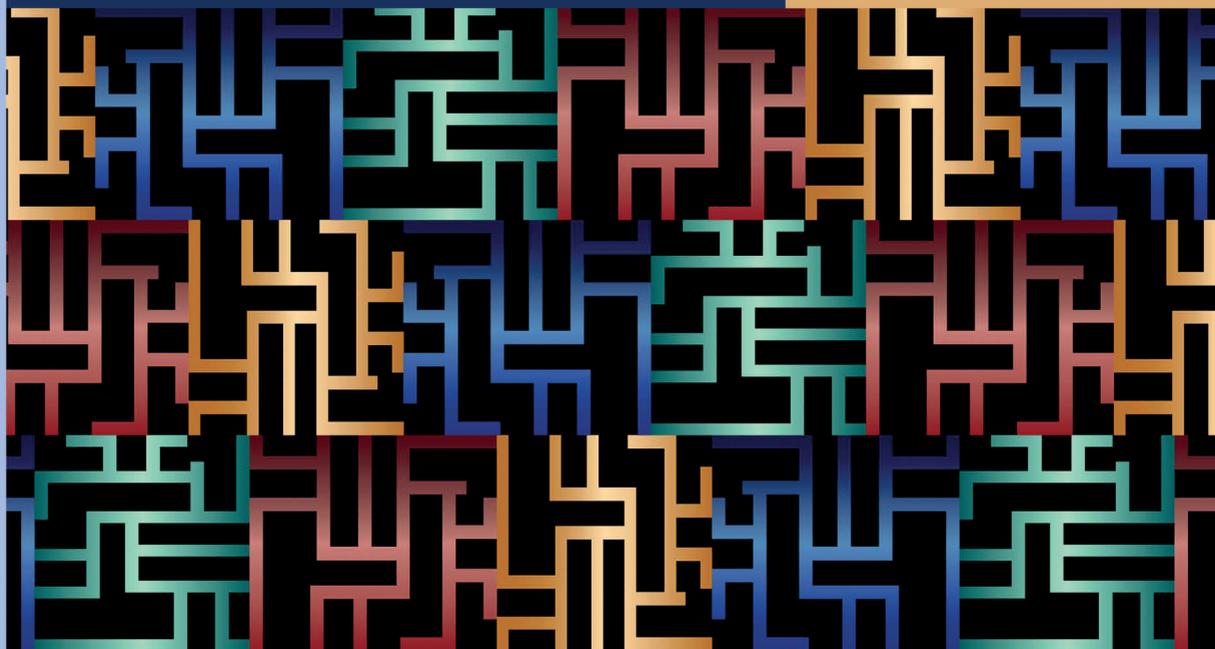


Giuliano Lemme

La transizione giuridica

La crisi del diritto
di fronte alla sfida tecnologica



Giappichelli

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La “persona” e il diritto privato. – 2. Il “consenso” e il diritto privato. – 3. Il paradigma della regolazione.

1. *La “persona” e il diritto privato*

Il nostro Codice civile, come è noto, non definisce l’Uomo, inteso come essere umano. Il motivo è che si è probabilmente ritenuto inutile identificare ciò che viene considerato una sorta di *a priori* del sistema, venuta meno, con la Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino, l’idea – risalente al diritto romano, poi certamente diffusasi durante lo schiavismo sino alla sua completa scomparsa nel mondo occidentale – che appartenenti alla specie *homo sapiens sapiens* potessero non essere considerati esseri umani dal punto di vista giuridico. Tale, infatti, è la portata – per l’epoca rivoluzionaria – dell’affermazione “*Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti*”, recata nell’art. 1 della Dichiarazione.

Quando nell’ambito del diritto civile si parla di “persona” (e in particolare modo di persona fisica) ci si riferisce dunque indubbiamente all’Uomo, il cui status (o, se si vuole, personalità) prescinde dall’ordine giuridico, che si limita a riconoscerlo¹.

¹ A. DE CUPIS, *La persona umana nel diritto privato*, in Foro it., 1956, p. 77 ss.; come riporta M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in Tr. Dir. priv., a c. di P. Rescigno, vol. 2, Torino, 1999, p. 6, il Codice civile austriaco del 1811 riconnetteva la personalità propria del soggetto di diritto, ossia l’Uomo, alla “ragione”. La stessa evoluzione del pensiero giusnaturalista identifica nella “dignità” il tratto qualificante dell’umanità (AA.VV., *Reichgerichtsräte-Kommentar*, a c. di G. Krüger-Nieland, Berlin-New York, 1985, p. 2, in nota).

Seppure si possa in astratto ipotizzare, alla luce della recentissima riforma dell'art. 9 Cost., che anche le specie animali diverse dall'Uomo possano essere titolari di diritti, a mio avviso l'antinomia rispetto alla centralità dell'essere umano quale soggetto-oggetto di regolazione sarebbe mal posta. Le forme di tutela degli animali, infatti, rappresentano semplicemente una sublimazione del senso di *pietas* umana verso altre forme di vita, assieme all'esigenza – sempre strettamente umana – di favorire la biodiversità per appagare un bisogno estetico-filosofico, oltre che ambientale.

In altri termini, e sperando di non attirare con questo le ire dei più convinti animalisti: gli animali sono tutelati come oggetto dell'animo umano, e non in quanto tali, così come non è tutelato in quanto tale, ma solo in quanto proiezione estetica umana, un paesaggio naturale.

L'intento del Codice, assunto dunque l'Uomo come centro della regolazione giuridica², è dunque innanzitutto di determinarne i due aspetti fondamentali: capacità giuridica, e capacità di agire.

