



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

Dipartimento di Giurisprudenza  
Corso di Laurea in Scienze dei Servizi Giuridici

Tesi Di Laurea

in

Filosofia del diritto

# 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 molti<sup>1</sup> 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-

---

<sup>1</sup>Un 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'ordinamento<sup>2</sup>: 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.

---

<sup>2</sup>Se 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

<b>1</b>	<b>Creatività giurisprudenziale: un dibattito ideologico</b>	<b>1</b>
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
1.3	Contro la giurisprudenza creativa . . . . .	6
1.3.1	La crisi della legge . . . . .	6
1.4	Orientamenti anti-positivisti: le estremizzazioni della creatività giurisprudenziale . . . . .	9
1.4.1	L'orientamento ermeneutico . . . . .	9
1.4.2	L'orientamento del neocostituzionalismo principialista . . . . .	10
1.4.3	L'orientamento neopandettista . . . . .	11
1.5	Conclusione . . . . .	12
<b>2</b>	<b>Diritti riconosciuti come frutto della giurisprudenza creativa</b>	<b>13</b>
2.1	Il diritto all'identità personale: una breve introduzione storica . . . . .	13
2.1.1	Il caso <i>Veronesi</i> . . . . .	15
2.2	L'identità personale nel testo Costituzionale . . . . .	18
2.2.1	Art. 2 Cost. come <i>clausola aperta</i> . . . . .	18
2.2.2	La teoria del carattere chiuso dell'art. 2 Cost . . . . .	19

## INDICE

---

2.2.3	La concreta applicazione della teoria . . . . .	20
2.3	Il diritto all'oblio . . . . .	22
2.3.1	L'esigenza di un diritto a tutela del ricordo . . . . .	22
2.3.2	Ombra del tempo il diritto all'oblio . . . . .	23
2.3.3	il resto . . . . .	24
<b>3</b>	<b>Il problema del bilanciamento dei diritti di creazione giurisprudenziale con il testo costituzionale</b>	<b>27</b>
3.0.1	Un equilibrio stabile . . . . .	28
3.0.2	la sentenza e il commento di Laghezza . . . . .	29
3.1	Bilanciamento con i diritti di rango superiore . . . . .	38
3.1.1	boh . . . . .	42
3.1.2	PERON . . . . .	46
3.1.3	Diritto all'oblio <i>vs</i> diritto di critica, di satira e di rielaborazione artistica . . . . .	58
3.1.4	Bilanciamento fra diritto all'oblio e diritto di cronaca: evoluzione rispetto al bilanciamento fatto col diritto all'identità personale .	62
3.2	Legittimazione democratica e separazione dei poteri . . . . .	64
3.2.1	Legittimazione democratica e separazione dei poteri: gli equivoci che portano molti a vedere la giurisprudenza come creativa "in senso forte" . . . . .	64
3.2.2	Parte finale del paragrafo . . . . .	68
3.3	Paragrafo Pino Pardolesi . . . . .	73
	<b>Conclusioni</b>	<b>84</b>

## 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»<sup>1</sup>.

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.

---

<sup>1</sup>G. 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 legalista<sup>2</sup>, 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 preleggi<sup>3</sup>. Se così non fosse risulterebbe difficoltoso distinguere tra legge e sentenza, se non altro per le funzioni analoghe che ricoprirebbero.

---

<sup>2</sup> *cit.*

<sup>3</sup> «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»<sup>4</sup> 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 incertezza<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in «Questione giustizia», vol. 4/2016, p.116.

<sup>5</sup>A. 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 legge<sup>6</sup>.»

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»<sup>7</sup>: tuttavia non equiparabile a quella del legislatore.

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

---

<sup>6</sup>F. 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, p.117.

<sup>7</sup>A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016, p.120.

fini e nei contenuti»,<sup>8</sup> fermo restando il rispetto delle norme costituzionali, quella del giudice si rivela comunque vincolata ad obblighi derivanti dalla Costituzione, quali neutralità, imparzialità<sup>9</sup> 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»<sup>10</sup> Se allora ammettiamo la discrezionalità (seppure nella limitata accezione suesposta) e una sorta di 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, motivo per cui alcuni giudici sono restii ad enunciarli chiaramente e preferiscono affidarsi 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»<sup>11</sup>. Se il dato testuale si presta a diverse opzioni valoriali, è ovvio che l'esclusivo riferimento ad esso non basta a giustificare la decisione. La creatività dell'interpretazione del giudice si riterrebbe per

---

<sup>8</sup>A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016 p.117.

<sup>9</sup>Art. 111, co.2 Cost.

<sup>10</sup>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, p.117.

<sup>11</sup>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, p.123.

cui accettabile e autorevole fintanto che non venga inficiato il nesso di continuità con i valori fondamentali dell'ordinamento che, benché possano risultare contrastanti, di cui il giudice deve avere piena consapevolezza e che deve esplicitare con chiarezza, trasparenza e motivando le decisioni, evitando che una decisione appaia come espressione di «giustizia del caso singolo».

### **1.3 Contro la giurisprudenza creativa**

«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»<sup>12</sup>

Sebbene nei confronti della creatività giurisprudenziale molti studiosi siano a favore e ne evidenzino i benefici e lati positivi, molti altri invece ritengono che tale atteggiamento degli organi giurisdizionali sia una risposta maldestra ad una necessità più che un'evoluzione del modo di legiferare.

Nello specifico vi sarebbero alcuni fattori che indicano, piuttosto chiaramente, una crisi della legge alla quale si è dovuto, più o meno agilmente, sopperire con un'azione creativa della giurisprudenza; situazione della quale si "accusano" i giudici stessi di approfittare per ampliare il loro potere discrezionale.

#### **1.3.1 La crisi della legge**

Come già anticipato, alcuni studiosi asseriscono che il grave problema che affligge i nostri ordinamenti sia un fenomeno che si definisce «crisi della legge»<sup>13</sup>, da cui consegue una crescita smisurata e patologica della discrezionalità giudiziaria, che a volte rischia perfino di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici. Tale crisi e conseguente ampliamento della giurisdizione sembrerebbe essere causata da molteplici fattori.

Il primo di tali fattori risiede in un certo senso nell'operato della politica. Il legislatore

---

<sup>12</sup>L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016.

<sup>13</sup>*cit.*

odierno viene infatti criticato e "accusato" di non legiferare a dovere, atteggiamento che si ripercuote nel panorama delle leggi creando un dissesto della produzione, scarso tanto sul piano quantitativo quanto su quello qualitativo.

In Italia infatti vi è una sovra-produzione delle leggi che finisce per inspessire e complicare il già vasto panorama legislativo nazionale; in secondo luogo, a causare la crisi della legge, si annovera la disfunzione del linguaggio legale, in quanto indeterminato e di eccessiva ampiezza, spesso oscuro e vago e talvolta finanche contraddittorio; in terzo luogo, in senso lato legato alla problematica del linguaggio legale, vi sarebbe la perdita della forma generale ed astratta delle norme di legge a favore della prevalenza delle leggi-provvedimento, dando luogo ad ulteriori ed intricati labirinti normativi.

Un secondo fattore causa della «crisi della legge» sembrerebbe strettamente legato alla gerarchia esistente fra le leggi.

Ed è proprio questa struttura multilivello che contribuirebbe all'espansione del potere giudiziario.

Infatti è oggi affidata ai giudici la censura (diretta o indiretta) dell'illegittimità costituzionale di una determinata legge incompatibilità con i principi costituzionali. Tutto questo non esisteva all'interno del vecchio stato legislativo di diritto, per cui possiamo evincere il cambiamento del 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»<sup>14</sup>.

Dal momento che soltanto l'azione interpretativa del giudice può di volta in volta adeguare ai principi costituzionali i testi delle leggi ordinarie, argomentando come valide le sole interpretazioni dei secondi compatibili con i primi, risulta conseguenziale ed ovvio l'aumento del potere e della discrezionalità giurisprudenziale, indipendentemente dal fatto che si tratti di giudici ordinari o di rango superiore.

Infine, un ulteriore fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza stessa del potere giudiziario, anche come conseguenza di quanto sopra esposto, a dilatare ed espandere

---

<sup>14</sup> *cit.*

il proprio ruolo, dando vita ad un diritto di "creazione giurisprudenziale".

Tale fenomeno si manifesta soprattutto nell'ambito del diritto civile ma si sta espandendo, in Italia, anche in materia penale.

Ed è precisamente il dissesto della legalità che favorisce il continuo ampliamento delle fattispecie penali ad opera dell'interprete, sviluppando sempre più il cosiddetto "diritto penale giurisprudenziale" ed espandendo l'area di azione della creatività giurisprudenziale. Tale espansione, che finisce per inglobare molti ambiti del diritto, ha come conseguenza di rendere sempre più legittimo ed accettabile il ruolo creativo della giurisdizione e l'«introduzione di nuove figure di reato»<sup>15</sup>.

In conclusione, la critica mossa da coloro i quali sono scettici rispetto al riconoscimento di un diritto di genesi giurisprudenziale si basa sul fatto che tutti questi spazi aperti alla discrezionalità interpretativa si rivelerebbero «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»<sup>16</sup>.

L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è proprio che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione di un ruolo creativo del diritto affidato alla giurisdizione<sup>17</sup>, contribuisca ad accrescere questi squilibri, legittimando un ampliamento degli spazi della discrezionalità e del potere giudiziario, fino ad avvicinarsi ad un annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento della subordinazione dei giudici alla legge.

---

<sup>15</sup>G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, cit. in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016.

<sup>16</sup>*cit.*

<sup>17</sup>Dove per "creazione" si intende non l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di un nuovo diritto.

## **1.4 Orientamenti anti-positivisti: le estremizzazioni della creatività giurisprudenziale**

I seguenti paragrafi saranno utili per analizzare orientamenti a favore della creatività giurisprudenziale, indipendentemente dal fatto che questa venga estremizzata a sfavore di tutti altri principi di cui invece è necessario tenere conto per non intaccare il delicato equilibrio fra le fonti legislative e l'operato dei giudici.

Sono principalmente tre gli orientamenti anti-positivisti che attualmente convergono nell'intento di "archiviare" il modello giuspositivista del principio di legalità, della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri: 1) l'orientamento ermeneutico, 2) l'orientamento principalista, 3) l'orientamento storicista o neopandettista.

### **1.4.1 L'orientamento ermeneutico**

Il primo orientamento che descrive Ferrajoli è quello dell'«ermeneutica giuridica di tipo gademariano»<sup>18</sup>.

