

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CL - Fascicolo 3 2018



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN)
In distribuzione dal mese di agosto del 2018

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Redazione

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscolo separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

José Ramón de Verda y Beamonte

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONALITÀ COME CATEGORIA UNITARIA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La rilevanza privatistica dei diritti fondamentali. – 2.1. Individuazione del problema. – 2.2. La posizione della dottrina spagnola: la tesi dell'efficacia diretta e quella dell'efficacia indiretta. – 2.3. Soluzione del problema. – 2.4. Alcune considerazioni sul *recurso de amparo* come mezzo di controllo indiretto della costituzionalità degli atti posti in essere da parte dei privati. – 3. I diritti della personalità come espressione dell'autonomia privata. – 3.1. L'affermazione del principio di autonomia privata in relazione ai diritti fondamentali della personalità. – 3.2. Le ragioni che impongono il consenso espresso. – 3.3. Il consenso prestato da persone minori o incapaci. – 3.4. La possibilità di revocare il consenso. – 4. Identità sostanziale dei diritti della personalità. – 4.1. Individuazione del problema. – 4.2. La distinzione statunitense fra *right of privacy* e *right of publicity* ed impossibilità di trasporla nell'ordinamento spagnolo. – 4.3. L'inadeguata distinzione fra 'aspetto costituzionale' e 'aspetto privatistico' del diritto all'immagine. – 5. L'analogia fra regolamentazione costituzionale e privatistica rispetto alla tutela della memoria dei defunti. – 6. Diritti della personalità che non sono diritti fondamentali: il caso paradigmatico del diritto alla voce.

1. *Considerazioni preliminari*

Uno dei problemi dogmatici ricorrenti nell'ambito dei diritti della persona, consiste nell'individuazione del rapporto sussistente fra la categoria dei 'diritti fondamentali' e quella dei 'diritti della personalità'. Le difficoltà sorgono a causa della loro diversa origine: i diritti fondamentali nascono, infatti, come ambiti immuni dalle ingerenze dei poteri pubblici¹; i

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ È dato acquisito che la consacrazione giuridico-positiva dei diritti fondamentali nella storia del costituzionalismo rispondeva alla normale esigenza

diritti della personalità, al contrario, come tecniche utilizzate dal diritto civile al fine di reagire ad illegittime intromissioni di soggetti privati nella sfera giuridica (fisica o psichica) di un essere umano², giustificando la possibilità di proporre una azione inibitoria (al fine di ottenere la cessazione dell'intromissione) e/o risarcitoria (strumentale ad assicurarsi la riparazione del danno non patrimoniale).

Questa diversa origine delle due categorie, nonché le distinte finalità per le quali sono sorte, spiegano la difficoltà nel prospettare un 'dialogo' fra le stesse. Mentre i costituzionalisti disquisiscono esclusivamente di diritti fondamentali ritenendo non necessaria la tanto radicata terminologia – cara invece ai civilisti – di diritti della personalità, i privatisti, da parte loro, si riferiscono alla categoria dogmatica dei diritti della personalità ritenendo la loro protezione pubblicistica quale una mera ulteriore tutela percepita, sovente, come una 'scomoda aggiunta' da dover necessariamente integrare all'interno degli insegnamenti tradizionali.

La finalità del presente lavoro è quella di tentare di costruire una categoria unitaria e trasversale, definibile come 'diritti fondamentali della personalità', nella quale possano trovare asilo entrambe le ricostruzioni classiche del fenomeno nella convinzione che, in realtà, entrambe fanno riferimento al-

za di stabilire limiti ai poteri pubblici garantendo spazi di libertà alla persona di fronte allo Stato. In questo senso, v. J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, p. 11: «è noto (anche se a volte dimenticato) che i diritti fondamentali ed il loro positivo riconoscimento nelle Dichiarazioni e nelle Costituzioni a partire dalla fine del secolo XVIII trovano il loro fondamento nell'idea di garantire un ambito personale immune dall'ingerenza dello Stato». Si vedano, tuttavia, le osservazioni di J. BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, 24, pp. 285-288, a proposito di tale 'concezione classica' dei diritti fondamentali.

