddisfare esigenze punitive e di prevenzione generale della collettività nel suo complesso, senza escludere il diritto ex art. 185, 2° comma, c.p. al risarcimento dei danni in favore dei soggetti direttamente lesi dal reato, ma non impone necessariamente anche il riconoscimento della tutela risarcitoria di un interesse che forse sarebbe più appropriato definire generale o pubblico, piuttosto che collettivo, per l'evidente difficoltà, tutt'ora esistente per quanto riguarda la tutela giurisdizionale amministrativa, di individuare e circoscrivere l'ambito della «collettività» legittimata a invocare la tutela.

3.4. – Ulteriore rilievo, frequente in dottrina, è che sarebbe contraddittorio concedere onerosi risarcimenti dei danni derivanti da lesioni gravissime e negarli del tutto nel caso di illecita privazione della vita, con ciò contraddicendo sia il principio della necessaria integralità del risarcimento che la funzione deterrente che dovrebbe essere riconosciuta al sistema della responsabilità civile e che dovrebbe portare a introdurre anche nel nostro ordinamento la categoria dei danni punitivi.

L'argomento («è più conveniente uccidere che ferire»), di indubbia efficacia retorica, è in realtà solo suggestivo, perché non corrisponde al vero che, ferma la relevantissima diversa entità delle sanzioni penali, dall'applicazione della disciplina vigente le conseguenze economiche dell'illecita privazione della vita siano in concreto meno onerose per l'autore dell'illecito di quelle che derivano dalle lesioni personali, essendo indimostrato che la sola esclusione del credito risarcitorio trasmissibile agli eredi comporti necessariamente una liquidazione dei danni spettanti ai congiunti di entità inferiore.

Peraltro è noto che secondo la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 132 del 1985; n. 369 del 1996; n. 148 del 1999) il principio dell'integrale risarcibilità di tutti i danni non ha copertura costituzionale ed è quindi compatibile con l'esclusione del credito risarcitorio conseguente alla stessa struttura della responsabilità civile, dalla quale deriva che il danno risarcibile non può che consistere che in una perdita che richiede l'esistenza di un soggetto che tale perdita subisce. Del pari non appare imposto da alcuna norma o principio costituzionale un obbligo del legislatore di prevedere che la tutela penale sia necessariamente accompagnata da forme di risarcimento che prevedano la riparazione per equivalente di ogni perdita derivante da reato, anche quando manchi un soggetto al quale la perdita sia riferibile.

Da quanto già rilevato, inoltre, la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza (v., tra le tante, Cass. n. 1704 del 1997; n. 3592 del 1997; n. 491 del 1999; n. 12253 del 2007; 6754/2011) e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria), tanto che si è ritenuto non delibabile, per contrarietà all'ordine pubblico interno, la sentenza statunitense di condanna al risarcimento dei danni «punitivi» (Cass. n. 1183 del 2007; n. 1781 del 2012), i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito.

3.5. – Pur non contestando il principio pacificamente seguito dalla giurisprudenza di questa corte (in adesione a un'autorevole dottrina e in conformità con quanto affermato da Corte cost. n. 372 del 1994) secondo il quale i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sé considerato, si è affermato con la sentenza n. 1361 del 2014, che il credito risarcitorio del danno da perdita della vita si acquisirebbe istantaneamente al momento dell'evento lesivo che, salvo rare eccezioni, precede sempre

cronologicamente la morte cerebrale, ponendosi come eccezione a tale principio della risarcibilità dei soli «danni-conseguenza».

Ma, a parte che l'ipotizzata eccezione alla regola sarebbe di portata tale da vulnerare la stessa attendibilità del principio e, comunque, sarebbe difficilmente conciliabile con lo stesso sistema della responsabilità civile, fondato sulla necessità ai fini risarcitori del verificarsi di una perdita rapportabile a un soggetto, l'anticipazione del momento di nascita del credito risarcitorio al momento della lesione verrebbe a mettere nel nulla la distinzione tra il «bene salute» e il «bene vita» sulla quale concordano sia la prevalente dottrina che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Peraltro, se tale anticipazione fosse imposta dalla difficoltà di quantificazione del lasso di tempo intercorrente tra morte (da intendersi sempre processo mortale e non come evento istantaneo) e lesione, necessario a far sorgere nel patrimonio della vittima il credito risarcitorio, sarebbe facile osservare, da un lato, che da punto di vista giuridico è sempre necessario individuare un momento convenzionale di conclusione del processo mortale, come descritto dalla scienza medica, al quale legare la nascita del credito, e dall'altro che l'individuazione dell'intervallo di tempo tra morte e lesione, rilevante ai fini del riconoscimento del credito risarcitorio, è operazione ermeneutica certamente delicata e che presenta margini di incertezza, ma del tutto conforme a quella che il giudice è costantemente impegnato ad operare quando è costretto a fare applicazione di concetti generali e astratti.

Ma la soluzione dominante continua a ricevere critiche [Pardolesi, Palmieri 2015; Caso 2015].

Ecco qui di seguito alcuni rilievi di Alessandro Palmieri e Roberto Pardolesi [Pardolesi, Palmieri 2015, note omesse].

In definitiva, l'apparato argomentativo impiegato dalle sezioni unite per ribadire l'irrisarcibilità del danno da morte istantanea si rivela, nelle sue singole articolazioni, fragilissimo. E potrebbe riuscire vieppiù indebolito da un ulteriore incrocio, imposto dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i cui principi costringono non di rado ad abiurare convinzioni che apparivano radicate nell'ordinamento interno. Segnatamente, quasi in parallelo con il 14° emendamento della Costituzione federale statunitense, che impone ai singoli Stati il dovere di non sopprimere la vita umana «without due process of law», l'art. 2 della convenzione

europea riconosce il «diritto alla vita». Da tale previsione si ricavano anche obblighi positivi in capo agli Stati, come quello di investigare sulle morti sospette e di adottare misure idonee a prevenire il rischio di perdita della vita. Proprio nel contesto di quest'ultima obbligazione si fa rientrare l'esigenza di risarcire i pregiudizi di natura non patrimoniale. Di modo che, anche alla luce dell'art. 13 della convenzione, dove si pone l'accento sull'effettività dei rimedi, il «right to compensation» si candida come complemento imprescindibile del «right to life». Vero è che la corte di Strasburgo al momento non si è mostrata propensa a estendere la portata degli strumenti di difesa della vita ai rapporti interprivati; tuttavia, nella dottrina europea si fa strada la convinzione che il risarcimento per il danno da morte non operi soltanto quando è lo Stato in prima persona, tramite i suoi apparati e i suoi funzionari, a venir meno all'obbligo di rispettare la vita. Per questa via, in realtà, si va a recuperare la consapevolezza che il «bene fondamentale della vita ... è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2» della Carta repubblicana; e che, d'altro canto, alle «situazioni soggettive costituzionalmente garantite» corrisponde «l'obbligo del legislatore di apprestare una tutela piena, e in particolare – ma non esclusivamente – una piena tutela risarcitoria». Anche perché «sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi a un giudice per avere effettiva tutela». Ma la vischiosità del precedente ultra-consolidato rassicura le sezioni unite. *Business as usual*.

Per concludere il capitolo si riportano altri rilievi critici [Caso 2015, note omesse].

Gli argomenti che negano il danno da perdita della vita in caso di morte immediata o «quasi» sono sostanzialmente quelli che la Corte costituzionale e la Cassazione avevano elaborato alla metà degli anni novanta, e che le sentenze delle sezioni unite di San Martino (Cass., sez. un., 26973/08) non avevano toccato. Anche le contraddizioni rimangono le stesse.

Quale logica sostiene l'affermazione in base alla quale se esiste un apprezzabile lasso di tempo tra lesione e morte si determina un danno (danno biologico terminale o danno catastrofico), che implica perdita di utilità e si traduce in un credito risarcitorio trasmissibile agli eredi, mentre nel caso di morte immediata questa utilità scompare? Che cosa intendono le sezioni unite per utilità, posto che nel caso di danno

sofferto nell'apprezzabile lasso di tempo saranno gli eredi a fruire del risarcimento? Delle due l'una: o, nella circostanza, il risarcimento ha una funzione sanzionatorio-deterrente, oppure occorre ammettere che anche laddove siano gli eredi a fruire del risarcimento, quest'ultimo conserva una funzione compensativa (e allora non si vede perché uguale funzione compensativa non possa rivestire il danno da perdita della vita). L'assioma che distingue nominalisticamente la salute dalla vita non basta a superare la contraddizione. Com'è stato più volte rilevato, l'orientamento dominante appiattisce la ricostruzione del problema su una visione ex post. Osservata da una prospettiva ex ante, una gravissima lesione dell'integrità psicofisica può esitare o meno nella morte. Il medico che interviene sulla lesione cura la compromissione della salute e prova ad accrescere le chances di sopravvivenza (cioè a salvare o ad allungare la vita). Così, se il diritto interviene quando ancora non si sa quale sarà l'esito della lesione, la reazione sul piano civilistico sarà la corresponsione di un risarcimento del danno biologico, ma si può a ragione sostenere che quel danno incorpora la diminuzione delle probabilità di sopravvivenza.

Invero, il risarcimento del danno da perdita della vita rappresentava e rappresenta la scelta più lineare. Una lesione, accertabile scientificamente, all'integrità psicofisica di una persona può tradursi o nella diminuzione della salute o nella perdita della vita. Possono essere trovati metodi di quantificazione del danno che siano in grado di conciliare equità e prevedibilità. Il risarcimento si trasmette al patrimonio ereditario, che è la prosecuzione della vita giuridica della persona uccisa, svolgendo una funzione che è al tempo stesso riparatoria e sanzionatorio-deterrente o se si preferisce simbolica. Nel caso in cui sia lo Stato a ricevere il risarcimento non si determina alcuna assurdità, ma solo la logica conseguenza di un illecito che non colpisce solo il singolo ma anche la collettività (o, come preferiscono le sezioni unite, l'interesse generale o pubblico). La soluzione poteva già essere imboccata alla metà degli anni novanta, i tempi erano maturi, ma si scelse di sposare un ragionamento antico e contraddittorio. Ribaltare un orientamento dominante, ripensare le categorie della responsabilità civile sono operazioni complesse. Le sezioni unite hanno scelto la soluzione, sotto tutti i punti di vista, più facile. Il sistema della responsabilità civile e soprattutto le vittime di uccisioni ne pagano le conseguenze.

Caso 15-2

All'esito di sinistro stradale il Sig. Y moriva dopo tre giorni di lucida agonia.

Gli eredi agiscono contro il responsabile dell'incidente per il risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla vittima.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti adottati.

Caso 15-3

All'esito di sinistro stradale il Sig. Y moriva di colpo.

Tutti i prossimi congiunti del Sig. Y sono morti. L'unico sopravvissuto è il figlio.

Quest'ultimo, che non vedeva il padre da vent'anni e con il quale non aveva più alcun rapporto a seguito di screzi e incomprensioni, agisce *iure proprio* per il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla distruzione del rapporto parentale.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti adottati.

Caso 15-4

All'esito di sinistro stradale il Sig. Y di 30 anni, solo al mondo, moriva di colpo.

Lo Stato agisce per il risarcimento del danno non patrimoniale del danno da perdita della vita.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti adottati.

Domande. Serie 15-1

Nel Caso 15-2 qual è la rilevanza del fattore tempo? Se si trattasse di 10 giorni invece di 3 la misura del risarcimento del danno cambierebbe?

Se invece di 3 giorni si trattasse di 3 ore quale sarebbe la differenza?

Cosa si intende per lucidità nell'espressione «lucida agonia»

Nel Caso 15-3 il fatto che il figlio non vedesse più il padre è un elemento fattuale rilevante?

PARTE III
LA DATIFICAZIONE
DELLA PERSONA

CAPITOLO 16.

La sorveglianza di massa e il trasferimento dei dati fuori dell'Unione Europea

16.1 Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali

Con l'avvento delle tecnologie digitali il diritto alla riservatezza (*right to be let alone*, o diritto alla protezione della vita privata e familiare) non è più idoneo a cogliere tutti gli aspetti giuridici della nuova realtà [v. → Capitolo 7].

In proposito, così scrive Stefano Rodotà [Rodotà 2000].

Nella società dell'informazione tendono a prevalere definizioni funzionali della privacy che, in diversi modi, fanno riferimento alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. La privacy, quindi, può essere più precisamente definita, in una prima approssimazione, come il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni.

Roberto Pardolesi così sintetizza il tornante storico a cavallo tra anni '60 e '70 del secolo scorso [Pardolesi 2003, 14, note omesse].

L'affermazione delle banche dati [...] portava con sé la necessità di ridisegnare la privacy, attribuendole nuovi contorni (e forme di tutela), con obiettivi più ambiziosi del rafforzamento della difesa della sfera privata di fronte alla raccolta di dati, perché intesi a favorire la crescita di una società trasparente e ordinata. La nuova forma di protezione si sarebbe dovuta porre come sommatoria di poteri negativi e positivi, volti a permettere alcune attività di raccolta e di uso dei dati personali, sulla base

di procedure e controlli capaci di garantire che di tali dati non si faccia un uso improprio.

All'esigenza di questo nuovo *corpus* di diritti e di obblighi si è indirizzata l'attenzione di organismi internazionali e dei legislatori dell'occidente, che a partire dal 1970 hanno messo al compito di elaborare particolari normative per la protezione dell'individuo rispetto alla raccolta, elaborazione e diffusione dei dati personali.

Giovanni Pascuzzi riassume la vicenda del cambiamento del panorama giuridico in questi termini [Pascuzzi 2020, 81-82].

L'introduzione delle tecnologie informatiche ha comportato un cambiamento importante del campo della tutela dei diritti della personalità. L'avvento dei calcolatori ha richiesto l'adozione di specifici meccanismi di tutela perché il problema non era più (solo) quello di salvaguardare la vita privata di persone famose dall'aggressione portata dai mass media, bensì quello di scongiurare i pericoli più o meno palesi e avvertibili (discriminazioni in testa) derivanti a ciascun cittadino dalla facilità con la quale possono essere trattate e incrociate le informazioni che lo riguardano. La rivoluzione digitale comporta addirittura il cambiamento della nozione e del contenuto del diritto alla riservatezza: non più diritto a essere lasciati soli, ma diritto al controllo sui propri dati.

Non a caso, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea distingue i due diritti.

Articolo 7

Rispetto della vita privata e della vita familiare

Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.

Articolo 8

Protezione dei dati di carattere personale

1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano.
2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o

- a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica.
3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

16.2 Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679 e il trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali

In Italia la regolamentazione della protezione dei dati personali è recente. Scrive in proposito Giorgio Resta [Resta 2019, 356].

Il processo normativo per l'introduzione nel nostro Paese di una disciplina apposita è stato lungo e tortuoso, sicché l'Italia, in ambito comunitario, è stato uno degli ultimi paesi a dotarsi di regole specifiche al riguardo; tuttavia, il modello che ne è risultato è considerato uno dei più moderni e garantisti del mondo.

Dapprima, è stata ratificata ed eseguita la Convenzione europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale (l. 21 febbraio 1989, n. 98). Poi si è pensato di attuare senza molte modifiche la direttiva comunitaria in materia (n. 46 del 1995). Si è approvata la l. 31 dicembre 1996, n. 675. È stato poi redatto un vero e proprio «codice della privacy» (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), che è stato modificato con decreto legislativo approvato l'8 agosto 2018, onde adeguare la normativa italiana al Regolamento europeo in materia di tutela dei dati personali (n. 2016/679), con particolare riferimento al trattamento di dati delicati e complessi (ad es. dati sulla salute).

A differenza del diritto alla riservatezza che, sul piano civilistico, opera a valle della violazione richiedendo un'azione davanti al giudice ordinario, il diritto alla protezione dei dati personali opera innanzitutto a monte sul piano preventivo e si traduce in una disciplina del trattamento sorvegliata da un'autorità indipendente di controllo e dal giudice ordinario.

Il trattamento deve rispondere ad alcuni principi e regole. Ai doveri che gravano in capo ad alcuni soggetti – in primo luogo, al titolare del trattamento dei dati – corrispondono i diritti dell'interessato.

Alcuni principi sono enunciati, lo si è visto nel → Paragrafo 16.1, già a livello di art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

- 1) Principio di lealtà;
- 2) Principio della limitazione della finalità del trattamento;
- 3) Principio della legittimità (il trattamento deve avere una base di legittimità nel consenso della persona interessata o in altro fondamento legittimo previsto dalla legge);
- 4) Diritto di accesso e di rettifica;
- 5) Autorità indipendente di controllo.

Quei principi ed altri sono specificati all'art. 5 del reg. 2016/679:

- a) liceità, correttezza e trasparenza;
- b) limitazione della finalità;
- c) minimizzazione dei dati;
- d) esattezza;
- e) limitazione della conservazione;
- f) integrità e riservatezza;
- g) responsabilizzazione.

A questa elencazione va aggiunto il principio della protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita [v. → Capitolo 20 sulla privacy by design e privacy by default].

La liceità del trattamento si basa sul consenso dell'interessato o su altre condizioni elencate all'art. 6 RGDP.

Il RGDP disciplina i diritti dell'interessato al capo III (art. 15-22):

- a) diritto di accesso;
- b) diritto di cancellazione (diritto all'oblio) [v. → Capitolo 18 sul diritto alla cancellazione dei dati];
- c) diritto di limitazione del trattamento;
- d) diritto alla portabilità dei dati;
- e) diritto di opposizione;

e) diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato [v. → Capitolo 21 su intelligenza artificiale e processo decisionale automatizzato].

Questa disciplina incentrata sul trattamento spiega perché sia prevista un'autorità indipendente di controllo, in Italia denominata Garante per la protezione dei dati personali.

In questa sede occorre evidenziare alcune nozioni fondamentali contenute nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali UE 2016/679 (RGPD) o, nell'acronimo inglese, GDPR.

Per «dato personale» si intende:

qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

Per «trattamento» [*processing*] si intende:

qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'aiuto di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

Per «titolare» [*controller*] del trattamento si intende:

la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla

sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.

Per «responsabile» [*processor*] del trattamento si intende:

la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.

Nel diritto dell'Unione Europea l'elevato livello di protezione dei dati personali deve coordinarsi con il principio della libera circolazione degli stessi dati all'interno del territorio.

La disciplina del trattamento dei dati personali è articolata e assai complessa.

Tra i problemi di maggior rilievo possono evidenziarsi i seguenti.

- a) Come opera il bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti fondamentali? Il diritto dell'Unione Europea sembra rispondere a un assetto di valori in parte diverso da quello posto alla base della Costituzione italiana [cfr. Salvi 2015]. Secondo una corrente di pensiero, il bilanciamento deve comunque passare dal principio di dignità enunciato dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [Resta 2019, 358 ss.].
- b) Qual è il rapporto tra il generale diritto della personalità, composto di vari aspetti (nome, immagine, onore, reputazione, decoro, riservatezza, identità, oblio ecc.) e il diritto alla protezione dei dati personali?
- c) Nella dimensione aterritoriale di Internet è possibile garantire l'elevato livello di protezione dei dati personali declamato nel diritto dell'Unione Europea?

Nel rinviare ad altri testi [Resta 2019; Pascuzzi 2020] l'illustrazione dei fondamenti della disciplina del trattamento, in questo capitolo si vuole accennare a un caso riguardante il problema sub c). Il caso riguarda il trasferimento dei dati dall'Unione Europea verso paesi terzi e la sorveglianza di massa.

Si tratta del caso oggetto della recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nota come *Scherms II*.

Il caso verte sull'interpretazione della disciplina del trasferimento dei dati verso paesi terzi e organizzazioni internazionali contenuta nel capo V del RGPD.

In estrema sintesi si possono evidenziare i seguenti punti.

- I) Tutte le disposizioni normative gravitano sul principio generale che il livello di protezione delle persone fisiche garantito dal RGPD non deve essere pregiudicato (art. 44).
- II) Decisione della Commissione Europea. Il trasferimento è ammesso se la Commissione ha deciso che il paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione garantiscono «un livello di protezione adeguato». In tal caso il trasferimento non necessita di autorizzazioni specifiche (art. 45).
- III) In mancanza di una decisione ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 3, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può trasferire dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale solo se ha fornito «garanzie adeguate» e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi (art. 46). Tra le «garanzie adeguate» non soggette ad autorizzazioni specifiche da parte di un'autorità di controllo figurano le «norme vincolanti d'impresa» disciplinate dall'art. 47 e le «clausole tipo» di protezione dei dati adottate dalla Commissione.
- IV) Deroghe in specifiche situazioni (art. 49). In mancanza di una decisione di adeguatezza ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 3, o di garanzie adeguate ai sensi dell'articolo 46, l'art. 49 elenca una serie di deroghe specifiche che rendono ammissibile il trasferimento dei dati.

La disciplina del trasferimento dei dati verso paesi terzi e organizzazioni internazionali ricalca ampliandola quella della dir. 95/46.

Uno dei problemi di maggior rilievo si pone con riferimento al trasferimento dei dati personali verso gli USA dove la sorveglianza digitale di massa è una pratica consolidata.

La Commissione Europea, sulla base della disciplina della dir. 95/46, aveva emanato decisione 2000/520/CE che ammetteva il trasferimento dei dati personali verso gli USA sulla base di un accordo con questi ultimi denominato Safe Harbor (approdo sicuro).

Maximilian Schrems, un attivista austriaco che difende i diritti e le libertà su Internet, avviava un reclamo al Data Protection Commissioner (Commissario per la protezione dei dati) irlandese concernente il fatto che Facebook Ireland Ltd trasferiva negli Stati Uniti i dati personali dei propri utenti e li conserva su server ubicati in quel paese.

Nel frattempo, era scoppiato il c.d. «datagate» innescato dalle rivelazioni dell'ex agente dell'apparato di spionaggio statunitense Edward Snowden [Snowden 2019]. Da quelle rivelazioni si veniva a sapere che i servizi di intelligence statunitensi avevano da tempo avviato programmi di sorveglianza di massa basati sul trattamento dei dati personali, anche dei cittadini europei.

Il 25 giugno 2013 il sig. Schrems investiva il Commissario per la protezione dei dati irlandese

di una denuncia, con la quale lo invitava, in sostanza, ad esercitare le proprie competenze statutarie, vietando a Facebook Ireland di trasferire i suoi dati personali verso gli Stati Uniti. In tale denuncia egli faceva valere che il diritto e la prassi vigenti in tale paese non offrivano una protezione sufficiente dei dati personali conservati nel territorio del medesimo contro le attività di controllo ivi praticate dalle autorità pubbliche. Il sig. Schrems si riferiva, a tal riguardo, alle rivelazioni fatte dal sig. Edward Snowden in merito alle attività dei servizi di intelligence degli Stati Uniti, e in particolare a quelle della National Security Agency (in prosieguo: la «NSA») [CGUE sentenza 6 ottobre 2015 C-362/14 (Schrems I)].

Il Commissario si rifiutava di dar corso al reclamo. Schrems agiva allora presso il giudice ordinario (High Court) irlandese che sospendeva il giudizio proponendo le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia UE sull'interpretazione della dir. 95/46.

- 1) Se, nel decidere in merito a una denuncia presentata a un'autorità indipendente investita per legge delle funzioni di gestione e di applicazione della legislazione sulla protezione dei dati, secondo cui i dati personali sono trasferiti a un paese terzo (nel caso di specie, gli Stati Uniti d'America) il cui diritto e la cui prassi si sostiene non prevedano adeguate tutele per i soggetti interessati, tale autorità sia assolutamente vincolata dalla constatazione in senso contrario

dell'Unione contenuta nella decisione 2000/520, tenuto conto degli articoli 7, 8 e 47 della Carta, nonostante le disposizioni dell'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46.

- 2) Oppure, in alternativa, se detta autorità possa e/o debba condurre una propria indagine sulla questione alla luce degli sviluppi verificatisi nel frattempo, successivamente alla prima pubblicazione della decisione 2000/520.

La Corte di Giustizia nella sentenza 6 ottobre 2015 C-362/14 (Schejns I), in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 603, così risolveva le questioni pregiudiziali.

- 1) L'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, come modificata dal regolamento (CE) n. 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 settembre 2003, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che una decisione adottata in forza di tale disposizione, come la decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46 sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, con la quale la Commissione europea constata che un paese terzo garantisce un livello di protezione adeguato, non osta a che un'autorità di controllo di uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 28 di tale direttiva, come modificata, esamini la domanda di una persona relativa alla protezione dei suoi diritti e delle sue libertà con riguardo al trattamento di dati personali che la riguardano, i quali sono stati trasferiti da uno Stato membro verso tale paese terzo, qualora tale persona faccia valere che il diritto e la prassi in vigore in quest'ultimo non garantiscono un livello di protezione adeguato.
- 2) La decisione 2000/520 è invalida.

A seguito della dichiarazione di invalidità della decisione 2000/520 sul porto sicuro, la Commissione emanava una seconda decisione (UE)

2016/1250 in data 16 luglio che recepiva un nuovo accordo tra USA e UE denominato «privacy shield UE-USA» (scudo UE-USA per la privacy).

Ritenendo che anche questo nuovo quadro giuridico non garantisse la protezione dei dati personali degli europei, Schrems avviava una nuova fase della sua battaglia.

In una denuncia, presentata il 1° dicembre 2015, all'autorità irlandese di controllo della protezione dei dati personali.

Il sig. Schrems ha fatto valere, in particolare, che il diritto statunitense impone a Facebook Inc. di mettere a disposizione delle autorità statunitensi, quali la National Security Agency (NSA) e le Federal Bureau of Investigation (FBI), i dati personali che le sono trasferiti. Egli ha sostenuto che, poiché tali dati sono utilizzati nell'ambito di diversi programmi di sorveglianza in modo incompatibile con gli articoli 7, 8, e 47 della Carta, la decisione CPT [decisione 2010/87/UE della Commissione, del 5 febbraio 2010, relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali a incaricati del trattamento stabiliti in paesi terzi a norma della direttiva 95/46 (GU 2010, L 39, pag. 5), come modificata dalla decisione di esecuzione (UE) 2016/2297 della Commissione, del 16 dicembre 2016 (GU 2016, L 344, pag. 100)] non può giustificare il trasferimento dei suddetti dati verso gli Stati Uniti. Il sig. Schrems ha pertanto chiesto al Commissario di vietare o di sospendere il trasferimento dei suoi dati personali verso Facebook Inc. il 1° dicembre 2015, il sig. Schrems ha fatto valere, in particolare, che il diritto statunitense impone a Facebook Inc. di mettere a disposizione delle autorità statunitensi, quali la National Security Agency (NSA) e le Federal Bureau of Investigation (FBI), i dati personali che le sono trasferiti. Egli ha sostenuto che, poiché tali dati sono utilizzati nell'ambito di diversi programmi di sorveglianza in modo incompatibile con gli articoli 7, 8, e 47 della Carta, la decisione CPT non può giustificare il trasferimento dei suddetti dati verso gli Stati Uniti. Il sig. Schrems ha pertanto chiesto al Commissario di vietare o di sospendere il trasferimento dei suoi dati personali verso Facebook Inc.

Ritenendo che [...] la denuncia riformulata del sig. Schrems sollevasse la questione della validità della decisione CPT, il 31 maggio 2016 il Commissario ha adito la High Court (Alta Corte), fondandosi sulla giurisprudenza risultante dalla sentenza del 6 ottobre 2015, Schrems (C362/14, EU:C:2015:650, punto 65), affinché la High Court si rivolgesse alla Corte su tale questione. Con decisione del 4 maggio 2018

la High Court (Alta Corte) ha sottoposto alla Corte [UE] il [...] rinvio pregiudiziale.

