



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Scienze dei Servizi Giuridici

Tesi Di Laurea

Creazione giurisprudenziale del diritto: il caso del diritto all'oblio

Laureanda

Cristina Spampinato

Matricola 470237

Relatore

Prof. Giorgio Pino

Anno Accademico 20–/20–

Prima di tutto, vorrei ringraziare il mio relatore, che mi ha seguito in questo percorso tortuoso, grazie alla sua grande competenza in materia e alla sua precisione ho acquisito un metodo di lavoro che mi sarà sicuramente utile in futuro.

Successivamente, ma non certo per importanza, vorrei ringraziare il mio compagno Gabriele, non solo compagno di vita ma un sempre presente sprono per la mia carriera universitaria e lavorativa. Grazie per aver sempre creduto in me. Ringrazio i miei familiari, amici e colleghi e collaboratori d'ufficio, che nonostante tutto non hanno mai smesso di credere in me ed investire nelle mie capacità di far fronte, sempre e comunque, ad ogni mio impegno, ottenendo sempre grandi risultati. Che la fine di questo progetto sia l'inizio di qualcosa di ancora più grande.

Introduzione

Il tema della “creazione giurisprudenziale di un diritto” è stato più volte al centro di dibattiti nel panorama giuridico italiano: a detta di molti non è ammissibile tale metodo per il riconoscimento di un diritto all’interno di un ordinamento di *civil law*. Nell’affrontare le ricerche per questo elaborato si comprende come la modalità con cui la tutela di un dato interesse, in precedenza non disciplinato o trattato solo marginalmente, viene riconosciuta per mezzo di altri istituti in una o più decisioni giurisprudenziali, presenti delle caratteristiche ricorrenti. L’ottica del presente elaborato è di descrivere diverse fattispecie in cui si è fatto ricorso alla "creazione giurisprudenziale di un diritto", col fine di cogliere i vantaggi e le opportunità che questo "sistema" offre.

Ma, prima di tutto, perché si parla di "creatività giurisprudenziale"? Cosa ha spinto gli interpreti ad enucleare questo concetto?

Spesso il diritto legislativo è risultato nei confronti delle sfide che provengono dal contesto sociale troppo farraginoso, lento e incapace di produrre tutele che non fossero già obsolete al momento della loro emanazione.

L’opinione di molti¹ è volta alla promozione dell’azione della magistratura nei casi di volta in volta esaminati: attraverso il vaglio delle situazioni concrete via via sottoposte all’attenzione dei giudici, questi riescono a fornire risposte attuali ai bisogni emergenti e al mutamento del contesto sociale, mediante diverse modalità interpretative (che di seguito si avrà modo di analizzare) più o meno dibattute anche in dottrina.

Di contro queste "nuove tutele" sono spesso inconciliabili o tendenzialmente contrastan-

¹Un importante esempio a sostegno di questa tesi è dato dall’articolo che Antonio Lamorgese, nel 2016, ha pubblicato nel trimestrale «Questione Giustizia» promosso da Magistratura democratica.

INTRODUZIONE

ti con diritti costituzionalmente garantiti, comporta non di rado un rischio di collisione che sarebbe evitabile mediante il controllo che, normalmente, si effettua nell'introdurre una nuova tutela nel sistema giuridico italiano. Di conseguenza l'unico modo per consentire la convivenza fra diritto di produzione giurisprudenziale e diritti tutelati dalla costituzione sarebbe quello di ricorrere, nelle decisioni delle corti, al metodo dell'interpretazione estensiva dell'articolo 2 della Costituzione ogni qualvolta venga richiesta la soluzione di fattispecie "nuove", approfondendo lo stesso testo costituzionale, a partire dalla sua formazione fino alla *ratio* con cui le norme sono state introdotte. Il problema è ben più complesso: attorno alla giurisprudenza creativa ruotano questioni che hanno a che vedere con la natura stessa dei diritti e con l'affollamento nello scenario giuridico globalizzato di nuove tutele e nuove categorie.

Come esempio del fenomeno, si affronterà nel corso dell'elaborato la questione di una delle ultime figure giuridiche che hanno fatto ingresso nello scenario dei diritti della personalità, rappresentato dal c.d. diritto all'oblio.

Il concetto di privacy e di diritto all'oblio, benché siano rilevanti per l'impatto che hanno avuto e che hanno tuttora sulla vita delle persone, fanno fatica a trovare una loro precisa definizione e, conseguentemente, applicazione. Questo è dipeso da due fattori fondamentali: in primis perché, dovendo rispondere ai bisogni dell'uomo, le tutele di tali diritti dovrebbero presentare gli stessi caratteri di molteplicità e contraddittorietà dell'essere umano; in secondo luogo perché la tutela della privacy e il diritto all'oblio sono immancabilmente in contrasto con la libertà di stampa, di informazione e di manifestazione del pensiero. Il diritto all'oblio è stato quindi caratterizzato da un laboratorio creativo "invertito" rispetto ad altre tutele presenti nell'ordinamento²: si sentiva nella collettività l'esigenza di disciplinare determinate fattispecie; i giuristi erano consapevoli dell'urgenza di provvedere ad inserire nel tessuto legislativo italiano una norma a tutela dei diritti della personalità, ma questa consapevolezza è stata per molti anni chiusa nell'ambiente accademico e nelle corti, senza mai una effettiva proposta parlamentare.

²Se normalmente una legge a tutela di un diritto viene promulgata e successivamente applicata all'interno delle corti, in questo caso è stato il contrario: il diritto all'oblio è entrato prima nelle corti e solo successivamente ha ottenuto un riconoscimento nei testi legislativi.

Proprio l'azione degli interpreti fu una prima soluzione al problema, servendosi di tutele già esistenti e sfruttando interpretazioni estensive per enucleare, di volta in volta, la tutela più adatta alla fattispecie che il soggetto portava alla loro attenzione. Nel corso del tempo il numero di decisioni che riportava lo stesso *modus operandi* rispetto all'ambito trattato ha comportato un maggiore necessità ed un più ampio interesse alla codifica.

A tal proposito, nel corso dell'elaborato si avrà modo di descrivere diverse opinioni, anche contrastanti fra loro, utili alla formazione dell'idea a fondamento di questa tesi: si esporrà come il metodo della creazione del diritto attraverso l'operato delle corti sembra, secondo alcuni studiosi, rivelarsi più efficace, poiché non si limita ad enucleare una disciplina e la relativa sanzione per la sua violazione muovendosi per ipotesi, ma anzi ha la possibilità di analizzare casi reali, consentendo al titolare del potere legislativo di creare una tutela immediatamente applicabile, con una visione chiara dell'oggetto della disciplina e più vicina possibile alle reali esigenze della collettività.

Allo stesso modo si avrà la possibilità di leggere dei pareri di diversi autori che si sono espressi a sfavore di una giurisprudenza creativa, individuando più di un difetto nella creatività delle corti, che è possibile riassumere brevemente in tre punti fondamentali:

1. la "teoria del precedente", presente nei sistemi di *common law* e spesso indicata come modalità innovativa e malleabile, risulta invece troppo vincolante nei confronti di successive pronunce in argomenti simili: infatti il giudice tende a non discostarsi da quanto già presente nel sistema, rischiando di far arenare il progresso dello scenario giuridico.

2. la creazione giurisprudenziale, nel caso del diritto all'oblio, produce problematiche legate al bilanciamento con diritti contrapposti;

3. infine, questo metodo genera anche problemi di legittimazione democratica e al rispetto della separazione dei poteri.

Questi sono i temi che guidano l'intero elaborato, un lavoro orientato da fonti come la dottrina, la giurisprudenza, i commenti e numerose monografie utili ad approfondire le diverse questioni attinenti alla creatività giurisprudenziale nel caso del diritto all'oblio.

Indice

Introduzione

1	Creatività giurisprudenziale: un dibattito ideologico	1
1.1	Introduzione	2
1.2	A sostegno dell'interpretazione creativa delle corti	2
1.2.1	La sentenza integrativa-creativa	3
1.2.2	L'art. 12 delle <i>Preleggi</i> e la discrezionalità del giudice	4
1.2.3	A fronte di quanto affrontato, confronto tra sistemi di civil law e common law + conclusioncina del paragrafo	6
1.3	Contro la giurisprudenza creativa	8
1.4	Conclusione sull'attività creativa della giurisprudenza	30
2	Diritti riconosciuti come frutto della giurisprudenza creativa	33
2.1	Il diritto all'identità personale: una breve introduzione storica	33
2.1.1	Il «caso Veronesi»	35
2.2	L'identità personale e la Costituzione: similitudini e differenze	39
2.2.1	Art. 2	40
2.2.2	Art. 3	46
2.3	La dottrina sull'identità personale	48
2.4	Diritto alla riservatezza - introduzione	50
2.5	IL LIMITE DELLA CONTINENZA, UNA PRIMA ACCEZIONE DEL C.D. DIRITTO ALL'OBLIO	53

INDICE

2.6	NEUTRALITÀ E ANONIMATO	59
2.7	diritto alla protezione dei dati personali	59
2.8	prot. dati personali - tecnologie e diritti	60
3	Il problema del bilanciamento dei diritti di creazione giurisprudenziale con il testo costituzionale	66
3.1	diritti della personalità e giornalismo	66
3.1.1	Un equilibrio stabile	66
3.1.2	la sentenza e il commento di Laghezza	68
3.2	Bilanciamento con i diritti di rango superiore	77
3.2.1	boh	81
3.2.2	Diritto all'oblio <i>vs</i> diritto di critica, di satira e di rielaborazione artistica	85
3.2.3	Bilanciamento fra diritto all'oblio e diritto di cronaca: evoluzione rispetto al bilanciamento fatto col diritto all'identità personale .	88
3.3	Legittimazione democratica e separazione dei poteri	91
	Conclusioni	96

Capitolo 1

Creatività giurisprudenziale: un dibattito ideologico

Nonostante il diritto di creazione giurisprudenziale sia spesso criticato, la sua esistenza si è invece rivelata di grande utilità per rispondere ad alcune esigenze che negli anni si sono manifestate. Quando nel 1948 venne varata la Costituzione italiana, si pensò ad un documento di una certa estensione e destinato ad avere una vita duratura: non essendo però possibile, né per i costituenti di allora né per gli studiosi di oggi, determinare in anticipo tutti i casi in cui un dato valore possa considerarsi rilevante, la modalità più adatta per codificare tutti quei principi oggetto d'attenzione si rivelò quella di adottare «formulazioni ampie, generiche, e lasciare che il loro significato venga di volta in volta specificato in sede di applicazione»¹.

La possibilità di interpretare di volta in volta un testo sulla base dell'esigenza non significa però operare un giudizio smodatamente discrezionale o necessariamente più incerto, anzi: in determinati casi l'ampiezza del testo costituzionale ha permesso l'introduzione, mediante appunto l'operato delle corti, di diritti e nuove tutele di cui la società sentiva il bisogno ma ancora non normate. Esempi di quanto sopra descritto (nonché protagonisti dell'elaborato), sono il diritto all'identità personale e il diritto all'oblio.

¹G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 2008, 31, pp. 393-409.

1.1 Introduzione

In precedenza, i giudici, nel formulare una sentenza, si attenevano spesso al testo formale della legge: la figura del giudice venne definita da Montesquieu «bouche de la loi», letteralmente bocca della legge. Tale visione del giudice come mera bocca della legge, assolutamente non assimilabile ad un interprete del testo legislativo, che numerosi autori ritengono obsoleta, è imperniata in una cultura giuridica più propensa al rispetto del dato legislativo, tesa ad interpretare la legge nel suo senso più ovvio e letterale, ricercando sempre e comunque l'intenzione del legislatore storico. Questo atteggiamento, tipico del passato, non consentiva agli interpreti di introdurre la minima eccezione: in primo luogo perchè una disciplina non prevista dal legislatore non poteva in alcun modo diventare regola, in secondo luogo perché tale cultura giuridica, definita formalista o legalista², pretendeva un rigido rispetto della ripartizione delle competenze tra organi diversi, ed una tale libertà delle corti nell'interpretazione di una regola avrebbe causato un mescolamento tra potere legislativo e giudiziario nella ripartizione delle competenze. Ad oggi, invece, il pensiero di numerosi studiosi del diritto propende nel ritenere l'attività interpretativa del giudice decisamente più creativa rispetto al passato, ma non senza opinioni contrarie, che andremo di seguito a descrivere.

1.2 A sostegno dell'interpretazione creativa delle corti

Iniziando proprio dall'espressione «interpretazione creativa» riferita all'attività del giudice questa potrebbe, a primo impatto, rappresentare un ossimoro: l'interpretazione infatti non potrebbe per definizione essere creativa, cioè dare vita ad un senso che non è nella norma, come molti sostengono richiamando l'art. 12 preleggi³. Se così non fosse risulterebbe difficoltoso distinguere tra legge e sentenza, se non altro per le funzioni analoghe che ricoprirebbero.

²G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion pratica», 2008, 31, pp. 393-409.

³«Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore»

1.2.1 La sentenza integrativa-creativa

Se è ovvio che il potere di fare le leggi spetta al Parlamento, come sancisce l'art. 70 della Costituzione, può comunque ritenersi «empiricamente falso»⁴ affermare che il giudice non crei diritto.

Se infatti, più frequentemente, il giudice applica il diritto nei casi in cui il significato del testo è chiaro, altrettanto spesso il linguaggio del legislatore non è così limpido o esplicito: da ciò né deriva una situazione di incertezza. Per superare questo ostacolo, la soluzione si trova nel procedimento interpretativo svolto dal giudice, che lo porta a scegliere tra le varie opzioni l'unica che appaia legittima e non in contrasto con i diritti presenti ed esplicitati nel dettato legislativo.

Tale condizione di incertezza è causata non di rado da leggi vaghe o dalla totale assenza di una determinata disciplina nel tessuto normativo, come avviene per il diritto all'oblio, e lasciare il cittadino così come lo studioso del diritto in una zona di penombra non è un'ipotesi da ritenere plausibile. Per cui è inevitabile che, nel momento in cui sia necessaria la soluzione di un c.d. «caso difficile» per il quale non v'è regolamentazione, l'interpretazione creativa della giurisprudenza si rende indispensabile, mettendo immancabilmente in crisi la teoria dichiarativa dell'attività giurisdizionale.

Anche la teoria del diritto e la teoria delle norme ci chiariscono che l'attività giurisdizionale non è solo dichiarativa di un senso anteriore che la norma già possiede. La giurisprudenza è quindi, in una certa misura, creativa, anche solo per l'attività di costruire o ricostruire il senso della norma nello stesso procedimento della sua interpretazione ed applicazione. La rivalutazione della giurisprudenza come fonte di diritto, come si evince dalla vincolatività che i precedenti giurisprudenziali hanno acquisito, mostra come, superata la visione del giudice definita da Montesquieu, dovremmo vedere concetti di giurisdizione sempre più lontani dalla natura dichiaratoria volta alla mera rivelazione di diritti, intesa piuttosto come una maniera per rimuovere uno stato di incertezza⁵.

⁴A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

⁵A. Cabral, *Per un nuovo concetto di giurisdizione*, in «Judicium - il processo civile in Italia e in Europa», fasc. 1/2017, pp. 32-33.

1.2.2 L'art. 12 delle *Preleggi* e la discrezionalità del giudice

Sovente si ricorre ad un elemento specifico volto a contrastare le tesi sulla creatività giurisprudenziale: l'art. 12 delle *Preleggi*. Tuttavia è bene precisare che l'art. 12 non privilegia in assoluto il criterio interpretativo letterale, anzi evidenzia, attraverso il richiamo all'intenzione del legislatore il riferimento alla coerenza della norma e del sistema. Se è vero che il testo è il fattore dominante nell'interpretare le leggi, sarebbe comunque sbagliato negare l'importante circostanza che il testo, anche se «costituisce l'imprescindibile punto di partenza, non è di solito quello di arrivo e che la determinazione finale del significato della legge non è sempre uguale al significato dei vocaboli, delle locuzioni o degli enunciati contenuti nella legge⁶.»

Il linguaggio infatti non può prevedere tutti gli scenari possibili in un mondo sempre più complesso e variabile: inoltre c'è da considerare che qualsiasi testo normativo si innesta sempre in uno o più sistemi di norme già preesistenti, con le quali è destinato ad interagire più o meno agilmente. Esempio evidente di questo fenomeno si ha prendendo in considerazione il diritto all'oblio. Tale disciplina, nel momento in cui è stata riconosciuta, non si inseriva in un sistema vergine, una *tabula rasa*, la quale avrebbe permesso quindi una applicazione limpida della legge e senza necessità di coesistenza con altri diritti. Al contrario, ha dovuto fin da subito coesistere con il diritto costituzionalmente garantito della libertà di stampa e di espressione, una norma che risulta essere quasi in totale contrasto con un diritto il cui scopo è quello di dimenticare/far dimenticare. In questi casi allora la funzione interpretativa del giudice, oltre ad essere assolutamente necessaria per la coesistenza di due diritti tanto diversi, si traduce inevitabilmente in un'attività creativa.

Tale forma di creatività si configura allora come «discrezionalità»⁷: tuttavia non equiparabile a quella del legislatore.

Se infatti la discrezionalità di quest'ultimo risulta più ampia, autonoma e «libera nei

⁶F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, 2014, p. 20 in A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

⁷A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

fini e nei contenuti»,⁸ fermo restando il rispetto delle norme costituzionali, quella del giudice si rivela comunque vincolata ad obblighi derivanti dalla Costituzione, quali neutralità, imparzialità⁹ e coerenza.

Tale "discrezionalità", che specialmente nei c.d. casi difficili si traduce inevitabilmente in una operazione creativa, appare legittima e derivante da una situazione per cui il giudice non può e non deve limitarsi a ricercare e eplicitare il significato originario di una legge all'epoca in cui questa venne approvata, anzi: «egli non può ignorare nuovi valori adducendo a giustificazione di tale atteggiamento la loro novità o il fatto che non siano ancora riconosciuti dall'ordinamento. Deve intraprendere un confronto razionale e ragionevole con quelli vecchi e, proprio come questi non vanno abbandonati perché datati, non va impedita l'introduzione di valori nuovi perché troppo recenti. Tuttavia, questi ultimi non andranno a sostituire quelli vecchi, qualora non siano saldamente radicati nella società e nella coscienza di almeno buona parte dell'opinione pubblica»¹⁰ Se allora ammettiamo la discrezionalità (seppure nella limitata e peculiare accezione suesposta) e una certa creatività dell'interpretazione giudiziale, il giudice è chiamato a decidere tra valori diversi che sovente si contrappongono o contraddicono reciprocamente. Tali valori, inoltre, possono esser spesso nascosti o comunque poco evidenti, per questo alcuni giudici sono restii ad enunciarli chiaramente e preferiscono ricorrere al dato testuale delle norme, ricorrendo al carattere a-valoriale dell'attività giurisdizionale come ulteriore tutela.

In contrasto però con questa tendenza, è stato efficacemente evidenziato che «il giudice non può svolgere adeguatamente la sua funzione se non identifica i valori con precisione, non ne valuta gli effetti e non ne stabilisce un ordine di priorità»¹¹. Se il dato testuale si presta a diverse opzioni valoriali, è ovvio che l'esclusivo riferimento ad esso non basta a giustificare la decisione. Solo il giudice che abbia consapevolezza dei valori in

⁸ A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

⁹ Art. 111, co. 2 Cost.

¹⁰ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, p.159 in A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

¹¹ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, p. 146 in A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016.

campo, che li espliciti con chiarezza e renda conto della sua scelta in motivazione, è in grado di salvaguardare l'autorevolezza del proprio ruolo; solo così la sua decisione potrà apparire trasparente e non arbitraria, evitando il rischio che appaia come espressione di una deprecabile «giustizia del caso singolo» nella quale le vere rationes decidendi restano occulte; solo così la discrezionalità potrà dirsi esercitata dal giudice in modo coerente e razionale, salvaguardando la coesione dell'ordinamento che si nutre di valori e principi fondamentali garantiti dalla giurisprudenza. Si potrebbe dire che la creatività dell'interpretazione del giudice è accettabile sino a quando rimanga saldo il nesso di continuità (non con uno specifico indirizzo giurisprudenziale ma) con i valori fondamentali dell'ordinamento.

1.2.3 A fronte di quanto affrontato, confronto tra sistemi di civil law e common law + conclusioncina del paragrafo

A fronte di quanto esplicitato nei paragrafi precedenti, ammettendo una creatività dell'attività giurisdizionale, viene naturale chiedersi se un sistema di common law, che tiene conto del precedente giurisprudenziale, possa essere più o meno adatto rispetto a queste nuove fattispecie, quindi più elastico lasciando maggiore libertà al giudice o se questa sua natura più libera non sia soltanto una facciata e che approfondendo alla fine si riveli più farraginoso e difficile da malleare secondo le esigenze della società in evoluzione. utile domandarsi se siano più dotati di capacità innovativa i sistemi di diritto non codificato o codificato. Si sarebbe indotti a rispondere nel senso che sono più innovativi i primi, se non fosse per il fatto che nei sistemi non codificati il vincolo del precedente molto spesso rappresenta un elemento di conservazione (e anche di stabilità) ed è più difficile innovare dovendo giustificare le ragioni per cui non si rispetta il precedente con riferimento alle concrete situazioni di fatto messe a confronto, anziché sorreggere l'innovazione sul terreno più semplice di una diversa interpretazione del testo di legge. Nei sistemi codificati, ove l'interpretazione del giudice si appalesa libera, essendo essa vincolata al solo rispetto della legge, può funzionare da contrappeso la funzione nomofilattica di un giudice superiore (vd. Corte di Cassazione, art. 65 ord.

giud.), ma resta il fatto che il mancato rispetto di quanto ritenuto dal giudice si risolve, in definitiva, in motivo di impugnazione. Cosa accade nei due sistemi se l'interpretazione letterale (quando il testo sia dotato di un significato proprio e chiaro) conduca ad un risultato irragionevole o assurdo o chiaramente opposto allo scopo della legge? Nell'ottica squisitamente positivista, lasciare che il significato testuale delle parole (cd. testualismo) sia accantonato sarebbe inaccettabile, giacché la determinazione di ciò che è assurdo dipenderebbe dalla valutazione dell'osservatore. E tuttavia negli ordinamenti di common law vale la cd. regola aurea (golden rule) in base alla quale il significato testuale o ordinario del testo prevale a meno che non dia luogo a risultati assurdi o evidentemente contrasti con lo scopo o l'intenzione del legislatore. Nei sistemi di civil law si perviene a conclusioni simili percorrendo strade diverse: quella più ortodossa è di sollecitare l'intervento della Corte costituzionale per espungere la disposizione che non sia possibile ricondurre a ragionevolezza perché non interpretabile in modo diverso da quello testuale, mediante pronunce additive (che annullino la disposizione là dove «non pone» o «omette» di disporre) o sostitutive (che la annullino là dove dispone la norma x anziché la norma y). Oppure, si persegue una soluzione in fact: ad esempio, se si tratta di disposizione sanzionatoria, pur riconoscendo la violazione, si applica al contravventore una sanzione minima. Il concetto di «diritto vivente» sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto. Negli ordinamenti di civil law, che non conoscono il precedente, il diritto vivente ha solo una autorità istituzionale derivantegli dalla funzione di assicurare l'uniformità della interpretazione della legge, ma a partire dal 1981 l'espressione è penetrata nel gergo della Corte costituzionale, come sintesi verbale dell'orientamento secondo il quale la Corte costituzionale si astiene dall'interpretare le disposizioni di legge ed assume ad oggetto del giudizio di legittimità costituzionale il significato dato alla norma dal diritto vivente, posto che vi sia, derivante dalla giurisprudenza e dalla Cassazione. E ciò potrebbe incidere, in via di fatto, sulla disponibilità della Corte costituzionale ad intervenire per sconfessare un diritto vivente che si basi su interpretazioni oggettivamente controverse. I giudici sono tenuti preventivamente a fare ogni sforzo (senza limitarsi al dato letterale) per dare alla norma un

significato conforme a Costituzione, a pena di inammissibilità della sollevata questione di legittimità costituzionale, e che quindi l'interpretazione delle norme costituzionali non è riservata al Giudice delle leggi, ma è attribuita direttamente a ciascun giudice in funzione applicativa. Ciò alimenta la creatività della giurisprudenza, impegnando i giudici in una complessa opera interpretativa mediante progressive contestualizzazioni rispetto al significato letterale (o apparente) della norma nella ricerca della migliore soluzione del caso concreto. Questo modo di procedere mette ulteriormente in crisi il modello positivista, essendo il dato testuale insufficiente per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali (specie di quelle che enunciano diritti fondamentali), ma è coerente con l'essere il diritto disciplina razionale delle condotte umane.

È comunque avvertita l'esigenza, pur ritenendo superato l'ancoraggio positivistico dell'applicazione della legge, che siano posti limiti e paletti alla carica innovativa che reca con sé, per definizione, ogni attività di carattere ermeneutico che non voglia rinunciare alla sua funzione di attribuzione di senso e significato agli enunciati di diritto. Esistono a questo proposito, si potrebbe dire, garanzie e/o sistemi «propri» di governo e normalizzazione delle decisioni giudiziarie che sono intrinseci e, si direbbe, quasi conaturali ad esse e tali appunto da essere compatibili con l'indipendenza e l'autonomia della magistratura non solo dal punto di vista della sua collocazione istituzionale ma anche (dei contenuti) delle sue decisioni.

1.3 Contro la giurisprudenza creativa

di Luigi Ferrajoli Gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Rileva, alla base di queste teorizzazioni, svariati equivoci epistemolo-

gici, primo tra tutti una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. E propone una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge.

