

CAPITOLO I

PRINCIPI FONDAMENTALI E SISTEMA DELLE FONTI

di *Giovanni Bruno*

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE: G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 466 ss.; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, ristampa 1952; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tratto caratterizzante dei fenomeni sociali nei sistemi comunicativi digitali. – 3. Il sistema delle fonti ed i principi generali.

1. Premessa

Approcciarsi ad una tematica così vasta come quella del diritto delle comunicazioni nell'era digitale richiede, in primo luogo, di delineare i contesti fattuali di riferimento per, poi, verificare la regolamentazione dei fenomeni al fine di selezionare i significativi problemi che si pongono all'attenzione dell'operatore giuridico.

Il diritto, scienza sociale finalizzata a regolare i rapporti tra gli individui, è in continua evoluzione in quanto l'irrefrenabile progresso tecnologico determina profondi mutamenti del contesto socio-economico di riferimento, condizionando le dinamiche relazionali della società civile.

Per comprendere la portata di queste trasformazioni e la loro intrinseca capacità di sollecitare processi riformatori radicali, basti pensare a come sono state modificate, con l'avvento della rivoluzione industriale, le regole organizzative dei sistemi feudali, incentrati sulla proprietà fondiaria.

Il XXI secolo si presenta, rispetto a quello precedente, per un cambiamento senza precedenti che, seppur delineato nei suoi contorni essenziali, avrà ancora bisogno di tutta una serie di assestamenti. Il riferimento è al passaggio nella c.d. era digitale, caratterizzata dall'utilizzo, in larga scala, di sistemi di convergenza comunicativa fondati sulla connessione in rete ad alta velocità attraverso l'utilizzazione di terminali dotati anche di apparati di memorizzazione ad elevata capacità contenitiva.

L'era digitale ha reso possibile l'unificazione concettuale dei diversi significanti evocati dal termine comunicazione in quanto, in questo nuovo contesto, la dimensione del "rendere noto", del "trasmettere" non è più alternativa a quella del "collegare luoghi o ambienti" ma è ad essa inscindibilmente connessa.

Internet è diventato il principale canale comunicativo, soppiantando francobolli, strade, rotte aeree e, così, abbattendo, in un solo colpo, da un lato, le vecchie logiche del confine territoriale e, dall'altro, i privilegi di un accesso elitario alla conoscenza.

La "rete" ha prodotto globalizzazione ed ha permesso al cittadino di acquisire quella maggiore consapevolezza che deriva dalla percezione immediata delle notizie aumentando, così, il contributo partecipativo di ciascuno al processo dialettico che presidia la formazione della volontà popolare a vantaggio di processi democratici effettivi.

Inoltre, la connettività dell'era digitale, oltre ad ampliare gli spazi di libertà personale, ha favorito gli scambi economici e culturali, generando nuove forme di ricchezza che sollecitano una ridefinizione dei processi appropriativi in quanto le nuove entità sono sempre più sganciate dai tratti della materialità che caratterizzavano i beni nel sistema delineato dal codice civile del 1942.

La trasformazione tecnologica generata dall'era digitale è senza precedenti e tocca quasi tutti gli aspetti della vita quotidiana.

Gli strumenti identificativi dei soggetti acquistano la dimensione del "dato" (identità digitale) e la loro valenza pubblicistica si arricchisce di aspetti dinamici che consentono un potere di accesso diretto dell'interessato nel "sistema" al fine di controllare le modalità di trattamento. Il concetto di privacy, quindi, si arricchisce di una dimensione attiva e partecipativa che supera e va oltre la protezione della segretezza della vita privata.

Le modalità di partecipazione del soggetto alle comunità intermedie si svolgono in una differente dimensione. I *forum*, i *social network*, le piattaforme di comunicazione tracciano nuovi scenari ed incidono anche sul linguaggio della trasmissione che, a seconda del mezzo, assume un carattere telegrafico oppure addirittura sostituisce le parole con le immagini oppure con simboli metaforici (c.d. *emoticons*). Lo stesso concetto di identità personale sembra ampliarsi nei multiformi contorni del "profilo" sino al punto da rendere immaginabile una scomposizione dell'immagine del sé a seconda dello specifico contesto comunicativo.

La facilità con cui si può fare circolare, ritoccare e gestire l'immagine rende questo connotato dell'individuo oggetto di nuove forme di sfruttamento attraverso schemi negoziali nuovi rispetto a quelli, già noti, dei contratti di sponsorizzazione e di merchandising.

La stessa gestione della quotidianità, mediante la domotica, avviene con un "clic". Dal cellulare è possibile gestire la propria abitazione attivando ogni tipo di servizio e sempre attraverso il predetto terminale è possibile avere il controllo preciso addirittura di quanti passi e quante calorie si consumano durante una normale giornata.

Anche uno degli aspetti più materiali della quotidianità, quello del pagamento dei beni di prima necessità, avviene, sempre di più, attraverso “moneta elettronica” e le carte di credito, a poco a poco, stanno per essere soppiantate da un’applicazione telefonica. Per non parlare, poi, della particolare dimensione che stanno acquistando le c.d. cripto-valute nei sistemi economici globalizzati e dei molteplici interrogativi che tali nuove forme della prassi pongono agli interpreti.

