

# LA GIURIDIFICAZIONE DELLA PERSONA. IDEOLOGIE E TECNICHE DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ.

di Giovanni MARINI

1. Non posso fare a meno di cominciare con un ricordo personale. E non solo perché risponde ad un collaudato costume accademico in queste occasioni, ma anche perché può riuscire forse ad illuminare qualche aspetto finora rimasto ancora in ombra dell'insegnamento del Maestro che con questi scritti vogliamo onorare.

Vorrei proprio partire dalla citazione delle prime due letture che, fresco di laurea, mi furono indicate da Stefano Rodotà come primo passo all'approfondimento del diritto civile. Si trattava infatti di "The spirit of common law" di Roscoe Pound, di cui una discussa traduzione italiana era stata pubblicata qualche tempo addietro<sup>1</sup> e della voce "Acquisto del diritto" di Pugliatti sulla Enciclopedia del diritto<sup>2</sup>.

Non è difficile immaginare una certa sorpresa per quell'accostamento. Eppure se da una parte ero certo che il collegamento non fosse del tutto casuale e che, anzi, contenesse una precisa indicazione, dall'altra in realtà non riuscivo a comprenderne con sicurezza il significato.

Dopo di allora ci siamo incontrati parecchie volte ed abbiamo discusso, ma non ho avuto mai il coraggio di domandare le ragioni di quel connubio che – al di là dell'intuizione sul percorso intellettuale che avrei seguito – ha continuato a lungo a suonarmi quantomeno stravagante. Ho continuato però ad interrogarmi in proposito e così vorrei cogliere l'occasione non solo per rivelargli finalmente quel mio dubbio, ma soprattutto per formulare una ipotesi.

2. Roscoe Pound intanto è fra i primi giuristi americani ad impiegare in modo palese e massiccio robuste dosi di comparazione. Pound era anche un personaggio molto particolare, con una personalità poliedrica, che lo indurrà nella sua lunga carriera ad una ricerca continua e ad una complessa evoluzione<sup>3</sup>.

Pound è noto per essere il fondatore della *sociological jurisprudence* – debiti verso l'Europa a parte – Pound era intanto un antiformalista ed intendeva il diritto come una forma di *social engineering*. E ciò non voleva dire soltanto che il diritto dovesse essere costantemente adeguato alla realtà sociale che pretendeva di regolare, ma che- essendo il diritto un mezzo per rispondere alle necessità sociali- la sua scientificità dovesse risiedere principalmente non nella coerenza logica, ma nel modo in cui attraverso le sue *doctrines* le regole giuridiche venivano articolate per rispondere alle diverse finalità sociali che venivano via via ponendosi.

Così Pound si candidava ad essere ad un tempo il precursore della critica che caratterizzerà il realismo giuridico, ma anche colui che doveva porre le basi per il suo superamento<sup>4</sup>.

L'idea del *social engineering* gli consentiva infatti di arginare la deriva più nichilistica (delle interpretazioni) del realismo che avrebbe condotto ad un progressivo svuotamento di significato dei concetti giuridici o quantomeno - nella versione ricostruttiva- alla sovrapposizione sul diritto di altre scienze ritenute più precise<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Pound, Lo spirito della "Common Law", Milano 1970.

<sup>2</sup> Pugliatti, Acquisto del diritto, Enc.dir. I, Milano 1958

<sup>3</sup> Emblematico il dibattito con Llewellyn e Frank. Cfr. Pound, A Call for a realist jurisprudence, 44 Harv. L.Rev. (1931), 697 e Llewellyn, Some realism about realism- Responding to Dean Pound 44 Harv. L.Rev. (1931), 1222

<sup>4</sup> Cfr. Pound, The scope and pur pose of sociological jurisprudence (1-3), 24 Harv. L.Rev. (1911) 591.

<sup>5</sup> Il realismo giuridico comincia con una critica al concettualismo giuridico langdelliano, ma pone successivamente le basi per quella che è stata definita una nuova forma di concettualismo fondata sulle scienze sociali che affidava l'oggettività all'osservazione empirica, costituendo un'alternativa alla corrente più critica e poneva le basi per la

Per Pound superare il formalismo significava anche superare il proprio sistema giuridico. E dunque il diritto comparato veniva arruolato a pieno titolo nella lotta da una parte contro i “nuovi realisti” che riducevano il diritto soltanto ai suoi effetti o peggio lo consideravano come il riflesso delle attitudini personali e soggettive dei giudici e dall’altra contro l’alternativa posta dal ritorno al diritto naturale o alla *analytical jurisprudence*<sup>6</sup>.

In questo modo il metodo poundiano poneva il giurista di fronte alla necessità di una costante verifica dei risultati prodotti attraverso gli strumenti che utilizza. Le categorie giuridiche sono gli strumenti attraverso i quali la realtà entra nel diritto- oggi potremmo dire viene costruita dal diritto- e come tali possono infatti essere imprecise, approssimate talvolta per eccesso, altre volte per difetto.

Ecco allora che torna anche la lezione di Pugliatti, con tutta l’importanza che viene attribuita alle categorie giuridiche ed alla necessità di saperle cesellare.

E’ infatti proprio Pugliatti ad iniziare il processo di ricostruzione degli allora nuovi dati normativi che emergevano dal nuovo codice, dalla Costituzione e dalla legislazione, facendo leva sulle categorie giuridiche, costituite dai concetti tradizionali di cui teneva ferma la validità ma dimostrava anche l’estrema flessibilità. Emblematico fra tutti il lavoro condotto sulla proprietà, di cui Pugliatti riconosce la frantumazione sotto il profilo funzionale, ma di cui conserva l’unità strutturale<sup>7</sup>.

Sarà appunto questa riconosciuta flessibilità a permettere una più ampia penetrazione del “sociale” all’interno dei vari istituti, ponendo le basi per un significativo cambiamento di segno rispetto all’epoca precedente<sup>8</sup>.

Del resto le categorie giuridiche sono la materia su cui lavora il giurista. Qualunque progetto di trasformazione, per avere successo, deve osservare il più fedelmente possibile le convenzioni e le aspettative del ceto professionale sull’uso *corretto* dei materiali a disposizione del giurista. Questi ultimi sono la materia che limita il prodotto che il giurista può raggiungere ma che, proprio in quanto materia, può anche essere molto più plastica (non illimitatamente però) di quanto si possa pensare.

3. Ecco allora le indicazioni di metodo che emergono da quel binomio soltanto apparentemente stravagante e che ritroviamo tutte nella lezione del Maestro.

La critica delle categorie tradizionali viene sviluppata fino in fondo, seguendo il percorso pugliattiano, relativizzando cioè i concetti e rendendoli “idonei a sopportare le sollecitazioni cui erano sottoposti da un’interpretazione teleologicamente finalizzata all’attuazione dei nuovi principi”<sup>9</sup> ed ora in particolare dei valori solidaristici presenti nella Costituzione e nella legislazione speciale. L’impatto provocato sul nucleo degli istituti fondamentali del diritto privato è dirompente: al diritto soggettivo come potere esclusivo nell’interesse del titolare viene contrapposta la funzione sociale nella proprietà; non più nella prospettiva della colpa ma in quella diversa del fatto dannoso deve essere riletta la responsabilità civile per aprire la strada ad una complessa riallocazione del

---

*reasoned elaboration* degli anni successivi. Per tutti sul c.d. concettualismo sociologico cfr. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford... e sulle varie componenti del realismo cfr. G.E. White, *From sociological jurisprudence to Realism :jurisprudence and social change in early twentieth century America*, 58 Va.L. Rev 999 (1972), Peller, *The metaphysics of American Law*, 73 Cal.L.Rev. (1985), 1151, Horwitz, *The transformation of American Law 1870-1960, ...1992*.

<sup>6</sup> Sottolinea la costante ricerca dell’elemento ideale come base della sistemazione e razionalizzazione del sistema giuridico nell’opera di Pound Lasser, *Synthetic readings of Roscoe Pound’s Jurisprudence*, in *Rethinking the Masters of Comparative Law*, (Riles ed.) 2001.

<sup>7</sup> Cfr. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954.

<sup>8</sup> Cfr. Barcellona M., *L’”idea del sociale” nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, Riv.trim.dir.proc.civ. 1997, 717.

<sup>9</sup> Così Nicolò, *Diritto civile*, Enc. Dir. XII, Milano 1964, 71 che pone in evidenza le caratteristiche particolari del formalismo pugliattiano.

danno; e sono altre fonti di integrazione- come legge, usi ed equità- che concorrono ora su di un piano di parità con la volontà individuale alla costruzione del regolamento contrattuale.

Una volta liberati dalle ipoteche individualistiche e restituita centralità alle clausole generali attraverso le quali diventa possibile filtrare valori costituzionali come la solidarietà sociale, le regole del diritto privato vengono aperte da una parte all'intervento legislativo che trova ora la sua "naturale" collocazione all'interno delle strutture tradizionali dell'attività privata e dall'altra a quello del giudice al quale spetta, in modo altrettanto "naturale", il compito di operare via via i contemperamenti necessari fra solidarietà sociale e i valori della razionalità economica.

Emblematica la vicenda del contratto dove la concorrenza fra fonti collocate in posizione paritetica ed il principio della buona fede permettono un'ampia facoltà di intervento quando è necessario ridisegnare l'insieme dei diritti ed obblighi dei contraenti in modo da apprezzare in concreto le reciproche posizioni secondo i principi della solidarietà sociale.

Vengono così poste tutte le premesse di una analisi del diritto privato del *welfare State*, di cui può essere ribadita la centralità senza dover necessariamente presupporre l'idea di un diritto privato come "ordine sottratto alle contingenze". Un diritto privato che deve il proprio "primato" non soltanto al fatto di incorporare valori indisponibili custoditi dalla cultura giuridica o "valori che investono la stessa dignità dell'uomo come essere libero"<sup>10</sup>, ma prevalentemente alla sua capacità di essere in grado di costituire lo snodo fondamentale per la distribuzione delle risorse, come quella che viene operata ad esempio attraverso l'attribuzione della titolarità sui beni esistenti o gli interventi sulle modalità di utilizzazione dei beni da parte di coloro ai quali sono stati già legittimamente attribuiti.

In questa prospettiva, dunque, la *welfare law* non costituisce un intervento eccezionale ed in qualche modo isolato del regolamento statale in un'area normalmente governata da un ordine spontaneo, rappresentato dal diritto privato, le cui istituzioni dal mercato alla famiglia sorgono precedentemente ed indipendentemente dalla regolamentazione statale e le cui regole la precedono nella scala gerarchica.

E questo significa per il giurista assumere apertamente la responsabilità per il modo in cui l'ordine sociale viene costruito attraverso il diritto.

Questo presuppone innanzitutto una scelta per il "candore": la necessità cioè di esplicitare le finalità delle proprie ricostruzioni e di verificare costantemente l'idoneità del proprio strumentario. E richiede anche di riporre una grande fiducia nel diritto come strumento in grado di dialogare con il cambiamento, capace cioè di realizzare un progetto di trasformazione e capace di proiettare ideali democratici anche all'interno della sfera privata.

E lo strumento privilegiato per irradiare questi ideali può continuare ad essere il diritto privato di cui viene consapevolmente esaltata la dimensione "politica" interna, come spazio sempre aperto alla ridefinizione con valenze pubblicistiche e distributive.

4. Questo è anche il bagaglio con il quale è possibile affrontare i problemi che oggi pone la giuridificazione della persona. E' infatti ancora alle regole del diritto privato che è necessario guardare per assicurare obiettivi come il rispetto per la diversità e le differenze individuali, per rifiutare il paradigma della normalità socialmente imposta, dell'omologazione dei comportamenti sociali e per impedire la colonizzazione della vita umana ad opera del mercato, della tecnologia e della scienza.

Il diritto privato può diventare anche un argine all'invasione delle altre scienze nella consapevolezza che cercare risposte "altrove" non è una soluzione appagante poiché serve soltanto a differire il momento della decisione o delegarla ad altri meccanismi che, non meno del diritto privato, sono attraversati da tensioni "politiche".

Nella società contemporanea il diritto privato, dunque, non solo definisce le regole del gioco ma, nel farlo, distribuisce anche la posta ai giocatori e ne determina perfino l'identità.

---

<sup>10</sup> Cfr. Nicolò, Diritto civile cit. 904.

Che sia davvero efficace dipende da una miriade di altri fattori, alcuni già noti come quelli del tutto informali, rappresentati dalla conoscenza delle regole da parte degli attori e dalla possibilità di farle valere in giudizio; altri meno noti, ma tutti estremamente importanti, come la forza delle convenzioni e delle norme sociali che determinano la costruzione degli attori e dei ruoli nel gioco.

Di questa aumentata complessità- dovuta non solo ad una società certo diversa rispetto ai tempi in cui operavano Pound e Pugliatti, ma anche alle nostre aumentate capacità di osservazione- e dei dubbi sulla possibilità di cambiare davvero la realtà sono testimonianza i dilemmi ed i paradossi che cominciano a popolare il diritto privato di Stefano Rodotà.

L'emersione dei c.d. nuovi diritti è quasi sempre accompagnata dalla riproposizione- seppure in vesti sempre nuove- del dilemma della differenza: la creazione di aree di diritto disuguale, capaci di assicurare l'espressione di una specificità o di un modo di essere non omologabile alla normalità, conduce alla conseguente stigmatizzazione dei soggetti ai quali il diritto è garantito, mentre il mancato riconoscimento di tali espressioni priva ovviamente i soggetti di tutela, conducendoli verso l'assimilazione nei modelli dominanti.

Nella responsabilità civile poi il dilemma diventa strutturale ed è destinato a riproporsi inevitabilmente poiché la reazione a certe lesioni presuppone il risarcimento- qualunque sia la funzione che gli può essere attribuita sia essa soddisfacente o deterrente- conducendo inevitabilmente alla monetizzazione degli interessi e dei beni protetti.