1. La crisi della legalità e l'espansione odierna degli spazi di discrezionalità e di potere della giurisdizione. Lo spazio della discrezionalità giurisdizionale affidato all'argomentazione giudiziaria e corrispondente al potere dei giudici è uno spazio enorme. Se chiamiamo diritto vigente l'insieme degli enunciati normativi e diritto vivente l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa. Questo spazio dipende in larga parte dalla semantica della lingua legale, essendo tanto più ampio e indeterminato quanto più ampio e indeterminato è il significato associabile ai termini della lingua legale. Con l'indeterminatezza della lingua legale, cresce pertanto la dimensione potestativa dell'attività giudiziaria e, correlativamente, se ne riduce la dimensione conoscitiva. Ne risulta condizionato anche lo spazio dell'argomentazione probatoria, a causa del nesso esistente tra la verificabilità giuridica e fattuale del fatto giudicato e la determinatezza del linguaggio legale. È infatti sulla base di tale determinatezza, quale è richiesta dal principio di stretta legalità o tassatività, che può identificarsi l'oggetto della prova e argomentarsi la corrispondenza tra i fatti provati e le previsioni normative e perciò la "verità", sia pure probabilistica in fatto e opinabile in diritto, delle qualificazioni giuridiche dei primi sulla base delle seconde. Precisamente, il grado di decidibilità della verità giuridica di un pronuncia giurisdizionale è direttamente proporzionale al grado di tassatività delle norme da essa applicate e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa. Dove la verità giuridica è indecidibile per totale indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo, e il potere giudiziario si converte, da

potere di applicazione della legge tramite prove e interpretazioni, in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto, tendenzialmente arbitrario e illegittimo perché in contrasto con il principio della sua soggezione alla legge. È perciò sulla tenuta del principio di legalità che si regge l'intera struttura dello stato di diritto, quale sistema normativo entro il quale tutti i poteri sono soggetti alla legge e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione. Si capisce perciò come oggi il grave problema che affligge i nostri ordinamenti è la crisi della legge e del ruolo di limitazione dell'arbitrio che, nel modello teorico dello stato di diritto, è svolto dal principio di legalità: dalla legalità costituzionale quale sistema di limiti e vincoli alla legislazione; dalla legalità ordinaria quale sistema di limiti e vincoli alla giurisdizione. Ne sono seguite una crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri. Questa espansione della giurisdizione e del potere dei giudici è dovuta a molteplici fattori. Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo: innanzitutto nella sovra-produzione delle leggi, che in Italia si contano ormai in decine di migliaia; in secondo luogo nella disfunzione del linguaggio legale, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente oscurità, tortuosità, vaghezza e talora contraddittorietà dei testi legislativi; in terzo luogo nella crisi della forma generale ed astratta delle norme di legge e nella prevalenza delle leggi-provvedimento, molto spesso a tutela di interessi particolari e clientelari. Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un'“accozzaglia di leggi speciali”, composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. Si aggiungano i processi di de-regolazione, di de-legificazione e di privatizzazione che in questi anni hanno allargato gli spazi del mercato in danno dei diritti sociali e del lavoro. Il risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto

di regole – che sta minando alle radici la soggezione dei giudici alla legge, snaturando il ruolo sia pure solo tendenzialmente cognitivo della giurisdizione e così deformando l'assetto dello stato di diritto. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo. Il secondo fattore di espansione del potere giudiziario è la struttura multilivello degli attuali ordinamenti. La prima articolazione multilivello della legalità è quella generata dalla rigidità delle odierne costituzioni, che affidano ai giudici la censura diretta o indiretta dell'illegittimità costituzionale delle leggi medesime per incompatibilità con i principi costituzionali dell'uguaglianza delle persone, delle libertà fondamentali e dei diritti sociali. Ha fatto così la sua comparsa la figura, inconcepibile nel vecchio stato legislativo di diritto, del diritto legislativo illegittimo per contrasto con le norme costituzionali. È cambiato, conseguentemente, il rapporto tra giudice e legge. I giudici, benché sottoposti alla legge, sono dotati del potere di controllarne la costituzionalità: i giudici ordinari del potere di eccepire e il giudice costituzionale del potere di dichiarare l'invalidità costituzionale delle leggi. Solo l'argomentazione interpretativa, d'altro canto, può volta a volta adeguare ai principi costituzionali i testi delle leggi ordinarie, argomentando come valide le sole interpretazioni dei secondi compatibili con i primi. A questa prima articolazione multilivello se ne sono poi aggiunte altre due: la creazione di uno *ius commune* europeo, prodotto soprattutto dalla Corte europea di giustizia sul modello giurisprudenziale del common law e caratterizzato dalla complessità del nuovo sistema di fonti – statali, infra-statali e sovra-statali – e dall'incertezza delle loro relazioni gerarchiche; lo sviluppo infine di una legalità di livello internazionale, affiancata più che sopraordinata alla legalità degli Stati nazionali, cui ha corrisposto, con la creazione di corti sovrastatali e il fenomeno crescente del dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, un'ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa. Il terzo fattore è rappresentato dallo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e poi della loro crisi. Si capisce come la crescita dello stato sociale e del ruolo della sfera pubblica – con le correlative funzioni pubbliche di garanzia dei diritti, l'espansione degli apparati burocratici e l'aumento degli interventi

statali nella vita economica e sociale – abbia anche provocato uno sviluppo dell’illegalità dei pubblici poteri manifestatosi nella variegata fenomenologia della corruzione. Ne è seguita un’espansione del ruolo della giurisdizione penale. La crisi odierna dello stato sociale e le misure antisociali imposte alla politica dai poteri economici e finanziari sono state poi un ulteriore fattore di crescita del ruolo della giurisdizione: nella latitanza e nell’impermeabilità della politica e nell’inefficienza della Pubblica amministrazione, le domande di giustizia vengono infatti rivolte in misura crescente alla magistratura, sollecitata a intervenire dalle violazioni dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere. Infine, un quarto fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza del potere giudiziario, connaturata del resto a qualunque potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale. Il fenomeno si manifesta in forme vistose nel diritto civile. Ma si sta sviluppando, in Italia, perfino in materia penale, dove si manifesta talora nello sviluppo di un’incontrollata fantasia incriminatrice che esorbita dalla legalità, sia pure dissestata dai fattori sopra elencati. Proprio il dissesto della legalità favorisce infatti un costume di arbitrio che si esprime nell’estensione di fattispecie penali, ad opera dell’argomentazione interpretativa, a fenomeni vagamente analoghi e, più in generale, nello sviluppo di un cosiddetto “diritto penale giurisprudenziale”: espressione ambivalente con cui si allude e si offre di solito legittimità non solo e non tanto, banalmente, al momento vivente del diritto penale vigente, cioè alla sua interpretazione giurisprudenziale – in questo senso tutto il diritto vivente, ripeto, è “giurisprudenziale” –, quanto piuttosto al ruolo “creativo” della giurisdizione consistente nell’“introduzione di nuove figure di reato”. Ebbene, è chiaro che tutti questi spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all’argomentazione – taluni perfettamente legittimi e di carattere progressivo perché a garanzia dei diritti, altri purtroppo legittimi ma regressivi perché provocati dal dissesto della legalità, altri infine di carattere extra-legale e di segno regressivo – sono da soli idonei a generare squilibri nei rapporti tra poteri e a provocare tra di essi tensioni e conflitti che rischiano di minare alla radice la legittimazione del potere giudiziario come potere soggetto alla legge, l’effettività del principio di legalità e

la tenuta dello stato di diritto. L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione – inteso con “creazione” non già l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo diritto – contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità, dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge. 2. Le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto. È precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata all'espansione extra-legale del potere giudiziario da molteplici orientamenti dottrinari, pur nella diversità dei loro approcci teorici: dagli orientamenti kelseniani e post-kelseniani di tipo paleo-giuspositivistico a quelli principialisti di tipo neo-giusnaturalistico, dagli approcci dell'ermeneutica giuridica a quelli neo-pandettisti, fino alle varie correnti del realismo giuridico, tutte a sostegno dello sviluppo di un diritto giurisprudenziale disancorato dal diritto legislativo. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è il primato riconosciuto alla giurisdizione rispetto alla legislazione quale fonte creativa di diritto, l'abbandono scettico dell'idea della subordinazione della prima alla seconda e la centralità associata al caso concreto, non soltanto nell'attività probatoria ma anche nell'interpretazione della legge. Scopo di questo saggio è la critica di tali orientamenti, cioè delle diverse concezioni oggi correnti della giurisdizione come creazione del diritto, qualunque cosa s'intenda con il termine “creazione”: sia che con esso ci si riferisca, impropriamente, all'argomentazione della legittima scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali o dottrinarie; sia che con esso ci si riferisca, nel senso proprio e forte di “creazione”, all'argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta illegittima di significati normativi che sono al di fuori di tale cornice. Questa distinzione, benché non sempre risulti sufficiente, in mancanza di rigorosi criteri distintivi, a distinguere in

concreto tra interpretazione (legittima) e creazione (illegittima), è tuttavia sufficiente ai fini della critica di entrambe le concezioni appena distinte della giurisdizione come attività “creativa”: della concezione della giurisdizione come “creazione” in senso proprio o forte, riconoscibile altresì dall’esplicito rifiuto del principio della soggezione del giudice alla legge come ormai superato e non più sostenibile; e della concezione della giurisdizione come “creazione” nel senso improprio del termine, riconoscibile invece ove sia accompagnata dalla difesa, sia pure non del tutto coerente, di tale principio. Il primato della giurisdizione come attività svincolata dalla soggezione alle norme di legge si trova affermato anzitutto, paradossalmente, dalla teoria normativistica di Hans Kelsen, entro la quale l’interpretazione giurisdizionale viene concepita come attività soltanto volitiva la cui validità è indipendente dai contenuti delle pronunce giudiziarie, dipendendo unicamente dalla loro semplice esistenza in conformità alle sole forme della loro produzione. Secondo Kelsen, infatti, «l’interpretazione della legge» conduce sempre a più soluzioni, le quali tutte, sul piano giuridico, «si equivalgono» non essendoci «alcun criterio per stabilire quale delle possibilità interpretative offerte dalla norma sia preferibile all’altra»; sicché il problema della scelta tra le possibili interpretazioni, egli scrive, è un problema «di politica del diritto», «sostanzialmente uguale a quello di fare la giusta legge nell’ambito della Costituzione». La differenza tra legislazione e giurisdizione è pertanto «solo quantitativa e non qualitativa, ed è che il vincolo del legislatore sotto il profilo sostanziale è assai più limitato di quello del giudice», il quale «però crea il diritto e anch’egli, in questa sua funzione, è relativamente libero». Ne segue una singolare concezione irrazionalistica dell’applicazione della legge dalla quale risulta smarrito lo stesso ruolo regolativo della legislazione e allargato il potere giudiziario quale potere creativo di norme, per di più delle sole norme inderogabili perché esistenti e quindi valide anche se in contrasto con le norme di legge applicate. Si aggiunga che Kelsen non ha solo sostenuto questa concezione della giurisdizione come creazione del diritto in senso forte. Egli è altresì responsabile della diffusione dell’uso indifferenziato dell’espressione «creazione» del diritto, nel senso improprio e debole del termine, per designare qualunque atto normativo, sia esso legislativo o giudiziario, sulla base del fatto che esso, entro la struttura

a gradi dell'ordinamento, è al tempo stesso applicazione di norme superiori (application of law) e produzione di norme inferiori (creation of law). Ma sono soprattutto gli orientamenti apertamente anti o post-positivisti che sono oggi dominanti nella cultura giuridica e che sviluppano una critica esplicita del paradigma garantista della legalità ereditato dalla tradizione illuministica. Distinguerò tre orientamenti anti-positivisti oggi convergenti nell'intento di archiviare il modello giuspositivista del principio di legalità, della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri: l'orientamento ermeneutico, che sviluppa la sua critica sul piano dell'epistemologia del giudizio; quello principialista, che la sviluppa sul piano della teoria del diritto; quello storicista o neopandettista, che la sviluppa sul piano della pratica giuridica e dell'esperienza storica. Il primo orientamento, quello dell'ermeneutica giuridica di tipo gademariano, perviene all'affermazione del ruolo creativo della giurisdizione a partire da una rifondazione epistemologica dell'interpretazione e dell'applicazione della legge operata sulla base della centralità assegnata al caso concreto oggetto del giudizio. Riprendendo le tesi di Aristotele sull'equità come giustizia del caso concreto contrapposta all'inflessibilità della legge, Hans Georg Gadamer sostiene che si deve, «nel caso concreto, prescindere dall'esattezza rigorosa della legge. Ma quando ciò accade, non è perché non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Quando ci si stacca dalla legge non si fanno dunque delle 'riduzioni' della giustizia, ma anzi si trova ciò che è giusto. Aristotele esprime ciò nel modo migliore nell'analisi della *epieikeia*, dell'equità, là dove dice che l'*epieikeia* è la correzione della legge». Questa correzione, aggiunge Gadamer, è sempre relativa alla «situazione particolare» sottoposta al giudizio; e conclude: «Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione. Certo, si verifica così un perfezionamento creativo della legge». Di qui la concezione ermeneutica della giurisprudenza come fonte creativa di diritto. «Messi alla prova dei fatti, considerati insomma nella loro dimensione concreta ed effettuale», scrive Giuseppe Zaccaria, «i principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge) che innervano gli ordinamenti giuridici continentali, esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensa-

ti». Esigono, precisamente, che non «si rimanga ancorati e per così dire “abbarbicati” ad una visione rigidamente illuministica della separazione dei poteri» e perciò a «una valutazione decisamente negativa» dell’odierna, «progressiva espansione del ruolo della giurisdizione», ma che, «con sano realismo», si registri perfino la «revisione penalistica del dogma di origine liberale che vincola l’interprete ad un rigido rispetto del principio di legalità». E tuttavia Zaccaria, al di là di queste incaute raccomandazioni, sembra far uso dell’espressione “creatività” soprattutto nel significato debole o improprio di cui si è detto all’inizio di questo paragrafo, cioè con riferimento alla scelta da parte del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro disegnato dal principio di legalità. Di carattere più propriamente teorico è la critica anti-positivista rivolta alla generalizzazione dello schema dell’applicazione giurisdizionale della legge dal secondo orientamento, quello del neocostituzionalismo principialista. La tesi da cui essa muove è una tesi teorica indubbiamente fondata: la distinzione strutturale tra regole e principi, basata sul fatto che mentre «le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente» ove ricorrano (o non ricorrano) le condizioni da esse previste, i principi «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste», e perciò non si applicano ma piuttosto si pesano, nel senso che prevale quello cui è associato volta a volta maggior peso per la sua maggiore importanza o pertinenza. È facile riconoscere l’ascendenza kelseniana di questa distinzione: fu Kelsen che, richiamandosi a Kant, configurò le regole giuridiche come giudizi ipotetici che connettono conseguenze agli atti da esse ipotizzati, in opposizione ai principi morali che hanno invece la forma degli imperativi categorici nella quale, non a caso, sono formulati i principi e i diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni. Di qui la tesi principialista di una rinnovata connessione tra diritto e morale che si sarebbe realizzata con la costituzionalizzazione di tali principi e diritti, nonché l’idea, grazie all’opzione per l’oggettivismo e per il cognitivismo etico, della possibilità di una solida argomentazione razionale delle loro interpretazioni, fino alla tesi, sostenuta da Ronald Dworkin, della possibilità di pervenire all’unica soluzione corretta: che è una tesi opposta e simmetrica alla teoria kelseniana, essendo basata sull’oggettivismo etico anziché sul relativismo mo-

rale, ma con essa singolarmente convergente nell'identificazione di razionalità e verità, in forza della quale i giudizi di valore, mentre per Kelsen non essendo né veri né falsi sono irrazionali, per i principialisti, essendo argomentabili razionalmente, sono altresì veri o falsi. Ma di qui, soprattutto, la proposta di un nuovo tipo di ragionamento giudiziario che si risolve, esso sì, nella sopraordinazione creativa, anziché nella subordinazione, del giudice alla legge: non più l'applicazione, bensì la ponderazione dei principi che concorrono nel caso sottoposto al giudizio e quindi la scelta da parte del giudice della norma da applicare e di quella da disapplicare. Una polemica ancor più radicale con la tradizione illuministica e un rifiuto ancor più esplicito e netto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge quali «mitologie della modernità» sono infine espressi dal terzo orientamento sopra ricordato: quello che ha il suo più convinto e illustre sostenitore nell'autorevole storico del diritto Paolo Grossi e che ben possiamo chiamare neo-pandettista per l'opposizione istituita tra la legge quale «espressione della pura volontà potestativa» del sovrano e il diritto quale «immemorabile patrimonio consuetudinario», nonché per il ruolo di fonte del diritto assegnato al giudice, concepito come «organo della coscienza sociale grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto». Sul piano epistemologico questo indirizzo grossiano si richiama all'ermeneutica. Ma ben più deciso è il rifiuto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, stigmatizzati come moderne «divinità protettive». In quella «vera e propria mitologia giuridica» prodotta da quell'«abile fonderia di miti giuridici» che è stato l'«illuminismo giuridico dell'Europa continentale», rientrano, secondo Grossi, anche «l'astrattezza e la generalità delle regole giuridiche», «la gerarchia delle fonti, ossia della pluralità di fonti compressa in un sistema piramidale» e perfino la scrittura delle leggi e «la riduzione del diritto in carte, in testi cartacei» dettati dalla «sfiducia nella formazione spontanea del diritto, con la conseguente esigenza di un suo controllo da parte della politica». La polemica di Grossi non risparmia neppure la legalità penale, a proposito della quale egli arriva ad affermare: «dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la “riserva di legge” come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto di un diritto

penale esprime una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza». Ovviamente, come si è visto nel paragrafo che precede, di “fiducia” e di “credenza” nella buona legislazione non ha senso parlare. La questione è se possiamo archiviare il principio di legalità quale fondamento del paradigma garantista, in particolare nel diritto penale, senza compromettere, con questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione, il ruolo del processo quale accertamento della pur relativa verità giudiziaria, la garanzia delle libertà fondamentali dall’arbitrio giudiziario e, più in generale, la tenuta dell’intero edificio dello stato di diritto con il suo insieme di garanzie contro l’arbitrio, altrimenti assoluto, nell’esercizio del potere giudiziario. Le tesi del ruolo creativo e della natura di “fonte” della giurisdizione si è d’altro canto affermata come una sorta di ovvietà in larga parte dell’odierna cultura giuridica, pur se, di solito, nell’accezione impropria e debole del termine “creativo”. «Il diritto giudiziario», scrive per esempio Francesco Galgano, è un’«ulteriore fonte di produzione del diritto, alternativa a quelle che si modellano secondo le procedure democratiche di formazione delle leggi negli Stati nazionali» e di fatto a queste sopraordinata; ma questa tesi viene da Galgano basata soltanto sulla larga discrezionalità di quelle che sono pur sempre scelte interpretative operate dai giudici. Aurelio Gentili, a sua volta, concepisce la teoria dell’argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo, ma perviene poi a «respingere, con le più rigorose formulazioni del deduttivismo, anche l’ipotesi di una giurisprudenza realmente creativa». Più incerta sembra la posizione di Mauro Barberis, che come Grossi contesta «la fiducia illuministica nella legislazione, e prima ancora nella ragione umana individuale», nonché quella «sorta di mitologia del diritto» creata da Beccaria e da Bentham che consiste nella credenza nel sillogismo giudiziario e nella pretesa di “sbarazzarsi dell’interpretazione” e in generale dei giuristi, ma al tempo stesso difende i “limiti” imposti alla giurisdizione dalla legislazione e dalla Costituzione. Infine Giovanni Fiandaca, pur avendo parlato, oltre che di una «funzione lato sensu “creativa” dei giudici» e di «un ridimensionamento conseguente sia del classico principio della separazione dei poteri, sia dei tradizionali principi-tabù (almeno rispetto all’area continentale) di legalità e riserva di legge», propone di «distinguere (per dir così) tra diritto

giurisprudenziale creativamente “legittimo” e prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente “abusivo” o capricciosamente anarchico».

3. Le responsabilità della cultura giuridica. Il significato del principio di legalità e il ruolo della giurisdizione. Al fondo di tutti questi orientamenti c'è il realismo, esplicito o latente, che consente di presentare le tesi sul ruolo creativo della giurisdizione come tesi “scientificamente” descrittive di una prassi giudiziaria priva di alternative; come se il diritto fosse una realtà naturale, e non un fenomeno artificiale interamente costruito dagli uomini; e come se non fossero normativi, bensì descrittivi, il principio di legalità, quello della certezza e quello della soggezione dei giudici alla legge. Di qui una sorta di legittimazione incrociata: della teoria da parte della realtà, cioè della pratica giuridica, e della realtà, cioè della crisi della legalità e delle prassi giuridiche extra-legali, da parte della teoria; della concezione della giurisdizione come fonte da parte della crisi di fatto della sua soggezione alla legge e, viceversa, della crisi di fatto della legalità da parte della teoria della giurisdizione come fonte. Di qui il compiacimento realistico nella teorizzazione della creatività della giurisdizione, poco importa se basata sulla sua raffigurazione kelseniana come attività puramente volitiva, o su quella ermeneutica come concretizzazione della legge, o su quella principialista come ponderazione anziché come applicazione di norme, o su quella neopandettista come concreta vita del diritto, o su quella realista come realtà effettuale o semplicemente come inevitabile supplenza richiesta dal dissesto della legalità. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è la legittimazione, sul piano epistemologico e su quello teorico, del collasso dello stato di diritto – cioè dei limiti e dei vincoli legali imposti all'esercizio di qualunque potere, sia pubblico che privato – assunto poi come verifica empirica delle loro stesse raffigurazioni teoriche. È questo, al di là delle intenzioni, il prezioso servizio prestato da questi approcci dottrinari allo sfascio in atto della legalità, quale si manifesta nel vuoto di diritto pubblico prodotto dall'eclisse della legge e dei parlamenti e inevitabilmente colmato, poiché il vuoto di potere non esiste, dai poteri selvaggi del mercato globale ben più e ben prima che dal potere correttivo della giurisdizione. Ma la scienza giuridica, proprio perché il suo oggetto è interamente artificiale e largamente modellato dal suo stesso

ruolo performativo, non può non tener conto e non assumersi la responsabilità degli effetti delle proprie teorizzazioni. Non può limitarsi alla contemplazione della crisi della legalità, come se questa fosse un fatto naturale, legittimando ciò che accade solo perché accade. Non può ignorare, in particolare, gli effetti sul proprio oggetto dell'abbandono, sul piano teorico, del paradigma giuspositivista e normativo della modernità giuridica. Non dimentichiamo che con il positivismo giuridico e con il principio di legalità è nata la politica moderna quale produzione, ma anche quale progettazione e trasformazione del diritto; che con la democratizzazione degli organi della produzione giuridica il principio di legalità è diventato il fondamento della politica democratica; che infine, con la positivizzazione dei diritti fondamentali realizzata dalla legalità costituzionale, la stessa politica si è sottomessa al diritto, cioè ai limiti e ai vincoli di contenuto da essa stessa creati e stipulati nel momento costituente. Per questo, teorizzare il superamento del principio di legalità e del positivismo giuridico equivale, puramente e semplicemente, a teorizzare il superamento del ruolo della politica, l'abdicazione alle forme della democrazia rappresentativa e il tramonto dello stato di diritto basato sulla soggezione al diritto dei pubblici poteri. Equivale, in breve, ad assecondare una regressione pre-moderna: in materia civile il primato dell'autonomia privata e dei poteri economici e finanziari globali quali veri poteri sovrani, per di più anonimi e invisibili, in grado di dettar legge alla politica; in materia costituzionale la sostituzione della legalità costituzionale con la *lex mercatoria* quale vera norma suprema dell'ordine globale; in materia penale l'indebolimento dell'intero sistema delle garanzie, tutte basate – dalla tassatività all'offensività, dal contraddittorio al diritto di difesa – sulla legalità quale garanzia di libertà oltre che di verità. È possibile evitare questo collasso del paradigma garantista? È possibile conciliare l'accresciuta complessità sociale, il pluralismo degli ordinamenti e delle fonti, la centralità del caso concreto e l'espansione degli spazi legittimi e garantisti della giurisdizione con l'insieme dei principi consegnatoci dalla tradizione illuminista quali fondamenti dello stato di diritto, primi tra tutti il principio di legalità, quello della soggezione dei giudici alla legge e quello della separazione dei poteri? È la stessa opzione per il positivismo giuridico, cioè la tesi del carattere artificiale del diritto quale

prodotto della politica e della cultura giuridica, che invita a considerare possibile questa conciliazione. Si tratta di una possibilità dipendente da due condizioni, entrambe decisive per la dimensione pragmatica della teoria del diritto: in primo luogo dal superamento sul piano teorico, di cui parlerò in questo paragrafo, di due ordini di equivoci, l'uno relativo alle nozioni di legalità e legislazione, l'altro alle nozioni di argomentazione giudiziaria e giurisdizione; in secondo luogo dalla ridefinizione sul piano epistemologico, di cui parlerò nei tre paragrafi che seguono: a) della nozione di cognizione giudiziaria quale cognizione argomentata; b) del rapporto tra l'universalità della norma e la singolarità del caso concreto, di cui proporrò una configurazione diversa da quella formulata dall'approccio ermeneutico; c) della ponderazione equitativa quale ponderazione non già delle norme, come ritengono i principialisti, bensì dei connotati del fatto denotati da più norme concorrenti. Il primo ordine di equivoci riguarda il principio di legalità. Questo principio è un principio formale. In un duplice senso. Innanzitutto nel senso che la legge può avere qualunque contenuto: «nello stampo della legalità», scrisse Piero Calamandrei, «si può calare oro o piombo» e dipende dalla politica che vi si cali oro anziché piombo. In secondo luogo il principio è formale nel senso che non allude affatto, secondo il bersaglio di comodo prescelto di solito dai suoi critici, alla legge quale legge dello Stato. Allude piuttosto alla logica del diritto. Fa riferimento alla legge nel senso di norma generale ed astratta che predispone effetti in presenza dei presupposti, quali che siano, da essa prestabiliti. Garantisce la prevedibilità, sia pure relativa, di tali effetti e dei loro presupposti e, insieme, del giudizio su di essi. Rappresenta, in breve, il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola. Intendo dire che non ha nessuna importanza che le norme generali ed astratte da esso richieste siano leggi dello Stato, o leggi regionali, o regolamenti dell'Unione europea o trattati internazionali o anche norme consuetudinarie. Ciò che importa, ai fini del ruolo garantista svolto dal principio di legalità, è la predeterminazione normativa in astratto e formalmente vincolante dei presupposti delle decisioni giudiziarie. Lo statalismo, cioè il monopolio statale della produzione giuridica, è solo una fase, oggi largamente e irreversibilmente

superata, dello sviluppo di questa sintassi. Ma il suo superamento non toglie nulla, sul piano teorico e normativo, al paradigma garantista tramandatoci dal pensiero illuminista. Utilizzando l'immagine del punto e della linea con cui Paolo Grossi ha raffigurato lo sviluppo storico dell'esperienza giuridica, esso corrisponde a un punto della storia del diritto: a quello rappresentato dalla prima rivoluzione istituzionale, cioè dal primo mutamento di paradigma realizzatosi, appunto, con il primato della legge e con il monopolio della produzione legislativa in capo agli Stati nazionali. Ma la linea nella quale quel punto si inserisce è quella dell'espansione della sintassi garantista introdotta dal paradigma giuspositivista, attraverso lo sviluppo della legalità all'altezza dei poteri vecchi e nuovi e a garanzia di vecchi e nuovi diritti. È su questa linea che si è prodotto, nel secolo scorso, il secondo mutamento di paradigma del diritto: il costituzionalismo rigido, che non consiste affatto nella crisi né tanto meno nel superamento del positivismo giuridico, ma al contrario in un giuspositivismo rafforzato, cioè nella positivizzazione anche dei principi che devono presiedere alle scelte legislative e perciò nella soggezione al diritto anche di quell'ultimo residuo di governo degli uomini che era costituito dal potere legislativo. Ed è su questa medesima linea che potrà collocarsi il terzo e più difficile mutamento di paradigma: quello di un costituzionalismo europeo e poi globale di tipo federale, fondato sulla medesima sintassi sia pure a livello sovra-nazionale, cioè sui limiti e sui vincoli imposti dalla legalità, a garanzia dei diritti di tutti, anche ai poteri sovra- ed extra-statali. La difesa del modello normativo della legalità non ha perciò nulla a che fare con la "fiducia" o con la "credenza" nella bontà e nella razionalità delle leggi di cui parlano quanti di quel modello decretano l'archiviazione. Comporta, al contrario, la critica della divaricazione deontica tra tale modello e la realtà, nonché la progettazione delle misure idonee a ridurla, se non a superarla, prima tra tutte una rifondazione e un rafforzamento della stessa legalità. È chiaro che la rifondazione della legalità suppone una rifondazione della politica e della sua capacità di progettare forme e contenuti della democrazia sulla base del modello politico e normativo volta a volta disegnato dalle carte costituzionali. È questo, oggi, il vero problema della democrazia: la crisi della ragione politica, che è alla base della crisi della ragione giuridica, provoca-