Il commercio elettronico sta prevalendo sulle tradizionali forme di scambio ed il contratto telematico, con le sue peculiari connotazioni, pone nuove prospettive non soltanto nella fase preparatoria e di conclusione del rapporto ma anche in fase dinamica in quanto il c.d. “ripensamento” assume una particolare valenza al fine di correggere le asimmetrie dovute al divario economico sussistente tra impresa e consumatore. In questo particolare contesto si sono sviluppati nuovi studi sull’autonomia negoziale che hanno cura di valorizzare il principio di sussidiarietà nell’intento di dare supporto costituzionale all’intervento dei pubblici poteri per controllare le vicende sociali e contrattuali, per non renderle appannaggio esclusivo delle strutture organizzative delle grandi società. Su questi aspetti, del resto, si era appuntata l’ultima attenzione del grande commercialista, recentemente scomparso (G. Rossi), che, con dovizia di argomenti, sollecitava il raccordo tra le fonti normative nazionali, quelle comunitarie e quelle degli organi sovranazionali per contrastare il dominio dei grandi gruppi di potere, che, al di fuori di ogni controllo e senza rispondere a nessuna autorità, hanno imposto ad oggi le regole ed hanno in gran parte disciplinato, quasi normativamente, il mercato e la vita di relazione economico-sociale.

Inoltre, anche l’aspetto della mobilità, oramai regolato dai sistemi GPS e da applicazioni per la gestione intelligente dei percorsi presenta nuove frontiere. La tecnologia satellitare, però, se da un lato ha semplificato l’orientamento nelle ramificate arterie stradali, dall’altro pone nuovi interrogativi sulla *privacy* del viaggiatore e sul tracciamento dei dati relativi ai suoi spostamenti quotidiani (c.d. sistemi di localizzazione).

La connettività ha cambiato significativamente non solo i rapporti privati ma anche i rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione nonché ha agevolato la gestione dei procedimenti amministrativi. La firma digitale ed i documenti elettronici stanno soppiantando i vecchi schemi di una burocrazia anacronistica ed i c.d. “sportelli al pubblico” lasciano sempre di più il passo a forme di assistenza *on-line*. Gli Uffici delle relazioni con il pubblico assicurano un diretto rapporto partecipativo amministrazione/privato e la creazione, all’interno di ogni dicastero, della figura istituzionale del responsabile delle comunicazioni esterne, segna un nuovo corso dell’attività amministrativa. Il processo telematico svolge un ruolo di primaria importanza nella deflazione della giustizia, contribuendo a risolvere uno dei problemi più annosi del nostro sistema ed anche la gestione delle misure afflittive, con l’ausilio di strumenti innovativi a connessione continua (si pensi, ad esempio, al c.d. “braccialetto” per la tracciabilità del detenuto agli arresti domiciliari) si arricchisce di nuove potenzialità operative.

I cambiamenti della c.d. era digitale pongono, poi, tutta una serie di problematiche, di non facile soluzione.

L'immenso spazio di "libertà cibernetica", l'estensione senza confini del diritto di critica e le difficoltà legate alla struttura transazionale della rete pongono nuove esigenze di tutela della personalità che richiedono un'attenta meditazione circa il ruolo e le responsabilità di *providers* e gestori dei siti, nonché una visione dinamica del diritto all'oblio al fine di garantire meccanismi di tutela che vadano oltre il rimedio della c.d. deindicizzazione.

A ciò si aggiunga che anche la criminalità organizzata ha affinato le sue condotte illecite con l'utilizzazione in larga scala di strumenti di frode informatica. Si manifestano, quindi, nuovi reati e differenti forme di aggressione alla sicurezza delle persone ed alla riservatezza dei dati che richiedono l'attivazione di valide procedure di *cybersecurity* (si pensi che, oggi, l'*hackeraggio* delle cartelle cliniche di un ospedale può provocare un disastro di portata ben più devastante rispetto alle tradizionali forme di attacchi terroristici).

2. *Il tratto caratterizzante dei fenomeni sociali nei sistemi comunicativi digitali*

Il tratto comune di tutti i fenomeni dei sistemi comunicativi è dato dal loro essere ontologicamente sganciati dai tradizionali contesti territoriali, con tutte le conseguenti implicazioni in ordine all'individuazione della disciplina giuridica applicabile al caso concreto. Di questa peculiarità dei rapporti cibernetici è ben consapevole il legislatore comunitario che, come vedremo tra poco, con il recentissimo regolamento sul trattamento dei dati personali (Reg. UE n. 679/2016) si pone proprio la finalità di uniformare la disciplina interna dei singoli stati membri per evitare, ad esempio, le distonie che oggi si verificano in Danimarca ed in Estonia: stati nei quali, accertata la violazione dei diritti dell'interessato in relazione ad una attività di trattamento dei dati personali, non è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa a carico del titolare del trattamento che ha posto in essere l'operazione illecita. Ad ogni modo possiamo ritenere sin da ora che pur armonizzando la disciplina europea, il conseguente allargamento degli spazi territoriali di tutela non sarà sufficiente a contenere un fenomeno che, per sua natura, penetra ogni steccato ed abbatte anche le più imponenti barriere.

Il bilanciamento tra diritti della persona e diritti sovra-individuali nonché la definizione delle prerogative dell'individuo nel nuovo capitalismo connesso alla rete richiede una delicata attività dell'interprete la cui difficile funzione è aggravata da un sistema eterogeneo delle fonti.

Per cercare di individuare una soluzione omogenea per la gestione dell'era digitale si è molto discusso sull'opportunità di dotare internet di una Costituzione.

All'*Internet Governance Forum*, svoltosi a Joao Pessoa nel 2015, numerosi giu-

risti si sono interrogati sulla possibilità di dotare internet di una Costituzione nonostante la rete non permetta di delineare i tradizionali presupposti per l'adozione di una norma fondante e, cioè, il territorio e l'organizzazione autoritativa propria di uno Stato.

Nonostante le evidenziate criticità relative alle peculiari caratteristiche dei fenomeni digitali risulta evidente che, se il sistema normativo di ogni singolo Stato fosse sovraordinato, nel rispetto dei principi delle Costituzioni di tutti gli Stati democratici, da una sorta di dichiarazione universale dei diritti nella rete, sarebbe più agevole operare un trattamento unitario per situazioni analoghe, in un contesto in cui anche il principio di uguaglianza non può più essere circoscritto alle frontiere di un singolo Paese.