La capacità giuridica, strettamente correlata con lo stesso concetto di diritti umani sancito dall'art. 2 Cost.³ coincide, come è stato osservato, con la soggettività, intesa come rapporto tra il soggetto ed i valori espressi dal sistema⁴. In altri termini, come è stato giustamente notato⁵, l'ordinamento giuridico riconcilia un dato di fatto (l'essere Uomo) con conseguenze giuridiche (la capacità). Non solo: la capacità (così come il nome) riceve nella Costituzione una tutela per certi aspetti più estesa degli altri diritti inviolabili, quantomeno se dobbiamo aderire a quella interpreta-

Sul punto, appare illuminante la sintesi fornita da S. ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, 2010, specie a p. 594 ss., ove si interroga sulla origine del concetto stesso di norma come caratteristica dell'evoluzione umana.; v. anche le considerazioni svolte da G. OPPO, *Ancora su persona umana e diritto*, ora in *Ultimi scritti*, Padova, 2013, p. 33 ss. e G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 50 ss.

² Secondo A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 43, l'Uomo può essere considerato il "centro motore" delle norme.

³ M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁴ Così G. ARENA, voce *Incapacità (dir. priv.)*, in Enc. Dir., XX, Milano, p. 910.

⁵ P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Persona e comunità*, Milano, 1999, p. 188 ss.

zione dell'art. 22 Cost. che, facendo leva sul tenore letterale dell'*incipit* della norma, ne estende la portata anche ai non cittadini⁶.

Ad ogni modo, nelle loro diverse declinazioni, personalità, capacità, *status*, ruotano tutti attorno al medesimo fulcro, che è dunque l'Uomo; e di questa soggettivizzazione del diritto privato si possono avere innumerevoli riprove.

Partendo dal livello sistematico, ad esempio, si guardi alla struttura del codice civile⁷, che nel primo libro parla appunto di "persona" ed esordisce, come si è visto, proprio trattando la capacità giuridica ed introducendo dunque le vicende "intime" del soggetto, quelle riguardanti il suo rapporto con gli atti giuridici (capacità di agire) e con le altre persone della sua sfera più intima (coniuge, figli). Nel secondo libro, il codice regola ancora una volta vicende intersoggettive personali, ossia il trasferimento di diritti da soggetto a soggetto per liberalità o a causa di morte. Il terzo, poi, è dedicato al più "esemplare" dei diritti, ossia la proprietà, non a caso definita dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino "sacra e inviolabile", a dimostrazione di una concezione che vede in essa il più tipico estrinsecarsi della dimensione economica umana⁸, addirittura in senso religioso⁹.

Anche nel quarto libro del codice civile il soggetto-Uomo, nel suo interesse alla regolazione dei rapporti economici interpersonali, è posto al centro dell'ordinamento. Alla base dell'obbligazione, infatti, ed a prescindere dalla sua definizione romanistica¹⁰, vi è il paradigma dello scambio, la cui origine è certamente risalente agli albori della civiltà¹¹.

⁶ C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 13 ss.

⁷ v. sul punto le riflessioni, sempre attuali, di P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, Torino, 2004, p. 20.

⁸ La proprietà, come è noto, è stata a lungo vista come una forma di libertà, e ciò ne giustifica l'inserimento nella Dichiarazione. È ben conosciuto, al riguardo, il pensiero di G.W.F. HEGEL (espresso in *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari, 1954, p. 59).

Il binomio libertà-proprietà viene definitivamente spezzato dalla nostra Costituzione, che nell'art. 42 la inserisce nel contesto dei limiti sociali alle libertà economiche. Sul punto, v. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1986, p. 492 ss.; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in Tr. Dir. priv., a c. di P. Rescigno, vol. 7, Torino, 2005, p. 251 ss.

⁹ L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in Riv. crit. dir. priv., 1988, p. 431 ss.

¹⁰ Sulla quale rimando a C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in Tr. Dir. priv., a c. di P. Rescigno, vol. 9, Torino, 1999, p. 3 ss.

¹¹ S. ORTINO, *op. cit.*, p. 416 ss.

È però forse nel quinto libro del codice che l'impostazione estremamente soggettivistica si coglie in tutta la sua ampiezza, fin dal titolo "del lavoro", che in un contesto di norme in stragrande maggioranza dedicate all'impresa suona persino paradossale¹².

Non solo: come da tempo notato in dottrina¹³ il codice civile definisce l'imprenditore (art. 2082 c.c.) e solo indirettamente, in funzione di questi, l'impresa, quasi a rimarcare che ad essere rilevante sia – ancora una volta – il soggetto, rispetto al suo stesso agire.

Per la verità, come è stato diffusamente notato¹⁴ la centralità della figura dell'imprenditore è solo apparente, dal momento che è lo stesso codice, nelle norme del quinto libro, a fare dell'impresa il perno del sistema economico. Si potrebbe dunque giungere alla conclusione che il legislatore del 1942, unificando Codice civile e codice del commercio, sia incorso in una sorta di schizofrenia normativa, dovuta al fatto che, prigioniero di schemi civilistici di derivazione romanistica, doveva definire concetti economici, che inevitabilmente mal si piegavano a tale tradizione.

Di qui gli sforzi della dottrina, anche contemporanea alla redazione del codice¹⁵, di sottolineare la soggettivizzazione dell'impresa, usata come pseudonimo di imprenditore. Soggettivizzazione che, a mio modesto parere, costituisce una forzatura in senso economicistico del dettato normativo, che tenta – forse maldestramente – di tener distinte le due fattispecie.

Sta di fatto che, anche nel linguaggio comune, l'impresa è fortemente soggettivizzata¹⁶. La cosa non deve stupire, in quanto il linguaggio co-

¹² P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 23 ss.