ta dal primato accordato alla ragione economica. Ma della rifondazione costituzionale della legalità la scienza del diritto può ben indicare le linee di sviluppo, in direzione della sua ristrutturazione anziché della sua attuale destrutturazione. Anzitutto sul piano qualitativo, attraverso la promozione di un rinnovato rigore della lingua legale nella formulazione delle norme. In secondo luogo sul piano della forma stessa della legalità: anziché decretare, secondo il vezzo dominante, il tramonto dei codici nell'odierna età della decodificazione, è al contrario la riserva di codice, soprattutto in materia penale, che dovrebbe essere proposta come rimedio all'odierna deriva inflazionistica, unitamente ad altre riserve di "leggi organiche" in tante altre materie, dal lavoro alla salute, dall'istruzione alla previdenza, alle opere pubbliche e al fisco. In terzo luogo, e soprattutto, attraverso lo sviluppo di quel terzo mutamento di paradigma del costituzionalismo cui ho sopra accennato, e cioè la costruzione di una legalità e correlativamente di una sfera pubblica sovranazionale all'altezza del carattere sovranazionale dei poteri economici e finanziari e delle sfide oggi proposte alla ragione giuridica dal loro attuale sviluppo sregolato e selvaggio: a livello quanto meno dell'Unione europea, mediante la costruzione di un governo europeo dell'economia e l'unificazione dei codici e delle leggi in materia di lavoro e di diritti sociali; ma anche, in prospettiva, a livello globale, mediante lo sviluppo, ben più che di istituzioni sovranazionali governo, di istituzioni sovranazionali di garanzia dei diritti e dei beni fondamentali. Il secondo ordine di equivoci che deve essere superato se vogliamo salvaguardare il modello garantista della modernità riguarda il senso dell'espressione «produzione giurisdizionale» del diritto e, più in generale, lo statuto epistemologico del giudizio e del ragionamento giudiziario. Positivismo giuridico e principio di legalità non equivalgono affatto alla riduzione di tutto il diritto alla legge, neppure alla legge nel senso lato ora precisato di norma generale ed astratta non necessariamente statale. Soprattutto, non implicano affatto, secondo un altro bersaglio di comodo della polemica antilegalista, la sottovalutazione della centralità della giurisdizione e delle decisioni interpretative che in essa intervengono. Certamente, nel modello illuminista disegnato da Montesquieu e da Beccaria c'è la ben nota caratterizzazione del giudice come "bocca della legge" e del giudizio come "sillogismo perfetto": formule che

suonarono rivoluzionarie rispetto alla giustizia arbitraria e feroce del loro tempo, ma che hanno alle spalle un'epistemologia insostenibile, trasformatasi per lungo tempo in un'ideologia di legittimazione aprioristica e deresponsabilizzante della giurisdizione. Ma è chiaro che oggi nessun giuspositivista nega l'esistenza, nella giurisdizione, di una sfera fisiologica e irriducibile di discrezionalità interpretativa, oltre alla sfera altrettanto fisiologica e irriducibile di discrezionalità probatoria. L'opzione per il positivismo giuridico, insomma, non comporta affatto l'idea che la giurisdizione possa raggiungere una verità certa e assoluta anziché una verità relativa, motivata da argomentazioni probatorie e da argomentazioni interpretative. Comporta, semplicemente, la sopraordinazione di norme astratte quale fondamento della validità degli atti ad esse subordinati, e perciò la struttura a gradi dell'ordinamento su cui è modellata la gerarchia delle fonti, ossia la sintassi dello stato di diritto: una gerarchia che in tutti i mutamenti di paradigma del diritto che ho sopra ricordato – quello giuspositivista della sopraordinazione della legge al potere esecutivo e al potere giudiziario, quello costituzionalista della sopraordinazione della Costituzione al potere legislativo, quello infine, ancora in gran parte da attuare, di un costituzionalismo europeo e in prospettiva globale sopraordinato al potere politico degli Stati e a quello economico dei mercati –, ha sempre svolto il ruolo di limite e vincolo all'esercizio dei tanti tipi di potere altrimenti assoluti, arbitrari e selvaggi. Ma è chiaro che i limiti e i vincoli legali sono relativi, nel senso che non sono in grado di eliminare gli spazi della discrezionalità giudiziaria colmati sia dall'argomentazione probatoria che da quella interpretativa. Il legislatore, infatti, produce solo il diritto vigente, consistente in testi normativi che richiedono di essere interpretati. Tutto il diritto vivente, tutto il diritto in azione – tutte le norme, inteso con “norma” il significato di un enunciato normativo – è perciò, ripeto, un diritto di produzione giurisprudenziale, interamente frutto dell'argomentazione interpretativa. Ma in tanto il diritto vivente è altresì diritto valido in quanto sia appunto argomentato come interpretazione plausibilmente accettabile del diritto vigente di produzione legislativa. In breve, né il diritto vivente può essere prodotto dal legislatore, né il diritto vivente può essere prodotto dai giudici; né il legislatore può interferire nella produzione del diritto vivente, né il giudice può interferire

nella produzione del diritto vigente. È questo il senso della separazione dei poteri.

4. Argomentazione giudiziaria sulla verità e argomentazione legislativa su altri valori

Ogni applicazione della legge richiede dunque una decisione e perciò un'argomentazione a sostegno della scelta tra le tante, possibili interpretazioni legittimamente ammissibili degli enunciati normativi. Si tratta però di decisioni sulla verità, e non su altri valori, cioè di decisioni le cui motivazioni sono argomentate come "vere" o confutate come "false" sulla base del diritto vigente. È in questa decisione sulla verità che risiede il nesso ineludibile della giurisdizione con la legalità e la differenza – strutturale, qualitativa, sostanziale – tra legislazione e giurisdizione, tra argomentazione legislativa e argomentazione giudiziaria, tra creazione del diritto e sua interpretazione e applicazione. La differenza è resa evidente dai diversi tipi di argomentazione che si richiedono a loro sostegno: le argomentazioni a sostegno delle decisioni giurisdizionali, essendo decisioni sulla verità, avvengono sulla base di prove e di qualificazioni normative del fatto provato; le argomentazioni a sostegno delle decisioni politiche, siano esse legislative o di governo, sono invece decisioni su altri valori: l'interesse generale, l'utilità, l'opportunità, la giustizia e simili. Le sentenze sono infatti gli unici atti giuridici la cui validità e ancor prima la cui giustizia dipendono dalla (accettazione come) "verità" delle loro motivazioni. La cosa è evidente nella giurisdizione penale: diciamo che una sentenza penale è valida, e prima ancora che è giusta, se le imputazioni accusatorie, per esempio l'accusa di omicidio, sono (argomentate come) "vere", in fatto e in diritto; diciamo che è invalida e riformabile, e prima ancora che è ingiusta, se queste medesime ipotesi sono "false" (o comunque non argomentate come vere). Ma la stessa cosa può dirsi di qualunque sentenza, la cui validità e la cui giustizia dipendono dalle plausibili argomentazioni come "vere" delle sue motivazioni, sia fattuali che giuridiche. Qualunque sentenza di merito esibisce perciò la forma del tanto vituperato sillogismo giudiziario. Sono sempre relative – opinabili in diritto e probabilistiche in fatto, talora inadeguatamente argomentate e perfino scarsamente credibili – le premesse di tale sillogismo. Ma una volta che le premesse siano state accettate come "vere", la conclusione segue per deduzione logica: se è vero, come dice la norma n , che tutti i fatti che hanno le caratteristiche $c1$ - cn sono

furti, e se è vero che il fatto *f* ritenuto provato ha le caratteristiche *c1-cn*, allora *f* è un furto. L'opinabilità dell'argomentazione interpretativa e l'incertezza delle prove pesano sulle premesse (che possono anche essere false), ma non sulla conclusione, logicamente da esse derivata (come vera). La stessa cosa può dirsi delle sentenze di pura legittimità, come le sentenze della Cassazione e quelle della Corte costituzionale nelle quali manca l'argomentazione probatoria o fattuale: qui entrambe le premesse – pronunce giudiziarie e legge, legge e Costituzione – sono opinabili perché frutto dell'interpretazione argomentata del diritto vigente; ma una volta che esse siano state formulate, le sentenze hanno solo il compito di dichiarare la (verità giuridica della) loro contraddizione o della loro compatibilità logica.

Per questo sono estremamente fuorvianti espressioni come «creazione giudiziaria del diritto», «ruolo creativo della giurisdizione» e giurisdizione come «fonte di diritto». «Creazione» e «fonte di diritto» alludono non già alla semplice applicazione del diritto precedente, ma alla produzione di nuovo diritto, come è per sua natura la legislazione, che appunto innova nel sistema giuridico e proprio per questo, in democrazia, richiede il consenso quanto meno della maggioranza. Al contrario, la giurisdizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente, argomentabile come legittima e giusta solo se in base a tale diritto ne sia predicabile la “verità” processuale sia pure in senso intrinsecamente relativo. Di qui il suo carattere anti-maggioritario: nessun consenso di maggioranza può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. «Interpretazione creativa» è perciò una contraddizione in termini: dove c'è interpretazione non c'è creazione e dove c'è creazione non c'è interpretazione, ma produzione illegittima di nuovo diritto. Non si tratta di questioni terminologiche. Si tratta del ruolo performativo che ha il linguaggio teorico nei confronti della dinamica del diritto. È chiaro che la realtà effettuale della pratica giuridica non può essere ignorata. Ma la «realità del diritto» non è indipendente dalla lettura che ne viene data dalle nostre teorie. Certamente esiste sempre una qualche divaricazione tra tale realtà e i modelli normativi elaborati dalla teoria. Ma questa divaricazione, a causa del carattere non naturale ma artificiale del diritto, non va riguardata come una smentita, bensì, di solito, come una violazione: la

violazione, precisamente, dei limiti e dei vincoli imposti alla pratica giuridica dalla logica stessa della gerarchia delle fonti. Per questo parlare di ruolo creativo della giurisdizione o di interpretazione creativa, anche solo nel senso debole e improprio della nostra distinzione, vuol dire assecondarne le derive creazioniste, avallarne l'arbitrio, deformare la deontologia professionale dei giudici e l'intero immaginario istituzionale intorno allo stato di diritto. Per questo non può affermarsi che il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» enunciato dall'art. 101, comma 2 della nostra Costituzione è ormai inattuabile e inattendibile perché, come scrive per esempio Francesco Galgano, «sarebbe mutata la fonte di legittimazione della giurisdizione: non più la legittimazione sostanziale o cognitiva consistente nell'applicazione della legge, bensì la legittimazione solo procedurale consistente nel "contraddittorio processuale", altrettanto procedurale, dice Galgano, quanto quella di tutti gli altri poteri, a cominciare dalla legittimazione elettorale e maggioritaria del potere politico». Su che cosa si forma, infatti, il contraddittorio nel processo, se non sulla verità processuale argomentata con riferimento al diritto vigente, cioè sulla verifica o sulla falsificazione, in fatto e in diritto, delle ipotesi dedotte nel giudizio? Anche sotto questo aspetto la differenza tra legislazione e giurisdizione è radicale. Non ha senso parlare di «verità legislativa» così come si parla di «verità processuale» o «giudiziaria». Il confronto parlamentare tra maggioranza e minoranze o quello tra governo e opposizioni, in tema per esempio di leggi sul lavoro o sulle pensioni o sulle imposte, non sono in alcun modo paragonabili al contraddittorio nel processo; il legislatore non compie nessuna deduzione logica a partire dal diritto pre-esistente; le argomentazioni portate nel dibattito parlamentare non vertono sulla verità o sulla falsità delle proposte a confronto, come avviene invece in qualunque processo, bensì sulla loro maggiore o minore opportunità, o giustizia, o efficacia o aderenza agli interessi generali o alla volontà degli elettori. Di qui il valore della separazione e dell'indipendenza del potere giudiziario da qualunque altro potere: trattandosi di un potere-sapere esercitato da un'attività tendenzialmente cognitiva, qualunque condizionamento proveniente da altri poteri può solo deformare la corretta formazione della verità processuale.

Alla base della tesi del carattere non cognitivo ma creativo della giurisdizione c'è in realtà una concezione ristretta e insostenibile sia della conoscenza che della verità giuridica, l'una intesa come descrizione, l'altra come verità assoluta. Ma questa concezione è esattamente la concezione meccanicistica della conoscenza e oggettiva della verità che i sostenitori del creazionismo giurisdizionale rimproverano al legalismo giuspositivista. È chiaro che se «cognitivo» s'intende come sinonimo di «descrittivo» o di «nell'applicare la legge» si deve ad essa attribuire il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole» – l'interpretazione non è, perché non può essere, cognitiva. Le parole della legge, infatti, non hanno un significato «proprio» ad esse oggettivamente intrinseco, delle quali l'interpretazione possa configurarsi come scoperta, o come constatazione o come descrizione oggettivamente certa o vera. Ma questo non vuol dire che l'interpretazione consista, all'opposto, nell'invenzione o nella creazione dal nulla dei significati normativi. Essa consiste bensì in un'attività cognitiva che comporta la scelta, inevitabilmente discrezionale e proprio per questo razionalmente argomentata, del significato ritenuto il più plausibile tra quelli associabili all'enunciato interpretato. Non è inutile ricordare che l'idea di una conoscenza puramente oggettiva o di una verità certa o assoluta è stata abbandonata da tempo dalla filosofia della scienza, che ammette spazi di discrezionalità e momenti decisionali in qualunque tipo di conoscenza empirica, inclusa la conoscenza scientifica. La sola differenza è che il diritto è un fenomeno linguistico, che come tutti i fenomeni linguistici ammette l'interpretazione, anziché l'osservazione, come forma specifica dell'indagine empirica, in grado comunque di raggiungere una verità sempre e soltanto relativa, approssimativa e opinabile, ma pur sempre argomentata come tale e come tale confutabile sulla base dei testi normativi. Dire che le norme sono «create» dall'interpretazione è perciò come dire che la quinta sinfonia di Beethoven è creata dalla sua esecuzione e dalla sua interpretazione; o che la messa in scena di un'opera teatrale equivale alla sua creazione. Infine, un ultimo equivoco: l'idea che i vincoli imposti dal rispetto dei precedenti giurisprudenziali possano giustificare, nei nostri sistemi di civil law, la tesi di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge. Si tratta invece, a mio parere, dell'ovvia e inevitabile influenza esercitata, sull'argomentazione interpreta-

tiva richiesta in ciascun giudizio, dalle precedenti argomentazioni interpretative, come del resto dalle argomentazioni dottrinarie delle norme applicate; con in più, rispetto all'influenza della dottrina, la maggiore influenza della giurisdizione dovuta al ruolo, espressamente assegnato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario italiano alla Corte di cassazione, di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», cioè la tendenziale uguaglianza di trattamento e la massima certezza del diritto. I precedenti, in tutti i casi, devono essere assunti come vincolanti per ragioni sostanziali e non per ragioni formali, per la persuasività delle tesi interpretative da essi espresse, cioè per la loro intrinseca razionalità, e non certo per una loro formale forza di legge. Devono valere, in breve, per la loro autorevolezza sostanziale, e non certamente per una qualche loro autorità formale, riservata soltanto alla legge. Ciò vale sicuramente per il diritto italiano, nel quale il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» è stato costituzionalizzato dall'art. 101 cpv della Costituzione e ripetutamente ribadito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Ma vale anche indipendentemente da tale norma, per ragioni epistemologiche di grammatica giuridica ben prima che per ragioni costituzionali. Tanto è vero che dove è stato introdotto per via legislativa il principio del carattere formalmente vincolante del precedente, indipendentemente dalla sua persuasività in concreto, si è caduti in una sorta di legificazione o peggio di costituzionalizzazione delle pronunce giudiziarie, di fatto impraticabile. Aggiungo che l'efficacia solo sostanzialmente persuasiva del vincolo del precedente, in opposizione all'efficacia formalmente normativa della legge, vale perfino per i sistemi di common law nei quali vige il principio dello stare decisis: qualora, infatti, il vincolo del precedente avesse il carattere di un vincolo formale, identico a quello della legge, si avrebbe una sorta di sua legificazione, e perciò il paradosso di un irrigidimento paralizzante della stessa interpretazione giudiziaria, in contraddizione proprio con la natura di case law rivendicata come il tratto distintivo dello stesso diritto giurisprudenziale vivente.

1.4 Conclusione sull'attività creativa della giurisprudenza

Oggi la contrapposizione tra positivisti e antipositivisti è astratta, non rispecchia più la situazione concreta ed è di natura prevalentemente ideologica. È incontestabile che anche per i positivisti: a) il metodo rigorosamente sillogistico (tipico dell'ideologia positivista) è stato più declamato che realmente applicato dai giudici; b) si può procedere per via induttiva a trovare la regola del caso concreto; c) si può fare ricorso all'analogia; d) il messaggio finale del modello positivista si risolve nel monito che il giudice deve agire nell'ambito della legittimità formale, ma non è in grado di indicare come e in quale direzione. E, inversamente, anche per i fautori della componente creativa dell'interpretazione giudiziale, occorre tenere conto che la creatività, se non vuole tramutarsi in arbitrio, deve far ricorso a criteri pre-definiti di decisione, che diano la possibilità di controllarne i risultati sul piano, se non altro, della coerenza e nell'ottica della prevedibilità delle decisioni.

Non v'è dunque un'alternativa tra deduzione (da regole astratte) e creazione, ma di rinvenire criteri concreti ed affidabili per controllare le decisioni dei giudici, all'interno di una visuale complessiva di cui i formanti, a partire dal testo di legge, sono i valori e i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento, il comune sentire (coscienza o consenso sociale), le consuetudini, la stessa tradizione giuridica (cd. dati extratestuali).

Ancora da vedere

Il punto è allora prendere sul serio il fatto che queste clausole costituzionali richiedono qualche forma di argomentazione morale, senza però trasformarle in deleghe in bianco agli interpreti. Questo è possibile? Forse sì. Intanto, la stessa inclusione di termini valutativi e controversi in un documento normativo, con una certa formulazione invece che un'altra, delimita le possibilità di scelta dell'interprete.

È importante sottolineare che questa capacità di individuazione di alcune delle applicazioni corrette e non corrette di un termine controverso non implica che allo stesso tempo siamo in grado di individuare l'unica soluzione giusta ad un dubbio interpretativo su un termine, o tutte le possibili istanze di (corretta) applicazione di quel termine.

Così, partendo ad esempio da una definizione molto generica della libertà di ma-

nifestazione del pensiero, e presupponendo alcuni valori e obiettivi che giustificano la protezione di questa libertà (in ipotesi, lo sviluppo della democrazia e dell'autonomia individuale), avremo casi paradigmatici di esercizio di quella libertà (un comizio politico) e casi paradigmatici della sua violazione (la censura nei confronti di un giornale anti-governativo); mentre sarà incerto se certi altri comportamenti costituiscano realmente istanze di esercizio della libertà in questione (la pornografia, la pubblicità commerciale), e se certi altri comportamenti ne siano una violazione (finanziamento pubblico a giornali filo-governativi, pur senza esercitare censura sugli altri giornali). La risposta a questi ultimi casi potrà essere fornita solo impegnandoci in una argomentazione che valuti il senso e la portata dei valori sottostanti al riconoscimento di un certo diritto, e anche il loro rapporto con altri valori rilevanti.

Nel diritto l'individuazione dei casi paradigmatici subisce anche il filtro offerto da vari fattori istituzionali: così, nel diritto i casi paradigmatici non sono solo le nostre intuizioni pre-analitiche, ma anche istanze consolidate di applicazione di quel diritto, come precedenti giurisprudenziali, decisioni legislative, ecc. Se è questo il modo di funzionare dell'interpretazione dei concetti controversi, generici e valutativi contenuti nelle costituzioni contemporanee, allora la loro stessa presenza è un fattore di vitalità del catalogo costituzionale, e la loro funzione è proprio quella di tenere aperta la discussione su certi beni fondamentali, specialmente nei casi di confine in cui gli interpreti sono portati a fornire ragioni pro o contro l'inclusione del caso concreto sotto l'ombrello protettivo del diritto, a riflettere sulla giustificazione sostanziale di quel diritto, a metterla alla prova di fronte a casi non previsti. Il fatto che esistano casi chiari, e oneri di argomentazione per i casi dubbi, può fornire una garanzia che, in linea teorica, l'applicazione di queste clausole non sia affidata esclusivamente a pulsioni soggettive irrazionali e sottratte ad ogni controllo intersoggettivo, né che diventi una forma di ragionamento morale senza restrizioni. Ciò ovviamente non vuol dire che in questi casi ci sia una risposta giusta, ma vuol dire che ci possono essere risposte migliori di altre, oltre che risposte sbagliate, e che il diritto positivo fornisca indicazioni in tal senso.

A fronte di innumerevoli dibattiti in merito, negli anni si è assunto come risolutivo

l'argomento l'argomento per cui, dal momento che le decisioni giurisdizionali devono sempre essere giustificate in ossequio ad un sistema di valori e norme precostituito dal legislatore, la giurisprudenza non potrebbe essere puramente creativa in quanto rimanderebbe sempre a principi già presenti nel sistema delle leggi. Inoltre adottare senza eccezioni tale tesi eviterebbe la problematica legata alla posizione della giurisprudenza rispetto al principio di legalità e separazione dei poteri, principi potenzialmente inficiati considerando la possibilità di una "giurisprudenza creativa". Ma tale possibilità può davvero escludersi totalmente, specie a fronte dei benefici avuti in casi come il diritto all'identità personale e il diritto all'oblio (che secondo la dottrina maggioritaria deriverebbero proprio dall'operato delle corti)? fornire un'idea di quanto meglio possa adattarsi al sistema italiano, ma non fornire una risposta univoca alla questione, che rimane ancora un tema caldo e in continua discussione all'interno panorama giuridico.

Capitolo 2

Diritti riconosciuti come frutto della giurisprudenza creativa

2.1 Il diritto all'identità personale: una breve introduzione storica

Il diritto all'identità personale è quel «diritto a che la proiezione sociale della propria personalità non subisca travisamenti o distorsioni a causa della attribuzione di idee, opinioni o comportamenti differenti da quelli che quell'individuo ha manifestato nella vita di relazione»¹. L'identità personale è stata riconosciuta come interesse solo di recente: nella prima metà degli anni settanta, infatti, era già palese la necessità di tutelare questo aspetto della persona, ma una sua individuazione era ancora lontana. Difatti, i primi provvedimenti in materia mancavano di un referente normativo chiaro e non delineavano il diritto all'identità personale come lo si intende oggi, ossia come un istituto a sé stante e con sue caratteristiche, bensì lo si accostava in maniera vaga e poco precisa a diritti quali l' onore, l' immagine, il decoro. Questo accostamento era giustificato dai punti di contatto che il diritto all'identità personale presenta con altri diritti della personalità, e si preferiva pertanto, almeno in un primo momento,

¹Pino G., *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 9.

ricorrere all'applicazione di tutele costituzionalmente garantite piuttosto che applicare in via analogica un diritto di cui ancora non era definita la natura, con il rischio di creare contraddizioni nella pratica delle corti, con sentenze ed interpretazioni difformi, e non solo: questa situazione di incertezza rischiava di ottenere contrasti anche fra questo nuovo interesse (dato che di «diritto» ancora non poteva parlarsi) e diritti invece riconosciuti dalla Costituzione, come la libera manifestazione del pensiero e il diritto di stampa. Queste difficoltà iniziano ad essere affrontata per la prima volta da importanti esponenti della dottrina, nonostante sia piuttosto diffusa la teoria secondo la quale il diritto all'identità personale deve la sua esistenza principalmente all'attività delle aule giudiziarie. Per primo fu infatti Adriano De Cupis a teorizzare sul fenomeno dell'identificazione del soggetto, iniziando così a formare un'esigenza collettiva di tutela non solo dei singoli segni distintivi dell'individuo, bensì anche di un diritto avente una sua fattispecie autonoma direttamente connessa alla tutela della persona. Attraverso queste teorie si permette un ingresso del diritto all'identità personale nell'ordinamento giuridico e la specificazione della sua fattispecie, stavolta attraverso l'opera dei giudici di merito e di legittimità, nonché della Corte Costituzionale. La spinta determinante per il riconoscimento di questa tutela fu data dall'evoluzione esponenziale delle tecniche di diffusione delle immagini e del nome, per cui una maggiore facilità nella diffusione di queste informazioni rendeva più semplice anche una loro violazione o errata utilizzazione, con relative possibili lesioni per l'individuo, facendo emergere più che mai l'esigenza di fornire copertura ad interessi che l'ordinaria normativa non riusciva a tutelare.

All'interno delle corti, ad inaugurare il "filone giurisprudenziale" per la tutela del «diritto all'identità personale» furono i pretori capitolini: in particolare una decisione riportava un'aggressione rispetto alle «posizioni politiche, etiche e sociali dell'individuo»², in sostanza rispetto alle opinioni dell'individuo, ora individuate come parte integrante di un soggetto. Sempre più numerose divennero le sentenze, che seppur ricorrendo ad un ragionamento analogico per la risoluzione della controversia ammettevano il diritto in questione, stimolarono un effettivo riconoscimento normativo da parte

²Cerri A., v. *Identità personale*, in «Enciclopedia giuridica», pg.1.

del legislatore (giunto purtroppo solo dopo più di venti anni dalla sua concreta tutela giurisprudenziale), attraverso la pubblicazione della legge 31 dicembre 1996, n. 675³.

2.1.1 Il «caso Veronesi»

Di particolare rilevanza, soprattutto per il contributo alla definizione del fondamento normativo della tutela dell'identità personale, sono le sentenze che in tutti i gradi di giudizio, seppur in forza di argomentazioni giuridiche differenti, hanno deciso il cosiddetto "caso Veronesi"⁴. In primo ⁵ed in secondo grado ⁶la tutela del diritto all'identità personale veniva riconosciuta attraverso un'interpretazione estensiva del diritto al nome ex artt. 6 e 7 cc.

Il Tribunale di Milano, infatti, riteneva il fatto lesivo per l'uso indebito del nome altrui posto in essere da chi non aveva diritto a quel nome, utilizzandolo per confondersi invece col legittimo titolare, con il risultato di imputare a quest'ultimo comportamenti o affermazioni che non lo riguardavano: circostanza pregiudizievole in quanto tesa ad "inquinare" (e nel caso specifico posizionandosi in netto contrasto con l'operato e il pensiero del professore) i dati oggettivi sui quali si forma la rappresentazione esterna della personalità di un individuo.

Questa prima sentenza, pur non indicando espressamente il diritto all'identità perso-

³La quale si è però limitata, all'interno della più generale disciplina sul trattamento dei dati personali, a menzionare il diritto all'identità personale, senza tuttavia definirne l'oggetto.

⁴La vicenda riguardava il noto oncologo Prof. Umberto Veronesi, che rilasciò un'intervista nella quale spiegava il rapporto fra il fumo e alcuni tipi di tumore maligno, proponendo a contrasto del fenomeno un'azione educativa rivolta in particolar modo ai giovani; inoltre, come parte della soluzione, prevedeva un'apposizione del divieto di pubblicità delle sigarette. Durante l'intervista la giornalista chiese delucidazioni sulla possibile esistenza di sigarette "innocue". Il professore spiegò che effettivamente alcune tipologie di sigarette (le c.d. *less harmful cigarettes*) risulterebbero meno nocive delle altre, ma concluse asserendo come «tutto certamente sarebbe più semplice se la gente si convincesse a non fumare».

Nonostante il tenore scientifico dell'intervista del professor Veronesi ed il chiaro intento di inviare un messaggio sui rischi derivanti dal fumo, una società produttrice di tabacco pubblicò sulla stampa periodica una pubblicità per la promozione di una nota marca di "sigarette leggere", nella quale venne inserita la seguente proposizione «Secondo il prof. Umberto Veronesi, direttore dell'Istituto dei tumori di Milano, questo tipo di sigarette riduce quasi della metà il rischio del cancro». La pubblicità mirava a dare risalto alla parte dell'intervista in cui il professor Veronesi dichiarava meno nocive le sigarette leggere, omettendo però di chiarire l'indubbia posizione del professore sull'argomento del fumo e sulla pericolosità anche di tali sigarette.