Nella privacy i paradossi sono almeno tre. Emblematico fra tutti quello che costringe il soggetto ad oscurare alcuni dati della propria vita privata- i c.d. dati sensibili- per poter partecipare pienamente alla vita pubblica.

5. Nessun campo e nessuna problematica meglio della giuridificazione della persona mostrano come se da una parte il diritto è uno strumento di una possibile emancipazione, dall'altra è però invischiato nella costruzione del soggetto e del potere.

Viene portato così alla ribalta uno dei temi cruciali della società postmoderna e cioè il complesso rapporto di interdipendenza fra realtà sociale e discorso giuridico, in cui quest'ultimo finisce per giocare spesso una funzione costitutiva della prima o, a seconda delle visioni, almeno contribuisce a rafforzarla.

La risposta allora non può essere più rappresentata soltanto da una *Grand Theory* costruita intorno all'affermazione di alcuni valori o principi portanti di cui devono essere predisposte le forme tecniche, ma deve essere affiancata dalla considerazione che queste tecniche e strumenti, come i soggetti che le utilizzano, sono tutte iscritte in un determinato tessuto sociale all'interno del quale sono chiamate ad operare e dal quale sono destinate ad essere influenzate, talvolta con risultati molto diversi da quelli prefigurati o declamati <sup>11</sup>.

E con esso ritorna alla ribalta ancora il tema classico dei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato. Non ha più senso costruire steccati fra privato e pubblico, perché è necessario ricorrere al potere statale per resistere alla conformazione della propria vita privata ed alla sua omologazione ad opera delle convenzioni e delle norme sociali. Non ha più senso creare uno spazio autonomo, un recinto impenetrabile intorno all'individuo, in cui il privato trova protezione, ma poi è "lasciato solo". Non ha più senso schermare la vita privata, se non come avviene con i c.d. dati sensibili, per partecipare con maggiore ampiezza alla vita pubblica.

E la *privacy* come forma di controllo sul modo in cui l'identità individuale può essere costruita, rappresenta presupposto ed elemento costitutivo di una nuova forma di cittadinanza in grado di rafforzare le condizioni per la partecipazione del cittadino alla vita pubblica, una cittadinanza "forte" che tende a contrapporsi a quella forma più "debole", recentemente agglutinata

---

<sup>11</sup> I rapporti complessi fra diritto e società sono stati ovviamente oggetto di moltissime trattazioni che hanno evidenziato la "crisi" del funzionalismo, per una visione calibrata con i problemi che verranno trattati cfr. Kennedy Du, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge 1997.

intorno agli strumenti che dovrebbero consentire al singolo esclusivamente partecipazione al mercato in condizioni di trasparenza e piena informazione<sup>12</sup>.

In questo quadro i passaggi fondamentali sono:

- mettere a punto l'elaborazione di categorie di dati sensibili particolari e controllarne la circolazione, come nel caso delle opinioni politiche e sindacali, delle origini razziali ed etniche, delle convinzioni filosofiche, dell'appartenenza ad associazioni, del credo religioso, permette di oscurare elementi della vita privata, non perché irrilevanti, ma per poter evitare discriminazioni e partecipare con maggiore ampiezza alla vita pubblica<sup>13</sup>;

- configurare una parte ancora più dura del "nucleo duro" delle informazioni personali, costituito dalle informazioni genetiche, che a causa del loro carattere strutturale e permanente, sono ancora più soggette ad essere utilizzate in chiave discriminatoria, rafforza la tutela contro forme di "normalizzazione genetica"<sup>14</sup>;

- individuare informazioni strutturalmente condivise da più soggetti, che non solo danno vita ad una nuova entità, il gruppo biologico, giuridicamente riconosciuta, diverso dalla famiglia tradizionale, ma mette in scacco la titolarità esclusiva riconoscendo il potere di seguire le informazioni anche quando sono entrate a far parte della disponibilità di un altro soggetto<sup>15</sup>;

- costruire il corpo come sistema di informazioni personali consente di sottrarlo, almeno in prima battuta, alla logica proprietaria del mercato ed alle strategie di regolamentazione<sup>16</sup>;

- ricorrere alle regole di compatibilità, giudizialmente amministrare, di fronte a situazioni in cui due *absolutes* entrano in conflitto, permette la coesistenza fra valori diversi che coesistono all'interno di una determinata compagine sociale evitando una preventiva declaratoria di supremazia dell'uno sull'altro come avverrebbe attraverso un intervento legislativo<sup>17</sup>.

Significativamente la tutela della persona ed i diritti della personalità tendono a ristrutturarsi secondo il modello della *privacy* intorno al diritto di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata.

E' intorno a questa trama che viene ricostruita una nuova generazione dei diritti della persona: la terza.

Quest'ultima si va ad aggiungere alle due che l'hanno preceduta, l'una statica, prevalentemente fondata su di una visione proprietaria, l'altra dinamica che si richiama invece al "pieno sviluppo della persona" realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive della propria identità. Con esse- come si potrà vedere più avanti- la più recente generazione forma una sedimentazione complessa in cui tutti e tre gli stadi non debbono essere considerati soltanto come momenti cronologicamente successivi, in cui l'uno cioè prende il posto dell'altro sostituendolo, perché possono spesso trovarsi ancora ad operare tutti e tre insieme.

In questa prospettiva però non pare più interessante domandarsi se la *privacy* sia o meno la stessa cosa rispetto alla riservatezza o se i diritti della persona, come persona fisica, siano qualcosa di diverso rispetto ai diritti della personalità che riguardano la dimensione morale o ideale della persona.

---

<sup>12</sup> Sull'alternativa fra queste due forme di cittadinanza Monateri, Globalizzando il diritto: "a bordo di auto potentissime su strade secondarie", Bibl. Libertà XXXIII (1998), n. 146, p. Id., Globalizzazione, cittadinanza "sottile" e postliberalismo, in La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia, Milano 2000, p.133. Ma sul ruolo dei diritti come argine al dominio di altri sub-sistemi sociali Rodotà, Diritto e diritti nell'era globalizzazione, in Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali (a cura di S.Scarponi), Milano 2001, Teubner, Contracting worlds: the many autonomies of private law, in 9 Soc.& Leg. Studies 399 (2000).

<sup>13</sup> cfr. Rodotà, Privacy e costruzione della sfera privata, in Tecnologie e diritti, Bologna 1995,

<sup>14</sup> cfr. Rodotà, Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela, Riv. crit.dir.priv. 2000, 571.

<sup>15</sup> cfr. Rodotà, Tra diritto e società, cit.

<sup>16</sup> cfr. Rodotà, Ipotesi sul corpo giuridificato, in Tecnologie e diritti, cit. 179.

<sup>17</sup> Questa attenzione all'esistenza di principi comuni era già presente in Rodotà, Note critiche in tema di proprietà, Riv.trim.dir.proc.civ. 1960, 1252, ora in Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata. 2°ed. Bologna 1990 ed in ID. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, Riv. dir.comm. 1967,I, 83, ma anche più recentemente Id. Il tempo delle clausole generali, Riv.crit.dir.priv. 1987, p. 709 ed in Id. Repertorio di fine secolo, 2°ed. Roma-Bari 1999, p.166.

La caratteristica fondamentale di questi diritti della terza generazione è costituita dal potere di autodeterminazione soggettiva come potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità personale.

L'avvento della terza generazione di diritti della persona riporta anche la dimensione del corpo al centro del sistema, ribaltando la prospettiva astratta del soggetto giuridico come quella altrettanto *disembodied* della persona che avevano dominato le generazioni precedenti. Il corpo non appartiene all'individuo, ma è l'individuo stesso; il corpo è anche il substrato generatore della persona ed è attraverso il corpo che diventa possibile entrare in relazione con altri soggetti ed essere situato nella società. E' dunque il corpo uno strumento per la realizzazione della persona stessa, ma è evidente allora come sia lo stesso corpo, collocato al crocevia fra saperi e poteri, anche l'obiettivo naturale dei processi di "normalizzazione". Il corpo costituisce il baluardo contro il quale è destinato a venire a contatto ogni processo di conformazione della persona ad opera del diritto<sup>18</sup>.

Se da una parte il corpo "contenendo" la persona costituisce il suo baluardo, dall'altra è però diventato un "surplus" poiché, essendo la persona stessa ridotta ad un insieme di informazioni ("corpo elettronico"), è sempre possibile ricostruirla al di là dei confini naturali costituiti dal corpo: il confine è diventato mobile e non è più possibile sapere dov'è "situato".

In questo terzo stadio i diritti della persona sono animati da una logica diversa, quella dell'autonomia e della possibilità per l'individuo di autodefinirsi. E, come accade ogni volta che si verifica l'avvento di una nuova generazione, la comparsa dell'ultima difficilmente riesce a sottrarsi fino in fondo al potenziale conflitto con quelle che l'hanno preceduta.

Ad essa ed al modo in cui i diritti della personalità tendono ad articolarsi ed incorporare al loro interno questo potere di conformazione Stefano Rodotà ha rivolto gran parte della sua più recente analisi. Ed è dunque logico che ad essa siano dedicate le prossime pagine. Infatti è seguendo gli itinerari percorsi dalla *libera* costruzione della sfera privata che si comincia a percepire una funzione *empowering* dei titolari attribuita dei diritti (della personalità) che- operando come istanza di difesa e di garanzia dell'individuo, in quanto centro di opposizione e resistenza nei confronti di poteri forti- già lasciano intravedere il delinearsi dei contorni di una futura evoluzione o addirittura il venire alla luce di una nuova ulteriore generazione di diritti della personalità: forse la quarta.

6. In realtà la "costituzionalizzazione" della persona, cioè la trasposizione sul piano delle libertà costituzionali dei diritti della persona, avvenuta progressivamente in tutta la tradizione giuridica occidentale, aveva già reso evidente una significativa modifica nel contenuto e della struttura stessa dei diritti della personalità, in cui il modello proprietario, incorporato anche all'interno di alcuni dei codici civili<sup>19</sup>, cede il passo ad un altro modello fondato sul "libero sviluppo della persona", di cui il par. 2 della Costituzione tedesca e l'art. 2 della Costituzione italiana ne rappresentano il formale riconoscimento.

In Germania sono stati infatti gli artt. 1 e 2 della Costituzione tedesca a costituire la fonte diretta di un "diritto generale della personalità", fondato sull'inalienabile pretesa dell'uomo al rispetto della propria dignità ed al libero sviluppo della propria personalità che si connota al tempo stesso come *Grundrecht*, protetto nei confronti di qualunque autorità pubblica e contro i comportamenti lesivi tenuti da qualsiasi altro soggetto andando ad arricchire la lista dei *sonstige Rechte* di cui al par. 823.

Anche la Corte costituzionale italiana si è mossa, seppure più timidamente, in una direzione simile usando l'art. 2 Cost. per dare corpo ad una garanzia costituzionale che si situa nella

---

<sup>18</sup> Così già Rodotà, Per un nuovo statuto del corpo umano, in *Bioetica* (a cura di Di Meo e Mancina), Bari 1989, p. 41. Sulla centralità dei problemi del corpo fra molti cfr. Hyde, *Bodies of Law*. Da noi l'enfasi riposta sul corpo è testimoniata dalla riscoperta recente del tema cfr. Ferrando, Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo", *Europa dir. priv.* 2002, p. 761, Romboli, La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo, *Pol.dir.* 1991, p. 565.

<sup>19</sup> sul modello proprietario come stampo sul quale modellare gli strumenti privatistici di garanzia contro tutte le possibili interferenze della sfera individuale cfr. Messinetti, *Personalità (diritti della )*, Enc. Dir. XXXIII, Milano 1983, p. 355.

*penumbra* delle altre libertà costituzionali ed altrettanto puntuale è stata la giurisprudenza civile che, fondandosi sull'art. 2 ha potuto ammettere che la libertà di manifestazione del pensiero potesse essere limitata non solo dal diritto all'onore ed alla reputazione, ma anche dalla riservatezza e talvolta dall'identità personale che, grazie all'art. 2 Cost., che hanno trovato cittadinanza come diritti nel nostro ordinamento<sup>20</sup>.

In questa seconda versione infatti ad una dimensione che si potrebbe definire individualistica o spaziale, in quanto esemplificata dalla *privacy* come *right to be let alone*, cioè della semplice garanzia di una sfera di intimità dalla quale escludere ogni forma di ingerenza dall'esterno sia ad opera dei singoli che dello Stato, si sovrappone e sostituisce una dimensione più marcatamente sociale o espressiva, in cui diventano centrali i diversi modi con cui si sviluppa la propria personalità attraverso le relazioni che è possibile instaurare con gli altri all'interno della famiglia, delle associazioni e della società in genere. Questa seconda generazione, dotata di maggiore dinamismo, si candida ad occupare nuovi e sempre più significativi spazi, molto spesso anche in concomitanza con gli altri diritti fondamentali insieme ai quali può trovarsi ad operare congiuntamente<sup>21</sup>.

L'emersione dei diritti della persona di prima generazione trovava il suo fondamento nell'idea che il singolo, "lasciato solo" o comunque padrone dei fatti attinenti alla propria vita privata fosse in grado di trovare- nel suo isolamento- le condizioni ideali del suo sviluppo. Quelli di seconda invece rigettano la metafora geografica e spaziale dei primi; facendo del "pieno sviluppo della persona" la chiave della tutela, questi diritti presuppongono innanzitutto la necessità per il singolo di realizzarsi attraverso la costruzione di relazioni sociali, le quali diventano davvero costitutive della propria identità, di ricevere tutela dunque per la sua appartenenza ad un ambiente familiare, ad una comunità religiosa o ad un gruppo particolare che si esprime spesso attraverso uno stile di vita o un linguaggio simbolico, insomma in un'identità. E di avere così pertanto la possibilità di operare "scelte esistenziali" fondamentali che li riguardano come accade per l'educazione dei figli, le scelte procreative, la condotta sessuale.