Le questioni pregiudiziali erano diverse. Qui interessa evidenziarne tre che la Corte di Giustizia UE con sentenza 16 luglio 2020 C-311/18 (Schrems II) così risolveva.

L'articolo 46, paragrafo 1, e l'articolo 46, paragrafo 2, lettera c), del regolamento 2016/679 devono essere interpretati nel senso che le garanzie adeguate, i diritti azionabili e i mezzi di ricorso effettivi richiesti da tali disposizioni devono garantire che i diritti delle persone i cui dati personali sono trasferiti verso un paese terzo sul fondamento di clausole tipo di protezione dei dati godano di un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione da tale regolamento, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A tal fine, la valutazione del livello di protezione garantito nel contesto di un trasferimento siffatto deve, in particolare, prendere in considerazione tanto le clausole contrattuali convenute tra il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento stabiliti nell'Unione e il destinatario del trasferimento stabilito nel paese terzo interessato quanto, per quel che riguarda un eventuale accesso delle autorità pubbliche di tale paese terzo ai dati personali così trasferiti, gli elementi rilevanti del sistema giuridico di quest'ultimo, in particolare quelli enunciati all'articolo 45, paragrafo 2, di detto regolamento. L'articolo 58, paragrafo 2, lettere f) e j), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che, a meno che esista una decisione di adeguatezza validamente adottata dalla Commissione europea, l'autorità di controllo competente è tenuta a sospendere o a vietare un trasferimento di dati verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione, qualora detta autorità di controllo ritenga, alla luce del complesso delle circostanze proprie di tale trasferimento, che le suddette clausole non siano o non possano essere rispettate in tale paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiesta dal diritto dell'Unione, segnatamente dagli articoli 45 e 46 di tale regolamento e dalla Carta dei diritti fondamentali, non possa essere garantita con altri mezzi, ove il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento stabiliti nell'Unione non abbiano essi stessi sospeso il trasferimento o messo fine a quest'ultimo.

CAPITOLO 17.

La sorveglianza digitale nel conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali

17.1 Caso 17-1: sorveglianza digitale di massa su reti Peer to Peer per scovare violazioni del diritto d'autore

Caso 17-1

La casa di edizioni musicali X, tramite l'impresa di sorveglianza digitale Y che offre servizi di monitoraggio di reti Peer to Peer (P2P), individua indirizzi Internet Protocol (IP) a cui sarebbero riconducibili violazioni del diritto d'autore.

La stessa casa editrice cita in giudizio l'Internet Service Provider (ISP) che ha fornito l'accesso Internet agli abbonati ai quali sono riconducibili gli indirizzi IP individuati. In particolare, chiede all'ISP l'ostensione dei dati personali degli abbonati.

L'ISP si rifiuta.

17.2 Anonimato, responsabilità civile e protezione dei dati personali

L'anonimato è strumento di libertà. In particolare, è strumento di libertà di manifestazione del pensiero (un pilastro della democrazia).

Ora è anche un diritto (almeno secondo alcuni), parte del diritto alla protezione dei dati personali.

Allo stesso tempo, l'anonimato può mascherare il responsabile di un atto illecito [cfr. Finocchiaro 2010; Resta 2014a].

Il problema è stato affrontato per i mezzi di comunicazione di massa analogici ed è diventato di fondamentale importanza nell'era di Internet.

L'anonimato è parte della storia di Internet.

Una rete priva dell'anonimato renderebbe egemone la sorveglianza di massa.

Scrivo in proposito Giorgio Resta [Resta 2019, 487, note omesse].

[Nell'analisi di diritto comparato, il modello giuridico imperniato sul riconoscimento di principio della liceità dell'anonimato online] è ritenuto da molti coesistente ai tratti distintivi dello spazio cibernetico, come sin qui conosciuto. È conforme alla natura della rete e ai suoi caratteri di intrinseca democraticità, si osserva da più parti, incentivare uno scambio quanto più autonomo, libero e decentrato di idee e informazioni e permettere la costruzione di rapporti sociali su base volontaria e persino artificialmente definita. L'anonimato – ivi compreso il ricorso a network anonimi come TOR – rappresenterebbe uno dei più importanti strumenti di salvaguardia di tali caratteristiche. Esso, da un lato, consentirebbe la libera manifestazione del pensiero e la libera esplicazione della personalità di ciascun individuo (nel senso dell'art. 2 Cost.), ponendolo al riparo dai rischi di intimidazione e stigmatizzazione propri del mondo reale.

Sussiste però il problema dei soggetti colpiti da illeciti schermati da anonimato (in particolare, illeciti compiuti contro persone fisiche e gruppi di persone).

Con riferimento alla responsabilità civile per illeciti commessi tramite la Rete il primo punto di riferimento è rappresentato dagli Internet Service Provider (ISP), ovvero i fornitori dei servizi Internet (connessione, memorizzazione, pubblicazione di contenuti ecc.).

Giovanni Pascuzzi rileva sul punto [Pascuzzi 2020, 309].

[Gli ISP] svolgono un ruolo delicato, perché di fatto, sembrano poter controllare la rete e ciò che viaggia al suo interno. Ne deriva che possono, in linea teorica, evitare che tramite la rete vengano commessi abusi. Ma se davvero si attribuisce a loro un potere di controllo di questo tipo, automaticamente li si eleva a potenziali censori. In ogni caso hanno la caratteristica di poter diventare bersaglio naturale delle richieste di risarcimento da parte delle vittime di illeciti: sia perché facilmente identificabili sia perché economicamente più in grado di

corrispondere i risarcimenti di quanto non possa esserlo il singolo autore dell'illecito.

Attualmente la responsabilità degli ISP è disciplinata dagli art. 12, 13, 14, 15 della direttiva «commercio elettronico» 2000/31/CE e dagli art. 14, 15, 16 e 17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 di attuazione della medesima direttiva.

Il modello giuridico a cui si è ispirato il legislatore europeo è quello statunitense. L'idea dominante negli anni in cui furono emanate quelle normative era di favorire lo sviluppo di ISP commerciali e di evitare di caricare gli stessi di una responsabilità gravosa. La direttiva commercio elettronico, dunque, pone il principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza e individua alcune esenzioni di responsabilità riferibili ad alcune categorie di ISP.

Il principio generale dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza è posto dall'art. 15.1 della direttiva commercio elettronico.

[...] Gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

L'art. 12 direttiva 2000/31 così recita.

Semplice trasporto («mere conduit»)

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:
 - a) non dia origine alla trasmissione;
 - b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e
 - c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.
2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

L'art. 13 direttiva 2000/31 così recita.

Memorizzazione temporanea detta «caching»

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:
 - a) non modifichi le informazioni;
 - b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
 - c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore,
 - d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e
 - e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.
2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.

L'art. 14 direttiva 2000/31 così recita.

«Hosting»

1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazio-

- ne di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:
- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o
 - b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.
2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.
 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

Il regime di favore dell'ISP è stato progressivamente eroso per via giurisprudenziale e per via normativa. Si veda, in particolare, la giurisprudenza sulla distinzione tra hosting provider attivo e passivo [Pascuzzi 2020, 313], nonché l'art. 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale [Caso, Pascuzzi 2020, 230; Quarta, Smorto 2020, 300].

Inoltre, la disciplina della responsabilità degli ISP è destinata a subire aggiustamenti quando la proposta della Commissione UE sul regolamento Digital Service Act e sulla modifica della dir. 2000/31 sarà tradotta in normativa¹.

Svolti questi brevi cenni sulla responsabilità dell'ISP è ora il momento di illustrare la soluzione al caso 1 che riguarda il confronto tra tutela della proprietà intellettuale (nello specifico, il diritto d'autore) e diritto all'anonimato come parte del diritto alla protezione dei dati personali.

Il primo decennio del terzo millennio ha visto fiorire diverse tecnologie per lo scambio di file tra utenti di Internet (*file sharing*). Tali tecnologie vengono denominate Peer to Peer (P2P) con riferimento al fatto che

1 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15.12.2020, COM(2020) 825 final.

gli utenti non hanno bisogno di altri intermediari all'infuori dell'ISP che fornisce l'accesso e la connessione a Internet; possono, in altri termini, relazionarsi da pari a pari.

Le reti P2P possono essere utilizzate, come in generale Internet, per fini leciti e illeciti.

I titolari del diritto d'autore hanno adoperato diverse strategie di contrasto all'uso delle reti P2P per lo scambio non autorizzato di opere protette dal diritto d'autore.

Tra queste strategie, figura la sorveglianza sistematica (monitoraggio) delle reti P2P.

Scrivono in proposito Caso e Pascuzzi [Caso, Pascuzzi 2020, 228, note omesse].

Alcune imprese titolari di diritti d'autore su repertori di opere musicali si servono di altre imprese, che forniscono, mediante l'utilizzo di appositi software, servizi di monitoraggio delle reti P2P, al fine di individuare e memorizzare elementi che comprovino le violazioni dei propri diritti e l'individuazione dei responsabili di tali violazioni. L'esatto funzionamento dei software di monitoraggio non è chiaro (anche perché sembra coperto da segreti industriali). Tali software sono in grado di tracciare e memorizzare una serie di informazioni – tra le quali gli indirizzi IP – relative alle presunte attività illecite. Una volta ottenute le informazioni (in particolare, gli indirizzi IP), le imprese titolari dei diritti d'autore richiedono (direttamente, o per il tramite delle associazioni di categoria) agli Internet Service Providers (ISP) coinvolti nel traffico P2P di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico delle persone titolari delle utenze telefoniche associabili agli indirizzi IP tracciati. Nei casi in cui gli ISP si rifiutano di fornire i dati, le imprese titolari agiscono presso il giudice civile per ottenere coattivamente le informazioni.

In Europa queste azioni si basano sulla direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

Rileva in proposito Giorgio Resta [Resta 2019, 504, note omesse].

[...] Si deve rilevare che, a seguito dell'approvazione della direttiva 2004/48/CE, gli Stati Membri si sono dotati di un sistema processuale di tutela della proprietà intellettuale particolarmente incisivo e penetrante. Esso annovera al suo interno anche misure istruttorie, e segnatamente lo strumento dell'ordine di esibizione e della richiesta di

informazioni su fatti rilevanti per il processo, il quale rende utili servizi anche nel campo degli illeciti commessi online in forma anonima.

Caso e Pascuzzi osservano quanto segue [Caso, Pascuzzi 2020, 228-229].

Una causa spagnola vertente su una di queste azioni è giunta davanti alla Corte di giustizia CE [Corte di Giustizia 29 gennaio 2008, C 275/06 (*Promusicae*), in *Dir. Internet*, 2008, 459]. La questione sottoposta al giudizio della Corte atteneva alla compatibilità della legge spagnola con la trama di direttive comunitarie relative, oltre alla proprietà intellettuale (il riferimento è alla direttiva 2004/48 appena citata), al commercio elettronico e alla protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, incentrandosi sul quesito relativo alla sussistenza dell'imposizione rivolta agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. La risposta della Corte è stata che il diritto comunitario non impone di istituire tale obbligo.

Ma in un caso più recente la Corte sembra aver assunto una posizione maggiormente favorevole ai titolari di copyright. Nella sentenza *Bonnier Audio* i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, dev'essere interpretata nel senso che non osta all'applicazione di una normativa nazionale, istituita sulla base dell'art. 8 direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, la quale, ai fini dell'identificazione di un abbonato a Internet o di un utente Internet, consenta di ingiungere a un operatore Internet di comunicare al titolare di un diritto di autore ovvero al suo avente causa l'identità dell'abbonato al quale sia stato attribuito un indirizzo IP (protocollo Internet) che sia servito ai fini della violazione di tale diritto. [...]

Nel più recente caso *McFadden* la Corte di giustizia UE ha stabilito che il diritto europeo non vieta l'adozione di un'ingiunzione che imponga a un fornitore di accesso a una rete di comunicazione che consente al pubblico di connettersi a Internet (collegamento wi-fi), di impedire a terzi di rendere disponibile al pubblico, attraverso tale connessione a

Internet, su una piattaforma Internet di condivisione (peer-to-peer), una specifica opera protetta dal diritto d'autore o parti di essa, qualora il fornitore abbia la possibilità di scegliere le misure tecniche da adottare per conformarsi a detta ingiunzione. Specificando che ciò rimane fermo anche se tale scelta si riduca alla sola misura consistente nel proteggere la connessione a Internet mediante una password, nei limiti in cui gli utenti di detta rete siano obbligati a rivelare la loro identità al fine di ottenere la password richiesta e non possano quindi agire anonimamente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

L'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2004/48/CE modificando la l.d.a. (l. 1941/633).

Particolarmente rilevante, per le controversie qui in discussione, è l'art. 156-bis della l. 1941/633 che così recita.

1. Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge.
2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte.
3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte.
4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini.

Una controversia di questo genere è stata oggetto – oltre che di una serie di pronunce del Tribunale di Roma – di un pronunciamento del Garante per la protezione dei dati personali il quale ha dichiarato illeciti i trattamenti effettuati dai soggetti coinvolti nel monitoraggio delle reti P2P, vietandone l'ulteriore trattamento e disponendone la cancellazione

[Caso 2007; Caso 2008; Giovanella 2013; Giovanella 2017; Caso, Pascuzzi 2020, 229].

Ecco allora una possibile soluzione al problema posto dal Caso 17.1.

Il Garante per la protezione dei dati personali nel provvedimento 28 febbraio 2008 ha affermato, tra l'altro, quanto segue.

I trattamenti in esame, effettuati in modo massivo e capillare per un periodo di tempo prolungato e nei riguardi di un numero elevato di soggetti, hanno consentito di tenere traccia analitica delle operazioni compiute da innumerevoli, singoli utenti relativamente a specifici contenuti protetti dal diritto d'autore.

Per le modalità con le quali la raccolta dei dati è stata svolta, si è configurata un'attività di monitoraggio vietata a soggetti privati dalla direttiva 2002/58/CE (art. 5; cfr. art. 122 del Codice). [...]

Le reti p2p sono finalizzate allo scambio fra utenti di dati e file per scopi sostanzialmente personali, mentre il software fsm «non è destinato allo scambio di dati, ma al monitoraggio ed alla ricerca di dati, che utenti di reti P2P mettono a disposizione a terzi» [...]. I dati che gli utenti mettono in rete possono essere utilizzati per le finalità per le quali tale pubblicazione avviene [...]. L'utilizzo dei dati dell'utente delle reti peer-to-peer può, quindi, avvenire per le finalità sue proprie e non già, in modo non trasparente, per scopi ulteriori, quali quelli perseguiti da Logistep, Peppermint e Techland.

Il trattamento è risultato viziato anche sotto il profilo della trasparenza e della correttezza, posto che non è stata fornita alcuna informativa preliminare agli utenti. Dalla descrizione resa dalle società sul funzionamento del software fsm si è potuto rilevare che, mentre gli indirizzi Ip sono stati acquisiti da un terzo rispetto agli utenti (il *tracker*), gli altri dati (ossia, i file offerti in condivisione, data e ora del download) sono stati raccolti direttamente presso gli interessati.

Qui di seguito la soluzione omologa del Trib. Roma 14 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2007, 463.

Il titolare di diritti d'autore non ha diritto ad ottenere dal provider, in via d'urgenza, ex art. 156 bis l.a. l'ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari degli indirizzi IP che, sulla base dei dati da esso autonomamente raccolti, appaiono essere autori di condotte di violazione dei propri diritti d'autore attraverso piattaforme di *peer to peer*; l'esercizio di tale diritto è

precluso dalla vigente disciplina in materia di privacy e trattamento dei dati personali alla stregua della quale è illecita l'attività di raccolta degli indirizzi IP degli utenti di una piattaforma *peer to peer* in assenza di prestazione di idonea informativa all'interessato, acquisizione del consenso e notifica al garante per il trattamento dei dati personali; a tale illiceità consegue la radicale inutilizzabilità dei dati raccolti ex art. 11 Codice privacy; in ogni caso l'art. 156 bis l.a. non consentirebbe la comunicazione dal provider al titolare dei diritti di dati relativi agli utenti del primo alla stregua della vigente disciplina in materia di privacy nelle comunicazioni elettroniche; la fattispecie sarebbe, peraltro, estranea all'ambito di operatività della deroga contenuta all'art. 24 codice privacy.

Paradossalmente, mentre i diritti economici d'autore possono contare su disposizioni normative tese a comprimere il diritto all'anonimato, la tutela dei diritti della personalità di fronte a illeciti compiuti da anonimi non ha una disciplina ad hoc.

Sul punto Giorgio Resta rileva quanto segue [Resta 2019, 506].

Il problema è che, non appena si abbandona il terreno della proprietà intellettuale, protetto da reti di filo spinato sempre più fitte ed estese e salvaguardato da vigilantes dotati di potenti mezzi tecnologici e ampie risorse finanziarie, il grado di effettività di tale assunto tende a scemare in misura preoccupante. Nel campo dei diritti della personalità, in particolare, l'assenza di strumenti normativi tanto incisivi quanto quelli previsti a tutela delle posizioni proprietarie sembra indurre le corti a un atteggiamento molto più remissivo e rispettoso dell'interesse all'anonimato, a discapito delle stesse esigenze di tutela giudiziaria dei diritti altrove solennemente declamate.

17.3 Casi 17-2, 17-3: violazione del diritto d'autore a partire da connessione wireless aperta di un negozio; richiesta di ostensione di dati personali di utenti a piattaforma di condivisione di contenuti caricati dagli utenti per violazione del diritto d'autore

Caso 17-2

Nei locali del proprio esercizio commerciale il sig. Thomas Rasta offre ad avventori e clienti un collegamento wireless gratuito a Internet «wi-fi

free zone». L'impresa Rapax Music Inc., titolare dei diritti d'autore su opere dell'ingegno musicali, individua violazioni del proprio diritto d'autore riconducibili ad attività svolte su Internet a partire dalla connessione in abbonamento del negozio del sig. Rasta. L'ipotesi è che clienti e avventori del negozio abbiano scaricato tramite la connessione wireless copie delle opere musicali senza l'autorizzazione dell'impresa titolare dei diritti.

La Rapax agisce contro Rasta sostenendo che egli è responsabile per le violazioni del diritto di esclusiva commesse a partire dalla sua connessione a Internet. Chiede, inoltre, un rimedio inibitorio volto a ottenere da Rasta l'adozione di una misura che consenta, ad esempio previa protezione della rete mediante password, l'identificazione degli utenti della sua «wi-fi free zone».

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Caso 17-3

La Giustinianan Film è titolare dei diritti d'autore sul cinepanettone «Natale a Trentor». La stessa casa di produzione individua sulla popolare piattaforma di contenuti caricati dagli utenti «Condivido e me ne infischio» la diffusione non autorizzata della sua pellicola. La Giustinianan Film chiede a «Condivido e me ne infischio» informazioni relative a ciascuno degli utenti che ha proceduto al caricamento dell'opera dell'ingegno. La piattaforma rifiuta. La Giustinianan Film agisce davanti al giudice.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

Domande. Serie 17.1

Nel Caso 17-2 quali sono i diritti in bilanciamento? Una soluzione che legittimi l'adozione di misure volte a identificare gli utenti delle reti wireless gratuite che impatto ha sullo sviluppo di Internet e sul diritto di accesso alla Rete?

Il Caso 17-3 attualmente ricade sotto l'applicazione della l.d.a. e del d.lgs. 2003/70 che dà attuazione alla dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico. In particolare, rilevano gli art. 14-17 sulla responsabilità dell'Internet Service Provider. L'attuazione della dir. 2019/790/UE come cambia il panorama normativo di riferimento?

Nel Caso 17-3 quali sono i diritti da bilanciare?

CAPITOLO 18.

Il diritto alla cancellazione dei dati e la de-indicizzazione: l'art. 17 del GDPR

18.1 Casi 18-1, 18-2: richiesta di de-indicizzazione di pagine web che descrivono un candidato alle elezioni politiche come autore seriale di cyberstalking; richiesta di cancellazione della notizia giornalistica relativa a una condanna per reato di truffa pubblicata due anni prima

Caso 18-1

Il sig. X, candidato alle ultime elezioni politiche, chiede a un gestore di motore di ricerca di provvedere alla deindicizzazione su scala globale di URL che lo descrivono come autore di ripetute molestie ai danni di donne consistenti in diversi atti di cyberstalking.
Il gestore del motore di ricerca si rifiuta.

Caso 18-2

Il sig. Y, amministratore unico di una società di rappresentanza di dispositivi medicali, chiede nel gennaio 2020 alla ABC, editore del quotidiano on line «Q», la cancellazione della notizia giornalistica «Truffa Asl della città di T. per fornitura di protesi, patteggia otto mesi», apparsa sul medesimo quotidiano nel gennaio 2018.
L'editore si rifiuta di cancellare la notizia.

18.2 Il diritto alla cancellazione dei dati e il diritto alla de-indicizzazione

Con l'avvento dell'era digitale e di Internet il concetto di diritto all'oblio [v. → Capitolo 14 sul diritto all'oblio] si modifica, al diritto all'oblio inteso come diritto della persona ad essere dimenticata (*right to be forgotten*) si aggiunge, nell'ambito della disciplina della protezione dei dati personali, il diritto alla cancellazione dei dati.

Tale diritto assume poi una particolare connotazione con riferimento ai motori di ricerca (c.d. diritto alla de-indicizzazione) [Pascuzzi 2020, 103].

La decisione di riferimento è rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 maggio 2014 C-131/12 in *Foro it.*, 2014, IV, 295 (conosciuta come *Google Spain* o *Costeja*).

Ecco la narrativa dei fatti estrapolata dalla decisione della Corte di Giustizia.

Il 5 marzo 2010, il sig. Costeja González, cittadino spagnolo con domicilio in Spagna, ha presentato dinanzi all'AEPD [Agencia Española de Protección de Datos] un reclamo contro La Vanguardia Ediciones SL, che pubblica un quotidiano di larga diffusione, soprattutto in Catalogna (Spagna) (in prosieguo: «La Vanguardia»), nonché contro Google Spain e Google Inc. Tale reclamo era fondato sul fatto che, allorché un utente di Internet introduceva il nome del sig. Costeja González nel motore di ricerca del gruppo Google (in prosieguo: «Google Search»), otteneva dei link verso due pagine del quotidiano di La Vanguardia rispettivamente del 19 gennaio e del 9 marzo 1998, sulle quali figurava un annuncio, menzionante il nome del sig. Costeja González, per una vendita all'asta di immobili connessa ad un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali.

Mediante detto reclamo, il sig. Costeja González chiedeva, da un lato, che fosse ordinato a La Vanguardia di sopprimere o modificare le pagine suddette affinché i suoi dati personali non vi comparissero più, oppure di ricorrere a taluni strumenti forniti dai motori di ricerca per proteggere tali dati. Dall'altro lato, egli chiedeva che fosse ordinato a Google Spain o a Google Inc. di eliminare o di occultare i suoi dati personali, in modo che cessassero di comparire tra i risultati di ricerca e non figurassero più nei link di La Vanguardia. Il sig. Costeja González affermava in tale contesto che il pignoramento, che era stato effettua-

to nei suoi confronti, era stato interamente definito da svariati anni e che la menzione dello stesso era ormai priva di qualsiasi rilevanza. Con decisione del 30 luglio 2010, l'AEPD ha respinto il suddetto reclamo nella parte in cui era diretto contro La Vanguardia, ritenendo che la pubblicazione da parte di quest'ultima delle informazioni in questione fosse legalmente giustificata, dato che aveva avuto luogo su ordine del Ministero del Lavoro e degli Affari sociali e aveva avuto lo scopo di conferire il massimo di pubblicità alla vendita pubblica, al fine di raccogliere il maggior numero di partecipanti all'asta.

Detto reclamo è stato invece accolto nella parte in cui era diretto contro Google Spain e Google Inc. L'AEPD ha considerato in proposito che i gestori di motori di ricerca sono assoggettati alla normativa in materia di protezione dei dati, dato che essi effettuano un trattamento di dati per il quale sono responsabili e agiscono quali intermediari della società dell'informazione. L'AEPD ha ritenuto di essere autorizzata ad ordinare la rimozione dei dati nonché il divieto di accesso a taluni dati da parte dei gestori di motori di ricerca, qualora essa ritenga che la localizzazione e la diffusione degli stessi possano ledere il diritto fondamentale alla protezione dei dati e la dignità delle persone in senso ampio, ciò che includerebbe anche la semplice volontà della persona interessata che tali dati non siano conosciuti da terzi. L'AEPD ha affermato che tale obbligo può incombere direttamente ai gestori di motori di ricerca, senza che sia necessario cancellare i dati o le informazioni dal sito web in cui questi compaiono, segnatamente quando il mantenimento di tali informazioni nel sito in questione sia giustificato da una norma di legge.

La decisione dell'autorità spagnola di controllo della protezione dei dati personali viene impugnata davanti al tribunale Audiencia Nacional il quale sospende il giudizio e rinvia gli atti alla Corte di Giustizia ponendo alcune questioni sull'interpretazione della dir. 95/46/CE.

Le disposizioni normative di riferimento sono l'art. 12 e l'art. 14.

Articolo 12

Diritto di accesso

Gli Stati membri garantiscono a qualsiasi persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento:

- a) liberamente e senza costrizione, ad intervalli ragionevoli e senza ritardi o spese eccessivi:

- la conferma dell'esistenza o meno di trattamenti di dati che la riguardano, e l'informazione almeno sulle finalità dei trattamenti, sulle categorie di dati trattati, sui destinatari o sulle categorie di destinatari cui sono comunicati i dati;
 - la comunicazione in forma intelligibile dei dati che sono oggetto dei trattamenti, nonché di tutte le informazioni disponibili sull'origine dei dati;
 - la conoscenza della logica applicata nei trattamenti automatizzati dei dati che lo interessano, per lo meno nel caso delle decisioni automatizzate di cui all'articolo 15, paragrafo 1;
- b) a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati;
- c) la notificazione ai terzi, ai quali sono stati comunicati i dati, di qualsiasi rettifica, cancellazione o congelamento, effettuati conformemente alla lettera b), se non si dimostra che è impossibile o implica uno sforzo sproporzionato.

Articolo 14

Diritto di opposizione della persona interessata

Gli Stati membri riconoscono alla persona interessata il diritto:

- a) almeno nei casi di cui all'articolo 7, lettere e) e f), di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che la riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale. In caso di opposizione giustificata il trattamento effettuato dal responsabile non può più riguardare tali dati;
- b) di opporsi, su richiesta e gratuitamente, al trattamento dei dati personali che la riguardano previsto dal responsabile del trattamento a fini di invio di materiale pubblicitario ovvero di essere informata prima che i dati personali siano, per la prima volta, comunicati a terzi o utilizzati per conto di terzi, a fini di invio di materiale pubblicitario; la persona interessata deve essere informata in modo esplicito del diritto di cui gode di opporsi gratuitamente alla comunicazione o all'utilizzo di cui sopra.

Gli Stati membri prendono le misure necessarie per garantire che le persone interessate siano a conoscenza che esiste il diritto di cui al primo comma della lettera b).

La Corte di Giustizia si esprime, con riferimento alla questione di maggior rilievo, nei seguenti termini.

Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita.