L'opinione di Hans Georg Gadamer ricalca le tesi di Aristotele sull'equità come giustizia del caso concreto contrapposta all'inflessibilità della legge, sostenendo che si deve, «nel caso concreto, prescindere dall'esattezza rigorosa della legge»<sup>19</sup>. Tuttavia, sostengono questi studi, quando ciò accade non dipende dal fatto che non si possa fare di meglio, quanto dalla situazione di ingiustizia che si creerebbe altrimenti. «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»<sup>20</sup>.

Si rinforza quindi l'idea che il compito dell'interpretazione sia quello di applicare la legge al caso particolare, verificandosi però in tal maniera un perfezionamento creativo della legge.

Da questa base nasce anche la concezione ermeneutica della giurisprudenza come fonte

---

<sup>18</sup> *cit.*

<sup>19</sup> H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit. in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016, p. 18.

<sup>20</sup> *cit.*



creativa di diritto, sostenuta da Giuseppe Zaccaria<sup>21</sup>, che critica aspramente quel pensiero che resta ancorato alla visione illuministica della separazione dei poteri, seppur privilegiando l'utilizzo dell'espressione "creatività" soprattutto nel significato debole, cioè con riferimento alla scelta da parte del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro disegnato dal principio di legalità.

#### **1.4.2 L'orientamento del neocostituzionalismo principialista**

La tesi, sicuramente più "estrema" e contestabile, del neocostituzionalismo principialista opera una distinzione strutturale tra regole e principi, basata sul fatto che le regole sono applicabili nella forma del «tutto-o-niente» ove ricorrano le condizioni da esse previste, i principi invece «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste»<sup>22</sup>, e perciò, tra i due, tende a prevalere quello cui è associato volta a volta maggior peso per la sua maggiore importanza o pertinenza. Proprio la costituzionalizzazione di principi e diritti avrebbe portato ad una nuova connessione tra diritto e morale, nonché alla tesi, sostenuta da Ronald Dworkin, della possibilità di pervenire all'unica soluzione corretta: «essendo basata sull'oggettivismo etico invece che sul relativismo morale, ma con essa singolarmente convergente nell'identificazione di razionalità e verità, in forza della quale i giudizi di valore, in quanto argomentabili sono veri o falsi»<sup>23</sup>.

Da questo panorama, soprattutto, viene la proposta di un nuovo tipo di ragionamento giudiziario che finisce però nel risolversi in una sopraordinazione creativa del giudice alla legge: invece di applicare ai casi concreti delle regole già esistenti, si propone una ponderazione di principi che concorrono tutti alla risoluzione del caso sottoposto a giudizio, rendendo il giudice libero di applicare una norma piuttosto che un'altra, ipotizzando quindi una creatività giurisprudenziale non più intesa in senso "debole".

---

<sup>21</sup>G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, il cui pensiero è riportato da L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016.

<sup>22</sup>R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit. in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016, p. 18.

<sup>23</sup>*cit.*

### **1.4.3 L'orientamento neopandettista**

Il terzo ed ultimo orientamento sopra menzionato è quello che ha il suo più convinto e illustre sostenitore nello storico del diritto Paolo Grossi e che si può definire "neopandettista".

Questo indirizzo grossiano si richiama all'ermeneutica, ma è più deciso il rifiuto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge. La questione si fonda sulla possibilità di archiviare il principio di legalità senza compromettere, con questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione, il ruolo del processo quale accertamento della verità giudiziaria, come pure 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.

Tale 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», afferma 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»<sup>24</sup>; ma questa tesi si basa solamente sull'ampia discrezionalità di quelle che sono comunque scelte interpretative operate dai giudici. Sull'argomento 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»<sup>25</sup>, propone di «distinguere tra diritto giurisprudenziale creativamente "legittimo" e di conseguenza prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente "abusivo"».

---

<sup>24</sup>F. Galgano, *La globalizzazione*, cit. in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016, p. 20.

<sup>25</sup>G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato* cit. in L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa* in *Questione Giustizia*, vol 4/2016, p. 21.

## **1.5 Conclusione**

Concludendo l'analisi di questa contrapposizione tra positivisti e antipositivisti, è necessario specificare che si tratta di un contrasto meramente astratto e di natura prevalentemente ideologica.

Tuttavia, ciò che finora risulta incontestabile anche per i positivisti si può riassumere in due punti:

- a) il metodo rigorosamente sillogistico è stato più spesso recitato che realmente applicato dai giudici;
- b) è comunque possibile fare ricorso all'analogia.

Sebbene la definizione di questi aspetti possa apparire come uno "schieramento" netto e contrario nei confronti dell'ideologia positivista, è utile precisare che anche per la componente che sostiene la creatività giurisprudenziale occorre tenere conto di un concetto ben riassumibile dalle parole di Antonio Lamorgese: «la creatività, se non vuole tramutarsi in arbitrio, deve far ricorso a criteri predefiniti di decisione, che diano la possibilità di controllarne i risultati sul piano, se non altro, della coerenza e nell'ottica della prevedibilità delle decisioni».

Il punto centrale, quindi, è prendere in considerazione che, nell'interpretazione di alcune clausole che potrebbero richiedere una forma di argomentazione morale, questa non venga in alcun modo trasformata in una sorta di "delega in bianco" agli interpreti.

La soluzione a tale incertezza, perciò, può essere fornita solo impegnandosi in un ragionamento che valuti il senso e la portata dei valori necessari per il riconoscimento di un certo diritto e il loro rapporto con altri valori rilevanti e diritti preesistenti, come del resto è accaduto nel caso dei diritti della personalità che andremo ad affrontare nei capitoli successivi.

## Capitolo 2

# Diritti riconosciuti come frutto della giurisprudenza creativa

Sul piano ideologico abbiamo affrontato a favore e contrari alla creatività giurisprudenziale, analizzando sia l'interpretazione creativa in senso forte che in senso debole. Ma nella storia giuridica italiana, ci sono stati esempi di diritti frutto della «creatività giurisprudenziale»? In questo senso, il caso del diritto all'oblio è emblematico, perché pur non essendo presente all'interno dell'ordinamento una norma che tutelasse tale diritto, si è raggiunto lo stesso risultato grazie all'interpretazione delle corti. Tuttavia, prima ancora del diritto all'oblio c'è stato un altro diritto che è venuto alla luce grazie soprattutto all'operato della giurisprudenza (il cui riconoscimento è stato oltretutto propedeutico per quello del diritto all'oblio): il diritto all'identità personale.

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

Oggi la definizione del 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»<sup>1</sup>.

Ma l'identità personale è stata riconosciuta come diritto solo nella prima metà degli anni Settanta nonostante già da qualche tempo fosse palese la necessità di tutelare questo aspetto della persona.

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, bensì lo si accostava in maniera vaga a diritti quali l'onore, l'immagine, il decoro. Tale accostamento era giustificato dai punti di contatto che il diritto all'identità personale presentava con altri diritti della personalità, e si preferì pertanto, almeno in un primo momento, ricorrere all'applicazione analogica di tutele costituzionalmente garantite piuttosto che far valere un diritto di cui ancora non era definita la natura, con il rischio di creare contraddizioni nella pratica delle corti e soprattutto con le disposizioni previste dalla Costituzione, che andavano a tutelare diritti apparentemente contrapposti al diritto all'identità personale (ad esempio: la libertà di manifestazione del pensiero piuttosto che il diritto alla libertà di stampa).

Dal lato della dottrina, uno dei primi esponenti a teorizzare sul fenomeno dell'identificazione del soggetto fu Adriano De Cupis, consolidando un'esigenza collettiva di tutela non solo dei singoli segni distintivi dell'individuo (come il nome o l'onore), ma dell'individuo stesso nella sua totalità.

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 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, invece, ad inaugurare il "filone giurisprudenziale" per la tutela del «diritto all'identità personale» furono i pretori capitolini, che emanarono una decisione che riportava un'aggressione rispetto alle «posizioni politiche, etiche e sociali

---

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

dell'individuo»<sup>2</sup>. Successivamente, sempre più numerose divennero le sentenze in merito che, seppur ricorrendo prevalentemente ad un ragionamento analogico per la risoluzione della controversia, ammettevano il diritto in questione. Furono così lo stimolo per un effettivo riconoscimento normativo da parte del legislatore (giunto però circa due decenni dopo), attraverso la pubblicazione della legge 31 dicembre 1996, n. 675<sup>3</sup>.

### **2.1.1 Il caso Veronesi**

Di particolare rilevanza, soprattutto per il contributo alla definizione del fondamento normativo dell'identità personale, sono le sentenze che, seppur in forza di argomentazioni giuridiche differenti, hanno deciso il cosiddetto "caso Veronesi"<sup>4</sup>.

In primo<sup>5</sup> ed in secondo grado<sup>6</sup> infatti la tutela del diritto all'identità personale venne riconosciuta attraverso un'interpretazione estensiva del diritto al nome<sup>7</sup>.

Il Tribunale di Milano ritenne 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" (nel caso specifico posizionandosi in netto contrasto con l'operato e il pensiero del ti-

---

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

<sup>3</sup>La 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.

<sup>4</sup>La 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.

<sup>5</sup>Tribunale di Milano - sentenza 19 giugno 1980.

<sup>6</sup>Corte d'appello di Milano - sentenza 2 novembre 1982.

<sup>7</sup>Artt. 6 e 7 c.c.

tolare del diritto) i dati oggettivi sui quali si forma la rappresentazione esterna della personalità di un individuo.

Tale prima sentenza, pur non indicando espressamente il diritto all'identità personale, ammise 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 dell'art. 7 c.c.<sup>8</sup>.

L'uso del nome altrui si considerò illecito quando utilizzato in modo tale da incidere negativamente sulla personalità del soggetto identificato.

Contributo conclusivo per il riconoscimento e la definizione del diritto all'identità personale fu 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, mutò l'orientamento sino ad allora espresso dalla Corte di Cassazione<sup>9</sup> 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 fu 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.

In ipotesi come quella appena descritta, non si ritiene leso il diritto al nome, all'immagine o all'onore dell'individuo, bensì l'interesse di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua 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 leso l'interesse a «garantire

---

<sup>8</sup>*La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni.*

<sup>9</sup>In particolare si ricorda la sentenza della Corte di Cassazione 13 luglio 1971, n. 2242.

la fedele e concreta rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità».<sup>10</sup> 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.