¹³ Sono note le posizioni di G. FERRI, il quale (ad esempio in *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1988, p. 35 ss.) vedeva l'impresa come emanazione dell'imprenditore. Non sono peraltro mancate le voci critiche, come quella di G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in Riv. dir. civ., 1982, I, p. 110 ss., il quale notava come quella di impresa fosse "nozione originaria e primaria rispetto a quella di imprenditore".

¹⁴ P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 28 ss., oltre a G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea come dal punto di vista sistematico sia l'imprenditore ad essere definito in funzione dell'impresa, e non viceversa.

¹⁵ V. ad es. A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in Riv. dir. comm., 1943, p. 5.

¹⁶ Ai miei studenti propongo spesso un test; pronunzio in aula la frase "L'impresa Rossi ha aperto una nuova sede a Guastalla", e chiedo loro se sia formalmente corretta. Le risposte

mune ha spesso più familiarità con le nozioni economiche che con le categorie giuridiche tradizionali.

Nel discorso sin qui tratteggiato si ha comunque la dimostrazione del dato in base al quale l'apparato giuridico privatistico, certamente alla base del sistema regolatorio della società, presuppone il soggetto – ossia l'Uomo, la persona – come elemento determinante e centrale. Soggetto che viene visto nei suoi molteplici aspetti, dal momento biologico della nascita (e, dunque, dell'acquisto della capacità giuridica) a quello della morte (nelle successioni). Soggetto che viene in rilievo per l'estrinsecazione dei suoi diritti fondamentali, a partire da quello di godere e disporre di beni, e per l'interazione di scambio con terzi. Soggetto, infine, che con l'impresa viene colto nella sua essenza di organizzatore¹⁷, che ne estrinseca il "genio creativo" e la capacità economica.

Primo scopo del presente volume sarà dunque di cogliere i mutamenti che l'evoluzione dell'assetto economico, di pari passo con l'avanzare inarrestabile della tecnologia, ha prodotto su questo paradigma giuridico, che fonda, lo ripeto, l'intero sistema privatistico (e non solo).

2. *Il "consenso" e il diritto privato*

Ho sopra accennato al ruolo giocato dallo scambio – in rapporto al soggetto – nel nostro sistema giuridico. La sua importanza è tale, da caratterizzare i primordi dell'essere umano come animale sociale, e dunque in grado di creare relazioni di mutuo vantaggio tra individui. Vi è chi ha addirittura suggerito¹⁸ che il paradigma dello scambio si adatti non solo all'Uomo, ma a tutti gli animali e persino al mondo inorganico.

sono inevitabilmente positive, salvo poi far notare che il significato giuridico letterale sarebbe "l'attività economica organizzata da Rossi ha aperto una nuova sede a Guastalla", il che ovviamente suona del tutto inappropriato.

A risultati non dissimili arrivo quando propongo lo stesso test sostituendo ad "impresa" "azienda", ottenendo, sempre mediante l'applicazione del medesimo principio, la frase "il complesso dei beni organizzato da Rossi ha aperto una nuova sede a Guastalla", se possibile ancora più assurda.

¹⁷ Sulle caratteristiche organizzative dell'impresa v. F. GALGANO, *Il concetto di imprenditore e di imprenditore commerciale*, in Tr. dir. comm. e dir. pubbl. econ., a c. di F. Galgano, vol. II, Padova, 1978, p. 41 ss.

¹⁸ S. ORTINO, *op. cit.*, p. 416 ss.

L'importanza dello scambio, quale veicolo sociale prima ancora che economico, ha comportato l'adozione di diversi strumenti specifici, che possono sintetizzarsi nel baratto¹⁹ (o, nel linguaggio privatistico, permuta), nel dono (donazione), ed infine nella compravendita.

La compravendita, a propria volta, ha reso necessaria l'identificazione di un mezzo intermedio che favorisca lo scambio, ossia la moneta, cui farò cenno in seguito in questo volume. A propria volta, la moneta, quale oggetto intermedio per lo scambio, assurge ad un tale valore simbolico da essere stata paragonata alla Divinità²⁰.

Se più individui scambiano qualcosa, sulla base di meccanismi antropologici, sociali, economici, il presupposto è che sia prestato il consenso allo scambio, e che tale consenso sia validamente manifestato e percepito da entrambe le parti.

Ecco perché l'impianto del diritto delle obbligazioni, come sopra accennavo, ruota attorno al cardine centrale del consenso, inteso come esplicazione della volontà di un soggetto diretta ad un altro soggetto.

Nella prestazione del consenso, infatti, l'Uomo realizza la propria capacità razionale, che si basa sulla comprensione dei termini dello scambio e sulla accettazione piena delle sue conseguenze. E così, sempre in base alla prospettiva privatistica, anche quando il testo contrattuale sia frutto dell'elaborazione di una sola delle parti, la volontà è sempre comune²¹, e risulta dalla sintesi delle volontà dei singoli. Nel consenso, pertan-

¹⁹Nota giustamente S.ORTINO, *op. cit.*, p. 440 ss., richiamando anche gli scritti di M. HARRIS, *La nostra specie*, trad. it., Milano, 2002, p. 145, come nel baratto si sostanzia una forma di "dialogo" sociale non difforme da quello sessuale, nel quale due individui ricavano reciproco piacere da una interazione. Questa prospettiva, di natura prettamente antropologica, è stata colta sin da tempi assai remoti: si veda F. GALLIANI, *Della moneta. Libri cinque*, Napoli, 1750, ristampa del 1976, p. 89, dove si afferma che "essendo il commercio figliuolo del bisogno scambievole, che ha ciascuno, e potendosi definire "Una comunicazione che gli uomini fanno tra loro delle proprie fatiche per riparare alle comuni necessità...".

²⁰G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, trad. it., Torino, 1984, p. 338, citato in M.G. TURRI, *La distinzione fra moneta e denaro. Ontologia sociale ed economia*, Roma, 2009, p. 96.