3. Il sistema delle fonti ed i principi generali

Ciò posto, salvo dare atto, nella successiva edizione del presente manuale, di quelli che saranno gli inevitabili interventi del diritto sovranazionale, finalizzati a regolare le nuove esigenze delle società cibernetiche, dobbiamo, adesso, procedere ad un sintetico esame del sistema delle fonti che disciplina i rapporti tra diritti fondamentali, individuali e collettivi, e prerogative legate alle attività commerciali degli operatori economici che, a vario titolo, operano nel mercato c.d. digitale di internet e delle piattaforme multimediali.

Preliminari all'esame del sistema delle fonti sono alcune considerazioni di metodo. Già nel lontano 1957, Giorgio Giampiccolo evidenziava, nell'ambito di una mirabile lezione sul c.d. diritto alla riservatezza tenuta presso l'Università di Macerata (e di cui il contributo cartaceo è, poi, confluito, un anno dopo, negli scritti in onore di Piero Calamandrei), che "nel continuo divenire della realtà l'esperienza conosce esigenze che non si arrestano agli schemi precostituiti; accade quindi che attorno al nucleo centrale di figure già definite è possibile quasi sempre costatarne altre, a dir così extravaganti: sono quelle che, non riuscendo ad inquadrarsi in una particolare previsione di legge, finiscono per non avere concorde riconoscimento".

A ciò si aggiunga che la tradizionale categoria del diritto soggettivo, forgiata per costruire i rapporti che si fondano su geometriche forme giuridiche dell'appartenenza e, quindi, modellata sulla categoria dell'avere mal si presta ad inquadrare fenomeni che, invece, hanno, come oggetto del rapporto, l'essere della persona umana in quanto tale. In quest'ultimo ambito, infatti, le dinamiche del rapporto comportano necessariamente un'accentuata sovrapposizione tra l'elemento soggettivo e quello oggettivo della relazione di riferimento.

Lo iato temporale tra il manifestarsi dei nuovi fenomeni sociali e la loro regolamentazione normativa, la rilevanza fondante dei valori di riferimento nonché le peculiarità strutturali delle situazioni giuridiche in esame, caratterizzate per essere

la loro tutela giurisdizionale costruita prevalentemente nella forma del dovere di astensione, che impone l'omissione di un'azione, richiedono all'interprete di costruire adeguatamente il valore giuridico della persona facendo riferimento all'art. 2 Cost. come norma di formalizzazione.

Ciò posto, costruire il valore giuridico della persona come principio conformatore di norme non esclude, poi, che, con riferimento al fatto e non alla normatività del valore (già assicurata dal principio generale), vi siano una serie di fenomeni sociali oggetto di specifica regolamentazione.

Le norme di settore, finalizzate alla regolamentazione del fatto, al pari di tutte le prescrizioni giuridiche, si caratterizzano, poi, in quanto sono dotate dei caratteri della generalità (la prescrizione è destinata alla generalità dei consociati oppure ad una classe omogenea di soggetti) e dell'astrattezza (la prescrizione è funzionalizzata a valere in una serie indefinita di rapporti). Inoltre, normalmente, tali regole sono prescrittive in quanto l'ordinamento reagisce alla violazione del precetto con l'uso della forza oppure con l'applicazione di una o più sanzioni nei confronti del trasgressore. Infine, come abbiamo accennato, sono caratterizzate da una spiccata interdisciplinarietà poiché non è possibile isolare i profili strettamente privatistici da quelli pubblicistici. Inoltre, il sistema delle fonti si caratterizza non solo per la predetta peculiarità che richiede, come vedremo, un accurato uso dell'interpretazione sistematica, ma anche in quanto, per ciò che concerne i profili relativi alla rete, i caratteri della delocalizzazione della stessa e della immaterialità dei rapporti che si svolgono in questi contesti comunicativi impongono di prestare particolare attenzione alla regolamentazione sovranazionale.

La ricostruzione del sistema delle fonti che regolano i rapporti e le relazioni giuridiche oggetto della nostra attenzione, stante la struttura gerarchica del nostro ordinamento, non può che prendere le mosse dalla Carta Costituzionale, apice dell'immaginaria piramide con cui metaforicamente si suole fornire la plastica rappresentazione della complessa struttura del nostro articolato sistema normativo.

Passiamo, quindi, ad analizzare quali sono i principi costituzionali che assumono una valenza assiologica nel sistema dei diritti della personalità e per mezzo dei quali dovrà procedersi ad una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa specialistica.

Il principio generale è un particolare criterio di selezione degli interessi, finalizzato a rendere concreta l'attuazione dei valori sui quali si costruisce un dato sistema giuridico. La peculiarità della sua funzione richiede che esso non sia direttamente riferibile ad una specifica fattispecie bensì possa rappresentare lo strumento di composizione di tutte quelle nuove problematiche che non hanno ancora ricevuto una compiuta regolamentazione normativa da parte del legislatore. Inoltre, data la propria valenza superiore, il principio generale di rango costituzionale svolge anche un'importante funzione interpretativa delle norme di rango inferiore permettendo, quindi, anche nei contesti di materie già oggetto di specifica disciplina un adeguamento di quest'ultima ai valori che sorreggono la struttura dell'intero sistema.

Per il diritto delle comunicazioni, assume una centrale rilevanza il principio personalistico, espresso dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., che pone al centro del sistema la tutela della persona. La persona viene intesa, nell'accezione delineata dal nostro costituente, in primo luogo con riferimento all'intima essenza della dignità di ciascun individuo strumentale ad assicurare a quest'ultimo tutte quelle prerogative che consentono un'effettiva e piena realizzazione dei suoi connotati morali ed ideologici. In secondo luogo, ed in una prospettiva dinamica, la persona è considerata come immanente elemento strutturale di tutte le comunità intermedie che, in questo ambito, rileva in termini di "*diritto individuale sociale*" e, cioè, come strumento necessario per assicurare al singolo componente di una data comunità quel minimo di partecipazione diretta, necessario al pieno completamento della dimensione individualistica, attraverso la corretta rappresentazione del singolo nel contesto sociale di riferimento.