Una protezione accordata alla persona non solo per quanto riguarda la possibilità di poter mantenere pubblicamente un determinato stile di vita, ma anche per le opinioni che, in base a tali scelte, gli altri possono farsi di lei. In questa seconda prospettiva il singolo chiede di essere protetto anche nella sfera pubblica, come testimonia all'interno dei diritti della personalità il fenomeno rappresentato dall'emersione di "nuovi diritti" o dalla dilatazione dei vecchi in modo da assicurare la protezione contro la *false light in the public eye* e di assicurare la propria *image existentielle* o il proprio *Lebensbild*<sup>22</sup>.

Alla moltiplicazione dei diritti si aggiunge nei rapporti fra privati l'ovvia preoccupazione di individuarne l'intensità e le forme e tecniche di tutela. La loro eventuale "costituzionalizzazione" non implica infatti una tutela "incondizionata" dal momento che molti degli interessi della persona si trovano in tensione con altri dotati della stessa rilevanza costituzionale con i quali entrano in un

---

<sup>20</sup> Sulla possibilità di individuare nuovi diritti fondamentali diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Costituzione attraverso la clausola contenuta nell'art. 2 cfr. P.F. Grossi, *Inviolabilità dei diritti*, Enc. Dir. XXII, Milano 1972, p. 712, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 53; Baldassarre, *Diritti inviolabili*, Enc. giur. XI, Roma 1989; Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 4, svaluta il problema a causa dei numerosi diritti impliciti e strumentali ricavabili dal testo costituzionale Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*. Per l'impatto sul diritto privato da ultimo cfr. Pino, *Il diritto all'identità personale*. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale, Bologna, 2003.

<sup>21</sup> Emblematico il "vincolo alla riservatezza" che permette di reinterpretare e rafforzare le garanzie costituzionali presente in molte delle c.d. pronunce Baldassarre nelle quali la Corte cerca di rimuovere gli ostacoli al libero sviluppo delle coscienze individuali per reagire a forme diverse di isolamento, ostilità ed umiliazione (fra le altre C.cost. 90, n. 184, C.cost. 1994, n. 108, C.cost. 1993, n. 81), sembra però assumere le sembianze di un autonomo diritto, espressione del valore della dignità umana nel caso dell'obiezione di coscienza per il servizio militare (C.cost. 1989, n. 199, C.cost. 1991, n. 167, C.cost. 1993, n. 343) e per l'insegnamento della religione cattolica (C.cost. 1989, n. 202. C.cost. 1991, n. 13, C.cost. 1992, n. 290).

<sup>22</sup> Per una prospettiva comparatistica cfr. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, 1990.

complesso rapporto di bilanciamento che è affidato ad un meccanismo che non è spesso riconducibile ad un principio generale. Anzi, è possibile dubitare che per alcuni almeno l'ascrizione al novero dei diritti fondamentali sia automatica<sup>23</sup>. Così pur all'interno di una concezione unitaria dei diritti della personalità, com'è quella che emerge nella seconda generazione, le soluzioni di disciplina non devono essere necessariamente le stesse e lo stesso vale per le forme di tutela<sup>24</sup>.

Se la prima generazione aveva avuto il merito di riportare pienamente all'interno del diritto privato la questione della tutela della persona, assumendo il soggetto non più nella semplice prospettiva della capacità, cioè come semplice punto di riferimento di relazioni giuridiche; con la seconda si compie definitivamente il passaggio dal soggetto alla persona, la cui tutela è vista nella prospettiva della libertà, e dunque come limite all'agire altrui, sottraendo definitivamente la sua rilevanza giuridica alle categorie dell'"avere" per affidarle a quelle dell'"essere" di cui si preoccupa di tracciarne i tratti costitutivi<sup>25</sup>.

Se nella prima era ancora largamente presente la prospettiva del soggetto astratto, prodotta dalla necessità di eliminare le diverse forme di differenze individuali e portare a compimento il processo di realizzazione dell'eguaglianza- cosa che era potuta avvenire a condizione di recidere tutti i legami sociali (anche nel senso di cancellare la responsabilità nei confronti degli altri)- con la seconda invece si cerca di ricostruirli, riattribuendo rilevanza alla collocazione sociale e culturale degli individui e mettendo in evidenza il carattere relazionale delle situazioni giuridiche e dei diritti che gli vengono riconosciuti. .

Come pure, in questa seconda generazione, cominciano ad apparire, sia pure timidamente, anche altre due componenti significative che saranno destinate ad assumere solo più avanti una rilevanza fondamentale: da una parte la tutela accordata al momento della scelta, dell'autodeterminazione cioè, dall'altra il mutato atteggiamento nei confronti dell'intervento statale (o dell'ordinamento) al quale ci si rivolge adesso anche per ottenere la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo di questa dimensione relazionale<sup>26</sup>.

7. Le singole giurisdizioni nazionali non si sono fatte pregare per espandere contenuti e significati di questi diritti ed anche della relativa garanzia nei confronti degli interventi legislativi - che ormai si muove variamente, a seconda dei diversi ordinamenti, all'interno di un compasso allargato fra diritto allo sviluppo personale ed alle scelte esistenziali e diritto all'integrità fisica ed alla salute- in modo non dissimile da quanto è accaduto con la *constitutional privacy* davanti alla Corte Suprema degli S.U.<sup>27</sup>.

Anche a livello europeo la Corte di Strasburgo ha decretato il definitivo successo di questo modello nell'interpretazione del diritto al rispetto della vita privata consacrato dall'art. 8 della

---

<sup>23</sup> Di un problema di coordinamento e di completamento delle disposizioni costituzionali già parlava Pizzorusso, I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona, Il diritto all'identità personale (a cura di Alpa), Napoli 1981, 31; l'art. 2 Cost. ricondurrebbe semplicemente alla clausola dell'ingiustizia situazioni non formalizzabili secondo lo schema del diritto soggettivo assoluto, dubita della rilevanza costituzionale dell'identità personale Rescigno, Conclusioni in Il diritto all'identità personale, cit., p. 191.

<sup>24</sup> Cfr. Salvi, Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni, Napoli 1985, p. 161.

<sup>25</sup> Fondamentali i contributi di Messinetti, Personalità cit. e Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni, Riv.crit.dir.priv. 1992, 173 che mette in luce come la categoria del potere che nelle ricostruzioni tradizionali del diritto soggettivo è attribuito al singolo relativamente al godimento ed alla disposizione di un oggetto, nella prospettiva dei diritti della personalità viene collocato "nell'ambito dell'agire reattivo e repressivo" per rispondere alla violazione di quel dovere giuridico di astensione" di cui già intravede la possibilità di traduzione anche "in un facere" la cui restaurazione avviene attraverso il controllo e regolamento delle modalità di circolazione.

<sup>26</sup> Ciò sembra seguire un più generale cambiamento nei paradigmi di riferimento dal soggetto astratto isolato che preesiste al soggetto socialmente situato, il primo oscurava il modo in cui l'associazione con gli altri è veramente "costitutiva" della persona.

<sup>27</sup> L'ultimo significativo *restatement* Lawrence v. Texas

Convenzione<sup>28</sup> che ha utilizzato non soltanto per colpire incriminazioni penali ed intercettazioni telefoniche illegittime, ma anche una serie di interferenze nell'organizzazione della vita familiare ed affettiva delle persone talmente ampia da sfiorare l'ipertrofia<sup>29</sup>. Ed altrettanto importante è da considerarsi l'esportazione all'interno del diritto comunitario attraverso il dialogo instaurato fra questa Corte e la Corte di Giustizia<sup>30</sup>.

L'apertura della nuova frontiera può essere fatta risalire ai famosi *leading cases* discussi a cavallo fra la fine degli anni 60 ed i primi anni 70 dalla Corte Suprema, che segnano la trasposizione della *privacy* dall'area dei torts – dove Warren e Brandeis l'avevano radicata<sup>31</sup> – al piano costituzionale.

Il cammino della *privacy* dunque non sembra essersi arrestato anzi, oggi, è chiamata ad operare non più soltanto nel senso di escludere dalla propria sfera personale un privato contro un altro privato, ma anche contro le interferenze statuali. In tal modo la *privacy* perde i connotati del tort, ma forse non il suo significato originario, se è vero già per Warren e Brandeis la pubblicità di fatti attinenti alla vita privata di un individuo e la continua minaccia alla quale in mancanza di una idonea protezione gli individui finiscono per subire inibisce la possibilità di sperimentare diversi stili di vita, producendo conformità verso le norme sociali ed un soggetto "standardizzato"<sup>32</sup>.

E' proprio a livello costituzionale che la tutela offerta alla persona dalla *privacy* comincia ad essere assicurata non soltanto rispetto ad invasioni fisiche in uno spazio privato prevalentemente identificato con il domicilio, ma anche in un contesto più ampio rispetto a tutte le altre possibili interferenze con la sfera privata, anche quelle che non si svolgono al riparo degli occhi indiscreti del pubblico. La deterritorializzazione della *privacy* serve dunque a porre le basi per una sorta di "diritto al silenzio" circa le proprie opinioni politiche o altre scelte e comportamenti personali che si colora chiaramente già di *equal protection*.

---

<sup>28</sup> per tutti Niemietz c. Germania 16.12.1992 dove è ribadita anche una dimensione relazionale e non soltanto spaziale del diritto alla vita privata.

<sup>29</sup> Alla tutela della vita privata la Corte ha ricondotto il diritto di scegliere il proprio orientamento sessuale (CEDU Dudgeon c. Regno Unito 22.9.1981, CEDU Norris c. Irlanda, 26.10.1988, CEDU Modinos c. Cipro 22.4.1993, CEDU Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito 19.2.1997), la protezione contro lesioni dell'integrità fisica (CEDU X e Y c. Olanda 26.3.1985, CEDU Stubbings ed altri c. Regno Unito 22.10.1996), il diritto di mantenere i legami personali (CEDU C. c. Belgio 7.8.1996), il diritto al nome (CEDU Burghartz v. Svizzera 22.2. 1994, CEDU Stjerna c. Finlandia 25.11. 1994), il diritto alla protezione dei dati personali che attengono alla vita privata (Comm.eur.dir. uomo Leander c. Svezia 17.5.1985) o meno (CEDU Rotaru v. Romania 4.5.2000), il diritto ad evitare immissioni nocive (CEDU Lopez Ostra c. Spagna 9.12.1994), il diritto ad avere informazioni circa l'ambiente (CEDU Guerra ed altri c. Italia 19.2.1998, CEDU McGinnis e Egan c. Regno Unito 9.6.1998), la rimozione delle barriere architettoniche (CEDU Botta c. Italia 24.2.1998), il diritto di mantenere uno stile di vita in quanto appartenente ad un gruppo minoritario (Comm.eur.dir.uomo G. e E. c. Norvegia 3.10.1983).

<sup>30</sup> Così CGCE Hoechst AG c. Commission, 46/87,227/88,rec.2919, 19 e CGCE Konstantinis c. Stadt Altensteig et al. C-168/91, rec. I-1191.

<sup>31</sup> Il riferimento è all'arcifamoso Warren-Brandeis, The right to privacy 4 Harv. L.Rev. 193 (1890) vale la pena ricordare come l'origine del *tort* possa assumere una colorazione continentale in particolare se riferita agli *Individualrechte* come "signoria sopra una parte della propria sfera di personalità" posti dal diritto tedesco alla base della protezione delle creazioni intellettuali che proprio sul lavoro e sulla attività creativa fondano il titolo della tutela (per tutti cfr. Gareis). Warren e Brandeis infatti sembrano averne ereditato la filosofia complessiva imponendogli un *twist* particolare che si delinea attraverso queste fasi:

- dal controllo del modo in cui si esprimono e si riproducono le idee al controllo dei fatti e delle idee stesse;
- dal controllo sui risultati della propria attività intellettuale al controllo del modo in cui si produce il soggetto stesso e la sua identità viene presentata al pubblico;
- la rivelazione non autorizzata ostacola l'espressione e lo sviluppo individuale, in quanto il pericolo di una rivelazione non autorizzata può indurre l'individuo a tenere comportamenti conformistici

<sup>32</sup> Warren-Brandeis, The right cit. i quali esaltano il rimedio come reazione nei confronti della lesione della libertà individuale e dell'offesa alla dignità, del resto come *dignitary tort* la *privacy* opera indipendentemente dal presupposto del danno (è semmai Prosser ad aver ricondotto il fondamento della *privacy* al danno morale che il singolo può subire cfr. Prosser, Privacy, 48 Cal.L.Rev. 383 (1960)) sul punto cfr. Gavison, Too early for a requiem. Warren and Brandeis were right on privacy vs. free speech, 43 S.Car. Law Review (1992), 437

Passata attraverso questa esperienza la *privacy* ritornerà nelle sue nuove vesti ad influenzare anche le ricostruzioni dei diritti della personalità nel diritto privato<sup>33</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale infatti questa dimensione relazionale è già implicita nel caso *Griswold*, dove la violazione che conduce alla declaratoria di incostituzionalità evidentemente non è tanto costituita dall'invasione dell'intimità della *marital bedroom* da parte della polizia - sarebbe infatti bastato il riferimento al IV Emendamento per fondare la garanzia - ma è localizzata nel tentativo di influenzare il modo in cui è possibile svolgere le proprie relazioni personali (nel caso quella matrimoniale garantita da altre norme costituzionali) come inevitabile risultato delle sanzioni previste dalla legislazione statale<sup>34</sup>.

La stessa giurisprudenza costituzionale evidenzia come la garanzia rappresentata dalla *privacy* opera come un limite al potere statale di vincolare scelte che attengono alla dimensione esistenziale dell'individuo, ricollegandosi anche ad una linea di precedenti risalenti già agli anni venti che riguardano l'educazione dei figli<sup>35</sup>, garantendo l'autonomia decisionale della persona in una prospettiva in cui l'autodeterminazione diventa costitutiva della persona stessa.