Sulle origini della moneta v. anche R.A. JONES, *Origini e sviluppo dei mezzi di scambio*, in AA.VV., *Moneta e istituzioni monetarie*, a c. di C. Giannini, G.B. Pittaluga, Milano, 2001, p. 64 ss.

²¹A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, p. 8 ss.

to, si esprime una forza creatrice²², e dunque una manifestazione dell'intelletto; manifestazione che costituisce, come dicevo, una esplicazione della razionalità umana: per usare la terminologia di una nota dottrina²³, espressione del "*potere della volontà*".

Il consenso viene dunque prestato nel momento in cui le parti, avendo chiare le conseguenze del contratto, intendono ad esso vincolarsi attribuendogli efficacia che, come recita enfaticamente l'art. 1372 c.c., ha la stessa forza della legge (beninteso, tra le sole parti del contratto).

Tuttavia, il sistema ideale volto a valorizzare il significato del consenso e la forza delle sue conseguenze (un vincolo dotato di forza di legge) si basa su una serie di presupposti che in realtà non si realizzano, o si realizzano solo in un numero limitato di occasioni. Si assume infatti che il soggetto che manifesta il consenso sia "*adeguatamente libero, adeguatamente informato, che ha adeguatamente ponderato, che padroneggia adeguatamente l'accesso a tutte le possibilità di contrattazione aperte in quel momento*"²⁴. Una sorta di utopia, insomma, che, come tutte le utopie, costituisce una condizione ideale ma irraggiungibile, in maniera non dissimile (ma anzi, ad essa strettamente collegata) dalla perfetta efficienza del mercato²⁵.

Proprio la consapevolezza di tale problema ha spinto la tradizione civilistica, sin da tempi remoti, ad individuare una serie di rimedi, volti anzitutto a far fronte alla discrepanza tra le intenzioni del soggetto e la loro manifestazione esteriore. Si è così sviluppata la disciplina dei vizi del consenso, nei quali (tipicamente nell'errore) si esprime l'idea che i soggetti contraenti possano non comprendere i termini dell'accordo, o dare una manifestazione esteriore del loro consenso non conforme alla reale volontà, come ad esempio nel caso della c.d. dichiarazione involontaria.

D'altro canto, l'indagine della dottrina privatistica si è spinta a riflette-

²² D. MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, in Tr. dir. comm. e dir. pubbl. econ., a c. di F. Galgano, vol. XLVII, Padova, 2007, p. 3.

²³ R. SACCO, *Il consenso*, in Tr. dir. priv., a c. di P. Rescigno, vol. 10, Torino, 1995, p. 147.

²⁴ *Idem*, p. 148.

²⁵ L'efficienza perfetta del mercato, come è intuibile, presuppone appunto la piena consapevolezza e la piena informazione dei vari attori che agiscono all'interno del mercato medesimo.

re sulle condizioni di capacità del soggetto che presta il consenso, oppure sullo stato di alterazione della volontà indotto da violenza o dolo.

È soprattutto quest'ultima fattispecie ad essere di interesse per il presente saggio: nel dolo – così come, per altro verso, nell'errore – si ha nei contraenti una disparità di coscienza circa gli effetti dell'atto e la sua convenienza per una delle parti. Infatti, l'elemento della reticenza (o dolo omissivo) determina conseguenze circa la validità dell'atto²⁶, a testimonianza del fatto che il sistema tradizionale già si rappresentava l'esistenza di doveri informativi di una parte rispetto all'altra²⁷. Vedremo in seguito come questo schema muti e si arricchisca una volta traslato dal piano della contrattazione individuale a quello della contrattazione nel mercato tra consumatori e professionisti.

D'altro canto, l'asimmetria nella prestazione del consenso (ossia, il fatto che il contratto nasca non dall'incontro di due volontà negoziali di pari livello, ma dall'adesione di una parte ad uno schema predisposto dall'altra) trova nel codice civile un rimedio, quello degli artt. 1341 e 1342, decisamente ancorato ad un contesto in cui la parte "aderente" sia in grado di comprendere adeguatamente e valutare il contenuto del rapporto, ed anche – e ciò non mi sembra secondario – di scegliere liberamente se prestare o meno il proprio consenso²⁸. In tal senso si è sostanzialmente mossa la dottrina civilistica²⁹, che ha preso in esame la disciplina in oggetto, sottolineando come questa debba tradursi necessariamente nella predisposizione assolutamente unilaterale del contenuto pattizio, indipendentemente dalla posizione di soggezione di uno dei contraenti nei

²⁶ R. SACCO, *op. cit.*, p. 201 ss.

²⁷ Sul mutamento di prospettiva rispetto agli schemi del diritto privato tradizionale è impossibile non citare, anche per la capacità visionaria, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in AA.VV., *Il diritto privato nella società moderna*, a c. di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 9 ss.

Sulla stessa linea si è posto V. ROPPO, sin da *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina dell'attività negoziale d'impresa*, Milano, 1975, per poi trarne le conseguenze più attuali ne *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.

²⁸ V. sul punto anche A. GENOVESE, *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 6.

²⁹ V. ad es. G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Tr. dir. priv.*, a c. di P. Rescigno, Torino, 1995, p. 111 ss.

confronti dell'altro. Prospettiva certamente corretta, ma che dava al tempo stesso contezza delle intrinseche limitazioni della norma; si noti, ad esempio, che la limitazione alla libertà contrattuale è semplicemente una delle possibili, tipiche clausole vessatorie, ma ha una portata riferita unicamente ai rapporti con i terzi.