Di conseguenza e contrariamente a quanto espresso nei primi due gradi di giudizio del caso Veronesi, il diritto all'identità personale non può trovare fondamento negli artt. 7 e 10 c.c., poichè in sede interpretativa non è comunque possibile alterare il contenuto normativo oltre i limiti consentiti dallo strumento dell'interpretazione estensiva e d'altro canto non è possibile attribuire alle due norme una portata innovativa incompatibile con la loro struttura.

Dunque, è possibile effettuare una distinzione:

1. i segni distintivi identificano il soggetto sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale;
2. l'identità rappresenta, invece, una "formula sintetica" per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale, nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni.

In sostanza la Corte, per riconoscere il fondamento del diritto all'identità personale, arginò i limiti imposti dalla norma 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.

Tale decisione della Corte inaugurò il filone di teorie a sostegno del fondamento del diritto in questione riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost, oppure attraverso una lettura in negativo dell'art. 21, come l'altra faccia della medaglia del diritto alla libera manifestazione del pensiero. Permise inoltre ai giudici successivi di tutelare tale interesse senza dover ricorrere ad istituti analoghi come il diritto al nome e all'onore.

---

<sup>10</sup>Cerri A., v. *Identità personale*, in «Enciclopedia giuridica», p. 2.



## **2.2 L'identità personale nel testo Costituzionale**

La "dignità costituzionale" del diritto all'identità personale rilevata dalla giurisprudenza, mediante le pronunce del *Caso Veronesi*, era già stata sostenuta in dottrina. Le questioni interpretative hanno comportato una serie di conseguenze, di ordine teorico e pratico, che hanno poi inciso sul modo di operare del giudice, anche costituzionale.

Si riconoscono due impostazioni prevalenti affrontando il tema del riconoscimento c.d. *nuovi diritti*: chi è a sostegno della teoria della clausola aperta dell'art. 2 Cost e chi invece la ostacola.

### **2.2.1 Art. 2 Cost. come *clausola aperta***

I sostenitori dell'art. 2 come clausola aperta, notoriamente caratterizzati da un pensiero di stampo monista rispetto al fondamento dei diritti della personalità, evidenziano innanzitutto il vantaggio di una maggiore duttilità del diritto che l'interpretazione aperta dell'art. 2 garantirebbe.

Infatti, abbracciando questa tesi, si consentirebbe 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. Come ulteriore argomentazione a sostegno, gli esponenti di tale idea evidenziano come una diversa interpretazione dell'art. 2, renderebbe tale disposto immediatamente superfluo: considerando la "vaghezza" del disposto, il quale menziona in via più generica i diritti inviolabili dell'uomo senza però fornire una sorta di "elenco esaustivo" o rimando particolare a specifiche norme, verrebbero ad essere considerati diritti fondamentali soltanto quelli riconosciuti in modo esplicito dalla Costituzione.

L'art. 2 è invece necessario proprio a garantire una copertura quanto più ampia 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, tali diritti potrebbero addirittura non essere riconosciuti affatto in mancanza di una loro espressa indicazione.

### **2.2.2 La teoria del carattere chiuso dell'art. 2 Cost**

Alla lettura che individua l'art. 2 come «clausola di apertura», come precedentemente accennato, vi erano alcuni oppositori, timorosi che attraverso l'utilizzo dell'art. 2 come clausola aperta<sup>11</sup> venissero lesi altri diritti fondamentali invece espressamente garantiti (nel caso in esame, ad esempio, il diritto di cronaca affermato dall'art. 21 Cost.).

Diversi sostenitori del carattere chiuso dell'art. 2 hanno affermato più volte come tale disposto non debba in alcun modo divenire fonte esclusiva di nuovi diritti; in proposito Paolo Barile afferma:

*«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».*

In sostanza l'art. 2 viene interpretato e considerato come mera norma riepilogativa a sostegno degli altri diritti espressi in Costituzione, contrastando la possibilità di creare un "catalogo aperto di diritti"<sup>12</sup>, ed evitando di elevare qualsiasi tutela al rango di diritto inviolabile, che comporterebbe di conseguenza una situazione di intangibilità assoluta del diritto richiedendo, per qualsiasi aggiunta o modifica, un procedimento di revisione costituzionale.

Riassumendo le obiezioni che i sostenitori del carattere chiuso dell'art. 2 pongono a fondamento del loro pensiero, possono enuclearsi tre punti:

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;

---

<sup>11</sup>Estendendo quindi tutela a diritti non riconosciuti mediante alcuna norma scritta, ma ritenuti comunque meritevoli di tutela.

<sup>12</sup>P. Rescigno, v. *Personalità (diritti della)*, in «Enciclopedia giuridica», pg. 3.

2. Porterebbe ad una potenziale introduzione illimitata di nuovi diritti. Questo significherebbe allora portare alla luce anche nuovi obblighi per altre categorie di diritti, potenzialmente contrastanti con altre norme della 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, perché 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 attraverso il procedimento riservato alla creazione delle fonti primarie.

### **2.2.3 La concreta applicazione della teoria**

Sebbene sia evidente l'importanza dell'esposizione di due teorie contrastanti, ognuna di loro trova però il suo *banco di prova* nello svolgersi dell'interpretazione giudiziale. Nell'applicazione infatti, la teoria dell'art. 2 come clausola aperta, presenta un limite: «l'art. 2 Cost. farebbe fronte alle domande di libertà espresse dalla società, la quale farebbe affidamento sul ruolo del giudice costituzionale come interprete chiamato a dar voce alla coscienza sociale»<sup>13</sup>.

Nei fatti, nella sua prima giurisprudenza, la Corte asseriva che il principio espresso da tale disposizione «indica chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato [...] il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana».

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 stessa Corte non sembra apparire così omogenea: anzi, la Corte sembra abbandonare l'iniziale impostazione restrittiva del-

---

<sup>13</sup>P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, pp. 74 ss.

l'art. 2 Cost., per abbracciare un orientamento che, sebbene non vada a conferire alla norma suddetta una fonte autonoma di diritti, ne riconosce il «sostegno rispetto a diritti esplicitamente o implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali»<sup>14</sup>.

L'occasione si è presentata attraverso l'ordinanza con la quale il Tribunale di Firenze (Sentenza 3 Febbraio 1994, n. 13), 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.

L'interessato 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 risolvesse il dubbio di costituzionalità della normativa nella parte in cui non prevedeva 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 irretrattabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale. Si tratta del *diritto ad essere sé stesso*, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata. Essa sembra aver colto l'occasione per includere la fattispecie del diritto all'identità personale all'interno della categoria dei «nuovi diritti» ex art. 2 Cost., nonostante il caso in oggetto potesse forse essere risolto con una diretta tutela del diritto al nome<sup>15</sup>.

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 ampliarne i suoi margini di tutela.

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»

---

<sup>14</sup>G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro*, p. 12.

<sup>15</sup>A. Pace, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.*, vol. 1, 1994, pp. 103 ss.

diritti fondamentali.

Sembra però doversi escludere che la Corte, in questo modo, abbia inteso riferire all'art. 2 il significato di fattispecie "aperta", in quanto più semplicemente ha operato un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà.

## **2.3 Il diritto all'oblio**

*«Ieri la damnatio memoriae, oggi l'obbligo del ricordo.»*

Citando Stefano Rodotà, ci si chiede se nell'era di internet, che ricorda tutto implacabilmente, la vita imponga un continuo scrutinio sociale da parte di una schiera di persone che possono facilmente conoscere informazioni sugli altri.

Allora la damnatio memoriae di oggi, la punizione legata alla memoria, è rappresentata dalla conservazione dei dati, dalla non distruzione degli stessi?

In realtà, forse in modo eccessivamente prosaico, questa affermazione potrebbe far percepire il permanere delle informazioni riguardanti una persona come una "condanna".

Il diritto all'oblio, invece, si presenta concettualmente come diritto a governare la propria memoria, in contrapposizione al diritto della collettività ad essere informati.

Il passato non deve quindi essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto. A conferma, già prima dell'avvento di internet e più in generale della tecnologia, era previsto un acerbo diritto "all'oblio", o più precisamente alla scomparsa dagli archivi pubblici di determinate informazioni trascorso un certo numero di anni. Il silenzio rispetto alla determinata vicenda e il mancato sopraggiungere di nuove informazioni o sviluppi erano considerate ragioni sufficienti per vietare la circolazione di informazioni relative a comportamenti, più o meno criticabili, del passato.

### **2.3.1 L'esigenza di un diritto a tutela del ricordo**

A metà strada tra il diritto al rispetto dell'identità personale e il diritto alla riservatezza, il diritto all'oblio presenta tuttavia importanti e precisi caratteri propri.

Mentre, infatti, il diritto all'identità personale riguarda l'affermazione della persona nel

presente e il diritto alla riservatezza riguarda i dati che tale persona sceglie di rendere o meno pubblici, l'oblio riguarda tutte quelle informazioni delle quali la persona potrebbe aver perso il controllo per via del tempo trascorso.

### **2.3.2 Ombra del tempo il diritto all'oblio**

Se prima della nota sentenza *Google Spain*, di cui altri hanno parlato prima e più approfonditamente <sup>16</sup> il diritto all'oblio era solo timidamente delineato dalla possibilità di eliminare informazioni pubbliche sulla persona trascorso un determinato periodo di tempo, subito dopo la pubblicazione della stessa le richieste di de-indicizzazione, anche in territorio nazionale, sono notevolmente aumentate.

Nello specifico la Corte di legittimità italiana è apparsa più cauta nel riconoscimento del diritto all'oblio<sup>17</sup>: difatti la richiesta di rimozione dei links che informavano dell'evento venne rigettata in quanto:

1. il fatto era recente
2. i dati personali risultarono trattati nel pieno rispetto dell'essenzialità.

Di conseguenza l'interesse pubblico al rinvenimento sul web di tali informazioni è prevalso sul diritto del singolo alla rimozione delle stesse.

Il diritto all'oblio, come quello alla riservatezza, sono frutto quindi di una elaborazione giurisprudenziale: nel primo però, gioca un ruolo cruciale il tempo. Quindi mentre appena l'evento è successo l'interesse all'informazione pubblica prevale sul diritto del singolo a non vedere pubblicate vicende che lo riguardano, lusinghiere o aberranti che siano; quando il tempo trascorre e la notizia, priva di nuovi risvolti e nel pieno silenzio, perde di interesse rilevante per il pubblico, il diritto del singolo alla cancellazione dei fatti che lo riguardano prevale sull'interesse della collettività di avere ancora a disposizione una notizia che si presuppone già conosciuta e, ripeto, priva di sviluppi che debbano essere conosciuti. Il diritto all'oblio in sostanza si radica sul rilievo per cui l'interesse pubblico

---

<sup>16</sup>Sulla questione Z. Zencovich, G. Resta, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*.