Prende forma, allora, una sfera dai confini mobili nella quale non è possibile alcuna interferenza ad opera dell'intervento normativo, se non in base al consenso degli interessati o per una particolare giustificazione in circostanze specifiche ("compelling interest"), una sfera che consente, per usare le parole del giudice Douglas, "the freedom of choice in the basic decisions of one's life", "una sfera abbastanza ampia" - per usare ancora le parole di Douglas - "tanto da comprendere il diritto della donna ad interrompere la gravidanza"<sup>36</sup>.

Nella prospettiva dell'autodeterminazione ("the autonomous control over the development and expression over one's intellect, interest, tastes, and personality") questa garanzia assume una forte capacità espansiva che la porta a tutelare il singolo contro ogni forma di regolamentazione dell'identità personale i cui fondamenti sono rintracciabili nel corpo.

E' significativo che - in una delle ultime pronunce sull'aborto, in cui la Corte Suprema peraltro ritorna in modo ambiguo sul diritto ad interrompere la gravidanza lasciando aperta la possibilità di un intervento ad opera dello Stato<sup>37</sup> - senta però la necessità di porre in almeno due passaggi una grande enfasi sul corpo proprio come fondamento di un "general right" del quale il diritto di porre fine alla gravidanza è soltanto una parte. Questo diritto alla "bodily integrity" viene identificato nel "the ultimate control over (one's) destiny and (one's) body...implicit in the meaning of liberty".

---

<sup>33</sup> Per la linea della contiguità fra le due espressioni Gerety, *Redefining privacy*, 12 Harv. C.R.T.-C.L. L.Rev. 233 (1977) e Gavison, *Privacy and the limits of law* 89 Yale L.J. 421 (1980)

<sup>34</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485-86 (1974) La possibilità di scegliere relazioni sessuali soltanto a scopo riproduttivo evidenziano il ruolo costitutivo dell'intervento statale, il modo in cui può contribuire a conformare la propria identità.

<sup>35</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) sull'incostituzionalità di una legge che proibiva l'insegnamento delle lingue straniere nella scuola elementare e *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, (1925) sull'incostituzionalità di una legge che negava la possibilità di fondare scuole private. (*Loving v. Virginia* il divieto di sposare persone che appartengono ad altre razze) (*Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) limitazione agli insediamenti residenziali di famiglie nucleari con esclusione di altri gruppi parentali) (*Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 533 (1942) per la sterilizzazione dei detenuti per alcuni reati sessuali).

<sup>36</sup> Il riferimento è alla formulazione del giudice Douglas in *Doe v. Bolton*, 410 U.S.179,211 (1973). La linea di precedenti che parte da *Griswold* continua infatti con *Eisenstad v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), che estende il diritto alla contraccezione anche alle coppie non sposate e dove l'autodeterminazione è già messa in rilievo come autonomia decisionale circa ... e continua in *Roe v. Wade* 410, U.S. 113 (1973) in cui è sottolineato anche l'invasione dell'autonomia. La Corte ha ritenuto che la *privacy* contenga al suo interno un duplice profilo in cui, insieme all'indipendenza dell'individuo rispetto a certe scelte fondamentali, figura anche il più tradizionale aspetto della rivelazione di informazioni private, ma non ha richiesto per quest'ultimo il test dello *strict scrutiny* secondo il quale la legislazione statale deve esibire un "compelling state interest" per superare il vaglio di costituzionalità (*Whalen v. Roe* 1976 la legislazione riguardava l'obbligo dei dottori e farmacisti di comunicare all'autorità pubblica le prescrizioni di alcuni farmaci).

<sup>37</sup> *Planned Parenthood v. Casey* (1992), 112 S.Ct. 2791 Una scelta che appare tanto più significativa in quanto una versione così ampia del diritto era stata esplicitamente scartata dal caso *Roe v. Wade*.

L'idea che le garanzie costituzionali "formino una *penumbra*, che ne costituisce diretta emanazione" in cui spetti alla Corte scandagliare per individuare e dare corpo alla *privacy* ripropone però gran parte delle questioni fondamentali che hanno accompagnato questo dibattito sulla *constitutional privacy* ( o *privacy of autonomy*). In particolare torna alla ribalta la selezione delle espressioni della libertà individuale che possono candidarsi ad essere inserite in quel "rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints" costituito appunto dalla *privacy*<sup>38</sup>.

A questo interrogativo ancora oggi la giurisprudenza costituzionale americana non ha offerto una risposta chiara, anche se la soluzione- come potremo vedere più avanti- non è certo lontana dalla definizione della Corte nel caso Casey "the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State"<sup>39</sup>.

A tutt'oggi la sfera costituita dalla *privacy* rimane dubbia, anche se singole espressioni del *right to be let alone* -che rientrano, dunque, nell'ambito delle forme di libertà che sono alla base della dignità personale e dell'autonomia- sono state individuate nel riconoscimento di diritti fondamentali collegati ad attività come la contraccezione e la procreazione (il diritto di usare contraccettivi e di porre fine alla gravidanza, anche se l'esercizio di quest'ultimo può sempre essere reso più difficile dallo Stato<sup>40</sup>), la salute (il diritto di rifiutare trattamenti medici, forse<sup>41</sup>, il diritto di rifiutare l'accanimento terapeutico con esclusione dell'eutanasia<sup>42</sup>), le relazioni familiari e l'educazione dei figli (il diritto fondamentale di prendere decisioni "regarding child's care, custody and control"<sup>43</sup> escluso il caso in cui la madre biologica sia sposata con un altro uomo che si assume il compito di farlo insieme a lei<sup>44</sup>) ed ora anche le relazioni sessuali (il diritto di avere rapporti sessuali fra adulti consenzienti dello stesso sesso in privato<sup>45</sup>).

8. Due infatti paiono i temi principali e sono legati alla definizione del valore persona da una parte ed al ruolo esercitato dalle corti nell'elaborarla.

Il primo interrogativo riguarda se il diritto di operare scelte esistenziali fondamentali, come quelle che riguardano la propria identità, debba avvenire all'interno dei confini tracciati dalla tradizione, dalle norme e dalle convenzioni sociali<sup>46</sup>. Insomma quali sono queste scelte esistenziali fondamentali "attraverso le quali le persone definiscono il significato della propria esistenza", di chi dovrebbe definirle ed in relazione a quali parametri.

Il secondo se il giudice, eventualmente chiamato a pronunciarsi, debba conformarsi ai valori della collettività alla quale appartiene e tradurli nella sua verifica oppure porsi criticamente di fronte ai valori che appaiono dominanti (evitandone l'imposizione) e rimettere in discussione le norme sociali chiedendo una giustificazione.

Da questo quadro emerge la necessità di una più profonda riconsiderazione che problematizzi il valore della persona insieme alle tecniche per la sua "realizzazione".

---

<sup>38</sup> Planned Parenthood v. Casey cit. 2805.

<sup>39</sup> E' questa l'opinione di Post,

<sup>40</sup> Cfr. Planned Parenthood of Southeastern Penn. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>41</sup> Cfr. Cruzan v. Dir. Mo. Dep't. of Health, 497 U.S. 261 (1990) lascia infatti aperta la possibilità di restrizione per persone in " persistent vegetative state".

<sup>42</sup> Cfr. Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>43</sup> Cfr. Meyer cit. Pierce cit. ribadito ora da Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 75 (2000)

<sup>44</sup> Cfr. Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989).

<sup>45</sup> Cfr. Lawrence v. Texas.

<sup>46</sup> In questa direzione sembrerebbe essersi mossa la stessa Corte Suprema con Bowers v. Hardwick (1986) 478 U.S. 186 dando una lettura restrittiva del caso Griswold in cui la *privacy* si identifica con i valori condivisi ma poi è il diritto viene riconosciuto alle coppie non sposate eterosessuali (Eisenstadt cit.) e da cui vengono riproposti anche i dilemmi fondamentali che continuano ad accompagnare: com'è possibile perseguire le proprie scelte esistenziali e condividere al tempo stesso i valori generalmente ritenuti fondamentali in una determinata società ? Fin dove può spingersi il riconoscimento delle scelte che riguardano l'identità individuale se altre identità socialmente approvate vengono messe in discussione?

A questo proposito è da segnalare come il passaggio dall'una all'altra generazione non segni una netta cesura<sup>47</sup>. Anzi il modello della seconda, in cui è diventato cruciale il diritto di sviluppare la propria personalità, è destinato soltanto a sovrapporsi a quello della prima in cui rimane centrale il profilo del segreto. In realtà, i due diversi aspetti che caratterizzano i differenti modelli possono risultare concorrenti e complementari. Non bisogna dimenticare, infatti, come la presenza di una fitta cortina di convenzioni sociali spesso possa indurre a preferire l'approccio della prima, il segreto, a quello della seconda, l'identificazione<sup>48</sup>.

Così, messa di fronte all'alternativa da un caso che riguardava la possibile rivelazione della sieropositività di un soggetto, la stessa Corte di Strasburgo può giustificare la scelta a favore del silenzio o del segreto in quanto la rivelazione di dati attinenti alla salute della persona, nelle circostanze concrete, poteva produrre conseguenze dannose devastatrici sulla vita privata e familiare della persona e sulla sua situazione sociale e professionale che viene esposta alla riprovazione ed al rischio di emarginazione, lasciando chiaramente intendere che se il rischio di stigmatizzazione non si fosse rivelato altrettanto serio, a causa dell'evoluzione delle convenzioni sociali e della mentalità, anche la necessità di mantenere il segreto sarebbe venuta meno<sup>49</sup>.

La riproposizione di questa alternativa pone apertamente la questione del ruolo che il giudice può assumere in questi contesti. Deve considerare l'ambiente sociale come un dato ineliminabile e dunque garantire il segreto oppure rigettare i pregiudizi in quanto irrazionali, contribuendo in modo affermativo alla trasformazione delle norme sociali che caratterizzano la sfera pubblica? Consentire agli individui la possibilità di esprimere un particolare stile di vita e di poterlo tenere pubblicamente significa riconoscere che tali comportamenti non sono "deviazioni" e che, pertanto, sono accettabili in una società democratica.

In realtà la scelta per la seconda alternativa - a parte tutte le altre possibili implicazioni di una soluzione che per accedere ad una concreta protezione richiede l'identificazione con una precisa identità, formalmente riconosciuta<sup>50</sup>, già portate alla ribalta nella "critica" ai diritti<sup>51</sup> - finisce per imporre al soggetto che chiede protezione un'onere: quello di affrontare il peso della stigmatizzazione. La presenza di oneri di questo tipo rallenta il processo di trasformazione della sfera pubblica, poiché i singoli preferiranno tacere, scegliendo il silenzio all'affermazione aperta dell'identità.

La scelta secca fra le due alternative però non è comunque soddisfacente. Far riferimento alla mentalità, come ad un dato naturale posto al di là di ogni possibile riconsiderazione, rischia di consolidarlo oltre misura, nascondendo quanto vi è di "socialmente costruito", senza poterlo mettere in discussione. Un esito meno problematico sarebbe possibile se le corti potessero accompagnare la

---

<sup>47</sup> Una certa vischiosità nella separazione netta fra sfera privata e sfera pubblica, man mano che l'individuo penetra in quest'ultima gran parte della sua protezione tende ad affievolirsi, ma non la perde del tutto poiché conserva il diritto di mantenere il controllo di certe informazioni personali. La distinzione fra sfere privata e sfera pubblica che appariva netta nella prima generazione assume contorni più flessibili.

<sup>48</sup> Il caso dei transessuali è abbastanza indicativo, il mancato riconoscimento formale costringe a rivelare particolari intimi imbarazzanti (CEDU van Oosterwijk c. Belgio, 1.3.1979 3 E.H.R.R. 581) ostacolando lo sviluppo della persona, ciò che essi chiedono all'intervento legislativo è di assicurare che il cambiamento di sesso non traspaia dai documenti in cui il sesso legale deve corrispondere a quello apparente allo scopo di non pregiudicare la propria integrazione nella vita sociale (CEDU, Rees v. Regno Unito 17.10.1986 e CEDU, Cossey v. Regno Unito 27.9.1990 e CEDU, B.v.Francia 25.3.1992).

<sup>49</sup> CEDU, Z v. Finlandia 25.2.1997

<sup>50</sup> La conseguenza è in primo luogo la stabilizzazione dell'identità, in secondo luogo le costruzioni identitarie sono discrezionali, culturalmente definite e dunque instabili, come tali svolgono la funzione di escludere tutti coloro che non si riconoscono precisamente al loro interno, quella molteplicità di forme di espressione nelle quali ci si può identificare, sul punto Kimberle Williams Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, 43 Stan. L. Rev. 1241 (1991); Angela P. Harris, Race and Essentialism in Feminist Legal Theory, 42 Stan. L. Rev. 581 (1990) i limiti di una strategia che può implicare la soppressione di identità interne al gruppo (c.d. intersectionality").

<sup>51</sup> Il riconoscimento dei diritti muove dalla richiesta di un gruppo con una precisa identità di rimuovere le limitazioni e gli ostacoli nei confronti di quelle particolari caratteristiche che la connotano, di ottenere il sostegno pubblico per gli interessi del gruppo e di potersi contrapporre a chi- individui o gruppi- cerchi di sopprimere tale identità

decisione con l'avvertenza che la soluzione è determinata proprio dal peso che- nelle circostanze specifiche- giocano le convenzioni sociali.

9. Di fronte all'ascesa di questa seconda generazione la tendenza prevalente è stata però quella di individuare la forma tecnica idonea ad assicurarne la tutela, in particolare attraverso le tecniche del diritto civile, ed a governarne l'espansione<sup>52</sup>.