Non solo: il problema fondamentale della impostazione degli artt. 1341 e 1342 c.c., come è stato giustamente notato³⁰ è la scarsa efficacia della approvazione specifica e per iscritto, in un contesto nel quale il vero *vulnus* è l'incapacità del contraente di mutare (ma spesso, come vedremo, comprendere) le condizioni vessatorie.

Né a questo impianto, che potrei definire "inadeguato", possono porre rimedio i canoni ermeneutici (come quello della *interpretatio contra stipulatorem* di cui all'art. 1370 c.c.³¹). Infatti, permangono sia il problema del differente livello di coscienza nella prestazione del consenso, sia della scarsa effettività di meccanismi che costringano una delle parti ad avventurarsi in un giudizio nell'ambito del quale rimettere ad un Tribunale l'interpretazione di una clausola.

In sintesi, dunque, un altro elemento cardine del diritto privato, in maniera forse diversa e per certi aspetti più eclatante (almeno apparentemente) rispetto alla definizione di soggetto di diritto, mostra la necessità di essere rivisto e ripensato alla luce dell'affermarsi dell'economia di mercato nei termini attuali. L'esame di questo mutamento sarà il secondo tema alla base di questo saggio.

3. *Il paradigma della regolazione*

L'esistenza di regole può constatarsi in ogni contesto della vita e della stessa materia (si pensi alle leggi fisiche che governano gli atomi, ad esempio). Per la vita organica, ed in particolare per gli animali sociali, tali regole

³⁰ *Idem*, p. 132 ss.

³¹ V. G. SICCHIERO, *Interpretatio contra stipulatorem (art. 1370 c.c.) e buona fede interpretativa*, in *Giur. it.*, 2020, p. 798 ss.; M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Le condizioni generali di contratto*, a c. di C.M. Bianca, Milano, 1979, p. 123; A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. Impr.*, 2019, p. 1160.

assumono forme sempre più multiformi, che vengono determinate dalla biologia. Per l'Uomo, tuttavia, lo sviluppo tecnologico si è sovrapposto alla struttura biologica, comportando l'adozione di regole sociali crescentemente complesse³². Tali regole sociali, fortemente (ed ovviamente) antropocentriche³³, costituiscono le norme, come noi le conosciamo, che certamente si sono dunque sviluppate sin dai primi stadi della civiltà.

Parallelamente allo sviluppo tecnologico, economico, sociale, e a causa di questo, vi è stata una continua evoluzione delle norme³⁴. D'altro canto, le regole giuridiche si sono spesso intersecate, in un rapporto di reciproca influenza, con quelle religiose³⁵ (si pensi al Libro biblico del Deuteronomio, o a molte prescrizioni coraniche che formano la base della *Shari'a*) e con comportamenti non *stricto sensu* codificati, che hanno finito con l'assumere carattere normativo³⁶.

Il formidabile problema (tuttora non risolto) è di stabilire dunque se la norma abbia origine naturale, ossia per certi versi antropologica, essendo connaturata all'Uomo in quanto tale (e, ancora una volta, richiamo il concetto di "diritti inviolabili dell'Uomo") ovvero se la loro radice evolutiva, sociale e tecnologica abbia finito per relegare il c.d. diritto naturale in secondo piano³⁷. Certamente, come notava lo stesso Norberto Bobbio, ammettere la prevalenza del diritto naturale significa doversi scontrare con i mutamenti sociali che individuano le prerogative umane in maniera molto diversa (la libertà di espressione del pensiero, ad esempio, è un diritto naturale, pur essendo sconosciuta in molti contesti e stadi della civiltà?), mentre far prevalere il diritto positivo significa attribuire al so-

³² V. S. ORTINO, *op. cit.*, p. 598 ss.

³³ V. G. ALPA, *op. cit.*, p. 26 ss., che riporta e commenta il pensiero di L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, trad. it., Genova, 2009.

³⁴ G. RIPERT, *Évolution et progrès du droit*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 3 ss.

³⁵ L.T. HOBHOUSE, *Morals in evolution. A study in comparative ethics*, vol. II, New York, 1906, p. 2 ss.; prima ancora, D. HUME, *Treatise of the human nature*, London, 1739. Sul punto v. F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, p. 33 ss.

³⁶ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010.

³⁷ Sono sempre attualissime le riflessioni di N. BOBBIO *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, riprese in tempi recenti da U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, p. 39 ss.

vano il potere di imporre regole che limitano e mortificano gran parte delle libertà³⁸.

Insomma, mentre il giusnaturalismo tende a ridurre ad un nucleo ridottissimo i diritti tutelati, il giuspositivismo rischia di giustificare qualsiasi comportamento, anche ripugnante ed efferato, purché ammesso in un particolare contesto giuridico; anche perché, paradossalmente, si potrebbe arrivare a sostenere che l'unico vero diritto naturale sia quello che impone l'obbedienza agli ordini dell'autorità, quale indefettibile presupposto di ogni comunità sociale³⁹. Se si riflette, la stessa concezione "aperta" dei diritti enunciati dall'art. 2 Cost. ne conferma la non-naturalità, nel senso che il loro incremento, ad esempio per quanto riguarda la riservatezza dei dati personali, è testimonianza della preponderanza del fattore tecnologico/sociale rispetto a quello antropologico.

D'altro canto, alla moltiplicazione delle regole positive si è progressivamente affiancata, come dicevo, la moltiplicazione dei diritti identificati come "naturali", tanto da far parlare – con parole che suonano oggi quanto mai profetiche – di "morte del diritto"⁴⁰.