² Lo evidenzia R. DE ÁNGEL YAGÜE, *La protección de la personalidad en el Derecho Privado*, in *Revista de Derecho Notarial*, 1974, pp. 13-14, il quale riconnette «all'ambito delle relazioni fra individui e terzi tipico del diritto privato», «le ricostruzioni dottrinali dei diritti della personalità, del diritto soggetto, dell'autonomia privata e, soprattutto, della responsabilità civile».

la stessa realtà fattuale evidenziandone solo tecniche distinte di protezione³.

Una precisazione risulta, però, opportuna: si farà qui riferimento esclusivamente ai diritti all'onore, all'intimità e all'immagine essendo questi quelli che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, sono oggetto di una protezione maggiormente dettagliata, tanto che la l.o. 5 maggio 1982, n. 1 si considera, di fatto, il paradigma regolatorio dei diritti della personalità⁴.

2. *La rilevanza privatistica dei diritti fondamentali*

Dal mio punto di vista, risulta evidente come la dicotomia diritti fondamentali/diritti delle personalità non possa assolutamente mantenersi – quale portato della distinzione Diritto pubblico/Diritto privato – intendendole quali categorie isolate e reciprocamente indifferenti. A mio parere, non vi è alcun dubbio sul fatto che i diritti fondamentali (o, almeno, alcuni di essi – e, fra questi, quelli oggetto di indagine -) producano effetti interprivatistici⁵, dal momento che gli stessi non contengono esclusivamente obblighi di protezione e limiti ai poteri pubblici, ma hanno quali destinatari anche i singoli cittadini⁶.

³ J.J. LÓPEZ JACOISTE, *Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1986, p. 1114, osserva che i diritti della personalità ed i diritti fondamentali «si sostengono mutuamente». «Sotto un profilo teorico – aggiunge – i sostenitori delle rispettive tesi hanno molto dibattuto ma la realtà delle cose li ha fatti avvicinare», riferendosi ad una «commistione unificatoria» che, in fin dei conti, è stato un esito «ineludibile». «In questo modo – conclude – il trattamento unificato diventa criterio ragionevole, esigenza derivante dalla pratica e, persino, linea guida in termini di tecnica legislativa».

⁴ Dopo la loro consacrazione costituzionale e legale, è indubitabile che ci troviamo di fronte ad autentici diritti e non, al contrario, a meri interessi legittimi, la cui lesione può dar luogo ad un risarcimento.

⁵ È quello che comunemente viene definito come *Drittwirkung der Grundrechte*, seguendo la terminologia propria della dottrina tedesca sulla quale v. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (traduzione dal tedesco di E. GARZÓN VALDÉS), Madrid, 1993, in particolare, p. 506 ss.

⁶ Rimane comunque evidente che i diritti fondamentali non possano vincolare in maniera del tutto identica i privati ed i poteri pubblici per la sempli-

2.1 Individuazione del problema

Attualmente, proclamato il c.d. Stato sociale di diritto da parte della Costituzione⁷, deve proporsi un'interpretazione dei diritti fondamentali⁸ diretta a garantire spazi di libertà non solo di fronte all'attuazione dei poteri pubblici ma anche di fronte alle condotte dei privati⁹ e, soprattutto, di quelle entità private che assumono una posizione di supremazia nelle moderne società industriali incentrate sulla comunicazione¹⁰.

Non vi è dubbio sul fatto che nella Costituzione spagnola [d'ora in poi cost.] non si rinviene un precetto simile all'art. 18, comma 1, della Costituzione portoghese secondo il quale i diritti e le libertà costituzionali sono direttamente applicabili ai soggetti pubblici e privati e sono per gli stessi vincolanti. Allo stesso modo, però, non esiste neanche una 'base testuale' che permetta di affermare che i diritti fondamentali vincolino solo

ce ragione per cui, mentre questi ultimi sono solo i destinatari (soggetti passivi obbligati) dei diritti fondamentali, i primi sono al tempo stesso sia titolari sia destinatari di diritti fondamentali e libertà. Ciò determina che, con ogni probabilità, il riconoscimento concreto dell'efficacia vincolante di un diritto fondamentale nelle relazioni fra privati comporterà la limitazione derivante dall'obbligo di riconoscere gli altri diritti fondamentali di cui la controparte è titolare. V., in questo senso, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 65.

