



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 2021/2022

A chi ha rivestito importanza nella mia vita

Ringraziamenti

Prima di tutto, vorrei ringraziare il mio relatore, che mi ha seguito in questo percorso tortuoso, grazie alla sua 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 una presenza sprontante per la mia carriera universitaria e lavorativa. Grazie per aver sempre creduto in me.

Ringrazio i miei familiari, amici, 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 impegno e portando a casa tanti e soddisfacenti risultati, nonostante le difficoltà.

Ringrazio infine me stessa, e la mia salute non sempre collaborativa, riconoscendo la crescita personale di questi anni e la forza di rialzarmi dopo ogni caduta,
Che la conclusione di questa parentesi sia l'inizio di qualcosa di ancora più grande.

Introduzione

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

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

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

L’opinione di molti¹ è volta alla promozione dell’azione della magistratura nei casi di volta in volta esaminati: attraverso il vaglio delle situazioni concrete via via sottoposte all’attenzione dei giudici, questi riescono a fornire risposte attuali ai bisogni emergenti e al mutamento del contesto sociale, mediante diverse modalità interpre-

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

INTRODUZIONE

tative (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 contrastanti 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

INTRODUZIONE

nell'ordinamento²: si sentiva nella collettività l'esigenza di disciplinare determinate fattispecie; i giuristi erano consapevoli dell'urgenza di provvedere ad inserire nel tessuto legislativo italiano una norma a tutela dei diritti della personalità, ma questa consapevolezza è stata per molti anni chiusa nell'ambiente accademico e nelle corti, senza mai una effettiva proposta parlamentare. 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

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

discostarsi da quanto già presente nel sistema, rischiando di far arenare il progresso dello scenario giuridico.

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

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

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

Indice

Introduzione

1	Creatività giurisprudenziale: un dibattito ideologico	1
1.1	Introduzione	2
1.2	A sostegno dell'interpretazione creativa delle corti	2
1.2.1	La sentenza integrativa-creativa	3
1.2.2	L'art. 12 delle <i>Preleggi</i> e la discrezionalità del giudice	4
1.3	Contro la giurisprudenza creativa	6
1.3.1	La crisi della legge	7
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
2	Diritti riconosciuti come frutto della giurisprudenza creativa	14
2.1	Il diritto all'identità personale: una breve introduzione storica	14
2.1.1	Il caso <i>Veronesi</i>	16
2.2	L'identità personale nel testo Costituzionale	19
2.2.1	Art. 2 Cost. come <i>clausola aperta</i>	20

INDICE

2.2.2	La teoria del carattere chiuso dell'art. 2 Cost	20
2.2.3	La concreta applicazione della teoria	22
2.3	Il diritto all'oblio	24
2.3.1	Un diritto a tutela del ricordo	25
2.3.2	Il ruolo del tempo nel diritto all'oblio	25
2.3.3	I presupposti per la tutela del diritto all'oblio	26
3	Pro e contro della giurisprudenza creativa: argomentazioni e antinomie	28
3.1	Il bilanciamento: cos'è e quando è necessario	28
3.1.1	Art. 21	29
3.2	Bilanciamento fra diritto all'oblio e diritto di cronaca	30
3.2.1	L'attualità della notizia	31
3.3	La dinamicità del bilanciamento fra cronaca e oblio: una questione non solo temporale	32
3.3.1	Il caso della reiterazione della pubblicazione	34
3.3.2	Il corretto esercizio del diritto di cronaca	35
3.3.3	Difficoltà nel bilanciare in relazione alle nuove tecnologie . . .	35
4	Legittimazione democratica e separazione dei poteri: questioni sulla creatività giurisprudenziale	37
4.1	La separazione dei poteri	37
4.1.1	L'equivoco del precedente giurisprudenziale	38
4.2	Legittimazione democratica	38
4.2.1	Il consenso sociale	39
4.3	Il labirinto della creatività nelle aule giudiziarie	40
	Conclusioni	42

Capitolo 1

Creatività giurisprudenziale: un dibattito ideologico

Nonostante il diritto di creazione giurisprudenziale sia spesso criticato, la sua esistenza si è invece rivelata di grande utilità per rispondere ad alcune esigenze che negli anni si sono manifestate. Quando nel 1948 venne varata la Costituzione italiana, si pensò ad un documento di una certa estensione e destinato ad avere una vita duratura: non essendo però possibile, né per i costituenti di allora né per gli studiosi di oggi, determinare in anticipo tutti i casi in cui un dato valore possa considerarsi rilevante, la modalità più adatta per codificare tutti quei principi oggetto d'attenzione si rivelò quella di adottare «formulazioni ampie, generiche, e lasciare che il loro significato venga di volta in volta specificato in sede di applicazione»¹. La possibilità di interpretare di volta in volta un testo sulla base dell'esigenza non significa però operare un giudizio smodatamente discrezionale o necessariamente più incerto, anzi: in determinati casi l'ampiezza del testo costituzionale ha permesso l'introduzione, mediante appunto l'operato delle corti, di diritti e nuove tutele di cui la società sentiva il bisogno ma ancora non normate. Esempi di quanto sopra descritto (nonché protagonisti dell'elaborato), sono il diritto all'identità personale

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

e il diritto all'oblio.