<sup>17</sup>Uno dei primi casi registrati fa riferimento ad alcuni accadimenti degli anni 2012/2013, il cui protagonista si è visto coinvolto in presunte truffe e guadagni illeciti, insieme ad alcuni esponenti del clero e personaggi riconducibili alla criminalità della c.d. Banda della Magliana.

alla conoscenza è racchiuso nello spazio temporale necessario ad informarne la collettività, mentre con il trascorrere del tempo questo si affievolisce fino a sparire: il fatto esce dal pubblico dominio, rientrando nella condizione di fatto privato. Il suggello ufficiale di tale impostazione si ha con la sentenza Cass. n. 3679/1998: che ai tradizionali criteri di verità, pertinenza e continenza, atti a garantire la liceità della divulgazione di una notizia potenzialmente lesiva per la personalità dell'interessato, aggiunge quello della «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, in quanto esiste il giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriore che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato divulgata». Il fulcro è proprio il tempo, l'attualità dell'informazione che non può essere ripubblicata in assenza di elementi che facciano rinascere pubblico interesse per il dato evento.

Parlando di come la Corte può introdurre il diritto all'oblio richiamando l'art. 2 Cost, c'è da dire che tale diritto seppur fondamentale non può essere sacrificato senza motivo nei confronti di diritti altrettanto rilevanti. Deve essere riconosciuto non solo il presupposto (vedi e parla degli appunti a mano) ma anche il disagio e il pregiudizio che la permanenza di tale informazione sul web va a creare nel diretto interessato. Quindi al di là dei presupposti noti, le corti che si sono espresse in merito, magari estendendo al caso concreto delle situazioni che la legge prevedeva in maniera più stringente, lo hanno fatto nel momento in cui veniva rilevato un pregiudizio evidente e ingiustificato rispetto al diritto della società di rimanere informata su un dato evento ormai collocato nel passato.

### **2.3.3 Presupposti oblio**

1. silenzio sulla vicenda, 2. assenza di nuove info che portino nuovamente alla ribalta l'evento, 3. più importante: trascorrere del tempo.

Il tutto ovviamente subordinato a che la notizia principale rispettasse: a. attualità informazione b. essenzialità dell'informazione c. rilevanza sociale d. veridicità

dell'informazione e racconto puntuale e non diffamatorio o di parte dell'evento.

#### **2.3.4 il resto**

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.

## Capitolo 3

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

Abbiamo visto come è nato dalle corti il diritto all'oblio, quindi solo enucleando dei presupposti che prima erano insufficienti. Abbiamo visto che la creatività giurisprudenziale non è un demone che si sottrae alla legittimitazione democratica e alla separazione dei poteri (magari vediamo meglio come nel paragrafo dopo) ma il concetto più interessante e che direi conclusivo è capire come le corti abbiano bilanciato di volta in volta i diritti che nelle fattispecie erano contrapposti, e perchè abbiano agito in un modo invece che un altro considerando sempre che una lacuna legislativa porta sicuramente ad una maggiore discrezionalità non solo rispetto ai modi ma spesso anche ai tempi (vediamo che ci sono state pronunce sul diritto all'oblio che hanno avuto esiti e tempi diversi a seconda dell'ambito in cui rientravano, es. Registro delle imprese deve rimanere pubblico oppure il caso della Cass. 13161/2016 per cui una notizia di cronaca è stata considerata idonea all'esercizio del diritto all'oblio dopo soli due anni e mezzo di permanenza sul quotidiano online, ma che probabilmente se avessero avuto una logica o una tempistica da seguire che fosse dettata dalla legge avrebbero avuto un esito sicuramente più omogeneo).

### **3.0.1 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 manifesta-

zione 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 si 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. 3679/1998<sup>1</sup>, 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)

### **3.0.2 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

---

<sup>1</sup> citata come indicato nel file del professore

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 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'articolista, 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 pub-



blicazione), 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, pronunciandosi 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 incontroversa 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'adeguata 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.

### **3.1 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. 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.

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.

### **3.1.1 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 precondizione 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 bilan-

ciamento 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, poichè 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*.

### **3.1.2 PERON**

Il difficile bilanciamento tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio: la soluzione delle sezioni unite By Sabrina Peron on Novembre 20, 2019 3/2019 PAROLE CHIAVE:Oblio, diritto di cronaca, interesse pubblico, libertà di espressione, riservatezza

Corte di Cassazione, sez. un. civ., 22 luglio 2019, n. 19681

Va ribadita la rilevanza costituzionale sia del diritto di cronaca che del diritto all'oblio; quando, però, una notizia del passato, a suo tempo diffusa nel legittimo esercizio del diritto di cronaca, venga ad essere nuovamente diffusa a distanza di un lasso di tempo significativo, sulla base di una libera scelta editoriale, l'attività svolta dal giornalista riveste un carattere storiografico; per cui il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale è prevalente, a meno che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto.

In tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito – ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. – ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (nella specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale)

Sommario: 1. Il caso. – 2. Sulla tutela della libertà di espressione. – 3. Sul diritto all'oblio. – 4. Sul bilanciamento delle sezioni unite

#### Il caso

Il ricorrente (attore nei giudizi di merito) impugnava avanti alla Corte d'appello di Cagliari la sentenza del Tribunale di Cagliari che aveva ritenuto legittima la pubblicazione di un articolo apparso sul quotidiano l'Unione Sarda rievocativo – a ventisette anni di distanza – dell'uxoricidio che lo stesso aveva commesso nel lontano 1982.

In particolare, il ricorrente, che aveva già interamente scontato la sua pena di dodici anni di reclusione, lamentava che detta pubblicazione, oltre ad avergli determinato un profondo senso di angoscia e prostrazione, l'aveva esposto ad una nuova gogna mediatica, quando ormai era riuscito a ricostruirsi una nuova vita e a reinserirsi nel contesto sociale. Tale condotta, che lamentava essere una violazione del suo diritto all'oblio, gli aveva arrecato gravi danni, di natura patrimoniale e non patrimoniale, anche conseguenti alla cessazione dell'attività, dei quali chiedeva il risarcimento.

La difesa dei convenuti (editore, direttore responsabile e giornalista) per contro, ri-

levava che l'articolo rispettava i criteri elaborati dalla giurisprudenza per il legittimo esercizio del diritto di cronaca, ossia: verità della notizia, continenza della forma espressiva e, soprattutto, interesse pubblico alla conoscenza dei fatti narrati. Inoltre, proprio con riferimento a tale ultimo criterio, eccepiva che non potevano trovare applicazione i principi elaborati in tema di diritto all'oblio, trattandosi di un articolo pubblicato all'interno di una rubrica dal titolo "La storia della domenica", nella quale si rievocavano i casi più rilevanti di cronaca nera avvenuti a Cagliari negli ultimi trenta/quaranta anni e che avevano colpito e turbato la collettività locale, per l'efferatezza del delitto, per il contesto in cui era maturato, per la straordinarietà delle decisioni giudiziarie, e così via.

In entrambi i gradi del giudizio di merito le domande attoree non trovavano accoglimento.

In particolare, secondo la Corte d'appello di Cagliari, la pubblicazione di un grave fatto di cronaca nera a distanza di anni dall'accaduto, se accompagnato da una puntuale contestualizzazione, idonea ad offrire ai lettori una sponda di riflessione su temi delicati (quali l'emarginazione, la gelosia, la depressione, la prostituzione, con tutti i risolti e le implicazioni che queste realtà possono determinare nella vita quotidiana), esclude una volontà editoriale di generare una rinnovata condanna mediatica e sociale lesiva della privacy del soggetto coinvolto in tali fatti, con conseguente insussistenza del diritto all'oblio e al silenzio[1].

Contro tale decisione veniva proposto ricorso in cassazione, affidato a tre motivi di censura della decisione di merito:

– con il primo motivo, veniva denunciata la «violazione e falsa applicazione dell'art. 2 Cost. nella parte in cui la Corte di merito (alle pp. 7-9) ha ritenuto l'art. 21 Cost. incompatibile e sempre prevalente sui diritti individuali, garantiti dall'art. 2 Cost., tra i quali il diritto all'oblio. Sostiene che profondamente lesivo dei diritti garantiti dal suddetto articolo della nostra carta costituzionale sia il fatto storico materiale della ripubblicazione (accompagnata da una sua foto e dall'indicazione completa delle sue generalità) di un articolo che era già stato pubblicato nel lontano mese di luglio 1982. Lamenta la lesione del proprio diritto all'oblio, cioè ad essere dimenticato anche dopo

aver commesso fatti penalmente rilevanti»;

– con il secondo motivo, veniva denunciata la «violazione degli artt. 3 e 27 Cost., rispettivamente nella parte in cui la Corte ha confermato quanto statuito dal giudice di primo grado (e cioè che la pubblicazione di una notizia, risalente nel tempo, anche relativa a vicende di cronaca, persino locale, potrebbe fondarsi sulla necessità di una informazione volta a concorrere utilmente alla evoluzione sociale), senza considerare che lui si era riabilitato e reinserito nel tessuto sociale, anche trovando un modesto impiego come ciabattino; nonché nella parte in cui non ha tenuto conto che ripubblicare nel 2009 un articolo risalente al 1982 costituisce di per sé un trattamento disumano per qualsiasi persona (per quanto colpevole di un grave delitto)»;

– con il terzo motivo, infine, veniva denunciata la «violazione ed erronea applicazione degli artt. 7 – 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nella parte in cui, considerando lecito il ricordo di fatti verificatisi tanti anni prima, ha violato la vita privata e familiare, protetta dalla norma denunciata».

Il ricorso veniva discusso alla pubblica udienza del 26 giugno 2018, avanti la terza sezione civile, la quale – con ordinanza interlocutoria[2] – trasmetteva gli atti al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle sezioni unite stante la necessità di stabilire i precisi confini tra il diritto di cronaca – posto al servizio dell’interesse pubblico all’informazione – e del c.d. diritto all’oblio – posto a tutela della riservatezza della persona – alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale negli ordinamenti interno e sovranazionale. Chiarendo inoltre che l’esame dei tre motivi del ricorso, «impone di affrontare il problema del bilanciamento tra il diritto di cronaca, posto al servizio dell’interesse pubblico all’informazione, e il diritto all’oblio, finalizzato alla tutela della riservatezza della persona». Aggiungendo infine che, in «considerazione della specifica concreta vicenda, non viene in esame il problema del diritto all’oblio connesso con la realizzazione di archivi di notizie digitalizzati e fruibili direttamente on line».