Il principio personalistico, nell'accezione sopra delineata, presenta strettissime implicazioni con il principio di uguaglianza e con il principio solidaristico.

In base al principio di eguaglianza, enunciato dall'art. 3 Cost., la legge si deve applicare, allo stesso modo, a tutti i cittadini, senza distinzione di *status* sociali e senza privilegi e vi deve essere una paritetica disciplina di fattispecie eguali nonché una differente composizione delle fattispecie diverse (c.d. eguaglianza in senso formale). Inoltre, il menzionato principio, richiede l'adozione di misure promozionali, in quanto la legge deve sovvenire coloro che si trovano in condizioni di debolezza economica e sociale (c.d. eguaglianza in senso sostanziale).

Il principio di eguaglianza fornisce, quindi, precise direttive a cui debbono necessariamente conformarsi tutte le parti del sistema (legislatore, pubblica amministrazione, privati) e richiede che tutti gli atti (pubblici o privati) ad esso contrari siano espunti dall'ordinamento.

Il principio di solidarietà intende, inoltre, assicurare ad ogni individuo le condizioni migliori per un'esistenza libera e dignitosa e per l'affermazione ed il pieno sviluppo della sua personalità. La concreta applicazione del principio, pertanto, richiede, da un lato, un sistematico intervento pubblico, attraverso misure di politica economica, nel sistema tributario e previdenziale nonché nel settore dei servizi pubblici e, dall'altro, attraverso precise regole di diritto privato volte ad evitare abusi a danno del contraente più debole oppure esercizi arbitrari delle prerogative individuali, che non trovano alcun riscontro in un interesse meritevole di tutela.

Espressione diretta e specifica del summenzionato principio nel campo del diritto delle comunicazioni possono considerarsi le disposizioni volte a regolare l'accesso ai sistemi comunicativi e, più in generale, l'erogazione di informazioni, oggettive ed attuali, che consentano la formazione di una consapevole conoscenza democratica.

Il contesto esplicativo del principio solidaristico implica sempre una dimensione partecipativa in quanto il bilanciamento delle disuguaglianze dovute alle differenti condizioni economiche e sociali richiede un'attenta conoscenza della struttura so-

ziale di riferimento per determinare, caso per caso, concrete misure di intervento. Tali misure di intervento, poi, non è detto che debbano venire sempre e necessariamente dall'esterno in quanto i fenomeni più naturali di manifestazione della solidarietà sociale avvengono storicamente all'interno del gruppo (si pensi, ad esempio, alla solidarietà familiare).

Una concreta attuazione del principio personalistico richiede, poi, un attento uso dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità anche perché proprio attraverso le coordinate tracciate da questi criteri è possibile operare correttamente il bilanciamento tra il detto principio ed i valori, anch'essi di rilevanza primaria, dell'informazione nella sua duplice accezione di diritto ad informare (art. 21 Cost.) e del diritto ad essere informati.

Attraverso il principio di ragionevolezza è possibile operare un controllo operativo degli atti normativi, amministrativi e privati, negoziali e non. Più specificamente, attraverso il controllo di ragionevolezza l'ordinamento tende ad evitare che vi siano scelte arbitrarie ed irrazionali. La ragionevolezza impone, pertanto, la corrispondenza degli atti ai fini indicati dall'ordinamento (ad es. utilità dell'informazione, liceità del trattamento dei dati, ecc.), nonché la coerenza dei presupposti di fatto assunti a base delle scelte, la logicità delle stesse, oltre la proporzionalità dei mezzi rispetto al fine.

Inoltre, applicando il principio di proporzionalità, si garantisce un'efficiente tutela della personalità in quanto si pone un limite alla compressione della sfera giuridica dei destinatari dell'atto e si evitano, più in generale, atti sproporzionati rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito con lo strumento in concreto adottato. La notizia, la critica ed ogni forma di manifestazione delle proprie opinioni non devono mai travalicare l'obiettivo da perseguire ed ogni atto posto in essere nell'esplicazione delle predette prerogative, deve attenersi agli obiettivi strettamente necessari (per fare un esempio riferito ai fatti di cronaca degli ultimi periodi della nostra esistenza: nell'informare l'opinione pubblica circa gli esiti delle indagini su di un efferato delitto possiamo ritenere che la notizia di una relazione extraconiugale, avuta in passato dalla moglie del presunto omicida, sia proporzionale rispetto alla funzione di informare l'opinione pubblica sul c.d. "caso Jara"?).

Nella disciplina dei sistemi comunicativi assume, poi, un ruolo di primaria rilevanza il formante comunitario non soltanto in relazione all'aspetto più marcatamente legato al mercato. Nel contesto dell'economia digitale, caratterizzato da forte extraterritorialità dei servizi e dei prodotti delle imprese che operano nel settore si rendono necessarie regole uniformi per garantire un sistema di efficiente concorrenza. Inoltre lo stesso diritto di libero stabilimento negli stati comunitari richiede che tutti i cittadini dell'Unione abbiano le medesime prerogative con riferimento al trattamento dei dati ed alla tutela delle prerogative individuali più intime.

Il recentissimo Reg. UE 27 aprile 2016, n. 679, relativo alla protezione delle

persone fisiche con riguardo a trattamento ed alla circolazione dei dati personali, richiamando l'art. 8, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2012) e l'art. 16, § 1 del TFUE, sancisce in maniera sacrale che la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale assume la connotazione di diritto fondamentale.