Ma al di là della distinzione tra norme c.d. naturali e norme positive, mi sembra più utile riflettere sulla distinzione tra norme consuetudinarie, dovute al ripetersi di comportamenti derivanti dalla pratica (io preferirei per la verità definirle "norme economiche") e norme etiche, derivanti dalla speculazione umana sulla immanenza di regole astratte⁴¹. Personalmente, trovo che le seconde finiscano inevitabilmente per essere influenzate dalle prime, perché spesso l'etica viene usata *ex post* per giustificare comportamenti dovuti a necessità economiche; si pensi, in proposito, alle giustificazioni morali e persino religiose utilizzate per legittimare lo schia-

³⁸ Nota giustamente U. PETRONIO, *op. cit.*, p. 40, che i criminali nazisti nel processo di Norimberga si difesero secondo il principio *feci, sed jure feci*, in quanto avevano obbedito ad ordini legittimamente emanati in un contesto di comportamenti pienamente ammessi, ed anzi imposti, dall'ordinamento giuridico nell'ambito del quale agivano.

³⁹ Cfr. le riflessioni di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it., Milano, 1989, p. 17 ss.; prima ancora, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den preußische Staat*, Berlin, 1912, p. 98.

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., p. 177 ss.

⁴¹ S. ORTINO, *op. cit.*, p. 602 ss.

vismo nel sud degli Stati Uniti, dovuto, quest'ultimo, semplicemente alle esigenze dei proprietari terrieri nella coltivazione e raccolta del cotone.

Ciò posto (o meglio, posti questi problemi, che non possono certo essere risolti con questa Introduzione) l'esistenza delle norme presuppone un soggetto che le emani; dunque, un Sovrano (nell'accezione più ampia del termine).

L'identificazione del soggetto legittimato ad emanare la norma, un tempo rimessa a fattori derivanti dalla nascita o dalla forza, ha seguito processi ben più complessi con l'avvento delle forme democratiche di governo, nelle quali, come osservato⁴², si ha una contraddizione tra il principio di uguaglianza e la soggezione dei cittadini ad un governante, sorta di *primus inter pares*.

Ciò pone la necessità della definizione di forme attraverso le quali la norma possa essere emanata; definizione che, nelle democrazie, viene necessariamente contenuta nel testo base, ossia nella Costituzione⁴³. Sono poi spesso le stesse Costituzioni (è il caso, ad esempio, della nostra) che pongono il problema della normativizzazione esterna, ossia promanante dal diritto internazionale⁴⁴.

Il punto di partenza, comunque, è che l'attribuzione allo Stato (o agli Stati) del potere normativo non cancella la necessità che le norme si adeguino alla struttura sociale ove debbono essere applicate⁴⁵. La non adeguatezza della norma al contesto sociale, infatti, ha tra le più immediate conseguenze l'aumento della difficoltà della sua attuazione (o, se vogliamo usare il più specifico termine inglese, *enforcement*) e nel lungo periodo l'applicazione in senso radicalmente diverso da quello del testo originario⁴⁶. Ciò giustifica l'intervento del Giudice, il cui compito è quello di

⁴²H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it., Bologna, 1995, p. 45 ss. e p. 127 ss. Sul problema del rapporto tra stato assoluto e democrazia v. G. BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit., p. 139 ss.

⁴³V. CRISAFULLI, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, I, Roma, 1976; F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 151 ss.

⁴⁵Y. FELDMAN, *The law of good people*, Cambridge, 2018, p. 105 ss.

⁴⁶Un esempio può essere quello del Giappone, ove molte normative attuali (ivi compresa la stessa Costituzione) furono ispirate, quando non imposte, dagli Stati Uniti, a seguito dell'occupazione seguita alla Seconda Guerra Mondiale. Data la profonda differenza tra la strut-

applicare ed interpretare il diritto ponendo rimedio alla discrasia (originaria o sopravvenuta) con gli schemi sociali⁴⁷.

Si crea dunque una differenziazione tra diritto codificato e diritto vivente, superata, negli ordinamenti di *common law*, dalla prevalenza del secondo sul primo.

La difficoltà dell'adesione a questo schema è dovuta a due fenomeni concorrenti. Da un lato, chi fa le norme può mal valutare il contesto sociale e la loro accettazione, finendo per causare effetti del tutto differenti da quelli preventivati⁴⁸; dall'altro, chi ha il compito di contribuire alla formazione del diritto vivente, ossia il Giudice, è soggetto ad umanissimi sentimenti di emozione ed irrazionalità, che possono portarlo a non riuscire a formulare giudizi coerenti con l'adeguamento della norma al contesto sociale⁴⁹.

Ad ogni modo, i principi fondamentali del paradigma normativo sono: l'esistenza di un regolatore, che formula le norme; l'esistenza di un Giudice, che le applica in senso conforme al contesto sociale; l'esistenza, in conseguenza di queste azioni, di una accettazione diffusa della regola.

La crescente tecnicizzazione del diritto, di cui è testimonianza lo stesso linguaggio normativo, spesso pedante e di fatto incomprensibile persino al giurista, ha messo in crisi questo modello, rendendo necessaria la ricerca di soluzioni diverse; il che sarà il terzo tema trattato in questo volume.

tura sociale giapponese e quella statunitense, l'applicazione delle medesime norme ha finito per l'assumere peculiarità sue proprie, radicalmente diverse dal modello originario. Sul punto, v. G. LEMME, *Il diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, 2021, p. 145 ss.; G.F. COLOMBO, *Introduzione*, in AA.VV., *Giappone: un diritto originale alla prova della globalizzazione*, a c. di G.F. Colombo, Venezia, 2011, p. 7 ss.

⁴⁷ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 46 ss.

⁴⁸ È questo il caso della quotizzazione dei beni demaniali ed ecclesiastici stabilita dopo l'unità d'Italia, che causò profondi disastri sociali e naturali, dal deforestamento alla formazione del latifondo; v. S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica*, in AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a c. di S. Cassese, Bologna, 2012, p. 10 ss.

⁴⁹ v. A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017.