Com'è risaputo al tentativo di tradurre la tutela della persona in un certo numero di "diritti" o in un diritto generale<sup>53</sup>- con tutti i problemi che derivano dalla difficoltà di riuscire ad individuarne più precisamente il fondamento e ciò che tiene unite insieme le diverse manifestazioni- si è contrapposta la diversa tendenza a fondare la tutela direttamente sul "valore giuridico della persona", senza dover scontare il rischio, in questa seconda versione, che l'elasticità guadagnata sotto il profilo del contenuto potesse produrre un affievolimento della garanzia<sup>54</sup>. Del resto, le elaborazioni teoriche muovono tutte nel senso di superare la concezione di un diritto soggettivo che contenga necessariamente la prefigurazione delle modalità con le quali può essere esercitato o del diritto soggettivo *tout court*, in modo da poter trovare spazio al carattere necessariamente evolutivo della persona, della vita privata o della *privacy*<sup>55</sup>, senza dover necessariamente identificare i diritti della personalità con una prerogativa *a priori* non esattamente definita che coincide con la libertà di cui gode l'individuo prima che il diritto cominci ad interessarsi alle manifestazioni esteriori dei suoi comportamenti<sup>56</sup>.

Ma ciò non deve far nutrire l'illusione che la soluzione stia tutta nell'aver scelto una costruzione dogmatica piuttosto che un'altra, data l'irriducibile complessità dei modi in cui si articola la realizzazione della persona umana.

In realtà, sullo sfondo della questione meramente tecnica, rimane in gioco un problema fondamentale localizzato allo snodo di due tipi di preoccupazione che si pongono in tensione fra di loro: evitarne l'incontrollata proliferazione da una parte, ma anche non pregiudicare dall'altra le possibili espressioni che gli individui potrebbero fare della propria libertà comprimendole in un elenco in qualche modo predeterminato che selezioni troppo rigidamente fra forme che meritano protezione rispetto ad altre che invece non la meritano; di evitare di cristallizzare (affidandola al legislatore o al giudice) le possibili espressioni che gli individui possono voler fare della propria libertà<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Nella ricostruzione personalistica la protezione dell'"essere" viene tecnicamente distinta rispetto a quella dell'"avere" cfr. Giampiccolo, La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza, Riv.trim.dir.proc.civ. 1958,458, De Vita, Art.10 Persone fisiche, Art.1-10 Commentario al codice civile Scialoja-Branca (a cura di F.Galgano) Bologna-Roma 1988,505 e così anche tutti coloro che prescindono dal ricorso al diritto soggettivo per approdare ad una tutela di carattere oggettivo a cominciare da Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, 1944, p. 50, Perlingieri, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972 "clausola generale di tutela della personalità", Messinetti, Personalità, cit.

<sup>53</sup> La distinzione fra teoria pluralista e teoria monista dei diritti delle personalità non regge ad una critica interna. Esse infatti pure muovendo da presupposti parzialmente diversi (l'una parte dell'applicazione diretta della norma costituzionale, l'altra la ritiene semplice criterio interpretativo, l'una affida prevalenza all'interpretazione giudiziale ed al valore sostanziale dell'art. 2 Cost., l'altra muove dalla prevalenza della tipizzazione legislativa; l'una sostiene la liceità dell'interferenza se non specificamente proibita o per l'altra l'interferenza è sempre vietata salvo espresso consenso) spesso conduce agli stessi risultati operazionali (a causa dell'uso dell'analogia legis e dell'interpretazione estensiva).

<sup>54</sup> Ancora Messinetti, cit. ma Rigaux, La vie privée. Une liberté parmi d'autres? 1992, p. 135 ancora preferisce parlare di libertà la cui lesione rileva soltanto dopo che l'interesse in questione è entrato in conflitto con un altro interesse concorrente.

<sup>55</sup> Con ciò rimettendo in discussione l'incompatibilità fra diritti della personalità ed il modello del diritto soggettivo ma del resto così già Ferri G.B., Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale, Riv.dir.comm. 1984, p. 138, Di Majo, Profili dei diritti della personalità, Riv.trim.dir.proc.civ. 1962, p. 69 (ma ora diversamente Id. La tutela civile dei diritti, Milano 2004).

<sup>56</sup> Una libertà i cui presupposti non sono specificati dovrebbe infatti escludere la possibilità di imporre limiti al suo esercizio.

<sup>57</sup> Dietro la moltiplicazione dei diritti vi è anche l'insoddisfazione per una logica "essenzialistica" che tenda a frantumare la persona in tante diverse componenti che corrispondono ai suoi possibili attributi ed a reificarla riducendola

In ogni caso pare difficile sottrarsi ad una valutazione che riguardi quali forme di espressione delle scelte esistenziali siano davvero considerate fondamentali per lo sviluppo della persona ed il contributo dei valori collettivamente condivisi nel circoscriverle.

Ad essa neanche la più recente giurisprudenza costituzionale americana si è potuta sottrarre, pur non avendo esitato recentemente a rivedere la propria posizione presa quasi trenta anni fa con un significativo *overruling* del caso Hardwick<sup>58</sup>. In quel caso la Corte, chiamata ancora una volta a definire i contorni della *constitutional privacy*, aveva escluso che la garanzia del *due process* potesse essere estesa a protezione dell'attività sessuale fra adulti (di sesso maschile) consenzienti, negando che un diritto costituzionalmente garantito di questo tipo (“upon homosexuals to engage in sodomy”) potesse essere considerato “profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione”<sup>59</sup>.

La Corte, in realtà, in questi anni ha cercato di limitare la sfera della garanzia, seguendo due percorsi. Insieme ad uno screening estremamente rigoroso della conformità del preteso diritto alla storia ed alla tradizione del paese, tale da poterlo considerare “implicit in the concept of ordered liberty that neither liberty nor justice would exist if it were sacrificed” soltanto se assolutamente conforme ai valori della collettività in quanto già storicamente riconosciuto e protetto in passato- ha utilizzato la tecnica di intervenire a livello definitivo sul grado di generalità con cui viene descritta la pretesa.

Nella prima direzione ovviamente la limitazione della libertà agli interessi “tradizionalmente protetti” e la totale “storicizzazione” che ne risultava- di cui è emblematico il caso Hardwick- non poteva non sollevare una serie di perplessità relative alla compressione dell'autonomia del giudizio di costituzionalità fondato sui valori espressi in Costituzione rispetto alle scelte espresse dalla legislazione statale<sup>60</sup>. A quest'ultima, insieme alla tradizione, spetterebbe in definitiva di circoscrivere l'area delle libertà costituzionalmente protette.

Nella seconda, invece, la Corte tende a circoscrivere il diritto, isolando singole attività o decisioni rispetto al nucleo che normalmente caratterizza il diritto alla privacy come “personal autonomy” fino al punto da far ritenere assurdo- e talvolta persino ridicolo- che, caratterizzata in quel modo, possa esservi ricompresa e dunque elevata al rango di diritto fondamentale<sup>61</sup>.

E' evidente che, se il diritto che viene fatto valere è presentato in una veste così specifica (“acts of sodomy”), come è accaduto ancora nel caso Harwick, l'esclusione dal novero di comportamenti garantiti dalla *privacy* diventa facilmente giustificabile. Diversamente sarebbe potuto avvenire se la questione fosse stata presentata nella chiave della “sfera di intimità” da riconoscere a ciascuno o delle scelte esistenziali che permettono lo sviluppo della propria personalità, come invece è accaduto ad un caso simile davanti alla corte di Strasburgo<sup>62</sup>.

Ora la Corte è ritornata nel caso Lawrence sulla questione e, pur riconoscendo che la sua decisione riguarda “the autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct”, una “liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions”<sup>63</sup>, ha evitato di approfondire il rapporto che lega l'attività sessuale regolata dalla legge texana ad una specifica dimensione dell'autonomia che ha richiamato.

---

ad una serie di diritti che corrispondono a possibili “essenze” nelle quali è possibile ridurre e dunque cristallizzare i diritti della persona (per questo genere di perplessità accenni in Messinetti, Recenti orientamenti, cit.

<sup>58</sup> Lawrence v. Texas.

<sup>59</sup> Bowers v. Hardwick, cit.

<sup>60</sup> Del resto già evidente nel dissenso del giudice Blackmun rispetto all'opinione del giudice White, 199.

<sup>61</sup> Una tendenza consolidata con Washington v. Glucksberg cit.

<sup>62</sup> Dudgeon c. Irlanda cit..

<sup>63</sup> così la definisce nell'opinione di maggioranza il giudice Kennedy: cfr. Lawrence v. Texas, cit. “It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice”.

La Corte ha semplicemente ricordato l'importanza della creazione di relazioni personali durevoli per la realizzazione della personalità dell'individuo e che una relazione di quel tipo (svolta fra adulti consenzienti in privato) " ... whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals" e dunque meriti rispetto da parte della legislazione statale che non ne può condizionare il significato e stabilire i limiti. Al tempo stesso, però, la Corte non ha mancato di ribadire come simile riconoscimento non debba spingersi oltre, non debba cioè implicare anche "whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter.", in particolare quelle pubbliche come il matrimonio o il servizio militare ad esempio.

Il riconoscimento implica soltanto che la condotta in questione non può essere colpita da una sanzione penale e, dunque, ciò che viene messo in discussione è soltanto il carattere discriminatorio e stigmatizzante di un'eventuale condanna per l'accusato e l'offesa alla sua dignità<sup>64</sup>.

Una soluzione del genere potrebbe essere giustificata dall'aver finalmente caratterizzato in modo tecnicamente adeguato la pretesa in termini di libertà<sup>65</sup>, spostando così l'accento sul tipo di giustificazione richiesta (alla legislazione) per limitarla, è evidente però che tutte le decisioni non possono fare a meno di una valutazione- condotta ad un certo livello di generalità- di quell'attività oggetto di regolamentazione che si vuol far rientrare all'interno di un "liberty o privacy interest".

Di questa ineludibile necessità e dello scrutinio spesso spigoloso a cui talvolta può dar luogo un altro esempio significativo è il caso sollevato a Strasburgo a proposito delle sanzioni penali irrogate contro le pratiche sadomasochistiche. Sulla scia dei vittoriosi casi che avevano visto condannare la criminalizzazione dell'omosessualità come forma di invasione del diritto alla vita privata ex art. 8 della Convenzione viene richiesta la condanna della Gran Bretagna poichè tali sanzioni costituiscono una forma analoga di interferenza con la vita privata. La Corte risponde negativamente, differenziando le due ipotesi<sup>66</sup>. Pur scegliendo di non affrontare la complessa questione della legittimità dell'iscrizione di queste pratiche sessuali al nucleo essenziale del diritto alla vita privata, ma muovendosi sulla base dell'apprezzamento della necessità, legittimità e proporzionalità dell'intervento statale- che proprio per il pericolo di lesioni gravi che queste ipotesi, al contrario dei precedenti che riguardano l'omosessualità, presentano, viene nel caso giustificato- la Corte non può fare a meno di allontanarsi dal piano delle circostanze concrete della lesione per attingere, pur nel quadro del bilanciamento di interessi previsto dal secondo comma dell'art. 8 della Convenzione, ad un piano relativamente generale ed astratto sul quale valutare quali comportamenti possano legittimamente accampare la pretesa di rientrare nel diritto alla vita privata.

In ogni caso, però, anche quando le Corti propendono per una soluzione più liberale, il ricorso al *test* di conformità con i valori della collettività non viene messo da parte. Tanto in Europa quanto ora negli Stati Uniti ad un'impostazione apertamente *countermajoritarian* si tende a preferire l'impostazione tradizionale, preferendo ricorrere- come ha fatto il giudice Kennedy nel caso Lawrence- piuttosto all'immagine di un processo evolutivo che ha condotto alla progressiva accettazione di quei comportamenti che corrispondono ad una nuova forma di espressione dell'identità all'interno delle società contemporanee<sup>67</sup>.

Se questo può essere considerato accettabile nella misura in cui le Corti sono considerate istituzioni in grado di tradurre l'evoluzione culturale della società attraverso una valutazione

---

<sup>64</sup> In questa prospettiva la Corte occupa uno spazio contiguo a quello dell'*equal protection* rimuovendo la discriminazione che colpisce una categoria di persone (gli omosessuali), rendendoli cittadini di seconda classe, senza dover attaccare necessariamente tutte le altre forme di discriminazione, ma solo quelli che possono toccare la loro vita privata e personale, cfr. Post. The Supreme Court 2002 Term. Foreword : Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and the Law , 117 Harv.L.Rev. (2003), 1.

<sup>65</sup> La critica è rivolta alla pretesa di far valere come diritti ciò che non è altre che una semplice manifestazione della propria libertà individuale (comportamenti sessuali), rispetto alla quale dovrebbe invece essere apprezzata esclusivamente la natura *compelling* dell'interesse dello stato a regolamentarli (Rigaux, La protection de la vie privée 735).

<sup>66</sup> Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito, cit.

<sup>67</sup> Anche Post.

indipendente, più discutibile è il tentativo di trasformarle in istituzioni che devono rendere operative valutazioni operate da altri.

10. *Privacy, vie privée*, vita privata rimandano dunque tutte alla protezione di una sfera privata di fronte alla quale anche la legislazione statutale deve arrestarsi. Rispetto ad essa i problemi non sono soltanto costituiti dalla difficoltà nella definizione dei suoi confini che paiono necessariamente mobili, ma anche da una conseguenza ulteriore sulla quale è bene riflettere prima di ritornare al diritto privato: la convinzione che quest'area sia caratterizzata da uno spazio che deve sfuggire ad ogni forma di colonizzazione da parte del diritto.

Ma anche questa visione non è scevra da dubbi sotto diversi punti di vista. Così è necessario gettare luce sull'ambiguità che necessariamente è destinata a sollevare la definizione di una sfera privata come spazio "neutro", una sfera in qualche modo preesistente all'intervento pubblico, uno spazio all'interno della quale l'individuo deve rimanere "libero" di autodeterminarsi al riparo dall'intervento statutale che, varcati questi limiti, deve considerarsi sempre sospetto.