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 perchè tale cultura giuridica, definita formalista o legalista², pretendeva un rigido rispetto della ripartizione delle competenze tra organi diversi, ed una tale libertà delle corti nell'interpretazione di una regola avrebbe causato un mescolamento tra potere legislativo e giudiziario nella ripartizione delle competenze.

Ad oggi, invece, il pensiero di numerosi studiosi del diritto propende nel ritenere l'attività interpretativa del giudice decisamente più creativa rispetto al passato, ma non senza opinioni contrarie, che andremo di seguito a descrivere.

1.2 A sostegno dell'interpretazione creativa delle corti

Iniziando proprio dall'espressione «interpretazione creativa» riferita all'attività del giudice questa potrebbe, a primo impatto, rappresentare un ossimoro: l'interpretazione infatti non potrebbe per definizione essere creativa, cioè dare vita ad un senso

² *cit.*

che non è nella norma, come molti sostengono richiamando l'art. 12 preleggi³. Se così non fosse risulterebbe difficoltoso distinguere tra legge e sentenza, se non altro per le funzioni analoghe che ricoprirebbero.

1.2.1 La sentenza integrativa-creativa

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

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

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

Anche la teoria del diritto e la teoria delle norme ci chiariscono che l'attività giurisdizionale non è solo dichiarativa di un senso anteriore che la norma già possiede. La giurisprudenza è quindi, in una certa misura, creativa, anche solo per l'attività di costruire o ricostruire il senso della norma nello stesso procedimento della sua

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

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

interpretazione ed applicazione. La rivalutazione della giurisprudenza come fonte di diritto, come si evince dalla vincolatività che i precedenti giurisprudenziali hanno acquisito, mostra come, superata la visione del giudice definita da Montesquieu, dovremmo vedere concetti di giurisdizione sempre più lontani dalla natura dichiaratoria volta alla mera rivelazione di diritti, intesa piuttosto come una maniera per rimuovere uno stato di incertezza⁵.

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

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

Il linguaggio infatti non può prevedere tutti gli scenari possibili in un mondo sempre più complesso e variabile: inoltre c'è da considerare che qualsiasi testo normativo si innesta sempre in uno o più sistemi di norme già preesistenti, con le quali è destinato ad interagire più o meno agilmente. Esempio evidente di questo fenomeno si ha prendendo in considerazione il diritto all'oblio. Tale disciplina, nel momento in cui è stata riconosciuta, non si inseriva in un sistema vergine, una *tabula rasa*, la quale avrebbe permesso quindi una applicazione limpida della legge e senza necessità di coesistenza con altri diritti. Al contrario, ha dovuto fin da subito coesistere con il diritto costituzionalmente garantito della libertà di stampa e di espressione, una

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

⁶F. Schauer, *Il ragionamento giuridico*, 2014, p. 20 in A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016, p.117.

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

Se infatti la discrezionalità di quest'ultimo risulta più ampia, autonoma e «libera nei fini e nei contenuti»,⁸ fermo restando il rispetto delle norme costituzionali, quella del giudice si rivela comunque vincolata ad obblighi derivanti dalla Costituzione, quali neutralità, imparzialità⁹ e coerenza.

Tale "discrezionalità", che specialmente nei c.d. casi difficili si traduce inevitabilmente in una operazione creativa, appare legittima e derivante da una situazione per cui il giudice non può e non deve limitarsi a ricercare e eplicitare il significato originario di una legge all'epoca in cui questa venne approvata, anzi: «egli non può ignorare nuovi valori adducendo a giustificazione di tale atteggiamento la loro novità o il fatto che non siano ancora riconosciuti dall'ordinamento. Deve intraprendere un confronto razionale e ragionevole con quelli vecchi e, proprio come questi non vanno abbandonati perché datati, non va impedita l'introduzione di valori nuovi perché troppo recenti.

Tuttavia, questi ultimi non andranno a sostituire quelli vecchi, qualora non siano saldamente radicati nella società e nella coscienza di almeno buona parte dell'opinione pubblica»¹⁰ Se allora ammettiamo la discrezionalità (seppure nella limitata accezione suesposta) e una sorta di creatività dell'interpretazione giudiziale, il giudice è chiamato a decidere tra valori diversi che sovente si contrappongono o contraddi-

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

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

⁹ Art. 111, co.2 Cost.

¹⁰ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, p.159 in A. Larmorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro* in «Questione giustizia», vol. 4/2016, p.117.

cono 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»¹¹. Se il dato testuale si presta a diverse opzioni valoriali, è ovvio che l'esclusivo riferimento ad esso non basta a giustificare la decisione. La creatività dell'interpretazione del giudice si riterrebbe per 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»¹²

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'azio-

¹¹A. 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.

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

ne 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»¹³, 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 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 co-

¹³ *cit.*

stituzionale 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»¹⁴.

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 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»¹⁵.

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

¹⁴ *cit.*

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

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»¹⁶.

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 giurisdizione¹⁷, 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.

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 principialista, 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»¹⁸.

¹⁶ *cit.*

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

¹⁸ *cit.*

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»¹⁹. 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»²⁰.

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 creativa di diritto, sostenuta da Giuseppe Zaccaria²¹, 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

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

²⁰*cit.*

²¹G. 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.

seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste»²², 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»²³.