CAPITOLO PRIMO

ANIMA E DIRITTO: LA *PRIVACY*

SOMMARIO: 1. Il mito di Faust: *Verweile doch, du bist so schön!* – 2. Nascita del concetto di “*privacy*” come bene dell’individuo. – 3. L’identità digitale e la sua tutela. – 4. GDPR: un volenteroso tentativo.

1. *Il mito di Faust: Verweile doch, du bist so schön!*

L’opera più nota di Goethe, da sempre considerata una delle vette della letteratura mondiale di ogni tempo, ha ad oggetto il bisogno di conoscenza proprio di ogni essere umano. Una conoscenza che, per alcuni critici, implica il superamento del razionalismo¹ ma che, a mio sommo avviso, segna piuttosto il passaggio travagliato dall’Illuminismo al Romanticismo, in maniera non dissimile dal pressoché contemporaneo Don Giovanni di Mozart. Se l’Illuminismo può essere visto come l’età della ragione, della fede nella scienza e della laicità, contrapposto alla spiritualità romantica, nel Faust il percorso del protagonista comprende e somma tutti gli elementi, creando un *unicum* inscindibile².

Ho voluto prendere proprio il mito di Faust come parafrasi (ma forse potrebbe usarsi il termine parodia) dell’Uomo contemporaneo: illuso di poter raggiungere la conoscenza, non conscio del fatto che questa è, per

¹ G.A. ALFERO, *Titanismo e umanità nel “Faust” goethiano*, Genova, 1933.

² E. BLOCH, *Il principio speranza*, trad. it., Milano, 1994, p. 1180 ss., vede in Faust l’esempio dell’Uomo che cerca di raggiungere l’infinito percorrendo interamente il finito; v. le osservazioni di P. D’ANGELO, *Il Faust di Goethe come tragedia filosofica*, in *Bollettino Filosofico*, 2017, p. 14.

definizione, non completamente raggiungibile, in quanto priva di confini. L'Uomo contemporaneo, al contrario di Faust, non ha coscienza dei propri limiti, ma come Faust è disposto a vedere l'anima per ottenere l'apagamento dei propri bisogni immediati.

Mentre quello dell'anima è un concetto metafisico, come tale non suscettibile di valutazione giuridica (sotto qualunque punto di vista, sia religioso che a-religioso, l'anima non potrebbe mai essere considerata un bene ai sensi dell'art. 810 c.c.) ciò che l'Uomo contemporaneo è disposto a dare a terzi in cambio di prodotti o servizi (o strumentalmente all'acquisto di prodotti e servizi) è la propria identità, intesa come complesso dei suoi elementi costitutivi e delle sue azioni.

Nel capitolo che segue mi occuperò della mercificazione dei comportamenti umani; preliminarmente, occorre però verificare in che modo l'evolversi del mercato abbia portato a identificare un bene nuovo, suscettibile di tutela in quanto connaturato alla identità dell'individuo: la sua riservatezza o, per usare il termine in voga, la sua privacy.

Facciamo però prima un passo indietro: se parliamo di "identità" dell'individuo, ci addentriamo nella sfera dei diritti inalienabili della persona. Tra essi, spicca certamente quello al nome (art. 22 Cost.), quale mezzo di identificazione dell'individuo nel contesto sociale in cui vive. Non è inutile ricordare, in proposito, le recenti pronunce della Corte Costituzionale in tema di cognome materno, che hanno riconnesso l'illegittimità costituzionale dell'art. 262 c.c. proprio al sacrificio della "*identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno*"³, con ciò espandendo il concetto di identità del soggetto che prevale, o meglio che giustifica, l'unità familiare.

Accanto alla identificazione del soggetto con il nome, tutelata costituzionalmente e di matrice antichissima, si è andato recentemente affermando il concetto di identità sessuale⁴ attraverso la quale l'individuo tra-

³ Corte Cost., sent. 286/2016 e ord. 18/2021. La Corte, il 27 aprile 2022, con la sentenza 131, ha dichiarato *tout court* l'illegittimità delle norme che attribuiscono automaticamente ai figli il cognome del padre, anche in caso di disaccordo tra i genitori. Sul punto v. A. ANSELMO, *Il cognome e il quadro costituzionale*, in AA.VV., *La riforma del cognome in Italia. Tra diritto all'identità e promozione della parità di genere*, Roma, 2022, p. 34 ss.

⁴ V. G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Bologna, 2017, p. 124 ss.; AA.VV., *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2011. Prima an-

scende il dato meramente biologico in nome di una aspirazione ad auto-definire la propria personalità e di conseguenza il proprio genere, non identificandolo automaticamente con il sesso e neppure con il profilo affettivo (o le sue preferenze sessuali). Si tratta di una ricostruzione estremamente controversa e tutt'altro che compiuta, per la quale non pochi sono i problemi giuridici che si pongono (si pensi, tanto per fare un esempio, alle polemiche sulle sportive *transgender*) ma che a mio avviso testimonia in maniera efficace un processo di dinamicizzazione progressiva del concetto di identità verso ambiti che sempre più trascendono la dimensione sociale in nome di un individualismo sul quale non voglio prendere posizione, non essendo a mio avviso compito del giurista quello di formulare giudizi etici astratti su questo tipo di tematiche.

Se il diritto al nome e alla identità sessuale costituiscono elementi specifici dell'identificazione sociale dell'individuo, l'insieme dei modi in cui questo esplica la propria personalità è stato chiamato "diritto alla identità personale", che comprende la "*molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni (moralì, sociali, politiche, intellettuali, professionali, ecc.), cioè per esprimere la concreta ed effettiva personalità individuale del soggetto quale si è venuta solidificando od appariva destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione*"⁵.