Una critica infatti non ha mancato di sottolineare, da una parte, come questa area di immunità non corrisponda ad uno spazio naturale che esiste davvero prima dell'intervento statutale. Non meno di quanto accade con il mercato, anche questa sfera è prodotta dal diritto<sup>68</sup>. Una sfera i cui confini sono mobili ed influenzati dai presupposti culturali e sociali che appunto il diritto contribuisce a consolidare.

D'altra parte la decisione di riservare un'area entro all'interno della quale il singolo può compiere scelte esistenziali al riparo dell'intervento statutale significa delegare ai complessi equilibri prodotti dal gioco delle pressioni e delle stigmatizzazioni sociali il compito di incanalare queste forme di espressione individuale- che pertanto, anche se adeguatamente formulate giuridicamente, non possono dirsi più libere delle altre e che i meno favoriti possano davvero esercitare effettivamente le loro libertà. I conflitti non sono cancellati dalla semplice decisione dello Stato di estraniarsene.

Vi è però un modo diverso di intendere la neutralità, basata non sulla "ritirata" delle istituzioni da uno spazio in cui ci si "autodetermina", bensì sulla loro presenza allo scopo di garantire agli individui non solo la libertà di fare scelte esistenziali fondamentali, ma di assicurargli la maggior autonomia possibile, salvaguardando anche la libertà di poter considerare e rivedere criticamente le ragioni di queste scelte fra diverse possibili forme di sviluppo della persona senza dover necessariamente rimanere cristallizzato all'interno di una identità particolare<sup>69</sup>.

Non si tratta dunque di assicurare la libertà al singolo di "poter fare quello che vuole" all'interno della sua sfera privata, ma di favorire l'esercizio effettivo della sua autonomia. E' in questo quadro che prende corpo la formula della costruzione della sfera privata, il cui nucleo costitutivo è rappresentato dal radicamento della persona all'interno di una complessa rete di relazioni e di convenzioni sociali e dalla conseguente riattribuzione -necessaria all'individuo, in questo contesto- di una serie di poteri che assicurino il controllo sui propri comportamenti, opinioni, preferenze ed informazioni personali.

L'intervento statale non è allora più necessario soltanto per garantire il riconoscimento e la tutela di diritti che proteggono uno spazio di intimità che circonda l'individuo, come per i diritti della persona della prima generazione, né per garantirgli la libertà di cercare attraverso le relazioni

---

<sup>68</sup> dipende sempre dall'ordinamento l'organizzazione di uno spazio in cui ognuno può agire senza dover risarcire i danni provocati dalla sua libertà, così nella classica la griglia hohfeldiana (Hohfeld, *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, 23 *Yale L.J.* 16 (1913) in cui situazioni descritte in termini di diritti ("*rights*") – alle quali corrisponde una situazione correlativa ("*duty*") e che permettono al loro titolare di agire in giudizio per il loro rispetto – vengono affiancate da altre situazioni i *privileges* – alle quali corrisponde invece la situazione di *no-right* cioè semplicemente l'impossibilità di pretendere il non esercizio da parte del titolare. Sul punto Singer, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982, *Wisc. L.Rev.* 975 e con riferimento a Kelsen cfr. de Schutter, *La vie privée entre droits de la personnalité et liberté*, *Rev.trim.dr.h.*1999, 827.

<sup>69</sup> Ciò non solo permette scelte esistenziali (di primo grado), ma anche di scegliere i motivi (scelte di secondo grado) per i quali tali scelte sono state effettuate De Schutter, *La vie privée cit.* *Rev.trim.dr.h.* 1999, 827

che si intrattengono con gli altri le condizioni per lo sviluppo della propria personalità come accade in quelle di seconda generazione. Nei diritti di terza generazione piuttosto l'intervento dello stato diventa essenziale per consentire agli individui di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle personalità individuali e resistere all'imposizione di identità dall'esterno, per poter valutare criticamente le proprie scelte esistenziali al riparo dalla stigmatizzazione sociale<sup>70</sup>.

In questa prospettiva è implicita però anche una critica nei confronti delle interpretazioni dominanti del principio personalistico, sia quando pongono alla loro base una visione della persona sempre tesa alla ricerca consapevole del suo sviluppo, sia quando intendono la possibilità di sviluppare la propria persona come possibilità di scelta volontaria fra una serie di identità che corrispondono ad attributi- socialmente definiti secondo parametri logici e relativamente chiari (genere, razza, classe, orientamento sessuale)- che precedono gli individui che operano le scelte,.

L'enfasi riposta sul momento deliberativo piuttosto che sull'identificazione con una particolare identità riflette infatti l'esigenza di sottrarsi ai problemi che pone ogni processo di ricognizione quando è fondato su di una particolare identificazione allo scopo di godere della protezione giuridica<sup>71</sup>. Il processo che conduce alla ricognizione di un'identità contribuisce a costituire ed a stabilizzare l'identità stessa, per usare il gergo della critica postmoderna, alla sua "essenzializzazione", alla trasformazione cioè dell'identità da un prodotto culturalmente e socialmente costruito in qualcosa di innato e preesistente.

E con ciò lascia intravedere un processo di costruzione dell'identità complesso e difficile. dal quale emerge una visione contingente e fluida dell'identità- mai interamente definita una volta per tutte- in grado di prendere in considerazione la molteplicità delle differenti relazioni che ognuno di noi può intrattenere nella società e la loro naturale variabilità nel tempo<sup>72</sup>.

I diritti di terza generazione prendono in considerazione dunque la possibilità di una potenziale dissonanza fra la soggettività individuale e la sua rappresentazione esterna, senza necessariamente sacrificare il valore espressivo che l'affermazione di un'identità pubblica che il titolare del diritto può voler fare.

E ciò in sintonia con la dislocazione della questione della soggettività su un piano diverso, con il suo passaggio per così dire dalla metafisica alla fenomenologia. Oggi il fulcro della questione infatti sembra risiedere non più nel fatto di essere e di presentarsi come un soggetto con certe caratteristiche particolari ma l'attenzione è piuttosto attirata dal processo attraverso il quale un soggetto ha assunto tali caratteristiche particolari o, meglio, dal processo che ha reso tali caratteristiche visibili, cioè socialmente e culturalmente rilevanti.

11. Dei diritti della terza generazione comincia ad essere percepibile un'altra "veduta" in cui l'accento tende a spostarsi prevalentemente sul rifiuto nei confronti dell'imposizione di un modello di vita e sull'omologazione dei comportamenti individuali, che rimettere in discussione la visione idealistica dominante della persona, e lascia spazio invece ad una visione più inquietante, ma certamente più realistica, di una persona continuamente alle prese con forme capillari e pervasive di

---

<sup>70</sup> Rubinfeld, *The right of privacy*, 102 *Harv.L.Rev.* (1989) 739, ma già prima Henkin, *Privacy and autonomy*, 74 *Col.L.Rev.* (1974), 1410.

<sup>71</sup> Vi sono almeno tre aspetti importanti da sottolineare: la scoperta dell'identità individuale non è uniforme e monolitica, ma è invece qualcosa di più complesso e multiforme; che le differenze non sono preesistenti ed inerenti agli individui, ma sono relazionali, dipendono cioè dai diversi contesti in cui entra in gioco la definizione della propria identità e dalle relazioni che si intrecciano con gli altri; che il proprio modo di essere e di partecipazione ad una comunità non è il frutto di una scoperta passiva ma ha invece una componente volontaria. Da noi Alpa, *Status e capacità*. La costruzione giuridica delle differenze individuali, Roma-Bari 1993.

Queste considerazioni permettono di comprendere come talvolta- in relazione alle varie situazioni in cui ci si trova sia possibile "scegliere" quale "posizione" adottare strategicamente.

<sup>72</sup> in linea con la descrizione della soggettività ad opera del postmoderno che enfatizza gli elementi della eterocostruzione della soggettività, dell'identità come maschera e come flusso di informazioni.

determinazione dei vari aspetti della propria esistenza e della propria identità da parte del potere pubblico e di un potere sociale che tendono gradualmente verso la normalizzazione<sup>73</sup>.

Questa analisi riprende in qualche modo l'interpretazione antitotalitaria che ha connotato la teorizzazione più recente della *privacy*, proprio nella sua versione *constitutional*, e la traspone all'interno della teoria della persona, arricchendo di significati ulteriori il processo di "costituzionalizzazione" dei diritti che la riguardano.

Fondamentale si rivela quella che potremmo definire l'ispirazione foucaultiana che anima questa interpretazione, secondo la quale il diritto dovrebbe essere considerato non più soltanto per la sua funzione sanzionatoria di comportamenti difforni, quanto piuttosto per il modo in cui tende a controllare gli individui imponendo ad essi identità e ruoli socialmente predefiniti. Una interpretazione che, secondo alcuni autori, dovrebbe guidare anche il giudizio della Corte Suprema conducendola a fulminare d'incostituzionalità prevalentemente quelle leggi che arrivano a condizionare la totalità delle esistenze individuali al punto tale da produrre cittadini completamente standardizzati<sup>74</sup>.

Da questa visione della *privacy* emergono però almeno altri due profili interessanti: uno riguarda la direzione che devono prendere le tecniche per la sua tutela, l'altro porta in esponente la stretta connessione fra costruzione della sfera privata e teoria della cittadinanza.

La costituzionalizzazione della *privacy* e, dunque, della persona non è il prodotto di una semplice esigenza di tutela accordata ad un nucleo di valore irriducibile che preesiste giusnaturalisticamente all'intervento statale o della istituzionalizzazione di un particolare valore morale attraverso il filtro della Costituzione, ma del fatto che quel nucleo costituisce la base fondamentale per l'edificazione di una società democratica, in quanto segna anche i limiti che uno Stato democratico non può oltrepassare quando si tratta di controllare e condizionare l'esistenza quotidiana dei suoi cittadini. In questo senso la *privacy* può dirsi davvero strumentale alla cittadinanza ed alla partecipazione sociale dell'individuo.

La costruzione della sfera privata che propone Rodotà però sollecita ad abbandonare una visione unidimensionale, come quella sottostante a questa impostazione, secondo la quale il potere è concentrato nelle istituzioni ed è espresso soltanto dallo stato attraverso la legislazione. Il diritto è certamente importante, soprattutto quando incorpora con apparenza di neutralità, i prodotti delle scienze e della tecnologia, ma non bisogna dimenticare quella rete complessa e ramificata, costituita dall'insieme dei prodotti della tecnologia che incidono sul corpo, sulla salute, sulle condizioni di vita insomma sull'intera esistenza<sup>75</sup>. Né che le tecnologie, se da una parte- come accade nel caso del *cyberspazio* dove è possibile assumere più identità contemporaneamente oppure rimanere anonimi- hanno consentito la liberazione dall'identità, dall'altra hanno contribuito ad ancorarla ad alcuni dati costitutivi della persona, moltiplicando i fenomeni di discriminazione ed ostacolandone la "piena realizzazione".

---

<sup>73</sup> L'autodeterminazione implica una dimensione interna cioè la capacità del soggetto di poter scegliere al riparo da pressioni e limitazioni; una dimensione esterna cioè la libertà da ogni forma di condizionamento sociale ed una dimensione fisica l'integrità corporale cfr. Fleming, *Securing deliberative autonomy* 45 *Stan.L.Rev.* (1995), 1 ogni riferimento all'autonomia non può essere disgiunta dalla considerazione dell'influenza che esercitano su di essa condizioni sociali come la formazione culturale, l'educazione, le alternative disponibili e la propensione a riflettere su di essa.

<sup>74</sup> Gran parte delle norme contribuiscono a "standardizzare" le esistenze individuali, solo alcune però possono contribuire ad espropriare totalmente della propria individualità i cittadini cfr. Rubinfeld, *The right of privacy* cit. 775., ("the state's power works positively to watch over and shape our lives, to dispose and predispose us, to inscribe into our lives and consciousness its particular designs"). Sul dibattito aperto dalla *constitutional privacy* cfr. Michelman, *Law's Republic* 97 *Yale L.J.* (1988) 1493, Thomas, *Beyond privacy principle* 92 *Col.L.Rev.* (1992), 1431, Schnably, *Beyond Griswold: Foucauldian and Republican approaches to privacy*, 23 *Conn. L.Rev.* 861 (1991).

<sup>75</sup> Ivi inclusi fenomeni come l'abitazione e l'abbigliamento fra gli altri cfr. Kennedy Du., *Sexual abuse, sexy dressing, and the eroticization of domination in Sexy dressing Etc.*, Cambridge-London 1993, Klare, *Power/dressing: Regulation of employee appearance*, 26 *New England L.Rev.* (1992) anche queste regole- non sempre giuridiche e talvolta invisibili- incidono sull'identità e contribuiscono a condizionare i rapporti fra gruppi ed a determinare i risultati delle interrelazione e degli accordi fra i vari esponenti di essi.

Del resto, nella stessa prospettiva foucaultiana le relazioni di potere non devono essere localizzate soltanto all'interno dello Stato, ma promanano anzi da una molteplicità di punti nel gioco non egitario e mobile delle relazioni sociali <sup>76</sup>.

La complessità con la quale il potere opera nel senso di condizionare la costruzione dell'identità richiede strategie complesse, dirette anche contro altre forme di potere sociale che esercitano una funzione "disciplinare" sul soggetto attraverso varie forme di sorveglianza e classificazione <sup>77</sup>.

Così- riprendendo la vecchia sfida rodotiana alla distinzione fra pubblico e privato, una distinzione che sebbene criticata continua a risorgere ed a riproporsi sempre in nuove vesti- la "resistenza" alla pervasività del potere può essere trovata proprio nella stessa rete di relazioni di potere costruita dallo stato, attraverso l'attribuzione di poteri a soggetti che prima non li possedevano, operando una redistribuzione di potere non solo giuridico, ma anche sociale dai controllori ai controllati.