Qui di seguito vengono riprodotti i punti (80-88) maggiormente rilevanti della motivazione.

A questo proposito occorre anzitutto rilevare che, come si è constatato ai punti da 36 a 38 della presente sentenza, un trattamento di dati personali, quale quello in esame nel procedimento principale, effettuato dal gestore di un motore di ricerca, può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, nel caso in cui la ricerca con l'aiuto di tale motore venga effettuata a partire dal nome di una persona fisica, dal momento che detto trattamento consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona. Inoltre, l'effetto dell'ingerenza nei suddetti diritti della persona interessata risulta moltiplicato in ragione del ruolo importante che svolgono Internet e i motori di ricerca nella società moderna, i quali conferiscono alle informazioni contenute in un siffatto elenco di risultati carattere ubiquitario (v., in tal senso, sentenza *eDate Advertising e a.*, C 509/09 e C 161/10, EU:C:2011:685, punto 45).

Vista la gravità potenziale di tale ingerenza, è giocoforza constatare che quest'ultima non può essere giustificata dal semplice interesse

economico del gestore di un siffatto motore di ricerca in questo trattamento di dati. Tuttavia, poiché la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima, occorre ricercare, in situazioni quali quelle oggetto del procedimento principale, un giusto equilibrio segnatamente tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona di cui trattasi derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta. Se indubbiamente i diritti della persona interessata tutelati da tali articoli prevalgono, di norma, anche sul citato interesse degli utenti di Internet, tale equilibrio può nondimeno dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica. L'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, da effettuarsi allorché ricevono una domanda quale quella oggetto del procedimento principale, possono ordinare al suddetto gestore di sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale persona, senza che un'ingiunzione in tal senso presupponga che tale nome e tali informazioni siano, con il pieno consenso dell'editore o su ingiunzione di una delle autorità sopra menzionate, previamente o simultaneamente cancellati dalla pagina web sulla quale sono stati pubblicati.

Infatti, come si è constatato ai punti da 35 a 38 della presente sentenza, poiché il trattamento dei dati effettuato nel contesto dell'attività di un motore di ricerca si distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web e incide ulteriormente sui diritti fondamentali della persona interessata, il gestore di tale motore di ricerca quale responsabile del trattamento in questione deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che tale trattamento soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti.

In proposito occorre rilevare che, tenuto conto della facilità con cui informazioni pubblicate su un sito web possono essere riprodotte su altri siti, nonché del fatto che i responsabili della loro pubblicazione

non sempre sono assoggettati alla normativa dell'Unione, non sarebbe possibile realizzare una tutela efficace e completa delle persone interessate nel caso in cui queste dovessero preventivamente o in parallelo ottenere dagli editori di siti web la cancellazione delle informazioni che le riguardano.

Inoltre, il trattamento da parte dell'editore di una pagina web, consistente nella pubblicazione di informazioni relative a una persona fisica, può, eventualmente, essere effettuato «esclusivamente a scopi giornalistici» e beneficiare così, a norma dell'articolo 9 della direttiva 95/46, di deroghe alle prescrizioni dettate da quest'ultima, mentre non sembra integrare tale ipotesi il trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca. Non si può dunque escludere che la persona interessata possa, in determinate circostanze, esercitare i diritti contemplati dagli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 contro il suddetto gestore del motore di ricerca, ma non contro l'editore della pagina web.

Infine, occorre constatare che non soltanto il motivo giustificante, a norma dell'articolo 7 della direttiva 95/46, la pubblicazione di un dato personale su un sito web non coincide necessariamente con il motivo che si applica all'attività dei motori di ricerca, ma che, anche quando tale coincidenza sussista, il risultato del bilanciamento degli interessi in gioco da effettuarsi ai sensi degli articoli 7, lettera f), e 14, primo comma, lettera a), di detta direttiva può divergere a seconda che si tratti del trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca o di quello effettuato dall'editore di detta pagina web, in quanto, da un lato, i legittimi interessi che giustificano questi trattamenti possono essere differenti e, dall'altro, le conseguenze che tali trattamenti hanno per la persona interessata, e segnatamente per la sua vita privata, non sono necessariamente le stesse.

Infatti, l'inclusione nell'elenco di risultati – che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona – di una pagina web e delle informazioni in essa contenute relative a questa persona, poiché facilita notevolmente l'accessibilità di tali informazioni a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca sulla persona di cui trattasi e può svolgere un ruolo decisivo per la diffusione di dette informazioni, è idonea a costituire un'ingerenza più rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata che non la pubblicazione da parte dell'editore della suddetta pagina web.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla seconda questione, lettere c) e d), dichiarando che gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita.

A seguito della sentenza Google Spain il diritto alla cancellazione, dunque, significa anche diritto alla de-indicizzazione [Resta, Zeno-Zencovich 2015].

La sentenza ha raccolto consensi entusiastici [v., ad es., Zuboff 2019, 64-70] e critiche pesanti.

Roberto Pardolesi rileva quanto segue [Pardolesi 2017].

Resta il disagio prodotto dal paradosso in virtù del quale la riedizione di rimbalzo della notizia incorre nella contrarietà al diritto, mentre vi si sottrae la sua versione originale: un po' come opinare che non incorra nei rigori della legge la pubblicazione di un articolo su un quotidiano, laddove vi incappa la sua riproposizione in una rassegna stampa. Viene così profilandosi un'ipocrisia discriminatoria, in ragione della quale l'immediata disponibilità del dato preoccupa molto di più della sua disponibilità tout court: poco importa, dunque, che l'informazione sia comunque accessibile, basta che non sia a portata di un click del vostro computer. Dove si scopre, per altra e inopinata via, che – come insegnava a suo tempo Marshall McLuhan – il medium è il messaggio; meglio, che la stessa ossessione, la quale in positivo induce a ritenere che o si figura nei primi tre posti dei risultati della *query* o non si esiste, in negativo porta a ravvisare, nell'emersione di un dato che non ci attalenta, una sorta di lettera scarlatta digitale.

E ancora sul bilanciamento dei diritti [Pardolesi 2017, note omesse].

Qui conviene sottolineare come questa impostazione prelude ad un bilanciamento fortemente compromesso degli interessi in gioco. Va da sé che di una valutazione incrociata di tal fatta non si possa fare a meno, data la materia con cui ci si misura: con tutti i rischi di paternalismo che vi sono inevitabilmente connessi. Ma spingersi oltre e preconizzare gli esiti di quel bilanciamento è impresa assai più rischiosa. Se si può ragionevolmente convenire che l'interesse della persona a «nascondere» o «modulare» la propria presenza in rete sia normalmente destinato a prevalere su quello economico del gestore del motore di ricerca, appare assai più questionabile la pretesa che analoga prevalenza debba presumersi nei confronti dell'interesse di chi cerca l'informazione. Eppure, la Corte non sembra nutrire dubbi al riguardo: «i diritti fondamentali di cui [agli art. 7 e 8 cit.] prevalgono, in linea di principio, [...] anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona».

La sentenza Google Spain ha costituito la base per l'elaborazione dell'art. 17 del reg. UE 2019/679 (RGPD o GDPR).

L'art. 17 Diritto alla cancellazione («diritto all'oblio») così si esprime.

1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti:
 - a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
 - b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento;
 - c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2;
 - d) i dati personali sono stati trattati illecitamente;
 - e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;

f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.

2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.
3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario:
 - a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione;
 - b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
 - c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3;
 - d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o
 - e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Di fatto oggi il diritto alla de-indicizzazione è gestito dai motori di ricerca (in prima battuta), dalle autorità di controllo della protezione dei dati personali e dai giudici.

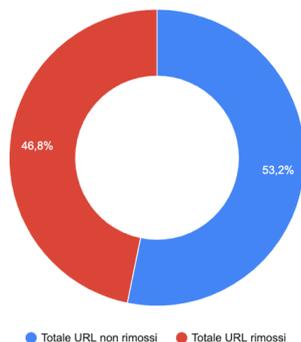
Lo European Data Protection Board (Comitato europeo per la protezione dei dati personali) – un organo europeo indipendente che contribuisce all'applicazione coerente delle norme sulla protezione dei dati in tutta l'UE e promuove la cooperazione tra le autorità competenti per la protezione dei dati dell'UE – ha emanato nel 2019 specifiche linee-guida sull'interpretazione dell'art. 17 GDPR.

Google pubblica i dati relative alle richieste di contenuti ai sensi delle leggi europee sulla privacy¹.

Qui di seguito vengono riprodotti due grafici tratti dal sito di Google².



Figura 18-1: richieste di rimozione e URL di cui è stata chiesta la rimozione.
Fonte: Google (15.1.2021)



Tutti i paesi ▾

Figura 18-2: URL richiesti e rimosse.
Fonte: Google (inizio 28.5.2014 – fine 15.1.2021)

- 1 <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>
- 2 Il secondo grafico reca la seguente didascalia: «questo grafico mostra la percentuale e il numero effettivo di URL rimossi in seguito alla revisione. I dati usati per generare il grafico risalgono all'introduzione della nostra procedura ufficiale per le richieste, avvenuta il 29 maggio 2014. Non sono incluse in questo grafico le richieste di rimozione di URL ancora in attesa di revisione o per la cui elaborazione sono necessarie ulteriori informazioni».

La Corte di Giustizia è tornata sull'argomento con due sentenze della Grande Sezione del 24 settembre 2019.

Nella prima sentenza G.C. c. CNIL causa C-136/17, in *Foro it.*, 2019, IV, 594, la corte ha statuito quanto segue.

- 1) Le disposizioni dell'articolo 8, paragrafi 1 e 5, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, devono essere interpretate nel senso che i divieti o le restrizioni riguardanti il trattamento di categorie particolari di dati personali, di cui alle suddette disposizioni, si applicano, fatte salve le eccezioni previste dalla stessa direttiva, anche al gestore di un motore di ricerca nell'ambito delle sue responsabilità, competenze e possibilità, quale responsabile del trattamento effettuato durante l'attività di tale motore di ricerca, in occasione di una verifica compiuta da tale gestore, sotto il controllo delle autorità nazionali competenti, a seguito di una richiesta presentata dalla persona interessata.
- 2) Le disposizioni dell'articolo 8, paragrafi 1 e 5, della direttiva 95/46 devono essere interpretate nel senso che, in base ad esse, il gestore di un motore di ricerca, in linea di principio, è tenuto ad accogliere, fatte salve le eccezioni previste da tale direttiva, le richieste di deindicizzazione riguardanti link che rinviano a pagine web nelle quali compaiono dati personali rientranti nelle categorie particolari contemplate da tali disposizioni.

L'articolo 8, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che, in conformità di tale articolo, un gestore del genere può rifiutarsi di accogliere una richiesta di deindicizzazione ove constatati che i link controversi dirigono verso contenuti che comprendono dati personali rientranti nelle categorie particolari di cui all'articolo 8, paragrafo 1, ma il cui trattamento è incluso nell'eccezione di cui all'articolo 8, paragrafo 2, lettera e), sempre che tale trattamento risponda a tutte le altre condizioni di liceità poste dalla suddetta direttiva e salvo che la persona interessata abbia, in forza dell'articolo 14, primo comma, lettera a), della medesima direttiva, il diritto di opporsi a detto trattamento per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare.

Le disposizioni della direttiva 95/46 devono essere interpretate nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando riceve una richiesta di deindicizzazione riguardante un link verso una pagina web nella quale sono pubblicati dati personali rientranti nelle categorie particolari di cui all'articolo 8, paragrafi 1 o 5, di tale direttiva, deve – sulla base di tutti gli elementi pertinenti della fattispecie e tenuto conto della gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – verificare, alla luce dei motivi di interesse pubblico rilevante di cui all'articolo 8, paragrafo 4, della suddetta direttiva e nel rispetto delle condizioni previste in quest'ultima disposizione, se l'inserimento di detto link nell'elenco dei risultati, visualizzato in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome della persona in questione, si riveli strettamente necessario per proteggere la libertà di informazione degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a tale pagina web mediante una ricerca siffatta, libertà che è sancita all'articolo 11 della Carta.

3) Le disposizioni della direttiva 95/46 devono essere interpretate nel senso che,

- da un lato, le informazioni relative a un procedimento giudiziario di cui è stata oggetto una persona fisica e, se del caso, quelle relative alla condanna che ne è conseguita costituiscono dati relativi alle «infrazioni» e alle «condanne penali» ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 5, della suddetta direttiva, e
- d'altro lato, il gestore di un motore di ricerca è tenuto ad accogliere una richiesta di deindicizzazione vertente su link verso pagine web, nelle quali compaiono le suddette informazioni, quando queste ultime si riferiscono ad una fase precedente del procedimento giudiziario considerato e non corrispondono più, tenuto conto dello svolgimento di quest'ultimo, alla situazione attuale, nei limiti in cui si constati, nell'ambito della verifica dei motivi di interesse pubblico rilevante di cui all'articolo 8, paragrafo 4, della stessa direttiva, che, tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti della fattispecie, i diritti fondamentali della persona interessata, garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, prevalgono su quelli degli utenti di Internet potenzialmente interessati, protetti dall'articolo 11 di tale Carta.

Nella seconda sentenza *Google c. CNIL* causa C-507/17, in *Foro it.*, 2019, IV, 572 ha affermato quanto segue [Pollicino 2019].

L'articolo 12, lettera b), e l'articolo 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e l'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46 (regolamento generale sulla protezione dei dati), devono essere interpretati nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione in applicazione delle suddette disposizioni, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri, e ciò, se necessario, in combinazione con misure che, tenendo nel contempo conto delle prescrizioni di legge, permettono effettivamente di impedire agli utenti di Internet, che effettuano una ricerca sulla base del nome dell'interessato a partire da uno degli Stati membri, di avere accesso, attraverso l'elenco dei risultati visualizzato in seguito a tale ricerca, ai link oggetto di tale domanda, o quantomeno di scoraggiare seriamente tali utenti.

18.3 Possibili soluzioni ai problemi posti dai Casi 18-1, 18-2. Caso 18-3: archivio online di quotidiano e pubblicazione di notizia di arresto di vent'anni prima

Una possibile soluzione al caso 18-1 è quella del provvedimento n. 557 del 2017 del Garante per la protezione dei dati personali.

[...]

c. accoglie parzialmente il ricorso e, per l'effetto, ordina a Google di rimuovere, entro venti giorni dalla ricezione del presente provvedimento, gli URL tuttora deindicizzati fra i risultati di ricerca ottenuti digitando il nome e cognome del ricorrente, sia nelle versioni eu-

ropee che extraeuropee, estendendo tale attività anche agli Url già deindicizzati nelle versioni europee di Google;

- d. determina l'ammontare delle spese del presente procedimento nella misura forfettaria di euro 500,00, di cui euro 200,00 da addebitarsi al titolare del trattamento, che dovrà liquidarli direttamente a favore del ricorrente; compensa la restante parte per giusti motivi.

Il Garante, nel chiedere a Google ai sensi dell'art. 157 del Codice di comunicare, entro trenta giorni dalla ricezione del presente provvedimento, quali iniziative siano state intraprese al fine di dare attuazione allo stesso, ricorda che l'inosservanza di provvedimenti del Garante adottati in sede di decisione dei ricorsi è punita ai sensi dell'art. 170 del Codice.

Ai sensi degli artt. 152 del Codice e 10 d.lgs. n. 150 del 2011, avverso il presente provvedimento può essere proposta opposizione all'autorità giudiziaria, con ricorso depositato al tribunale ordinario del luogo ove ha la residenza il titolare del trattamento dei dati, entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso, ovvero di sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero.

Una possibile e opposta soluzione al caso 18-1 è quella di Trib. Milano 5 settembre 2018, in *Danno e resp.*, 2019, 122, sentenza originata dalla opposizione al provvedimento 557 del 2017 del Garante del quale si sono appena riportate le conclusioni.

Qualora siano divulgati in rete dati personali relativi a un soggetto che rivesta un ruolo nella vita pubblica (nella specie, sedicente docente universitario candidato alle ultime elezioni politiche), con informazioni di rilievo penale che allo stato non possono ritenersi inesatte e appaiono di sicuro interesse pubblico (in quanto contenute in inchieste giornalistiche che descrivono l'interessato come autore di ripetute molestie ai danni di donne che hanno subito diversi atti di cyberstalking), va revocato il provvedimento del garante per la protezione dei dati personali che, su istanza del soggetto stesso intesa a denunciare il vulnus alla sua reputazione, aveva ordinato a un gestore di motore di ricerca di provvedere alla deindicizzazione su scala globale degli url indicati nel ricorso introduttivo.

Una possibile soluzione al caso 18-2 è quella di Cass., ord., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Foro it.*, 2020, I, 2671.

Va cassata la sentenza di merito che, in parziale accoglimento di un ricorso avverso la pubblicazione, su una testata giornalistica on line, della notizia (riportata col titolo: «Truffa Asl di Teramo per fornitura di protesi, patteggia otto mesi») relativa al patteggiamento con cui si era chiuso un procedimento penale per frode in pubbliche forniture a carico dell'amministratore di società attiva nella distribuzione di dispositivi medicali, constatata la persistenza in rete dell'articolo per effetto dell'intervenuta indicizzazione (che comportava illegittimo trattamento di dati personali e violazione del diritto all'oblio del ricorrente), aveva disposto la cancellazione della notizia, senza: a) accertare se l'intervallo di tempo (un anno e otto mesi) intercorso tra il patteggiamento e il ricorso integrasse il fattore tempo presupposto dal diritto all'oblio; b) verificare (in caso di esito positivo dell'accertamento sub a) se, rispetto alla pubblicazione della notizia giornalistica in questione e al mantenimento della sua visibilità nell'archivio della testata giornalistica e in rete a seguito di consultazione effettuata con motori di ricerca, il diritto all'oblio del ricorrente prevalesse, o non, sui perduranti diritti di cronaca giudiziaria e archiviazione documentale; c) valutare se l'applicazione della misura della deindicizzazione della notizia dai motori generalisti fosse rimedio sufficiente.

Si riportano qui di seguito gli argomenti maggiormente rilevanti di Cass., ord., 19 maggio 2020, n. 9147.

11.3.3. Nel giudizio di comparazione tra i diritti fondamentali della persona ed il diritto alla libertà di espressione, garantiti, rispettivamente, dagli artt. 7, 8 e 11 della «Carta dei diritti fondamentali dell'Ue», l'equilibrio si apprezza raggiunto dalla Corte Europea con lo stabilire che:

a) il gestore del motore di ricerca è obbligato ad intervenire sull'elenco delle informazioni indicizzate provvedendo ad eliminare il link di raccordo verso pagine web dell'archivio online che riportino informazioni sulla persona il cui nome sia stato digitato sulla *query* del motore di ricerca e «ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita» (punto 3 del dispositivo della sentenza 13 maggio 2014 cit.);

b) il gestore del motore di ricerca è obbligato ad intervenire sull'elenco delle informazioni indicizzate, aggiornando la notizia relativa a vicenda giudiziaria penale dell'interessato facendo figurare per primi i link verso pagine web contenenti informazioni attuali sulla situazione dell'interessato (punto 3 del dispositivo della sentenza del 24 settembre 2019 cit.).

La fattispecie in esame, per i contenuti che la connotano, resta più propriamente inquadrabile nell'ipotesi sub a), non venendo per essa in rilievo alcuno l'esigenza di aggiornamento della notizia di cronaca per integrazione del fatto riportato con gli ulteriori esiti giudiziari, secondo principi per i quali, invece, più puntualmente si connota e si lascia apprezzare il precedente di questa Corte di legittimità integrato dalla sentenza n. 5525 del 2012, che, in modo solo generico, viene richiamato dal Tribunale di Pescara a sostenere l'assunta decisione.

12. Dalle indicate conclusioni emergono pure i seguenti principi:

«Il diritto all'oblio è il diritto a non rimanere esposti, senza limiti di tempo, ad una rappresentazione non più attuale della propria persona, con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, per la ripubblicazione – a distanza di un importante intervallo temporale destinato ad integrare il diritto ed al cui decorso si accompagni una diversa identità della persona – o il mantenimento senza limiti temporali di una notizia relativa a fatti commessi in passato, che nella sua versione dinamica consiste nel potere, attribuito al titolare del diritto, al controllo del trattamento dei dati personali ad opera di terzi responsabili»;

«In materia di diritto all'oblio là dove il suo titolare lamenti la presenza sul web di una informazione che lo riguardi – appartenente al passato e che egli voglia tenere per sé a tutela della sua identità e riservatezza – e la sua riemersione senza limiti di tempo all'esito della consultazione di un motore di ricerca avviata tramite la digitazione sulla relativa *query* del proprio nome e cognome, la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, e può trovare soddisfazione, fermo il carattere lecito della prima pubblicazione, nella deindicizzazione dell'articolo sui motori di ricerca generali, o in quelli predisposti dall'editore».

Caso 18-3

La società editrice di un noto quotidiano mette online il proprio archivio storico, nel quale è contenuta la notizia dell'arresto, avvenuto venti anni prima, di un amministratore locale, poi assolto.

Quest'ultimo agisce presso il giudice civile per tutelare le proprie ragioni.

Qual è il problema?

Qual è la soluzione del problema?

Argomentare la soluzione esplicitando la tipologia di argomenti addotti.

CAPITOLO 19.

Contrasto alla pandemia, sorveglianza digitale e protezione dei dati personali

19.1 Il bilanciamento tra tutela della salute e protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza

A proposito del bilanciamento tra tutela della salute e protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza da COVID-19 Giorgio Resta scrive quanto segue [Resta 2020].

Una componente importante di questo nuovo diritto dell'emergenza, la quale merita una particolare attenzione, è costituita dalla disciplina «semplificata», o a seconda dei punti di vista «d'eccezione», della tutela dei dati personali. Questa, composta da tasselli normativi promananti da fonti diverse e operanti su diversi registri (sovrnazionale, nazionale, regionale), è essenzialmente preordinata a rendere più capillare ed efficace la sorveglianza epidemiologica, più agevole lo scambio di informazioni tra le autorità sanitarie, più rapido e meno oneroso il processo di sperimentazione clinica di nuovi medicinali e dispositivi medici, in ultimo più fluido ed effettivo l'intero sistema di gestione della crisi sanitaria in atto [...].

Ovviamente quanto maggiore è la compressione del livello ordinario delle garanzie, sia pure per inoppugnabili fini di interesse pubblico, tanto più alto è il rischio che il diritto alla protezione dei dati personali – pilastro centrale del sistema contemporaneo dei diritti fondamentali – soffra delle limitazioni eccessive e non facilmente revocabili (anche sul piano cognitivo e culturale, che non è certo il meno rilevante, per-

ché meno effimero rispetto al periodo di vigenza di una norma) una volta terminata l'emergenza.

In Italia il sistema delle fonti del diritto dell'emergenza è basato essenzialmente sui seguenti strumenti normativi [Resta 2020]:

- a) dichiarazione dello stato di emergenza, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1 del 2018 (prorogata il 7 ottobre 2020);
- b) ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico»;
- c) decreti legge;
- d) d.p.c.m.

Il quadro normativo è volto a «limitare il godimento di diritti e libertà fondamentali con la finalità di contenimento dell'epidemia e contrasto dei rischi per la sicurezza e la salute dei cittadini». Alcune limitazioni toccano il sistema della protezione dei dati personali [Resta 2020].

Le finalità delle limitazioni del diritto alla protezione dei dati personali sono le seguenti [cfr. Resta 2020]:

- I) disporre di maggiori possibilità di condividere dati personali tra soggetti pubblici e privati per il contrasto dell'epidemia, nonché di maggiori possibilità di condividere dati personali con altri paesi europei e organizzazioni internazionali;
- II) porre obblighi di comunicazione di dati personali da parte dell'interessato;
- III) semplificare gli obblighi del titolare del trattamento dei dati personali (ad es. sul piano della trasparenza e degli obblighi informativi).

Siamo quindi in presenza di una pluralità di norme che integrano e in parte modificano il sistema della protezione dei dati, al fine di bilanciare il rispetto dell'autodeterminazione informativa con le esigenze impellenti di tutela della salute pubblica in una situazione di emergenza sanitaria [Resta 2020].

Ma va precisato che già i principi del GDPR consentono di svolgere attività di tracciamento.

I principi stabiliti dal Regolamento 2016/679 agli artt. 6, 9 e 23 possono di per sé legittimare non soltanto il trattamento dei dati relativi a persone infette, ma anche le attività di ricerca della catena di contagio intraprese a vari livelli dal medico di famiglia, dalle strutture ospedaliere, o dalle altre strutture sanitarie coinvolti [Resta 2020].

19.2 La sorveglianza digitale come mezzo di prevenzione e contrasto all'epidemia: le app di tracciamento

La capacità di tenere sotto controllo l'epidemia dipende, oltre che dai comportamenti personali, dalla forza e dall'efficienza di un sistema sanitario. Per questo, le soluzioni tecnologiche possono aiutare ma di per sé stesse non sono risolutive [cfr. Resta 2020].

Il tracciamento delle persone entrate in contatto con infetti (*contact-tracing*) è ritenuto – fin quando l'epidemia non è fuori controllo – uno strumento efficace.

Il tracciamento può essere fatto solo da personale sanitario specializzato oppure può essere basato sul tracciamento digitale (*tracking*) mediante software (app da scaricare su smartphone).

La via del tracciamento digitale per diverse finalità – non solo legate alla ricostruzione della catena dei contagi – è stata imboccata precocemente nei paesi asiatici come Cina, Taiwan, Corea del Sud, Singapore. I risultati delle strategie basate sul tracciamento digitale sono altalenanti. Di sicuro, si tratta di uno strumento che da solo non può esaurire le misure di prevenzione e contrasto. Inoltre, c'è da tener presente che alcuni dei paesi asiatici nominati non si fondano su sistemi democratici e che in ogni caso in Asia il contesto culturale e tecnologico è marcatamente differente da quello occidentale.

Perché ricorrere al tracciamento digitale? Lo spiega Giorgia Bincoletto [Bincoletto 2020] con riferimento ai benefici di un tale approccio:

- i. supplire ai possibili vuoti di memoria del soggetto potenzialmente contagioso sui soggetti che ha incontrato;
- ii. far emergere i vari contatti sconosciuti al soggetto potenzialmente contagioso, che potrebbero essere a rischio;
- iii. comunicare rapidamente il rischio di contagio alla rete di contatti [...].

Accanto ai benefici, occorre tenere a mente i maggiori rischi di violazione della protezione dei dati personali. Si tratta infatti di strumenti che, se non correttamente regolamentati, possono instaurare un capillare e permanente sistema di sorveglianza di massa.

Inoltre, occorre considerare i seguenti punti:

- a) i dati sanitari sono una tipologia di «petrolio» (materia prima fondamentale) particolarmente appetibile per il capitalismo digitale [Bincolletto 2020];
- b) i rischi in termini di sicurezza informatica sono riducibili ma non eliminabili; all'aumentare della diffusione delle app aumenta anche la minaccia alla sicurezza.

Le architetture di tracciamento digitale basate su app sono essenzialmente due [Resta 2020].

Centralizzata: le autorità sanitarie, accedendo direttamente ai dati conservati su una piattaforma centralizzata (auspicabilmente pubblica) e adoperando una chiave di decrittazione in loro possesso, possono identificare i contatti a rischio e contattarli con celerità per assumere le misure conseguenti.

Decentralizzata: la app invia automaticamente un segnale anonimo di avviso ai contatti stretti, i quali vengono invitati a rivolgersi al personale sanitario per le opportune valutazioni.