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".

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 "neo-pandettista".

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 fonamen-

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

²³ *cit.*

tali 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»²⁴; 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»²⁵, propone di «distinguere tra diritto giurisprudenziale creativamente "legittimo" e di conseguenza prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente "abusivo"».

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;

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

²⁵G. 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.

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»¹.

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 Cupis², consolidando un'esigenza collettiva di tutela non solo dei singoli segni distintivi dell'individuo (come il nome), 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.

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

²Sull'argomento: A. De Cupis, *I diritti della personalità*.

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 dell'individuo»³. 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. 675⁴.

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".

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

³Cerri A., v. *Identità personale*, in «Enciclopedia giuridica», pg.1.

⁴La 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.

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

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 titolare 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.⁸.

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, conclu-

⁵Tribunale di Milano - sentenza 19 giugno 1980.

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

⁷Artt. 6 e 7 c.c.

⁸*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.*

siva 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 Cassazione⁹ 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 la fedele e concreta rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità».¹⁰ 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.

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

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

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.

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 tanto 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 aperta¹¹ venissero lesi altri diritti fondamentali invece espressamente garantiti (nel caso in esame, ad esempio, il diritto di cronaca affermato dall'art. 21 Cost.).

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

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»¹².

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"¹³, 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;

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;

¹²P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, p. 56

¹³P. Rescigno, v. *Personalità (diritti della)*, in «Enciclopedia giuridica», pg. 3.

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»¹⁴.

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 irrinunciabile 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 dell'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

¹⁴P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, pp. 74 ss.

costituzionali»¹⁵.

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 resolvesse 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 irrettrabile 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 nome¹⁶.

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

¹⁵G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro*, p. 12.

¹⁶A. Pace, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giur. Cost.*, vol. 1, pp. 103 ss.

di «norma di principio autonoma», in grado di ricondurre alla tutela costituzionale “nuovi” 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.»¹⁷

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.

La damnatio memoriae, la punizione legata alla cancellazione della memoria, dei tempi odierni è rappresentata dalla conservazione dei dati, e quindi dalla non distruzione degli stessi?

Meno poeticamente parlando, il diritto all’oblio si presenta concettualmente come diritto a governare la propria memoria, in contrapposizione al diritto della collettività ad essere informati.

Il passato, stando al sentire sociale e soprattutto alla natura del diritto all’oblio stesso, non dovrebbe essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto. A conferma di quanto detto, già prima dell’avvento di internet e più in generale della tecnologia, era previsto un acerbo diritto “all’oblio”, o più precisamente il diritto a scomparire dagli archivi pubblici con riferimento a determinate informazioni trascorso un certo numero di anni. Il silenzio rispetto alla determinata vicenda e il mancato sopraggiungere di nuove informazioni o sviluppi erano (e sono invero, con qualche aggiunta) considerate ragioni sufficienti per vietare la circolazione di informazioni relative a comportamenti, più o meno criticabili, del passato.

¹⁷Rodotà S., *Il mondo delle rete. Quali diritti, quali vincoli?*.

2.3.1 Un diritto a tutela del ricordo

A metà tra il diritto al rispetto dell'identità personale e il diritto alla riservatezza, il diritto all'oblio presenta 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, riferite al passato, delle quali la persona potrebbe aver perso il controllo per via del tempo trascorso.

2.3.2 Il ruolo del tempo nel diritto all'oblio

Se prima della nota sentenza *Google Spain*¹⁸ 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 sentenza le richieste di de-indicizzazione, anche in territorio nazionale, sono notevolmente aumentate.

Sul tema, però, la Corte di legittimità italiana è apparsa più cauta nel pronunciarsi. Uno dei primi casi registrati, infatti, fa riferimento ad accadimenti degli anni 2012/2013, il cui protagonista si è visto coinvolto in truffe e guadagni illeciti, insieme ad alcuni esponenti del clero e personaggi riconducibili alla criminalità della c.d. Banda della Magliana.

La Corte, come anticipato, rigettò la richiesta di rimozione dei link che informavano dell'evento in quanto:

1. si trattava di un fatto recente;
2. i dati personali risultavano essere trattati nel pieno rispetto del principio di essenzialità.

In questo caso, quindi, l'interesse pubblico al rinvenimento sul web di tali informa-

¹⁸Sull'argomento: Z. Zencovich, G. Resta, *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*.

zioni è prevalso sul diritto del singolo alla rimozione delle stesse; ma è bene notare come, nel trattamento del diritto all'oblio nel panorama italiano, si evince particolarmente come il bilanciamento dei diritti si ponga più che altro come una necessità, per evitare che la tutela dell'uno o dell'altro diritto finisca per ledere alcuni dei diritti costituzionalmente garantiti di cui si è già avuto modo di parlare.

Il diritto all'oblio, come quello alla riservatezza, sono frutto di una elaborazione giurisprudenziale, tuttavia nel far valere il proprio diritto all'oblio, un soggetto deve far i conti con il tempo: infatti, quando l'evento che si vuole "far dimenticare" si rivela piuttosto recente, l'interesse all'informazione pubblica prevarrà sul diritto del singolo a non vedere pubblicate vicende che lo riguardano, lusinghiere o meno che siano; quando invece il tempo trascorre e la notizia, priva di nuovi risvolti, perde di interesse rilevante per il pubblico, il diritto del singolo alla cancellazione dei fatti che lo riguardano prevarrà sull'interesse della collettività di avere ancora a disposizione una notizia che si presuppone già conosciuta.