Con la decisione che qui si pubblica le sezioni unite civili hanno accolto il ricorso proposto, rinviando alla Corte d’appello di Cagliari, in diversa composizione affinché decida il caso attenendosi al seguente principio di diritto: «In tema di rapporti tra il



diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito – ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. – ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva (nella specie, un omicidio avvenuto ventisette anni prima, il cui responsabile aveva scontato la relativa pena detentiva, reinserendosi poi positivamente nel contesto sociale)».

Sulla tutela della libertà di espressione

È nota l'importanza che nelle società contemporanee rivestono la salvaguardia della libertà fondamentale di ricevere informazioni, la libertà ed il pluralismo dei media nonché la libertà di accedere alle informazioni.

Tali libertà sono garantite, a livello europeo dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[3] e dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo[4]; a livello nazionale, invece, trovano garanzia nell'art. 21 Cost.

Dal canto loro, dottrina e giurisprudenza (anche costituzionale) italiane hanno, nel tempo svolto una accurata indagine ermeneutica per la interpretazione estensiva della formula dell'art. 21 Cost., che ha portato ad equiparare alla manifestazione del pensiero la diffusione di fatti, di notizie, di informazioni, giungendo a configurare una libertà di cronaca e di critica che costituisce la espressione della libertà di comunicare il pensiero come informazione) [5]. Come ricordato anche dalla sentenza in commento, la Cassazione civile, a partire dall'incipit sistematico del 1984 (sentenza nota come il “decalogo”[6]) ha posto in evidenza le tre condizioni che rendono lecito il diritto di cronaca e di critica,

anche se in conflitto con diritti e interessi della persona, e tali sono le condizioni parametri della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato e della utilità sociale alla diffusione della notizia [7]. Tale ultimo parametro (che è quello che vien in rilievo nel valutare il bilanciamento con il diritto all'oblio) è comprensivo di tutti quegli avvenimenti di attualità che coinvolgono la vita collettiva e le persone che ne sono protagoniste[8]. Avvenimenti, la cui rilevanza pubblica dovrà accertarsi di volta in volta con riferimento al fatto concreto[9].

#### Il diritto all'oblio

Ferma dunque restando la libertà di informazione (e la sua più ampia tutela), il soggetto cui l'informazione si riferisce è comunque titolare del diritto al «rispetto della propria identità personale o morale». Ciò significa, anzitutto, il diritto a che non venga «travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale»[10], e dunque, che non venga compromessa dall'azione di terzi, la «verità» della propria immagine nel momento storico attuale: difatti, poiché l'identità personale ha natura «dinamica, si pone il problema di conciliare il conflitto tra verità storica e identità attuale»[11]. Nell'alveo della tutela del diritto alla riservatezza e all'identità personale viene così in rilievo il c.d. diritto all'oblio, inteso quale diritto dell'individuo ad essere dimenticato[12]. Si tratta di un diritto che mira a salvaguardare il riserbo imposto dal tempo ad una notizia già resa di dominio pubblico. In particolare, si ritiene che, una volta venuto meno l'interesse alla conoscenza del fatto, il «diritto alla riservatezza e la tutela dell'onore e della reputazione di un soggetto si espandono sino ai loro fisiologici confini»

In proposito le sezioni unite tracciano un excursus delle sentenze nazioni, civili penali, e di quelle europee al fine di meglio delineare il quadro.

In particolare, la corte richiama le seguenti sentenze civili:

– il leading case di cui alla sentenza n. 3679/1998, nella quale nel dare rilievo alla nozione di “attualità della notizia”, identifica il diritto all'oblio come il «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». Fermo restando che quando il fatto passato dovesse – per altri eventi sopravvenuti – ritornare di attualità, «rinasce un nuovo interesse pubblico all’informazione, non strettamente legato alla contemporaneità tra divulgazione e fatto pubblico»[13];

– a seguire poi la sentenza n. 10690/2008, che precisa la distinzione tra il diritto all’integrità morale ed il divieto della diffusione dei fatti della vita privata (divieto, quest’ultimo che prescinde dalla loro attitudine infamante) e conclude per una prevalenza della libertà di informazione sul diritto alla riservatezza e all’onore, purché la pubblicazione sia giustificata dalla funzione dell’informazione e sia conforme ai canoni della correttezza professionale; in particolare, è giustificata dalla funzione dell’informazione quando sussista un apprezzabile interesse del pubblico alla conoscenza dei fatti privati in considerazione di finalità culturali o didattiche e, più in generale, della rilevanza sociale degli stessi»[14];

– nonché la nota sentenza n. 5525/2012, che per prima ha affrontato la questione dei rapporti esistenti tra le notizie già legittimamente pubblicate in passato (perché conformi ai criteri di verità, interesse pubblico e continenza) e il loro permanere online. Secondo la Corte, rispetto all’interesse del soggetto «a non vedere ulteriormente divulgate notizie di cronaca che lo riguardano, si pone peraltro l’ipotesi che sussista o subentri l’interesse pubblico alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari esigenze di carattere storico, didattico, culturale»; ciò in quanto un fatto di cronaca può “assumere rilevanza come fatto storico”, giustificando in tal modo il permanere dell’interesse della collettività alla fruizione di quel fatto. Il trascorrere del tempo, però, impone che la notizia sia anche aggiornata, posto che la sua diffusione negli stessi termini in cui aveva avuto luogo in origine potrebbe fare sì che essa risulti “sostanzialmente non vera”[15];

– ed infine la sentenza n. 16111/2013, «la rievocazione di vicende personali ormai dimenticate dal pubblico trova giustificazione nel diritto di cronaca soltanto se siano recentemente accaduti fatti che trovino diretto collegamento con quelle vicende, rinnovandone l’attualità». In particolare, la «diffusione di notizie personali in una de-

terminata epoca ed in un determinato contesto non legittima, di per sé, che le medesime vengano utilizzate molti anni dopo, in una situazione del tutto diversa e priva di ogni collegamento col passato. In altre parole, il lungo tempo trascorso tra i due eventi fa sì che non possa ritenersi il fatto oggi divulgato come un fatto reso noto direttamente dall'interessato»[16].

Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza penale, vengono in rilievo:

– sentenza n. 38747/2017, che ha confermato l'indubbia la rilevanza pubblica della notizia rievocata (nella specie, l'uccisione di un uomo all'isola di Cavallo per mano di Vittorio Emanuele di Savoia, benché avvenuta molti anni prima), considerato che «l'articolo era stato scritto in occasione della cerimonia di riapertura della reggia di Venaria, alla quale aveva partecipato Vittorio Emanuele di Savoia, così com'era indubbia l'esistenza di un pubblico interesse a conoscere le vicende di un soggetto che «è figlio dell'ultimo re d'Italia e, secondo il suo dire, erede al trono d'Italia»; per cui il diritto all'oblio doveva nella specie cedere di fronte al diritto della collettività ad essere informata e aggiornata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti»[17];

– ed infine, anche se non citata dalle sezioni unite, la sentenza n. 45051/2009, secondo la quale il «decorso del tempo può attenuare l'attualità della notizia e far scemare anche l'interesse pubblico all'informazione. Può anche verificarsi, nondimeno, che all'effetto di dissolvenza dell'attualità della notizia non faccia riscontro l'affievolimento dell'interesse pubblico o che— non più attuale la notizia — riviva, per qualsivoglia ragione, l'interesse alla sua diffusione. Insomma, può non esserci corrispondenza o piena sovrapposizione cronologica tra attualità della notizia ed attualità dell'interesse pubblico alla divulgazione. Nondimeno, in quest'ultima ipotesi, il persistente o rivitalizzato interesse pubblico, che— in costanza di attualità della notizia — doveva equilibrarsi con il diritto alla riservatezza, all'onore od alla reputazione, deve trovare— quando la notizia non è più attuale — un temperamento con un nuovo diritto, quello all'oblio, anche nell'accezione di legittima aspettativa della persona ad essere dimenticata dall'opinione pubblica e rimossa dalla memoria collettiva»[18].

Con riguardo alla giurisprudenza comunitaria viene ovviamente in rilievo il caso

Google Spain, deciso dalla Corte di Giustizia, la quale non solo ha riconosciuto il diritto dell'interessato a richiedere la cancellazione dei propri dati personali che si trovavano nella titolarità di Google, ma – per la prima volta – ha sancito il principio che le richieste di cancellazione possono essere avanzate anche direttamente al gestore del motore di ricerca, ancorché le relative informazioni siano state originariamente pubblicate su altri siti e successivamente indicizzate da Google[19].

#### 4.- Sul bilanciamento delle sezioni unite

Se, dunque, ogni «libertà civile incontra il proprio limite nell'altrui libertà e nell'interesse pubblico idoneo a fondare l'eventuale sacrificio dell'interesse del singolo, anche la tutela del diritto alla riservatezza va temperata in particolare con il diritto alla informazione, nonché con i diritti di cronaca, di critica, di satira e di caricatura, questi ultimi trovanti a loro volta limite nel diritto all'identità personale o morale del soggetto cui l'informazione si riferisce. Il diritto alla riservatezza, che tutela il soggetto dalla curiosità pubblica (in ciò distinguendosi dal diritto al segreto, il quale protegge dalla curiosità privata) essendo volto a tutelare l'esigenza che quand'anche rispondenti a verità i fatti della vita privata non vengano divulgati, sin dall'emanazione della L. n. 675 del 1996 (poi abrogata e sostituita dal D.Lgs. n. 196 del 2003) ha visto ampliarsi il proprio contenuto venendo a compendiarsi anche del diritto alla protezione dei dati personali, il cui trattamento è soggetto a particolari condizioni»[20]. In proposito, come già sopra accennato e, come evidenziano anche le sezioni unite che qui si annotano, vengono in rilievo, oltre al già citato art. 8 CEDU, anche: «l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel ribadire la formula del citato art. 8, sostituisce al termine “corrispondenza” quello più moderno di “comunicazioni”, mentre l'art. 8 della medesima Carta prevede il diritto di ogni persona “alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano” e dispone che tali dati siano trattati “secondo il principio di lealtà”, sotto il controllo di un'autorità indipendente. Ed anche l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nella versione consolidata risultante dal Trattato di Lisbona, prevede il diritto di ogni persona “alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano”. Assai di recente, infine, l'Unione Europea è tornata ad

occuparsi della materia emanando il Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha ad oggetto la “protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati”, atto che abroga la precedente direttiva 95/46/CE e che contiene, nel suo art. 17, un preciso riferimento al diritto alla “cancellazione” (tra parentesi definito come “diritto all’oblio”). Tale Regolamento ha reso necessaria l’emanazione del citato D.Lgs. n. 101 del 2018».