La raccolta di dati a seconda dei vari interessi particolari, ad esempio, produce inevitabilmente visioni parziali dell'identità che moltiplicano le possibilità di controllo tecnologico e di classificazione degli individui. Una decontestualizzazione che non è, questa volta, il prodotto della manipolazione del contesto informativo come avveniva nel caso dell'identità personale. A questa scomposizione ed perdita di controllo sui propri dati è possibile reagire con strumenti come il "diritto" di essere informato, il "diritto" d'accesso presso chiunque usa o detiene dati personali, il diritto di chiederne la cancellazione.

Anche il passaggio del tempo può rendere obsoleti alcuni dati che non corrispondono più all'identità attuale della persona. Il diritto di ottenere l'eliminazione o la correzione dei dati "invecchiati" permette al titolare di "aggiornarli" in modo che sia possibile tenere in considerazione il mutamento della propria identità (cancellazione, trasformazione in forma anonima dei dati ex art. 13.1 c. 3) in modo da assicurare il rispetto dei diversi contesti temporale ed evitare manipolazioni che lo restituiscano al contesto originario. E' questa una rinnovata versione del vecchio diritto all'oblio con il quale condivide l'idea di fondo che la cristallizzazione dell'identità possa costituire un vincolo allo sviluppo della persona.

E' ancora alle regole del diritto privato che viene affidato il ruolo di realizzare una strategia di "ricomposizione" del soggetto costantemente minacciato dalla frammentazione della sua identità in una serie di dati (dimensione sincronica) o dalla sua dispersione nel tempo (dimensione diacronica) <sup>78</sup>.

Ma il potere di conformazione presente all'interno del diritto rimanda ad un ulteriore aspetto: il controllo da parte dell'interessato sulla circolazione delle informazioni che lo riguardano. Questa circolazione "controllata", immediata conseguenza della costituzionalizzazione del diritto, va ben al di là del consenso preventivo (richiesto per la raccolta, comunicazione e diffusione dei dati personali dall'art.11) <sup>79</sup> ma gli garantisce la possibilità di seguire i propri dati anche quando

---

<sup>76</sup> Il potere disciplinare opera attraverso le menti ed i corpi dei cittadini ("biopotere") ed è iscritto nella struttura stessa dell'essere ("ontologizzazione").

<sup>77</sup> Un riferimento per tutti è Foucault, *Panopticismo*, in *Sorvegliare e punire*. Per l'impatto di Foucault sulla privacy cfr. autori nota precedente. Più in generale cfr. Kennedy Du., *The stakes of Law, or Hale and Foucault!*, *Sexy dressing* cit. 83.

<sup>78</sup> cfr. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità*. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali, *Riv.crit.dir.priv.*1997,583. Sul dibattito sollevato dalla legge sulla tutela dei dati personali cfr.Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, *Stidum Iuris* 1997, 466;Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico in Tutela della "privacy"* (a cura di Bianca e Busnelli), *Nuove leggi civili commentate* 1999,228; Palmieri e Pardolesi, *Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un "nuovo ordine"* in *Foro It.* 2000, I, 644 ed Id., *Protezione dei dati personali in Cassazione eugenetica dei diritti della personalità ?*, *Foro It.* 2001,I, 2448.

<sup>79</sup> Il consenso autorizzativo ha la stessa funzione che assolve in altri contesti delle tutela della persona e rappresenta la massima espressione del potere autodeterminativo del soggetto in quanto persona cfr. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, *Riv.crit. dir.priv.* 1998, 339 ed Id., *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, ivi, 2002, 43.

sono usciti dalla propria “disponibilità” e gli assicura il controllo sulle modalità e forme del trattamento<sup>80</sup>.

E’ il caso anche di ricordare la norma di chiusura costituita dall’art. 13, 1 d) che offre all’interessato la possibilità di opporsi sempre al trattamento, anche se ha dato precedentemente il consenso oppure si tratta di dati che sono trattabili per varie ragioni senza il suo consenso, purché dimostri l’esistenza di “motivi legittimi”<sup>81</sup>. Una disposizione che rimanda ad una valutazione comparativa, secondo il principio della buona fede oggettiva, del comportamento del titolare il quale incontra sempre nell’esercizio dei suoi poteri, un limite (esterno) costituito dall’interesse del soggetto a cui i dati si riferiscono<sup>82</sup>.

Non poteva essere portato alla luce più nitidamente il carattere relazionale che tali situazioni assumono, in cui è diventato fondamentale il profilo delle modalità di esercizio del diritto<sup>83</sup>, marcando la sua distanza rispetto ai modelli delle altre generazioni.

12. I diritti della persona che appartengono a questa nuova generazione possono contribuire ad individuare un principio che impedisce l’intrusione della legge nella costruzione della sfera privata, ponendosi in modo antagonista rispetto alla tendenza all’eccessiva giuridificazione della persona. In questa prospettiva la *privacy* può segnare un confine che assicura l’autonomia decisionale, il rispetto della persona ed il dominio del proprio corpo quando sono in gioco questioni che attengono all’identità personale.

La *privacy* diventa uno spazio all’interno del quale operare delle scelte, senza richiedere necessariamente una particolare identificazione ad opera di chi richiede la protezione, segnato da un confine mobile a seconda dei diversi contesti in cui è chiamato ad operare ( in modo da evitare l’essenzializzazione della persona e delle sue caratteristiche)<sup>84</sup>.

A questo terzo stadio però i diritti della persona sono animati da una logica diversa: quella della possibilità attribuita all’individuo di contribuire alla sua autodeterminazione ed alla costruzione della propria sfera personale. E, come accade ogni volta che si verifica l’avvento di una nuova generazione, la comparsa dell’ultima difficilmente riesce a sottrarsi fino in fondo al conflitto

---

<sup>80</sup> Una forma di controllo che può venire rafforzata dall’intervento del Garante, al quale è affidata *a monte* la valutazione preventiva circa la legittimità e liceità delle finalità dichiarate ed al quale viene permesso di operare l’identificazione di “misure ed accorgimenti a garanzia dell’interessato” nei confronti di quei trattamenti che in modo indipendente dal tipo di dato in questione possano presentare “rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell’interessato (art.24-bis) ed *a valle* il potere di intervenire con il blocco del trattamento quando vi sia il rischio di un pregiudizio nei confronti di uno o più interessati (art.31, 1c.lett. l).

<sup>81</sup> Parla di diritti-rimedi, caratterizzati da una predominanza di quelli a carattere specifico “tendenti a correggere, guidare e/o paralizzare l’uso non corretto dei dati personali” che denotano il carattere preventivo e non riparatorio di questa forma di tutela, “tutela nella quale non è possibile distinguere un prima ed un dopo rispetto alla situazione soggettiva sostanziale da tutelare” confermando la sua estraneità rispetto alle regole attributive di diritti (Di Majo, Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela, in *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001 409-410).

<sup>82</sup> Sul modello dell’interesse legittimo di diritto privato richiamato da Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, Dig. Disc.priv.sez.civ. IX Torino 1993, 543, nella sua costruzione peraltro erano gli stessi diritti della personalità ad essere ricostruiti nella prospettiva dell’interesse legittimo come una posizione che il titolare del diritto soggettivo contrapposto “non è autorizzato a comprimere neppure in via di fatto” per la realizzazione del suo diritto, dovendo esercitare il proprio diritto in modo più opportuno per evitare un inutile sacrificio dell’interesse altrui e ponendo le basi per un controllo sul modo in cui incide sugli interessi altrui, il modello ora è ripreso da Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico Commentario della legge 31 dicembre 1996, n.675* (a cura di Bianca e Busnelli), 230 e Navarretta, *Tutela della privacy*, Commentario, cit., 320 che lo riconducono al criterio della correttezza come regola valutativa dell’attività di relazione” nei confronti di una sfera giuridica preventivamente identificata, ma anche da Resta, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, Riv.crit.dir.priv. 2000, 299 ed Orestano A., *La circolazione dei dati personali*, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali II*, (a cura di Pardolesi), Milano 2003, 119.

<sup>83</sup> Così anche coloro che costruiscono la clausola dell’ingiustizia sulla relazionalità fra i due interessi...

<sup>84</sup> L’enfasi riposta sul corpo dovrebbe aprire un’altra questione, quanto la sessualità sia davvero centrale rispetto all’autodeterminazione, anche questo profilo è costituito dalla cultura dominante ed è una strategia del potere farci apprezzare la sessualità come costitutiva dell’identità.

con quelle che l'hanno preceduta. In particolare questo diventa evidente se si riflette sulla forte connessione instaurata fra i tradizionali ( di prima e seconda generazione) diritti della personalità e le norme sociali.

Nella protezione della personalità, realizzata nel quadro dei diritti di prima e seconda generazione, un ruolo cruciale infatti è affidato ad una serie di norme sociali di convivenza e talvolta anche convenzioni sociali o persino semplici stereotipi che devono entrare in gioco ogni volta che si tratta di circoscrivere, rispetto ad una determinata categoria di soggetti o di circostanze specifiche, l'oggetto e l'estensione dei relativi diritti – l'ambito cioè di ciò che si intende con pudore, riserbo o decoro o la complessa rete di regole di fondo che servono alla messa in opera delle rispettive pretese<sup>85</sup> – tutti legati in vario modo a giudizi di valore collettivo dai quali è difficile affrancarsi.

La stessa definizione della *privacy* è collegata alla “personalità sociale” una sfera privata che è determinata dalla valutazione sociale di ciò che può essere considerato privato e dalla cui tutela a sua volta dipende il rispetto, dunque la dignità, che viene normalmente accordato ad un membro di una collettività<sup>86</sup>.

Un effetto “collaterale” di questa dimensione è costituito certamente dal fatto che i diritti della personalità della prima e seconda generazione risultano ovviamente meglio attrezzati per offrire protezione soprattutto nei casi in cui la pretesa riguarda la difesa di certi stili di vita che si identificano meglio con quelli ampiamente approvati all'interno di una collettività o in tutte le altre ipotesi in cui gli attori aspirano ad identificarsi un ruolo “sociale” approvato, nelle ipotesi cioè in cui la donna sposata, l'attrice o il professionista tendono verso certi valori ampiamente condivisi. E' questo il caso delle attrici che, abbandonato ruoli “scabrosi”, cercano di difendere una nuova identità (diritto all'oblio della passata identità) contro la pubblicazione di immagini tratte dai vecchi films<sup>87</sup> o del professionista che si vede attribuire un reddito modestissimo<sup>88</sup>.

In questi casi insomma vi è qualcosa di più di una semplice difesa dell'individuo nei confronti dello stato o nei confronti degli altri individui: i diritti della personalità implicano un rapporto più complesso fra individuo e società, fra individuo e Stato, nel proteggere un determinato individuo il diritto contribuisce anche a definire una determinata comunità (società)<sup>89</sup>.

In questi casi il soggetto che domanda protezione fa parte di una comunità e la tutela della sua personalità dipende anche dal rispetto delle norme sociali che la definiscono e che egli condivide. Questa prospettiva è destinata ad entrare in conflitto con i diritti di terza generazione il cui presupposto è invece il tentativo dell'individuo di definirsi, uno spazio che il più delle volte implica la differenza, uno spazio nel quale le norme sociali vengono, al contrario, in qualche modo sospese.

Ma il caso della costruzione della sfera privata è anche emblematico di una elaborazione o rielaborazione delle categorie tradizionali del diritto privato che assume la valenza di una forma di

---

<sup>85</sup> Il riferimento è all'interpretazione “culturale” che serve a separare i termini di alcune dicotomie che sono fondamentali per il funzionamento della tutela costituita dai diritti della personalità come quelle fra fatto/opinione, pubblico/privato, vero/falso.

<sup>86</sup> Post, *The social foundation of privacy: community and self in common law tort*, 77 *Cal.L.Rev.*(1989) 957ss sulla scorta di Bloustein, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*, 39 *N.Y.U.Law Review* (1964), 962)... il modo con cui il singolo si definisce come individuo è influenzato dalla sua appartenenza ad un gruppo etnico o religioso o ad un gruppo sociale..in questo modo le norme tenderanno a circoscrivere i modi in cui questa appartenenza può rilevare.

<sup>87</sup> Pret. Roma 10.2.1988, *Dir.inf.* 1988,860, Pret. Roma 21.1.1989, *Dir.inf.* 1989,513.

<sup>88</sup> Trib. Pescara, 5.10.1989, in *Dir.inf.* 1990, 799.

<sup>89</sup> Di “istituzionalizzazione” o “reistituzionalizzazione di norme sociali parla Post, da noi, a proposito del ricorso all'art. 2 della Cost. è stato messo in evidenza il ruolo che questa clausola svolge “poiché permette di assumere in modo flessibile in relazione all'ambito sociale e alle zone di interessi nelle quali è destinata ad operare le valutazioni dominanti o fa propri modelli di comportamento che abbiano una positiva risonanza nella realtà sociale” (Zatti,...), ma nessuna comunità esaurisce l'intera società e definisce completamente un individuo, ognuno può appartenere a diverse comunità, come quelle rappresentate da un gruppo etnico o religioso.

resistenza locale allo scopo di contrastare un potere diffuso che non ha più un centro di irradiazione ed è associato non più alla forza, ma alla diffusione della conoscenza scientifica e tecnologica.

Infatti, dietro questi conflitti ci sono molto spesso soggetti deboli (bambini, malati, donne, immigrati), soggetti che per ragioni materiali, culturali, giuridiche patiscono una situazione di inferiorità.

Forme di resistenza che cercano di ristabilire un equilibrio o spostare il piatto della bilancia, sperando poi che questo si riassetti un pochino più dalla parte dei gruppi sfavoriti. Cosa che riporta alla ribalta la questione distributiva.

13. I giuristi americani amano oggi affermare con un certo compiacimento ed orgoglio “ora siamo tutti realisti”.

Oggi forse anche fra molti di noi possiamo dire “ siamo tutti rodotiani”.