⁵Tribunale di Milano - sentenza 19 giugno 1980.

⁶Corte d'appello di Milano - sentenza 2 novembre 1982.

nale, ammette l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante alla non alterazione della rappresentazione esterna della propria personalità, ricomprendendolo nell'istituto del diritto al nome.

In grado di appello, questo interesse venne confermato attraverso una interpretazione estensiva del disposto dell'art. 7 c.c., seppur con evidenti limitazioni date dalla natura stessa della norma. Viene riconosciuto così il diritto all'identità personale come garanzia affinché il nome di un individuo si consideri come "simbolo dell'intera personalità dell'individuo morale, intellettuale e sociale". L'uso del nome altrui doveva quindi considerarsi illecito quando fosse utilizzato in modo tale da incidere negativamente sulla personalità del soggetto identificato.

Contributo definitivo per il riconoscimento e la definizione del diritto all'identità personale è stata la sentenza della Corte di Cassazione 22 giugno 1985, n. 3769, conclusiva della vicenda «Veronesi». Tale pronuncia, infatti, confermando le conclusioni a cui erano giunti i giudici di merito, e ribadendo la lesione del diritto all'identità personale del Veronesi, muta l'orientamento sino ad allora espresso dalla Corte di Cassazione⁷ e che tutelava il diritto all'identità personale solo nei casi in cui questo coincidesse con la tutela di una fattispecie già espressamente prevista dalla legge.

La novità all'interno della pronuncia è stata quella di specificare un fondamento giuridico all'identità personale, distaccandolo dalla fattispecie del diritto al nome ed all'immagine, e configurando, piuttosto, un oggetto autonomo di un diritto della personalità direttamente garantito dalla Costituzione, attraverso una lettura estensiva dell'art. 2. Secondo il ragionamento operato dalla Corte, infatti, impropri erano anche gli accostamenti del diritto all'identità personale alla fattispecie del diritto alla riservatezza, perché, mentre il primo assicura la fedele rappresentazione alla propria proiezione sociale, il secondo, invece, assicura la non rappresentazione all'esterno delle proprie vicende personali non aventi per i terzi un interesse socialmente apprezzabile. In ipotesi come quella del "caso Veronesi", leso non è stato appunto il nome, l'immagine o l'onore dell'individuo, bensì l'interesse di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua

⁷In particolare si ricorda la sentenza della Corte di Cassazione 13 luglio 1971, n. 2242

vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva; viene quindi lesa l'interesse a «garantire la fedele e concreta rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità».⁸ e non vedersi quindi all'esterno alterato, travisato, offuscato o contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, e destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale.

Il diritto all'identità personale non può trovare fondamento negli artt. 7 e 10 c.c., perchè, come già accennato, in sede interpretativa non è comunque possibile alterare il contenuto normativo oltre i limiti consentiti dallo strumento dell'interpretazione estensiva⁹ e d'altro canto non è possibile attribuire alle due norme una portata innovativa incompatibile con la loro struttura.

Dunque, i segni distintivi¹⁰ identificano il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale; l'identità rappresenta, invece, una "formula sintetica"

⁸Cerri A., v. *Identità personale*, in «Enciclopedia giuridica», p. 2.

⁹Per definire il concetto di interpretazione estensiva occorre innanzitutto precisare che esistono in diritto due tipi di analogia: l'analogia *legis*, definita nella prima parte dell'art. 12 co. 2 delle preleggi, recita «Si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»; e l'analogia *juris*, contenuta nella seconda parte del medesimo comma, che a sua volta sancisce che per colmare le lacune legislative si ha la possibilità di decidere le controversie "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». La problematica principale sta nel distinguere l'analogia *legis* dall'interpretazione estensiva. Per definizione, l'interpretazione estensiva consiste nell'attribuire ad una disposizione «uno tra i significati compatibili con il suo tenore letterale». A questa dicitura conferisce una più chiara spiegazione l'illustre filosofo del diritto Norberto Bobbio: si ponga l'esempio di una norma che vieti la riproduzione di dischi osceni. Sicuramente analizzando nel dato testuale l'oggetto del divieto, si intende per «disco» il c.d. *vinile* a 33, 45 o 78 giri. Ma a seguito dell'evoluzione scientifico-tecnologica e l'invenzione di nuovi dispositivi di riproduzione, se non si utilizzasse il mezzo dell'interpretazione estensiva della norma, questa finirebbe per divenire obsoleta in brevissimo tempo. Invece, interpretando estensivamente il dispositivo, è possibile ricomprendervi anche i CD, i DVD o qualsiasi altra tipologia di "disco" la tecnologia dovesse mettere a disposizione dell'individuo, ricomprendendo quindi anche i suddetti nella categoria «dischi», poiché aventi caratteristiche analoghe ai vinili riguardo lo scopo della loro creazione, ossia la riproduzione di un file audio. In questo modo è possibile ricomprendere nella norma delle fattispecie diverse senza tuttavia uscire dal tenore letterale della disposizione stessa. Nel medesimo caso, se si usufruisse invece dell'analogia, si potrebbe affermare che anche la riproduzione di audiocassette oscene è vietata, nonostante le audiocassette non si classifichino come dischi nel senso stretto del termine. Dato però che sia i dischi che le audiocassette si configurano come supporti di registrazione e riproduzione, e poiché entrambi possono avere contenuto osceno, l'interpretazione analogica permetterebbe di vietare la riproduzione di audiocassette oscene, ricomprendendo nel dato letterale anche casi di diversa natura ma caratterizzati dal medesimo scopo o ragione.

¹⁰Come il nome, l'immagine, o le informazioni personali.

per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale, nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni.

La Corte afferma che la disciplina inerente alla tutela dell'identità personale avrebbe potuto comunque dedursi per analogia dalle norme che tutelano i beni collegati all'identità, come il diritto al nome, consentendo al soggetto che subisce un pregiudizio alla sua identità personale, la possibilità di chiedere in sede giudiziale la cessazione del fatto lesivo ed il risarcimento del danno, nonché la possibilità ottenere dal giudice l'ordine di pubblicazione della sentenza. In sostanza la Corte, per riconoscere il fondamento del diritto all'identità personale, argina i limiti che la norma impone nell'utilizzo del mezzo dell'interpretazione estensiva, utilizzando il mezzo dell'analogia e ricorrendo quindi ai principi generali dell'ordinamento italiano, contenuti nel dettato costituzionale. La decisione della Corte inaugura il filone di teorie che sostengono il fondamento del diritto in questione riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost, oppure attraverso una lettura in negativo dell'art. 21, come fosse l'altra faccia della medaglia della libera manifestazione del pensiero.

A fronte delle vicende suesposte e dell'analisi compiuta rispetto ai ragionamenti adottati da giudici e giuristi, risulta chiaro come le decisioni di quegli anni fossero sicuramente concordi nell'ammettere nell'ordinamento italiano un interesse a che l'identità personale non subisse violazioni, guardando all'individuo in quanto titolare di un patrimonio complesso, nelle sue idee e nel suo modo di essere, da tutelare contro eventuali rappresentazioni suscettibili di stravolgerne l'identità. Questa impostazione permise ai giudici successivi di tutelare tale interesse senza doversi "appoggiare" ad istituti analoghi come il diritto al nome e all'onore. Per anni, nonostante l'orientamento della Corte di Cassazione avesse creato una sorta di "precedente" esercitando la sua funzione nomofilattica¹¹, è stata spesso criticata la difficile riconoscibilità del diritto all'identità personale a causa della mancanza di quel necessario riferimento normativo totalmente dotato di un contenuto autonomo, non rinvenibile quindi in maniera esplicita dagli articoli della

¹¹Ossia il compito della Corte di Cassazione di vigilare, attraverso le proprie pronunce, sull'esatta e uniforme interpretazione della legge. Tale funzione tende ad assicurare l'unità del diritto oggettivo nazionale e si realizza soprattutto con le pronunce delle Sezioni Unite.

Costituzione che comunque erano posti a fondamento della tutela.

2.2 L'identità personale e la Costituzione: similitudini e differenze

La "dignità costituzionale" del diritto all'identità personale rilevata dalla giurisprudenza ordinaria e in particolare dalla Corte di Cassazione, mediante le pronunce del "Caso Veronesi", era già stata sostenuta, come precedentemente accennato, in dottrina.

Riprendendo l'iniziale quesito riguardo la possibilità di individuare un fondamento autonomo all'identità personale, o, al contrario, fornirle una tutela indiretta mediante l'applicazione di norme a protezione di diritti ad esso collegati, pare oggi possibile propendere per il riconoscimento dell'autonomia della fattispecie e quindi per il riconoscimento di una tutela diretta nell'ordinamento fondata nell'art. 2 Cost., così come la riportata giurisprudenza ha sancito¹².

È in questa prospettiva che si discorre di un "diritto all'identità personale", e che a metà degli anni novanta ha trovato dignità normativa; espressamente impiegata, sia nell'art. 1 della l. 675/1996, sia nell'art. 2 del d.lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali). Questi testi legislativi, però, menzionano senza però definire la nozione di identità personale, la quale rimane pertanto un concetto di estrazione prettamente dottrinale e giurisprudenziale¹³.

Così come non possono essere confuse con la tutela dell'identità personale le disposizioni dei summezionati articoli del c.c., l'identità personale non deve nemmeno essere confusa con la riservatezza, la quale attiene al complesso delle vicende private del soggetto sottratte alla piena disponibilità di terzi, e che, in parte, concerne interessi opposti rispetto all'identità personale, che garantisce invece il complesso di attività pubbliche di un individuo e la loro rappresentazione all'esterno¹⁴.

¹²Barbera A., *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, p. 19 ss.

¹³Resta G., *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. Informatica*, anno XXIII, fasc. 3, 2007, pp. 511 ss.

¹⁴Cerri A., *Riservatezza (diritto alla)(II)*, in «Enciclopedia giuridica», p. 5.

Infine, la fattispecie del diritto all'identità personale non va neppure ricompresa all'interno delle discipline che tutelano l'onore e della reputazione.

Dottrina e giurisprudenza italiana si sono numerose volte occupate delle questioni inerenti la natura del diritto all'identità personale e hanno tentato variamente di compiere un bilanciamento della suddetta tutela con quanto disposto dal dettato costituzionale e in generale con gli altri diritti fondamentali.

Gli studi compiuti in merito vedono protagonisti gli artt. 2 e 3 Cost., poiché la ricostruzione complessiva nel sistema costituzionale del concetto di *persona* esige una considerazione primaria dell'aspetto della dignità e della libertà, volte ad uno sviluppo della personalità in una dimensione caratterizzata dall'eguaglianza, così come gli articoli in questione prescrivono. L'analisi dei singoli articoli che seguirà sarà importante per comprendere l'influenza che i diversi ragionamenti elaborati dalle varie dottrine mediante l'interpretazione delle disposizioni costituzionali hanno nella definizione giurisprudenziale di un diritto, nello specifico appunto del diritto all'identità personale; infine si procederà con uno studio separato sull'art. 21 Cost., in quanto da molti considerato l'altra faccia della medaglia dell'identità personale, considerando quindi il dettato costituzionale non soltanto un mezzo utile all'interpretazione, quanto piuttosto un elemento che permette in autonomia una diversa chiave di lettura di un diritto che si definisce "di creazione giurisprudenziale" ma che in realtà, secondo molti, trova già il suo fondamento nel dettato Costituzionale.

2.2.1 Art. 2

La questione interpretativa dell'art. 2 Cost. non è stata fine a sé stessa, ma ha comportato una serie di conseguenze, di ordine teorico e pratico, che hanno inciso sul modo di operare del giudice costituzionale.

Le due impostazioni che si sono fronteggiate hanno affrontato anche il tema dei c.d. "nuovi diritti", proprio nella dinamica del sistema dei diritti fondamentali, risolvendolo in due modi diversi.

I sostenitori dell'art. 2 come clausola aperta, notoriamente caratterizzati da un pensie-

ro di stampo monista rispetto al fondamento dei diritti della personalità, evidenziano prima di tutto il vantaggio di una maggiore duttilità del diritto che l'adozione dell'interpretazione aperta dell'art. 2 garantirebbe.

Infatti, abbracciando questa tesi, si consente quanto alle corti, quanto al legislatore ordinario, di estendere una copertura costituzionale ad interessi non riconosciuti espressamente, ma allo stesso modo ritenuti meritevoli di tutela. A sostegno di questa tesi, inoltre, gli studiosi che l'hanno elaborata evidenziano come una diversa e contraria interpretazione dell'art. 2, e quindi non considerandolo come «norma di apertura del sistema», renderebbe tale disposto immediatamente superfluo, in quanto verrebbero ad essere considerati diritti fondamentali soltanto quelli riconosciuti in modo esplicito dalla Costituzione, senza alcuna possibilità di deroga.

L'art. 2 è necessario proprio a garantire un'ampia copertura dei diritti a tutela della dignità e l'eguaglianza, che non sono certo elencabili tassativamente: per cui prendendo in considerazione l'interpretazione «chiusa» della norma, questi diritti potrebbero addirittura non essere riconosciuti affatto, proprio perché non "indicati espressamente" ma semplicemente riconoscibili dal dettato dell'articolo mediante una sua interpretazione estensiva.

Alla lettura che individua l'art. 2 come «clausola di apertura», però, sin da subito, si erano opposti alcuni autori, non solo perché in dissenso con la possibilità che questa tesi forniva nel dare tutela a nuove istanze ed interessi che non fossero espressamente disciplinati in Costituzione, bensì anche per il timore che attraverso tale utilizzo dell'art. 2 venissero lesi altri diritti fondamentali invece espressamente garantiti, come ad esempio il diritto di cronaca (art. 21 Cost.).

Diversi sostenitori del carattere chiuso dell'art. 2 hanno affermato più volte come tale disposto non debba divenire fonte esclusiva di nuovi diritti; si chiarisce ancor più il concetto citando le parole di Paolo Barile in proposito:

«L'art. 2 non aggiungerebbe nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni, ma potrebbe riferirsi anche ad altre potenziali e suscettibili di essere tradotte in nuove situazioni giuridiche positive. L'art.

2 sotto il profilo qui considerato andrebbe inteso perciò come avente la sola, anche se fondamentale, funzione di conferire il crisma dell'inviolabilità ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare non solo in quelli dichiaratamente enunciati, ma anche in quelli ad essi conseguenti».

La tesi che considera «chiuso» l'art. 2, quindi, lo interpreta e considera come mera norma riepilogativa a sostegno degli altri diritti espressi in Costituzione.

La visione volta a contrastare la possibilità di creare un "catalogo aperto di diritti"¹⁵ della personalità combatte l'utilizzo del dettato costituzionale come mezzo per riconoscere indiscriminatamente nuovi diritti; sostenere il carattere «chiuso» del catalogo delle libertà e dei diritti costituzionali significa quindi trattare l'art. 2 come «riepilogo» di quei diritti che sono invece disciplinati dal testo costituzionale.

Questa scuola di pensiero, inoltre, sembra evitare di elevare ogni tutela al rango diritto inviolabile, evitando di conseguenza una situazione di intangibilità assoluta del diritto che richiederebbe, per qualsiasi aggiunta o modifica, un oneroso procedimento di revisione costituzionale.

Riassumendo, le obiezioni che i sostenitori del carattere chiuso dell'art. 2 pongono a fondamento del loro pensiero sono riassumibili in quattro punti fondamentali:

1. Considerare l'art. 2 una clausola di apertura equivarrebbe a considerarlo come una «scatola vuota», permettendo agli interpreti di introdurre diritti sulla base delle proprie opzioni assiologiche nascondendosi dietro alla morale o alla coscienza sociale;

2. Porterebbe ad una potenziale introduzione illimitata di nuovi diritti. Questo significherebbe allora portare alla luce anche nuovi obblighi per altre categorie di diritti, nuovi obblighi potenzialmente contrastanti con la costituzione stessa, provocando di fatto un'alterazione dell'equilibrio presente;

3. I diritti in tal modo introdotti sfuggirebbero al procedimento di revisione costituzionale e a qualsiasi altro controllo, perchè riconoscendoli attraverso l'art. 2 non risulterebbero soggetti ad alcuna revisione perché di fatto non espliciti, e nemmeno verrebbero sottoposti all'esame che spetta invece ad un qualsiasi diritto introdotto at-

¹⁵Rescigno P., v. *Personalità (diritti della)*, in «Enciclopedia giuridica», pg. 3.

traverso il procedimento riservato alla creazione delle fonti primarie. In sostanza si creerebbe incertezza sia in merito all'applicazione del diritto in questione, sia in merito ad un suo controllo formale;

4. Ultimo ma non per importanza, affidandosi al solo principio di ragionevolezza per la creazione dei "nuovi diritti", questi potrebbero prevaricare quelli esplicitamente enumerati, incontrando però nuovamente il limite esposto precedentemente (punto 3) riguardo la possibilità di superare questo contrasto fra diritti.

In conclusione, l'assunzione di una posizione riguardo al sistema dei diritti come chiuso o aperto, dipende dal modo di intendere la Costituzione stessa: se come «atto normativo», avente quindi carattere valutativo e prescrittivo; oppure come «espressione di valori da dover tradurre», di volta in volta, in prescrizioni di carattere giuridico¹⁶.

È chiaro che ogni tesi della dottrina trova il suo banco di prova nello svolgersi dell'interpretazione giudiziale: questo consente di individuare la differenza, specialmente in relazione alla sua applicazione, tra coloro che vedono nell'art. 2 una fattispecie chiusa e coloro che la considerano invece una fattispecie aperta, differenza che si situa prevalentemente nella circostanza che i primi ritengono essenziale una interpretazione secondo i canoni classici dell'ermeneutica giuridica¹⁷, mentre i secondi tendono ad una interpretazione dei diritti fondamentali principalmente in termini di «valori»¹⁸.

Nella sua prima giurisprudenza, la Corte aveva accolto un'impostazione restrittiva dell'art. 2, asserendo che il principio espresso da tale disposizione «indica chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana: che appartengono all'uomo inteso come essere libero» e, «alla generica formula di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili». Tale impostazione è facilmente riconoscibile anche in altre pronunce, in cui si afferma che «nel riconoscere e garantire in genere i diritti

¹⁶Sul tema Mangiameli S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2006.

¹⁷E specificamente in base al principio di specialità.

¹⁸Mangiameli S., *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. Cost.*, vol. 33, n. 2, 1988, pp. 523-544.

inviolabili dell'uomo, necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono presi in considerazione», con la conseguenza, sul piano del processo costituzionale, che non potrebbero porsi «questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 2 Cost., ma solo alle norme costituzionali in cui i singoli diritti inviolabili sono enunciati». Su queste basi il giudice costituzionale si trovava innanzi alla scelta di: escludere la violazione dell'art. 2, in quanto la fattispecie evidenziata non veniva ricompresa all'interno del disposto; oppure, qualora fosse impossibile ricondurre una data fattispecie ad un diritto costituzionale, escludeva l'esistenza stessa del diritto.

Non a caso, in questa fase, con riferimento ad una prima decisione sul diritto alla riservatezza, la Corte affermava che «l'art. 2 prevede una particolare tutela per alcuni fra gli altri diritti riconosciuti dalla Costituzione, ma non è suscettibile di generare ulteriori situazioni subiettive tutelabili oltre a quelle espressamente previste, neppure se riguardato in connessione con trattati internazionali»¹⁹.

Questa prima impostazione della Corte ha ritenuto quindi che l'inviolabilità dei diritti di cui all'art. 2 Cost. costituisca solo una disposizione di carattere generale e ricognitiva dei diritti fondamentali successivamente previsti nella Carta. Pertanto, l'art. 2 non avrebbe avuto carattere precettivo e da questa disposizione non sarebbe stato possibile dedurre la tutela di diritti fondamentali impliciti.

Eppure, successivamente, la giurisprudenza della Corte non sembra apparire così omogenea²⁰ nel ricondurre all'art. 2 Cost. delle facoltà che rientrerebbero in altre prescri-

¹⁹Cerri A., *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela del diritto alla riservatezza*, in *Giur cost.*, vol I, 1972, pp. 48 ss.

²⁰Sentenza 3 Febbraio 1994, n. 13: l'occasione si è presentata attraverso l'ordinanza con la quale il Tribunale di Firenze, in sede di volontaria giurisdizione, dubitava della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 2 della Costituzione, degli artt. 165 e sgg. dell'ordinamento dello stato civile (R.D. 9 luglio 1939, n. 1238). Tizio infatti si era opposto alla richiesta della Procura di rettificare – dopo quarant'anni – il suo atto di nascita, dichiarato in parte falso in sede penale, sostituendo il cognome del padre con quello della madre che lo aveva riconosciuto. In particolare, si richiedeva alla Corte costituzionale che resolvesse il dubbio di costituzionalità della menzionata normativa nella parte in cui non prevedendo che a seguito della rettifica degli atti dello stato civile, per ragioni indipendenti dall'interessato, il soggetto stesso potesse mantenere il cognome fino a quel momento attribuito e che è entrato a far parte del proprio diritto costituzionalmente garantito all'identità personale. La Corte ha accolto la questione rilevando che è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irretrotrattabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale. Si tratta – come efficacemente è stato osservato – del diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con

zioni²¹. Anzi, la Corte sembra abbandonare l'iniziale impostazione restrittiva dell'art. 2 Cost., per abbracciare un orientamento che, sebbene non vada ad ancorare alla norma suddetta una fonte autonoma di diritti, ne riconosce il «sostegno qualificatorio rispetto a diritti esplicitamente o implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali»²². La scelta della Corte costituzionale di non rimanere legata alla sua prima giurisprudenza ha contribuito a delineare schemi all'interno di cui si muove la problematica dei diritti inviolabili, al fine di ampliare i margini di tutela, definibili in tre figure:

- a) la combinazione di un diritto costituzionale specifico con l'art. 2 Cost.;
- b) la riconduzione di una fattispecie riguardante una data facoltà ad un diritto costituzionale e all'art. 2, al fine di ricondurre dette facoltà all'ambito normativo di un diritto costituzionale, intensificandone la tutela con la previsione dell'invulnerabilità;
- c) l'autonoma individuazione di fattispecie definite inviolabili in relazione diretta ed esclusiva con l'art. 2 Cost.

Una volta metabolizzati detti schemi, la giurisprudenza costituzionale inizia a riconoscere i c.d. “nuovi diritti”, come quelli al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione. Non v'è dubbio che la Corte abbia mostrato un orientamento, nell'utilizzo dell'art. 2 come parametro dei giudizi costituzionali, capace di attribuire a questo il carattere di «norma di principio autonoma», in grado di ricondurre alla tutela costituzionale “nuovi” diritti fondamentali. Sembra doversi escludere, però, che la Corte, in questo modo, abbia inteso riferire all'art. 2 il significato di fattispecie “aperta”, in quanto più semplicemente può dirsi che essa abbia operato un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà. Infatti, anche quando è mancato il rife-

le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata. Insomma, la Corte ha aderito alla giurisprudenza dei giudici di merito e della Corte di Cassazione che negli anni precedenti avevano enucleato e definito il diritto all'identità personale. Anzi, essa sembra aver colto l'occasione per farlo, per includere tale fattispecie all'interno della categoria dei “nuovi diritti” ex art. 2 Cost., nonostante il caso in oggetto (forse) potesse essere risolto con una diretta tutela del diritto al nome. Pace A., *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.*, vol. 1, 1994, pp. 103 ss.

²¹Come ad esempio il diritto al lavoro; o come il diritto alla tutela giurisdizionale, intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia, che consiste nell'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio; o il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario.

²²Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Il diritto del lavoro*, p. 12.

rimento a una disposizione puntuale, ha fatto discendere pur sempre i diritti impliciti dall'ordine costituzionale, e, attraverso il richiamo all'art. 2, ha inteso conferire loro il crisma dell'inviolabilità.

2.2.2 Art. 3

Importanza notevole ha avuto anche l'art. 3 nella definizione del diritto all'identità personale e in generale nel riconoscimento dei c.d. "nuovi diritti".

“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

La menzione a tale disposto è utile per riconoscere che i diritti della personalità, che tutelano dignità e rispetto dell'essere umano in quanto caratteri intrinseci dell'individuo, a prescindere dalle attività che questa possa compiere o meno, dalla comunità o dalla classe sociale di appartenenza.

La parte della dottrina che individua come principale fondamento del diritto all'identità personale l'art. 3 basa il proprio pensiero sui concetti espressi dal primo e secondo comma dell'articolo, che si riferiscono alla «pari dignità della persona» e al pieno sviluppo della stessa.

Nel ramo della dottrina che conferisce importanza all'art. 3 nel riconoscimento dei nuovi diritti della personalità, si sono distinte due tesi: la prima secondo cui l'identità della persona deriverebbe dal concetto stesso di dignità umana. La dignità è l'elemento centrale della tutela prescritta dall'art. 3, pertanto porre a fondamento dei diritti della personalità, e nello specifico dell'identità personale, tale disposto costituzionale sembra apparire, in un primo momento, più corretto rispetto alla tesi che considera fulcro dei suddetti diritti l'art. 2. Questa prima tesi, tuttavia, non appare convincente agli occhi dei più, e viene anzi confutata asserendo che poiché non esistono identità uguali per

ogni soggetto, e anzi si afferma che l'identità individua e distingue ogni persona dall'altra²³, non si può quindi porre a fondamento della tutela della personalità individuale un precetto che garantisca la "parità" di una caratteristica che per definizione non può essere uguale per tutti. Larga parte della dottrina nega pertanto all'art. 3 la capacità creativa di diritti soggettivi attraverso una sua applicazione estensiva.

Anche altre tesi che attribuiscono all'art. 3 capacità creative dei diritti della personalità portano ad alcuni dubbi: infatti le argomentazioni che vedono il secondo comma dell'art. 3 come fondamento dei diritti della personalità sembrerebbero presentare contraddizioni, in primis perché la logica stessa del ragionamento evidenzia l'inutilità di assicurare ad un individuo un pieno sviluppo senza poi vietare ad altri soggetti di fornire un'immagine travisata del modo di essere dell'individuo stesso. Abbracciando questo pensiero si finisce per attribuire al dettato costituzionale un contenuto di cui certamente non è dotato. Più condivisibile appare certamente l'opinione secondo cui possono essere riferiti, al massimo, all'art. 3, comma 2 dei diritti di prestazione che abbiano ad oggetto beni o situazioni materiali, quindi riconducibili alla sfera economico-sociale, e non diritti *astratti* e non patrimoniali come quello all'identità personale, che decisamente non ha come oggetto di tutela un diritto riconducibile alla sfera economica.

L'art. 3 è una disposizione fondamentalmente complessa, per cui è parimenti complesso elaborare un pensiero certo riguardo i rapporti che la singola tutela intrattiene con tale disposizione. Non è infatti errato affermare che il diritto all'identità personale derivi, seppur marginalmente, anche dall'articolo in questione: infatti, se con l'art. 2 suesposto, la Repubblica, nel definire i diritti degli esseri umani inviolabili, si è data un comportamento negativo, con l'articolo seguente ha assunto un obbligo positivo volto ad agire per la piena realizzazione dei valori della persona, tramite però la creazione di situazioni culturali volte a rimuovere quegli ostacoli che non consentano una piena realizzazione, assicurando sì pari dignità sociale, ma attraverso mezzi inerenti, come già esposto, alla sfera patrimoniale dell'individuo. Il secondo comma conferma comunque la posizione centrale che la Costituzione garantisce all'individuo, assicurando eguaglianza

²³Sul tema: Scalisi A., *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1990.

e libertà al soggetto titolare di diritti, esprimendo un concetto di *eguaglianza sostanziale* per cui il trattamento normativo sarà diversificato rispetto a situazioni diseguali generate da condizioni dissimili, tenendo conto quindi delle stesse per la tutela del singolo.