Per operare un bilanciamento nella tutela del diritto all'oblio rispetto ad altri diritti costituzionalmente garantiti (bilanciamento di cui si parlerà successivamente) l'elemento fondamentale si trova quindi nel trascorrere del tempo, il quale orienterà in un verso o nell'altro l'ago della bilancia.

2.3.3 I presupposti per la tutela del diritto all'oblio

La giurisprudenza, applicando tale bilanciamento, riconosce che il diritto all'informazione riguardo un dato evento da parte della collettività è limitato (e a sua volta limita il diritto a che tale fatto venga dimenticato) al tempo necessario a che l'informazione venga conosciuta. Con il passare del tempo il diritto della collettività alla conoscenza si affievolisce, aumentando il diritto del soggetto ad essere dimenticato per quel determinato avvenimento. In buona sostanza si può evidenziare come la possibilità di tutelare il diritto all'oblio di un soggetto sia inversamente proporzionale alla necessità di conoscenza della collettività: tanto più la seconda si

affievolisce, tanto più il primo aumenta.

Il suggello ufficiale di tale impostazione si ha con la sentenza Cass. n. 3679/1998, che oltre ai tradizionali criteri di verità, pertinenza e continenza, atti a garantire la liceità della divulgazione di una notizia potenzialmente pregiudizievole, 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»¹⁹.

Riepilogando, se una notizia riguardante un fatto è stata pubblicata seguendo i quattro criteri già noti (attualità dell'informazione, essenzialità dell'informazione, rilevanza sociale, veridicità dell'informazione e racconto puntuale dei fatti con espressioni non diffamatorie), per garantire l'esercizio del diritto all'oblio è necessario che rispetto a tale evento:

1. vi sia silenzio prolungato sulla vicenda (sebbene sia da chiarire cosa si intenda per "*prolungato*" considerando che né la legge né la costituzione menzionano una tempistica precisa);
2. vi sia assenza di nuove informazioni che portino nuovamente alla ribalta l'evento;
3. sia trascorso un ragionevole lasso di tempo che faccia ritenere l'avvenimento non più rilevante per la società.

¹⁹R. Pardolesi, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio* in *Questione Giustizia*, p. 82.

Capitolo 3

Pro e contro della giurisprudenza creativa: argomentazioni e antinomie

A conclusione di quanto analizzato nei precedenti capitoli (a partire da un'analisi concettuale e dottrinale di cosa si intenda per "creatività giurisprudenziale", proseguendo con la nascita all'interno delle corti dei diritti all'identità personale e all'oblio) è importante identificare di bilanciamento fra i diritti, più o meno espliciti che siano nel testo legislativo, che sono andati a delinearsi nel tempo e successivamente ad applicarsi, non senza difficoltà, all'interno delle corti.

3.1 Il bilanciamento: cos'è e quando è necessario

In generale, i diritti di "*origine pretoria*" devono necessariamente scontrarsi con tutele previste ed esplicitate nei testi legislativi (o più semplicemente in Costituzione).

Allo stesso modo, perciò, i diritti relativi alla personalità si sono più volte posti come *termini di confronto* per l'esercizio del diritto di cronaca.

La libertà di manifestazione del pensiero, al momento della sua introduzione, non era destinata ad arrestarsi dove iniziava la sfera di riserbo dei singoli: piuttosto era la tutela del singolo era destinata a comprimersi quando si fosse scontrata con l'esercizio legittimo del diritto "*antagonista*", riprendendo vigore nel caso in cui le modalità di aggressione fossero da considerarsi *non iure*.

Quello che ci interessa in tal senso è analizzare il bilanciamento giudiziario che viene operato, 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.

Con riferimento a tale bilanciamento, è opportuno distinguere, almeno sommariamente, fra il bilanciamento effettuato dalle corti ordinarie e quello effettuato dalla Corte Costituzionale: difatti se le prime giudicano su casi concreti che si trovano ad esaminare nel merito, la seconda fa riferimento a fattispecie generali e astratte precedentemente enunciate.

Questo tipo di bilanciamento 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 preferenza tra i due diritti.

3.1.1 Art. 21

Il rapporto tra i diritti della personalità, come l'identità personale, la privacy o l'oblio, e l'attività giornalistica è da sempre stato conflittuale. In fondo, il mestiere del giornalista è proprio quello di scovare notizie e portarle all'attenzione di un pubblico quanto più vasto possibile.

La stampa quindi ha rappresentato (da e) per decenni un serio antagonista dell'interesse del singolo alla riservatezza: già dal 1947, anno in cui il progetto costituzionale venne presentato all'Assemblea, il sentire della maggioranza della società di allora mirava al riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero mediante pa-

rola, scritto o qualsiasi altro mezzo.

Ciò che ne scaturì e che oggi conosciamo e applichiamo come art. 21 sancisce quel che potrebbe apparire come un singolo diritto, dal quale emergono due tutele distinte: diritto alla manifestazione e diritto alla divulgazione di un pensiero.