L'Unione Europea è intervenuta nella materia con una serie di documenti. I principali sono i seguenti:

- Raccomandazione della Commissione UE dell'8 aprile 2020 C (2020)2296 final, 8/04/20;
- EDPB, Linee guida 04/2020;
- Parlamento Europeo, Risoluzione 17 aprile 2020 n.2020/2616(RSP).

Da tali documenti si deducono alcuni orientamenti degli organi europei sulle basi giuridiche e alcuni punti fermi sui requisiti del trattamento dei dati personali che non dovrebbero essere travalicati dalle regolamentazioni interne ai paesi membri.

Le basi giuridiche del trattamento sono alternativamente le seguenti [Resta 2020]:

- il consenso dell'interessato (art. 6 e 9 GDPR; art. 5 direttiva 2002/58/CE);
- o la finalità di contrasto all'epidemia, nell'interesse pubblico rilevante, in particolare, per fini di tutela della salute (art. 6, p.1, lett. d), e), e 9, par. 2, lett. i) GDPR; art. 15 direttiva 2002/58/CE).

I punti fermi sono i seguenti [Resta 2020]:

- volontarietà dell'uso dell'app;
- anonimizzazione dei dati;
- esclusione della geolocalizzazione;
- per le app multifunzione (diagnostica, tracciamento ecc.), possibilità di esprimere consenso differenziato per ciascuna funzione;
- periodo limitato di conservazione dei dati (non oltre l'emergenza);
- conferma del divieto di decisioni a carattere interamente automatizzato (ex art. 22 GDPR).

19.3 La app Immuni e la protezione dei dati personali

In Italia l'introduzione del tracciamento digitale si deve all'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n.28.

Il Garante per la protezione dei dati personali è intervenuto più volte durante la fase di avvio e di implementazione del sistema di tracciamento digitale.

Molto rilevante è il Provvedimento di autorizzazione 1° giugno 2020.

Il provvedimento introduce nel modo seguente il funzionamento del sistema di tracciamento digitale.

Il Sistema di allerta Covid-19, che rappresenta il sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti (contact tracing), è finalizzato al contrasto della diffusione del Covid-19 ed è complementare alle modalità ordinarie di tracciamento dei contatti già in uso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (SSN). Tale Sistema, denominato Immuni, è composto da un'applicazione (di seguito «app» o «app Immuni») per dispositivi mobili; dai sistemi e dalle componenti tecnologiche e organizzative che ne permettono il funzionamento (di seguito «backend»), nonché da un servizio di interazione con gli operatori sanitari che utilizza il Sistema Tessera Sanitaria (di seguito «Sistema TS»).

Il Ministero della salute è titolare del trattamento dei dati personali raccolti nell'ambito del predetto Sistema e si avvale di Sogei S.p.a. e del Ministero dell'economia e delle finanze, limitatamente all'utilizzo del Sistema TS, che operano in qualità di responsabili del trattamento (art. 28 del Regolamento).

L'applicazione, installata liberamente e volontariamente dagli interessati, consente di avvisare tempestivamente gli utenti di essere entrati in contatto stretto con un soggetto risultato positivo al Covid-19, fornendo raccomandazioni sul comportamento da assumere e invitandoli a consultare il proprio medico.

Accanto a tale meccanismo, è prevista la raccolta di ulteriori dati dai dispositivi degli utenti (c.d. *analytics*) per fini di sanità pubblica, contribuendo, nel contempo, a migliorare il funzionamento del Sistema di allerta Covid-19.

L'app Immuni si basa sull'utilizzo della tecnologia Bluetooth Low Energy (BLE) e sul Framework di Exposure Notification realizzato da Apple e Google (di seguito «Framework A/G»), reso disponibile su dispositivi mobili con sistema iOS e Android, che include interfacce di programmazione delle applicazioni (API – Application Programming Interface) e tecnologie a livello di sistema operativo per consentire il tracciamento dei contatti, senza ricorrere alla geolocalizzazione dei dispositivi degli utenti.

Per i dettagli del funzionamento si rinvia alla lettura integrale del provvedimento del Garante.

Qui occorre riportare le conclusioni, svolte in un momento in cui si avviava la sperimentazione del sistema, del provvedimento.

a) Ai sensi e per gli effetti degli artt. 36, § 5, e 58, § 3, lett. c), del Regolamento e dell'art. 2- *quinquiesdecies* del Codice, autorizza il Ministero della salute ad avviare il trattamento relativo al Sistema di allerta Covid-19 di cui all'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 20, nel rispetto delle seguenti prescrizioni:

1) indicare puntualmente nella valutazione d'impatto, l'algoritmo, basato su criteri epidemiologici di rischio e modelli probabilistici, aggiornandolo costantemente, specificando i parametri di configurazione impiegati e le assunzioni effettuate, rendendolo disponibile alla comunità scientifica (§2);

- 2) informare adeguatamente gli utenti in ordine alla possibilità che l'app generi notifiche di esposizione che non sempre riflettono un'effettiva condizione di rischio, in ragione della possibilità di contatto con persone positive al Covid-19 a causa della propria attività lavorativa, in condizioni tuttavia caratterizzate da un adeguato grado di protezione (§2);
- 3) consentire agli utenti dell'app di disattivarla temporaneamente attraverso una funzione facilmente accessibile nella schermata principale, informando di tale facoltà attraverso le infografiche visualizzate all'atto dell'installazione dell'applicazione (§ 2);
- 4) individuare modalità adeguate a proteggere gli *analytics* nel *backend* di Immuni, evitandone ogni forma di riassociazione a soggetti identificabili, adottando altresì idonee misure di sicurezza e tecniche di anonimizzazione, da individuarsi in ragione delle specifiche finalità in concreto perseguite, nel rispetto dei principi di *privacy by design* e *by default* (§3);
- 5) precisare, nel modello di informativa, la descrizione delle operazioni effettuate con riferimento agli *analytics* di tipo Epidemiological Info e dei dati personali raccolti in relazione alle diverse categorie di interessati (§ 4.1);
- 6) dedicare particolare attenzione all'informativa e al messaggio di allerta tenendo conto del fatto che è previsto l'uso del Sistema anche da parte di minori ultra quattordicenni (§ 4.1);
- 7) fornire adeguate informazioni agli utenti in relazione alle caratteristiche della fase di sperimentazione (§ 4.1 e 8);
- 8) integrare la valutazione d'impatto e l'informativa in relazione alle modalità di esercizio del diritto di cancellazione e di opposizione (§ 4.2);
- 9) integrare, sulla base del principio di responsabilizzazione, la valutazione d'impatto con la descrizione del ruolo e delle operazioni ascrivibili ad altri soggetti lì citati o suscettibili, comunque, di coinvolgimento nel Sistema Immuni, evidenziando la sussistenza di eventuali rischi per gli interessati i cui dati siano trattati dal sistema (§ 6);
- 10) commisurare i tempi di conservazione degli indirizzi ip, per i fini e nei termini richiamati, nella misura strettamente necessaria al rilevamento di anomalie e di attacchi (§ 7.3);

- 11) introdurre misure volte ad assicurare il tracciamento delle operazioni compiute dagli amministratori di sistema sui sistemi operativi, sulla rete e sulle basi dati (§ 7.3);
- 12) adottare misure tecniche e organizzative per mitigare i rischi derivanti dall'upload di TEK non riferite a soggetti positivi a seguito di eventuali errori materiali o diagnostici (§ 7.3).

Per concludere, anche quando il trattamento dei dati personali avviene nel rispetto delle prescrizioni normative e dell'interpretazione del Garante rimangono alcune questioni sul tavolo [cfr. Bincoletto 2020]:

- i) Non tutti dispongono dei mezzi e delle capacità per scaricare e utilizzare l'app di tracciamento (ci si domanda se ciò non faccia sorgere discriminazioni e disuguaglianze);
- ii) L'efficacia del sistema di prevenzione del rischio di contagio e contrasto all'epidemia dipende da quanto accade dopo aver ricevuto l'avviso di rischio contagio [e questo non ha a che fare con la tecnologia ma con la forza e l'efficienza del sistema sanitario nonché con l'andamento dell'epidemia: v. → Paragrafo 19.2].

CAPITOLO 20.

Privacy by design e privacy by default

20.1 Tecnologie che incorporano principi e regole

Nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso si fa strada una nuova teoria nella dottrina giuridica statunitense che si propone di indagare l'impatto delle tecnologie digitali sul diritto. L'assunto di fondo è che le tecnologie digitali incorporano regole di comportamento [v. → Capitolo 4 su diritto e tecnologia e → Capitolo 25].

La prima elaborazione della teoria si deve a Joel Reidenberg, un giurista americano recentemente scomparso [Reidenberg 1998].

Nel suo articolo del 1998 sulla Lex Informatica (espressione che riecheggia la Lex Mercatoria) Reidenberg sostiene che nel contesto delle reti telematiche e della società dell'informazione il diritto statale non è l'unica forma di regolamentazione, le tecnologie digitali e il modo in cui sono progettate incorporano principi e impongono regole di comportamento. I decisori politici dovrebbero comprendere e guidare il processo di costruzione della tecnologia.

Un anno dopo Lawrence Lessig pubblica il suo libro più celebre: «Code and Other Laws of Cyberspace» [Lessig 1999] [v. → Capitolo 4]. Nel titolo del volume «code» sta per codice informatico, per rimarcare il fatto che, nell'era digitale, il software e più in genere le architetture tecnologiche condizionano il comportamento delle persone prima e in modo più penetrante di quanto possa fare il diritto delle leggi e dei giudici.

In quel testo afferma che il comportamento delle persone è condizionato da quattro fattori: l'architettura tecnologica, il diritto formale, le norme sociali (informali), il mercato.

Qui di seguito viene riprodotta la figura con la quale Lessig rappresentò il suo pensiero.

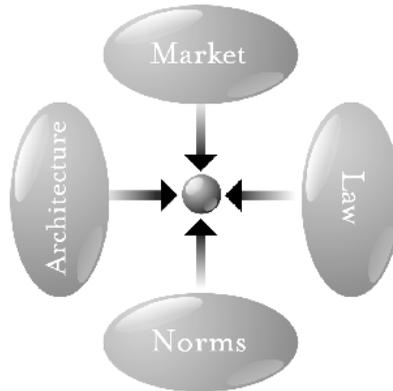


Figura 19-1: [Lessig 1999, 88], versione tratta da Wikipedia, voce *Code and Other Laws of Cyberspace*, CC-BY-SA 2.5

Pochi anni più tardi queste nuove teorie americane erano già circolate in Italia.

Giovanni Pascuzzi, nella prima edizione del suo libro intitolato «Il diritto dell'era digitale» parla della «tecnologicizzazione» come di uno dei tratti caratteristici dell'era digitale [Pascuzzi 2002, 194 ss., note omesse].

Con la parola «tecnologicizzazione» si intende alludere a diversi fenomeni.

- a) [La tecnica come regola]. Tutto ciò che è possibile fare con i computer è determinato dalle istruzioni che compongono i programmi [...] [Pascuzzi 2002, 194, in riferimento a Reidenberg e Lessig].
- b) [I tecnici come fonte della regola (standard)]. Siamo abituati a pensare che le norme vengano poste da soggetti che hanno una qualche forma di legittimazione (o investitura). Spesso il diritto dell'era digitale si sostanzia in standard tecnologici. Gli standard tecnologici vengono definiti in base alle conoscenze considerate più avanzate

- in un determinato contesto storico su un certo aspetto. I soggetti in grado di definire quali siano le acquisizioni più avanzate sono gli esperti del settore: in questo caso si tratta di tecnici. Gli standard del diritto dell'era digitale sono posti da tecnici (che parlano ad altri tecnici) [...] [Pascuzzi 2002, 195].
- c) [La tecnica come tutela]. Meccanismi tecnologici possono garantire in via effettuale la tutela di determinati interessi più di quanto possa fare l'*enforcement* giurisdizionale di una norma astratta. Così nel campo della tutela della privacy, gli accorgimenti che promettono di mantenere l'anonimato. Così nel campo del copyright, gli strumenti che danno all'autore il pieno controllo sullo sfruttamento dell'opera dell'ingegno [Pascuzzi 2002, 196].

Uno dei campi di studio di maggiore interesse è dato dall'interazione tra tecnologia e leggi.

Un esempio è dato dall'interazione tra copyright e misure tecnologiche di protezione delle opere dell'ingegno (si pensi alle misure anticopia applicate a un DVD o alle misure che impediscono di visionare un film, una volta scaduto il periodo di noleggio).

La prima rilevante forma di tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione [MTP] si deve ai World Intellectual Property Organization (WIPO) Treaties del 1996. I legislatori statunitense ed europeo hanno dato attuazione al mandato internazionale emanando rispettivamente il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 e la Direttiva 2001/29/CE. Semplificando, il nucleo comune delle norme sta nel triplice divieto:

1. di elusione delle MTP delle opere;
2. di produzione o diffusione di tecnologie «principalmente finalizzate» all'elusione delle MTP;
3. di rimozione o alterazione delle informazioni sul regime dei diritti [Caso, Pascuzzi 2020, 231].

A proposito della tecnologicizzazione e dell'idea di il controllo esclusivo delle informazioni attraverso le misure tecnologiche di protezione e il Digital Rights Management (DRM) è stato poi osservato quanto segue.

[...] va rilevato che i problemi sollevati dal DRM sono trasversali, cioè chiamano contemporaneamente in causa più materie giuridiche. Di

l'aspetto dalle ingannevoli e superficiali apparenze, le tecnologie digitali ed Internet non riproducono, né emulano le dimensioni del mondo non digitale, sul quale le categorie giuridiche sono state finora edificate. Ad esempio, rispetto al DRM non è molto utile parlare solo di diritto dei contratti, senza considerare le implicazioni (almeno) in termini di proprietà intellettuale e di privacy. Ciò discende dal fatto che anche una singola tecnologia (ad esempio, la crittografia) è in grado di proiettare effetti contemporaneamente in più ambiti giuridici.

In altre parole, tecnologicizzazione significa abituarsi a fare i conti con un'altra espressione della complessità che caratterizza il mondo contemporaneo. Per comprendere e governare fenomeni complessi non si può prescindere dal dialogo tra saperi.

[...] Il controllo privato dell'informazione garantito da tecnologie come il DRM ha caratteristiche completamente differenti da quelle del controllo discendente dal copyright. Il controllo tecnologico è conformante, preventivo, perpetuo e indiscriminato. Il controllo tecnologico spiana la strada ad un inedito potere di autotutela delle regole poste unilateralmente nel contratto [Caso 2004, 193 ss].

L'interazione tra tecnologia e legge ha nella disciplina della protezione dei dati personali uno degli esempi più interessanti. Il riferimento è alle Privacy Enhancing Technologies (PET) e al principio della privacy by design che verrà approfondito nel → Paragrafo 20.2.

[Le PET] sono state sviluppate al fine di assicurare un grado sufficiente di riservatezza (se non di anonimato) nel cyberspazio. Con siffatta locuzione si suole individuare un sistema coerente di tecnologie dell'informazione e della comunicazione che proteggono la privacy eliminando o riducendo i dati personali o prevenendo un trattamento non necessario di dati personali senza compromettere la funzionalità del sistema [Pascuzzi 2020, 97].

Va peraltro rilevato che l'idea di incorporare regole e principi nella tecnologia sta diventando pervasiva.

La fiducia in una progettazione (design) tecnologica che incorpori principi giuridici va anche oltre l'esempio [della privacy by design] fatto:

- *ethic by design*. Nella Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia e nei relativi ambienti [...] si dice che la preferenza dovrà essere data agli approcci: *ethical by design* o *human rights by design*;
- *security by design*. Nelle «Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale» (elaborate dal gruppo di esperti del MISE sull'intelligenza artificiale) si sostiene [...] che l'attenzione va spostata dal concetto di *ethics by design* a un approccio più completo, di *security by design*, concentrandosi non tanto sul tipo di approccio (cioè, l'approccio etico volto a garantire un adeguato livello di sicurezza), quanto sul risultato;
- *safety by design*. Vengono definite in questo modo delle iniziative tese a porre la sicurezza e i diritti degli utenti al centro della progettazione, dello sviluppo e dell'implementazione di prodotti e servizi online [...] [Pascuzzi 2020, 367].

20.2 Privacy by design

In un libro recente Giorgia Bincoletto ricostruisce l'origine del principio della *privacy by design* [Bincoletto 2019, 40 ss. note omesse in riferimento a Cavoukian 2009].

[...] il concetto di *privacy by design* è stato inizialmente elaborato in Canada durante l'ultimo decennio del secolo scorso, grazie alla riflessione di Ann Cavoukian, la quale è attualmente uno dei maggiori esperti mondiali in materia di *privacy*. Ann ha ricoperto il ruolo di Information and Privacy Commissioner dell'Ontario (d'ora in avanti: IPC) dal 1997 al 2014, per l'eccezionale durata di tre mandati. [...]

A parere dell'autrice canadese, è intesa *privacy by design* [...], la realizzazione di un progetto che consideri la protezione dei dati personali e della riservatezza sin dal principio, a partire dalla creazione del prodotto o dell'esecuzione di un servizio. L'approccio è caratterizzato dall'adozione di misure proattive, con lo scopo di anticipare e prevenire le invasioni della *privacy* prima che accadano; per l'appunto la *privacy by design* non consente di attendere la materializzazione del rischio di invasione alla sfera giuridica del soggetto e non intende offrire rimedi successivi, ma mira alla prevenzione, ossia ad operare «before-the-fact».

Al fine di rendere più chiara la metodologia proposta, Ann Cavoukian ha elaborato sette principi fondativi che reggono il suo sistema della privacy, che è concepito ponendo al centro la figura dell'utente. I sette principi proposti sono i seguenti:

1. Proactive not reactive, Preventative not remedial (Proattivo non reattivo, preventivo non correttivo). L'approccio è proattivo perché le misure in materia di privacy devono essere adottate nella fase di progettazione del prodotto tecnologico, per prevenire le violazioni e non doverne cercare un rimedio successivo. Il focus è anche sul ruolo giocato dalle scelte organizzative della direzione di un'azienda nel programma di protezione della privacy;
2. Privacy as the Default Setting (Privacy come impostazione predefinita). È necessario assicurare che i dati personali siano automaticamente protetti in ogni sistema ICT e in qualsiasi pratica commerciale, in modo che, anche quando non sia richiesta un'azione positiva da parte dell'individuo, la sua privacy sia protetta per impostazione predefinita. A questo proposito sono destinate varie tecnologie, tra cui quelle per la regolazione della geolocalizzazione, per l'anonimizzazione del segnale digitale e la crittografia del dato biometrico;
3. Privacy Embedded into design (Privacy incorporata nella progettazione). La privacy deve essere integrata nel design e così rappresentare un'essenziale componente della funzionalità della tecnologia, essendo appunto inserita nella sua architettura;
4. Full functionality—Positive-sum, Not zero-sum (Massima funzionalità, valore positivo e non valore zero). Questo approccio intende soddisfare tutti gli interessi e gli obiettivi in gioco, dimostrando che non sempre è imposto scegliere a vantaggio di una singola posizione ed escluderne un'altra, come nel caso della relazione tra privacy e sicurezza;
5. End-to-end security – full lifecycle protection (Sicurezza fino alla fine, durante tutto il ciclo del prodotto o servizio). L'approccio deve essere mantenuto per tutta la durata del trattamento dei dati, affinché il dato sia acquisito, trattenuto e distrutto in sicurezza e così la gestione dei dati sia conforme dall'inizio alla fine;
6. Visibility and transparency – keep it Open (Visibilità e trasparenza). La protezione deve essere verificabile dall'individuo grazie alla visibilità delle misure e alla loro trasparenza, nel senso che l'individuo può costantemente controllare che le operazioni sui suoi dati siano conformi alle previsioni e agli obiettivi;

7. Respect for User Privacy – keep it User-Centric (Rispetto per la privacy dell'utente, centralità dell'utente). La *privacy by design* richiede che l'utente, l'individuo, sia al centro, perciò devono essere implementate le misure di protezione per impostazione predefinita, la presenza di notifiche appropriate e delle opzioni di policy facili da utilizzare. Tutto ciò perché si deve assicurare la protezione dell'utente indipendentemente dalla sua partecipazione spontanea, ma con opzioni che la rendono in un certo senso obbligatoria.

20.3 L'art. 25 del GDPR

L'Unione Europea ha tradotto nell'art. 25 del GDPR il principio della *privacy by design*.

L'art. 25 (Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita) del GDPR così recita.

1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.
2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

3. Un meccanismo di certificazione approvato ai sensi dell'articolo 42 può essere utilizzato come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo.

Il considerando n. 78 del GDPR così spiega il principio.

La tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati personali richiede l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate per garantire il rispetto delle disposizioni del presente regolamento. Al fine di poter dimostrare la conformità con il presente regolamento, il titolare del trattamento dovrebbe adottare politiche interne e attuare misure che soddisfino in particolare i principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione dei dati di default. Tali misure potrebbero consistere, tra l'altro, nel ridurre al minimo il trattamento dei dati personali, pseudonimizzare i dati personali il più presto possibile, offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali, consentire all'interessato di controllare il trattamento dei dati e consentire al titolare del trattamento di creare e migliorare caratteristiche di sicurezza. In fase di sviluppo, progettazione, selezione e utilizzo di applicazioni, servizi e prodotti basati sul trattamento di dati personali o che trattano dati personali per svolgere le loro funzioni, i produttori dei prodotti, dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere incoraggiati a tenere conto del diritto alla protezione dei dati allorché sviluppano e progettano tali prodotti, servizi e applicazioni e, tenuto debito conto dello stato dell'arte, a far sì che i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati. I principi della protezione dei dati fin dalla progettazione e di default dovrebbero essere presi in considerazione anche nell'ambito degli appalti pubblici.

CAPITOLO 21.

Intelligenza artificiale e processo decisionale automatizzato

21.1 Intelligenza artificiale e processo decisionale automatizzato: l'art. 22 del GDPR

Secondo l'Enciclopedia Treccani online per intelligenza artificiale (IA) si intende la:

Disciplina che studia se e in che modo si possano riprodurre i processi mentali più complessi mediante l'uso di un computer. Tale ricerca si sviluppa secondo due percorsi complementari: da un lato l'i. artificiale cerca di avvicinare il funzionamento dei computer alle capacità dell'intelligenza umana, dall'altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana.

In base a uno dei tanti documenti della Commissione Europea sul tema [comunicazione «Piano coordinato sull'intelligenza artificiale» Bruxelles, 7.12.2018 COM(2018) 795 final]:

Intelligenza artificiale (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi.

In questa definizione risaltano alcuni elementi:

- a) la capacità di interagire con l'ambiente (si compiono azioni sulla scorta dell'analisi dell'ambiente; dunque sembra volersi alludere a concetti come la percezione e la retroazione);
- b) l'autonomia;
- c) la specificità degli obiettivi (che sembra escludere implicitamente la versatilità che è una caratteristica dell'intelligenza umana).

È diffusa la distinzione tra IA forte e IA debole [Sartor 2016, 283; Pascuzzi 2020, 291].

I sostenitori dell'IA forte affermano che un computer, se opportunamente programmato, può diventare una mente con capacità cognitive non distinguibili da quelle umane.

Altri ritengono che esista solo un'IA debole, capace di risolvere problemi specifici e svolgere determinati ragionamenti senza comprenderli per davvero. Questa capacità non esclude che alcuni problemi possano essere risolti meglio e più rapidamente dell'uomo (ad es., giocare a scacchi). Tuttavia, all'IA debole mancano molte capacità della mente umana, tra le quali spicca la versatilità.

Le definizioni di IA vanno prese con le pinze.

Se infatti non è facile definire l'intelligenza (animale e umana), ancora più arduo è definire l'IA [Pascuzzi 2020, 290]. Non è un caso, che la definizione enciclopedica sopra riportata ci ricordi che l'IA serve anche a meglio comprendere i meccanismi della mente umana, che rimangono ancora in gran parte sconosciuti.

La disciplina dell'intelligenza artificiale è nata in ambito informatico – soprattutto grazie alle intuizioni di Alan Turing – ma oggi è una vasta area di studi interdisciplinare [Pascuzzi 2020, 290; Sartor 2020].

Ha conosciuto alterne fortune: ai grandi entusiasmi iniziali sono seguiti anni di disillusione.

In tempi recenti l'uso dell'espressione IA è letteralmente esploso. Si può dire che sia diventato di moda. Talora si usa impropriamente l'espressione intelligenza artificiale con riferimento a una grande capacità di calcolo [Pascuzzi 2020, 291].

Ci si può porre la domanda: perché questa nuova stagione di (apparente) successo?

Innanzitutto, va detto che gli algoritmi alla base delle tecnologie di IA diventano sempre più sofisticati.

[Essi] acquistano la capacità di apprendere (che è forse l'ingrediente principale dell'intelligenza). *Machine learning* (o apprendimento automatico) è quel processo mediante il quale un'unità funzionale migliora le sue prestazioni acquisendo nuove conoscenze o abilità o riorganizzando le conoscenze o le abilità esistenti [Pascuzzi 2020, 300].

L'innovazione avviene poi grazie alle più potenti capacità di calcolo dei computer e alla disponibilità di immense quantità di dati (personali e non personali) generati da fonti differenti su Internet (*big data*).

Giovanni Pascuzzi rileva in proposito quanto segue [Pascuzzi 2020, 299-300]:

I dati acquisiscono senso se vengono strutturati in qualche modo così da assumere un significato e uno scopo: il dato ha senso se diventa un'informazione utile. Dall'insieme delle informazioni organizzate sulla base di uno statuto epistemologico nasce la conoscenza umana. [...] Esiste quindi un filo rosso che porta dal dato grezzo alla conoscenza. Oggi le macchine sono in grado di estrarre conoscenza dai dati. Con l'espressione «*data mining*» si fa riferimento a quel processo computazionale che crea modelli analizzando i dati quantitativi da diverse prospettive e dimensioni, classificandoli ed enucleando potenziali relazioni e impatti. *Data mining* significa estrarre conoscenza dai dati.

Il GDPR affronta esplicitamente il problema del processo decisionale automatizzato con diverse disposizioni che riprendono e ampliano una disciplina già presente nella dir. 95/46. La disposizione centrale è l'art. 22.

L'art. 22 (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione) del GDPR così dispone.

1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.
2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione:

- a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;
 - b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;
 - c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.
3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.
 4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

Il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato corrisponde a principi e regole riguardanti la trasparenza del trattamento [Malgieri, Comandè 2017; Pellecchia 2018].

L'art. 13.2.f (Informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato) del GDPR impone al titolare del trattamento di fornire all'interessato, tra l'altro, informazioni

[sul]l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

L'obbligo vale anche per il caso in cui i dati non siano stati ottenuti dal titolare del trattamento dall'interessato (art. 14 del GDPR).

L'interessato, quindi, ha il diritto (art. 15.1.h GDPR) di ottenere informazioni dal titolare del trattamento circa l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

Il considerando n. 71 del GDPR così recita.

L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Tuttavia, è opportuno che sia consentito adottare decisioni sulla base di tale trattamento, compresa la profilazione, se ciò è espressamente previsto dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento, anche a fini di monitoraggio e prevenzione delle frodi e dell'evasione fiscale secondo i regolamenti, le norme e le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione o degli organismi nazionali di vigilanza e a garanzia della sicurezza e dell'affidabilità di un servizio fornito dal titolare del trattamento, o se è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, o se l'interessato ha espresso il proprio consenso esplicito. In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione. Tale misura non dovrebbe riguardare un minore.

Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fat-

tori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni.

Giorgio Resta in proposito rileva quanto segue [Resta 2019, 517].

Tali norme riflettono il lodevole sforzo di elaborare una disciplina che sia trasversale al settore pubblico e al settore privato, trovando applicazione in entrambi ogniqualvolta ci si confronti con una decisione automatizzata presa a partire da dati personali. Esse soffrono di alcuni limiti intrinseci e di qualche elemento di ambiguità.

Uno dei limiti attiene al rapporto tra diritto a conoscere informazioni significative sulla logica utilizzata nella decisione automatizzata e diritti di proprietà intellettuale.

Il considerando 63 del GDPR «fa espressamente salve le prerogative della proprietà intellettuale» [Resta 2019, 517].

Il considerando 63 del GDPR così ecita.

Un interessato dovrebbe avere il diritto di accedere ai dati personali raccolti che la riguardano e di esercitare tale diritto facilmente e a intervalli ragionevoli, per essere consapevole del trattamento e verificarne la liceità. Ciò include il diritto di accedere ai dati relativi alla salute, ad esempio le cartelle mediche contenenti informazioni quali diagnosi, risultati di esami, pareri di medici curanti o eventuali terapie o interventi praticati. Ogni interessato dovrebbe pertanto avere il diritto di conoscere e ottenere comunicazioni in particolare in relazione alla finalità per cui i dati personali sono trattati, ove possibile al periodo in cui i dati personali sono trattati, ai destinatari dei dati personali, alla logica cui risponde qualsiasi trattamento automatizzato dei dati e, almeno quando è basato sulla profilazione, alle possibili

conseguenze di tale trattamento. Ove possibile, il titolare del trattamento dovrebbe poter fornire l'accesso remoto a un sistema sicuro che consenta all'interessato di consultare direttamente i propri dati personali. Tale diritto non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software. Tuttavia, tali considerazioni non dovrebbero condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni. Se il titolare del trattamento tratta una notevole quantità d'informazioni riguardanti l'interessato, il titolare in questione dovrebbe poter richiedere che l'interessato precisi, prima che siano fornite le informazioni, l'informazione o le attività di trattamento cui la richiesta si riferisce.

21.2 I fondamenti della disposizione normativa e la giurisprudenza amministrativa sulle decisioni algoritmiche. Caso 21-1: procedura amministrativa basata su algoritmo segreto

Prima di illustrare il caso 21-1 e il relativo problema. È bene svolgere alcune premesse su decisioni automatizzate e algoritmi.

Partiamo dalla definizione di algoritmo.

Secondo l'Enciclopedia Treccani online per algoritmo si intende:

[...] un procedimento di calcolo esplicito e descrivibile con un numero finito di regole che conduce al risultato dopo un numero finito di operazioni, cioè di applicazioni delle regole.

Giovanni Pascuzzi riporta la seguente definizione [Pascuzzi 2020, 291]:

un insieme finito di regole ben definite per la soluzione di un problema in un numero finito di passaggi.

Aver dato una prima definizione di algoritmo dice ancora poco sulla complessità della materia. Gli algoritmi, infatti, rispondono a differenti tipologie [Pascuzzi 2020, 291].

a) Algoritmi deterministici che prevedono una sequenza fissa e predefinita di passaggi.

- b) Algoritmi non deterministici con almeno un'istruzione che ammette più di un'alternativa nei passi successivi che possono essere compiuti; dunque, più soluzioni finali sono possibili.
- c) Algoritmi probabilistici con almeno un'istruzione che ammette più passi successivi, ognuno dei quali ha una certa probabilità di essere scelto.
- d) Algoritmi di apprendimento (*machine learning*).
- e) Algoritmi predittivi, i quali costituiscono un ingrediente fondamentale delle pratiche di *data analytics* legate ai *big data*.

In proposito Giovanni Pascuzzi rileva quanto segue:

L'elemento interessante è che, per molti, il concetto di algoritmo è divenuto sinonimo di automazione di un processo decisionale e, quindi, di decisione automatizzata.

Il problema delle decisioni automatizzate si è posto recentemente sul piano del diritto amministrativo [Smorto, Cavallaro 2019].

Il caso 21-1 può essere formulato nei seguenti termini.

Caso 21-1

Nell'ambito di una procedura amministrativa volta a formulare proposte di assunzione a tempo indeterminato di docenti della scuola pubblica, l'individuazione dei ruoli e delle sedi viene determinata da un sistema informatico per mezzo di un algoritmo, il cui funzionamento rimane sconosciuto.

Il problema può essere formulato come segue.

È legittima la procedura amministrativa che, per formulare proposte di assunzione a tempo indeterminato di docenti della scuola pubblica, individua i ruoli e le sedi mediante un algoritmo il cui funzionamento rimane sconosciuto?

La risposta data da Cons. Stato sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, 606, è la seguente:

Posto che l'algoritmo a cui una amministrazione affidi un proprio processo decisionale deve essere considerato a tutti gli effetti un atto amministrativo informatico, ne deriva che tale algoritmo deve essere conoscibile – con riferimento ai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti – e soggetto alla cognizione e al sindacato del giudice amministrativo (nella specie, è stata ritenuta illegittima la procedura automatizzata prevista dalla l. 107/15, tesa ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato nelle scuole perché i giudici non sono stati in grado di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'algoritmo adoperato dall'amministrazione, sono stati assegnati i posti disponibili, essendosi verificati esiti illogici e irrazionali come il trattamento di maggior favore riservato a docenti con minori titoli e minore anzianità).

Gli argomenti maggiormente rilevanti della decisione sono i seguenti.

In primo luogo, come già messo in luce dalla dottrina più autorevole, il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere «conoscibile», secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. [...]

Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti.

Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. [...]

In altri termini, la «caratterizzazione multidisciplinare» dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la «formula tecnica», che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella «regola giuridi-

ca» ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice. [...]

In secondo luogo, la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. [...]

Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali.

In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo. [...]

[...] Il giudice deve poter sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della «regola» che governa l'algoritmo, di cui si è ampiamente detto.

Il tema è stato ripreso da Cons. Stato 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, III, 340. Ma questa volta il riferimento all'art. 22 GDPR è esplicito e diretto.

Qui di seguito si riportano gli argomenti maggiormente rilevanti.

In secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione *Loomis vs. Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Nel caso in cui una decisione automatizzata «produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona», questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su

tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano. [...]

In terzo luogo, dal considerando n. 71 del regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti.

Sul piano però dei rapporti tra privati resta il problema del confronto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina delle decisioni automatizzate, al quale si è già accennato sopra.

Scrive a riguardo Giorgio Resta [Resta 2019, 518, note omesse].

Il problema, però, rimane quanto meno per il settore privato e per i trattamenti algoritmici condotti dalla p.a. sulla base di rapporti contrattuali con effetti obbligatori e non traslativi della titolarità. Parrebbe auspicabile, a tal proposito, optare per un'interpretazione restrittiva della clausola di salvaguardia dei diritti di proprietà intellettuale e affermare la prevalenza del diritto d'accesso dell'interessato, in linea peraltro con quanto espresso nei considerando 34 e 35 della direttiva 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali.

CAPITOLO 22.

Intelligenza artificiale e diritto d'autore

22.1 L'intelligenza artificiale e la nozione di creatività del diritto d'autore

L'incrocio tra IA e diritti della personalità è complesso e pone molte questioni. Una delle questioni è stata affrontata nel → Capitolo 21 sul processo decisionale automatizzato.

In questo capitolo si affronta un'altra questione attinente al diritto d'autore.

Le possibili interazioni tra diritto d'autore e IA sono molteplici. Qui ci si occupa del problema delle opere create da (o con il contributo di) sistemi di IA [Musso 2018; Lavagnini 2018; Ginsburg, Budiardjo 2019; Spedicato 2019; Mezei 2020; Fontanarosa 2020; Trevisanello 2020].

La creatività è ritenuta una caratteristica peculiare dell'homo sapiens ed è alla base del diritto d'autore.

L'art. 2575 c.c. è così formulato.

Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

L'art. 1, comma 1, della l.d.a. così recita.

Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti

figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

L'art. 6 della l.d.a. così dispone.

Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale.

Si veda, ad esempio, il principio elaborato dalla Cassazione sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nel quale si esalta il nesso tra creatività e personalità (Cass. 29 maggio 2020, n. 10300).

La protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione [...].

In particolare, la creatività è alla base del riconoscimento dei diritti morali (diritti della personalità) [v. → Capitolo 11 sul diritto morale d'autore].

La sezione II del capo III del titolo I della l.d.a. è intitolata emblematicamente «Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore (Diritto morale dell'autore)».

L'art. 20, comma 1, che apre la sezione II, così recita.

Indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, previsti nelle disposizioni della sezione precedente, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

Un nuovo problema si pone oggi: l'IA può essere creativa? [cfr. → Capitolo 21] Se la risposta alla prima domanda dovesse essere affermativa (almeno con riferimento ad alcune forme di IA), qual è l'impatto dell'IA creativa sul diritto d'autore?

Lasciando da parte il dibattito sulla possibilità di attribuire all'IA una sorta di personalità giuridica, i problemi più importanti sono quelli posti nel → Paragrafo 22.3.

Prima di descrivere alcuni esempi e porre i problemi di maggiore rilevanza operativa, si possono evidenziare alcuni punti che meritano attenzione.

- a) Il diritto d'autore è andato progressivamente espandendosi riducendo l'area del pubblico dominio. Una protezione dei risultati prodotti dall'IA avrebbe come conseguenza l'ulteriore riduzione del pubblico dominio.
- b) Dietro il dibattito sull'IA creativa si muovono notevoli interessi economici. Questi interessi rischiano di schiacciarne altri (come quello dell'accesso alla conoscenza), sempre in gioco nella proprietà intellettuale e nel diritto d'autore.
- c) Il diritto d'autore ed in particolare il diritto morale (come gli altri diritti della personalità) sono antropocentrici. Sono stati elaborati avendo a mente l'uomo. Sebbene molte leggi sul diritto d'autore, compresa quella italiana, non definiscano i concetti fondanti di autore, creatività (originalità), espressione (forma espressiva) e opera, non vi è dubbio che essi sono stati concepiti in un'epoca tecnologica che non conosceva l'IA. La capacità di adattamento di questi concetti è relativa.

22.2 Intelligenza artificiale e opere dell'ingegno

Negli ultimi anni si parla molto dell'intelligenza artificiale. Ma le tecnologie digitali avevano già inciso profondamente sul diritto d'autore [Caso, Pascuzzi 2020, 201, riferimenti omissi].

Nello stereotipo romantico l'attività creativa sarebbe frutto del lavoro del singolo, dell'individuo. L'utilizzo di tecnologie informatiche nell'attività creativa vede sempre più spesso protagonisti team o comunità di soggetti. Si pensi alle comunità che sviluppano il software *open source*

di cui si dirà tra breve. Attualmente ci sono algoritmi che generano un'enorme quantità di testi che circolano su Internet. Recentemente alcuni progetti di c.d. «intelligenza artificiale» hanno reso possibile la creazione di quadri con lo stile e la tecnica di pittori morti da secoli. La domanda che sorge spontanea è: chi l'autore di quei testi o di questi quadri? [...]. In taluni casi le nuove tecnologie ridefiniscono il rapporto fra autore dell'opera e fruitore della stessa. L'ipertesto ridisegna il ruolo del lettore. La fisicità del libro cartaceo definisce in modo inequivoco un inizio e una fine. Il nuovo genere letterario non ha punti di avvio o di arrivo prestabiliti. Nel libro è esclusivamente l'autore a creare la sequenza e, quindi, la gerarchia dei contenuti. Nell'ipertesto è il lettore a decidere percorsi, sequenze, gerarchie. Potendo seguire strade diverse, batterà quella più consona ai propri interessi. Il lettore diventa protagonista come l'autore perché può scegliere come proseguire nella lettura.

Il tema dell'intersezione tra proprietà intellettuale e intelligenza artificiale è così introdotto da Giorgio Spedicato [Spedicato 2019, note omesse].

Sebbene l'avvento di un'intelligenza artificiale c.d. generale in grado di raggiungere, o addirittura superare, l'intelligenza umana sia ancora lontano e, per alcuni esperti, del tutto irrealizzabile, i sistemi di intelligenza artificiale (SIA, o AIS nella versione inglese dell'acronimo) hanno fatto straordinari passi avanti negli ultimi anni, arrivando a emulare la mente umana e le sue abilità in un significativo numero di attività tipicamente creative da sempre ritenute appannaggio esclusivo degli esseri umani, come tradurre testi, redigere articoli di attualità, scrivere poesie, comporre musica, dipingere opere d'arte, ideare soluzioni a problemi tecnici.

Ciò che ancora oggi potrebbe apparire a molti solo una futuribile utopia – o distopia, secondo una visione più pessimistica ma in verità non meno diffusa dell'intelligenza artificiale, alimentata dalla più classica letteratura fantascientifica – è tuttavia frutto di un'evoluzione lenta e quanto mai discontinua nel settore delle ricerche in materia, che nel corso del tempo hanno alimentato grandi aspettative cui hanno fatto spesso seguito altrettanto grandi disillusioni.

Se proprio per questo è vero che l'intelligenza artificiale ha vissuto nel tempo stagioni buie fatte di promesse tradite, la fase attuale mostra il volto di una nuova primavera tecnologica, il cui inizio parrebbe essere

coinciso con un netto *paradigm shift* nell'approccio ingegneristico utilizzato (da quello basato sul ragionamento simbolico a quello basato su algoritmi di apprendimento statistico alimentati da vaste quantità di dati), che si sta oggi mostrando in grado di produrre risultati prima solo fantastici.

In un recente articolo di Simona Lavagnini sul tema si porta un famoso esempio relativo alle opere delle arti visive [Lavagnini 2018, 361-362].

Per quanto riguarda il diritto d'autore, si può citare l'esperimento del collettivo «Obvious», basato a Parigi, che ha utilizzato il sistema informatico GAN (Generative Adversarial Network). In questo caso il collettivo (che non ritiene di definirsi né autore né artista – per le ragioni che vedremo -) ha utilizzato il sistema in questione, che si basa su algoritmi sviluppati dal ricercatore inglese Goodfellow, per realizzare un ritratto in uno stile pittorico che fosse compreso fra il 14mo e il 20mo secolo.

L'obiettivo era quello di ottenere un ritratto che fosse del tutto indistinguibile da un ritratto realizzato da un autore umano, per quanto riguarda lo stile e il soggetto, e che fosse contemporaneamente «originale». Il sistema GAN si basa su due dispositivi che interoperano l'uno con l'altro. Il primo è costituito da un generatore di immagini, cui vengono forniti determinati input (in questo caso 15.000 ritratti realizzati fra il 14mo e 20mo secolo). Il generatore identifica e mima le caratteristiche salienti delle opere fornite, creando in sequenza un numero crescente di nuove immagini, fino a che il secondo dispositivo facente parte della macchina, ossia il sistema discriminatore, non accetta tali immagini, non essendo più in grado di distinguerle da quelle effettivamente realizzate dagli autori umani e che sono state immesse nella banca dati della macchina. La prima opera creata dal GAN, il «Compt de Bellamy» (un omaggio – nel nome – all'autore dell'algoritmo Goodfellow) è stata prima acquistata da un collezionista londinese per 10.000 euro e a quanto pare sarà presto battuta all'asta da Christies (nella prima asta in assoluto che riguardi un'opera dell'ingegno dell'arte visuale realizzata con l'intelligenza artificiale). Il «Compte de Bellamy» è quindi stato considerato a tutti gli effetti un'opera dell'ingegno protetta dalle leggi sul diritto d'autore, con un valore del tutto assimilabile a quello di altre opere d'arte. Questo è certamente un primo esempio significativo di impatto dell'intelligenza artificiale nel

mondo della proprietà intellettuale, anche se potrebbe restare il dubbio, soprattutto quando si tratti di arte visuale, della reale totale assimilabilità di un'opera creata dall'intelligenza artificiale in questo modo ad un'opera dell'ingegno vera e propria realizzata da un autore umano, posto che nell'opera creata dall'intelligenza artificiale manca – per definizione – l'aspetto della manualità dell'autore, e la conseguente unicità dell'esemplare.

Qui di seguito nella figura 22-1 una riproduzione a bassa risoluzione dell'opera «Portrait of Edmond Belamy»¹. Venduta nell'ottobre 2018 da Christie's di per 432,500 dollari.



Figura 22-1: Portrait of Edmond Belamy, 2018, created by GAN (Generative Adversarial Network). Image © Obvious

22.3 Problemi

L'opera dell'ingegno generata mediante intelligenza artificiale è in pubblico dominio (nessuna protezione) o protetta da diritto d'autore?

Una larga parte della dottrina italiana è contraria a riconoscere il diritto d'autore sulle creazioni frutto di intelligenza artificiale.

¹ Fonte: <https://www.christies.com/>

Si possono qui riportare, ad esempio, gli argomenti addotti da Alberto Musso [Musso 2018, 504-505, note omesse].

In assenza di possibili norme ad hoc nel futuro più o meno prossimo, possono allora già rilevarsi due fattori di analisi che – allo stato dell'arte attuale – paiono negare un carattere creativo a tali outputs: in primo luogo, infatti, sul piano del diritto della proprietà intellettuale – quanto meno in Europa – la personalità fisica dell'autore permane un criterio stabilito da norme sovraordinate oltre che recepito dalla giurisprudenza; in secondo luogo, sul piano del diritto antitrust, la possibilità della creazione di milioni o miliardi di opere dell'ingegno (solo) oggettivamente originali, attraverso agenti sempre più sofisticati e costosi da parte di singoli enti o sviluppatori, porrebbe in crisi la facoltà dei terzi di creare opere nuove, trovandosi altrimenti *newcomers* una barriera all'entrata di (pressoché infinite) opere protette e – stante il regime bernese di tutela senza formalità costitutive, pubblicazioni o, di regola, neppure fissazioni su supporti – per di più potenzialmente inconoscibili, a priori, dai terzi.

Se l'opera è protetta, chi è il titolare del diritto economico d'autore?

Vi è chi auspica l'attribuzione dei diritti esclusivi in capo all'utilizzatore del sistema di intelligenza artificiale.

A ben vedere, dunque, l'attribuzione in via esclusiva dei diritti sui risultati creativi prodotti da un sistema di IA al suo utilizzatore – almeno quando tali prodotti vengano realizzati nel contesto di un'organizzazione imprenditoriale – parrebbe potersi giustificare con l'opportunità di tutelare un interesse che è tradizionalmente protetto dalla disciplina della proprietà intellettuale, e oggi in modo ancora più evidente quando si osservino le traiettorie seguite nel contesto di taluni accordi commerciali trans-nazionali, ossia l'interesse alla tutela degli investimenti imprenditoriali finalizzati a portare l'innovazione (*recte*, i prodotti innovativi) sul mercato, anche nel riflesso costituito dallo speculare interesse a scoraggiare e reprimere condotte parassitarie o comunque concorrenzialmente illecite in relazione ai risultati di tali investimenti. Un interesse, non è inutile sottolinearlo, di particolare attualità in un contesto in cui l'Europa appare scontare un significativo ritardo negli investimenti privati in IA rispetto ai suoi diretti concorrenti e in cui l'impegno della Commissione UE appare orientato a creare

un ambiente, anche giuridico, in grado di stimolare tali investimenti [Spedicato 2019, note omesse].

Vi sono, invece, coloro che ritengono che sia preferibile attribuire l'esclusiva al programmatore del sistema di intelligenza artificiale.

[...] Allorquando ci si trovi di fronte ad un lavoro creativo l'ordinamento dovrebbe offrire protezione all'opera, a prescindere dal fatto che non esista un soggetto umano che possa essere ritenuto, per lo meno direttamente, autore di tale creazione. Sulla scia di tale corrente di pensiero dottrina meno recente ha sostenuto, partendo dal presupposto che l'apparecchio elettronico non crea dal nulla, bensì opera sulla base di un programma immesso dall'uomo che può già considerarsi «creativo», che la titolarità del diritto d'autore spetti al programmatore. Tale teoria è stata ripresa e sviluppata da una recente dottrina, la quale sostiene che anche in ipotesi di opere generate dall'intelligenza artificiale sussista l'elemento della originalità, il quale si manifesterebbe però in un momento antecedente a quello della creazione dell'opera, riguardando così la persona fisica che programma il sistema intelligente o, in alternativa, quella che lo sviluppa o lo utilizza, alla quale, in definitiva, dovrebbe essere imputata la paternità dell'opera. Non si tratterebbe, però, di attribuire al programmatore il «classico» diritto d'autore ma un diritto sui generis, il quale non avrebbe la funzione di tutelare le opere dell'ingegno in quanto opere creative, bensì di offrire un compenso agli ingenti investimenti, finanziari e lavorativi, di coloro che hanno creato il sistema. La soluzione proposta si fonderebbe su una precisa opzione di politica legislativa e troverebbe giustificazione nel principio per cui il titolo originario dell'acquisto del diritto d'autore è la creazione dell'opera, quale peculiare espressione del lavoro intellettuale (art. 6 l.d.a.) [Fontanarosa 2020, 148, note omesse, ivi riferimenti].

Ma chi si muove verso la proteggibilità delle opere frutto dell'intelligenza artificiale taglia dal giro il diritto morale. Non a caso si fa riferimento a un diritto connesso al diritto d'autore o a un diritto sui generis.

CAPITOLO 23.

Il diritto d'autore accademico e la mercificazione della scienza

23.1 Il diritto d'autore accademico

Del diritto d'autore si è accennato nel → Capitolo 6 su come si affronta un esame scritto e si è parlato con maggiori dettagli nel → Capitolo 10 sul diritto morale d'autore e nel → Capitolo 22 su intelligenza artificiale e diritto d'autore

L'argomento va ora ripreso con riferimento alle pubblicazioni scientifiche.

Si è già rilevato nel → Capitolo 6 su come si affronta un esame scritto che gli studenti universitari generalmente non ricevono una preparazione sulle nozioni di base della proprietà intellettuale e del diritto d'autore.

Può accadere, perciò, che gli studenti ignorino come funzioni il diritto d'autore sulle pubblicazioni scientifiche, cioè il diritto d'autore accademico.

Per comprendere il funzionamento del diritto d'autore accademico occorre svolgere una breve premessa storica.

La scienza moderna nasce come scienza pubblica in contrapposizione alle prassi di segretezza precedenti [Rossi 2007, 17 ss.].

La finalità di rendere pubblici i risultati della ricerca scientifica fu aiutata dal ricorso alla stampa a caratteri mobili che garantiva la più ampia diffusione delle idee.

Si prenda il famoso *incipit* della lettera di Galileo Galilei a Bartolomeo Vinta del 1610, nella quale il grande pisano spiega la scelta di dare alle stampe il suo libro intitolato «Sidereus nuncius».

Parmi necessario, per aumentare il grido di questi scoprimenti, il fare che con l'effetto stesso sia veduta et riconosciuta la verità da più persone che sia possibile [...].

Poco tempo dopo, nel 1655, nasce la prima rivista scientifica moderna: le *Philosophical Transactions*. La pubblicazione fu voluta da lord Oldenburg, segretario della Royal Society.

Oldenburg decide di dare alle stampe le lettere che gli scienziati (allora chiamati filosofi naturali) si scambiavano per descrivere i risultati degli esperimenti e formalizzare le loro scoperte.

Fu così che le lettere divennero articoli di riviste a stampa. La rivista scientifica rappresentò da quel momento in poi un registro pubblico della priorità della scoperta scientifica [Guédon 2004].

È da notare che questo importante passaggio storico avviene in base alle norme informali della comunità scientifica e precede la prima legge moderna sul diritto d'autore (lo Statute of Anne inglese del 1710) [Izzo 2010].

L'autore scientifico, dunque, pubblica non tanto per ricevere un compenso dalla vendita delle copie – come avviene ad esempio per l'autore di un romanzo –, ma per certificare la priorità della scoperta e garantirsi che il suo pensiero riceva la più ampia diffusione possibile, anche al fine di raccogliere osservazioni e critiche. Perché la costruzione di nuova conoscenza, come si è detto nel → Capitolo 6, costituisce un'impresa ontologicamente collettiva. Insomma, la pubblicità è funzionale alla revisione dei lettori. I lettori reagiscono pubblicando a loro volta per aderire o per criticare il pensiero di chi ha pubblicato in precedenza (revisione paritaria pubblica).

Solo in un secondo momento, con la comparsa delle prime leggi moderne sul diritto d'autore, le pubblicazioni scientifiche diventano anche opere dell'ingegno protette dal diritto formale.

In sintesi, per diritto d'autore accademico si intende un sistema finalizzato alla condivisione delle idee e allo sviluppo dello scetticismo organizzato, cioè di quel controllo diffuso sulle nuove acquisizioni della scienza

[Merton 1942]. Questo sistema si basa sull'interazione – un circolo virtuoso – tra norme informali della comunità scientifica, tecnologia della comunicazione (stampa, Internet) e diritto formale (la legge sul diritto d'autore) [Caso 2018; Caso 2020, 127].

Si veda la figura seguente.

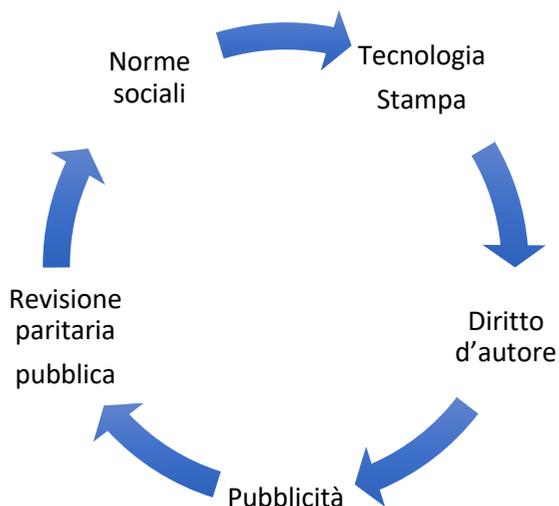


Figura 23-1: Il diritto d'autore accademico nell'era della stampa

Un principio che collega il diritto d'autore alle norme informali della scienza è rappresentato dalla distinzione tra idea non protetta e forma espressiva protetta [v. → Capitoli 6 e 11]. Infatti, come si è già detto, il diritto d'autore protegge solo la forma espressiva non le idee, le teorie, i fatti e i dati che sono alla base di essa. Le idee e le teorie scientifiche sono perciò in pubblico dominio. Tutti possono usare la teoria della relatività, ma occorre riconoscere la paternità di Einstein.

Un altro principio di collegamento tra norme informali e diritto formale è il principio che riconosce all'autore la titolarità dell'opera scientifica. Se anche l'autore lavora come dipendente all'interno di un'organizzazione pubblica o privata (ad es. un'università), è a lui e non all'organizzazione che spetta la titolarità del diritto d'autore. L'autore parla in nome della scienza e di sé stesso, non in nome dell'istituzione od organizzazione di cui è parte.

Il diritto d'autore accademico, dunque, è un aspetto fondamentale della libertà di espressione del pensiero e della libertà accademica (libertà rispettivamente protette, nella nostra Costituzione, dall'art. 21 e dall'art. 33).