Per meglio comprendere quanto esposto, e soprattutto gli intenti che sono dietro alla Costituzione stessa, è necessaria un'ultima riflessione a proposito, che sia funzionale per rendersi conto, appunto, della differenza, sostanziale e terminologica, che si nasconde dietro questi disposti.

La Costituzione infatti, pur menzionando il termine "eguaglianza"²⁴, non si riferisce al suo aspetto puramente formale, poiché mira in realtà a garantire quello che volgarmente può definirsi "*equità*", ossia quella situazione particolare per la quale ogni soggetto viene messo nella condizione di raggiungere lo stesso obiettivo della collettività alla quale appartiene, tenendo conto, però, del suo punto di partenza.

2.3 La dottrina sull'identità personale

Le corti italiane hanno più volte messo in relazione il diritto all'identità personale come una estensione del diritto al nome, considerando che è il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale, avente funzione identificativa di evocare la personalità del titolare, con il complesso delle esperienze, delle convinzioni, delle azioni a questo riconducibili. In questo secondo senso però, l'oggetto della tutela sembrerebbe propriamente l'identità personale dell'interessato, con una invocazione del nome in funzione strumentale rispetto alla tutela della personalità dell'individuo. In questo senso il nome ed il cognome costituiscono soltanto un supporto diretto all'identità personale inteso nel senso più rigoroso e ristretto²⁵. A fronte di quanto già menzionato e approfondito nei paragrafi precedenti, si riesce a definire il diritto all'identità personale non come il diritto ad essere se stessi, ma piuttosto a non essere rappresentati in maniera deformante, indipendentemente dall'accezione positiva o negativa della questione.

²⁴Nel primo comma riferito alla posizione del singolo davanti alla legge, mentre nel secondo si riferisce alla posizione del soggetto all'interno della collettività, come strumento di realizzazione del sé.

²⁵CERRI A., v. *Identità personale*, in Enciclopedia giuridica, pg. 5.

Relazione diretta con l'identità personale ha il già menzionato diritto all'onore.

Questo viene definito come "integrità del proprio essere morale, tutelato dall'ordinamento giuridico per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale, che è preziosa tanto quanto la vita fisica". Si tratta di una conquista relativamente recente quella che definisce un principio importante: ossia che un minimo di rispettabilità ed onorabilità appartiene ad ogni individuo, indipendentemente da qualsiasi altro fattore inerente allo stesso. Numerosi studi hanno portato ad una contrapposizione fra la visione dell'onore in senso soggettivo ed in senso oggettivo.

Si identificherebbe in senso soggettivo, col sentimento che il singolo ha della propria dignità morale e definisce quella categoria di valori morali che l'individuo attribuisce a sè stesso e che comprende, quindi, anche la dignità fisica, sociale o intellettuale della persona stessa, riassunto il tutto nella più generale e comprensiva definizione di *decoro*.

In senso oggettivo, si intende invece la stima o l'opinione che altri hanno di noi, costituendo il patrimonio morale che deriva però dall'altrui considerazione e che, con termine più comprensivo, si definisce *reputazione*, la cui lesione si manifesta nel caso di attribuzioni di azioni o fatti falsi ad una certa persona. Quest'ultima, priva di rilevanza penale, ha un contenuto estremamente più vasto ritrovando la sua radice nella dignità sociale, costituzionalmente tutelata nel già menzionato art. 3. Il diritto alla reputazione si distingue, piuttosto nettamente, dal diritto all'identità personale in questo senso: mentre al diritto all'identità personale il singolo può appellarsi anche a fronte di fatti più che nobili, nel caso della reputazione questa viene invocata per ristabilire il connotato positivo inerente a quella persona, rivendicando qualcosa di favorevole ove negato o rifiutando qualcosa di disdicevole ove attribuito.

Esistono alcuni casi, nonostante la già ricordata connessione fra onore e identità personale, già vagamente menzionati, in cui il singolo possa vedersi leso il primo senza che risulti lesa la seconda: esempio scolastico è quello che concerne la diffusione di fatti veri disonorevoli attribuiti ad una determinata persona ma attinenti alla sfera privata. È evidente a fronte di questo ragionamento come la correlazione sia stretta ma senza

configurare una sovrapposizione totale dei due istituti: Cerri descrive perfettamente lo schema affermando: *"la tutela dell'onore e dell'identità personale configurano, in definitiva, due insiemi i cui domini non sono del tutto esterni né coincidenti, né inclusi l'uno nell'altro, ma intersecati per ampio tratto e per altra parte distinti"*²⁶. Allacciandosi alla connessione suesposta fra identità personale e onore, è interessante analizzare il rapporto, ancora più stretto, che lega identità personale e *riservatezza*. A conferma di questa congiunzione vi è la considerazione che, mentre le corti nazionali intendono in forma autonoma il diritto all'identità personale, le corti americane ricomprendono questa tutela all'interno del più ampio spettro della *privacy*. Questa stretta correlazione sembra quasi evidenziare che la nascita del diritto all'identità personale risulterebbe necessaria laddove venga meno la riservatezza e vi sia bisogno di ripristinare la verità.

Infine, è curioso menzionare brevemente il richiamo al diritto all'immagine. Le corti nazionali recepiscono l'*immagine* non tanto come insieme di elementi costitutivi della *persona*, quanto più come elementi costitutivi del suo assetto *morale*, quasi configurandosi come concetto intermedio fra identità personale e reputazione.

La differenza sostanziale, ancora una volta, si rinviene nell'aspetto "valutativo" della questione: infatti insinuando tale presupposto nel diritto all'identità personale, la differenza con la reputazione e col diritto all'immagine finisce per dissolversi; rifiutando invece tale assetto, è nettamente più evidente anche la differenza nella *ratio* che sta dietro alle diverse tutele.

2.4 Diritto alla riservatezza - introduzione

Nella realtà italiana moderna sono stati gli studiosi di diritto privato ad introdurre il diritto alla riservatezza nell'ambito della questione dei diritti della personalità; la dottrina prevalente, infatti, seppur favorevole al riconoscimento del diritto alla riservatezza, lo ricondusse inizialmente, al pari dell'evoluzione già esaminata del diritto all'identità personale, agli istituti del diritto al nome e all'immagine, con una tutela della vita privata difficile da coordinare e generalmente frammentaria. Il termine *riservatezza*, infatti, nel

²⁶CERRI A., v. *Identità personale*, in Enciclopedia Giuridica, pg. 3.

primo periodo, non si reperiva né nella descrizione di alcuna fattispecie criminosa, né in alcun titolo del codice penale; a conferma della incerta definizione della *riservatezza*, oltre alla mancanza di menzione nei testi legislativi nazionali, era la possibilità di ritrovare una definizione affiancabile a questo diritto nel solo codice di procedura penale. Le norme che si desumevano dal c.p.p. facevano riferimento alla riservatezza presentando fra loro un elemento in comune: riconoscevano sì l'esistenza di una tutela del singolo bene, ma non facendo assumere ad esso una univoca connotazione normativa, tanto che il legislatore stesso finiva di frequente per contraddirsi utilizzando formule diverse per riferirsi allo stesso interesse.

Disposizioni generali sull'argomento della riservatezza si rinvenivano, e sono tutt'ora di fondamentale importanza, da norme internazionali, *in primis* dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà dell'uomo, nello specifico nell'art. 8, che afferma il principio secondo cui tutte le persone hanno diritto ad una propria vita privata e familiare, al proprio domicilio e alla propria corrispondenza. Proprio tale articolo è funzionale all'interpretazione che invece va effettuata, nell'ordinamento italiano, degli art. 2 e 3 della Costituzione che, come è già stato evidenziato trattando dell'identità personale, costituiscono pietra angolare dei diritti della personalità nel nostro ordinamento. L'immane richiamo all'art. 2 Cost. finì per influenzare anche una Cassazione inizialmente restia, proprio a causa del cenno, seppur implicito, dell'articolo in questione alla "facoltà di palesare o non palesare certe vicende strettamente legate alla vita privata"²⁷.

La giurisprudenza del periodo era, oltretutto, restia al riconoscimento del diritto alla riservatezza poiché nutriva gli stessi dubbi già presentati per l'identità personale, temendo di fatto, anche a causa del momento storico in cui questa necessità diventava più forte e di cui sempre più spesso si trattava e che combaciava parzialmente con il momento in cui si richiedevano diritti all'identità personale ed un riconoscimento più completo dei diritti della personalità in generale, una limitazione sempre più ampia dei diritti

²⁷CERRI A., v. *Riservatezza (diritto alla)*, (III), in «Enciclopedia Giuridica», p. 2.

costituzionalmente garantiti, in primis della libertà di manifestazione del pensiero²⁸.

Dottrina della riservatezza Nonostante introducendo l'argomento sia apparso chiaramente come gli artt. 2 e 3 Cost. siano alla base della tutela del diritto in esame, rimane comunque controverso in dottrina il suo fondamento normativo e il suo riconoscimento.

Vi è chi ritiene che la riservatezza trovi tutela nel nostro ordinamento essenzialmente nell'art. 2 Cost. La riservatezza rientrerebbe nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo con rilevanza costituzionale. Risulterebbe dalla normativa a tutela della libertà morale, riconducibile all'art. 13 Cost, ma anche al 19, 21, 33, 34, 48 e 68, dal momento che attraverso questa libertà l'ordinamento protegge l'individuo contro illecite ingerenze nella sua sfera psichica ed in particolare riguardo al potere di autodeterminazione.

A nostro avviso i diritti inviolabili dell'uomo non sono solo i diritti previsti o ricavabili da altre norme costituzionali ma anzi quella disposizione ha un proprio e autonomo significato. Oltretutto un diritto inviolabile è tendenzialmente irrinunciabile come già sopra esposto, ed essendo la riservatezza parzialmente rinunciabile si deve avere: consenso e volontà del soggetto o notorietà o altre disposizioni di legge. Sarebbe riduttivo identificare la portata dell'art. 2 Cost. nella garanzia di tutela di ogni ulteriore aspetto che i diritti inviolabili possono acquisire in ragione dello sviluppo dei tempi. Si può anche convenire che in taluni casi l'indebita ingerenza nella sfera privata dell'individuo integra gli estremi di una lesione alla libertà morale o alla dignità dell'uomo. Con ciò non è ancora dimostrato che il bene della riservatezza trovi tutela nel nostro ordinamento in ogni caso, restando comunque scoperte le ipotesi in cui l'indebita ingerenza altrui non incide sulla libertà o sulla dignità dell'uomo.

E' della Corte Costituzionale l'affermazione di principio secondo cui: tra i diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 cost. insieme al diritto all'onore, al decoro, alla reputazione, deve farsi rientrare anche il diritto all'intimità e alla riservatezza. è tuttavia merito del Supremo Organo di legittimità aver dato al diritto alla riservatezza adeguato fonamen-

²⁸Indicativa della diffidenza di parte della dottrina costituzionalista fu la polemica attuata dal Pugliese nei confronti delle affermazioni di Adriano De Cupis, commentando le convinzioni di quest'ultimo in maniera tanto dura da dichiararle come totalmente lesive del diritto alla libera manifestazione del pensiero, facendo quindi percepire i diritti della personalità quasi fossero una deliberata menomazione dei principi costituzionali.

to normativo con le due sentenze che abbiamo già indicato le quali inaugurano un nuovo orientamento della stessa Corte. In passato infatti la Corte aveva negato, come già menzionato, il diritto alla riservatezza, che appunto con la sent. 990 viene inaugurato come nuovo orientamento ed esplicitamente affermato che, pur non potendosi individuare nel sistema uno specifico diritto alla riservatezza, tuttavia la tutela di siffatta esigenza dell'uomo contemporaneo doveva ritenersi assicurata dall'esistenza di un unitario diritto della personalità. A fondamento di tale assunto è posto il convincimento che la personalità sia nozione per sua essenza "unitaria ed inscindibile" la cui tutela vada per ciò stesso individuata con riferimento al fenomeno nel suo complesso più che ai singoli diritti della personalità. In questo senso se la personalità è il presupposto dei diritti, la stessa postulerebbe anche un diritto di concretizzazione garantito dall'art 2 nel quale si ritiene di poter identificare un diritto di libera autodeterminazione nello svolgimento della personalità nei limiti della solidarietà. La successiva sentenza 2129/75 si spinge oltre, giungendo questa volta ad affermare la stessa esistenza di uno specifico diritto alla riservatezza. Si muove dal presupposto che l'art. 2 cost, garantendo all'uomo il rispetto della sua personalità, riconosca e tuteli tutte quelle prerogative dell'uomo che la legge o i principi fondamentali e la coscienza sociale qualificano siccome beni essenziali della persona umana prevalenti rispetto ad altri interessi pubblici complementari o contrapposti. Il bene della riservatezza inteso come 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.

2.5 IL LIMITE DELLA CONTINENZA, UNA PRIMA ACCEZIONE DEL C.D. DIRITTO ALL'OBLIO

In ogni caso si fa valere il limite della continenza formale e sostanziale, che esprime in termini giuridici il principio del "minimo mezzo": le vicende riguardanti una persona possono essere diffuse negli stretti limiti in cui sono connesse con l'interesse pubblico

della notizia (continenza sostanziale) e in modi che non eccedano l'intento informativo (continenza formale). Fuori da questi requisiti la cronaca diverrebbe un pretesto per invadere l'altrui sfera privata. alla problematica della continenza materiale si ricollega anche quella del diritto all'oblio, qualora lo si intenda nel collegamento con la necessaria attualità del pubblico interesse della notizia. La partecipazione ad un evento criminoso può assumere rilievo, ad es. solo nell'ambito di un interesse attuale al controllo sull'esercizio del potere punitivo, ad es. oppure di carattere scientifico o storico. In questo ambito deve essere valorizzata la decisione del pretore di roma del 1989 che, sempre seguendo il criterio del minimo mezzo, configura un sistema di bilanciamento fondato sulla divulgazione televisiva della vicenda in forma anonima, suscettibile di più generali applicazioni (anche tecnica oscuramento delle immagini).

Nata come diritto borghese a escludere gli altri da ogni forma di invasione della propria sfera privata, la tutela della privacy si è sempre più strutturata come diritto di ogni persona al mantenimento del controllo sui propri dati, ovunque essi si trovino, così riflettendo la nuova situazione nella quale ogni persona cede, continuamente e nelle forme più diverse, dati che la riguardano, sì che la tecnica del rifiuto di fornire le proprie informazioni implicherebbe l'esclusione da un numero crescente di processi sociali, dall'accesso alle conoscenze, dalla fornitura di beni e servizi. Questo passaggio dall'originaria nozione di privacy al principio della protezione dei dati personali corrisponde ad un mutamento profondo delle modalità di invasione della sfera privata. Oggi le occasioni di violazione o interferenze accompagnano quasi ogni momento della vita quotidiana, continuamente monitorata, sotto osservazione, registrata. Cediamo informazioni, lasciamo tracce quando ci vengono forniti beni e servizi, quando cerchiamo informazioni, quando ci muoviamo nello spazio reale o virtuale. Questa massa di dati personali modifica la conoscenza e l'identità stessa delle persone, spesso conosciute soltanto attraverso il trattamento elettronico delle informazioni che la riguardano. È tuttavia vero che la nostra rappresentazione sociale è sempre più affidata a informazioni sparse in una molteplicità di banche dati. Siamo sempre più conosciuti da soggetti pubblici attraverso i dati che ci riguardano, in forme che possono incidere sull'eguaglianza, la dignità,

la libertà di espressione o circolazione, sul diritto alla salute. Divenute identità disincarnate, le persone hanno sempre più bisogno di una tutela del loro corpo elettronico. Proprio da qui nasce l'invocazione di un habeas data, sviluppo dell'habeas corpus dal quale storicamente si è sviluppata la libertà personale. In questo momento storico il termine privacy sintetizza un insieme di poteri, originati dal diritto di essere lasciato in pace, si sono evoluti e diffusi nella società proprio per consentire forme di controllo sui diversi soggetti che esercitano la sorveglianza. Questa dimensione può essere colta e valorizzata solo guardando arricchirsi la nozione di privacy, del suo sviluppo come diritto all'autodeterminazione informativa, del sempre più configurarsi come diritto alla protezione dei dati personali.

INTRODUZIONE - 29.12.19 Consideriamo per prima cosa i fondamenti antropologici, psicologici e culturali: è infatti impossibile compiere qualsiasi analisi senza prendere in considerazione il substrato sociale su cui le norme giuridiche si formano e si ergono. Cercando di approfondire questi aspetti si fa riferimento a due argomenti teorici posti a sostegno del diritto all'oblio: la costruzione dell'identità personale da un lato, il rapporto tra memoria individuale e memoria collettiva dall'altro. Soffermandoci sul primo aspetto appare utile considerare che il controllo dei propri dati, compresa anche la loro cancellazione, permette al soggetto la libera costruzione della propria identità personale. In gioco non vi è però la sola costruzione dell'identità personale legata al fattore passato e futuro. Infatti, secondo una concezione squisitamente filosofica relativa alla c.d. teoria dei poteri e non poteri, Ricoeur, facendosi interprete di Heidegger, afferma che attraverso quel legame si caratterizzano i rapporti che ogni altro individuo stabilisce con gli altri. Il filosofo francese, riprendendo il tema della colpa, intesa come debito che il presente contrae con il passato, ritiene che il soggetto possa fare riferimento al proprio passato senza pregiudicare o predeterminare il proprio presente o futuro poiché questo medesimo rapporto col passato è, in realtà, condizione tramite cui creare un presente ed un futuro «comprensivi». Heidegger sostiene, al riguardo, che può aspirare ad avere un futuro solo ciò che proviene da un passato. Dunque se spezzare il legame che il presente ha con il passato può, per certi versi, permettere nuovi inizi, in realtà cancellare

le tracce della memoria potrebbe risultare compromettente rispetto al mantenimento di sé e quindi incidere sulla costruzione della stessa identità personale.

Proprio rispetto alla comunità di appartenenza di estrinseca il concetto di identità personale che Ricoeur concepisce come insieme di poteri e non poteri: la rivalutazione-rielaborazione del passato non è qualcosa di specificamente individuale, poiché implica necessariamente il confronto con la comunità stessa nel momento in cui essa accede e conosce quel passato. Il potere di ricostruzione del passato del singolo deve saper coesistere con quello che gli altri hanno di poter accedere alle informazioni tipiche di un passato condiviso, di un sapere comune.

Sul punto Wittgenstein afferma «la memoria individuale non è mai un gioco privato, ma presuppone la socialità del linguaggio». Ricoeur mette in dubbio l'idea, apparentemente sollecitata dal diritto all'oblio, che la memoria possa essere considerata come qualcosa di fortemente privato e soggettivo. In realtà appare evidente che, così come non si può basare l'identità personale su rimozioni ed interruzioni della memoria, nemmeno la rielaborazione dei significati sottesi alle tracce del passato, tipico della narrazione di sé, può prescindere dai rapporti con gli altri. Questo discorso relativo all'intrinseca socialità del passato porta al dispiegamento della seconda tematica considerata, relativa al rapporto tra memoria individuale e memoria collettiva. Lo sviluppo della memoria individuale e di una memoria collettiva non avviene pertanto all'interno di un vuoto sociale scevro da valori, significati condivisi, desideri, norme, paure, aspettative. Invero, è proprio calandosi nella società che il soggetto tende a creare un legame tra la sua memoria individuale e quella collettiva. Tutto ciò non significa che Ricoeur non consideri gli aspetti positivi dei meccanismi sottesi al diritto all'oblio: secondo lui una certa dose di dimenticanza è quasi necessaria per portare a compimento il processo di rielaborazione del passato individuale. Questa stessa rielaborazione va però intesa in termini di «forza plastica» e non di vera e semplice cancellazione delle informazioni. La stessa forza plastica consentirebbe di perdonare le colpe del passato, riplasmarle e integrarle nella trama della memoria individuale. Quest'ultimo passaggio evoca un significato di perdono inteso come l'attitudine dell'uomo a slegare il presente dal passato

in modo da permettergli di tendere verso un nuovo futuro. ORIGINE PROPRIA DEL DIRITTO OBLIO - 29.12.19 Risulta avere una natura posta a metà strada tra il diritto al rispetto dell'identità personale e il diritto alla riservatezza. Tuttavia, pur risentendo di entrambe le influenze, presenta importanti e precisi caratteri propri. Riguarda infatti tutte quelle informazioni delle quali la persona potrebbe aver perso il controllo per via del tempo trascorso. Esso garantisce inoltre, al soggetto, nei dovuti limiti, la gestione delle informazioni passate, rese pubbliche, eliminandole dalla memoria della collettività, così evitando distorsioni concettuali.

INTRODUZIONE - DIRITTO DI AVERE DIRITTI Il diritto alla verità - il bisogno di conoscere: (cap. VIII il diritto di avere diritti – rodotà, pg. 211 ss) tutti hanno l'inalienabile diritto di conoscere la verità sui fatti passati e sulle circostanze e le ragioni che, attraverso casi rilevanti di gravi violazioni di diritti umani, hanno portato a commettere crimini aberranti. L'esercizio pieno ed effettivo della verità è essenziale per evitare che tali fatti possano ripetersi in futuro. Aristotele: non sia lecito a nessuno vendicarsi per le offese passate. La rappacificazione avveniva tramite il divieto di ricordare, ad esclusione dei reati di sangue. Tale patto è stato ripetutamente indicato come modello di prevalenza dell'oblio sulla memoria, espressione dunque di realismo politico e non di attenzione per la verità. Il ricorso alla memoria e all'oblio non implica una incompatibilità fra le due categorie. Il tema della verità viene relativizzato, diviene funzione del modo in cui si vuole perseguire il fine della riconciliazione. Ma quando e come è possibile coordinare fra loro memoria ed oblio? “dimenticare al tempo giusto, ricordare al tempo giusto” - Nietzsche Il problema rimane quello di stabilire quali siano le modalità e la misura della mobilitazione di ciascuna risorsa, essendo evidente che la previsione di sanzioni penali per la violazione del divieto di ricordare proietta sulla società l'affermazione dell'oblio come principio. Il problema nasce quando dai grandi conflitti, che hanno mietuto numerose vittime, si pensa alla verità come diritto al lutto, come prevenzione, come comprensivo del diritto alla giustizia e pertanto in netta contrapposizione e superiorità rispetto al diritto all'oblio. Il diritto alla verità viene spesso sovrapposto al diritto di sapere, fin quasi a renderlo indistinguibile da quest'ulti-

mo. Unità della persona fra fisicità e virtualità: bisogna guardare al corpo elettronico, inteso come insieme di dati personali il cui governo è sempre affidato al consenso della persona interessata – art. 8 Carta diritti fondamentali. È possibile ritenere quindi che il divieto di profitto si estenda anche ai dati personali, considerando che il loro commercio, specie quando ha ad oggetto condizioni fisiche, di salute o convinzioni della persona, può produrre effetti negativi, personali e sociali, anche maggiori rispetto alla vendita di un mero frammento di pelle (parlando di commerciabilità del corpo). VEDI art. 3 e 8 Carta diritti fondamentali: si riconosce il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali distinguendolo da quello alla protezione della vita privata e familiare, e ribadendo anche la tutela di quest'ultima. La rilevanza della volontà appartiene a questo processo di individuazione, è la condizione perché il soggetto si allontani dalla sua astrattezza e perché la persona sia restituita alla sua unicità. // La persona deve avere la garanzia che lo Stato rispetta la sua ragionevole aspettativa di integrità e riservatezza dei sistemi informativi tecnologici nella prospettiva di una costruzione della personalità non soggetta a restrizioni. Si intende, per sistemi informativi tecnologici, tutti quegli strumenti che possono contenere dati della persona interessata che, per le loro caratteristiche e sfaccettature, possono far sì che l'accesso ad essi si trasformi in una interferenza in aspetti essenziali del modo di vivere della persona o rende possibile un profilo significativo della sua personalità.

Il diritto di eliminare o correggere il dato falso o immaginario, il diritto all'oblio realizzato attraverso la cancellazione di una informazione, può non bastare quando i dati siano già entrati nel circuito planetario. Questi suggerimenti sottolineano che dobbiamo tener conto di una diversa modalità di vivere, frutto non solo della prepotenza tecnologica, del 'codice' che contrassegna ogni tecnologia, ma di dinamiche sociali che portano verso l'esercizio di poteri difficilmente controllabili. Le nuove, gigantesche raccolte di informazioni, fanno crescere la vulnerabilità sociale. Se la persona viene troppo spesso considerata come una miniera a cielo aperto, alla quale attingere con limiti sempre meno stringenti, la concentrazione in banche dati di masse crescenti di informazioni organizzate offre anch'essa a diversi soggetti pubblici e privati la possibilità di utilizzarle per

finalità diverse da quelle per cui sono state costituite.

SARÀ MICA IL CASO DI PARLARE DEL BILANCIAMENTO FRA OBLIO E AUTODETERMINAZIONE?

2.6 NEUTRALITÀ E ANONIMATO

L'anonimato si presenta così come una precondizione della libertà di manifestazione del pensiero, sì che non può essere considerato soltanto come una componente dello statuto del rifugiato, ma come elemento costitutivo della versione digitale della cittadinanza, con i temperamenti resi necessari quando si è di fronte alla necessità di tutelare le persone dalla diffamazione in rete. Il valore generale dell'anonimato e dello pseudonimo in rete è confermato dalla constatazione che solo così è possibile sottrarsi a interferenze nella propria vita che si traducano in aggressioni particolarmente gravi, in discriminazioni, molestie, limitazioni della libertà di espressione, esclusione da circuiti comunicativi.

2.7 diritto alla protezione dei dati personali

UN DIRITTO ALL'OBLIO: Le altre forme o livelli di garanzia riguardano la permanenza delle informazioni già raccolte. In un regolamento sulla protezione dei dati personali del 2012 la Commissione europea trae conclusioni di una riflessione sul tema e, all'art 16, si disciplina il diritto all'oblio e alla cancellazione dei dati personali. Ieri la *damnatio memoriae*, oggi l'obbligo del ricordo. Che cosa diventa la vita nel tempo in cui Google ricorda sempre? L'implacabile memoria collettiva di internet, dove l'accumularsi di ogni nostra traccia ci rende prigionieri d'un passato destinato a non passare mai, sfida la costruzione della persona libera dal peso d'ogni ricordo, impone un continuo scrutinio sociale da parte di una infinita schiera di persone che possono facilmente conoscere informazioni sugli altri. Il diritto all'oblio, il diritto di non sapere, di non essere tracciato, rendere silenzioso il chip grazie al quale si raccolgono dati personali. La *damnatio memoriae* di oggi è rappresentata dalla conservazione dei dati, dalla non distruzione della memoria. La persona diventa digitale, disincarnata, unica e vera pro-

iezione del mondo dell'essere di ciascuno. Oblio come condanna o risorsa? Liberarsi dell'oppressione dei ricordi, da un passato che continua a ipotecare il presente, diviene un traguardo di libertà. Il diritto all'oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti. Il passato non può e non deve essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto. Infatti, già prima della tirannia tecnologica, era prevista la scomparsa dagli archivi pubblici di determinate info trascorso un certo numero di anni. La successiva vita buona era considerata ragione sufficiente per vietare la circolazione di informazioni relative a cattivi comportamenti del passato.