Dato tale quadro normativo e giurisprudenziale, le sezioni unite (richiamando testualmente l’ordinanza interlocutoria) osservano come il diritto all’oblio venga in rilievo in almeno tre differenti situazioni:

anzitutto nella tutela di colui che vorrebbe non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; in secondo luogo, viene in rilievo nell’uso di internet e nella reperibilità delle notizie nella rete, in bilanciamento con l’esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale; e, infine, viene in rilievo quando l’interessato intende far valere il proprio diritto alla cancellazione dei dati che lo riguardano.

La prima ipotesi concerne la fattispecie concreta sulla quale sono state chiamate a decidere le sezioni unite, le quali in virtù del principio secondo cui «ogni pronuncia giudiziaria trova il proprio limite nel collegamento con una vicenda concreta» e, dunque, in coerenza con il *petitum* e con le funzioni nomofilattiche, hanno circoscritto il loro campo di indagine alla soluzione del problema del corretto bilanciamento tra diritto all’oblio e libertà di informazione esercitata a mezzo stampa, restando escluse altre ipotesi connesse alle informazioni circolanti online.

Come si è accennato alle pagine che precedono, l’ordinanza interlocutoria ha chiesto alle sezioni unite, di indicare la linea di confine tra il diritto di cronaca e il diritto all’oblio. Per poter assolvere tale compito, è stata operata una premessa sui “confini” del diritto di cronaca. In particolare, la sentenza in esame ha precisato che «quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata – la quale, all’epoca, rivestiva un interesse pubblico – egli non sta esercitando

il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione storica (storiografica) di quei fatti». In proposito le sezioni unite, osservano che la parola “cronaca”, ha la propria radice etimologica nella «parola greca *Kpovoc*, che significa, appunto, tempo». Il “diritto di cronaca”, dunque, è un «diritto avente ad oggetto il racconto, con la stampa o altri mezzi di diffusione, di un qualcosa che attiene a quel tempo ed è, perciò, collegato con un determinato contesto. Ciò non esclude, naturalmente, che in relazione ad un evento del passato possano intervenire elementi nuovi tali per cui la notizia ritorni di attualità, di modo che diffonderla nel momento presente rappresenti ancora una manifestazione del diritto di cronaca (in tal senso già la citata sentenza n. 3679 del 1998); in assenza di questi elementi, però, tornare a diffondere una notizia del passato, anche se di sicura importanza in allora, costituisce esplicazione di un’attività storiografica che non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca».

Orbene, trattandosi di “storia” e non di “cronaca”, la rievocazione di vicende passate – eccezion fatta per l’homo publicus, o per quei fatti che, per il loro stesso concreto svolgersi, implichino il richiamo necessario ai nomi dei protagonisti – deve effettuarsi in «forma anonima, perché nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell’informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto». In altre parole, l’interesse alla conoscenza di determinati fatti non necessariamente implica la «sussistenza di un analogo interesse alla conoscenza dell’identità della singola persona che quel fatto ha compiuto». Ferma quindi restando la libertà di scelta della linea editoriale che la stampa può autonomamente darsi, in forza della quale «non può essere sindacata la decisione – tanto per fare un riferimento al caso oggi in esame – di pubblicare con cadenza settimanale, nell’arco di un certo periodo di tempo, la ricostruzione storica di una serie di fatti criminosi che hanno coinvolto e impressionato in modo particolare la vita di una collettività in un determinato periodo». Ciò che, al contrario, va verificato è se, a fronte del diritto alla «ripubblicazione di una certa notizia, sussista o meno un interesse qualificato a che essa venga diffusa con riferimenti precisi alla persona che di quella vicenda fu protagonista in un passato più o meno remoto; perché l’identificazione personale, che rivestiva un sicuro interesse

pubblico nel momento in cui il fatto avvenne, potrebbe divenire irrilevante, per i destinatari dell'informazione, una volta che il tempo sia trascorso e i fatti, anche se gravi, si siano sbiaditi nella memoria collettiva». Il che ulteriormente significa che il «diritto ad informare, che sussiste anche rispetto a fatti molto lontani, non equivale in automatico al diritto alla nuova e ripetuta diffusione dei dati personali».

In un'ottica di trovare un giusto bilanciamento tra due contrapposti diritti costituzionali in gioco quale il diritto di cronaca e quello all'oblio le sezioni unite quindi

da un lato, ribadiscono la tutela della libera scelta editoriale di ripubblicare/diffondere – anche a distanza di un arco temporale significativo – una notizia già legittimamente pubblicata (ossia una notizia rispondente ai parametri di verità, continenza e interesse pubblico); dall'altro lato, precisano che assumendo tale attività carattere prettamente storiografico, deve considerarsi prevalente il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale, tutte le volte in cui si tratti di avvenimenti passati che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva;

salvo che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto. Dovendosi a tal fine valutare, l'interesse pubblico – concreto ed attuale – alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Senza dimenticare, ad avviso di chi scrive, che, «l'attualità dell'interesse non si identifica necessariamente (...) con l'attualità del fatto, siccome un fatto non attuale può ben essere idoneo a rivestire interesse per la collettività o per frazioni significative della stessa, per la rilevante importanza morale o sociale dello stesso. È solo a tali condizioni che un fatto di per sé non più attuale mantiene un'attualità indiretta tale da connotarlo con apprezzabili profili di interesse sociale che ne legittimano la pubblicazione»[21].



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

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'ultimo.

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 informazione<sup>2</sup>. Si ripropone anche in questo caso, ed in maniera

---

<sup>2</sup>Salvo ovviamente si tratti di informazioni oggettive e di fatto.

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 illeggitimamente introdotta fra le righe di quella che viene presentata come esposizione neutrale dei fatti. Un esempio 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 con-

flitti 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 cagionevole 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 riservatezza e all'onore<sup>3</sup>. 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

---

<sup>3</sup>Come 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.

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 travisamento 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.

**3.1.4 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 contenenza: 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 con-

fronti 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.

## **3.2 Legittimazione democratica e separazione dei poteri**

### **3.2.1 Legittimazione democratica e separazione dei poteri: gli equivoci che portano molti a vedere la giurisprudenza come creativa "in senso forte"**

Apparentemente, ciò che accomuna tutti i diversi orientamenti (che abbiamo introdotto nel primo capitolo) è il superamento del principio di legalità, del positivismo giuridico e dello stato di diritto basato sulla sua soggezione ai pubblici poteri. 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. 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, provocata 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 vizzo 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. 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 go-



verno europeo dell'economia e l'unificazione dei codici e delle leggi in materia di lavoro e di diritti sociali.

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. 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 giurispositivista nega l'esistenza, nella giurisdizione, di una sfera fisiologica e irriducibile di discrezionalità interpretativa. 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, 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 vigente può essere prodotto dai giudici; né il legislatore può interferire nella produzione del diritto vivente, né il giudice può interferire nella produzione del diritto vivente. È questo il senso della separazione dei poteri. Per questo spesso si contestano 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. 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.

Alla base della tesi che sostiene la creatività 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. 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. 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 interpretativa richiesta in ciascun giudizio, dalle precedenti argomentazioni interpretative, come del resto dalle argomentazioni dottrinarie delle norme applicate; 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.

### **3.2.2 Parte finale del paragrafo**

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 potere 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 perché ci sia uno stravolgimento delle ordinarie gerarchie legislative, ma perché 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 fanculo 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.

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

### **3.3 Paragrafo Pino Pardolesi**

SOMMARIO - La recente sentenza 1946/17 delle sezioni unite civili ha offerto l'occasione per nuovi contributi all'inesauribile discussione sulla creatività giudiziaria e sul diritto giurisprudenziale. A partire da questa discussione il saggio si propone, con scarsa modestia, tre obiettivi: in primo luogo, evidenziare che nel dibattito corrente si intrecciano sensi differenti di creatività, che sollevano problemi distinti; in secondo luogo, mostrare che la creatività giurisprudenziale rappresenta, nelle sue diverse manifestazioni, un dato ineliminabile dell'esperienza giuridica; in terzo luogo, infine, suggerire che da queste premesse non è possibile inferire automaticamente alcuna immagine irenistica di una «comunità degli interpreti» armoniosamente impegnata a distillare il miglior diritto possibile.

Fra i molti apporti positivi di una sentenza "alta", quale Cass. Sez. Un. 1946/17, figura una ricaduta ad elevato tasso di criticità: quella secondo cui la pronunzia segnerebbe il «significativo momento di emersione di un processo inarrestabile in cui la teoria delle fonti del diritto trova all'un tempo la sua morte e la sua resurrezione», col giudice costretto a suggere l'inerzia di un legislatore troppo spesso confuso e, nella circostanza, copertamente abulico. A dirle spesso e bene, in epoca di post verità, le cose sembrano accreditarsi, di là dalle difficoltà connesse ai principi della separazione dei poteri e della soggezione del giudice, solo alla legge. Ed eccoci, allora, alle prese col post diritto reificato dalla riconosciuta creatività della giurisprudenza. La questione è, ovviamente, particolarmente sensibile a causa delle due ricadute politiche e per le sue ripercussioni sul valore della certezza del diritto e sul principio di eguaglianza come parità di trattamento tra i cittadini, e come tale si presta a suscitare una discussione potenzialmente infinita. Ma non sono solo questi sottintesi politici e valoriali a rendere la questione della creatività giurisprudenziale particolarmente intrattabile: il problema è che spesso non si ha ben presente che, quando si parla di creatività giurisprudenziale, non è in gioco una questione, ma un intreccio di questioni fra loro connesse, ciascuna delle quali poi si presta a fungere da possibile oggetto di separata analisi teorica e, ovviamente, valutazione etico-politica. Una comprensione perspicua di ciò che accade



quando si dice che i giudici creano diritto, dunque, richiede che si distinguano attentamente le diverse ramificazioni del tema e, ancor prima, che si tenga ben separato il piano della ricostruzione del fenomeno della creatività giurisprudenziale da quello della sua approvazione/disapprovazione il vizio di considerare bene tutto ciò che accade.