Scegliere se pubblicare o meno un'opera scientifica, scegliere dove pubblicarla, disporre del diritto di usare le idee altrui riconoscendo correttamente la paternità costituiscono concretizzazioni di tali libertà.

Libertà e responsabilità sono due concetti che racchiudono il senso della pubblicazione scientifica. Rendere pubblico il proprio pensiero scientifico è un atto di libertà, ma anche un atto di responsabilità: si devono riconoscere correttamente i contributi di altri [v. → Capitolo 6], si devono riportare correttamente i dati su cui si basano le acquisizioni scientifiche, ci espone alle critiche di chi legge.

23.2 Valutazione e mercificazione

Per secoli gli scienziati si sono rivolti a editori professionisti per diffondere le loro idee. L'editoria è rimasta fino a tempi recenti un'impresa essenzialmente artigianale.

Ma dopo la Seconda guerra mondiale, con la crescita esponenziale di ricercatori e pubblicazioni scientifiche, si è fatta strada l'idea che occorresse individuare alcune riviste scientifiche fondamentali perché le biblioteche di ricerca non potevano acquistare tutte le riviste presenti sul mercato [Guédon 2004].

Per individuare tali riviste Eugene Garfield creò un indice citazionale chiamato Fattore di Impatto (Impact Factor) che misura quanto è citato l'articolo «medio» di una rivista nei due anni precedenti a quelli della misurazione. Garfield fondò un'impresa commerciale la quale iniziò a vendere servizi di misurazione delle citazioni ovvero servizi bibliometrici. Questa invenzione commerciale mirava ad accreditare un'idea scientificamente errata e cioè che solo le riviste con alto Fattore d'Impatto sono riviste fondamentali. L'idea passò nella comunità scientifica e il Fattore d'Impatto iniziò a essere utilizzato anche per determinare la carriera degli scienziati e dei professori universitari.

Con l'avvento dell'era digitale le riviste fondamentali si sono trasformate in costosissime banche dati e gli editori scientifici si sono trasformati in imprese di analisi dei dati che vendono servizi valutativi (ad es. il calcolo di indici bibliometrici come l'Impact Factor). Il fenomeno ha riguardato a lungo solo le c.d. scienze dure, ma ora interessa progressivamente sempre di più anche il campo delle scienze umane e sociali.

Di più, il mercato delle riviste scientifiche e dei servizi valutativi è diventato oligopolistico. Se, infatti, la rivista viene considerata fondamentale perché ad alto Fattore d'Impatto non ha un sostituto perfetto sul mercato. Inoltre, la nuova rivista che voglia affacciarsi sul mercato incontra barriere difficilmente sormontabili perché l'acquisizione di reputazione in termini di citazioni richiede tempo.

A peggiorare lo scenario c'è la strategia commerciale dei grandi oligopolisti i quali offrono licenze di accesso online a pacchetti di riviste e libri. In altri termini, praticano il *bundling*, cioè l'offerta a pacchetto con contratti pluriennali. Questa strategia ingessa ulteriormente il mercato determinando un aumento esponenziale dei prezzi di accesso alle banche dati scientifiche.

Dalla prospettiva dell'autore di una pubblicazione scientifica questo enorme potere di mercato, legato alla valutazione bibliometrica, si traduce in potere contrattuale. L'autore che aspiri a pubblicare sulla rivista ad alto Fattore di Impatto è disposto a firmare contratti standard che hanno come clausola centrale la cessione in via esclusiva totale e definitiva di tutti i diritti economici d'autore (il diritto di riproduzione, il diritto di distribuzione, il diritto di comunicazione al pubblico ecc.). Ad esempio, la clausola del contratto di cessione dei diritti economici d'autore su un articolo scientifico potrebbe essere formulata nei seguenti termini.

L'autore cede pienamente e definitivamente all'editore tutti i diritti economici d'autore sull'articolo scientifico. I diritti comprendono, a titolo di esempio, il diritto di pubblicare a mezzo stampa, il diritto di comunicare al pubblico, il diritto di riprodurre, il diritto di distribuire il diritto di trarre opere derivate.

Quando l'autore accetta il contratto – generalmente l'accettazione avviene per iscritto, soprattutto quando si tratta di uno dei grandi editori oligopolisti –, l'editore ha il controllo esclusivo della circolazione del te-

sto. Ad es., se l'autore della pubblicazione scientifica è anche un docente universitario non può distribuire ai propri studenti la medesima pubblicazione senza l'autorizzazione dell'editore. In alternativa, deve chiedere agli studenti di comprare la pubblicazione, o meglio di acquistare licenze d'uso del contenuto digitale.

Ciò costituisce un evidente paradosso. Nel momento in cui l'umanità dispone della tecnologia più potente per dialogare (Internet), si limita artificialmente la diffusione delle pubblicazioni scientifiche al fine di avvantaggiare gli interessi commerciali di pochi oligopolisti.

Molti studiosi denunciano la crescente tendenza a sostituire il faticoso giudizio basato sulla valutazione dei contenuti delle pubblicazioni scientifiche con il calcolo delle citazioni. In un clima culturale che alimenta la competizione, invece di favorire la cooperazione tra scienziati, la degenerazione delle logiche e delle procedure valutative induce uno snaturamento del diritto d'autore accademico: da strumento di libertà e responsabilità esso si trasforma in strumento della mercificazione della conoscenza scientifica e dell'asservimento a un potere decisionale concentrato nelle mani di pochi. I diritti economici non servono alla diffusione dell'opera, ma al contrario alla restrizione della sua circolazione su Internet. Il diritto morale di paternità non serve al riconoscimento del contributo del singolo all'impresa collettiva, ma al contrario funge da presupposto per la misurazione delle citazioni.

Questo ecosistema induce tre distorsioni: (1) la formazione di oligopoli, (2) la pirateria digitale delle pubblicazioni scientifiche nonché (3) la crescita dei casi di frode scientifica e di plagio accademico.

Il nuovo scenario può essere sintetizzato nella figura seguente.

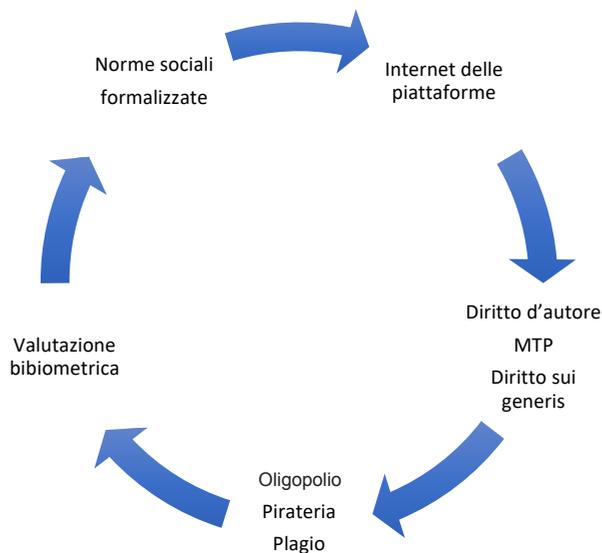


Figura 23-2: Il diritto d'autore accademico nell'era della mercificazione digitale

23.3 L'Open Access e il diritto morale di liberare i testi

C'è un'alternativa all'attuale (e avvelenato) ecosistema della comunicazione scientifica. La comunità degli scienziati ha, grazie a Internet, la possibilità di riprendere (almeno in parte) il controllo delle pubblicazioni.

Tale possibilità ha un nome: Open Access [Suber 2012; Pievatolo 2012; Caso 2020].

Come si è visto nel → capitolo 5 su come si cerca l'informazione giuridica,

La letteratura ad accesso aperto è digitale, online, gratuita e libera dalle principali restrizioni imposte mediante diritto d'autore e licenze contrattuali [Suber 2012, 4].

Questa definizione rende esplicito che per Open Access in senso stretto non si intende il mero accesso gratuito, ma l'accesso gratuito associato a diritti di utilizzo (ad es., riproduzione, elaborazione, comunicazione al pubblico).

Occorre muovere dal principio generale che riserva all'autore e non all'organizzazione di cui è eventualmente parte la titolarità del diritto d'autore.

Essendo l'autore scientifico titolare dell'opera (ad es., un articolo destinato a una rivista), può decidere di usare una licenza libera (ad es. una Creative Commons License) per consentire al pubblico di accedere gratuitamente e con diritti d'uso alla pubblicazione.

Le licenze Creative Commons sono licenze non esclusive, irrevocabili, universali e perpetue. Sono inoltre modulari.

I moduli sono così denominati:

- 1) *attribution*, che richiede il riconoscimento della paternità, ma concede ampi diritti d'uso, compresa l'elaborazione dell'opera;
- 2) *share-alike*, che richiede a chi licenzia nuove opere basate sull'opera licenziata di concedere gli stessi identici diritti concessi dal licenziante sull'opera originaria;
- 3) *no-derivatives*, che impedisce di trarre opere derivate dall'opera licenziata;
- 4) *non-commercial*, che impedisce di usare per finalità commerciali l'opera licenziata.

È possibile combinare i moduli dando vita a sei diverse licenze in modo da concedere più o meno libertà al pubblico. Ad esempio, questo libro è pubblicato in Open Access in base a una licenza *attribution-share alike*.

Essenzialmente esistono due forme di Open Access:

- a) La pubblicazione in una sede editoriale che è fin dall'inizio ad accesso aperto;
- b) La ripubblicazione (comunicazione al pubblico su Internet) di quanto pubblicato in precedenza ad accesso chiuso (cioè in sedi editoriali che praticano restrizioni di diritto d'autore e contrattuali al fine di commercializzare i contenuti).

La forma sub b) è resa possibile attraverso due strategie: la prima contrattuale (i), la seconda legislativa (ii).

- i) La conservazione per via contrattuale dei diritti di ripubblicazione e comunicazione al pubblico. L'autore può negoziare con l'editore al fine di riservarsi il diritto di ripubblicare (comunicare al pubblico) in Open

Access una versione dell'opera. Con riferimento ai testi scientifici potrebbe trattarsi del manoscritto modificato a seguito del controllo di altri scienziati. O più difficilmente della versione finale pubblicata dall'editore. Tale strategia negoziale si presenta ostica se condotta autonomamente da parte dell'autore, in quanto il suo potere negoziale di fronte all'editore è generalmente molto limitato. Nel sistema valutativo attuale, infatti, gli autori scientifici sono spinti a pubblicare, come si è visto, in sedi editoriali che godono di un distintivo (bollino) bibliometrico. Se la carriera accademica dello scienziato dipende dalla pubblicazione in sedi ad alto Fattore di Impatto, difficilmente l'autore avrà il coraggio di iniziare ed eventualmente rompere una trattativa negoziale con un editore dal quale dipende (indirettamente) la propria reputazione scientifica (e, per chi lavora in istituzioni, la progressione lavorativa). Per risolvere questo problema si è recentemente fatta strada una soluzione alternativa che rappresenta un rimedio peggiore del male.

L'ente che finanzia la ricerca impone all'autore scientifico di dare allo stesso una licenza non esclusiva per la pubblicazione in Open Access in modo di mettere di fronte al fatto compiuto l'editore. Se l'autore ha concesso in licenza non esclusiva la pubblicazione in Open Access al proprio finanziatore, non potrà cedere in esclusiva e in via definitiva all'editori i diritti economici.

Il rimedio è peggiore del male perché limita la libertà di scelta dell'autore scientifico.

- ii) L'inserimento nella legge sul diritto d'autore di un diritto di ripubblicazione (comunicazione al pubblico) in Open Access. Nel 2013 la Germania ha modificato la propria legge sul diritto d'autore per istituire un «digital second publication right» un diritto di ripubblicazione in Open Access con riferimento alle pubblicazioni scientifiche. La norma ha un campo di applicazione limitato, perché richiede la ricorrenza di alcuni prerequisiti stringenti. Ma ha rappresentato un modello che ha iniziato a circolare in altri paesi europei (i Paesi Bassi, la Francia, il Belgio). Anche in Italia è stata avanzata una proposta che riprende il modello tedesco e la proposta dell'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta. La proposta pende davanti al Senato come ddl 1149 dal novembre 2019.

Tutte le disposizioni normative hanno natura imperativa, cioè mirano a neutralizzare la clausola con la quale l'autore cede i diritti economici all'editore. Il diritto di ripubblicazione in Open Access è, in altri termini, inalienabile.

Le leggi olandese e belga aggiungono all'inalienabilità anche la caratteristica dell'irrinunciabilità.

Inalienabilità e irrinunciabilità fanno del diritto di ripubblicazione in Open Access un vero e proprio diritto morale d'autore, cioè un diritto della personalità.

CAPITOLO 24.

Brevetti per invenzione, biotecnologie e diritti della persona

24.1 Brevetti per invenzione industriale: brevi cenni introduttivi

La giustificazione teorica dominante per l'esistenza dei brevetti per invenzione industriale è da rinvenirsi nella teoria degli incentivi.

Senza un intervento dello Stato il mercato concorrenziale nel campo dell'innovazione tecnologica non è in grado di funzionare da sé (c.d. fallimento del mercato). Non ci sarebbero incentivi sufficienti a innovare.

È infatti molto costoso produrre l'innovazione tecnologica, mentre è poco costoso copiarla e appropriarsi dello sforzo inventivo altrui.

Per questo motivo lo Stato ha essenzialmente due alternative.

- a) Intervenire nella produzione di innovazione tecnologica, producendola direttamente o premiando i produttori.
- b) Istituire piccoli monopoli legali (diritti di esclusiva) denominati appunto brevetti per invenzione industriale. Tali diritti di esclusiva incentivano l'inventore a produrre innovazione tecnologica, in quanto attraverso l'esclusiva è possibile proteggere l'investimento effettuato per la creazione dell'invenzione evitando l'appropriazione da parte di concorrenti.

Si tratta dunque di un'anomalia nell'idealizzazione del mercato concorrenziale. Si rimedia al fallimento del mercato, creando artificialmente il più classico dei fallimenti di mercato: il monopolio. L'anomalia è tolle-

rata perché il monopolio legale (il diritto di esclusiva) è limitato in durata e ampiezza. In particolare, per quanto riguarda la durata, una volta scaduto il brevetto tutti possono liberamente sfruttare l'invenzione.

Come il diritto d'autore – già affrontato in questo corso: v. → Capitoli 6, 11, 22 – anche il brevetto per invenzione industriale è un diritto giovane (nella macrostoria del fenomeno giuridico) e controverso. Peraltro, le correnti di pensiero ostili al brevetto sono ideologicamente trasversali: vanno dal pensiero di ispirazione socialista fino a quello ultraliberista.

L'ostilità ideologica al brevetto è oggi corroborata da studi empirici che mettono in dubbio la reale portata incentivante del brevetto. Di più, mettono in evidenza la distorsione del meccanismo giuridico per finalità estranee all'incentivazione dell'innovazione tecnologica (si pensi al fenomeno di c.d. *patent troll*, brevetti dormienti non corrispondenti a un'attuazione dell'invenzione, che hanno il solo scopo di estorcere denaro alle imprese esposte al rischio di incappare nella violazione dell'esclusiva durante il proprio processo di innovazione tecnologica).

Veniamo ora alla disciplina italiana (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, Codice della proprietà industriale (c.p.i.).

Come si è accennato, il brevetto è un titolo di esclusiva limitato temporalmente (dura massimo 20 anni; art. 60 c.p.i.) e in ampiezza (ad esempio, non copre le invenzioni banali; non copre scoperte, teorie, piani, principi, metodi, programmi e presentazioni di informazioni considerati in quanto tali; art. 45 c.p.i.), consistente nel diritto esclusivo di realizzare l'invenzione industriale, disporne e farne un uso commerciale, vietando tali attività ad altri soggetti non autorizzati (art. 66 c.p.i.).

Il brevetto è rilasciato dallo Stato, attraverso un suo ufficio (nel nostro paese denominato Ufficio Italiano Brevetti e Marchi), all'esito di una procedura amministrativa.

La domanda di brevetto deve contenere la descrizione del contenuto dell'invenzione, le rivendicazioni e i disegni necessari alla sua intelligenza (art. 51 c.p.i.).

Il brevetto costituisce un titolo di esclusiva territoriale. Vale solo per il territorio dello Stato dove è stato richiesto e ottenuto. Ma ci sono convenzioni internazionali che facilitano l'estensione territoriale. Tra queste particolare importanza riveste la Convenzione sul Brevetto Europeo, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973 e amministrata dall'European Patent Office (EPO) o Ufficio Brevetti Europeo. Tale convenzione

consente a ogni cittadino o residente di uno Stato membro di far leva su un'unica procedura europea per il rilascio di brevetti.

Anche il diritto di brevetto per invenzione industriale conosce un aspetto personalistico: il diritto di paternità (art. 62 c.p.i.).

L'invenzione per essere brevettabile deve rispondere ai seguenti requisiti:

- a) novità: non deve rientrare nello stato della tecnica (art. 46 c.p.i.);
- b) attività inventiva: per una persona esperta del ramo non deve risultare in modo evidente dallo stato della tecnica (art. 48 c.p.i.);
- c) industrialità: deve avere applicazioni industriali (art. 49 c.p.i.);
- d) liceità: l'attuazione dell'invenzione non deve essere contraria all'ordine pubblico o al buon costume (art. 50 c.p.i.).

Il brevetto può essere contestato in giudizio:

- per mancanza dei uno dei requisiti elencati;
- per usurpazione (ovvero per violazione del diritto morale di paternità).

24.2 Brevetti biotecnologici e diritti della persona. Caso 24-1: richiesta di brevetto attinente a una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti

Le biotecnologie costituiscono un campo estremamente redditizio e complesso dell'innovazione. Matteo Ferrari e Umberto Izzo così pongono la questione delle invenzioni biotecnologiche, «cioè di quelle invenzioni che attengono a prodotti costituiti da (o contenenti) materiale biologico». [Ferrari, Izzo 2012, 206 note omesse].

Con quest'ultima espressione si intende «materiale contenente informazioni genetiche, autoriproducibile o capace di riprodursi in un sistema biologico». Il problema o, *rectius*, la peculiarità delle invenzioni biotecnologiche è data dal fatto che esse riguardano informazioni codificate in sequenze genetiche: queste informazioni possono essere privatizzate, creando così un monopolio circa il loro utilizzo? In caso positivo, con quali limiti? Le informazioni genetiche costituiscono quanto di più basilare si possa immaginare in termini di conoscenza:

qualsiasi forma di vita è costituita da una serie di informazioni contenute in sequenze genetiche. Proprio perché si tratta di informazioni così fondamentali, la concessione di una protezione monopolistica ha da sempre incontrato forte ostilità da parte di coloro per i quali la conoscenza dovrebbe essere un bene pubblico e, come tale, non appropriabile. Per altro verso, l'individuazione e l'utilizzo delle informazioni genetiche comporta investimenti economici rilevanti: senza una adeguata protezione giuridica nessuna azienda sarebbe disposta a investire risorse.

La complessità delle invenzioni biotecnologiche deriva da questi elementi:

- a) la difficoltà di tracciare confini netti tra natura e attività inventiva umana;
- c) il rischio di un'estesa *commodification* (mercificazione) del vivente e del corpo umano (con implicazioni etiche di notevole portata);
- d) il pericolo di una riduzione dell'accesso a una conoscenza fondamentale in diversi campi che vanno dalla tutela della salute all'alimentazione.

Il modello giuridico statunitense, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha spinto molto nella direzione della brevettabilità delle biotecnologie.

Vanno ricordate almeno tre tappe rilevanti della via intrapresa dagli USA.

- 1) La sentenza della Corte Suprema *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980) ha dato il via libera alle invenzioni biotecnologiche.
- 2) L'emanazione del Bayh-Dole Act che ha consentito alle università americane di brevettare invenzioni derivanti dalle attività di ricerca finanziata con fondi pubblici delle agenzie federali [Caso 2005 ; Granieri 2010]].
- 3) La sentenza della Corte Suprema della California *Moore v. Regents of the University of California* (July 9, 1990) 51 Cal. 3d 120 con la quale si è statuito che le persone non hanno diritto di controllo esclusivo sulle parti staccate del proprio corpo [Resta 2014b].

[Nel caso *Diamond v. Chakrabarty*] un microbiologo aveva presentato una domanda di brevetto per un batterio che aveva creato attraverso un processo di ingegneria genetica. In seguito alla decisione negativa

espressa dall'autorità competente, basata sul fatto che il batterio era un organismo vivente e quindi non brevettabile, il microbiologo aveva adito le vie giudiziarie per ottenere una decisione che affermasse il diritto a brevettare l'organismo. La Corte Suprema riconosce tale diritto, ritenendo che il batterio rientri nella nozione di *composition of matter* contenuta nella sezione 101 del titolo 35 dell'USC. In chiave più generale, i giudici pongono alcuni importanti principi interpretativi per quanto riguarda la brevettabilità del materiale biologico. In primo luogo, le disposizioni legislative in materia di brevetti devono essere interpretate in senso ampio e omnicomprensivo: questo tipo di interpretazione trova sostegno nei lavori preparatori del Patent Act [...]. In secondo luogo, la distinzione che i giudici devono considerare nel decidere la brevettabilità o meno del materiale biologico non è il fatto che questo sia un organismo vivente o meno, quanto il fatto che questo sia un prodotto della natura o il frutto dell'ingegno umano. Se il materiale biologico rientra in questa seconda categoria, allora sarà brevettabile [...]. [Ferrari, Izzo 2012, 211, note omesse].

Tuttavia, un freno alla brevettabilità in campo genetico è stato posto dalla sentenza della Corte Suprema USA *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. 576 (2013) [Resta 2013; Resta 2014b].

Nel 2009 una vasta coalizione di pazienti, medici e ricercatori universitari, patrocinati dalla celebre associazione per la tutela dei diritti civili, nota con l'acronimo ACLU (American Civil Liberties Union), aveva convenuto in giudizio di fronte alla Corte distrettuale per il Southern District di New York la società Myriad Genetics, l'Università dello Utah e l'Ufficio brevetti statunitense. L'azione era volta ad ottenere la declaratoria di nullità dei brevetti aventi ad oggetto le sequenze dei geni onco-soppressori BRCA1 e BRCA2 – geni dalle cui mutazioni deriva la predisposizione al carcinoma mammario e a quello ovarico – ed i relativi test diagnostici. Questi, brevemente, i presupposti di fatto della controversia. La società Myriad, fondata agli inizi degli anni '90 del ricercatore Mark Skolnick, riuscì a precedere altri gruppi statunitensi ed internazionali nella corsa al sequenziamento dei geni BRCA1 e BRCA2, impiegando a tal scopo capitali privati e pubblici (il finanziamento concesso dal National Institute of Health e da altri enti, tra i 2 e i 5 milioni di dollari, rappresentava circa un terzo del costo complessivo del progetto). Ottenuti diversi brevetti sui geni e sui metodi diagnostici,

Myriad aveva iniziato a commercializzare i kit per l'esame genetico in regime di esclusiva e a proteggere i propri brevetti in maniera particolarmente aggressiva. [...]

La Corte Suprema degli Stati Uniti, con una storica decisione del 13 giugno 2013, ha ribaltato il giudizio d'appello, stabilendo con voto unanime che, a differenza del DNA sintetico, un segmento isolato di DNA non è suscettibile di brevettazione ai sensi del § 101 del Patent Act, in quanto mero 'prodotto della natura' [Resta 2014b, 63-65].

Insomma, i brevetti biotecnologici (e più in generale i brevetti su farmaci e dispositivi medici) incrociano, tra gli altri, il diritto alla salute e il diritto alla vita. Anche in questo settore si pone il problema della privatizzazione dei beni comuni della conoscenza.

Si tratta di un vero e proprio campo di battaglia, come rilevato da Stefano Rodotà [Rodotà 2012, 126-127].

Gli intrecci tra vita e beni comuni sono palesi. Li rivela il diritto alla salute, quando si concretizza nel diritto all'accesso ai farmaci, che sfida continuamente le logiche proprietarie affidate in primo luogo al diritto dei brevetti. Qui, come tutte le volte in cui si affronta il tema dei beni comuni, non siamo di fronte a processi lineari. Ogni passaggio è faticoso, problematico. È un gioco che si svolge su molti livelli, al quale partecipa una molteplicità di attori.

Persone e Stati, soggetti nazionali e internazionali, società farmaceutiche e organizzazioni di cittadini si confrontano continuamente, spesso in modo conflittuale. Ma la salute, malgrado il persistere di alcune radicate resistenze, si presenta come un diritto fondamentale riconosciuto in modo sempre più ampio e intenso, un punto di partenza ineludibile, un riferimento essenziale. Si manifesta in modo sempre più marcato una impostazione non proprietaria, soprattutto nei paesi dove il conflitto tra la tutela della vita e della salute e la logica del mercato è più evidente e drammatico.

In questo conflitto continuo ci troviamo di fronte a molte possibili impostazioni, talora diverse, spesso complementari. Utilizzazioni nuove di strumenti come le licenze obbligatorie o di pratiche come le importazioni parallele. Ricorso intenso al potere politico. Emersione informale di coalizioni di Stati, testimoniata dalle strade scelte da paesi come il Brasile, il Sudafrica, la Thailandia, e sostenuta da interventi incisivi delle loro corti supreme.

Il diritto fondamentale alla salute incontra così la conoscenza, e il diritto dei brevetti si trasforma in un campo di battaglia. Paesi come il Brasile, il Sudafrica, l'India invocano il diritto di produrre farmaci a basso costo (e di esportarli a certe condizioni), indispensabili per curare milioni di malati di Aids o di malaria, anche violando i diritti di cui sono titolari le grandi multinazionali farmaceutiche. L'accesso alla conoscenza, in questa prospettiva, diviene una condizione necessaria per impedire che la salute sia governata esclusivamente da chi la considera una merce da comprare sul mercato, e non un diritto fondamentale della persona.

La questione capitale è rappresentata, dunque, da una possibile metamorfosi di un sapere tutto risolto nella logica proprietaria, com'è per la produzione farmaceutica. Il risultato di questo processo, che peraltro investe la conoscenza nel suo complesso, è la sua trasformazione, parziale o totale, in un bene comune. Non siamo, allora, di fronte a una semplice associazione tra diritti fondamentali e beni comuni, bensì alla produzione di beni comuni attraverso i diritti fondamentali.

La materia dei brevetti biotecnologici è regolata nell'Unione Europea dalla direttiva 98/44/CE (in Italia dagli art. 81-bis ss. c.p.i.).

A margine della direttiva, Ferrari e Izzo rilevano quanto segue [Ferrari, Izzo 2012, 207].

Rispetto al problema fondamentale cui si accennava in precedenza, e cioè se le informazioni genetiche possano essere oggetto di brevetto, la risposta è positiva, ma con alcuni limiti. In primo luogo, ed è questo un limite che vale per qualsivoglia brevetto, si deve trattare di «invenzioni nuove che comportino un'attività inventiva e siano suscettibili di applicazione industriale, anche se hanno ad oggetto un prodotto consistente in materiale biologico o che lo contiene, o un procedimento attraverso il quale viene prodotto, lavorato o impiegato materiale biologico» (art. 3, par. 1). La regola generale favorevole alla brevettabilità, viene rafforzata dal secondo paragrafo dell'art. 3: il fatto che il materiale biologico preesista al suo isolamento dall'ambiente naturale in cui era inserito o ad un procedimento tramite cui è stato prodotto non osta alla sua brevettabilità. [...]

Secondo limite alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche è dato dal divieto di brevettare invenzioni il cui sfruttamento commer-

ciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume (art. 5, par. 1) [...].

