

Giuseppe Cassano

**NUOVI DIRITTI
NELLA COSTITUZIONE**

*Fra assenza del legislatore, predominio della tecnica, e ruolo della Consulta
Lezione di metodo*

Lecce, venerdì 8 gennaio 2010
ore 15,30 -18,30

Il saggio che segue è sostanzialmente la seconda parte di quanto ci siamo detti nel Convegno in oggetto, di cui esiste solo un canovaccio di mie considerazioni. Ritengo che le considerazioni che seguono sono più “concrete ed utili” per chi esercita la professione della trascrizione della lezione teorica e di metodo, in relazione alla quale si può fare riferimento agli appunti presi durante la stessa

I “diritti della personalità”, conquista propria della cultura giuridica del nostro Paese solo nel corso dell’ultimo secolo, costituiscono oramai una creazione stabile nel sistema giuridico.

I dubbi sull’ammissibilità di tale autonoma categoria sono stati chiariti dal superamento della concezione antropomorfa (ALLORIO) del diritto soggettivo in una definizione normativa, che identifica il diritto soggettivo con l’atteggiamento concreto qualificato da una norma (GIORGIANNI). Come correttamente rilevato in dottrina “Così, i beni della vita, dell’integrità fisica, della libertà, si presentano a prima vista come i beni massimi, senza dei quali tutti gli altri perdono ogni valore; ma ben s’intende che, in ogni civiltà sufficientemente elevata, un’importanza grandissima spetta anche ai beni dell’onore, della riservatezza, dell’identità, della paternità intellettuale” (DE CUPIS).

Nelle concezioni tradizionali del diritto soggettivo, infatti, esso appare come potere della volontà o come interesse protetto o combinazione di queste formule; da tali configurazioni è rigorosamente assente ogni riferimento al fenomeno normativo che permetterebbe di spiegare il diritto soggettivo mediante il diritto oggettivo, riducendolo alla nozione di questo, ossia all’idea di norma.

La negazione dei diritti della personalità, infatti, si basava sul concetto di diritto soggettivo inteso come potere della volontà, conferito dall’ordinamento giuridico; per cui, essendo l’uomo già fornito di un potere naturale su se stesso, la tutela giuridica si sarebbe risolta in un artificiale allargamento delle proprie forze naturali.

Se si parte, invece, dalla premessa che il diritto soggettivo si identifica con un criterio, esclusivamente normativo, di “valutazione”, di una condotta umana, non s’incontrano più seri ostacoli a reperire un tale criterio anche nella struttura dei diritti della personalità.

Da qui una serie di dispute sulla definizione dei diritti della personalità, sulla identificazione, sulla natura giuridica del bene protetto, sui differenti criteri di classificazione.

In passato le ragioni delle gravi incertezze e incoerenze si potevano ricercare in una obsoleta cultura giuridica, che modellava ogni posizione attiva del soggetto sulla base del diritto di proprietà, con la conseguenza che venivano esclusi, essendo ritenuti estranei alla sfera giuridica, diritti aventi ad oggetto un bene posto non già all’esterno della persona, bensì ad essa strettamente inerente.

In tal senso attenta dottrina aveva indicato una strada diversa precisando: “Il diritto su ciò che io sono non sarebbe se non fosse diritto su ciò che sono stato. Il diritto sul mio corpo presente è il diritto sul mio corpo passato. Anche il mio corpo esiste in quanto passa. E un atto non è se non un corpo che agisce. Le parole, che ho pronunciato, sono la mia bocca che ha emesso dei suoni o la

mia mano che ha tracciato dei segni. Non sarei padrone della mia bocca o della mia mano se non fossi padrone di quelle parole. E in quanto la legge mi garantisce il godimento della bocca e della mano, riconosce che mi appartengono le mie parole (...). Dimostrato così che non vi sono ostacoli logici da parte del diritto al riconoscimento dell'appartenenza degli atti a chi li compie, non altrimenti tale riconoscimento si può concepire se non come attribuzione all'agente di una signoria sugli atti medesimi non tanto nel senso che egli possa compierli o no quanto che niuno possa dare agli atti compiuti una destinazione diversa da quella che egli ha voluto e perciò trarli fuori, senza il consenso di lui, dalla sua sfera privata" (CARNELUTTI).