⁷ La dottrina rileva come il riconoscimento della *Drittwirkung der Grundrechte* è una questione intimamente legata alla proclamazione costituzionale dello Stato sociale di diritto. V., in questo senso, C. MOLINA NAVARRETE, *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la Drittwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)*, in *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1991, 3, pp. 66-67.

⁸ Che «ha un valore centrale e fondamentale nel sistema giuridico costituzionale» (Trib. Cost. 19 luglio 1985, n. 88, in *RTC*, 1985, 88).

⁹ Lo evidenzia A.E. PÉREZ LUNO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1995⁶, pp. 22-23.

¹⁰ Sarebbe questo il caso – lo osserva P. PÉREZ TREMPES, *Los derechos fundamentales*, in *Derecho Constitucional*, I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, 1994, p. 136 – relativo alle «attività delle grandi imprese in ambito commerciale, ai grandi gruppi nel campo della comunicazione, alle relazioni fra imprenditore e lavoratore in ambito giuslavoristico».

ed esclusivamente i poteri pubblici¹¹. Bisogna infatti ricordare che l'art. 53, comma 2, cost. contrasta con quanto afferma l'art. 19, comma 4, della *Grundgesetz* che limita la protezione giudiziale dei diritti fondamentali ai casi nei quali la loro lesione derivi da atti posti in essere da parte dei poteri pubblici. La norma spagnola, al contrario, riconosce la possibilità che i cittadini possano pretendere dalla giurisdizione ordinaria la tutela dei propri diritti fondamentali «attraverso un procedimento basato sui principi di celerità e sommarietà», non esigendo che gli eventuali atti lesivi siano imputabili ai poteri dello Stato¹². Ma vi è di più: vi sono una serie di norme costituzionali che possono essere richiamate al fine di giustificare l'efficacia interprivatistica dei diritti fondamentali quali, ad esempio, l'art. 1, comma 1, cost., secondo il quale la Spagna è uno «Stato sociale e democratico di diritto»; l'art. 9, comma 1, cost., che afferma la soggezione dei cittadini alla Costituzione; o l'art. 10, comma 1, cost., che eleva a fondamento dell'ordine pubblico e della pace sociale i «diritti inviolabili» della persona, come pure il rispetto dei «diritti degli altri consociati»¹³.

2.2 *La posizione della dottrina spagnola: la tesi dell'efficacia diretta e quella dell'efficacia indiretta*

All'interno della dottrina spagnola sono rinvenibili, sul punto, due contrapposte posizioni che dividono gli autori in quanti riconoscono ai diritti fondamentali un'efficacia diretta e quanti, invece, un'efficacia indiretta nei rapporti interpersonali.

a) Secondo la tesi dell'efficacia diretta (*unmittelbare Drittwirkung*), i diritti fondamentali (o, per lo meno, alcuni

¹¹ Lo fa presente J. BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 289.

¹² Così afferma J. BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., p. 289: l'art. 53, comma 2 C.E. «non si riferisce esclusivamente alla lesione dei diritti da parte dei poteri pubblici».

¹³ Sul meritevole sforzo di giustificare la *Drittwirkung der Grundrechte* all'interno del testo costituzionale, si veda C. MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., pp. 68-86.

di essi) sarebbero dotati di efficacia immediata nelle relazioni orizzontali in modo da vincolare direttamente i privati senza che sia necessaria la mediazione dei poteri pubblici (legislativo o giudiziale¹⁴).

b) Secondo la tesi dell'efficacia indiretta (*mittelbare Drittwirkung*), i diritti fondamentali vincolerebbero i privati solo indirettamente (*interpositio legislatoris* o *interpositio iudicis*) e, cioè, nella misura in cui i poteri pubblici abbiano definito il contenuto degli stessi attraverso l'adozione di leggi (che regolino i rapporti di diritto privato) o l'emanazione di sentenze (che risolvano controversie fra privati facendo in modo che i diritti fondamentali vengano attuati materialmente nelle relazioni fra privati¹⁵).