Diversi ma necessariamente legati da un vincolo di strumentalità.

3.2 Bilanciamento fra diritto all'oblio e diritto di cronaca

Nell'approfondire la tematica del bilanciamento tra il diritto all'oblio e quanto tutelato dall'art. 21, è necessario ribadire la rilevanza costituzionale non solo del diritto di cronaca, ma anche del diritto all'oblio, nell'ottica di conferma di tale diritto - e più in generale dei diritti della personalità - come una tutela di rilevanza costituzionale, grazie alla lettura estensiva dell'art.2.

Il compito di stabilire i confini tra diritto di cronaca e diritto all'oblio è spettato, successivamente rispetto alle corti ordinarie, anche alle Sezioni Unite della Cassazione Civile: era necessario appunto stabilire il confine fra il diritto all'informazione pubblica rispetto alla tutela di riservatezza della persona.

Sulla questione, si è enucleato così il seguente principio di diritto: in tema di rapporti tra il 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 - ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto e attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Questa menzione, deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a soggetti che destino, nel presente, interesse della collettività: in caso contrario prevarrà il diritto degli interessati alla riservatezza e ad essere dimenticati per avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore, dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva.

La giurisprudenza italiana ha, nel tempo, svolto un'accurata indagine ermeneutica riguardo l'art. 21, portando ad equiparare alla manifestazione del pensiero la diffusione di fatti, notizie e informazioni, configurando la libertà di cronaca e di critica come espressione della libertà di comunicare il proprio pensiero.

Pertanto, ferma restando la libertà di informazione, il soggetto cui l'informazione si riferisce è comunque titolare del diritto al rispetto della propria identità personale o morale.

Venuto meno l'interesse alla conoscenza del fatto che inevitabilmente produce una compressione del diritto di un soggetto alla riservatezza, il diritto a quest'ultima e all'oblio tornano ad espandersi fino ai loro fisiologici confini.

3.2.1 L'attualità della notizia

I criteri in base ai quali operare il bilanciamento, storicamente sorti in relazione alla tutela dell'onore e della reputazione, vengono ad oggi estesi ai casi di conflitto con gli attributi della personalità.

Secondo la giurisprudenza, come già constatato, la divulgazione di notizie che possano arrecare pregiudizio all'onore e alla reputazione deve, in base ai dettami del diritto di cronaca, considerarsi lecita quando ricorrono tre condizioni fondamentali: verità oggettiva della notizia, interesse pubblico alla conoscenza del fatto e correttezza formale dell'esposizione. Successivamente aggiunta a tale elenco anche la condizione dell'attualità dell'informazione, nel senso di non divulgare nuovamente, dopo un consistente lasso di tempo, una notizia in passato legittimamente pubblicata.

Sorge chiaramente una questione: qualora, per altri eventi sopravvenuti, positivi o negativi, dovesse rinascere un nuovo interesse alla divulgazione della notizia, sarebbe lecita la pubblicazione di quanto già in passato reso noto?

Ancora una volta è grazie alla giurisprudenza che si è potuto individuare un principio importante: per operare un corretto giudizio e bilanciamento fra diritto all'oblio

e diritto di cronaca è necessario non solo tener conto dei tre (poi quattro) principi suesposti, ma aver presente che la verifica rispetto all'attualità della notizia è subordinata ad una conferma ulteriore riguardante gli eventi accaduti fra la prima pubblicazione dei fatti e la situazione odierna. Per escludere il rischio di diffamazione mediante la ripubblicazione della data notizia, e adottare un comportamento che non leda nessuno dei diritti delle parti, è necessario verificare che:

1. dopo la prima pubblicazione non siano intervenute pronunce o accertamenti volti ad escludere il soggetto dalla precedente indagine o notizia
2. Nel caso siano intervenute modifiche che siano compatibili con una nuova pubblicazione dei fatti, devono comunque essere specificate nel dettaglio per non incorrere nel rischio di informazione incompleta portando nuovamente alla ribalta fatti ormai dimenticabili o, peggio ancora, inesatti.

La non applicazione di tali accortezze avrebbe come risultato un sicuro messaggio distorto sull'identità personale del protagonista della vicenda.

3.3 La dinamicità del bilanciamento fra cronaca e oblio: una questione non solo temporale

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile hanno indicato il limite sussistente fra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio, operando una premessa sui confini del diritto di cronaca.

In particolare, si afferma che quando un giornalista pubblica di nuovo, a distanza di un lungo tempo, una notizia già pubblicata, egli non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto più il diritto alla rievocazione storica di quei fatti. In proposito, è utile ricordare quanto menzionato da Sabrina Peron in una nota a sentenza: «si osserva che la parola "cronaca" ha la propria radice etimologia nella parola greca *Κρονος*»¹, che rimanda, appunto, al tempo.

¹S. Peron, *Il difficile bilanciamento tra il diritto di cronaca e il diritto all'oblio: la soluzione delle sezioni unite*, in *Rivista di diritto dei media*, 3/2019, p. 211.

Il diritto di cronaca allora 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, quindi, collegato ad un determinato contesto. Ciò ovviamente non esclude che in relazione ad un evento passato possano intervenire ulteriori elementi per cui la notizia ritorni attuale.