L'inerzia del legislatore ha fatto sì che il panorama normativo restasse identico a quello determinato dalla pronuncia di incostituzionalità in primo luogo. Con l'aggravante però che, se prima della sentenza della Consulta il rilievo da attribuire alla mancanza di un meccanismo di interpello poteva essere oggetto di opinioni controverse, dopo la sentenza l'incostituzionalità della mancanza di un simile meccanismo era stata ormai ufficialmente certificata. Da qui il ricorso del procuratore generale ex art 363, co. 1, cpc, affinché la Cassazione pronunciasse un principio di diritto nell'interesse della legge. Le sezioni unite hanno risposto a questa sollecitazione, stabilendo che, anche in assenza dell'intervento del legislatore (13), è possibile reperire nell'ordinamento, sulla base di un canone di interpretazione costituzionalmente orientata, dati normativi idonei a permettere l'esercizio del diritto — considerato dalla Corte costituzionale come diritto di rilievo costituzionale — del figlio adottato a che sia interpellata la madre che aveva a suo tempo optato per il parto anonimo. Più in dettaglio, per quanto qui interessa, la Cassazione rileva che «la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria . . . come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo — costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore — di organo chiamato non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta . . . ma . . . a ricercare, in chiave di effettività . . . un punto di saldatura tra [il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale], i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti». E sottolinea, ancora, come il principio dichiarato nel dispositivo di accoglimento contenga «una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione adeguata alla legalità costituzionale». Data questa inequivoca impronta (il cui riconoscimento esprime un apprezzabile self-restraint giurisdizionale: se non è supplenza, si tratta pur sempre di intervento emergenziale, giustificato dall'imperativo di scongiurare il perpetuarsi di

una situazione illecita e facilitato dalla chiarezza della traiettoria da seguire); data questa impronta, dicevamo, viene indicato, in attesa dell'interpositio legislatoris, il procedimento utilizzabile per attuare l'additiva di principio; e si evocano, con qualche straniamento per il lettore (che si andava abituando all'idea che il solco fosse segnato), i diversi protocolli adottati dai tribunali che hanno ritenuto di dar corso all'istanza del figlio di interpello della madre naturale.

Ricapitoliamo. Viene riscontrata e denunciata una lacuna nell'ordinamento, peraltro non una ordinaria lacuna «orizzontale», ma «verticale»: una lacuna, cioè, che fintanto che non sia stata colmata rende impossibile esercitare un diritto di rilievo costituzionale (14). Il legislatore, soggetto primariamente competente a rimuovere questa situazione, e a tal fine officiato dalla stessa Corte costituzionale, omette di intervenire: lasciando la lacuna lì dov'è. In linea generale, per situazioni di questo tipo l'ordinamento conosce meccanismi di correzione, in particolare di autointegrazione: il ricorso alla analogia legis e iuris (15). La Corte di cassazione, peraltro nella sua composizione di maggior prestigio ai fini della funzione di nomofilachia, procede dunque a colmare la lacuna individuando tutta una serie di precisi dati utilizzabili in via analogica (analogia legis), al fine di dare attuazione al principio indicato dalla Consulta (analogia iuris), quantomeno nelle more dell'intervento legislativo.

III. - Nel labirinto. Siamo di fronte ad un esercizio di creatività giurisprudenziale? La giurisprudenza ha ancora una volta riaffermato un'incoercibile vocazione a fungere da fonte del diritto?

La risposta è sì. E anche no (16). Le cose stanno così perché, come si diceva in esordio, la questione della creatività della giurisprudenza è in realtà un fascio di questioni distinte; se si vuole rifuggire da un discorso meramente suggestivo, è necessario mettere in campo un po' di analisi concettuale e cercare di chiamare ogni cosa col proprio nome. Prima, però, di battere questa traiettoria, conviene precisare quali ne siano i protagonisti.

La fortunata metafora comparatistica dei «tre signori del diritto» (legislatore, dottrinario, giudice) è andata nel tempo — con particolare riguardo al suo campo elettivo,

e più sofisticato, di declinazione, il diritto civile — perdendo pezzi (17). La crisi del formalismo ereditato dal positivismo ottocentesco e della sua espressione privilegiata, la dogmatica, ha prodotto lo straniamento della dottrina (18), orfana di un sistema che si è ormai disgregato e renitente a ricostruire l'ubi consistam della sua identità nella ri-organizzazione di un quadro complesso e molteplice per la sovrapposizione tra fonti nazionali e sovranazionali (19). La crisi della scienza giuridica (per qualcuno, l'«eclissi del diritto civile» (20)) sta proprio qui, nel «tradimento dei chierici», che, persa la vocazione originaria, non hanno saputo reinventarsi, finendo per accodarsi passivamente al ruolo trainante della giurisprudenza (21). C'è, ovviamente, chi prospetta una diversa diagnosi e ritiene che, nella nuova temperie, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza abbiano visto affievolirsi la specificità del ruolo tradizionalmente legato alla logica della codificazione, sicché l'una e l'altra, «riconciliate in un'ottica sostanzialmente unitaria» (22), hanno scoperto un'identità o sincronia di funzioni, che concorre a formare quella che è stata definita la «comunità interpretativa»: ormai orba delle sue categorie tradizionali e proiettata al governo del caso concreto (23), con strumenti che emergono non (solo e non tanto) dalla legge, ma dal fervido dialogo tra gli interpreti (24). Sennonché, si osserva ancora, per questa via la scienza giuridica «avvicina sempre di più la sua funzione a quella che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo della giurisprudenza» (25). Fino a perdere d'identità, potremmo aggiungere, a maggior ragione in vista dell'inclinazione della giurisprudenza a farsi dottrina (26). Più che un'alleanza, allora, un assorbimento. O peggio.

Di là da questa endiadi in odore di *reductio ad unum* e, magari, coltivando una vena consapevolmente polemica, si potrebbe opinare che l'esaltazione della creatività del giudice miri — nel solco del convincimento che «sarebbe perfettamente concepibile un diritto senza legislatore, ma non uno senza giudici» (27) —, a comprimere ulteriormente la pattuglia dei signori del diritto (28). O, comunque, a imporre e rendere esplicita una nuova gerarchia, indifferente alla mancanza di legittimazione democratica (a creare diritto) del nuovo protagonista assoluto. Ma il buon senso suggerisce di guardarsi dagli eccessi ricostruttivi. Anche perché il discorso va diversamente dimensionato. IV.

- Il filo di Arianna. Ricominciamo allora dall'idea stessa di creatività giurisprudenziale e proviamo a distinguere tra due sensi di questa espressione che, in mancanza di una terminologia più felice, potremmo indicare rispettivamente come creatività in senso semantico, o interpretativo, e creatività in senso pragmatico, o (e questo grida davvero vendetta al cielo!) produttivo (29). Il senso della distinzione è semplice: una cosa è stabilire se, nell'interpretazione di un testo normativo o più in generale nella decisione di una questione giuridica, il giudice abbia attribuito al materiale normativo rilevante un significato diverso da quello linguisticamente più ovvio (creatività in senso semantico); altro è chiedersi se una decisione giurisprudenziale, o una serie di decisioni giurisprudenziali, possa dispiegare efficacia vincolante o comunque condizionare con qualche grado di cogenza gli altri operatori giuridici — in altre parole, chiedersi se la giurisprudenza, individualmente o collettivamente considerata, sia fonte del diritto (creatività in senso pragmatico). Come è evidente, si tratta di due questioni concettualmente e fattualmente distinte: infatti, un'interpretazione giurisprudenziale può essere altamente innovativa ed eterodossa (e, dunque, creativa nel primo senso), senza con ciò essere percepita come vincolante o autorevole dagli altri operatori; priva, perciò, di ogni capacità in qualche senso innovativa per l'ordinamento, venendo destinata ad un immediato oblio (e, dunque, non creativa nel secondo senso). Parimenti, una singola decisione o un orientamento giurisprudenziale possono essere trattati dagli operatori come vincolanti, o altamente persuasivi ecc. (e, dunque, facendo riferimento al secondo senso di creatività), anche senza essere particolarmente fantasiosi o inventivi da un punto di vista semantico: ad esempio, il diritto vivente potrebbe semplicemente attenersi sul significato letterale della disposizione normativa (e così non sarebbe creativo nel primo senso). E infine, certo, la giurisprudenza può risultare creativa in entrambi i sensi contemporaneamente: perché un orientamento interpretativo potrebbe essere particolarmente estroso rispetto alla formulazione letterale dei testi normativi rilevanti e, inoltre, potrebbe essere compattamente seguito dai giudici e dunque considerato particolarmente cogente.

Una volta assodato, dunque, che si può parlare, e normalmente si parla, di crea-

tività in due sensi distinti (spesso senza avvertire chiaramente la differenza tra i due), andiamo a guardare un po' più da vicino cosa si nasconde dietro queste etichette.

. - Sulla creatività dell'interpretazione. Per quanto riguarda la creatività in senso semantico, o interpretativo, domandarsi se la giurisprudenza sia creativa in questo senso è semplicemente un problema mal posto. L'interpretazione giurisprudenziale è sempre in qualche misura creativa. Per un verso, infatti, vi sono nell'ordinamento (in ogni ordinamento) fattori che invitano il giudice a far esercizio di forme più o meno intense di creatività interpretativa: clausole generali, concetti elastici, ricorso a principi o all'equità, e più in generale questioni lasciate volutamente in sospeso in sede legislativa e rimesse alla determinazione dell'interprete, quando non ignorate per la ineluttabile incompletezza (a maggiore ragione diacronica) della trama disciplinare. Queste sono forme di creatività delegata, o autorizzata, dall'ordinamento o meglio dal legislatore; la presenza di questo tipo di creatività può essere di volta in volta una dimostrazione, da parte del legislatore, di saggezza, di codardia politica, o di furbizia tattica: ma resta in qualche modo inevitabile, visto che nessun legislatore può comunque prevedere e regolare dettagliatamente tutti i casi della vita — e una legislazione che cercasse di farlo non rappresenterebbe necessariamente un buon prodotto di tecnica legislativa (30). Poi vi sono ipotesi in cui il giudice, delegato o non che sia, esercita forme più o meno intense di creatività interpretativa, sfruttando l'inevitabile indeterminatezza dei testi normativi, il carattere sistematico del diritto (e dunque la possibilità di sfruttare, e anche reinventare, le più diverse combinazioni tra i vari «pezzi» del sistema (31)), e il presupposto interpretativo spesso silente, ma sempre all'opera, che «il legislatore» non possa essere irrazionale o ingiusto, e dunque che non si possano attribuire agli enunciati normativi significati che darebbero luogo a decisioni giudiziali patentemente assurde o ingiuste. Il risultato è che in ogni interpretazione vi è un margine di creazione, perché il processo ermeneutico involge sempre molteplici scelte che non sono mai precisamente determinate dall'ordinamento. E questo margine di creatività è presente, paradossalmente, anche quando l'interpretazione sembri attestarsi sul significato più ovvio, letterale, del testo normativo da interpretare: se non altro perché anche in

questi casi si sarà operata una scelta, «negativa», di escludere altri possibili significati, meno ovvi ma pur sempre giuridica- mente accettabili e argomentabili.