2.3. Soluzione del problema

In realtà la diatriba sopra esposta, di primario interesse sul piano dogmatico, perde di significato sotto un profilo pratico dal momento che tanto i sostenitori della tesi della *unmittelbare Drittwirkung*, quanto quelli della *mittelbare Drittwirkung*, ammettono pacificamente che i privati possano far ricorso alla giurisdizione ordinaria al fine di ottenere tutela dei propri diritti lesi dalla condotta di un terzo. Che la suddetta tutela venga riconosciuta in considerazione del fatto che i privati siano destinatari diretti dei diritti fondamentali (e, pertanto, siano da quelli vincolati direttamente) o, al contrario, facendo leva sul fatto che i poteri pubblici debbano ado-

¹⁴ V., in tal senso, J. BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos*, cit., pp. 288-297; C. MOLINA NAVARRETE, *Bases*, cit., pp. 68-86; A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos*, cit., p. 22; L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, *El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución)*, in *Actualidad Laboral*, 1996, 3, p. 613 ss., e p. 639 ss.; M. RODRÍGUEZ-PINERO, M^{ra} F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 267-271; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, in *Relaciones Laborales*, 1990, 8, pp. 288-290.

¹⁵ Così J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía*, cit., p. 121; y P. PÉREZ TREMPES, *Los derechos*, cit., pp. 136-137.

perarsi perché sia riparata la lesione dei diritti fondamentali (perpetrata da parte degli altri cittadini) nei rapporti di diritto privato, pare del tutto indifferente in relazione all'effetto pratico che si intende realizzare¹⁶.

Deve tuttavia notarsi come nella tesi della *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* si nasconda una evidente dose di finzione¹⁷: se si parte dall'affermazione secondo la quale i privati non sono soggetti destinatari dei diritti fondamentali, risulta difficile – a mio avviso – riuscire a giustificare l'intervento di giudici e tribunali (nelle ipotesi di assenza di *interpositio legis*) in relazione alla riparazione del danno cagionato a quei diritti. Ciò presuppone previamente l'esistenza di un vincolo (diretto o immediato) fra privati e diritti fondamentali¹⁸.

¹⁶ Lo riconoscono proprio gli autori che definiscono la tesi della *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*. Così si esprime P. PÉREZ TREMPES, *Los derechos*, cit., p. 137: «Questa forma indiretta di operare dei diritti fondamentali nelle relazioni fra privati determina che, di fatto, la loro efficacia sia molto simile a quella che si avrebbe nel caso di efficacia diretta poiché, soprattutto attraverso gli organi giudiziari, la lesione dei diritti che vedono la luce all'interno di tali relazioni [quelle di diritto privato] devono essere risarcite, acquistando così piena efficacia».

¹⁷ In questo senso M. RODRÍGUEZ-PINERO, M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, cit., p. 266.

¹⁸ A mio giudizio, la tesi della *mittelbare Drittwirkung* rende evidente come non possa essere identica la relazione esistente fra soggetti privati e poteri pubblici con i diritti fondamentali. Tuttavia – contrariamente a ciò che affermano i sostenitori della suddetta tesi – la differenza nell'intensità del legame delle due tipologie di soggetti non credo debba ricondursi ad una pretesa (e credo inesistente) contrapposizione fra efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali (a seconda che si tratti di relazioni verticali o orizzontali) ma nella constatazione che all'interno dei rapporti interprivatistici vi sono delle peculiarità inesistenti in quelli che si generano fra cittadini e poteri pubblici. Proprio per questo, non può ipotizzarsi una applicazione identica degli schemi che caratterizzano uno di tali rapporti rispetto all'altro. Basti pensare che nei rapporti interprivatistici risultano implicati soggetti che sono contestualmente titolari e destinatari di diritti fondamentali diversi (suscettibili di entrare in conflitto limitandosi reciprocamente) che devono essere armonizzati (si pensi, ad esempio, al caso paradigmatico di contrasto fra diritto all'intimità e quello alla libertà di espressione, o fra la libertà di impresa ed il diritto fondamentale alla non discriminazione). Inoltre, tali relazioni sono presidute dal principio dell'autonomia della volontà (art. 1255 del *Código civil* spagnolo). Il suddetto principio (che trova fondamento giuridico nell'art. 10, comma 1, cost. in quanto manifestazione del libero