La normativa appena richiamata muove dal presupposto che il trattamento dei dati personali deve essere al servizio dell'uomo e che il contemperamento tra il principio personalistico e gli altri diritti fondamentali sia attuato attraverso: a) un attento uso del principio di proporzionalità, con ciò assicurando una coerenza piena con il raggio di azione delineato dalla nostra Carta fondamentale; b) attraverso il coordinamento delle singole normative nazionali mediante l'applicazione di una regolamentazione uniforme che impedisca la frammentazione che ha caratterizzato il periodo di vigenza della Direttiva 95/46/CE.

La normativa sovranazionale è molto articolata ed oltre a quella sopra richiamata assumono rilevanza nel sistema delle fonti: a) la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che ha proclamato i diritti e le libertà fondamentali della persona; b) la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma 1950) dove si affermano e richiamano i diritti alla vita, alla privacy, all'integrità personale e si istituisce la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; c) la c.d. carta di Nizza del 2000 che, nel prevedere il diritto alla protezione dei dati personali, ne declina la tutela attraverso strumenti di carattere partecipativo come ad es. il diritto di accesso ai documenti.

Riveste, inoltre, nell'ambito delle fonti comunitarie un ruolo particolarmente importante la c.d. Direttiva NIS che prevede regole uniformi per la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione e che dovrà essere recepita nel nostro ordinamento entro novembre 2018 (Direttiva UE 2016/1148).

Quanto alla normativa interna di grado ordinario e regolamentare, possiamo rilevare che essa si compone di un articolato sistema di fonti, che accentua il carattere interdisciplinare della materia.

Accanto al codice civile, al codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003) ed al codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), al codice del commercio elettronico (d.lgs. n. 70/2003), al codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003), esiste una variegata legislazione di settore che richiede una certa dimestichezza dell'interprete con il metodo dell'interpretazione sistematica.

Il sistema normativo tradizionale, infine, si arricchisce di tutta una serie di norme di secondo grado, per lo più, ma non solo, frutto dall'attività del Garante della Privacy (regolamenti, codici deontologici, linee guida e pareri). In questo contesto si segnala sin da ora l'importanza del recentissimo d.p.c.m. 17 febbraio 2017 (*"Direttiva recante indirizzi per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionali"*) il quale pone le basi per la costruzione di un sistema generale di cybersecurity il quale presenterà importantissime implicazioni non soltanto nel settore della sicurezza nazionale bensì, anche, nelle istituzioni private.

La disciplina normativa, comunitaria e di diritto interno, volta a disciplinare i rapporti sociali che si svolgono nel settore delle comunicazioni digitali sarà, ovviamente, oggetto di analitico esame nelle successive partizioni del manuale, allorché si procederà ad analizzare gli istituti caratterizzanti ed i problemi rilevanti del sistema.

CAPITOLO II

IL DIRITTO DELLA PERSONALITÀ NELL'ERA DIGITALE: UNA MANIFESTAZIONE EVIDENTE DEL DIRITTO CHE CAMBIA

di *Giovanni Bruno*

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE: N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2006; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1982, p. 13; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 137 ss.; A. GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico. False light in the public eye*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 84 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 466 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982; P. RESCIGNO, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1973, p. 119.

SOMMARIO: 1. Premessa. I diritti della personalità nel nostro sistema civilistico. – 2. Il diritto all'identità personale nelle nuove prospettive dell'era digitale. – 3. Il diritto alla riservatezza nelle nuove prospettive dell'era digitale. – 4. Il diritto all'oblio nelle nuove prospettive dell'era digitale.

1. *Premessa. I diritti della personalità nel nostro sistema civilistico*

La tematica dei diritti della personalità nella impostazione della dogmatica civilistica che ha iniziato ad occuparsi del problema agli inizi del secolo scorso è generalmente affrontata nell'ambito degli approfondimenti sulle situazioni giuridiche soggettive. La maggior parte delle trattazioni manualistiche di diritto privato si caratterizza in quanto, dopo aver affrontato il tema del soggetto del rapporto giuridico, si occupa dei diritti della personalità per dare un contenuto al tema dell'oggetto del rapporto giuridico. In questo contesto si procede, quindi, ad operare una classificazione nell'ambito dei diritti soggettivi di carattere assoluto tra diritti soggettivi di tipo reale (proprietà e diritti reali minori) e diritti soggettivi di tipo personalistico, aventi ad oggetto le molteplici connotazioni morali della persona (diritto al nome, diritto all'immagine, diritto all'integrità corporale, diritto alla segretezza della vita privata, diritto alla salute).

I primi approfondimenti sulla categoria dei diritti della personalità, partendo dalla concezione di diritto soggettivo come potere attribuito dall'ordinamento ai soggetti privati per la soddisfazione di un interesse umano ritenuto rilevante, avevano la necessità di individuare, preliminarmente, la fonte normativa che, di volta in volta, era in grado di selezionare l'interesse protetto. In sostanza, come con chiarezza e sintesi affermava agli inizi del secolo scorso un grande maestro del diritto civile, “*il diritto della personalità risulta dal complesso dei divieti che garantiscono l'intangibilità di questi beni personali*” (F. Ferrara senior, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Firenze, 1920, p. 322). Seguendo questa prospettiva l'impostazione data ai diritti della personalità era molto simile a quella utilizzata per i diritti reali e finiva con il produrre una sorta di tipizzazione dei diritti della personalità nel senso che si ritenevano rilevanti soltanto gli specifici interessi riconosciuti espressamente da una fonte di rango normativo (c.d. teoria pluralistica).

Questa impostazione, però, scontava il prezzo di non poter recuperare la rilevanza di tutti quegli interessi che il tessuto sociale metabolizzava con una velocità troppo elevata per il legislatore. Accadeva spesso, infatti, che in mancanza di uno specifico riferimento normativo l'interprete, al fine di salvaguardare le situazioni sociali poste dalla prassi dei rapporti civili in chiave problematica (si pensi alla parabola della tutela del riserbo), era costretto ad ardite operazioni ermeneutiche per superare gli ostacoli insormontabili del formalismo concettuale.

Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale i problemi della struttura e della tutela dei diritti della personalità venivano, però, ad assumere una nuova dimensione che ha consentito il superamento della teoria pluralistica.

Il riconoscimento della persona come valore superiore, posto al livello più elevato del sistema ordinamentale (artt. 2 e 3 Cost.) permetteva di superare le strettoie di una tutela circoscritta unicamente alle situazioni giuridiche espressamente desumibili dalla norma, facendo assumere rilevanza a tutti gli interessi strumentali alla realizzazione della personalità dell'individuo. Si ricavava, quindi, l'esistenza di un unico e generale diritto della personalità che, anche in mancanza di un diretto riferimento del legislatore ordinario, trova il suo fondamento direttamente nel dettato costituzionale (c.d. teoria monistica; cfr. G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 466 ss.).

Pertanto, se a livello metodologico può essere utile riferirsi ad una pluralità di specifici interessi (ad es. diritto alla riservatezza, diritto alla identità personale, diritto all'onore, ecc.), bisogna farlo nella consapevolezza che si tratta sempre di proiezioni di una tutela unitaria fondata sulla persona come valore assiologico e che, spesso, esistono delle sovrapposizioni dei contenuti del singolo rapporto che, come vedremo nei paragrafi seguenti, non consentono il perfetto isolamento delle singole figure.

I diritti della personalità si caratterizzano per le seguenti peculiarità: a) sono generalmente indisponibili (e, quindi, non trasmissibili a terzi); b) sono irrinunciabili; c) sono imprescrittibili, in quanto il mancato esercizio del diritto nel tempo non fa

estinguere il diritto stesso; d) sono diritti essenziali, nel senso che ne sono necessariamente fornite tutte le persone; e) sono diritti non patrimoniali; f) di regola non sono suscettibili di forme di reintegrazione in forma specifica e, quindi, sono per lo più tutelabili in via risarcitoria (nonché in sede cautelare, con azioni di tipo inibitorio).

La categoria dei diritti della personalità comprende i seguenti aspetti che, prima di passare a verificare le modalità di esplicazione della personalità umana nell'era digitale, meritano ciascun un sintetico riferimento: 1) diritto al nome; 2) diritto all'immagine; 3) diritto alla vita ed alla integrità fisica; 4) diritto all'onore ed alla integrità morale; 5) diritto alla identità personale; 6) diritto alla riservatezza; 7) diritto all'oblio.

Il **nome**, oltre ad essere un elemento identificativo della persona che consente di individuarla rispetto alla generalità degli individui, è uno dei pochi attributi della persona che riceve una tutela codicistica costruita nelle forme e negli schemi del diritto soggettivo. Inteso come diritto della personalità il nome non ha più solo finalità identificative ispirate ad esigenze di ordine pubblico ma assume la qualità di un attributo fondamentale del soggetto; strumento in grado di sintetizzare i caratteri personali (moralì, etici, filologici) di un determinato soggetto che permette di distinguerlo dalla massa indefinita degli altri consociati. A differenza di altri diritti della personalità il nome – di regola – è sottratto alla determinazione del soggetto. Il soggetto non sceglie né il cognome né il nome che gli vengono attribuiti all'esterno.

Il nome conferisce al suo titolare il potere di usarlo in esclusiva. La valenza morale del diritto al nome emerge dagli artt. 8 e 9 c.c. i quali estendono la tutela del nome per ragioni familiari anche allo pseudonimo. Il fondamento di una estensione della tutela del nome mediante l'attribuzione ai familiari della legittimazione all'esercizio delle azioni giurisdizionali si ricava proprio dall'esigenza di garantire la massima realizzazione dei valori morali che sono legati al nome.

Le tutele civilistiche del nome sono: l'azione di reclamo e l'azione di usurpazione.

L'azione di reclamo presuppone che terzi contestino il diritto del soggetto ad utilizzare il proprio nome (ad es. chiamando la persona con nomi diversi) e tende ad ottenere una pronuncia giurisdizionale di condanna alla cessazione del fatto lesivo e, eventualmente, alla pubblicazione di tale sentenza in uno o più giornali.

Quando, invece, i terzi utilizzano indebitamente il nome altrui, il titolare può agire con l'azione di usurpazione a condizione che tale uso indebito possa arrecargli pregiudizio. Non è necessario che il pregiudizio sia attuale, ma è sufficiente che esso sia potenziale in relazione alle circostanze concrete e al contesto sociale. Naturalmente, se il danno si verifica, il soggetto ha a sua disposizione anche l'azione risarcitoria di cui agli artt. 2043 ss. c.c.

Dalla disciplina dell'azione di usurpazione si comprende anche che non ogni uso di un nome altrui legittima il predetto strumento rimediale, ma solo quello che sia indebito: si pensi al caso in cui un terzo si faccia chiamare con il nome del soggetto (c.d. usurpazione in senso stretto); o, come riportano alcuni casi di cronaca

giudiziaria, attribuisca il nome del soggetto ad un personaggio di fantasia, ipotesi anch'essa ricondotta all'usurpazione. A ben vedere, nella gran parte dei casi dei casi in cui la giurisprudenza ha via via riconosciuto sussistente un'usurpazione del nome, l'interesse presupposto all'azione non era tanto quello di garantire una esatta identificazione del soggetto nella collettività bensì quello di evitare che ad un dato appellativo fossero associate idee, gusti, attitudini in maniera non appropriata.

Attraverso la tutela del nome, in realtà, si è offerta garanzia alla personalità morale dell'individuo. Nel sistema dei diritti della personalità la tutela del nome assume, quindi, un ruolo centrale e nei contesti esplicativi dell'era digitale questo particolare attributo della persona acquisisce una nuova dimensione. Si pensi all'utilizzo del *nikename* come peculiare tipo di pseudonimo per navigare in internet ed alle problematiche che si pongono in rete nei sistemi comunicativi di gruppo (c.d. *chat*) dove, spesso, gli individui, pensando di essere coperti dal velo dell'anonimato, si lasciano andare ad invettive e turpiloqui.