Si noti peraltro che, salvo casi estremi e abbastanza inve- rosimili (32), la creati- vità interpretativa è esercitata comun- que all'interno delle maglie, più o meno lasche, dell'ordina- mento: solitamente non assomiglia ad un big bang, ma al completamen- to di un quadro già in gran parte, o anche in gran parte, dipinto, al quale il giudice si trova ad aggiungere — con qualche libertà, ma non con una discrezionalità asso- luta — alcuni dettagli, spesso anche importanti (33). Il vero problema, in definitiva, non è come impedire alla giurisprudenza di esercitare qualche forma di creatività in- terpretativa: piuttosto, è capire quanta creatività si sia dispo- sti a tollerare, o — a seconda dei punti di vista — ad inco- raggiare. Ed è un problema essenzialmente di politica del di- ritto, perché coinvolge le ideologie giuridiche dei vari ope- ratori e le variegate idee che si possono avere sulla dinamica dei rapporti tra i poteri. Diversa sarà la misura e forse anche la forma di creatività ammessa o incoraggiata da un giurista di famiglia formalista, oppure da un giurista di famiglia so- stanzialista (34), in base ai valori sottostanti a ciascuna di queste posizioni (la certezza del diritto, la deferenza al legi- slatore democratico, l'attuazione di principi costituzionali, la giustizia del caso concreto, l'adeguamento del diritto alla re- altà sociale, ecc.), e ai diversi modi possibili di combinarli. Ma in nessun caso sarà utile raffigurare il giudice come un automa e tantomeno come uno spassionato rilevatore della lettera della legge, della volontà del legislatore, dello spirito dell'ordinamento, o della coscienza sociale: in breve, come un soggetto impegnato in un'attività priva di scelte in ultima analisi etico-politiche.

VI. - Sulla giurisprudenza come fonte del diritto. Per quanto riguarda la creatività in senso pragmatico, o produttivo, qui la domanda da porsi è se la giurisprudenza sia fonte del diritto. Ancora una volta, l'interrogativo rischia di essere decisamente fuorviante, fino a che non si sia chiarito in che senso si stia parlando di fonte del diritto.

Si dà, infatti, innanzitutto una nozione giuridico-formale di fonte del diritto, da intendersi come l'insieme degli atti e delle procedure a cui l'ordinamento riconosce espres- samente capacità innovativa dell'ordinamento stesso: il paradigma di questa accezione

di fonte del diritto è esemplificato dall'elenco (ancorché incompleto) contenuto nell'art. 1 preleggi; alla luce di questa metrica, in un ordinamento di civil law la giurisprudenza, per definizione, non può essere considerata come fonte del diritto (35).

All'estremo opposto, si parla spesso di fonti del diritto in senso «culturale», per riferirsi a tutto ciò che in concreto influisce sulla decisione del giudice. In questo senso certamente la giurisprudenza può ambire ad essere considerata fonte del diritto, ma al prezzo di banalizzare notevolmente il concetto di fonte e di privarlo di un significativo valore scriminante rispetto ai diversi fattori che a vario titolo possono influire sul processo decisionale del giudice: infatti, la giurisprudenza diverrebbe fonte di diritto tanto quanto la dottrina, con i limiti già indicati, i pregiudizi razziali, l'appartenenza di classe e la stessa digestione del giudice. Infine, un senso forse intermedio, moderatamente «realistico», di fonte del diritto può essere rintracciato in ciò che un giudice deve o dovrebbe tenere in considerazione al fine di raggiungere una decisione giuridicamente corretta; in quest'ultimo senso, vi saranno materiali normativi il cui uso è (trattato come) giuridicamente necessario, altri materiali il cui uso è (trattato come) come necessario salvo forti ragioni in contrario, altri materiali ancora che sono considerati come fortemente consigliati, anche se non tanto da determinare l'invalidità della decisione in caso vengano ignorati, altri ancora che sono puramente ornamentali, ecc. In quest'ultima accezione ha pienamente senso, e ha una rilevanza non solo sociologica ma anche giuridica, chiedersi se la giurisprudenza sia fonte del diritto anche in un ordinamento di civil law: significa in altre parole chiedersi se e in quale misura e in quali circostanze i giudici ritengano doveroso uniformarsi alle interpretazioni già esistenti in sede giurisprudenziale, e quanta libertà ritengano di avere per discostarsene. Ebbene, se si usa quest'ultimo significato, «realistico», di fonte del diritto per guardare alla situazione italiana attuale, non è così facile dare una risposta alla domanda se la giurisprudenza sia fonte del diritto. Per un verso, infatti, è pratica del tutto evidente e affatto familiare che nelle motivazioni delle sentenze si citino ampiamente i precedenti giurisprudenziali: dunque, l'uso dei precedenti è considerato quantomeno un espediente per rendere più solida, più convincente, più completa, un'argomentazione

giudiziale. Per altro verso, però, è del tutto improbabile che, qui e ora, una sentenza di merito venga riformata in secondo grado o in Cassazione solo perché non si è adeguata ad un certo orientamento giurisprudenziale (36). Da questo punto di vista, se la giurisprudenza è fonte del diritto, allora non è molto più che una fonte «persuasiva», o forse sarebbe meglio dire «permissiva» (37). E infine, è del tutto indeterminato il criterio con il quale si possano selezionare i dati giurisprudenziali idonei a figurare utilmente in un'argomentazione giudiziale: «la giurisprudenza consolidata» e «il diritto vivente» sono gli stilemi più rassicuranti a cui si ricorre in questi casi, ma è noto che non esistono formule chiare e condivise per individuare né l'una né l'altro (38). Esistono, è vero, alcune note acquisizioni giurisprudenziali che rappresentano ormai punti fermi, ad esempio la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione di diritti inviolabili, o alcune creazioni giurisprudenziali in materia di diritti della personalità, o il reato di concorso esterno in associazione mafiosa; ma al di fuori di questi non numerosissimi casi è possibile trovare precedenti giurisprudenziali, anche molto autorevoli, idonei a suffragare qualunque tesi interpretativa (come sa ogni avvocato provvisto di affidabili banche dati online) (39).

VII. - Lo sguardo di Medusa. Tiriamo le fila di questo già lungo discorso. Che il diritto non possa esaurirsi nel discorso del legislatore, è tesi ovvia ed evidente. La sua ovvietà deriva dalla natura stessa del fenomeno giuridico, che (a differenza della morale, dell'etichetta, della lingua o di un mercato concorrenziale perfetto) è un fenomeno normativo istituzionalizzato: ciò vuol dire che nel diritto è centrale e imprescindibile non solo la presenza di organi che producono norme giuridiche, ma anche di organi che le applicano (40). E pertanto è inevitabile che il linguaggio del legislatore sia continuamente «trasformato» dagli interpreti: dalla giurisprudenza in primo luogo, ma anche (sia pur in modo diverso) dalla dottrina. Ciò fa sì che l'interpretazione giurisprudenziale sia in qualche senso un'attività creativa, perché l'interpretazione non può non modificare il messaggio normativo; e che la giurisprudenza sia in qualche senso una fonte del diritto, perché le decisioni rese dagli organi istituzionali dell'applicazione esercitano inevitabilmente un'influenza, una «forza gravitazionale» (41), sulle succes-



sive decisioni di altri organi dell'applicazione. Ma, come abbiamo visto, entrambe queste affermazioni devono essere maneggiate con cura.

In particolare, la natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione e l'altrettanto inevitabile incidenza dell'interpretazione giurisprudenziale nella conformazione del diritto positivo non giustificano di per sé alcun plauso aprioristico verso il diritto giurisprudenziale o verso i più estrosi esercizi di fantasia interpretativa, né più o meno edulcorate evocazioni di una «comunità degli interpreti», armoniosamente impegnata in una sorta di dialogo platonico per costruire, un tassello interpretativo dopo l'altro, il migliore dei mondi giuridici possibili. Anzi.

Quanto detto fin qui mostra che l'attività interpretativa, e specialmente quella svolta dalle corti, è un esercizio di potere, ed è condizionata da presupposti etico-politici raramente dichiarati anche se spesso ben visibili. L'interpretazione è il nome che si dà ad una pratica collettiva in cui i punti di riferimento comuni vengono in rilievo tanto quanto le divergenze e i contrasti, e spesso sono proprio questi ultimi a far «progredire» (nel senso etimologico di «andare avanti») la pratica giuridica. Ci sono giuristi con punti di vista diversi, e spesso conflittuali (42), che lottano, ognuno con i mezzi che ha a disposizione (motivazioni di sentenze, saggi accademici, organizzazione di convegni, ecc.), per imporre non solo certe specifiche decisioni o interpretazioni, o certi specifici metodi interpretativi, ma anche per accreditare, consolidare, o ribadire una egemonia politico-culturale — una lotta non solo per il diritto, ma anche per l'autorevolezza. È un gioco a geometria variabile, a cui partecipano molti soggetti e che è attraversato da molteplici divisioni interne: divisioni che segnano sezionalmente tanto la dottrina (quel che ne resta . . .) quanto la giurisprudenza, come è evidente e come dimostrano i numerosi esempi di «guerra tra le due corti» (Consulta e Cassazione) (43), o di «ribellione» dei giudici di merito a principi di diritto fissati dalla Cassazione (44); e si vedano adesso i non facilissimi rapporti tra la Corte costituzionale e, rispettivamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea (45). Alla fine, così, torna ancora una volta alla mente la cruda risposta di Hans Kelsen alla domanda su cosa si celi dietro il diritto positivo (ma potremmo dire, in questo caso, cosa

si celi dietro la comunità degli interpreti): «non la verità assoluta d'una metafisica o l'assoluta giustizia di un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere» (46).

# 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 disuguaglianze, 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.