Mi pare, allora, che nel trattare il tema dell'efficacia dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato, in alcune circostanze, non si differenzino adeguatamente due questioni totalmente distinte: da un lato, quella sostanziale consistente nel determinare se i diritti fondamentali abbiano come destinatari esclusivamente i poteri pubblici o anche i privati; dall'altro, quella puramente processuale che si concentra sulla possibilità di sindacare gli atti di autonomia privata lesivi dei diritti fondamentali attraverso un *recurso de amparo* di fronte al Tribunale Costituzionale.

Si tratta – va sottolineato – di due questioni diverse dal momento che una cosa è affermare l'efficacia orizzontale di alcuni diritti fondamentali (che a mio avviso caratterizza il diritto all'onore, all'intimità ed all'immagine) ed altra cosa è, al contrario, sostenere che gli atti dei privati che violino tali diritti non possano essere oggetto diretto di *recurso de amparo* disciplinato, nell'ordinamento spagnolo, dall'art. 41, comma 2, l.o. Trib. Cost.

La distinzione fra i due profili è peraltro perfettamente definita dalla nota sentenza del Tribunale Costituzionale 7 febbraio 1984, n. 18¹⁹, che, nonostante abbia respinto un *recurso de amparo* proposto contro l'atto di un privato in applicazione dell'art. 41, comma 2, l.o. Trib. Cost. afferma però che «non si deve pensare che si sia titolari di diritti e di libertà fondamentali solo nei confronti dei pubblici poteri. In uno Stato sociale di diritto, qual è quello consacrato dall'art. 1 cost., non può assolutamente affermarsi con carattere generale che il titolare di tali diritti non lo sia anche nei rapporti con gli altri consociati». Proseguendo sul punto, aggiunge che «esistono diritti che possono essere opposti esclusivamente ai poteri pubblici» (faceva riferimento a quelli indicati all'art. 24 cost.), riconoscendo implicitamente che altri diritti fondamentali hanno invece effica-

sviluppo della personalità) è evidentemente estraneo a relazioni di tipo verticale ma, al contrario, deve essere necessariamente tutelato nei rapporti fra privati (soprattutto quando si tratta di decidere l'assoggettamento dei privati al diritto fondamentale alla non discriminazione).

¹⁹ Trib. Cost. 17 febbraio 1984, n. 18, in *RTC*, 1984, 18.

cia orizzontale e, fra questi, la sentenza individua proprio il diritto all'onore, all'intimità e all'immagine.

Va dunque ribadito come nell'ordinamento spagnolo non risulti ammissibile che il Tribunale Costituzionale realizzi un controllo diretto di costituzionalità sugli atti di autonomia privata perché, nonostante l'art. 53 cost. lasci ipotizzare una soluzione contraria, il legislatore nazionale (cfr. l'art. 41, comma 2, l.o. Trib. Cost.) ha ritenuto opportuno restringere il *recurso de amparo* alle lesioni perpetrate attraverso l'esercizio di un potere pubblico. In questo quadro generale, la giurisprudenza (la sentenza del Tribunale Costituzionale n. 18 del 1984 ne è prova) cercò di individuare un meccanismo che permettesse al Tribunale Costituzionale di assoggettare a giudizio, in qualche modo (e quale ultima opzione), la conformità alla Costituzione degli atti di autonomia privata. Posto che tale controllo non poteva realizzarsi direttamente (non essendo permesso proprio dall'art. 41, comma 2, l.o. Trib. Cost.), il giudice delle leggi ha trovato l'espedito di individuare un potere pubblico al quale imputare la violazione del diritto fondamentale.