Si spiegano, allora, le polemiche sulla categoria dei diritti della personalità: così si è affermato, di volta in volta, che la personalità è presupposto di ogni diritto (BRANCA-ALPA) non già diritto essa stessa; che appare inconciliabile logicamente un diritto sul proprio corpo; che la protezione dell'individuo è attuata dallo Stato per i propri fini di carattere generale (e benché talvolta questo deleghi l'esercizio di tale protezione al singolo, agirebbe sempre al fine esclusivo di proteggere se stesso) e che, conseguentemente, la tutela della personalità è realizzata dall'ordinamento mediante norme di diritto pubblico e gli attributi essenziali della personalità (norme, corpo, immagine) costituiscono per il soggetto beni, non diritti; che, infine, i presunti diritti della personalità non sarebbero che meri fatti costitutivi di obbligazioni, di reintegrazione o risarcimento del danno, derivanti da comportamenti contrari alle fondamentali prerogative della persona.

Le due categorie dell'avere e dell'essere, che costituiscono il fulcro su cui si annoda l'intera trama degli interessi umani, non hanno avuto pari considerazione, in un passato più lontano, nelle dottrine privatistiche: la seconda sembra essersi finalmente imposta all'attenzione degli studiosi in epoca relativamente recente.

Si è rilevato in dottrina: "La vita, l'integrità fisica, la libertà, e così via dicendo, costituiscono ciò che noi siamo. Orbene, non si vede per quale ragione il legislatore dovrebbe limitarsi a proteggere la categoria dell'avere, lasciando fuori dalla propria sfera di considerazione quella dell'essere: tanto più quando quest'ultima abbraccia, come si è già detto, i beni più preziosi che possano spettare alla persona" (DE CUPIS).

Ciò spiega come, in una teoria del diritto soggettivo elaborata fundamentalmente sull'esperienza dei rapporti relativi alla prima categoria (la quale, se si escludono appunto le esigenze tipiche dei diritti della personalità, abbraccia in fondo tutti indistintamente gli interessi patrimoniali riferibili all'individuo), l'oggetto del diritto abbia potuto considerarsi come un'entità estrinseca al soggetto.

È naturale, però, che dove oggetto di tutela è l'essere stesso della persona - che non implica relazione alcuna con un bene esterno - la prospettiva deve mutare. Ed a questo punto le opinioni divergono sensibilmente, come si accennava: all'affermazione che oggetto di tali diritti sarebbe il corpo dell'uomo, o, più in generale, l'uomo stesso, come "non io rispetto all'io" (FRANCESCHELLI), o come persona, allorché si accentua la duplice rilevanza formale dello stesso elemento (GIAMPICCOLO), o i beni non solo immateriali ma anche immanenti della persona fisica (GAZZONI), si contrappone l'altra concezione volta ad isolare i singoli attributi della persona, varie qualità e modi di essere della stessa.

Si è avuto modo di precisare che: "La personalità, se non si identifica coi diritti e cogli obblighi giuridici, d'altra parte ne costituisce la precondizione, ovvero il fondamento e il presupposto. ... Non si può essere soggetto di diritti e obblighi, se non si è rivestiti della relativa attitudine, ovverosia della qualità di "persona". Per quanto riguarda in modo particolare i diritti vi è stato chi ha fatto ricorso al paragone del guscio - ma il paragone può farsi ugualmente per gli obblighi - : la personalità è un guscio, destinato ad essere riempito di diritti, così come i diritti sono destinati a riempire quel guscio" (DE CUPIS).

E ancora, e con diversa incisività, sull'analisi del concetto di personalità: "Ma oltre la personalità giuridica, e prima di essa, esiste la personalità pura e semplice, senza aggiunta, esplicita o sottintesa, dell'aggettivo "giuridica"; e questa è una sostanza, anzi un valore pregiuridico, insito nell'individuo umano indipendentemente dal suo inserimento in un ordine di rapporti giuridici. La personalità giuridica, come qualità giuridica, è attribuita dall'ordinamento giuridico; la personalità, come semplice e indiscriminato valore umano, non presuppone alcun ordinamento giuridico. E' certamente inesatto dire che l'uomo è persona di diritto indipendentemente dall'ordinamento giuridico; ma è esatto dire che esso è persona indipendentemente da tale ordinamento" (DE CUPIS).

Ed è da sottolineare come, accanto a posizioni secondo le quali il contenuto dei diritti della personalità non è soltanto negativo in quanto essi hanno una posizione giuridica da difendere, ma "anche un lato positivo che consiste nella signoria del titolare sopra di esse" (DEGNI).