TUTELA DIRITTO OBLIO: Nelle regole di oggi la persona ha diritto di chiedere la cancellazione di determinate informazioni al potere di impedirne la stessa raccolta, al divieto di conservare i dati personali oltre un tempo determinato e di trasmetterli a categorie specifiche di persone, all'obbligo di predisporre meccanismi di privacy by design, affidando la tutela a strumenti tecnologici che provvedono alla cancellazione automatica delle info dopo un certo tempo dalla loro raccolta.

2.8 prot. dati personali - tecnologie e diritti

Come si trasforma il panorama tecnologico, così anche l'ambiente giuridico-istituzionale. che va ben al di là dei problemi legati alla tutela della riservatezza individuale, individuando ormai un criterio base per la legalità dell'azione pubblica.

DIRITTO DI ACCESSO: Parte della dottrina lo ritiene innovativo, altra parte è scettica e ne rileva la bassa funzionalità. Il diritto di accesso realizza un controllo diffuso, esercitato direttamente dagli interessati, superando il sistema di riconoscimento formale di un diritto affidato poi ad organi diversi dai diretti interessati. Si obietta però che proprio gli interessati hanno fatto un uso molto limitato dello strumento messo a loro disposizione, realizzando più un diritto a "sapere di essere schedati" che ad un vero e proprio diritto di accesso alle informazioni fornite. Nonostante il ridotto utilizzo, questo riconoscimento formale ha portato i raccoglitori di informazioni ad adeguarsi sponta-

neamente alle disposizioni legislative, proprio per fronteggiare l'eventualità di accesso ai dati raccolti da parte dei soggetti interessati. Lo scarso utilizzo può essere dovuto a vari fattori: scarsa informazione, costi dell'accesso a livello economico e di tempistica, scarsa alfabetizzazione, dislivello fra singolo e detentori delle informazioni, scarsa significatività delle informazioni fornite. Il futuro del diritto di accesso dipende dalla possibilità di superare tali ostacoli. Le linee degli interventi possibili, già attuati in alcuni stati, sono così riassumibili: Altri obiettano che questi profili consentono di cogliere meglio le propensioni individuali e collettive e di mettere effettivamente a disposizione di ciascuno quel che gli serve o desidera, realizzando così condizioni di eguaglianza sostanziale. Si rischia però un congelamento della società attorno al profilo tracciato intorno ad una situazione determinata con la distribuzione di risorse sulla base soltanto degli interessi già registrati automaticamente. Siamo innanzi ad un possibile e sempre più esteso controllo capillare sociale esercitato da centri di potere pubblici e privati. Questo controllo, sul versante dei singoli, può porre ostacoli consistenti al libero sviluppo della personalità individuale, bloccata attorno a profili storicamente determinati. Sul versante politico, privilegiando comportamenti conformi può rendere più difficile la produzione di nuove identità collettive, riducendo così la complessiva capacità di innovazione all'interno del sistema. Non esistono soluzioni semplici: la linea di disciplina si concreta in regole che tendono a rafforzare l'approccio funzionale. Si accentua il rapporto fra informazioni e finalità per cui sono state raccolte. Si stabiliscono limitazioni e vincoli procedurali, basati sul consenso dell'interessato, alla trasmissione a terzi delle info raccolte e delle loro elaborazioni in forma di profili. Torna il tema del diritto all'oblio: di fronte al diffondersi di regole sull'obbligo di procedere alla eliminazione dei dati raccolti, si è osservato che in questo modo si pregiudica la memoria storica della società. Ancora un paradosso. Nel momento in cui cresce la quantità d'informazione che può essere raccolta, è destinata pure a diminuire la quantità che può essere conservata? Heidegger, commentando Nietzsche, prediceva: "l'organizzazione di una condizione uniformemente felice per tutti gli uomini " porterà verso un inaridimento che consisterà nella eliminazione di Mnemosyne, dunque della perdita della storia e della memoria? in parte

questa cosa già sta avvenendo con le persone che, sebbene colme di ignoranza, negano l'esistenza della shoah, perché si sta perdendo la memoria storica. Analfabetismo funzionale e ignoranza, con l'aiuto delle nuove tecnologie e di questa archiviazione malata sta portando ad una fazione di stolti senza memoria. L'argomento ad alcuni sembra poco fondato: in passato l'interesse alla conservazione dei dati e la capacità fisica della loro archiviazione sono stati sempre inferiori rispetto alla quantità di informazioni che, in un determinato momento, erano effettivamente raccolte. Oggi interesse e capacità sono notevolmente cresciuti tanto che la traccia informativa lasciata dalla nostra epoca sarà enormemente superiore a quelle delle epoche precedenti. Analogamente a quanto si fa per la circolazione delle informazioni deve agirsi per quanto riguarda la loro permanenza.

Strategia giuridica integrata: istituzione organo di controllo: parte della dottrina d'accordo altra parte no. Si configura come una istituzione di chiusura del sistema di protezione dei dati. Questo ruolo risulta con particolare nettezza se si considera che la sua appare come una funzione di sorveglianza necessaria, nel senso che solo esso può compiere ed adempiere ad un compito di controllo continuativo e generale di fronte alla sorveglianza solo eventuale e frammentaria che può essere apprestata dai soggetti, individuali o collettivi, legittimati ad esercitare forme di controllo diffuso. L'esistenza di un centro formale non rende comunque inutile il controllo diffuso del "singolo", perché consente di avere già un antidoto per i casi in cui il sistema di controllo formale si sclerotizzasse o subisse influenze esterne. L'organo di controllo sarebbe una figura plurifunzionale, funzioni che poi vengono combinate. Oggi, poiché l'esperienza del passato mostra la rapida obsolescenza delle discipline troppo rigide, si può proporre che l'ambiente giuridico favorevole ad una adeguata disciplina della circolazione delle informazioni sia caratterizzato dai seguenti elementi: 1. Disciplina legislativa di base, costituita da clausole generali e norme procedurali 2. Norme particolari, contenute possibilmente in leggi autonome, riguardanti particolari soggetti o attività di particolari categorie di informazioni 3. Autorità amministrativa indipendente, con poteri di adattamento dei principi contenuti nelle clausole generali a situazioni particolari 4. Di-

sciplina del ricorso all'autorità giudiziaria in via generale 5. Controllo diffuso affidato all'iniziativa di singoli e gruppi. Una strategia istituzionale di questo tipo dovrebbe favorire flessibilità riguardo anche all'innovazione tecnologica.

Privacy e costruzione della sfera privata Verso una ridefinizione del concetto di privacy La privacy si presenta ormai come nozione fortemente dinamica e che si è stabilita una stretta e costante interrelazione tra mutamenti determinati dalle tecnologie dell'informazione e mutamenti del concetto. La privacy come diritto di essere lasciato solo ha perduto da tempo valore e significato, prevalendo definizioni funzionali della privacy che si riferiscono alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare e interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. Privacy oggi: diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni. Parallelo ampliamento della nozione di sfera privata -> privacy come tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale in un quadro di libertà delle scelte esistenziali. 2 tendenze: a. Ridefinizione del concetto di privacy con rilevanza sempre più netta e larga del potere di controllo b. Ampliamento dell'oggetto del diritto alla riservatezza per effetto dell'arricchirsi della nozione tecnica di sfera privata con sempre più situazioni giuridicamente rilevanti. Sequenza quantitativamente più rilevante: persona – informazione – circolazione – controllo, e non più persona – informazione – segretezza. Il titolare del diritto alla privacy può esigere forme di circolazione controllata e interrompere anche il flusso delle informazioni che lo riguardano. Si può così definire la sfera privata come quell'insieme di azioni, comportamenti, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui l'interessato intende mantenere un controllo esclusivo. Di conseguenza la privacy può essere identificata con la "tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e stigmatizzazione sociale". Si delineano due tendenze: la prima vede una ridefinizione della privacy che, accanto al tradizionale potere di esclusione, attribuisce rilevanza sempre più larga e netta al potere di controllo. La seconda amplia l'oggetto stesso del diritto alla riservatezza, per effetto dell'arricchirsi della nozione tecnica della sfera privata. In questa prospettiva, quando si parla di privato, si tende a coprire ormai l'insieme delle attività e delle situazioni di una persona che hanno un potenziale

di comunicazione, verbale e non verbale, e che si possono quindi tradurre in informazioni. Privato, qui significa personale, e non necessariamente “segreto”. Il titolare del diritto alla privacy può esigere forma di circolazione controllata e non solo interrompere il flusso di informazioni che lo riguardano. La preoccupazione per la protezione della privacy non è mai stata tanto grande come nel tempo presente ed è destinata a crescere in futuro, non solo per l’effetto delle preoccupazioni determinate dalle molteplici applicazioni delle tecnologie dell’informazione: il singolo infatti viene sottratto alle diverse forme di controllo sociale rese possibili proprio dall’agire “in pubblico”, in una comunità. Queste tecnologie servono anche a mettere l’individuo a riparo da quelle forme di controllo sociale che in passato erano servite a vigilare sui suoi comportamenti e a esercitare pressioni per l’adozione di atteggiamenti di tipo conformista. Ma la crescente possibilità del singolo di chiudersi nella fortezza elettronica rischia di dare soltanto l’illusione di un arricchirsi e di un rafforzarsi della sfera privata. Più che sottrarsi al controllo sociale, il singolo si trova nella condizione di veder rotto il legame sociale con gli altri suoi simili, aumentando la sensazione di autosufficienza, seppur si separazione dagli altri. La tecnologia contribuisce a far nascere una sfera privata più ricca, ma anche più fragile, sempre più esposta a insidie: da questo deriva la necessità di un continuo rafforzamento della protezione giuridica, di un allargamento delle frontiere del diritto alla privacy. (primo paradosso del diritto alla privacy, paradosso inteso come situazione nella quale la tensione verso la privacy entra in contraddizione con se stessa o produce conseguenze inattese. Il bisogno di riservatezza si è dilatato ben al di là delle informazioni riguardanti la sfera intima della persona; il nucleo duro della privacy è ancor oggi costituito da informazioni che riflettono il tradizionale bisogno di segretezza (riguardo ad esempio la salute o le abitudini sessuali): al suo interno hanno assunto rilevanza sempre più marcata altre categorie di informazioni. L’attribuzione di questi dati alla categoria dei dati sensibili, protetti contro i rischi della circolazione, deriva dalla potenziale loro attitudine ad essere adoperati a fini discriminatori. Proprio la considerazione dei rischi connessi agli usi delle informazioni raccolte al riconoscimento di un diritto all’autodeterminazione informativa, come diritto fondamentale del cittadino. Tendenza

all'attribuzione del rango di diritti fondamentali ad una serie di posizioni individuali e collettive rilevanti nell'ambito dell'informazione. Si potrebbe addirittura cominciare a parlare di un primo abbozzo di una "costituzione informativa" o di un Information Bill of Right, che comprende il diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni, il diritto all'autodeterminazione informativa, il diritto alla privacy informatica. Il riconoscimento alla privacy del rango di diritto fondamentale ha fatto assumere un rilievo particolare al diritto di accesso, divenuto la regola di base per regolare i rapporti tra soggetti potenzialmente in conflitto, scavalcando il criterio formale del possesso delle informazioni. Sul criterio proprietario prevale il diritto fondamentale della persona alla quale le informazioni si riferiscono. Definisco questo il terzo paradosso della privacy. L'ambiente nel quale opera la nozione di privacy viene ad essere caratterizzato da 3 paradossi e 4 tendenze che possono così sintetizzarsi: 1. Dal diritto d'essere lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano 2. Dalla privacy al diritto all'autodeterminazione informativa 3. Dalla privacy alla non discriminazione 4. Dalla segretezza al controllo. Evidente tendenza a collocare il diritto alla privacy fra gli strumenti di tutela della personalità, sganciandolo dal diritto di proprietà. Possibilità di mantenere un controllo integrale sulle proprie informazioni contribuisce in maniera determinante a definire la posizione dell'individuo nella società. Non a caso il rafforzarsi della tutela della privacy si accompagna al riconoscimento o al consolidamento di altri diritti della personalità, come il right of publicity e il diritto all'identità personale di cui si è già ampiamente trattato. Proprio la necessità di assicurare una protezione integrale alla personalità rafforza la tendenza verso una impostazione globale della tutela della privacy, che riguardi anche dati pubbliche e private, persone fisiche e giuridiche, archivi elettronici e manuali.

Il riconoscimento del diritto alla privacy come diritto fondamentale è accompagnato da un regime di eccezioni tendenti a determinarne l'accettabilità sociale e la compatibilità con interessi collettivi. Annoverare la privacy fra i diritti fondamentali, non limitandosi a considerarlo un diritto tra gli altri o un semplice fascio di diritti.

Capitolo 3

Il problema del bilanciamento dei diritti di creazione giurisprudenziale con il testo costituzionale

Avendo fin qui esaminato i diritti protagonisti dell'elaborato, una domanda sorge spontanea: quali sono le criticità di un diritto sbocciato nelle aule dei tribunali?

3.1 diritti della personalità e giornalismo

Se approvate inserire le sottosezioni elencate nell'indice, eventualmente comunicare le variazioni.

3.1.1 Un equilibrio stabile

Il rapporto tra i diritti della personalità (come privacy e oblio) e l'attività giornalistica è sempre stato, per definizione, conflittuale. In fondo, il mestiere del giornalista è proprio quello di scovare notizie e di portarle all'attenzione di un pubblico quanto più vasto possibile. La stampa ha rappresentato per decenni l'unico serio antagonista dell'interesse del singolo alla riservatezza. Ad essa si sono aggiunti, di pari passo con l'evolversi delle nuove tecnologie in campo delle telecomunicazioni, gli altri mass-media in cui hanno

trovato ampio spazio gli esercenti della professione giornalistica. Tuttavia, se l'apparizione di nuovi canali di diffusione delle informazioni ha avuto sicuri effetti sul piano quantitativo, aumentando la potenziale platea dei destinatari del messaggio invasivo della privacy, non per questo la connotazione qualitativa del fenomeno è sostanzialmente mutata. Come è mutato l'equilibrio esistente tra diritto di cronaca, riservatezza e identità personale alle soglie della nuova disciplina, nata per fronteggiare anche situazioni nuove legate alle tecnologie emergenti? Ad una pressoché totale inerzia del formante legislativo, faceva da contraltare l'attivismo del formante giurisprudenziale; attivismo che, a dire il vero, ha generato un fiorire di proposizioni declamatorie, ma non è stato accompagnato da una ricaduta applicativa altrettanto consistente. Comunque sia, la privacy non viene calata dall'alto nel nostro ordinamento, quasi fosse un corpo totalmente estraneo. Figure di creazione pretoria, quali il diritto alla riservatezza, all'identità personale o all'oblio, avevano già guadagnato il pieno diritto alla cittadinanza nel circuito giuridico nazionale e si erano già poste come ineludibili termini di confronto per l'esercizio del diritto di cronaca. Si dà ormai per scontato che la tutela dei diritti della personalità siano tutelati dall'ordinamento e nelle pronunce delle corti si coglie spesso l'occasione per menzionare tali diritti. Tuttavia, è lecito nutrire seri dubbi circa il valore precedenziale delle decisioni che acriticamente vengono riportate come puntelli della via giurisprudenziale a tutela dei diritti della personalità. Se diritti come riservatezza e identità personale hanno beneficiato di una più o meno rapida ascesa, dall'altra parte della barricata il diritto di cronaca viveva di alti e bassi, ma consolidava il suo ruolo di esimeente nello scontro con i diritti della personalità. La libertà di manifestazione del pensiero non era destinata ad arrestarsi dove iniziava la sfera di riserbo dei singoli: piuttosto era la tutela della privacy che cessava allorché si fosse scontrata con l'esercizio legittimo del diritto antagonista, mentre riprendeva vigore tutte le volte in cui le modalità di aggressione dovessero considerarsi *non iure*.

I criteri in base ai quali operare il bilanciamento, storicamente sorti in relazione alla tutela dell'onore e della reputazione, venivano man mano estesi ai casi di conflitto con altri attributi della personalità. Sicché, alle soglie dell'intervento del legislatore,

nel diritto vivente di applicava la ben nota triade "verità-continenza-utilità sociale", tanto con riferimento al conflitto cronaca/identità personale, quanto a quello cronaca/riservatezza. A voler essere precisi, si era da poco aggiunto con la sent. Cass. 3679/1998¹, quale proiezione del c.d. diritto all'oblio, un quarto criterio, ossia quello dell'attualità all'interesse pubblico alla conoscenza.

(rileggere capitolo di Giorgio Pino sui criteri da rispettare per poter "invadere" i diritti della personalità in favore del diritto di cronaca ed eventualmente inserirli o commentarli)

3.1.2 la sentenza e il commento di Laghezza

In data 26 giugno 1990, il sig Mario Rendo deducendo che: il settimanale Avvenimenti stampato dalla Libera informazione editrice s.p.a. aveva pubblicato un articolo a firma del giornalista dott. Mario Gambino dal titolo «Duecento giorni a Palermo: perché la mafia ha ucciso» che gli aveva arrecato un gravissimo e ingiusto danno, patrimoniale e non patrimoniale, ha citato davanti al Tribunale di Roma il Gambino e la società editrice, chiedendo la loro condanna in solido al risarcimento dei danni. Il tribunale, decidendo nel contraddittorio tra le parti, ha condannato, con sentenza resa in data 23 giugno 1992, i convenuti al risarcimento del danno non patrimoniale liquidato nella somma di lire 20.000.000. La Corte d'appello di Roma ha rigettato il gravame proposto dal Gambino e dalla società editrice e, in accoglimento di quello incidentale proposto dal Rendo, ha determinato la misura del danno non patrimoniale nella somma di lire 50.000.000 con gli interessi legali dalla data della pronuncia di primo grado. Avverso la sentenza di appello, il Fracassi e la società editrice hanno presentato ricorso in Cassazione, affidato a due motivi, al quale il Rendo resiste con controricorso e con memoria. La sentenza di appello è stata motivata con i seguenti argomenti. I convenuti avevano eccepito che: a) i fatti pubblicati nell'articolo (ritenuto diffamatorio dall'attore) avevano già precedentemente formato oggetto di una campagna di stampa da parte di altro periodico; b) una domanda di risarcimento dei danni avanzata dallo stesso Rendo

¹ citata come indicato nel file del professore

per il danno causato dalle precedenti pubblicazioni era stata rigettata dal Tribunale di Catania. Tali fatti però non valgono a dimostrare la buona fede dei responsabili della successiva pubblicazione. Infatti, il primo giudizio riguardava «una pubblicazione storicamente intervenuta sei anni prima rispetto alla seconda sulla base delle fonti all'epoca della vecchia pubblicazione acquisibili». Ma, negli anni intercorrenti tra le due pubblicazioni erano intervenuti fatti nuovi ed una «archiviazione, nei confronti del Rendo dei procedimenti che lo riguardavano... con esclusione di ogni suo coinvolgimento in fatti di mafia»; inoltre «non erano state indicate le fonti sicure che materierebbero la valutazione giornalistica obiettivamente diffamatoria risultante dalla seconda pubblicazione»; pertanto, si doveva confermare il giudizio del tribunale «circa la piena ricorrenza dei presupposti per l'azione risarcitoria». Più analiticamente, la sentenza d'appello ha ribadito che, per il lungo tempo trascorso tra le due pubblicazioni, l'autore di quella successiva aveva il dovere, per controbilanciare «gli effetti liberatori del trascorrere di un lungo periodo di tempo», di accertare l'esistenza di nuovi ipotetici rapporti e di nuove ipotetiche iniziative giudiziarie nei confronti del Rendo; invece era stata acquisita nel processo la certificazione della sua totale estraneità alle vicende a lui addebitate nell'articolo contestato. Questo, mentre, da una parte, nulla riferiva sui fatti successivi, dall'altra ostentava l'acquisizione di nuove fonti di notizia invece mancante nella realtà. Per tali considerazioni, la condotta del giornalista era caratterizzata dalla cosciente e libera volontà di propagare notizie e commenti per la consapevolezza della loro attitudine a ledere l'altrui reputazione». Pertanto, essa era valutabile, sia pure in via incidentale, come integrante il reato di diffamazione, ovviamente atto a determinare responsabilità civili». Secondo la sentenza di appello, la condanna al danno non patrimoniale doveva essere confermata per un ammontare maggiore, perché: a) l'articolo aveva un contenuto obiettivamente diffamatorio; b) la reputazione del danneggiato non era stata irreparabilmente compromessa da precedenti campagne di stampa nei suoi confronti, in modo da renderla non più degna di alcuna considerazione ai fini del ristoro morale preteso, anche tenendo conto che i fatti successivi avevano dimostrato che i precedenti attacchi non avevano alcun fondamento; c) il quantum del risarcimento si doveva stabilire in

lire 50.000.000 che «rappresenta per un cittadino impegnato laboriosamente nel tessuto sociale il minimo del valore della rispettabilità generale della persona umana». Con il primo motivo – formulato per errata insufficiente e contraddittoria motivazione e per errata e insufficiente valutazione delle risultanze istruttorie – il ricorrente censura l’impugnata sentenza nel punto in cui ha ritenuto «la completa estraneità del Rendo a fatti relativi a collusioni tra mafia ed imprenditoria catanese... della quale il Gambino dolosamente non avrebbe dato atto». Tale estraneità secondo la sentenza di appello sarebbe comprovata da un certificato – attestante la non pendenza nei confronti del Rendo del maxi-processo Greco+706 – che invece risultava, ai fini della buona fede dell’articoli-
sta, inconferente e insostenibile, perché: nell’articolo contestato non si descrive alcun coinvolgimento del Rendo nel processo cui il certificato si riferiva, ma soltanto l’interessamento di Pio la Torre, in un’attività evidentemente non giudiziaria ma politica, per le attività imprenditoriali di Rendo e per i suoi contatti con gli ambienti mafiosi; quella certificazione, essendo antecedente alle sentenze che avevano rigettato la richiesta di risanamento avanzata dal Rendo per le pubblicazioni precedenti non poteva costituire il fatto nuovo del quale il Gambino non avrebbe dolosamente tenuto conto nella stesura del secondo articolo. Peraltro, le deposizioni di un collaborante (depositate dal Rendo) dalle quali risultava che egli non era colluso con la mafia era successiva all’articolo del Gambino. Altre iniziative giudiziarie invece si basavano su ulteriori coinvolgimenti del Rendo in fatti di collusione mafiosa e di spartizione di appalti. Per tali ragioni, risultando falsa ed errata la premessa – consistente nella esclusione di ogni coinvolgimento del Rendo in fatti di mafia – egualmente falsa ed errata è stata la conclusione che ne è stata tratta. Secondo la pacifica e consolidata giurisprudenza di questo Supremo collegio (cfr. sent. 150/77, Foro it., Rep. 1977, voce Responsabilità civile, n. 166; 90/78, id., 1978, I, 604; 1968/85, id., Rep. 1985, voce cit., n. 90; 4871/95, id., 1996, I, 657; 6041/97, id., Mass., 595) la divulgazione di notizie che arrecano pregiudizio all’onore e alla reputazione deve, in base al diritto di cronaca, considerarsi lecita quando ricorrono tre condizioni: «la verità oggettiva della notizia pubblicata; l’interesse pubblico alla conoscenza del fatto (c.d. pertinenza); la correttezza formale dell’esposizione (c.d.