Quello di identità personale è pertanto un concetto al tempo stesso estremamente ampio ed estremamente elusivo, anche perché dinamico⁶.

cora, con il suo consueto acume visionario, si era espresso S. RODOTÀ, *Sesso, diritto all'identità sessuale, transsexualismo. Una prospettiva*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

⁵ Così Cass. 22 giugno 1985 n. 3769; sul punto, v. G. PINO, *L'identità personale*, in AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol. 2, Torino, 2005, p. 367 ss.; G. PINO, *L'identità personale*, in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, a c. di S. Rodotà, P. Zatti, vol. 6, Milano, 2010, p. 297 ss.; di quest'ultimo scritto, si noti in particolare la condivisibile affermazione che "*in ciascuna persona convivono sincronicamente diversi fattori costitutivi dell'identità: l'identità personale non è monolitica, è invece il frutto della convergenza, e della rielaborazione personale, di contributi che provengono da modelli diversi (culturali, religiosi, professionali, ideologici, ecc.). Così gli individui possono diventare, al proprio interno, teatro di una competizione tra fattori identitari potenzialmente confliggenti, dovendo spesso mediare tra molteplici appartenenze e fedeltà non sempre armoniche*".

⁶ Nota giustamente T. PASQUINO, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione*, in AA.VV., *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a c. di E. Tosi, Milano, 2019, p. 97, come occorre ampliare la nozione di identità personale sino a ricomprendervi "*tutti i profili caratterizzanti la personalità*".

Risulta dunque particolarmente problematico immaginarne una tutela unitaria, che presupporrebbe l'accertamento di ciò che, in un particolare momento, l'individuo consideri attributo fondamentale della propria identità, evitando, al contempo, che si finisca per ritenere meritevole di tutela, specie nei confronti dei terzi, qualsiasi estemporanea autoattribuzione: se in un determinato momento un soggetto afferma di identificarsi con un cavallo, non per questo l'ordinamento deve tutelare tale "sensazione". Come è stato correttamente affermato⁷, l'identità personale non riguarda solo l'autopercezione dell'individuo, ma anche ciò che la società vede in lui o lei. Se dunque ciascun soggetto ha diritto a costruire una propria identità⁸, è altrettanto vero che non può darsi per scontato che questa identità debba venire tutelata in qualunque circostanza e a qualunque costo; che, in altri termini, esca dalla sfera individuale di autopercezione per divenire un diritto della personalità di cui la società (e dunque l'ordinamento giuridico) debba prendere atto.

È evidente, dunque, che il compito di distinguere tra individualità personale e diritto all'identità è tutt'altro che semplice, ed è in gran parte condizionato dal mutare della percezione sociale e dei costumi.

Ciò posto, il molteplice significato di "identità" ha visto la sua rilevanza mutare ulteriormente con il diffondersi dell'ultima generazione dei mezzi di comunicazione e di informazione, quelli legati a Internet, che danno all'individuo la duplice possibilità di attingere ad una mole impressionante di informazioni ma anche di contribuirvi fornendole lui stesso.

È in quest'ambito, dunque, che il diritto alla riservatezza è sorto e si sta evolvendo.

dell'individuo"; con ciò facendo assumere al concetto di identità personale un significato in bilico tra diritto e psicologia.

⁷ E.C. RAFFIOTTA, M. BARONI, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2022, p. 166.

⁸ N. CORBO, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 54.

2. *Nascita del concetto di “privacy” come bene dell’individuo*

L’idea di un “diritto alla riservatezza” non si afferma in modo omogeneo, netto e coerente in un particolare contesto giuridico. Negli Stati Uniti, il suo fondamento è stato in genere riconnesso al Quarto Emendamento, a norma del quale “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”⁹; tuttavia, la *common law* vede il diritto alla riservatezza quale una caratteristica essenziale dell’individuo, quasi alla stregua di (se non proprio del tutto conforme a) un diritto naturale. In uno storico saggio, si afferma infatti che “*the common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others*”¹⁰.

Si noti la modernità del concetto, che va ben oltre i diritti stabiliti nella Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino, che all’art. 11 si limitava a regolare la libertà di espressione del pensiero, ma non il diritto corrispondente ad evitare che il pensiero (o le emozioni, o i sentimenti) vengano divulgati al di fuori della sfera personalissima dell’individuo.

L’impatto dello scritto ora citato fu tale, che a distanza di decenni fu definito “il più influente articolo mai pubblicato su una rivista giuridica”¹¹. Il suo merito, infatti, fu quello di identificare un nuovo *tort*, ossia,

⁹ A. ACQUISTI, L.K. JOHN, G. LOEWENSTEIN, *What is privacy worth?*, in *University of Chicago Journal of Legal Studies*, 2013, p. 250. Nello scritto ora citato viene riportato un noto caso deciso dalla Corte Suprema (U.S. v. Antoine Jones, 132 S. Ct. 945 [2012]), nel quale fu annullata la condanna all’ergastolo di uno spacciatore di stupefacenti scoperto grazie ad un rilevatore GPS applicato alla sua autovettura.

V. però J. RUBENFELD, *The right of privacy*, in *Harvard Law Review*, 1989, p. 740, il quale nega che il diritto alla privacy trovi il proprio fondamento nel Quarto Emendamento.

¹⁰ S. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890.

¹¹ Così P. DIONISOPOULOS, C.R. DUCAT, *The right to privacy: essays and cases*, West Publishing, 1976, p. 20; v. anche I.R. KRAMER, *The birth of privacy law: a century since Warren and Brandeis*, in *Catholic University Law Review*, 1989, p. 703; B. BRATMAN, *Brandeis and Warren’s The right to privacy and the birth of the right to privacy*, in *Tennessee Law Review*, 2001, p. 623.