Il **diritto all'immagine** tutela l'interesse di ciascun individuo a che il proprio ritratto non sia diffuso ed esposto pubblicamente senza il suo preventivo consenso (art. 96, l. n. 633/1941). Tale tutela trova alcune limitazioni nel caso in cui la persona ritratta sia un personaggio pubblico in quanto non occorre il consenso della persona interessata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dalla funzione ricoperta oppure è ricollegata ad attività o avvenimenti di interesse pubblico (art. 97, l. n. 633/1941).

Il diritto all'immagine è previsto dal codice civile (art. 10) anche se la disciplina normativa sulla protezione dell'immagine è dettata dalla legge sul diritto d'autore (artt. 96 ss., l. n. 633/1941). Il coordinamento tra le due discipline deve essere svolto considerando che il I libro del c.c. è entrato in vigore nel 1939 mentre la legge sul diritto d'autore è posteriore e, quindi, deve considerarsi prevalente. Va comunque osservato che mentre la legge sul diritto d'autore si riferisce al "ritratto" (nozione limitata alla riproduzione con tecniche variabili del volto del titolare su supporto bidimensionale) il codice civile parla di "immagine", termine assai più ampio che ricomprende la riproduzione non solo del viso ma di tutto il corpo, anche in forma tridimensionale. Ad ogni modo, nell'esperienza giurisprudenziale e dottrina è quest'ultima nozione ad avere prevalso. L'immagine assume rilievo nell'ambito della personalità morale, in primo luogo, quale mera rappresentazione delle sembianze del soggetto. Al pari del nome, infatti, anche il ritratto dell'aspetto fisico esteriore della persona rappresenta un segno distintivo della stessa.

Con l'esercizio del proprio consenso l'interessato può rendere divulgabile la propria immagine. Sulla funzione del consenso finalizzato allo sfruttamento della propria immagine esistono due diverse impostazioni. Secondo una parte della dottrina (c.d. teoria dell'atto unilaterale) il consenso, in questi contesti, è un atto unilaterale di natura autorizzatoria in grado di rendere lecito un fatto giuridico altrui. Da altra prospettiva, invece, lo sfruttamento dell'immagine avviene attraverso un vero e proprio contratto con il quale si concede non tanto il diritto all'immagine (con le

relative azioni di tutela) quanto il diritto allo sfruttamento del valore economico dell'immagine stessa (c.d. teoria contrattualistica).

Considerando il rilevante valore economico che può derivare dallo sfruttamento dell'immagine (si pensi ai contratti di sponsorizzazione di Roger Federer oppure anche ai diritti che vengono corrisposti al *youtuber* che ha oltre 10.000 *followers*) ed il particolare rapporto sinallagmatico che si crea tra le parti di questi rapporti, mi sembra che la qualificazione del rapporto debba correttamente svolgersi nell'ambito del contratto.

Il **diritto alla vita** è un diritto inviolabile che assicura ad ogni essere umano la protezione della propria esistenza fisica e si esplica sia attraverso la previsione costituzionale del divieto di pena di morte (art. 27, comma 3, Cost.) sia attraverso la previsione di tutta una serie di norme di carattere penale che obbligano i consociati a non attentare alla vita altrui e a non comprometterne l'integrità fisica. Tale diritto, inoltre, attribuisce all'individuo il potere di disporre in vita delle modalità di gestione di eventuali fasi patologiche idonee a generare uno stato di incapacità (c.d. testamento biologico). Su tale ultimo aspetto si segnala la recentissima disciplina legislativa introdotta con l. n. 219/2017 entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

Per quanto riguarda, invece, il **diritto all'integrità fisica** esso rappresenta una particolare esplicazione del principio personalistico che trova anche uno specifico riconoscimento nell'art. 3, comma 1 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea. Il diritto all'integrità fisica assicura ad ogni individuo la prerogativa di essere dettagliatamente informato circa i trattamenti sanitari e biologici che lo riguardano e si esplica, altresì, attraverso il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti essenziali una fonte di lucro. Al riguardo, l'art. 5 c.c. prevede che non sono ammessi gli atti di disposizione del proprio corpo "quando cagionino una diminuzione permanente all'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". La normativa successiva all'entrata in vigore del codice civile ha, peraltro, ampliato e specificato l'ambito delle deroghe ammesse al principio di indisponibilità del proprio corpo. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dei trapianti di organi e tessuti da cadavere, dapprima dettata dalla l. n. 644/1975 e, da ultimo, riformata dalla l. n. 91/1999 che ha innovato soprattutto il procedimento di manifestazione del consenso alla donazione, introducendo l'istituto del silenzio-assenso. Infine, deroghe al principio di indisponibilità del proprio corpo sono state introdotte in materia di prelievi da persona vivente (l. n. 458/1967 sul trapianto di rene; l. n. 483/1999 sul trapianto di parti di fegato; l. n. 167/2012 in tema di trapianto parziale di polmone, pancreas e fegato tra persone viventi).

La Costituzione accoglie una nuova concezione del corpo umano in quanto si passa da una visione del corpo come mero oggetto di potere dispositivo ad una considerazione dello stesso come fondamentale strumento di autodeterminazione del soggetto. Anche attraverso il corpo la persona costruisce i profili della propria identità ed in questa prospettiva il diritto all'integrità fisica si pone in stretta correlazione con il diritto alla salute (art. 32 Cost.) inteso come diritto al benessere psico-fisico.

Ovviamente, avendo l'individuo la proprietà di tutte quelle parti del corpo che possono essere staccate senza comprometterne la funzionalità (si pensi ai capelli, alle unghie), potrà di queste disporre con specifici contratti.