La ricostruzione sulla quale viene fondata tale imputazione è la seguente: l'art. 9, comma 1, cost., assoggettando i poteri pubblici alla Costituzione, contiene l'obbligo positivo diretto a tutti i poteri dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario nell'ambito ciascuno delle proprie funzioni) di dare effettività ai diritti fondamentali nell'ambito delle relazioni fra privati. Da ciò deriva che quando un potere pubblico non adempie tale obbligo – e, nella specie, quando il potere giudiziario ordinario non si uniforma all'obbligo di tutelare i diritti fondamentali lesi da atti di autonomia privata – si aprono le porte per un eventuale *recurso de amparo* il cui obiettivo sarà quello di sanzionare gli atti del potere pubblico (normalmente si tratta del potere giudiziario) che non adempiano all'obbligo positivo impostogli dall'art. 9, comma 1, cost. di dare effettività ai diritti fondamentali (cosa che mi pare del tutto aderente alla ricostruzione del *recurso de amparo* proposta dalla sentenza del Tribunale Costituzionale n. 18 del 1984 ove viene qualificato come «rimedio sussidiario di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali»).

In conclusione, risulta possibile un controllo indiretto da parte del Tribunale Costituzionale degli atti di diritto privato che ledano i diritti fondamentali della personalità nel caso in cui i Tribunali ordinari non accolgano la domanda risarcitoria della vittima: in queste circostanze, il *recurso de amparo* avrà un oggetto formale consistente nella sentenza impugnata, ed un oggetto sostanziale che sarà la lesione da parte di un privato del diritto all'onore, all'intimità o all'immagine del ricorrente.

2.4. Alcune considerazioni sul recurso de amparo come mezzo di controllo indiretto della costituzionalità degli atti posti in essere da parte dei privati

Il controllo indiretto sull'incostituzionalità degli atti dei privati per mezzo del meccanismo descritto da parte del Tribunale Costituzionale è stata proprio una delle cause della proliferazione dei *recursos de amparo*. Tutto ciò giustificò una reazione da parte del legislatore attraverso la l.o. 24 maggio 2007, n. 6 di riforma della l.o. Trib. Cost. Tale riforma appare evidente nella nuova formulazione dell'art. 49, comma 1, della l.o. Trib. Cost. il cui ultimo inciso afferma che «in ogni caso, sarà necessario motivare la particolare rilevanza costituzionale del ricorso». Di conseguenza, l'attuale art. 50, comma 1 lett. b, l.o. Trib. Cost., nell'enunciare i requisiti di ammissibilità, richiede che «il ricorso renda palese l'esigenza di una decisione sul punto da parte del Giudice delle leggi in ragione della particolare rilevanza costituzionale sotto un profilo pratico, del suo carattere di interesse generale nonché della sua capacità di determinare natura e contenuto dei diritti fondamentali». Pertanto, tale riforma ha determinato un mutamento radicale nella maniera di intendere il *recurso de amparo* risultando chiaro che, da allora, il fatto che un atto del potere pubblico vulneri un diritto fondamentale della personalità (incluso una sentenza ordinaria che non accolga la domanda volta a proteggere il diritto fondamentale leso da parte di un at-

to di un privato) non risulterà sufficiente affinché il suddetto atto sia ricorribile di fronte al Tribunale Costituzionale. Sarà invece necessario, in aggiunta, che nel proporre il ricorso si dimostri espressamente ed inequivocabilmente che nel caso di specie sussista quella «speciale rilevanza costituzionale» che giustifichi una decisione nel merito²⁰.