Ora, trattandosi di storia e non di cronaca, in tal caso il racconto (salvo nei casi di personalità pubblica) deve essere effettuato in forma anonima, poiché la conoscenza di chi ha commesso determinati fatti non può in alcun modo apportare utilità, nel tempo della rievocazione, a chi fruisce dell'informazione. Deve poi, ovviamente, essere verificato caso per caso se a fronte della ripubblicazione di una determinata notizia sussista o meno un interesse qualificato a che essa venga diffusa, soprattutto se la diffusione viene effettuata con riferimenti precisi all'individuo protagonista della vicenda: se infatti l'identificazione personale rivestiva un sicuro interesse al momento della pubblicazione, tale fatto potrebbe essere ai tempi della rievocazione totalmente irrilevante, se non addirittura dannoso per l'immagine e l'identità personale di chi al tempo era coinvolto.

Da un lato, quindi, si riconosce la libertà della scelta editoriale di ripubblicare un avvenimento già legittimamente pubblicato in passato, dall'altra si precisa la prevalenza del diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato con riguardo alla vicenda.

Perciò, nel caso in cui una notizia del passato, a suo tempo legittimamente diffusa, venga ad essere nuovamente pubblicata a distanza di tempo sulla base di una libera scelta editoriale, l'azione del giornalista riveste un carattere puramente storiografico: di conseguenza il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale risulterà prevalente, salvo che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti (ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra attualmente una funzione che lo renda pubblicamente noto).

3.3.1 Il caso della reiterazione della pubblicazione

Altro aspetto interessante sul tema del bilanciamento dei due interessi antagonisti riguarda la ripetizione della notizia.

Per molti sembra che un ruolo importante nel bilanciamento fra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza (o all'oblio) sia svolto dal criterio dell'attualità dell'informazione: tuttavia è bene osservare come, anche nel caso di una notizia che venga pubblicata, senza alcuna informazione aggiuntiva, numerose volte in un breve lasso di tempo si configura una compressione illecita dei diritti dell'interessato. Una tale sovraesposizione, difatti, non aggiunge novità alcuna alla notizia, avvicinandosi pericolosamente al limite che il diritto di cronaca pone naturalmente: evitare che colui che diffonde la notizia esprima un giudizio di valore sulla questione, o peggio ancora, evitare che il soggetto protagonista della vicenda venga ad essere colpevolizzato più o addirittura prima del dovuto per un fatto potenzialmente incerto.

Il pubblico che riceve l'informazione, infatti, ha il diritto alla conoscenza del fatto, ma soltanto le corti hanno il diritto-dovere di giudicare un individuo per le sue azioni. Il caso della reiterata pubblicazione della notizia in brevissimi periodi temporali, specialmente in assenza di una sentenza definitiva, finisce spesso per condannare la persona ad una gogna mediatica, ledendo il suo diritto alla riservatezza e all'identità.

Perciò, anche se si tratta di una tempistica piuttosto breve che non consente la maturazione delle situazioni necessarie a rendere applicabile la tutela del diritto all'oblio (fra cui il trascorrere di un ragionevole lasso di tempo), una pubblicazione eccessivamente reiterata in un tempo ridotto apparirebbe certamente illegittima.

Pertanto, si osserva un dilatamento del diritto alla riservatezza anche nel caso di ossessiva ripetizione di una notizia in un ridotto raggio temporale senza il sopravvenire di alcuna novità, confermando un nullo interesse pubblico sul piano dell'informazione e più un chiaro intento diffamatorio.

3.3.2 Il corretto esercizio del diritto di cronaca

A fronte di quanto approfondito, può parlarsi di corretto esercizio del diritto di cronaca quando:

1. la notizia pubblicata è vera: fermo restando che la realtà può essere percepita in modo differente e che due narrazioni dello stesso fatto possano presentare alcune differenze, non è considerato lecito attribuire ad un soggetto comportamenti mai tenuti o fatti che non lo hanno visto protagonista;
2. viene rispettato il principio della continenza: ossia la descrizione dei fatti deve avvenire correttamente e deve essere contenuta negli spazi strettamente necessari all'esposizione stessa, evitando che la notizia venga strumentalizzata;
3. viene rispettato il principio della pertinenza: ossia la certezza che i fatti esposti siano ricompresi effettivamente nei limiti di ciò che possiamo considerare *interesse pubblico*.

3.3.3 Difficoltà nel bilanciare in relazione alle nuove tecnologie

Al tempo dell'Assemblea costituente, con le disposizioni dell'art. 21, ci si riferiva soltanto a mezzi allora conosciuti come la stampa, il telefono o la radio.

Ad oggi e di pari passo con l'evolversi delle nuove tecnologie in campo della comunicazione, gli esercenti della professione giornalistica (ma anche comuni cittadini, che possano esprimersi e divulgare mediante i social network) hanno a disposizione ulteriori e spesso più immediati *mass-media*.

Ma come è mutato, insieme alle nuove tecnologie di informazione, l'equilibrio esistente fra diritto di cronaca, riservatezza, identità personale e oblio?

Parte della dottrina ha considerato il contenuto dell'art. 21 come parametro fondamentale per garantire i diritti dei cittadini nelle diverse attività (anche compiute online), applicando anche in Internet le stesse tutele che la Carta Costituzionale prevedeva per gli altri mezzi di informazione.