I casi presentati in questo capitolo riguardano essenzialmente due disposizioni normative: l'art. 6 e l'art. 9 della dir. 98/44/CE.

L'art. 6 così recita.

1. Sono escluse dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume; lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare.
2. Ai sensi del paragrafo 1, sono considerati non brevettabili in particolare:
 - a) i procedimenti di clonazione di esseri umani;
 - b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano;
 - c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali;
 - d) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare su di loro sofferenze senza utilità medica sostanziale per l'uomo o l'animale, nonché gli animali risultanti da tali procedimenti.

L'art. 9 così recita.

Fatto salvo l'articolo 5, paragrafo 1, la protezione attribuita da un brevetto ad un prodotto contenente o consistente in un'informazione genetica si estende a qualsiasi materiale nel quale il prodotto è incorporato e nel quale l'informazione genetica è contenuta e svolge la sua funzione.

Il Caso 24-1 riguarda una vicenda finita all'attenzione della Corte di Giustizia (CGUE 18 ottobre 2011, C- 34/10 Brüstle v. Greenpeace).

Il Caso 24-1 è così descritto nella sentenza della Corte di Giustizia.

Caso 24-1

Il sig. Brüstle è titolare di un brevetto tedesco, depositato il 19 dicembre

1997, relativo a cellule progenitrici neurali isolate e depurate, a procedimenti per la produzione delle stesse a partire da cellule staminali embrionali e alla loro utilizzazione per il trattamento di anomalie neurali. Nel fascicolo del brevetto depositato dal sig. Brüstle è indicato che l'impianto di cellule cerebrali nel sistema nervoso costituisce un metodo promettente per il trattamento di numerose malattie neurologiche. Esistono già prime applicazioni cliniche, segnatamente su pazienti affetti dal morbo di Parkinson.

Al fine di poter rimediare ad anomalie neurali è, infatti, necessario impiantare cellule progenitrici, ancora in grado di evolvere. Orbene, questo tipo di cellule esiste sostanzialmente soltanto durante la fase di sviluppo del cervello. Il ricorso ai tessuti cerebrali di embrioni umani pone importanti problemi etici e non consente di far fronte al fabbisogno di cellule progenitrici necessarie per rendere accessibile al pubblico la cura mediante terapia cellulare.

Per contro, in base al fascicolo di cui trattasi, le cellule staminali embrionali aprono nuove prospettive di produzione di cellule destinate ai trapianti. Pluripotenti, esse possono differenziarsi in tutti i tipi di cellule e di tessuti ed essere conservate nel corso di numerosi passaggi in tale stato di pluripotenza e proliferare. Il brevetto di cui trattasi mira a porre rimedio, in tali circostanze, al problema tecnico di una produzione in quantità praticamente illimitata di cellule progenitrici isolate e depurate, aventi proprietà neuronali o gliali, ricavate da cellule staminali embrionali.

Su domanda di Greenpeace eV, il Bundespatentgericht (Tribunale federale dei brevetti) ha constatato, fondandosi sull'art. 22, n. 1, del PatG, la nullità del brevetto di cui trattasi, in quanto quest'ultimo riguarda le cellule progenitrici ottenute a partire da cellule staminali embrionali umane e su procedimenti per la produzione di tali cellule progenitrici.

La Corte di Giustizia era chiamata a risolvere i seguenti problemi.

- Cosa costituisce embrione umano?
- Costituisce embrione umano una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti?
- L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 riguarda l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica?
- L'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza?

La risposta della corte è nei seguenti termini.

L'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/Ce, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, deve essere interpretato nel senso che:

- costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi;
- spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44.

L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto.

L'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora l'insegnamento tecnico oggetto della domanda di brevetto richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, indipendentemente dallo stadio in cui esse hanno luogo e anche qualora la descrizione dell'insegnamento tecnico oggetto di rivendicazione non menzioni l'utilizzazione di embrioni umani.

I punti della motivazione che chiamano in causa la dignità come limite della brevettabilità sono i 32 e 34 della motivazione.

A tale riguardo, dal preambolo della direttiva emerge che, se è vero che quest'ultima mira a incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana. Il sedicesimo «considerando» della direttiva, in particolare, sottolinea che «il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo».

Il contesto e lo scopo della direttiva rivelano pertanto che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere

un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva deve essere intesa in senso ampio.

A margine della sentenza Greenpeace Giorgio Resta rileva quanto segue [Resta 2013, note omesse].

La Corte, in particolare, ha escluso la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, la cui attuazione presupponga il compimento di attività configgenti con il precetto di tutela della dignità umana (nella specie: l'utilizzazione di cellule staminali embrionali umane per ricerca). Indipendentemente dalle obiezioni mosse da più parti alla nozione di «embrione» accolta dal collegio, è assai rilevante che la Corte abbia recisamente smentito la tesi della diversità di piani tra giudizio di liceità dell'innovazione e giudizio di validità del brevetto, con ciò ponendo le premesse per una più stretta comunicazione tra diritti di proprietà intellettuale e principi costituzionali.

L'impiego dei diritti fondamentali in funzione conformativa dei diritti di proprietà intellettuale costituisce probabilmente il passaggio più rilevante della riflessione teorico-pratica dell'ultimo decennio e dischiude prospettive importanti proprio per la tematica dei beni comuni. Mentre la lettura tradizionale tendeva a risolvere il rapporto tra le due categorie secondo un ideale armonico di mutuo rafforzamento, soprattutto nel senso che la garanzia della proprietà intellettuale rappresenterebbe l'espressione di un diritto umano, l'esperienza applicativa sta oggi dimostrando che l'ipotesi più realistica è quella del contrasto. Quanto più i regimi d'esclusiva tendono ad espandersi a beni e servizi rilevanti per lo sviluppo umano, tanto più sui diritti fondamentali viene a gravare un indispensabile compito di bilanciamento e neutralizzazione degli effetti distorsivi dei dispositivi dominicali. L'attenzione delle corti e dell'opinione pubblica è venuta sin qui prevalentemente ad appuntarsi su una peculiare tipologia di conflitto: quella tra il regime di sfruttamento delle privative e il precetto di protezione dei diritti umani. Il caso emblematico è ovviamente quello dell'accesso ai farmaci antiretrovirali coperti da brevetto, ma vi sono molte altre fattispecie rilevanti, come quella del contrasto tra tutela del diritto d'autore in Internet e privacy o tra copyright e libertà d'informazione.

In tutti questi casi i diritti fondamentali sono stati invocati in funzione di limiti esterni dei diritti di proprietà intellettuale, al fine di ricondurre

l'esercizio dell'esclusiva all'interno dei binari della legalità costituzionale (generalmente attraverso un'interpretazione flessibile degli strumenti interni allo stesso diritto industriale, come la licenza obbligatoria del diritto dei brevetti o le cause di libera utilizzazione del diritto d'autore).

24.3 Il conflitto tra proprietà intellettuale e accesso alla conoscenza nel campo delle biotecnologie agroalimentari. Caso 24-2: brevetto su enzima resistente al glifosato e sua estensione

Ecco il caso 24-2 tratto da Corte giustizia 6 luglio 2010, C-428/08.

Caso 24-2

La Monsanto è titolare del brevetto europeo EP 0 546 090 rilasciato il 19 giugno 1996, avente ad oggetto la 5-enolpyruvylshikimate-3-fosfato sintasi che conferisce tolleranza al glifosato (in prosieguo: il «brevetto europeo»). Tale brevetto europeo produce i suoi effetti, in particolare, nei Paesi Bassi.

Il brevetto europeo descrive una classe di enzimi EPSPS di classe II non sensibili al glifosato. Le piante che contengono siffatti enzimi sono resistenti al glifosato, mentre le erbe infestanti vengono distrutte. I geni che codificano gli enzimi di classe II sono stati isolati a partire da tre batteri. La Monsanto ha inserito tali geni nel DNA di una pianta di soia che ha chiamato soia RR («Roundup Ready»). In seguito a tale inserimento, la pianta di soia RR sintetizza un enzima EPSPS di classe II chiamato CP4-EPSPS, resistente al glifosato. Essa diviene quindi resistente all'erbicida Roundup.

La Cefetra e la Toepfer commerciano in farina di soia. Tre carichi di farina di soia provenienti dall'Argentina sono arrivati nel porto di Amsterdam, rispettivamente, il 16 giugno 2005, il 21 marzo e l'11 maggio 2006. La Vopak ha dichiarato in dogana uno di tali carichi.

Tre carichi sono stati trattenuti dalle autorità doganali sulla base del regolamento (CE) del Consiglio 22 luglio 2003, n. 1383, relativo all'intervento dell'autorità doganale nei confronti di merci sospettate di violare taluni diritti di proprietà intellettuale e alle misure da adottare nei confronti di merci che violano tali diritti (GU L 196, pag. 7). Essi sono stati svincolati dopo la consegna di campioni alla Monsanto. Quest'ultima ha fatto analizzare la merce al fine di stabilire se si trattasse di soia RR.

A seguito delle analisi, la Monsanto, deducendo la presenza nella farina dell'enzima CP4-EPSPS nonché della sequenza di DNA che codifica quest'ultimo, ha presentato contro la Cefetra, la Vopak e la Toepfler dinanzi al Rechtbank 's-Gravenhage (Tribunale di Gravenhage, Paesi

Bassi) alcune domande volte ad ottenere provvedimenti inibitori sulla base dell'art.16 del regolamento n. 1383/2003, nonché provvedimenti inibitori delle violazioni del suo brevetto europeo per tutti i paesi in cui quest'ultimo è valido. Lo Stato argentino è intervenuto a sostegno delle conclusioni della Cefetra.

I problemi posti dal caso possono essere formulati nei seguenti termini.

L'art. 9 dir. 98/44/CE conferisce protezione al prodotto brevettato quando esso è contenuto nella farina di soia, nella quale esso non svolge la funzione per la quale è brevettato?

L'art. 9 dir. 98/44/CE conferisce protezione al prodotto brevettato quando esso, una volta estratto dalla farina e immesso nella cellula di un organismo vivente, potrebbe per ipotesi svolgere nuovamente tale funzione?

Le soluzioni della Corte di Giustizia sono le seguenti.

L'art. 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, deve essere interpretato nel senso che esso non conferisce una protezione dei diritti di brevetto in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, quando il prodotto brevettato è contenuto nella farina di soia, nella quale esso non svolge la funzione per la quale è brevettato, che è stata invece svolta precedentemente nella pianta di soia da cui deriva per trasformazione detta farina, o quando esso, una volta estratto dalla farina e immesso nella cellula di un organismo vivente, potrebbe per ipotesi svolgere nuovamente tale funzione.

L'art. 9 della direttiva 98/44 opera un'armonizzazione esaustiva della protezione che esso conferisce, di modo che esso osta a che una normativa nazionale riconosca protezione assoluta al prodotto brevettato in quanto tale, a prescindere dal fatto che esso svolga o meno la sua funzione nel materiale che lo contiene.

PARTE IV
I PROBLEMI DI FONDO

CAPITOLO 25.

Dalla persona ai dati

25.1 Datificazione

Stefano Rodotà così sottolinea il passaggio storico dal concetto di soggetto a quello di persona [Rodotà 2012, 140-141].

Vi è un momento nella riflessione dei giuristi nel quale il soggetto astratto non appare più come uno strumento capace di comprendere la realtà attraverso una sua elevata formalizzazione. Si presenta, al contrario, come un impedimento, un ostacolo. Non siamo più di fronte all'astrazione, ma alla cancellazione del soggetto, che perde un volto riconoscibile come accade alle figure di Francis Bacon. Il corpo è lì, ancora visibile, però con un viso come stravolto, cancellato. Ma una figura rimane, e il problema diviene appunto quello di restituirle una faccia, renderla di nuovo riconoscibile, attrarla nella realtà. È questa la ragione del progressivo slittamento dell'attenzione dal soggetto alla persona, testimoniato dalla prevalenza di quest'ultima parola in gran parte della letteratura giuridica recente. Quasi con prepotenza, la persona tende a occupare il centro della scena, con la forza che le deriva dalla capacità immediata di esprimere la materialità dei rapporti.

La realtà contro l'astrazione? Ma qui, almeno nelle apparenze, si può subito cogliere un paradosso. Nel linguaggio del diritto anche «persona» è termine che rinvia a un processo di astrazione dalle pure condizioni materiali, com'è particolarmente evidente nella finzione che regge la persona «giuridica». Come vuole il suo etimo, persona

è *proson*, maschera, dunque mezzo che occulta un volto reale e lo sostituisce con una convenzione, con un doppio giuridico che consente a ciascuno di muoversi anche nel mondo reale come se nulla lo distinguesse dagli altri o, meglio, di pretendere di essere formalmente sottratto a discriminazioni, stigmatizzazioni, selezioni, alla sua stessa naturalità. Ma il prezzo è proprio l'allontanamento dalla realtà, per non dire la sua soppressione, con l'attore greco che, indossata la maschera e calcando la scena, diceva a tutti d'essere altro dalla persona reale che poteva essere incontrata sulla scena ordinaria del mondo. Nel momento in cui, invece, il riferimento alla persona viene assunto come connotato realistico, che la fa emergere per ciò che è effettivamente, il discorso giuridico prende congedo da quella storica finzione.

Nella seconda parte del libro sono portati alcuni esempi di come la lettura costituzionalmente orientata del diritto privato abbia consentito di difendere la persona da svariate forme di aggressione. Particolare attenzione è stata riservata alla tutela di attributi immateriali della persona fisica contro le prime forme di mercificazione della rivoluzione industriale come la stampa scandalistica.

Ma cosa succede se prende forma una visione del mondo che sostituisce la centralità e il primato della persona con la centralità e il primato dei dati?

Nell'introduzione di questo libro [v. → Introduzione] si è accennato alla teoria che predica, sulla scorta di una convergenza di biologia e informatica, il datismo, ovvero la riduzione di tutto l'universo, e dunque anche delle persone, ai dati.

Tra coloro che hanno denunciato i rischi legati all'ascesa di questa teoria (o di questa religione) vi è lo storico Harari.

Il datismo è profondamente radicato nelle sue due discipline madri: l'informatica e la biologia. Delle due la biologia è la più importante. È stato l'abbraccio di quest'ultimo campo di studi con il datismo a trasformare una limitata svolta nell'informatica in un cataclisma sconvolgente che può rivoluzionare radicalmente la natura della vita. Potete non concordare con l'idea secondo cui gli organismi sono algoritmi e le giraffe, i pomodori e gli esseri umani rappresentano soltanto differenti metodi per elaborare i dati. Ma non dovrete ignorare che questo è l'attuale dogma scientifico, che sta cambiando così in profondità il nostro mondo da renderlo irriconoscibile. [Harari 2017, 561].

[...] La religione dei dati ora dice che ogni parola e ogni azione è parte del grandioso flusso dei dati, che gli algoritmi vi stanno guardando costantemente e che essi si preoccupano di qualsiasi cosa facciate e di qualsiasi sentimento proviate. Alla maggior parte delle persone questo piace parecchio. Per i veri credenti, essere disconnessi dal flusso dei dati comporta il rischio di perdere il vero significato della vita. Che senso ha fare o sperimentare qualsiasi cosa se nessuno ne è al corrente, e se ciò non contribuisce in qualche maniera allo scambio globale di informazioni?

L'umanesimo ritiene che le esperienze accadano dentro di noi, e che proprio lì dovremmo trovare il significato di tutto quello che accade, permeando in tal modo l'universo di significato. I datisti credono che le esperienze siano senza valore se non sono condivise, e che non abbiamo bisogno di – in effetti non possiamo – trovare il significato in noi stessi. Abbiamo soltanto bisogno di registrare e connettere le nostre esperienze al grande flusso dei dati, e gli algoritmi scopriranno il loro significato e ci diranno come agire. [Harari 2017, 587-588].

I rischi connessi alla datificazione della persona sono stati puntualmente registrati da Rodotà.

Le tecnologie sottopongono il concetto di persona a spinte incrociate di dilatazione e di riduzione. L'elettronica induce a concludere che «noi siamo le nostre informazioni», la genetica fa ripetere che «noi siamo i nostri geni». Bisogna allentare l'enfasi tecnologica, per evitare che la biologia cancelli la biografia, che la virtualità trascini di nuovo la persona lungo i sentieri estremi dell'astrazione. Vi è una permanente eccedenza della persona rispetto all'insieme dei dati fisici e virtuali che la compongono [Rodotà 2012, 169].

25.2 La mercificazione della persona datificata

La mercificazione è un processo di riduzione artificiale di un'entità – lavoro, terra, moneta, conoscenza, persona – al concetto di merce. Questo processo di riduzione è funzionale al primato del mercato autoregolantesi affermatosi con la rivoluzione industriale.

Karl Polanyi ha espresso in questo modo il concetto.

Un'economia di mercato deve comprendere tutti gli elementi dell'industria compreso il lavoro, la terra e la moneta. (In un'economia di mercato anche quest'ultima è un elemento essenziale della vita industriale e la sua inclusione nel meccanismo di mercato ha [...] conseguenze istituzionali di lunga portata). Lavoro e terra tuttavia non sono altro che gli esseri umani stessi dai quali è costituita ogni società e l'ambiente naturale nel quale essa esiste. Includerli nel meccanismo di mercato significa subordinare la sostanza della società stessa alle leggi di mercato. [...]

Il punto cruciale è questo: lavoro, terra e moneta sono elementi essenziali dell'industria; anch'essi debbono [...] essere organizzati in mercati poiché formano una parte assolutamente vitale del sistema economico; tuttavia essi non sono ovviamente delle merci, e il postulato per cui tutto ciò che è comprato e venduto deve essere stato prodotto per la vendita è per questi manifestamente falso. In altre parole, secondo la definizione empirica di merce essi non sono delle merci. Il lavoro è soltanto un altro nome per un'attività umana che si accompagna alla vita stessa la quale a sua volta non è prodotta per essere venduta ma per ragioni del tutto diverse, né questo tipo di attività può essere distaccato dal resto della vita, essere accumulato o mobilitato. La terra è soltanto un altro nome per la natura che non è prodotta dall'uomo, la moneta infine è soltanto un simbolo del potere d'acquisto che di regola non è affatto prodotto ma si sviluppa attraverso il meccanismo della banca o della finanza di stato. La descrizione, quindi, del lavoro, della terra e della moneta come merce è interamente fittizia. [...]

Permettere al meccanismo di mercato di essere l'unico elemento direttivo del destino degli esseri umani e del loro ambiente naturale e perfino della quantità e dell'impiego del potere di acquisto porterebbe alla demolizione della società. [Polanyi 1974, 92-94].

Zuboff nell'elaborare la sua teoria del capitalismo della sorveglianza dialoga idealmente con Karl Polanyi.

Il capitalismo della sorveglianza si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti. Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma il resto diviene un surplus comportamentale privato, sottoposto a un processo di lavorazione avanzato noto come «intelligen-

za artificiale» per essere trasformato in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo immediatamente, tra poco e tra molto tempo. Infine, questi prodotti predittivi vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali, che io chiamo mercato dei comportamenti futuri. Grazie a tale commercio i capitalisti della sorveglianza si sono arricchiti straordinariamente, dato che sono molte le aziende bisognose di conoscere i nostri comportamenti futuri [...].

I processi automatizzati non solo conoscono i nostri comportamenti, ma li formano. Il focus passa dalla conoscenza al potere, e non basta più automatizzare le informazioni che ci riguardano; il nuovo obiettivo è automatizzarci. In questa fase dell'evoluzione del capitalismo della sorveglianza, i mezzi di produzione sono subordinati a «mezzi di modifica del comportamento» sempre più complessi e completi. In tal modo, il capitalismo della sorveglianza dà vita a nuovi tipi di potere che io faccio rientrare nella categoria dell'ideologia strumentalizzante. L'ideologia strumentalizzante conosce e indirizza i comportamenti umani verso nuovi fini. Anziché usare eserciti e armi, impone il proprio potere tramite l'automazione e un'architettura computazionale sempre più presente, fatta di dispositivi, oggetti e spazi smart interconnessi. [Zuboff 2019, 17-18].

Il capitalismo della sorveglianza non ha confini e ignora le vecchie distinzioni tra mercato e società, tra mercato e mondo, tra mercato e persona. Agisce a scopo di lucro subordinando la produzione all'estrazione [dei dati relativi all'esperienza umana], rivendicando il controllo esclusivo di umanità, società e politica, andando ben oltre l'ambito convenzionale di un'azienda o del mercato. Rifacendoci a Karl Polanyi, possiamo vedere che il capitalismo della sorveglianza annette l'esperienza umana alle dinamiche di mercato per farle rinascere come comportamento: il quarto «bene fittizio». I primi tre beni fittizi di Polanyi – terra, lavoro e denaro – erano soggetti alla legge. Anche se imperfette, le leggi sul lavoro, sull'ambiente e sulle banche costituiscono delle cornici di regole per difendere la società (così come la natura, la vita e la finanza) dagli eccessi peggiori del capitalismo. L'esproprio dell'esperienza umana da parte del capitalismo della sorveglianza non ha incontrato ostacoli simili. [Zuboff 2019, 529].

Il pensiero di Karl Polanyi è stato di recente riscoperto e riportato al centro del dibattito (anche giuridico) a seguito della critica che si è sviluppata in antitesi all'ondata liberista (o neo-liberista) emersa prima negli Stati Uniti e poi nel Regno Unito a partire dalla fine degli anni '70 [Resta 2011, 282-283; Resta 2018, 511].

Nel corso di questo libro si è fatto riferimento a più riprese al concetto di mercificazione [v. → Capitoli 7, 9, 23].

Nell'ambito dei diritti delle personalità troviamo esempi di mercificazione della persona a proposito del diritto all'immagine, del diritto alla riservatezza, del diritto all'identità personale e del diritto all'oblio. La mercificazione non è solo subita, si pensi alla celebrità perseguitata dalla stampa scandalistica, è anche consapevolmente perseguita. Nella seconda parte del libro abbiamo portato l'esempio del diritto allo sfruttamento commerciale della notorietà (*right of publicity*). Dunque, la mercificazione non soltanto è voluta dal sistema dominante (il capitalismo), pur sempre fatto di persone, ma è scientemente alimentato dalle persone notorie che fanno un business della propria identità. Per assecondare il commercio dell'identità gli interpreti trovano il modo di far quadrare il cerchio e rendere disponibile per via negoziale ciò che stando all'astrazione della categoria dei diritti della personalità non lo sarebbe.

Cosa succede se la mercificazione si associa alla datificazione della persona? Cosa succede se la mercificazione è alimentata in modo più o meno consapevole da tutti, ad esempio, attraverso l'uso dei social network?

25.3 Datificazione, sorveglianza di massa e tramonto della democrazia

La mercificazione (o, secondo Zubuff, la riduzione a materia prima) delle persone datificate è associata ad una sorveglianza di massa costante e pervasiva. Tale sorveglianza è resa possibile dalla diffusione di Internet e soprattutto da alcune piattaforme come Google e Facebook. Gli Stati sorvegliano. Le piattaforme sorvegliano. Ma i confini tra pubblico e privato appaiono quanto mai scoloriti. Gli Stati sorvegliano attraverso le piattaforme. Le piattaforme influenzano la legislazione statale e sovrana-

zionale. Ad essere a rischio non è solo il primato della persona, ma anche quello della democrazia.

Nella terza parte del libro si sono offerti alcuni esempi di sorveglianza di massa [v. → Capitoli 16, 17, 19].

Per più di tre secoli, la civiltà industriale ha cercato di governare la natura per il bene degli uomini. Con le macchine abbiamo superato i limiti dei nostri corpi e siamo riusciti a dominarla. Solo in seguito abbiamo cominciato a pensare alle conseguenze: la Terra è in pericolo e gli ecosistemi sono fuori controllo.

Siamo all'inizio di un nuovo processo storico che ho chiamato civiltà dell'informazione, nel quale ci stiamo comportando con la stessa arroganza. Il fine non è più il dominio della natura, bensì della natura umana. Siamo passati da macchine che superano i limiti del corpo a macchine che modificano i comportamenti di individui, gruppi e popolazioni al servizio di obiettivi di mercato. L'ascesa del potere strumentalizzante spazza via quell'interiorità che è alla base della volontà di volere e della nostra voce in prima persona, privando così la democrazia delle sue radici.

Si tratta naturalmente di un colpo di stato senza spargimenti di sangue. Non ci sono atti di violenza diretti ai nostri corpi, perché la terza modernità strumentalizzante preferisce addestrarci. La gente vuole una vita migliore, e la risposta è l'eliminazione graduale di caos, incertezza, conflitto, anormalità e disarmonia, a favore di prevedibilità, trasparenza, confluenza, persuasione, pacificazione e di una regolarità automatizzata. Noi dovremmo delegare la nostra autorità, liberarci dalle preoccupazioni, azzittirci, seguire il flusso e sottometterci ai tecnocrati visionari tanto ricchi e potenti da sapere senz'altro giudicare meglio di noi. In futuro avremo meno potere e controllo, nuove fonti d'ineguaglianza divideranno le persone, in pochi saranno soggetti e in tanti saranno oggetti, in pochi offriranno stimoli e in tanti daranno le loro risposte.

Questa visione minaccia anche altri delicati sistemi millenari, di natura sociale e psicologica. Sto pensando alla democrazia, costata tanti scontri e sofferenze, e all'idea di un individuo capace di elaborare un giudizio morale autonomo. L'«inevitabilità» della tecnologia ci viene ripetuta come una sorta di mantra, ma si tratta di un sonnifero esistenziale [Zuboff 2019, 529-530]

[...] Il potere strumentalizzante ha tratto la propria forza ignorando tanto l'umanità quanto la democrazia. Non c'è legge che possa proteggerci da quel che non ha precedenti, e le società democratiche sono indifese nei confronti di questo nuovo potere [...]. Il capitalismo della sorveglianza è pertanto parte di una preoccupante deriva, che secondo molti analisti politici sta portando il pubblico a non ritenere più la democrazia una necessità inviolabile. [Zuboff 2019, 531].

Ma c'è anche chi si spinge pessimisticamente oltre.

[...] Se nel XXI secolo le condizioni dell'elaborazione dei dati cambieranno ancora, la democrazia potrebbe andare incontro al declino e perfino scomparire. Al crescere del volume dei dati e della velocità con cui si diffondono, venerabili istituzioni come le elezioni, i partiti politici e i parlamenti potrebbero diventare obsolete – non perché esse non si ispirino a principi etici, ma perché non elaborano i dati in maniera abbastanza efficiente. Queste istituzioni si sono evolute in un'epoca in cui la politica si evolveva più in fretta della tecnologia. Nel XIX e nel XX secolo la Rivoluzione industriale dispiegò i suoi effetti così lentamente da consentire ai politici e agli elettori di rimanere un passo avanti a questi mutamenti epocali, così da regolare e modificare il loro corso. Tuttavia, mentre il ritmo della politica non è cambiato granché dai tempi delle macchine a vapore, la tecnologia ha accelerato enormemente. Le rivoluzioni tecnologiche adesso avanzano più in fretta dei processi politici, determinando quella perdita di controllo che parlamentari ed elettori sperimentano da qualche tempo. [Harari 2017, 568-569].

25.4 Una società senza diritto e senza giuristi?

Alcune delle riflessioni pessimistiche sul futuro dell'umanità e della democrazia si chiudono con una sorta di scatto di orgoglio finale.