continenza) (sent. 6041/97, cit.). Ai fini di accertare la verità della notizia pubblicata il giornalista ha l'obbligo, non solo di controllare l'attendibilità della fonte, ma anche di accertare e di rispettare la verità sostanziale di fatti rispetto alla notizia (sent. 4871/95, cit.). La sentenza impugnata ha ulteriormente specificato il contenuto dei limiti del diritto di cronaca, aggiungendo quello dell'attualità della notizia, nel senso che non è lecito divulgare nuovamente, dopo un consistente lasso di tempo, una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata. Non si tratta soltanto di una pacifica applicazione del principio della attualità dell'interesse pubblico alla informazione, dato che tale interesse non è strettamente collegato all'attualità del fatto pubblicato, ma permane finché resta o quando ridiventa attuale la sua rilevanza pubblica. Viene invece in considerazione un nuovo profilo del diritto di riservatezza – recentemente definito anche come diritto all'oblio – inteso come giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata. Il principio è, in sé, ineccepibile. Ma, quando il fatto precedente per altri eventi sopravvenuti ritorna di attualità, rinasce un nuovo interesse pubblico alla informazione – non strettamente legato alla stretta contemporaneità fra divulgazione e fatto pubblico – che si deve contemperare con quel principio, adeguatamente valutando la ricorrente correttezza delle fonti di informazione. La sentenza impugnata, per dimostrare la illiceità (civile) della seconda pubblicazione, non si è limitata a rilevare il tempo trascorso da quella precedente; ma ha aggiunto che, nel frattempo, erano sopravvenuti alcuni eventi – per quello che la stessa sentenza descrive, la totale estraneità del Rendo al processo relativo ai più gravi fatti criminosi accaduti in Sicilia negli anni ottanta e una deposizione davanti alla commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia dalla quale risultava che lo stesso Rendo non aveva ceduto alle intimidazioni mafiose in suo danno – dai quali risultava l'esclusione di ogni suo coinvolgimento in fatti di mafia e che «era intervenuta archiviazione, nei confronti del Rendo, dei procedimenti che lo riguardavano nelle vicende indicate nella pubblicazione»: pertanto, la omessa verifica dei fatti successivi alla prima campagna di stampa, insieme alla «ostentazione di un'acquisizione di nuove fonti

di notizia invece mancanti nella realtà» esclude la buona fede del Gambino e prova la sua cosciente volontà di diffamare. Per dimostrare il vizio di motivazione della sentenza impugnata, il ricorrente, come si è già esposto, ha dedotto che: a) i fatti in esame erano successivi alla seconda pubblicazione e pertanto non potevano essere conosciuti dal Gambino; b) altri fatti e altre iniziative giudiziarie smentiscono la estraneità del Rendo ad ogni collusione tra mafia e imprenditoria catanese. Non è compito di questo Supremo collegio rivedere, nel merito e attraverso l'esame di altri elementi probatori, il giudizio formulato sul punto dalla sentenza impugnata. Sono invece rilevanti sotto il profilo della coerenza logica e giuridica della motivazione le seguenti osservazioni: a) la sentenza impugnata ha attribuito fondamentale rilevanza alla estraneità del Rendo da ogni coinvolgimento affaristico-mafioso, ma tale convincimento sembra desunto dai due soli fatti più volte esposti, senza l'ulteriormente approfondimento necessario per valutare la loro idoneità a giustificare un giudizio globale di estraneità, che si è esteso anche ad episodi diversi e alle relative valenze, anche non strettamente giudiziarie; b) posto che gli stessi fatti sono stati utilizzati per dimostrare la responsabilità del Gambino, anche sotto il profilo della esclusione della sua buona fede soggettiva, diventava logicamente determinante il rigoroso controllo delle date in cui i fatti nuovi erano accordati, perché solo da quel tempo nasceva l'obbligo del giornalista di controllarne l'esistenza; invece, dalla stessa sentenza impugnata risulta che la deposizione davanti alla commissione antimafia era posteriore alla pubblicazione dell'articolo incriminato. Dalle osservazioni svolte risulta che la sentenza impugnata ha seguito un metodo di indagine logicamente e giuridicamente ineccepibile per accertare l'attualità (al momento della seconda pubblicazione), sia dell'interesse pubblico alla informazione sui fatti pubblicati, sia delle fonti di informazione e del loro puntuale ed esauriente controllo. Ma, risulta carente e contraddittoria la motivazione svolta per pervenire al convincimento di totale estraneità del danneggiato ai fatti oggetto della seconda pubblicazione nonché al controllo e al dovere di conoscenza degli stessi fatti da parte dell'autore della seconda pubblicazione. In relazione a tali punti il primo motivo del ricorso è fondato e deve essere accolto (assorbito il secondo), con conseguente cassazione della sentenza impugnata con rinvio

come in dispositivo. Il diritto all'oblio esiste (e si vede). Il diritto ad immergersi nelle acque del fiume Lete, dunque, esiste. Lo afferma a chiare lettere, e per la prima volta, la Suprema corte, pronunziandosi su una vicenda che, per molti aspetti, costituisce un classico: un noto settimanale pubblica la notizia relativa all'incriminazione di un soggetto per gravi fatti di mafia, avvenuta circa sei anni prima e già ampiamente resa nota alla stampa; il privato agisce in giudizio, assumendo di essere stato leso dalla divulgazione di avvenimenti lontani nel tempo e, soprattutto, storicamente superati da fatti successivi (taciuti dal redattore), quali l'archiviazione dell'imputazione e l'esclusione di ogni suo coinvolgimento nei fatti contestati. Il tribunale accoglie la domanda e condanna il settimanale al risarcimento del danno; la sentenza è, successivamente, confermata dalla corte d'appello che, aggravando la determinazione del quantum debeatur, specifica come, in ragione del lungo tempo trascorso fra le due pubblicazioni, l'autore avrebbe dovuto controbilanciare gli «effetti liberatori del trascorrere del tempo», con la dimostrazione dell'esistenza di nuove iniziative giudiziarie a carico dell'attore di tale gravità da giustificare un rinnovato interesse pubblico alla conoscenza delle trascorse vicende. La Suprema corte, per colmare la carenza di motivazione della sentenza di appello circa la totale estraneità del danneggiato alle scabrose vicende, dispone un ulteriore, rigoroso controllo delle date e cassa (fissando il principio riassunto nella massima) la sentenza di secondo grado, rinviando al giudice di merito il definitivo chiarimento in punto di fatto. I precedenti: La breve premessa è utile per comprendere l'importanza delle argomentazioni contenute nella sentenza di secondo grado che ha gettato, di fatto, le fondamenta per un pieno riconoscimento del diritto all'oblio. Il passo avanti rispetto ad analoghe vicende, già sottoposte al vaglio dei giudici di legittimità, non è tanto nell'esplicito utilizzo di una terminologia cara, sino ad ora, solo alla dottrina, ma soprattutto nel risoluto approccio alla materia, che giunge a conclusioni, per molti versi, assolutamente nuove. Perché l'attività giornalistica, che si risolve nella diffusione di notizie lesive dell'altrui onore e reputazione, possa ricondursi al diritto di cronaca tutelato dall'art. 21 Cost., con tanto di esclusione, a norma dell'art. 51 c.p., del reato di diffamazione, è necessario che la pubblicazione avvenga nel rispetto di tre condizioni: la verità del fatto

narrato, la continenza delle espressioni utilizzate e l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia. Sin qui, null'altro che il noto decalogo del buon giornalista, che nel requisito dell'interesse pubblico ha, in passato, consentito la determinazione di alcuni limiti alla pubblicazione di notizie già divulgate al grande pubblico. Il riferimento è a Trib. Roma 15 maggio 1995, che, in una vicenda non molto diversa dall'odierna, ha rilevato un insufficiente interesse pubblico alla conoscenza di una notizia risalente a diversi anni addietro e riapparsa sulle pagine di un quotidiano, nel contesto di un gioco a premi. In quella occasione, a semplificare il lavoro del collegio concorrevano la non trascurabile circostanza della totale estraneità della divulgazione agli scopi propri del diritto di cronaca, e la sua rispondenza esclusiva ad interessi di natura commerciale; è stato facile, quindi, far leva sull'assenza di utilità sociale della notizia, per arguire l'illegittimità dell'operazione giornalistica. Ma, se il diritto all'oblio non fosse altro che il negativo del requisito dell'interesse pubblico alla divulgazione della notizia, di fatto la sua esistenza sarebbe incontrovertibile da più di un decennio. Diverso, invece, l'approccio del Supremo collegio, che sembra rimarcare con forza l'esistenza dell'ulteriore requisito dell'attualità della notizia, distinguendolo dall'attualità dell'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti narrati e smentendo, nella sostanza, l'opinione di chi, sull'onda dell'entusiasmo, aveva individuato nella sentenza di tre anni or sono l'implicito riconoscimento del diritto all'oblio. Il contenuto del diritto: È indubbio che il *droit à l'oubli* tenda a salvaguardare il riserbo imposto dal tempo ad una notizia già resa di dominio pubblico e debba, perciò, essere naturalmente ricondotto al diritto alla riservatezza; in altri termini, venuto meno l'interesse alla conoscenza del fatto, il diritto alla riservatezza e la tutela dell'onore e della reputazione del cittadino si espandono, senza scontrarsi con il diritto di cronaca, sino ai loro fisiologici confini. Ma il *right of oblivion* può essere ricondotto, per altro verso, anche al diritto all'identità personale, se solo si considera che lo scorrere del tempo modifica ogni cosa e, soprattutto, la personalità dell'individuo, al punto che la ripubblicazione di una notizia, già divulgata in un lontano passato, può essere in grado di gettare false light in public eyes, avvalorando un'immagine del cittadino diversa da quella al momento esistente e, magari, faticosamente riconquistata dopo aver

pagato il proprio debito alla collettività. Se così è, se cioè è possibile individuare due divergenti anime nel diritto all'oblio, meglio si comprende la sottile distinzione operata dall'odierna pronuncia, che lascia trasparire chiaramente come quest'ultimo risvolto non possa ricevere piena tutela nel semplice rispetto del requisito dell'interesse pubblico (o utilità sociale) alla divulgazione della notizia. Infatti, l'attualità dell'interesse pubblico alla pubblicazione è requisito (forse) sufficiente a garantire il cittadino dal rischio che, dietro lo schermo della libertà di cronaca, possano nascondersi attacchi diretti a colpi di martellanti (ri)pubblicazioni, all'onore ed alla reputazione del cittadino, non destinati (nemmeno apparentemente) a soddisfare alcuna utilità sociale. Quello stesso requisito non è, tuttavia, sufficiente a garantire un'adequata difesa da più subdole operazioni condotte, pur nel contesto di situazioni rilevanti in un'ottica generale, a colpi di scoop riguardanti avvenimenti ormai coperti dalla polvere del tempo, ma ugualmente miranti a gettare discredito sul personaggio pubblico, più che a soddisfare le esigenze dell'informazione. È quanto sembra essere accaduto nel nostro caso. Nessuno può, certamente, mettere in dubbio che fatti riguardanti indagini sull'associazione a delinquere di stampo mafioso siano di rilevante interesse pubblico. Ma dagli accertamenti effettuati dai giudici di merito è, altresì, emerso che la notizia era stata pubblicata dopo un notevole lasso di tempo e senza tener in debito conto gli eventi giudiziari sopravvenuti, che avevano escluso ogni responsabilità dell'attore. Il risultato è, appunto, un messaggio distorto sull'identità personale dell'attore, che diventa vero e proprio punto nodale della vicenda; e su questo punto la Suprema corte chiede un maggiore approfondimento al giudice di merito, allo scopo di accertare se effettivamente l'immagine divulgata dal settimanale corrisponda alla realtà dei fatti al momento della pubblicazione. Interessanti, su questo versante, tornano allora le argomentazioni di Trib. Napoli 8 aprile 1995, pronunciatasi sulla legittimità della notizia di un'indagine aperta a carico di un noto magistrato, all'epoca, presidente del tribunale del riesame, pubblicata (e ripubblicata) ben otto volte, in soli diciassette giorni, dal quotidiano *Il Mattino*. Nella motivazione della sentenza si legge: «l'ossessiva ripetizione della notizia in un ridotto lasso di tempo senza il sopravvenire di alcuna novità dimostra il nessun interesse pubblico sul piano dell'informazione

e, logicamente, un diverso intento: [...] dare corpo all'affermazione che, per colpe e comportamenti di magistrati, la giustizia era nella bufera [...]. Evidente, seppure in senso inverso, la differenza fra assenza dell'interesse pubblico alla divulgazione della notizia e vero e proprio diritto all'oblio: benché non si potesse considerare maturato, in soli diciassette giorni, alcun diritto all'oblio giuridicamente rilevante, la condotta del giornalista è apparsa illegittima sotto il diverso profilo dell'assenza di interesse pubblico. Compresa l'efficacia dirompente della sentenza in rassegna, nella parte in cui non solo tiene a battesimo il diritto all'oblio, ma ne rivendica altresì la piena autonomia, distinguendo nettamente il suo campo di azione da quello dell'interesse pubblico alla diffusione della notizia, occorre tuttavia resistere alla tentazione di facili considerazioni sull'eterno conflitto fra libertà di stampa e diritti dell'individuo. Ben più utile è seguire l'iter logico della Supremo collegio che, concentrando il ragionamento in poche battute (ad una prima lettura, persino sibilline), conferma il ragionamento della corte territoriale ed avvalora la convinzione che debbano essere integrati i limiti all'esercizio del diritto di cronaca, con l'aggiunta del requisito dell'attualità della notizia, inteso nel senso che «non è lecito pubblicare nuovamente, dopo un consistente lasso di tempo, una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata»; l'effetto è un consapevole superamento della «pacifica applicazione del principio dell'attualità dell'interesse pubblico». Resta ovviamente da chiarire il limite temporale entro il quale inscrivere l'attualità della notizia o, se si preferisce, il termine oltre il quale possa considerarsi maturo il diritto all'oblio. Ma è un fatto che il famoso decalogo sembrerebbe essersi arricchito di un «quarto elemento», che riverbera tutta la sua influenza nella determinazione delle nuove frontiere dei diritti della personalità. Insomma, più che di un punto di arrivo, si tratta di un punto di partenza verso l'individuazione di sottili equilibri, che toccherà ancora alla giurisprudenza ricercare; e non sarà certo cosa facile, se solo si considera che, mentre nell'ordinamento francese il diritto all'oblio sembra aver trovato una chiara collocazione, nella giurisprudenza statunitense è più facile imbattersi in affermazioni secondo le quali, le notizie relative a reati commessi anche diversi anni prima non cadono nell'oblio, stante la natura pubblica del personaggio toccato da vicende giudiziarie.

Per ora, accontentiamoci di aver raggiunto le sponde di quel fiume «che toglie altrui memoria del peccato», poste, nemmeno a dirlo,... in cima al Purgatorio.

3.2 Bilanciamento con i diritti di rango superiore

Strategia giuridica integrata: istituzione organo di controllo: parte della dottrina d'accordo altra parte no. Si configura come una istituzione di chiusura del sistema di protezione dei dati. Questo ruolo risulta con particolare nettezza se si considera che la sua appare come una funzione di sorveglianza necessaria, nel senso che solo esso può compiere ed adempiere ad un compito di controllo continuativo e generale di fronte alla sorveglianza solo eventuale e frammentaria che può essere apprestata dai soggetti, individuali o collettivi, legittimati ad esercitare forme di controllo diffuso. L'esistenza di un centro formale non rende comunque inutile il controllo diffuso del "singolo", perché consente di avere già un antidoto per i casi in cui il sistema di controllo formale si sclerotizzasse o subisse influenze esterne. L'organo di controllo sarebbe una figura plurifunzionale, funzioni che poi vengono combinate. Oggi, poiché l'esperienza del passato mostra la rapida obsolescenza delle discipline troppo rigide, si può proporre che l'ambiente giuridico favorevole ad una adeguata disciplina della circolazione delle informazioni sia caratterizzato dai seguenti elementi: 1. Disciplina legislativa di base, costituita da clausole generali e norme procedurali 2. Norme particolari, contenute possibilmente in leggi autonome, riguardanti particolari soggetti o attività di particolari categorie di informazioni 3. Autorità amministrativa indipendente, con poteri di adattamento dei principi contenuti nelle clausole generali a situazioni particolari 4. Disciplina del ricorso all'autorità giudiziaria in via generale 5. Controllo diffuso affidato all'iniziativa di singoli e gruppi. Una strategia istituzionale di questo tipo dovrebbe favorire flessibilità riguardo anche all'innovazione tecnologica.

Privacy e costruzione della sfera privata Verso una ridefinizione del concetto di privacy La privacy si presenta ormai come nozione fortemente dinamica e che si è stabilita una stretta e costante interrelazione tra mutamenti determinati dalle tecnologie dell'informazione e mutamenti del concetto. La privacy come diritto di essere lasciato solo

ha perduto da tempo valore e significato, prevalendo definizioni funzionali della privacy che si riferiscono alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare e interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. Privacy oggi: diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni. Parallelo ampliamento della nozione di sfera privata -> privacy come tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale in un quadro di libertà delle scelte esistenziali. 2 tendenze: a. Ridefinizione del concetto di privacy con rilevanza sempre più netta e larga del potere di controllo b. Ampliamento dell'oggetto del diritto alla riservatezza per effetto dell'arricchirsi della nozione tecnica di sfera privata con sempre più situazioni giuridicamente rilevanti. Sequenza quantitativamente più rilevante: persona – informazione – circolazione – controllo, e non più persona – informazione – segretezza. Il titolare del diritto alla privacy può esigere forme di circolazione controllata e interrompere anche il flusso delle informazioni che lo riguardano. Si può così definire la sfera privata come quell'insieme di azioni, comportamenti, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui l'interessato intende mantenere un controllo esclusivo. Di conseguenza la privacy può essere identificata con la "tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e stigmatizzazione sociale". Si delineano due tendenze: la prima vede una ridefinizione della privacy che, accanto al tradizionale potere di esclusione, attribuisce rilevanza sempre più larga e netta al potere di controllo. La seconda amplia l'oggetto stesso del diritto alla riservatezza, per effetto dell'arricchirsi della nozione tecnica della sfera privata. In questa prospettiva, quando si parla di privato, si tende a coprire ormai l'insieme delle attività e delle situazioni di una persona che hanno un potenziale di comunicazione, verbale e non verbale, e che si possono quindi tradurre in informazioni. Privato, qui significa personale, e non necessariamente "segreto". Il titolare del diritto alla privacy può esigere forma di circolazione controllata e non solo interrompere il flusso di informazioni che lo riguardano. La preoccupazione per la protezione della privacy non è mai stata tanto grande come nel tempo presente ed è destinata a crescere in futuro, non solo per l'effetto delle preoccupazioni determinate dalle molteplici applicazioni delle tecnologie dell'informazione: il singolo infatti viene

sottratto alle diverse forme di controllo sociale rese possibili proprio dall'agire "in pubblico", in una comunità. Queste tecnologie servono anche a mettere l'individuo a riparo da quelle forme di controllo sociale che in passato erano servite a vigilare sui suoi comportamenti e a esercitare pressioni per l'adozione di atteggiamenti di tipo conformista. Ma la crescente possibilità del singolo di chiudersi nella fortezza elettronica rischia di dare soltanto l'illusione di un arricchirsi e di un rafforzarsi della sfera privata. Più che sottrarsi al controllo sociale, il singolo si trova nella condizione di veder rotto il legame sociale con gli altri suoi simili, aumentando la sensazione di autosufficienza, seppur si separazione dagli altri.

Con l'avvento di Youtube, Facebook e Twitter la situazione privacy è totalmente mutata. Facebook si presenta come il primo servizio in rete che richiede un'identità certificata, costituendo un popolo che si avvicina al miliardo di persone. Proprio il modo in cui i dati sono posti su Facebook ha imposto un diverso modo di affrontare il tema della protezione dei dati, poiché il tradizionale principio del consenso non è adeguato in una situazione in cui i dati sono resi pubblici volontariamente. Così, a parte gli inviti alla prudenza nel mettere in rete informazioni che poi possono provocare conseguenze sgradite per l'interessato, si sottolinea la necessità di attribuire un ruolo centrale al principio di finalità, prevedendo che i dati personali resi pubblici per la sola finalità di stabilire rapporti sociali non possano essere rese accessibili e trattati per finalità diverse, come quelle legate alla logica di mercato o alle diverse forme di controllo. Il nuovo diritto fondamentale all'integrità e alla riservatezza dei sistemi informativi tecnologici è formulato in termini così generali che si riferisce tanto al cloud computing quanto ad ogni altri apparato tecnologico al quale l'interessato affidi i propri dati.

L'identità nella 'nuvola' ha suggerito un diverso modo di considerarla nel nuovo contesto sociale. L'ipotesi è quella di un sistema di identità che sia graduabile, centrato sugli interessi della persona e non su quelli a essa attribuiti da altri o utilizzabili nelle attività di consumo. Potrete frazionare l'identità in gruppi distinti e stabilire diverse modalità di accesso a ciascuno di essi a seconda del vostro ruolo in una determinata situazione. Potrete creare un profilo per il mercato, uno relativo alla salute, uno per gli

amici, un profilo come madre o come singolo, un profilo virtuale ecc. Pochi sviluppatori ritengono che la maggior parte delle persone voglia governare le proprie identità. Considerando i molteplici profili dell'identità, possiamo sfuggire al rischio dell'ossessione dell'identità unica, e disegnare scenari diversi per l'identità umana. È stato proposto, ad esempio, di considerare la possibilità di avere un nostro se attuale, una sua versione edonistica, spersonalizzata, uno orientato socialmente, un'autonoma individualità creativa. Proprio la tecnologia renderebbe possibile la costruzione di un mondo nel quale queste quattro persone riescano ad essere sviluppate in un contesto integrato. **UNA NUOVA VULNERABILITÀ SOCIALE** Siamo di fronte ad una ridefinizione del contesto in cui si svolge il rapporto fra identità e autonomia, incidendo sul significato e la portata di questi due concetti, con possibilità di distacco dell'autonomia dell'identità. Quest'ultima si oggettivizza, segue strade che non sono filtrate dalla consapevolezza individuale. La costruzione di questa identità adattiva potrebbe essere presentata come un processo che ha la sua origine in un congelamento dell'identità stessa, e che prosegue nel suo adattamento all'ambiente senza una decisione o consapevolezza individuale, ma grazie ad una raccolta ininterrotta di informazioni che produce una proiezione statistica ed anticipatoria di quelle che sarebbero le decisioni dell'interessato. Le possibilità di un suo intervento consapevole rischiano di essere totalmente escluse, rendendo impossibile un suo intervento anche al fine di una semplice integrazione dei dati (**EVOLUZIONE NELLA PRIVACY DEL DIRITTO DI RETTIFICA - SE PRIMA ERA VOLTO A FAR CORREGGERE IL DATO ERRATO, ADESSO È IL SOGGETTO STESSO CHE CORREGGE UN DATO ERRATO CHE POSSA ESSERSI GENERATO A SEGUITO DI UNA VALUTAZIONE STATISTICA DEL DATO PERSONALE ACQUISITO**). La costruzione dell'identità viene affidata meramente a logaritmi. La separazione fra identità ed intenzionalità, oltre a generare una cattura da parte degli altri di tale identità, può anche produrre deresponsabilizzazione, disincentivare la propensione al mutamento, ridurre una attenzione vigile del governo di sé? **PROGRESSIVO ALLONTANAMENTO DALL'IDENTITÀ COME FRUTTO DELL'AUTONOMIA DELLA PERSONA**. Siamo di fronte ad una forma di raccolta di informazioni non statica, ma in sé dinamica, nel

senso che è continuamente produttiva di effetti senza bisogno di mediazioni. Carattere processuale dell'identità: diversi sistemi di gestione dell'identità personale, per i quali si è osservato che essi devono rispettare 3 criteri essenziali per quanto riguarda la privacy. Il sistema deve: 1. Rendere espliciti i flussi di dati e rendere possibile il controllo da parte della persona interessata 2. Rispettare il principio di minimizzazione dei dati, trattando solo quelli necessari in un dato contesto 3. Imporre dei limiti ai collegamenti fra banche dati. Queste indicazioni non sono tuttavia la soluzione definitiva, ma come spie per far crescere la consapevolezza sociale dei temi riguardanti il modo in cui l'identità deve essere considerata nel nuovo ambiente tecnologico.

3.2.1 boh

AGGIUNGI: "Sembra invece preferibile, come recentemente affermato (Pace 2003; Pino 2003a), ricondurre la garanzia costituzionale del diritto all'identità personale al principio della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 cost., in base all'agevole rilievo che l'attribuzione ad un soggetto di opinioni mai professate viola il suo diritto appunto a non manifestare certe idee e opinioni, e a vedersi riconosciuta la paternità solo delle proprie idee e opinioni. Occorre anche aggiungere che riconoscere la rilevanza costituzionale del diritto all'identità personale è preconditione quasi obbligata al fine di una piena tutela del diritto stesso; infatti, la fonte pressoché costante (ancorché non esclusiva) di aggressione al bene-identità personale consiste nell'attività giornalistica e in altre forme di espressione del pensiero, e pertanto in attività dotate di rilievo costituzionale ex art. 21 cost.: solo un ancoraggio costituzionale del diritto all'identità personale consente dunque di operare un bilanciamento tra le posizioni giuridiche in conflitto (sul punto, Bevere e Cerri 1995, 154-165; Pino 2003b). Inoltre, il riconoscimento della rilevanza costituzionale del bene giuridico-identità personale ha importanti ripercussioni sul regime giuridico del risarcimento del danno" Risulta ormai chiara l'importanza che il testo costituzionale riveste nel momento dell'emissione di una sentenza, a maggior ragione quanto si tratta di pronunce decisive per l'emergere di un nuovo diritto. Nella vicenda del diritto all'identità personale, e non solo considerando i riflessi

trovati anche nel riconoscimento del diritto alla riservatezza e del diritto all'oblio, importanza notevole viene attribuita all'art. 21 Cost. Questo sancisce contestualmente il diritto di esprimersi liberamente e quello di utilizzare ogni mezzo allo scopo di portare l'espressione del pensiero a conoscenza del numero massimo di persone possibile. Non si tratta tuttavia di due diritti distinti, perchè manifestazione e divulgazione sono tra loro necessariamente legati da un vincolo di strumentalità.

Prima di tutto va detto che l'art. 21 è un diritto di libertà individuale, riconosciuto al singolo semplicemente in quanto tale, indipendentemente dai vantaggi e dagli svantaggi che possano arrecarsi allo Stato. Esso è, inoltre, un diritto garantito affinché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero eventualmente operare.

Parte della dottrina ha considerato il contenuto dell'articolo in esame come parametro fondamentale per garantire i diritti dei cittadini nelle diverse attività compiute online attraverso la rete telematica; è stato affermato, posto che l'interesse sia assimilabile agli altri mezzi di diffusione di cui al primo comma dell'art. 21, che anche per Internet sia possibile richiamare le stesse tutele garantite dalla Carta Costituzionale, come appunto la libertà di manifestazione del pensiero in bilanciamento col diritto alla privacy. Da questa angolazione, tuttavia, è stato chiesto agli interpreti di fornire un commento estensivo e, soprattutto, evolutivo delle disposizioni costituzionali, e l'aspetto più complesso di tale interpretazione ha riguardato la possibilità di individuare, muovendo dal diritto di informare, una "indiretta" tutela del diritto di essere informati, nel senso che non può essere solo permesso ai cittadini di esprimersi e di far circolare liberamente le proprie idee, ma è necessario che (in senso passivo) l'accesso alle opinioni altrui sia assolutamente garantito a tutti coloro che ne abbiano interesse.

La libertà di informare deve dunque portare con sé, per essere effettiva, la libertà di essere informati. Internet, è il luogo/non luogo per eccellenza dove tutti possono manifestare le proprie opinioni protetti, se si vuole, da un discreto anonimato. La rete infatti, permette di comunicare liberamente e manifestare le proprie opinioni tanto in forma privata quanto, se non in misura anche superiore, in forma pubblica. Di qualsiasi tipo di comunicazione di tratti è necessario inquadrare costituzionalmente la

rete nell'ambito dell'art. 15 Cost. o dell'art. 21, ma a seconda della prospettiva adottata, ne mutano conseguentemente le garanzie, le forme di intervento a tutela o a controllo di questo tipo di comunicazione, ed infine ma molto importanti, i limiti.

La conclusione doverosa per lo studio del diritto all'identità personale, e in generale dei diritti della personalità, necessita di un'analisi riguardo al bilanciamento che bisogna effettuare con gli altri diritti di rango costituzionale, a fronte anche del fatto che un diritto che nella Costituzione ha solo il suo presupposto non dovrebbe prevaricare diritti che invece all'interno del testo hanno esplicita menzione, se non con alcune esplicite riserve.

Si evidenzia che la quasi totalità dei casi in cui si presenta una violazione di questo diritto, la lesione proviene prevalentemente da servizi giornalistici, da attività di propaganda politica e commerciale, da ricostruzioni creative di fatti veri, ai quali si imputa una falsa rappresentazione della personalità individuale del soggetto leso. Praticamente spesso e volentieri la lesione proviene dall'esercizio di uno dei diritti della libertà garantiti dall'art. 21 Cost. Per evitare una totale soppressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero per tutelare quello all'identità personale, bisognerà *bilanciare*, ossia adottare una tecnica giurisprudenziale che purtroppo, negli ultimi anni, è stata utilizzata in maniera quasi totalmente intuitiva. Quello che ci interessa in prima battuta è analizzare il bilanciamento giudiziario, ossia il caso in cui una corte debba decidere una controversia in cui il diritto di un soggetto viene leso in occasione dell'esercizio del diritto costituzionalmente garantito di un altro soggetto. Riferendosi al bilanciamento delle corti, è opportuno distinguere, almeno sommariamente, fra il bilanciamento effettuato dalle corti ordinarie e quello effettuato dalla Corte Costituzionale: difatti se le prime giudicano su casi concreti che si trovano ad esaminare nel merito, le seconde fanno riferimento a fattispecie generali e astratte precedentemente enucleate. Una analisi di questo tipo di bilanciamento effettuato dalle corti trova il suo presupposto nella mancanza di una regola precostituita e generale, di pari valore rispetto ai diritti in conflitto sul piano della gerarchia delle fonti, e che imponga un criterio di coordinazione e di preferenza tra i due diritti. Seguendo il caso in cui si ritengano tutti i diritti in

conflitto caratterizzati da pari dignità, il giudice si trova a risolvere e stabilire quale dei due debba avere prevalenza, attraverso la sua attività interpretativa, di *ponderazione* e *bilanciamento*, non potendo applicare altri metodi per cui prevale la legge posteriore, speciale o di rango superiore.

La "ponderazione" viene indirizzata dalla ragionevolezza, ossia 'la capacità di individuare una linea di condotta che corrisponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame'. Riguardo il "bilanciamento", questo si avvicina al termine *sacrificare* piuttosto che ponderare, poiché appunto si relega un diritto in favore di un altro, pur rimanendo il sacrificio circoscritto al caso concreto. Le possibilità di risoluzione dell'attività giurisprudenziale nel bilanciare diritti costituzionali con quelli della personalità sono enucleabili ispirandosi ai modelli americani di bilanciamento *categoriale* e *caso per caso*.

Analizzando il bilanciamento *categoriale* rileva come il conflitto fra diritti e principi venga risolto enucleando una regola generale ed astratta, con la caratteristica di essere applicabile anche a conflitti futuri, garantendo quindi una sorta di norma specificamente risolutiva.