Ma come previsto per gli ordinari mezzi, anche la rete è (e deve essere) soggetta ai

limiti previsti dalla Costituzione, che in tal senso si conferma un testo lungimirante. Infatti l'art. 21 impone dei limiti che ben possono essere applicati anche in rete con riferimento alle espressioni lesive dell'onore e non rispondenti al concetto di verità. Sul punto è necessario evidenziare una difficoltà: i social network, i blog, le testate giornalistiche indipendenti e più in generale tutte le informazioni che circolano in Internet, a causa della vastità e immediatezza dello strumento, risultano meno controllabili rispetto ai mezzi di comunicazione pensati e presenti al tempo dei costituenti. Questo senza dubbio genera delle compressioni sbilanciate del diritto all'oblio rispetto al diritto di cronaca (o, più spesso, rievocazione storica)²

In proposito, i più audaci hanno proposto di istituire un organo di controllo con il compito di analizzare e proteggere alcuni di questi dati. Il ruolo di tale organo sarebbe particolarmente netto: effettuare un controllo generale e continuativo, superiore alla sorveglianza eventuale o spesso frammentaria che può essere apprestata dai soggetti, individuali o collettivi, legittimati ad esercitare forme di controllo.

L'esperienza tuttavia insegna che istituzioni e regolamenti troppo rigidi portano ad una rapida obsolescenza, per cui è sembrato oggi più opportuno individuare degli elementi per assicurare una adeguata circolazione delle informazioni:

1. Previsione e applicazione di una disciplina legislativa di base, costituita da clausole generali e norme procedurali;
2. Individuazione di norme particolari, contenute possibilmente in leggi autonome;
3. Istituzione di un'autorità amministrativa indipendente, con poteri e capacità di adattamento dei principi contenuti nei due punti precedenti.

²Un fenomeno che ultimamente ha preso piede, in proposito, riguarda la pubblicazione di video/podcast di *true crime*, che molto spesso non garantiscono l'anonimato dei soggetti coinvolti, alcune delle quali - o parenti delle stesse - potrebbero facilmente essere rintracciati e riscontrarne pregiudizio a causa della riesposizione al pubblico di fatti passati senza alcuna aggiunta di informazioni rilevanti.

Capitolo 4

Legittimazione democratica e separazione dei poteri: questioni sulla creatività giurisprudenziale

4.1 La separazione dei poteri

In ultima istanza, ciò che sembra accomunare i diversi orientamenti sulla questione della creatività giurisprudenziale (analizzati nel primo capitolo dell'elaborato) è il timore di un superamento del principio di legalità, del positivismo giuridico e più in generale dello stato di diritto basato sulla soggezione dei pubblici poteri alla legge. Positivismo giuridico e principio di legalità non sono concetti che riducono tutto il diritto soltanto alla legge: il modello illuminista di Montesquieu e Beccaria descrive il giudice come mera *"bocca della legge"* e il suo giudizio come *"sillogismo perfetto"*, sicuramente apprezzabili al tempo come contrasto ad una giustizia arbitraria, ma che per lungo tempo hanno rischiato di trasformarsi in una ideologia volta alla deresponsabilizzazione del giudice.

Tuttavia è piuttosto ovvio come al giorno d'oggi nessun giurpositivista possa negare l'esistenza di una sfera di discrezionalità interpretativa. Il legislatore, infatti, ha

capacità di produrre soltanto il diritto vigente, che richiede interpretazione.

Il diritto vivente, invece, è di esclusiva produzione giurisprudenziale, frutto di una argomentazione interpretativa.

Per riassumere il senso odierno del concetto di separazione dei poteri: né il diritto vivente può o potrà essere prodotto dal legislatore, né il diritto vigente può essere prodotto o influenzato dai giudici.

Per questo motivo vengono spesso contestate espressioni come "*ruolo creativo della giurisprudenza*" o giurisdizione come "*fonte del diritto*": la giurisdizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente. Potrà configurarsi come scoperta solo nell'interpretazione delle parole che non hanno un significato proprio ed oggettivamente intrinseco, senza tuttavia dover considerare tale attività come inventiva o creativa, pur trattandosi di una attività cognitiva che comporta una scelta inevitabilmente discrezionale (e per tale ragione sempre argomentata) di un significato associabile all'enunciato.

4.1.1 L'equivoco del precedente giurisprudenziale

Esiste un fraintendimento secondo cui i vincoli imposti dal rispetto del precedente giurisprudenziale possa giustificare, nei nostri sistemi di civil law, la tesi di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge.

Si tratta ovviamente di una lettura errata di alcune situazioni: è infatti ovvia e fisiologica l'influenza esercitata dalle precedenti argomentazioni interpretative. Il fulcro però risiede nel fatto che i precedenti, qualora venissero assunti come vincolanti, lo sarebbero per ragioni sostanziali e non formali, ossia per la persuasività delle tesi interpretative espresse e per la loro razionalità, non per una forza di legge.