La l.o. n. 6 del 2007 stabilì anche un contrappeso all'introduzione del requisito della «speciale rilevanza costituzionale» al fine di introdurre il giudizio. La sua prima disposizione transitoria modificò l'art. 241, comma 1, 1° della *Ley Orgánica del Poder Judicial* dando ai Tribunali ordinari la possibilità di rivedere, attraverso il rimedio dell'*incidente de nulidad de actuaciones* la lesione di qualunque diritto fondamentale riconosciuto nell'art. 53, comma 2, cost. Fra questi figurano, va ribadito, non solo quelli a carattere processuale – come quello che prevede l'effettività della tutela giudiziale –, ma anche quelli di carattere sostanziale, fra i quali si annoverano i diritti fondamentali della personalità e, fra questi, il diritto all'onore. Il precetto, nella sua attuale formulazione, afferma che «le parti, o coloro che avrebbero dovuto esserlo, potranno chiedere per iscritto che si dichiari la nullità di qualunque atto fondato sulla lesione di un diritto fondamentale contenuto nell'art. 53, comma 2, cost. sempre che non abbia potuto chiederlo prima della conclusione del giudizio e che il suddetto atto non sia suscettibile di ricorso ordinario o straordinario».

Siccome il *recurso de amparo* ha carattere residuale dal momento che, come dice l'art. 43, comma 1, l.o. Trib. Cost., si potrà far ricorso allo stesso solo quando «siano esauriti i rimedi giudiziari ordinari», è sorto qualche dubbio se, nel caso in cui il processo avesse avuto ad oggetto la lesione di un diritto fondamentale della personalità, si rendesse previamente necessario che, al fine di proporre il *recurso de amparo*, il ricorrente avesse già proposto infruttuosamente un *incidente de nulidad*

²⁰ Sull'interpretazione del suddetto requisito, v. l'importante sentenza Trib. Cost. 25 giugno 2009 (*Pleno*), n. 155, in *RTC*, 2009, 155.

*de actuaciones*²¹. Su tale profilo, la giurisprudenza più recente propende per la soluzione negativa nel caso in cui all'interno del *recurso de amparo* si invochi la lesione di un diritto fondamentale di natura sostanziale determinato da una condotta di un privato. Ciò si giustifica per il fatto che la sentenza ordinaria già si era pronunciata sul punto: la necessità di proporre l'incidente si limiterà, allora, nelle ipotesi in cui il *recurso de amparo* si proponga avverso la lesione di un diritto fondamentale di natura processuale – quale quello che prevede l'effettività delle tutele giudiziarie – causato in maniera diretta e sopravvenuta da parte della sentenza oggetto di ricorso²².

3. *I diritti della personalità come espressione dell'autonomia privata*

Potrebbe ritenersi che, una volta affermata l'efficacia interprivatistica dei diritti fondamentali, la categoria dei diritti della personalità risulti superflua avendo quale unica residua funzione quella di descrivere l'oggetto di alcuni diritti fondamentali che riguarderebbero elementi o attributi propri dell'essere umano. Tuttavia, in questa linea, si perderebbe tutta la 'raffinatezza' della depurata costruzione dogmatica dei diritti della personalità elaborata dalla dottrina civilistica che traspare anche dalla regolamentazione contenuta nella l.o. n. 1 del 1982 sulla protezione del diritto all'onore, dell'intimità personale e familiare nonché della propria immagine. Tale disposizione, senza ombra di dubbio, non rappresenta una scelta autonoma del legislatore ordinario ma il frutto di un'esigenza costituzionale, dal momento che la tutela inibitoria e risarcitoria nella stessa prevista esprime la necessità di

²¹ Così, Trib. Cost. (Ordinanza) 21 dicembre 2010, in *RTC*, 2010, 200, mentre Trib. Cost. 21 ottobre 2013, n. 176, in *RTC*, 2013, 176, mantenne la tesi contraria.

²² V. in questo senso STC 19 dicembre 2013 (*Pleno*), n. 216, in *RTC*, 2013, 216.

tutelare l'effettività di tali diritti fondamentali all'interno delle relazioni sociali e giuridiche fra privati²³.