Con qualche eccezione infatti un certo eclettismo metodologico si è diffuso. Parole come politica del diritto, clausole generali, buona fede e perfino funzione sociale sono state metabolizzate dalla cultura giuridica e rappresentano un patrimonio comune di tutti.

Ed è a questo punto che torna la lezione di Pound: la scelta per il “candore”, la necessità cioè di portare in esponente chiaramente le finalità che si perseguono, il fatto che i giuristi sono chiamati ad operare scelte nella costruzione dei significati e dunque sono responsabili per le conseguenze sociali e distributive che da tali scelte possono essere provocate. Con l’aggiunta però di tutta la consapevolezza della complessità della realtà sociale, dei limiti della capacità umana di modificarla e direi pure ora dell’impossibilità foucaultiana di impossessarsi completamente del potere per farlo<sup>90</sup>.

Oggi proprio strumenti che evocano una valenza progressiva, anzi costituiscono quasi una parola d’ordine delle ricostruzioni progressiste, penso in particolare ancora alla buona fede – emblematica fra tutte le clausole generali per la sua capacità di rimettere in discussione i confini fra diritto e *policy*, con il riferimento alla realtà sociale ed alla creatività del giudice, alla quale ora viene significativamente aggiunta la diversificazione sociale e culturale, assicurando la compatibilità fra valori differenti<sup>91</sup> – hanno smesso di produrre risultati dello stesso segno.

Anzi queste possono essere impiegate, consapevolmente o meno, per produrre risultati diversi. Alcuni anche importanti, ma certo piuttosto diversi da quelli in vista dei quali erano stati originariamente immaginati.

Un cambiamento di senso è certamente quello in corso nel campo della buona fede.

Sospetto infatti che l’abbondanza di richiami ad essa presenti nei progetti di diritto uniforme- in cui la buona fede come dovere generale di comportamento (art. 1.7 PICC Unidroit) e limite della libertà di determinare il contenuto del contratto (art. 1.102 PECL) è diventata non solo uno dei principi portanti, ma viene posta sullo stesso piano delle norme imperative- abbiano più a che fare con certi cambiamenti nella struttura delle relazioni economiche (e politiche) che con il perseguimento di finalità solidaristiche vere e proprie.

Per rimanere solo alle prime, la sua “rinnovata” centralità dipende soprattutto da una evoluzione strutturale delle relazioni economiche ed alla comparsa sempre più evidente, accanto ai

---

<sup>90</sup> Il riferimento è ancora alla critica foucaultiana della visione illuministica di un soggetto che acquisisce progressivamente sempre maggiore libertà ed autonomia. Il soggetto anche se esercita potere non è mai completamente liberato da esso, capace di sottrarsi alla complessa serie di relazioni in cui è diffuso, capace di possederlo interamente. E ciò può valere anche per il giurista e per il repertorio di strumenti dei quali il giurista si serve, la metafore del dilemma si atpeggia anche a questo caso. Il potere infatti non reprime soltanto, ma produce, trasforma e si appropria dei discorsi, strutturando anche il sistema di significati cui il soggetto stesso partecipa. Ricorda l’ambiguità e le strategie del potere Messinetti, Circolazione cit. 407

<sup>91</sup> Cfr. Rodotà, Il tempo delle clausole generali cit. nella cui recente rilettura viene sottolineata proprio la capacità delle clausole generali di permettere la convivenza e la legittimazione di valori diversi portati da soggetti culturalmente e socialmente diversi.

contratti fra professionisti e consumatori, di una diversa tipologia contrattuale- i c.d. contratti relazionali o incompleti- per regolarle<sup>92</sup>.

In questo contesto il ruolo della buona fede è inevitabilmente mutato, poiché ora serve ad assicurare una condotta razionale delle parti nella gestione delle circostanze sopravvenute del rapporto<sup>93</sup>.

La maggior parte di queste relazioni contrattuali sono infatti associate a forme di produzione integrata, strettamente dipendenti dalle variazioni nei costi di produzione e dalle innovazioni tecnologiche, e sono caratterizzate da investimenti specifici alla particolare relazione che, se fosse sciolta, non sarebbero facilmente *riciclabili* sul mercato, conducendo ad una sicura dispersione di risorse. Nella prospettiva della “lunga durata” il rapporto contrattuale diventa così un terreno estremamente fertile per comportamenti opportunistici di ogni tipo. La buona fede viene utilizzata per metterli in scacco, diminuendo la probabilità di conflitti ed assicurando- quando è possibile- la continuazione della relazione e dunque la soluzione più efficiente.

Si tratta di un'utilizzazione che comincia a caratterizzarsi in modo diverso da quella precedente in cui la buona fede imponeva a ciascuna parte – attraverso l'integrazione del rapporto con obblighi accessori o del contratto con l'aggiunta di qualche clausola<sup>94</sup> – di osservare comportamenti in modo indipendente o addirittura contrastante con le previsioni contrattuali “allo scopo di salvaguardare l'interesse di controparte”. E che andavano ad inserirsi stabilmente all'interno di alcune tipologie contrattuali specifiche per proteggere singole categorie di contraenti.

In questa prospettiva cominciano ad emergere alcuni dati. Intanto è evidente come abbia buon gioco l'idea di una buona fede che si appoggia tutta alla stessa autonomia privata diventando strumento di “autointegrazione”, dando vita cioè ad una tecnica flessibile di gestione del contratto che presenta ora anche il vantaggio di mettere l'intervento del giudice al riparo dai sospetti di eccessiva interferenza con l'assetto giuridico-economico voluto dalle parti<sup>95</sup>. Anche se altrettanto evidente è che una valutazione di quello che il regolamento contrattuale “avrebbe dovuto essere” o di cosa “avrebbero scelto se vi avessero potuto provvedere da sé” non promette di per sé di avvicinarsi davvero alla volontà di quelle stesse due parti e non può fare a meno di prendere anche altri parametri in considerazione, fra i quali quelli che offre il mercato per operazioni economiche simili come riferimento<sup>96</sup>.

Un cambiamento del tutto simile caratterizza il cammino che buona fede e correttezza percorrono all'interno degli stessi Principles, quando vengono evocate per potenziare il controllo e la correzione del contratto ad opera del giudice. In ambedue i progetti vi sono infatti disposizioni

---

<sup>92</sup> Cfr. Macario, Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Napoli 1996, ma sia permesso il rinvio anche a Marini G., Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti, Napoli 1995 dove anche un tentativo di utilizzarne le strategie anche al di là dei rapporti tecnicamente “di durata” .

<sup>93</sup> Di una “eticizzazione” del diritto privato (dei contratti) come risposta al declino dell'intervento statale (cfr. Alpa, I “Principles of European Contract Law” predisposti dalla Commissione Lando, Riv.crit.dir.priv. 2000, 497), ma sul cambiamento di segno (dalla giustizia “sociale” alla giustizia individuale) Le penetranti osservazioni di Barcellona M., La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutela 329.

<sup>94</sup> La *querelle* che riguarda la collocazione della buona fede all'interno dell'integrazione del contenuto del contratto in modo tale da determinare il comportamento dovuto e non soltanto all'interno dell'esecuzione come modalità che il comportamento stesso può assumere è destinata ad essere ridimensionata se si pensa al fatto che la discrezionalità alla quale la buona fede pone un limite riguarda l'esercizio di poteri che è il contratto ad attribuire e che incidono però sullo svolgimento del rapporto per tutti cfr. Di Majo,

<sup>95</sup> Una tendenza destinata ad essere enfatizzata soprattutto nella prospettiva del diritto uniforme dei contratti. L'adozione di una disciplina uniforme, al di fuori di ogni ordinamento, che prescinde da una disciplina dei singoli tipi contrattuali, né può contemplare la possibilità di un rinvio alla legge ed alle sue previsioni non lascia molte alternative Il mutamento è sottolineato sia pure con sfumature diverse fra gli altri da Castronovo, Il contratto nei Principi di diritto europeo, Eur.dir.priv. Vettori, Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti), Riv.dir.civ.2002, I, 679 ed Id. Buona fede e diritto europeo dei contratti, Eur.dir.priv. 2002, p. 931.

<sup>96</sup> I rischi posti dalla limitata competenza istituzionale del giudice e dalla difficoltà di colmare il contratto “al posto delle parti” in questi casi sono ben noti alla letteratura specialistica (da noi basterà Bellantuono) i dubbi ingenerati lasciano preferire talvolta meccanismi che inducono un adattamento *ex post* ad opera delle parti stesse o prevengono l'incompletezza del contenuto del contratto (cfr. Monateri, Ripensare il contratto).

che generalizzano il controllo sul contenuto del contratto prevedendo il rimedio dell'annullabilità nei confronti del "vantaggio eccessivo ed ingiustificato"(art. 3.10 PICL Unidroit) e dell'"ingiusto profitto o vantaggio iniquo"(art.4.109 PECL), segnando una significativa espansione rispetto ai rimedi previsti dalle legislazioni nazionali. Che questa espansione riguardi soltanto i fattori vizianti, allargando l'ambito del controllo procedurale, oppure incida anche sulla qualità stessa del controllo, estendendo il controllo al merito dell'operazione contrattuale<sup>97</sup>, è in ogni caso evidente la significativa innovazione a livello rimediabile che viene introdotta. Sia nell'uno che nell'altro caso insieme all'annullamento del contratto sono previsti anche l'annullamento di singole clausole e la sua correzione giudiziale in modo da renderlo conforme alla buona fede ed alla correttezza, spianando la strada ad un "adattamento" del contratto ad opera del giudice che può essere imposto anche alla parte soccombente, indipendentemente o meno dal suo consenso<sup>98</sup>. E diventa ancora più evidente, in questo caso, come questa prospettiva privilegi la funzionalità dello scambio rispetto ad altri obiettivi come la libertà e la spontaneità del consenso o la proporzionalità dello scambio.

Ancora una volta, dunque, la preoccupazione principale al di là della colorazione etica e delle declamazioni che evocano "la coscienza di una persona ragionevole" pare costituita invece da quella- peraltro del tutto legittima, tanto più in un contesto come quello dell'operatore commerciale medio a cui è avviata a rispondere oggi la disciplina uniforme- della conservazione del contratto e dal suo adattamento "ai criteri ordinari di correttezza nel commercio" (art.3.10 PICL Unidroit) o a quanto "avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede" (art. 4.109 PECL) cioè con riferimento all'equilibrio che sarebbe stato raggiunto in un mercato comparabile ma perfettamente concorrenziale<sup>99</sup>.

In ogni caso questa vicenda rende evidente alcune cose. In primo luogo un certo carattere strategico che il diritto- come pratica retorica, di cui ci si serve per legittimare alcune ricostruzioni rispetto ad altre- tende sempre più chiaramente ad assumere. In secondo luogo viene alla ribalta come l'incremento dell'altruismo nelle singole relazioni (inteso come cooperazione o come considerazione dell'interesse dell'altra parte) non produce necessariamente anche un risultato più egalitario, almeno se si adotta con questa espressione la prospettiva dei risultati "distributivi" prodotti fra gruppi in competizione fra di loro.

Con ciò viene ribadita anche tutta l'importanza di ritornare ad una analisi che si domandi quali sono gli effetti di una determinata regola giuridica non solo fra le parti di un singolo conflitto, ma anche- in una prospettiva più ampia fra i gruppi a cui queste parti possono appartenere, di come la sua eventuale modifica possa alterare i rapporti di forza fra di loro e quanto i singoli appartenenti possono ottenere quando entrano nei rapporti di conflitto o di cooperazione con gli altri a causa della presenza della stessa regola.

E' importante allora riportare l'attenzione sul modo in cui sono costruiti i meccanismi istituzionali che costituiscono l'intelaiatura all'interno della quale sono condotte le relazioni economiche e sociali fra gruppi diversi, portare alla luce quali sono le regole particolari dalle quali dipendono le relative posizioni di forza e che contribuiscono a "costruire" il potere e l'identità del soggetto da regolare.

---

<sup>97</sup> Nel primo senso fra gli altri Sacco, L'abuso della libertà contrattuale, in *Diritto privato*, III, Abuso del diritto 1997, 217 e nel secondo Barcellona M., *La buona fede* cit. 312.

<sup>98</sup> Questa sarebbe la differenza, condivisa anche per i casi di *hardship* (art. 6.2.3 PICL Unidroit e art. 6:111 PECL), rispetto ai modelli consacrati nella tradizione codicistica dei paesi europei in cui la modifica non è opponibile alla parte che non vi ha consentito, come dimostra per tutti la disciplina dell'offerta di riduzione ad equità (art. 1450 e 1467 c.c.) che muove appunto dall'iniziativa della parte contro la quale il rimedio è domandato (cfr. Barcellona M., *La buona fede* cit.)

<sup>99</sup> Pontiroli, La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?, *Giur.comm.* 1997, I, 595, sul punto si concesso anche il rinvio a Marini G., I vizi atipici, in *I contratti in generale* (a cura di P.Cendon), vol.IX, Torino 2000, 99.

A questo punto però finisce anche il mio contributo. Del resto il magistero del Maestro che onoriamo con questi scritti non si è certo esaurito<sup>100</sup>. Ci saranno molte altre occasioni per discutere ancora e per affrontare dunque anche la questione di una prospettiva redistributiva – che possa tenere in considerazione gli effetti prodotti rispetto a questi gruppi- permettendo ed incoraggiando una trasformazione dei ruoli sociali, in modo da porre le basi per rilegittimare interventi redistributivi, andando al di là della semplice redistribuzione di reddito a favore di una redistribuzione di potere. Una visione, attenta alle differenze razziali e di genere, che dia corpo a quella forma di cittadinanza attiva all'interno del mercato, della famiglia e della comunità politica sulla quale Stefano Rodotà in tutti i suoi scritti ha richiamato l'attenzione.

---

<sup>100</sup> Mentre il lavoro è in pubblicazione è in corso di stampa una riedizione *con aggiornamenti* di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004.