Si sono delineate posizioni che hanno evidenziato come, mentre la realizzazione del diritto reale coincide con la concreta attività di godimento e di disposizione del titolare, "la realizzazione dei diritti della personalità ovverosia l'attuazione, sul piano di fatto, del loro contenuto si identifica esclusivamente con la non ingerenza da parte di terzi in quelli che sono gli attributi essenziali della persona" (DI MAJO).

La precisazione fatta circa il contenuto dei diritti della personalità non può, comunque, soddisfare se non si sottolinea la capacità di questi di permeare la maggior parte degli istituti giuridici mutandone la funzione. Si potrebbe, così, affermare, in linea con autorevole dottrina, che "l'esigenza della personalità umana, del suo libero sviluppo incide sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e sulla funzione dell'autonomia privata e sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni soggettive patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di tutela (...) sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi; incide, insomma, su tutto l'assetto del vivere in "comunità" con questo di particolare, che una volta qualificati i diritti della personalità fra i diritti fondamentali, alla luce di questo assunto andrà rivisitato il difficile problema dei rapporti fra legislazione ordinaria, speciale e norme costituzionali" (PERLINGIERI).

Difficoltà non minori s'individuano nella precisazione degli elementi costitutivi dei diritti della personalità. La dottrina dominante afferma che questi ultimi non hanno contenuto patrimoniale, che sono indisponibili, imprescrittibili e intrasmissibili *mortis causa*. Qualche Autore, tuttavia, mette in vario modo in discussione tali enunciazioni, ritenendo che esse sono espresse più per ossequio alla tradizione o ad abitudini acquisite che per un'intima convinzione. Sull'attributo della non patrimonialità, che, intuitivamente, è la caratteristica più immediata dei diritti che hanno come punto di riferimento la persona, vengono avanzate sottili critiche, sul presupposto dell'esistenza di un patrimonio morale accanto a quello – di accezione più tradizionale – materiale, proponendosi del concetto una più generale definizione come complesso di posizioni attive e passive del soggetto. Dalla considerazione, poi, che non può esprimersi una regola generale circa la indisponibilità di tali diritti, viene messa in dubbio anche questa caratteristica.

Si sostiene, infatti, che "mentre, ad esempio, nemmeno il consenso dell'avente diritto rende lecita una grave lesione al corpo altrui, in materia di offese all'onore il consenso invece scrimina, ma non dà vita ad un valido *vinculum iuris* un negozio che tenda ad obbligare il promittente a tollerare offese future; obbligazioni di *patti* sono valide in relazione a comportamenti che ledano l'interesse alla riservatezza; mentre ... possono aversi veri e propri negozi di disposizione in ordine al proprio ritratto" (DOGLIOTTI).

Sostanzialmente, quindi, la categoria dei diritti privati della personalità (ben possono esistere difatti diritti *pubblici* della personalità, come, ad esempio, i diritti di libertà civile) assume una propria

autonomia nell'universo dei diritti. Seguendo il filo logico tracciato da autorevole dottrina, i diritti della personalità possono annoverarsi a ragione tra i diritti non patrimoniali.

La fondamentale differenza che separa il diritto all'integrità fisica dal più patrimoniale diritto di proprietà è rinvenibile già in ULPIANO (L.13 pr. D. 9, 2) laddove si afferma che *liber homo suo nomine utilem Aquiline habet actionem; directam enim non habet, quondam dominus membrorum quorum nemo videtur*

L'antica distinzione conserva il suo valore, se si pensa che i diritti i quali hanno proprie autonome caratteristiche, come i diritti reali e i diritti di credito, hanno questo di comune tra loro, per cui si contrappongono a tutti gli altri, vale a dire che, se non sempre, perlomeno assai frequentemente, loro oggetto è un bene racchiudente una immediata utilità economica: "l'oggetto dei diritti della personalità essendo un modo di essere fisico o morale della persona, ben s'intende come esso mai contenga in se stesso una immediata utilità di ordine economico. La vita, l'integrità fisica, la libertà e così via dicendo permettono al soggetto di conseguire altri beni muniti di utilità economica: ma non possono né identificarsi né confondersi con questi altri beni. Quando viene leso un diritto della personalità, sorge nel soggetto un diritto al risarcimento del danno, rivolto a garantirgli il *tantundem* di quei beni patrimoniali che l'oggetto del diritto leso era in grado di fargli conseguire. L'equivalenza tra diritto al risarcimento del danno e diritto leso della personalità è una equivalenza di carattere indiretto: l'equivalenza tra i diritti non può essere che un riflesso dell'equivalenza tra i rispettivi oggetti; ed equivalenza non sussiste direttamente tra la somma di denaro attribuita a titolo di risarcimento e la vita, l'integrità fisica e via dicendo, ma bensì tra quella e i beni patrimoniali che la vita, l'integrità fisica ecc. possono far conseguire al soggetto" (DE CUPIS).