Il **diritto all'onore ed all'integrità morale** è protetto dal nostro ordinamento sia in sede penale (su tale aspetto si rinvia al successivo capitolo XVIII) che in sede civile. Il diritto all'onore attiene alla sfera specifica del soggetto e consiste nel sentimento che egli ha del proprio valore. L'interesse protetto dal diritto all'onore viene lesa da tutte quelle offese che alternano, in senso peggiorativo, l'autopercezione.

La reputazione, invece, individua la rappresentazione della personalità del soggetto in uno specifico contesto relazionale. Essa rappresenta la considerazione che la società ha delle caratteristiche personali e delle qualità morali di un individuo. Si tratta, dunque, di un elemento oggettivo anche se variabile in relazione sia alla comunità intermedia cui si fa riferimento sia allo specifico *status* rivestito dal soggetto all'interno di essa. La reputazione e l'integrità morale di un soggetto vengono lese da tutti quei comportamenti di terzi che generano un rapporto di disistima da parte del contesto sociale di riferimento.

La nozione civilistica di onore e di reputazione è differente da quella propria del diritto penale, in quanto la tassatività della disposizione criminale richiede che, in questo campo, sia rigidamente predeterminata la consistenza del bene giuridico tutelato. Diversamente la concezione civilistica si presenta molto più elastica, essendo sganciata da parametri medi di onorabilità e rispettabilità ed essendo la correlativa tutela funzionalizzata a salvaguardare anche le specifiche sensibilità del singolo individuo.

Per quanto riguarda, infine, il diritto all'identità personale, il diritto alla riservatezza ed il diritto all'oblio, in considerazione delle particolari implicazioni che per tali aspetti della personalità pone l'era digitale si procederà alla loro trattazione con gli specifici paragrafi che seguono.

2. Il diritto all'identità personale nelle nuove prospettive dell'era digitale

Dopo aver esaminato in linea generale i singoli aspetti della personalità che possono assumere rilevanza nei vari contesti di svolgimento della vita di relazione, dobbiamo verificare quali sono le principali questioni problematiche che pone l'era digitale rispetto a tale categoria.

Analizzeremo, quindi, tre aspetti della personalità umana molto coinvolti nei fenomeni della socializzazione digitale che, seppur apparentemente interdipendenti, sono sostanzialmente legati a doppio filo tra di loro: identità personale, diritto alla riservatezza e diritto all'oblio.

Partiamo dal diritto all'**identità personale** cercando di dare un contenuto a questo aspetto della personalità umana.

Nella prospettiva tradizionale l'identità personale è considerata dal punto di vista statico ed ha una connotazione eminentemente pubblicistica in quanto è utiliz-

zata per sintetizzare il complesso delle risultanze anagrafiche o contenute in pubblici registri che servono ad identificare il soggetto nei suoi rapporti con la P.A. ed a distinguerlo dagli altri consociati. In questa prospettiva assumono rilevanza sia il nome (artt. 6-9 c.c. l'immagine in quanto oramai componente essenziale del processo di identificazione personale (art. 1 c.c. ed artt. 96 ss. l. dir. aut. n. 633/1941) ed oggi anche le impronte digitali in quanto dal 2009 devono essere immagazzinate nel microchip dei passaporti elettronici.

In un'accezione dinamica, con la formula diritto all'identità personale, a partire dagli anni '70, si suole indicare il diritto di ciascun soggetto ad essere rappresentato nella realtà sociale e nelle proprie relazioni personali e pubbliche, con la sua vera identità, quindi, il diritto ad avere una fedele rappresentazione della fisionomia morale, etica, sociale, politica di un individuo. Il diritto in questione tutela, quindi, l'interesse a non vedere all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale. Tale diritto, oggi formalmente riconosciuto dall'art. 2 codice *privacy* ed ancor prima dall'art. 2, l. n. 675/1996, è stato il frutto di un lungo ed articolato processo di incubazione avvenuto nelle aule giudiziarie e stimolato da un meritevole ruolo propositivo svolto dalla giurisprudenza pretorile degli anni '70.

Il processo di costruzione di un diritto all'identità personale si è svolto con vivaci dibattiti dottrinari che, per lo più, si sono caratterizzati per la contrapposizione tra la tesi monistica e quella pluralistica nonché per articolate disquisizioni circa la diretta efficacia prescrittiva dell'art. 2 Cost. quale norma fondante il c.d. principio personalistico.

Analizzando la giurisprudenza degli anni '70, possiamo rilevare una progressiva estensione dell'ambito di operatività dell'azione di usurpazione (art. 7 c.c.) che denotava una chiara tendenza dei giudici ad utilizzare tale strumento rimediabile non più solo in funzione della protezione del nome quale segno distintivo dell'individuo, ma anche nell'ottica della tutela dell'integrità morale del soggetto. Il ragionamento di una parte della giurisprudenza pretorile dell'epoca era pressappoco il seguente: prescindendo dalle fattispecie di confusione, tutte quelle situazioni che, attraverso il riferimento al dato anagrafico, producono una lesione dell'immagine sociale del soggetto "usurato" possono essere tutelate proprio attraverso un'applicazione estensiva dell'art. 7 c.c.

Le criticità di questa impostazione, però, venivano subito in evidenza in quanto l'illegittima utilizzazione del nome, per assumere rilevanza nei termini sopra descritti, doveva pur sempre risolversi nella contestuale offesa dell'onore e della reputazione del soggetto individuato attraverso il dato anagrafico. Maturavano, quindi, i tempi per una condivisione generalizzata del valore giuridico della persona umana e della sua efficacia prescrittiva.

Per descrivere il percorso evolutivo di questo possiamo utilmente richiamare tre importanti precedenti giurisprudenziali.

Il primo, che assume la portata di *leading case* sul diritto all'identità personale, è l'ordinanza emessa dal Pretore di Roma in data 6 maggio 1974.