Nel secondo caso, invece, il conflitto viene risolto appunto *volta per volta*, sulla base degli elementi e degli interessi delineati dalle parti nel caso concreto, prescindendo dall'applicazione di una regola stabile di soluzione dell'eventuale conflitto. Vantaggio di questa modalità si rinviene nella possibilità di una evoluzione sempre al passo con i cambiamenti delle leggi e delle società, non vincolando il giudice a dichiarare di ispirarsi ad una data regola, che se fosse permanente obbligherebbe indistintamente ogni giudice a seguirla nell'emettere la decisione, creando però di fatto una fase di stallo dalla quale è difficile uscire, a fronte della stessa natura della materia giuridica che risulta, purtroppo, essere sempre più lenta rispetto al mutare dell'essere umano e dei suoi bisogni. Negli anni però le corti italiane sembra che abbiano maggiormente applicato un bilanciamento *definitorio*, che si trova ad essere quasi un ibrido fra i due precedentemente esposti, poiché è proteso ad individuare criteri, e non regole precise, che risolvano la questione fra diritti e principi, proponendo una crasi fra il bilanciamento *caso per caso* e quello *categoriale*; è infatti chiaro come del primo si sia voluto mantenere il carattere

dell'evolubilità, con invece una esclusione degli aspetti di poca sicurezza e possibile conflittualità fra pronunce; del bilanciamento *categoriale* si è preferito invece conservare l'aspetto della certezza che solo una regola pensata e studiata può garantire.

La dottrina e la giurisprudenza hanno quindi individuato, negli anni, quattro principali conflitti associati ai criteri di bilanciamento utilizzabili nelle fattispecie reali, che hanno nella loro natura e come base logica la ricerca e tutela della *verità*. Il primo che si andrà ad affrontare e di cui, seppur per cenni, si è già trattato, è il conflitto fra *diritto di cronaca* e *diritto alla personalità individuale*.

3.2.2 Diritto all'oblio *vs* diritto di critica, di satira e di rielaborazione artistica

Più complesso e senza dubbio più controverso è il caso in cui il diritto all'identità personale entri in conflitto con il diritto di critica.

Un giudizio critico, infatti, non ha la caratteristica di essere oggettivo, comune ad ogni individuo o gruppo di persone, pertanto è più soggetto all'accusa di falsità o di verità rispetto ad una data informazione². Si ripropone anche in questo caso, ed in maniera decisamente più preponderante, il caso di montatura dei fatti e decontestualizzazione delle informazioni, poichè questa modalità di agire, più di altre, influenza maggiormente un giudizio critico negativo su un individuo dipenda, attribuendo ad esso fatti non veri, e creando di fatto una lesione dell'identità personale. Sarebbe a questo punto semplice condannare il diritto di critica, dichiarando le affermazioni critiche sempre e comunque lesive in quanto asserenti di qualcosa di divergente dalla realtà che il soggetto criticato intende vero. Si incontra nuovamente il primo limite, e di nuovo il criterio della verità viene in soccorso, per cui sarebbero lesive del diritto all'identità personale solamente quelle critiche non rispondenti al vero e volte solo a sottoporre il soggetto al pubblico scherno. Pertanto si sottolinea come si ritengano legittime soltanto le manifestazioni del diritto di critica quando questa non sia arbitrariamente ed illegittimamente introdotta fra le righe di quella che viene presentata come esposizione neutrale dei fatti. Un esempio

²Salvo ovviamente si tratti di informazioni oggettive e di fatto.

pratico è rinvenibile nel diritto di critica politica, per cui il giudice potrà sanzionare i giudizi politici lesivi dei diritti degli individui su cui vengono espressi solo nella misura in cui tali critiche siano basate su una volontaria alterazione e manipolazione dei fatti, e quindi sulla attribuzione (anche indiretta) di fatti non veri.

Confermando definitivamente come il criterio della verità si presenti come il più idoneo per dirimere i conflitti fra diritti costituzionalmente garantiti e diritto all'identità personale, breve menzione merita anche il diritto di satira.

Quest'ultimo ha infatti ben pochi conflitti con il diritto all'identità personale, anche quando sia accostata ad un mezzo per il quale il vignettista deve comunque rimettersi al decalogo del buon giornalista.

Questo perché la satira si presenta, di per sé, una deformazione grottesca e *sgradevole* della realtà, mentre invece l'identità personale viene lesa dall'attribuzione di fatti non veri e non da deformazioni artistiche, per cui servendosi in maniera fedele e letterale del criterio della verità per la soluzione del conflitto si finirebbe per sopprimere totalmente qualsiasi forma di satira, anche, e forse ancor di più, quasi aggravato dal manifestarsi di due possibili conflitti, nel caso questa sia associata ad un articolo giornalistico.

Terminando l'elencazione che la dottrina ha elaborato rispetto alla soluzione dei conflitti per mezzo del criterio della verità, nel caso del diritto alla rielaborazione artistica, si evidenziano due casi: il primo riguarda il caso in cui la lesione derivi da un'opera dichiaratamente di fantasia; il secondo si prospetta nel caso di un'opera più prettamente documentaristica, realistica o di denuncia. Nel caso del primo conflitto, questo viene risolto interamente in favore della creazione artistica, che rimane sovrana, dato anche dalla natura stessa dell'opera: non è infatti che una contraddizione il voler denunciare la non veridicità dei fatti rispetto ad un elaborato totalmente di fantasia, che da vicende reali nemmeno prende ispirazione. Riguardo invece il secondo caso, ossia l'opera dal taglio documentaristico, è più ragionevole di creare conflitti con i diritti della personalità; si evidenzia, infatti, come tale genere di creazione artistica possa chiaramente e con estrema facilità tradursi in alterazioni della verità e identità personale dei soggetti reali coinvolti nella narrazione, nonché in violazioni del loro diritto all'immagine, alla riser-

vatezza e all'onore³. La violazione ha, in questi determinati casi, una gravità maggiore anche perché il mezzo immagine risulta essere decisamente più rievocativo e suggestivo rispetto alla cronaca scritta, che volendo potrebbe lasciar trasparire ancora di più gli aspetti negativi e lesivi della personalità e verità. In questo secondo caso analizzato, la giurisprudenza aggiunge al criterio di verità anche quello dell'effetto denigratorio nella ricostruzione romanzata, disponendolo quasi come aggravante, dichiarando come la rappresentazione artistica possa anche farsi portatrice e carico di un chiaro messaggio politico o volto alla riflessione sociale, ma non può e non deve risolversi in una manipolazione delle vicende e delle descrizioni, inserendo supposizioni e accuse sapientemente mascherate, di persone reali mediante attribuzione di fatti non veri.

In conclusione risulta evidente come i giudici abbiano il dovere (e potere) di applicare le disposizioni costituzionali, anche in via diretta, ai rapporti interindividuali mettendo a disposizione una tutela giuridica ad esigenze palesemente presenti nel contesto sociale, ma non espressamente presi in considerazione dal legislatore nazionale, ove necessario bilanciando i diritti in conflitto attraverso i criteri suesposti.

subsectionIdentità personale *vs* diritto di cronaca Il criterio di verità viene utilizzato nel bilanciamento fra identità personale e diritto di cronaca, nel modo in cui 'il diritto all'identità personale deve essere verificata e definita con riscontri obiettivi, in relazione a posizioni accertabili ed emergenti dell'individuo nella società, con esclusione di tutela di idee e convinzioni [...] che rimangono nella sfera intima del soggetto o che il soggetto ritiene ma non ha manifestato Ad esempio, quando un servizio giornalistico espone determinati fatti travisandoli o manipolandoli, finisce per alterare la personalità degli individui coinvolti, anche in maniera impercettibile, ma che pretenderanno che il loro diritto all'identità personale venga tutelato, a volte anche senza che la motivazione addotta abbia qualche fondamento particolare. In alcuni di questi casi si è risolto apponendo una dilazione del principio di verità, richiedendo quindi che il travisamen-

³Come esempio palese e piuttosto recente si riportano le critiche mosse contro la rappresentazione delle forze dell'ordine nel film *Sulla mia pelle*, che narra le vicende del caso Cucchi. Numerosa parte del pubblico e soprattutto dei membri delle forze prese in esame lamentò un racconto ed una descrizione eccessiva ed assolutamente abbruttita dei comportamenti, che si lasciava intendere fossero una consuetudine all'interno di certi ambienti, delle figure coinvolte, sconfinando l'aspetto documentaristico e perfino quello di denuncia.

to riguardi la totalità e l'essenzialità dell'individuo; tale comportamento è palesemente volto a limitare la sfera d'azione del diritto all'identità personale, poichè se dipendesse solo dai soggetti che lo invocano diverrebbe un *diritto di censurare* continuo in quanto appellabile anche quando la diffamazione non investa la totalità della personalità coinvolta. In sostanza, utilizzando come parametri l'ampiezza nelle inesattezze e delle falsità considerate tollerabili, il giudice potrà decidere di volta in volta l'ampiezza della sfera di tutela del diritto all'identità personale, col vantaggio di poter adattare il criterio generale alla fattispecie concreta nella maniera che più si addice al singolo caso. Il criterio di verità suesposto si intende contravvenuto sia nel caso di attribuzione di un fatto o azione oggettivamente non rispondenti al vero, quanto nel caso di pubblicazione di mezze verità o omissioni di elementi rilevanti per la rappresentazione della personalità altrui, quanto, ancora, nel caso di pubblicazione di fatti di per sé veri ma montati e decontestualizzati in modo da attribuirgli un significato diverso da quello originario.

**3.2.3 Bilanciamento fra diritto all'oblio e diritto di cronaca:
evoluzione rispetto al bilanciamento fatto col diritto
all'identità personale**

La disciplina del trattamento dei dati personali nell'ambito generale della manifestazione del pensiero ha da sempre generato problemi di bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti e potenzialmente confliggenti. Nello specifico infatti, si tratta del rapporto spesso conflittuale tra i diritti della persona, con particolare riferimento al diritto alla riservatezza e all'identità personale e la libertà di espressione o manifestazione del pensiero ed il diritto all'informazione. Il diritto di cronaca, in particolare, è un diritto soggettivo inerente la libertà di pensiero e la libertà di stampa riconosciuti dall'art. 21 della Costituzione. Consiste in generale nel potere/dovere del giornalista di portare a conoscenza dei lettori fatti di interesse pubblico, proprio in virtù della funzione principale della stampa di riportare i fatti e le informazioni in maniera fedele e veritiera per consentire al lettore di sviluppare un'opinione a carattere personale in relazione ad avvenimenti che hanno invece rilevanza pubblica e quindi sociale. Il diritto di cronaca

ha come limite la reputazione e la privacy altrui, proprio perché non è permessa un'ingerenza nella vita di un soggetto che non sia accompagnata dalla necessità di portare a conoscenza della collettività un determinato fatto. In sintesi, può parlarsi di corretto esercizio del diritto di cronaca quando:

1. la notizia pubblicata è vera: l'esercizio del diritto di cronaca richiede la verità del fatto attribuito in quanto, fermo restando che la realtà può essere percepita in modo differente e che due narrazioni dello stesso fatto possono differire, non è consentito attribuire ad un soggetto comportamenti mai tenuti o fatti che non lo hanno visto protagonista. Il principio della verità consente la divulgazione di un fatto solo quando sussiste l'esigenza della comunità di essere informata. Ciò presuppone necessariamente che il fatto sia vero non potendo esservi un interesse della collettività alla conoscenza di notizie false o illazioni.
 2. si rispetta il principio della continenza: l'esposizione dei fatti deve avvenire correttamente e deve esser contenuta negli spazi strettamente necessari all'esposizione stessa. Il requisito della continenza sottende una corretta esposizione del fatto e agisce al fine di evitare che pur risultando vera la notizia, questa venga strumentalizzata. L'informazione deve essere obiettiva e avere quale scopo quello di consentire al lettore la formazione di una opinione esclusivamente personale.
 3. si rispetta il principio della pertinenza: impone che i fatti rivestano interesse per l'opinione pubblica. Il termine di riferimento per valutarne l'utilità sociale non è costituito soltanto dall'accertamento del concreto interesse per il fatto da parte dell'intera collettività nazionale, in quanto anche questioni che per qualsivoglia ragione suscitano l'interesse di un numero limitato di persone possano meritare divulgazione, ossia, quando le notizie possono influenzare le scelte individuali e di partecipazioni di ciascuno ad attività costituzionalmente tutelate. Il conflitto tra identità personale e diritto di cronaca, che ingenera la voglia di oblio di una persona sorge, come già esposto, quando un servizio giornalistico, esponendo determinati fatti, li travisi o manipoli in modo da determinare un'alterazione delle personalità dei soggetti coinvolti negli eventi riportati.
- Capitolo oblio: Con la locuzione "diritto all'oblio" si intende, in diritto, una particolare

forma di garanzia che prevede la non diffondibilità, senza particolari motivi, di precedenti pregiudizievoli dell'onore di una persona, per tali intendendosi principalmente i precedenti giudiziari di una persona.

Corte di Cassazione (sent. 3199/1960) non esiste un vero e proprio diritto alla riservatezza, ma la diffusione di fatti e opinioni altrui incontra limiti quali: 1. Il rispetto dell'altrui onore, reputazione e decoro 2. L'esigenza che i fatti, i pensieri e le opinioni altrui siano rispondenti a verità (qui si pone il problema nel r.p., questo perché è documentata la veridicità dell'avvenimento, pertanto questo secondo limite risulterebbe rispettato, ma riguardo all'onore, reputazione e decoro invece è chiaro che non vi sia riguardo alcuno. Ancora una volta la tutela di questi diritti sembrerebbe configurarsi sempre a metà strada fra altri, con sempre qualche elemento che viene rispettato e che non rende quindi idoneo il diritto preso in esame a vestire correttamente il diritto all'identità personale, alla riservatezza e all'oblio. Per quanto riguarda poi il diritto all'oblio, è necessario verificare che un individuo potrebbe volerlo esercitare sia nei confronti di altri che abbiano diffuso fatti, veritieri o meno, riguardanti l'individuo stesso, ma potrebbe anche essere un diritto 'autopunitivo', cioè volto alla rimozione di elementi che l'individuo stesso sceglie di divulgare in un primo momento e che, a causa di mutazioni di idee, l'individuo vede in un secondo momento come lesivi del proprio onore e della propria reputazione. Questo diritto all'oblio sembrerebbe configurarsi come un diritto di cambiare idea, di non volere che gli elementi precedentemente divulgati, da egli stesso o da altri, vadano ad inficiare la reputazione e l'onore di quella persona. a fronte però del fatto che spesso tali divulgazioni vengono effettuate sul web, si è configurato negli ultimi tempi un diritto ad eliminare definitivamente dalla rete, e quindi, potenzialmente, dagli occhi indiscreti dell'intera comunità, ogni informazione fornita, anche con proprio consenso, che non rispecchi più la attuale individualità e personalità del soggetto interessato.

Prospettiva DOGMATICA rispetto all'operato del giudice italiano nel tema del diritto all'oblio. Conclusione finale finale per l'elaborato: allora a che serve il riconoscimento giurisprudenziale del diritto se poi 9 su 10 viene codificato? forse una sorta di scorcia-

toia per porre l'attenzione su un diritto di cui la società necessita a causa di questa sua rapidissima evoluzione, non comparabile con alcun altro periodo storico.

3.3 Legittimazione democratica e separazione dei poteri

Per rispondere alla domanda: ma con la legittimazione popolare come la risolviamo? Ecco la risposta: Ma come conciliare la creatività interpretativa del giudice con il fatto che egli è sfornito di legittimazione popolare? È un quesito ricorrente, al quale è agevole rispondere nel senso che quella legittimazione proviene, formalmente, dal fatto che il giudice è deputato secondo le leggi della Repubblica a decidere «in nome del popolo», come direttamente prevede l'art. 101, primo comma, Cost. inoltre la legittimazione del giudice presuppone che ricorrano congiuntamente tre condizioni necessarie: l'essere la decisione il risultato finale di un procedimento nel quale siano state rispettate le garanzie processuali; l'essere la decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti controversi ed il risultato di una corretta interpretazione delle norme rilevanti nel caso concreto. A queste condizioni può dirsi rispettato il principio che la sovranità popolare «che si manifesta anche nella giurisdizione» è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, secondo comma, Cost.).

Il discorso critico sulla creatività dell'interpretazione dei giudici, talora vista come fattore di inquinamento dei principi democratici di rappresentanza e divisione dei poteri, si rivela impregnato di ideologismo e non si confronta con i caratteri propri della legislazione, di cui oggi si evoca la crisi, ma alla quale da sempre si addebita la produzione di norme affette da indeterminatezza linguistica, vaghe o generiche (e quindi di ardua comprensione), ambigue (perché suscettibili di interpretazioni diverse e talora contrastanti), al punto che, oggi più che ieri, sono messe fuori gioco le regole ermeneutiche classiche, obbligando i giudici a sperimentare nuove tecniche interpretative nel tentativo di dare senso alle norme; spesso è lo stesso legislatore ad evitare, talora opportunamente, la formulazione di regole precise e a rimettere al giudice la concretizzazione del precetto definito con formule generali o elastiche («tempo o durata ragionevole», «prudenza», «diligenza», «interesse del minore», ecc.), con l'effetto di esaltare il po-

tere di apprezzamento (o margine di manovra) dell'interprete; spesso le norme (come quelle di derivazione comunitaria) sono formulate minuziosamente con periodi molto lunghi e farraginosi per il tentativo velleitario di disciplinare ogni dettaglio delle possibili fattispecie in esse ricomprese, con l'effetto di aumentare la frequenza dell'intervento giudiziale. Tuttavia, non si deve dimenticare che è lo stesso legislatore a stabilire che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12, secondo comma, preleggi). Si dimostra in tal modo l'estraneità all'ordinamento di statuizioni di «non liquet», essendo il giudice chiamato a dare risposte, anche ricorrendo alla più tradizionale delle tecniche a disposizione dei giuristi, qual è l'analogia, e ai principi generali dell'ordinamento (uguaglianza, ragionevolezza, libertà, proporzionalità ecc.) A dover essere bandita è, in realtà, la stessa nozione di «lacuna» normativa, se intesa come un'implicita autorizzazione a non decidere o, come talora accade, un invito al giudice a rivolgersi alla Corte costituzionale, ove si individua una sede che si assume più affidabile o rassicurante o più legittimata a fare le scelte che si assume proprie del legislatore. La «lacuna» è soprattutto una nozione assiologica, che sta ad indicare la situazione in cui ad essere controversa è la capacità della norma di includere o di escludere casi che non sembrano coperti dalla giustificazione sottesa apparentemente alla norma stessa: se si vuole sostenere che la norma è inapplicabile al singolo caso si dovrà dimostrare che essa è sovrainclusiva, altrimenti si dovrà dimostrare che è sottoinclusiva, in entrambi i casi in via interpretativa (sempre che non sia necessario investire il giudice costituzionale). Il caso del diritto all'oblio sarebbe sovrainclusivo o sottoinclusivo?

È questo il sistema delle impugnazioni, cioè della emendabilità delle decisioni, ma emendabilità delle decisioni non può non voler dire che interpretazione a mezzo di interpretazione. Il che significa, in un ordinamento fondato sul principio di legalità (obbedienza del giudice alla legge) ma anche sull'indipendenza e autonomia dei giudici (art. 101 Cost.), che non v'è altro sistema possibile di controllo della legalità se non sul terreno della emendabilità delle decisioni in ragione di un diverso apprezzamento

dei fatti (quando possibile) e di un diverso criterio di ermeneutica. Interpretazione a mezzo di interpretazione è lo snodo irrinunciabile di un controllo delle decisioni giudiziarie che rifiuti ogni modello autoritativo di intervento dall'esterno. Altre tecniche, da definirsi improprie, sono quelle extraprocessuali che, guardando al comportamento del magistrato (e non alla interpretazione da esso effettuata), lo valutano in chiave di illiceità (disciplinare o di responsabilità civile) in presenza di interpretazioni abnormi e/o frutto di negligenza inescusabile, ma questo argomento esorbita dalle finalità del presente scritto.

Un ulteriore aspetto che viene in rilievo a proposito del controllo esterno sulle decisioni dei giudici riguarda il controverso profilo del consenso sociale: il giudice deve tenere conto del grado di approvazione espresso dalla società nei confronti dell'una o dell'altra opzione valoriale in campo? Si potrebbe chiudere il discorso evidenziando le difficoltà pratiche in cui si troverebbe un giudice che volesse effettuare una simile indagine: come conoscere gli orientamenti della società su questa o quella opzione valoriale? Tale impostazione è troppo radicale e non considera che una interpretazione giudiziaria che sia in contraddizione con i valori sociali dominanti, non solo, mina la indispensabile fiducia che l'opinione pubblica deve avere nell'imparzialità del potere giudiziario, ma non considera che le decisioni dei giudici sono criticabili: «È l'opinione pubblica, in fondo, a rendere effettive le sentenze; una giurisprudenza non dura se non incontra consenso». Se le decisioni dei giudici (o alcune di esse) hanno forza normativa è perché sono accolte come tali non solo dalle parti, ma anche dalla «comunità giuridica e dal contesto sociale». Se il giudice non è semplice bocca del legislatore, ma partecipa oggi più di ieri alla creazione del diritto, aumenta il bisogno di un controllo sociale sul suo operato. Tale controllo diffuso è possibile se le rationes delle decisioni non rimangano occulte nelle pieghe del tecnicismo testuale ma siano palesate dai giudici mediante l'enunciazione delle opzioni valoriali compiute. Ecco anche a che servono le motivazioni alle sentenze.

Si sono appena evidenziati i casi in cui è possibile per un soggetto esercitare il proprio diritto all'oblio, ma esistono casi in cui ciò non risulta possibile? La risposta

affermativa deriva da una esigenza di equilibrio fra il diritto del singolo e l'interesse della collettività, bilanciamento di cui tratteremo nei paragrafi successivi. Per il momento è interessante individuare quali siano le fattispecie che pongono un limite al diritto in esame: primo aspetto riguarda un diritto costituzionalmente garantito, per cui di importanza notevole, di cui abbiamo già ampiamente trattato, ossia per la *tutela del diritto all'esercizio della libertà di espressione e di informazione*. Il diritto tutelato dalla Costituzione sembra prevalere su di un diritto di rango sovranazionale non tanto perchè ci sia uno stravolgimento delle ordinarie gerarchie legislative, ma perchè il diritto alla libertà di espressione e informazione è codificato nel nostro ordinamento da un testo di alto rango, ma è in realtà ancor prima annoverato fra i diritti fondamentali dell'uomo.

La seconda fattispecie riguarda i casi in cui il dato trattato sia necessario per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria. in ossequio in realtà a vari principi fra cui il diritto costituzionale a far valere i propri diritti in sede giudiziaria e fanciò il resto, a che non sia pregiudicata la difesa della persona che possa protare ad una sentenza contraria alla verità dei fatti, ricollegare principio di verità del primo capitolo Altra motivazione è rinvenibile nei casi in cui vi sia l'interesse e il diritto di informazione della collettività, in ossequio anche al principio della trasparenza, a spiegazione della menzione per cui non è possibile esercitare il diritto all'oblio:

"...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."

e ancora

"...a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'art. 89, par.1, nella misura in cui il diritto (all'oblio) rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento."

Ultimo ma non per importanza, non è possibile esercitare il diritto all'oblio nei casi di interesse nel settore della sanità pubblica in conformità all'art. 9, par. 2, lettere

h) e i), e dell'art. 9, par.3. qui parlare di quanto sia importante il concetto di sanità pubblica, del fatto che serve per evitare epidemie e fare l'esempio del contagiato HIV, che è utile sapere il suo nome ed alcuni sui dati ed evitare il diritto all'oblio nel suo caso perchè se dopo tutti gli anni in carcere non si conoscessero i fatti quello potrebbe ricontagiare e far ricominciare il trafiletto. qui la sanità pubblica e l'interesse per il bene superiore vince sul diritto del singolo.

Conclusioni

L'analisi affrontata nel presente elaborato ha messo in evidenza il fenomeno dell'oblio e ha sottolineato la notevole difficoltà che si è avuta nel definire e riconoscere tale fenomeno come «diritto». Difficoltà accentuata specialmente a causa dei difficili rapporti tra tecnologia e modalità di riconoscimento di un diritto nei sistemi di *civil law*. L'interesse nei confronti del diritto all'oblio era cresciuto ed alimentato dall'esigenza di voler controllare le informazioni che in internet circolano in riferimento alla propria persona. La necessità non è strettamente legata alla tutela dei diritti della personalità ma è data dall'esigenza, della moderna società iperconnessa, di avere sempre sotto controllo la propria identità, specie nella sua forma digitale. Ad aumentare ulteriormente l'attenzione nei confronti del diritto all'oblio hanno contribuito anche i moderni strumenti di raccolta, conservazione e amplificazione dei dati personali che consentono potenzialmente a chiunque ne abbia interesse di conoscere un numero "illimitato" di informazioni inerenti a qualsiasi soggetto. Come abbiamo visto, in una società pressoché digitale, dove le informazioni corrono ben più velocemente rispetto anche ad un paio di decenni fa, aumenta l'interesse del singolo al controllo delle suddette informazioni, interesse che inevitabilmente deve fare i conti con i differenti interessi collettivi. Gli interrogativi da risolvere sono molteplici: secondo quali criteri bisogna valutare la tecnologia disponibile? Forse l'obiettivo finale doveva essere non solo quello di disciplinare e riconoscere il diritto all'oblio, ma anche quello di tenere conto della continua nascita ed evoluzione di strumenti tecnologici in grado di riportare, trattare e archiviare dati soggettivi e personali. Questa "convivenza" della società con internet, oltre a consentire una definizione del diritto all'oblio, sta facendo nascere, di nuovo in maniera distante dal sistema di

codificazione classico dei sistemi di *civil law*, una nuova tutela: si tratta del diritto di accesso alla rete.

Attorno al 2010 si era proposto perfino di inserire in Costituzione l'art. 2-*bis* come opportunità per allargare i diritti costituzionalmente garantiti e riconosciuti affinché tutti i cittadini potessero godere di una nuova tutela in grado di garantire una protezione ulteriore in materia di privacy, a seguito degli sviluppi legati alle novità introdotte con internet. Tale prosta tuttavia non ha avuto mai seguito ed ha portato ad un riconoscimento del diritto di accesso ad internet solo per il tramite della legge "Stanca", che all'art. 1 riconosce il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le informazioni che circolano in rete e che la riguardano, per mezzo dei servizi che i sistemi informatici e telematici mettono a disposizione. Tale disposto va necessariamente letto in combinato con l'art. 3 Cost. in quanto portatore del principio di eguaglianza ed in grado quindi di garantire una solida base tramite la quale giungere ad una eliminazione di tutte le diseguaglianze, anche dal punto di vista tecnologico. Il diritto di accesso sembra essere quindi il naturale successore, nella classe dei nuovi diritti della personalità, del diritto all'oblio su internet. E come già successo con il diritto all'oblio, il riconoscimento e tutti i successivi sviluppi del diritto di accesso andranno, dai giuristi che verranno, bilanciati con i diritti già riconosciuti come la privacy e soprattutto l'oblio, quasi a considerarlo un'altra faccia della medaglia. Questo progresso tecnologico, questa velocità che ormai contraddistingue le società più sviluppate, potrebbe portare alla necessità di una notevole modificazione del metodo di creazione del diritto col fine di stare al passo con un'evoluzione sempre più rapida del mondo che ci circonda che, forse fra alcuni decenni, potrebbe cambiare radicalmente se non addirittura estinguere i sistemi legislativi di *civil law*, a causa proprio della loro insufficiente adattabilità.