Conseguenza logica è l'inalterabilità, a mezzo del carattere strettamente patrimoniale del diritto privato al risarcimento, del nucleo centrale, ontologico, del diritto: la qualificazione esistenziale del diritto ben deve quindi prescindere dalla qualificazione dei profili risarcitori.

Dunque i diritti della personalità possono configurarsi come diritti non patrimoniali, cui si aggiunge ora il requisito dell'assolutezza. Diritti assoluti dunque, come tutti i diritti soggettivi, che "si configurano come tali, vale a dire diritti, in quanto s'inseriscono in un rapporto giuridico con altri soggetti; e si qualificano per l'identificarsi di questi altri soggetti colla generalità. Tutti i soggetti compresi nella generalità sono destinatari delle norme di diritto oggettivo da cui derivano i diritti della personalità; e ciascuno di essi, nella presenza del presupposto di queste norme, vale a dire l'esistenza di un soggetto da lui diverso, è ugualmente vincolato dall'obbligo giuridico di non ledere i diritti della personalità di cui questo medesimo soggetto è titolare. Cosicché, al pari degli altri diritti assoluti, i diritti della personalità possono, in fatto, essere lesi da *chiunque* si trovi in conflitto con la posizione del titolare" (DE CUPIS).

Si è fino ad ora parlato di "diritti della personalità", ma la disputa tra "diritti" e "diritto", tra teoria monastica e teoria pluralista, in riferimento alla lesione di beni personali, esistenzialisticamente intesi, non è affatto elemento da trascurarsi. Già nel 1954, il dibattito era più che mai acceso: "Rimanendo sul terreno del puro diritto positivo, osservo che non solo non esiste alcuna norma, la quale riconosca espressamente l'asserito diritto alla riservatezza, ma che a tale riconoscimento non si può nemmeno pervenire mediante l'estensione analogica dei divieti contenuti nelle diverse disposizioni citate. Infatti, quelle sono norme che fanno eccezione alla libertà di parola, di divulgazione del pensiero, di stampa, di creazione artistica, e quindi il procedimento analogico urterebbe contro il divieto dell'art. 14 disp. prel." (PUGLIESE).

Sul versante opposto, le parole di un illustre studioso, oggi più che mai attuali, offrono una diversa impostazione: "a mio modo di vedere, finché non si vorrà riconoscere che la persona umana è un valore unitario, che i suoi interessi relativi all'essere possono - sì - venire isolati concettualmente, ma conservano quel comune punto di riferimento oggettivo e sono sostanzialmente solidali tra loro;

finché non si vorrà ammettere che le varie norme disseminate nel codice penale, nel codice civile e in leggi speciali, non costituiscono il fondamento di tanti autonomi diritti della persona, ma piuttosto la disciplina specifica di alcuni aspetti particolari di sua tutela e non più che un concreto svolgimento di questa; la costruzione verrà sempre a poggiare su di una base effimera. Non esistono diritti della personalità; esiste il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario (come indefinito e vario è, in altro campo, il contenuto del dominio), che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni protette da norme particolari” (GIAMPICCOLO).

Lungi dal risolvere l’annosa questione, la dottrina appare schierata su posizioni antitetice: da una parte (concezione pluralistica) stanno coloro secondo i quali i diritti della personalità sono ben differenziati e distinti, pur con caratteristiche comuni; dall’altra (concezione monistica) quelli secondo cui non esistono diritti della personalità, esistendo piuttosto “il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario, che non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni singolarmente protette da norme particolari” (GIAMPICCOLO).

Pur nella diversità delle opinioni, le premesse definitorie e le conseguenze applicative sono, però, sempre sembrate pacifiche.

Si è affermato, infatti, che non sono ovviamente indifferenti le implicazioni dei due punti di vista in materia di tutela: in base alla teoria pluralistica, infatti, la tutela della personalità deriverebbe dalle esplicite previsioni normative, eventualmente con la possibilità di colmare le inevitabili lacune con criteri di interpretazione estensiva o facendo ricorso alla *analogia iuris*. In base alla seconda visione, invece, si avrebbe una protezione più ampia - non limitata ad esplicite previsioni normative - che si configurerebbero solo come momenti emergenti di una tutela più vasta e generalizzata. In altre parole, “se da un lato ogni ingerenza dei terzi sarebbe ammessa salvo esplicito divieto, dall’altro, essa apparirebbe illegittima, salvo specifiche norme autorizzative” (DOGLIOTTI).