4.2 Legittimazione democratica

Il discorso critico sulla creatività giurisprudenziale, talora vista come fattore di inquinamento dei principi democratici di rappresentanza e divisione dei poteri, non

si confronta però con i caratteri propri della legislazione, della cui crisi sicuramente si è discusso e si discute, e alla quale da sempre si addebita la produzione di norme affette da indeterminatezza linguistica, vaghe o generiche al punto da risultare scarsamente utilizzabili le regole ermeneutiche classiche, obbligando i giudici a sperimentare per conferire senso alle norme.

Non bisogna però dimenticare che è lo stesso legislatore che, nel caso in cui una controversia non possa essere decisa con una precisa disposizione, ha previsto dei meccanismi per la sua soluzione: si ha riguardo perciò a norme o casi analoghi e, nel caso di dubbio persistente, si fa riferimento ai principi generali dell'ordinamento statale e si ricorre all'analogia.

In realtà allora, ad essere impreciso, è il termine stesso di *lacuna* considerando le modalità di risoluzione che l'ordinamento mette a disposizione. In un ordinamento fondato sul principio di legalità, ma anche sull'autonomia dei giudici, non esiste altro controllo possibile se non l'emendabilità delle decisioni in ragione, eventualmente, di un diverso criterio ermeneutico.

4.2.1 Il consenso sociale

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?

Chiaro è che si riscontrerebbero non poche difficoltà pratiche qualora un giudice volesse effettuare una simile indagine. Certo è però che un'interpretazione giudiziaria in contraddizione con i valori sociali dominanti minerebbe la fiducia che l'opinione pubblica ripone nella figura e nell'imparzialità del potere giudiziario.

Se le decisioni dei giudici hanno forza normativa è proprio perché sono accolte come tali non solo dalle parti, ma anche dalla comunità e dal contesto sociale.

4.3 Il labirinto della creatività nelle aule giudiziarie

La questione, come abbiamo riscontrato, è di complessa trattazione: la problematica di fondo risiede spesso nel non tener presente che la creatività del giudice tratta una serie di questioni interconnesse.

La comprensione di ciò che accade quando "*i giudici creano diritto*" richiede quindi che si distinguano attentamente le ramificazioni del tema e che si tenga ben separato il fenomeno della approvazione o disapprovazione della creatività giurisprudenziale. Tornando quindi all'idea stessa di creatività giurisprudenziale, un utile indizio per uscire dal labirinto potrebbe essere individuarne il senso: creatività in senso interpretativo, o creatività in senso produttivo.

La logica dietro a tale distinzione è semplice: una cosa è stabilire se, nell'interpretazione di un testo normativo, il giudice abbia attribuito al materiale un senso distante da quello linguisticamente più ovvio; altro è chiedersi se una decisione giurisprudenziale possano condizionare o vincolare altri operatori, vestendosi da fonte del diritto.

Si tratta di due concetti ben distinti: un'interpretazione giurisprudenziale può infatti essere altamente innovativa ed eterodossa, senza essere percepita come vincolante; allo stesso modo una pronuncia può rivelarsi particolarmente influente o persuasiva senza richiedere all'operatore uno sforzo inventivo dal punto di vista dei significati. Se pertanto ci si chiede, guardando al senso interpretativo, se la giurisprudenza sia "*creativa*", si tratta semplicemente di un problema mal posto. Questo perché nell'ordinamento vi sono e vi saranno sempre fattori che invitano il giudice ad esercitare forme più o meno creative di interpretazione (si pensi non solo all'indeterminatezza di alcune norme, ma anche alle clausole generali, al ricorso ai principi generali o all'equità).

Si tratterà sempre, nel nostro ordinamento, di «creatività delegata o autorizzata»¹,

¹R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro It.*, p. 118.

con il risultato che in ogni interpretazione c'è un margine di creazione, perché il processo ermeneutico richiede sempre molteplici scelte che non sono mai precisamente determinate dall'ordinamento.

Il discorso si risolve, molto più semplicemente, nel porsi le domande giuste, ossia non quanto sia lecita o meno la creatività giurisprudenziale, che è imprescindibile, ma quanto dell'attività di completamento delle situazioni di diritto si è disposti a tollerare, o incoraggiare.

Conclusioni

A seguito di quanto studiato e riportato nel presente elaborato, si giunge ad alcune conclusioni applicabili alla maggioranza delle situazioni di diritto del nostro ordinamento.

In primo luogo, pur con pesi e misure diverse, è innegabile che la dottrina ha il potere di influenzare, rallentando o velocizzando, la percezione di un determinato argomento di legge e di ciò che ruota attorno ad esso.

In secondo luogo, si è evidenziato come un diritto *non scritto*, come quello all'oblio, può comunque trovare tutela se la società in qualche modo lo richiede, ripercorrendo la storia legislativa dei diritti della personalità ad esso collegati, interpretando e bilanciando tutele e diritti di cui già disponiamo nel testo costituzionale.

In ultima istanza, si rileva che molto spesso le critiche e gli scetticismi riguardo alcuni argomenti più sfumati e trasversali, non racchiudibili in limiti o definizioni predefinite, nascono in realtà da equivoci legati (piuttosto ironicamente considerando gli argomenti trattati) all'interpretazione del significato delle parole.

Concludo ringraziando sentitamente tutti coloro che mi sono stati accanto in questo percorso e in generale nella vita, oggi presenti o meno.