Il libro sul capitalismo della sorveglianza di Zuboff ne è un esempio.

La democrazia è vulnerabile a quel che non ha precedenti, ma la forza delle istituzioni democratiche è l'orologio che determina quanto tali ferite siano gravi e durature. In una società democratica il dibattito e il contesto garantito dalle istituzioni ancora solide può orientare l'opi-

nione pubblica contro forme inattese di oppressione e ingiustizia, per mostrare la strada a leggi e giurisprudenza. [Zuboff 2019, 533-534].

«Mostrare la strada» significa aprire un dibattito pubblico, insegnare e cambiare i comportamenti quotidiani che rendono possibile il capitalismo della sorveglianza.

Tutto questo però potrebbe non essere sufficiente se come dicono, ad esempio, Severino [v. → Capitolo 4] e Harari la tecnologia arriva prima delle leggi e della giurisprudenza perseguendo fini suoi propri diversi dal diritto (e dalla democrazia).

Il cyberspazio è oggi cruciale per le nostre vite quotidiane, la nostra economia e la nostra sicurezza. Tuttavia, le scelte importanti tra progetti alternativi che riguardano il web non sono prese tramite un processo politico democratico, anche se esse chiamano in causa temi tradizionalmente politici come la sovranità, i confini, la privacy e la sicurezza. Avete mai votato in merito a vari modelli di cyberspazio? Il fatto che i progettisti web prendano decisioni rilevanti in luoghi molto lontani dalla ribalta dello spazio pubblico significa che oggi Internet è uno spazio libero e privo di leggi che erode la sovranità, ignora i confini, abolisce la privacy e pone forse i rischi più seri alla sicurezza globale. Mentre un decennio fa questi pericoli erano appena localizzati dai radar di politici e burocrati, oggi questi ultimi assumono atteggiamenti isterici e temono un imminente cyber 11 settembre.

Di conseguenza, i governi e le agenzie non governative portano avanti dibattiti intensi su come ristrutturare la rete, ma è molto più difficile cambiare un sistema che già esiste che intervenire quando un fenomeno è appena agli inizi. Inoltre, quando l'elefantiaca burocrazia governativa si sarà chiarita le idee su come regolamentare il cyberspazio, Internet avrà cambiato aspetto dieci volte. La tartaruga governativa non è in grado di tenere il passo della lepre tecnologica. [Harari 2017, 569-570].

Considerazioni analoghe potrebbero essere svolte a margine dell'altro fronte della datificazione della persona: le biotecnologie.

Dobbiamo, dunque, malinconicamente rassegnarci al tramonto del diritto e dei giuristi?

Le nuove generazioni, almeno in Italia, dimostrano meno interesse verso gli studi universitari giuridici. Gli immatricolati ai corsi giuridici si

sono ridotti negli ultimi dieci anni di un terzo (una riduzione maggiore della riduzione complessiva degli immatricolati all'università tutta) [Caso 2016]. Questo fenomeno può avere molte spiegazioni. Una di esse potrebbe essere relazionata all'intuizione, nei giovani, di una progressiva marginalizzazione (o di un'agonia più o meno lenta) del diritto.

Si tratta, però, di un'intuizione molto probabilmente errata. La società attuale, nella quale i rischi per le persone aumentano e le disuguaglianze crescono, ha bisogno di più diritto e di più giustizia.

Forse però i corsi universitari giuridici e i giuristi, per poter realmente incidere sul futuro, devono cambiar pelle. Soprattutto devono acquisire nuovi linguaggi utili al dialogo con altri saperi.

Se è vero che il codice informatico è diritto («code is law» nella fortunata «formula magica» di Lessig), se è altrettanto vero che le biotecnologie sono diritto, allora vuol dire che il diritto esiste ancora, solo che è scritto con un linguaggio diverso da persone – al momento ancora in carne e ossa – che non si sono formate nelle aule dei corsi universitari di giurisprudenza.

Non è un caso che una delle indicazioni politiche emerse negli ultimi venti anni sia quella di incorporare principi e regole nella progettazione delle tecnologie [v. → Capitolo 20].

Formare le nuove generazioni di giuristi non sarà un'impresa semplice, ma vale sicuramente la pena di perseguirla se pensiamo che il primato della persona (e della democrazia) abbia ancora un senso.

CONCLUSIONI

Il diritto (civile) e la giustizia. Era questa la filigrana delle pagine precedenti.

Una filigrana che si legge in trasparenza nella ricognizione breve ed episodica dell'evoluzione (o involuzione) che porta dalla persona ai dati.

Le categorie giuridiche sono provvisorie e contraddittorie come le persone. Ma i problemi restano e anzi ne nascono sempre di nuovi. Il giurista deve affrontarli con la propria visione del mondo, che è una visione culturale e politica.

In questo libro si è scelto di invitare gli studenti ad affrontare casi e problemi dei diritti della personalità. Un invito che passa innanzitutto attraverso la lettura delle decisioni dei giudici e giunge a indagare le nuove frontiere normative che predicano l'incorporazione di principi e regole nella tecnologia.

Se è difficile definire il diritto, è ancor più difficile definire la giustizia.

Invece di definirla si può esplorare, come suggerisce Tullio Ascarelli, la grande letteratura del passato e confrontare, ad esempio, Antigone e Porzia [Ascarelli 1959].

Il giurista prenderà [...] dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo.

E il conflitto così perennemente si propone e perennemente si compone; si propone e si compone nella storia, ché i diversi motivi non rappresentano contrapposte entità di un'antinomia manichea, ma astrazioni dei momenti di un continuo sviluppo; tra la regola e la norma; la norma e la valutazione della stessa; contrasto rivoluzionario e riformismo interpretativo; col trionfante sacrificio di Antigone e la sottigliezza di Porzia.

Le difficoltà definitorie non sono altro che lo specchio di una realtà complessa, affascinante e in continuo movimento.

Mi auguro che le pagine precedenti abbiano dato un piccolo stimolo alla curiosità che dovrebbe animare l'approfondimento degli studi giuridici.

In fondo, affrontare casi e problemi del diritto civile significa soltanto un altro modo di misurarsi con la storia delle persone e scrutare, dietro la maschera tragica e comica che tutti indossiamo, porzioni (effimere) di vita.

BIBLIOGRAFIA

- Alpa G. [2017], *Diritto civile 1. Nozione*, in *Diritto on line*, Roma, Treccani, www.treccani.it
- Ascarelli T. [1959], *Antigone e Porzia*, in T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 147
- Barbas S. [2012], *The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law* (March 1), in *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 36, No. 1, Fall, SUNY Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2013-011. SSRN: www.ssrn.com
- Benatti F. [2011], *Danno all'immagine*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2011]*, Torino, Utet, 275
- Bin R. [2002], *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto&questioni pubbliche*, n. 2 agosto, www.dirittoequestionipubbliche.org
- Bincoletto G. [2019], *La privacy by design. Un'analisi comparata nell'era digitale*, Ariccia, Aracne; Trento LawTech Student Paper n. 35, www.lawtech.jus.unitn.it
- Bincoletto G. [2020], *App di contact tracing e tracking: privacy e controllo del contagio*, relazione nell'ambito del seminario «App di contact tracing e tracking: privacy e controllo del contagio, 8 giugno 2020», Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Biodiritto, www.lawtech.jus.unitn.it
- Bobbio N. [2014], *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi
- Bonavita S., Pardolesi R. [2018], *La Corte EDU contro il diritto all'oblio?*, in *Danno e resp.*, 149
- Caso R. [2004], *Digital rights management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, CEDAM, www.zenodo.org, www.robertocaso.it

- Caso R. [2005], *La commercializzazione della ricerca scientifica pubblica: regole e incentivi*, in R. Caso (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Bologna, Il Mulino, 9
- Caso R. [2007], *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti peer to peer: in margine al caso Peppermint. Profili di diritto comparato*, in *Dir. Internet*, 471, www.robertocaso.it
- Caso R. [2008], *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, in *Dir. Internet*, 466, www.robertocaso.it
- Caso R. [2010], *Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, in U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore: tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci, 249, www.zenodo.org, www.robertocaso.it
- Caso R. (a cura di) [2011], *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi (Atti dei Seminari tenuti il 21 e il 28 aprile 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento)*, (Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, n. 98), Trento, Università degli Studi di Trento, www.zenodo.org, www.robertocaso.it
- Caso R. [2014], *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*, in *Foro it.*, I, 769, www.robertocaso.it
- Caso R. [2015], *Le Sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, in *Foro it.*, I, 2698, www.robertocaso.it
- Caso R. [2016], *Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande*, Trento LawTech Research Paper n. 25, www.zenodo.org, www.robertocaso.it
- Caso R. [2018], *Il diritto d'autore accademico nel tempo dei numeri e delle metriche*, in F. Di Ciommo, O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma-Piacenza, Foro italiano-La Tribuna, www.zenodo.org, www.robertocaso.it
- Caso R. [2020], *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, Ledizioni, www.ledizioni.it; www.zenodo.org
- Caso R., Pascuzzi G. [2020], *Il diritto d'autore dell'era digitale (cap. 10)*, in G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 193
- Castronovo C. [2015], *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè

- Cavallaro M.C., Smorto G. [2019], *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 4 settembre, www.federalismi.it
- Cavoukian A. [2009], *Privacy by design: The 7 foundational principles*, www.ipc.on.ca
- Costantini C. [2012], *Diritto e letteratura*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2012]*, Torino, UTET, 344
- De Cupis A. [1949], *Il diritto all'identità personale. Parte prima: Il diritto al nome*, Milano, Giuffrè
- Ducato R. et al. [2020], *Emergency Remote Teaching: a study of copyright and data protection policies of popular online services (Part II)*, in *Kluwer Copyright Blog*, June 4, www.copyrightblog.kluweriplaw.com
- Faulkner W. [2003], *Privacy*, trad. it. di M. Materassi dell'orig. *Privacy. The American Dream: what happened to it?*, 1955, Milano, Adelphi
- Ferrari M., Izzo U. [2012], *Diritto alimentare comparato*, Bologna, Il Mulino
- Finocchiaro G. [2010], *Anonimato*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2010]*, Torino, UTET, 12
- Finocchiaro G. [2010], *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2010]*, Torino, UTET, 721
- Fontanarosa F. [2020], *Copyright e intelligenza artificiale nel diritto dell'Unione europea*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 129
- Giampiccolo G. [1958], *La tutela della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 458
- Gilmore G. [1991], *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, Giuffrè
- Ginsburg J.C., Budiardjo L.A. [2019], *Authors and Machines* (October 21), in *Columbia Public Law Research Paper No. 14-597; Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34, No. 2. SSRN: www.ssrn.com
- Giovanella F. [2013], *Enforcement del diritto d'autore nell'ambito di Internet vs. protezione dei dati personali: bilanciamento tra diritti fondamentali e contesto culturale*, in *Riv. critica dir. privato*, 637
- Giovanella F. [2017], *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, Cheltenham, Edward Elgar, chapter 1, www.elgaronline.com
- Gorla G. [1950], *Le Scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. comm.*, I, 320

- Gorla G. [1955], *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè
- Gorla G. [1964a], «Ratio decidendi», principio di diritto (e «obiter dictum»). – A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale, in *Foro it.*, V, 89
- Gorla G. [1964b], *Diritto comparato*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè
- Gorla G. [1970], *Giurisprudenza*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè
- Granieri M. [2010], *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria. Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Bologna, Il Mulino
- Grossi P. [2002], *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè
- Grossi P. [2017], *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 831, www.cortecostituzionale.it
- Guédon J.C. [2004], *La lunga ombra di Oldenburg: i bibliotecari, i ricercatori, gli editori e il controllo dell'editoria scientifica*, 2004 [trad. di M.C. Pievatolo, B. Casalini, F. Di Donato, dall'orig. In *Oldenburg's Long Shadow: Librarians, Research Scientists, Publishers, and the Control of Scientific Publishing, Association of Research Libraries*, 2001, www.arl.org], in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, www.btfp.sp.unipi.it
- Harari Y.N. [2014], *Sapiens. Da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Milano, Bompiani
- Harari Y.N. [2017], *Homo deus. Breve storia del futuro*, Firenze-Milano, Giunti-Bompiani
- Irti N., Severino E. [2000], *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impr.*, 2, 665
- Izzo U. [2010], *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci
- Izzo U. [2018], *La perdita della vita come «danno relazionale»: analisi storico-comparativa di una convergenza transistemica*, in *Giust. civ.*, 831
- Lavagnini S. [2018], *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Dir. autore*, 360 e 452
- Lenti L. [2003], *Nome e cognome*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2003]*, Torino, UTET, tomo II, 928

- Lessig L. [1999], *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books
- Lipari N. [2012], *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. critica dir. privato*, 523
- Lipari N. [2017], *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè
- Madison M. [2010], *Beyond Creativity: Copyright as Knowledge Law* (April 30), in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 12, 817, University of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2010-15. SSRN: www.ssrn.com
- Malgieri G., Comandé G. [2017], *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation* (November 13), in *International Data Privacy Law*, vol. 7, Issue 3. SSRN: www.ssrn.com
- Marini G. [2006], *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, *Riv. dir. civ.*, I, 359
- Mattarella G. [2020], *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giur. comm.*, 696
- Merton R.K. [1942], *Science and Technology in a Democratic Order*, in *Journal of Legal and Political Sociology*, 1, 1942, 115
- Messina D. [2018], *La protezione dei dati personali alla luce della vicenda «Cambridge Analytica»*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it
- Messinetti D. [1983], *Personalità (diritti della)*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 355
- Mezei P. [2020], *From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms* (July 24). UFITA, Issue 2 (forthcoming). SSRN: www.ssrn.com
- Moscato L. [2015], *I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 465, www.academia.edu
- Musso A. [2018], *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 471
- Navarretta E. [2014], *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Encicl. dir. – Annali*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 343
- Nicolò R. [1964], *Diritto civile*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè
- Nimmer M.B. [1954], *The Right of Publicity*, 19 *Law & Contemp. Probs.* 203

- O'Neil C. [2017], *Armi di distruzione matematica*, Milano, Bompiani
- Palmieri A., Pardolesi R. [2015], *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Foro it.*, I, 2690
- Pardolesi R. [s.d. ma 1973], *Riservatezza: problemi e prospettive*, in M. Spinelli (a cura di), *Responsabilità civile*, Bari, Adriatica, vol. II, 391
- Pardolesi R. [1980], *nota a Cass. 10 novembre 1979, n. 5790*, in *Foro it.*, I, 81
- Pardolesi R. [1987], *Analisi economica del diritto*, in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, Utet, 309
- Pardolesi R., Bellantuono G. [2000], *Law and economics in Italy*, in *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham Northampton, Mass., Elgar, 2000, 244
- Pardolesi R. [2003], *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali. Una storia di evoluzione e discontinuità*, in R. Pardolesi [a cura di], *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1
- Pardolesi R. [2005], *Diritti della personalità*, in *Annali it. dir. autore*, 3
- Pardolesi R. [2017], *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, in *Questione Giustizia*, 1, www.questionegiustizia.it
- Pardolesi R., Sassani B. [2019], *Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice*, in *Foro it.*, I, 235
- Pardolesi R. [2019], *Oblio e anonimato storiografico: «usque tandem ...»?*, in *Foro it.*, I, 3082
- Pascuzzi G. [2002], *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino
- Pascuzzi G., Guarda P. [2011], *Cercare il diritto*, III ed., Bologna, Zanichelli
- Pascuzzi G. [2013], *La creatività del giurista*, Bologna, Zanichelli
- Pascuzzi G. [2014], *Soldatini e danni collaterali: i settori scientifico-disciplinari*, in *Roars*, 18 gennaio, www.roars.it
- Pascuzzi G. [2015], *Avvocati formano avvocati. Guida all'insegnamento dei saperi forensi*, Bologna, Il Mulino
- Pascuzzi G. [2016], *Cosa intendiamo per «metodo casistico»?*, Trento LawTech Research Paper n. 29, www.lawtech.jus.unitn.it
- Pascuzzi G. [2017a], *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, Il Mulino
- Pascuzzi G. [2017b], *Has comparative law in Italy lost its driving force? = La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, n. 31, www.lawtech.jus.unitn.it

- Pascuzzi G. [2018], *Insegnare all'università*, in F. Di Ciommo, O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma-Piacenza, Foro italiano-La Tribuna, 1061, www.giovannipascuzzi.eu
- Pascuzzi G. [2019], *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, III ed., Bologna, Il Mulino
- Pascuzzi G. [2020], *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Bologna, Il Mulino
- Pellecchia E. [2018], *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ.*, 5, 1209
- Pievatolo M.C. [2007-2008], *La comunicazione del sapere. La questione del diritto d'autore*, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, www.btfp.sp.unipi.it
- Pievatolo M.C. [2012], *Open access/accesso aperto. Le parole dell'innovazione*, in *Archivio Marini*, www.archiviomarini.sp.unipi.it
- Pievatolo M.C. [2020], *Teledidattica: proprietaria e privata o libera e pubblica*, in *Roars*, 8 giugno, www.roars.it
- Pino G. [2003] *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali storia cultura giur.*, 237
- Pino G. [2006], *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, t. 1., 257, www.iris.unipa.it
- Pino G. [2007], *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 219, www.units.it
- Pirsig R.M. [2012], *Lila*, Milano, Adelphi
- Pollicino O. [2019], *L'«autunno caldo» della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it
- Prosser W. [1960], *Privacy*, in *Cal. L. Rev.*, 48, 383
- Quarta A., Smorto G. [2020], *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, Mondadori-Le Monnier Università
- Reidenberg J.R. [1998], *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Tex. L. Rev.*, vol. 76, 553

- Rheinstein M. [1975], *The case method of legal education: the first one-hundred years*, in Università degli Studi di Perugia e Consiglio Nazionale delle ricerche [a cura di], *L'educazione giuridica, I: Modelli di Università e Progetti di riforma*, Perugia, Libreria universitaria, 15
- Rescigno P. [1990], *Personalità (diritti della)*, in *Encicl. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, Treccani
- Resta G. [2005], *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, Jovene
- Resta G. [2007], *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. informazione e informatica*, 1043, www.academia.edu
- Resta G. [2011], *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso Myriad Genetics*, in *Riv. critica dir. privato*, 281, www.academia.edu
- Resta G. [2013], *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, www.personaedanno.it
- Resta G. [2014a], *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. informazione e informatica*, 171, www.academia.edu
- Resta G. [2014b], *Persone, dignità, mercati*, Torino, Giappichelli
- Resta G., Zeno-Zencovich V. (a cura di) [2015], *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, RomaTrE Press, www.romatrepress.uniroma3.it
- Resta [2018], «North v. Polanyi» – *Due paradigmi per un dialogo tra giuristi ed economisti*, in *Riv. critica dir. privato*, 511, www.academia.edu
- Resta G. [2019], in G. Alpa e G. Resta, *Le persone e la famiglia 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 145
- Resta G. [2020], *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giust. civ.*, 5 maggio, www.giustiziacivile.com
- Rodotà S. [1973], *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Il Mulino
- Rodotà S. [1995], *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino
- Rodotà S. [2000], *Riservatezza*, in *Enciclopedia Italiana*, VI appendice, Roma, Treccani, <https://www.treccani.it>
- Rodotà S. [2012], *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza

- Rossi P. [2007], *La nascita della scienza moderna in Europa*, Roma-Bari, Laterza
- Sacco R. [1992], *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET
- Sacco R. [2007], *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino
- Sacco R. [2012], *Interpretazione del diritto*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2012]*, Torino, UTET, 596
- Salvi C. [2015], *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, Il Mulino
- Salvi C. [2020], *Globalizzazione e critica del diritto*, in www.astrid-online.it, fasc. 4, preprint, www.academia.edu
- Santoro-Passarelli F. [1966], *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. [rist. 2012], Napoli, Jovene
- Sartor G. [2016], *L'informazione giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*, III ed., Torino, Giappichelli
- Sartor G. (a cura di) [2020], *L'intelligenza artificiale e il diritto*, scritti di M. Palmirani, *Big data e conoscenza*; U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, F. Romeo, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Riv. filosofia dir.*, 65
- Snowden E. [2019], *Errore di sistema*, Milano, Longanesi
- Soro A. [2018], *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, Roma, Fazi
- Spedicato G. [2019], *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 253
- Spencer A.B. [2012], *The Law School Critique in Historical Perspective*, in 69 *Wash. & Lee L. Rev.*, 1949. SSRN: www.ssrn.com
- Suber P. [2012], *Open Access*, Cambridge (Ma.), MIT Press
- Tarello G. [1987], *Argomenti interpretativi*, in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, UTET, 419
- Trevisanello L. [2020], *Macchine intelligenti che creano ed inventano. Profili e rilievi critici del nuovo rapporto tra intelligenza artificiale e diritti di proprietà intellettuale*, Trento LawTech Group Student Paper n. 54, www.lawtech.jus.unitn.it
- Turow S. [2013], *Harvard. Facoltà di legge* [ed. orig. 1977], Milano, Mondadori

- Ubertazzi T.M. [2004], *Il diritto alla privacy. Natura e funzione giuridiche*, Padova, CEDAM
- Warren S.D., Brandeis L.D. [1890], *The Right to Privacy*, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15), 193
- Zeno-Zencovich V. [1993], *Identità personale*, in *Digesto civ.*, Torino, UTET, vol. IX, 294
- Zeno-Zencovich V. [1995], *Personalità (diritti della)*, in *Digesto civ.*, Torino, UTET, vol. XIII, 430
- Zeno-Zencovich V. [1998], *Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 733
- Zuboff S. [2019], *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss

SITOGRAFIA

Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta (AISA)

<https://aisa.sp.unipi.it/chi-siamo/>

Frammenti di un discorso pubblico (Blog di Roberto Caso)

<https://www.robortocaso.it/>

La dottrina giuridica italiana in Open Access

<https://www.robortocaso.it/2020/07/28/la-dottrina-giuridica-italiana-in-open-access-una-sitografia-in-costruzione/>

Trento LawTech Research Group

<http://lawtech.jus.unitn.it/>

INDICE DELLE DECISIONI

Corte costituzionale

Corte cost. 9 luglio 1970, n. 122, in *Foro it.*, 1970, I, 2294 e in *id.*, 1971, I, 28

Corte cost. 12 aprile 1973, n. 38, in *Foro it.*, 1973, I, 1707

Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053

Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, 1668

Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297

Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, 1

Corte di cassazione

Cass. Torino 5 dicembre 1908, in *Foro it.*, 1909, I, 603

Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro it.*, 1926, I, 328

Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2895

Cass. 10 novembre 1979, n. 5790, in *Foro it.*, 1980, I, 81

Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211

Cass. 2 maggio 1991, n. 4785, in *Foro it.*, 1992, I, 831

Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253

Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834

Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120

Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719

Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, 2682

Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, in *Foro it.*, 2018, I, 855

Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, 2019, I, 3071

Cass., ord., 19 maggio 2020, n. 9147, in *Foro it.*, 2020, I, 2671

Cass. 29 maggio 2020, n. 10300, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/

Corti di merito

App. Torino 3 marzo 1903, in *Foro it.*, 1904, I, 633

App. Napoli 18 giugno 1906, in *Foro it.*, 1906, I, 1398

Trib. Milano 18 gennaio 1971, in *Giur. merito*, 1971, I, 209

Pret. Roma, ord., 6 maggio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 1806

Pret. Roma, ord., 18 aprile 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2030

Trib. Roma 14 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2007, 463

Trib. Milano 5 settembre 2018, in *Danno e resp.*, 2019, 122

Consiglio di Stato

Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, 606

Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, III, 340

Garante per la protezione dei dati personali

Provvedimento 28 febbraio 2008, Peppermint [1495246], in www.garanteprivacy.it/

Provvedimento 21 dicembre 2017, n. 557, www.garanteprivacy.it/

Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni – 1° giugno 2020, in www.garanteprivacy.it/

Corte di giustizia dell'Unione Europea

- Corte giustizia 29 gennaio 2008, C-275/06, in *Dir. Internet*, 2008, 459
- Corte giustizia 6 luglio 2010, C-428/08, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2010, 741
- Corte giustizia 18 ottobre 2011, C-34/10, in *Foro it.*, 2012, IV, 26
- Corte giustizia 13 maggio 2014, C-131/12, in *Foro it.*, 2014, IV, 295
- Corte giustizia 6 ottobre 2015, C-362/14, in *Dir. informazione e informatica*, 2015, 603
- Corte giustizia 24 settembre 2019, C-136/17, in *Foro it.*, 2019, IV, 594
- Corte giustizia 24 settembre 2019, C-507/17, in *Foro it.*, 2019, IV, 572
- Corte giustizia 16 luglio 2020, C-311/18, in www.curia.europa.eu

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 19 ottobre 2017, in *Danno e resp.*, 2018, 149

Corti statunitensi

- Sidis v. F.-R. Publishing Co.*, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940)
- Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953)
- Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980)
- Moore v. Regents of the University of California* (July 9, 1990) 51 Cal. 3d 120
- Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998)
- Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. 576 (2013)

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI E DEGLI ACRONIMI

Appello (corte di) = App.

Cassazione = Cass.

Comunità Europea = CE

Codice civile = c.c.

Codice della proprietà industriale = c.p.i.

Codice di procedura civile = c.p.c.

Codice penale = c.p.

Comma = c.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo = CEDU

Corte di Giustizia dell'Unione Europea = Corte di Giustizia

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo = Corte EDU

Cost. = Costituzione della Repubblica Italiana

Decreto legge = d.l.

Decreto legislativo = d.lgs.

Decreto ministeriale = d.m.

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri = d.p.c.m.

Decreto del Presidente della Repubblica = d.p.r.

Decreto rettorale = d.r.

D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali
= codice privacy

Direttiva = dir.

EDPB = European Data Protection Board

EPO = European Patent Office

L. 22 aprile 1941, n. 633, protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio = l.d.a.

Legge = l.

Ordinanza = ord.

Paragrafo = par.

Pret = Pretura

Regio decreto = r.d.

Regolamento = reg.

Regolamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) = RGDP o GDPR

Tribunale = Trib.

Udienza = ud.

Unione Europea = UE

Diritto aperto

Curatori

Roberto Caso, Emanuele Conte, Giovanni Pascuzzi, Maria Chiara Pievatolo

La collana è composta di manuali di diritto in Open Access, cioè gratuitamente accessibili in Rete e riutilizzabili, grazie a licenze Creative Commons. Apertura non significa solo possibilità di condivisione attraverso Internet, ma anche dialogo del diritto con altre scienze e saperi. I testi si rivolgono a studenti universitari e a chi voglia accedere a conoscenze basilari quando occorra affrontare problemi teorici e pratici che mettono in gioco il diritto. In definitiva, Open Science significa scienza pubblica e democratica, cioè discussione indefinita che coinvolge chiunque sia disposto a fare uso pubblico della ragione. I manuali intendono rappresentare strumenti complementari a forme di didattica tradizionali e innovative che fanno leva sulle risorse in accesso aperto della Rete. Il testo (o l'ipertesto) del manuale costituisce solo un nodo di una trama di connessioni sviluppabili con diverse forme di comunicazione. Mentre la dottrina giuridica italiana sembra muoversi progressivamente verso l'apertura di diversi generi letterari (la rivista, la collana di monografie, la letteratura grigia), lo sviluppo di risorse formative aperte è solo all'inizio. Questa collana intende dare un contributo al genere letterario, forse il più importante, che mette in relazione vecchie e nuove generazioni di studiosi e costruisce ponti tra discipline differenti.