Alla concezione pluralistica si è obiettato che essa non è in grado di proteggere le svariate sfaccettature del fenomeno; le si è rimproverato di essere, al contrario, “arbitraria”, di non tenere conto che i casi della vita sono incapaci di cristallizzarsi in specifiche formule e definizioni giuridiche. D’altro canto, alla tesi dell’unico diritto, viene rimproverato “un eccessivo individualismo di stampo ottocentesco, che non offrirebbe alcuna graduazione di interessi, meritevoli di tutela in quanto, appunto, riconosciuti espressamente dalla legge” (RAVÀ).

Tale obiezione, però, non tiene adeguatamente conto del fatto che oggi la persona umana, come mai prima, rischia di essere sottoposta a gravi aggressioni, imprevedibili in passato, contro le quali la risposta dell’ordinamento appare obiettivamente difficile, proprio per l’assenza di un’adeguata normativa di sostegno (che oggi potrebbe rinvenirsi nel D.Lgs. n. 196/03 – ed ancor prima nella l. n. 675/96 - sul trattamento dei dati personali), per cui sarebbe preferibile la concezione monistica dei diritti della personalità.

Questa l’impostazione tradizionale del problema.

Per non giungere a forme esasperate di tutela, è necessario individuare un limite alle manifestazioni dei diritti della personalità. Si è, infatti, precisato che la tutela giuridica è riferita all’*homo socialis*, per quelle legittime aspettative di rispetto di sé e del proprio essere, che l’uomo può vantare in relazione al tempo in cui vive, alle ragionevoli limitazioni che il contatto con i propri simili inevitabilmente comporta, alle restrizioni che l’interesse collettivo può esigere (GIAMPICCOLO).

“Questo connaturale limite interno del diritto, dove il legislatore non lo abbia specificato con una norma espressa, in relazione all’uno o all’altro aspetto della personalità, è segnato certamente dal costume, dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale” (GIAMPICCOLO).

Si può affermare che la sfera della personalità non trova sempre *in lege* la definizione del suo concreto ambito: dall'ordinamento potremo conoscere gli eventuali limiti della protezione giuridica o rilevarne particolari applicazioni ad aspetti specifici, ma non avere delineata esaustivamente l'intera molteplicità di manifestazioni dei diritti della personalità.

La categoria dei diritti della personalità, quindi, non è illimitata, piuttosto "indefinito e vario" è il contenuto dell'unico diritto della personalità.

Deve poi sottolinearsi come la categoria generale dell'art. 2043 c.c. (ora da leggersi con l'art. 2059 c.c.) vada sempre più allargando il proprio ambito oggettivo di operatività anche grazie alla decisa presa di posizione della Corte Costituzionale.

Il riferimento è alla nota sentenza del 11.7.03 n. 233, in cui si afferma, nel quadro di un sistema bipolare di danno patrimoniale e di danno non patrimoniale, la correttezza di un'esegesi costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. idonea, in quanto tale, cioè a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona.

In estrema sintesi, la citata norma codicistica ricomprenderebbe nel suo alveo sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (articolo 32 Costituzione); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Dalla lettura della pronuncia della Corte Costituzionale si evince quindi come le due norme in esame (2043 c.c. e 2059 c.c.) non siano in contrapposizione tra loro ma vadano di pari passo nel senso di aversi un combinato di cui alle citate norme – che si atteggiano quali facce della stessa medaglia – che, ciascuna per la sua parte, risarcirebbero una parte dei danni.

L'art. 2059 c.c. va quindi letto non come norma che delinea una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma, come disposizione che, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, consente nei casi determinati dalla legge, anche la riparazione di danni non patrimoniali, eventualmente in aggiunta a quelli patrimoniali.

Ma qui le nostre argomentazioni proseguono su quanto già ci siamo detti in questa sede, il 17 aprile 2009, ai cui lavori si rimanda [IL DANNO NON PATRIMONIALE, PROVA, RISARCIMENTO, E LIQUIDAZIONE DEI DANNI ESISTENZIALI ALLA LUCE DELLE S.U. 26972/2008](#)