²³ Prima del riconoscimento costituzionale del diritto all'onore, all'intimità e all'immagine e della promulgazione della l.o. n. 1 del 1982, esistevano nella dottrina spagnola molteplici ricostruzioni teoriche dei diritti della personalità nelle quali venne fatto oggetto di interesse la configurazione dogmatica della figura e, in particolare, se si potesse o meno inquadrare nella nozione classica di diritto soggettivo.

Va segnalata, per la sua innovatività (all'interno del contesto giuridico spagnolo) l'ampia ricostruzione formulata da J. CASTÁN TOBENAS, *Los derechos de la personalidad*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, luglio-agosto, p. 21, il quale afferma che nei «diritti essenziali della personalità possono senza dubbio concorrere le qualità proprie dei diritti soggettivi sussistendo l'attribuzione da parte dell'ordinamento di un potere giuridico ad un titolare di fronte alla collettività posto alla sua piena disposizione e tutelato da un'azione giudiziaria».

Bisogna anche segnalare, per la sua originalità, la tesi di F. DE CASTRO Y BRAVO, *Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1260 ss., che propone di sostituire la nozione di 'diritto soggettivo' con quella di 'bene giuridico' adottando la definizione di 'beni della personalità' in luogo di quella di 'diritti della personalità'.

Senza dubbio, la ragione pratica che è alla base di tale ricostruzione è che esistano beni della personalità non tipificati come diritti soggettivi da parte dell'ordinamento giuridico (che erano molti nel momento nel quale scriveva l'autore) e che, a causa di ciò, rimanevano privi di protezione civile. In realtà, la protezione civilistica e, in particolare, quella risarcitoria individuata dall'art. 1902 cod. civ. non richiede necessariamente la lesione di un interesse giuridico protetto. D'altra parte, lo stesso autore afferma che quando le «libere scelte di una persona si riferiscono a "beni non essenziali" della stessa e si concretizzano su realtà esterne alla stessa (nome, immagine) possono raggiungere una astratta indipendenza fino ad ottenere qualche tratto tipico dei caratteri propri dei diritti soggettivi» (*ivi*, pp. 1263-1264). J. MADRIDEJOS SARASOLA, *Los derechos personalísimos*, in *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 272-281, realizza un'accurata ricostruzione dei diritti della personalità nell'ambito, più ampio, dei diritti personalissimi. In relazione ai primi, aderendo alla tesi di De Castro, afferma che «sembra non vi sia impossibilità assoluta dal punto di vista dogmatico nell'applicare a tali diritti la qualificazione di diritti soggettivi».

J. DÍEZ DÍAZ, *¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, pp. 858-901, nel respingere la categoria del diritto generale della personalità, afferma l'esistenza di diritti della personalità specifici che qualifica come «diritti soggettivi privati, essendo destinati, soprattutto, ad assicurare il godimento del proprio essere sia sotto il profilo fisico che spirituale» (p. 878).

Peraltro, il 'dialogo' fra l'art. 18 cost. e la l.o. n. 1 del 1982 è fluido e costante nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale che non ha dubbi nel qualificare i diritti all'intimità e all'immagine come *diritti della personalità*²⁴, contribuendo vicendevolmente a delimitare il contenuto di tali diritti e le concrete modalità di attuazione della loro protezione costituzionale e privatistica. Tutto ciò conferma l'adozione della categoria unitaria e trasversale (qui proposta) di diritti fondamentali della personalità²⁵. Se ancora vi fossero residui dubbi, la l.o. n. 1 del 1982 afferma chiaramente che il contenuto di tali diritti, anche

Da parte sua, R. DE ÁNGEL YAGÜE, *La protección*, cit., pp. 49-50, osserva che il desiderio di ripulire l'idea del diritto soggettivo di alcune formule tradizionali si determina «forse più al fine di evitare le conseguenze, a volte contraddittorie, che dallo stesso emergono, piuttosto, che per ragioni di rigorosa tecnica giuridica» cosa che, a suo giudizio, «non impedisce sicuramente che si continui ad utilizzare l'espressione "diritti della personalità", tanto radicata nella letteratura giuridica. In ultima istanza – continua l'autore – se le parole sono manifestazione di idee, il fatto che le prime non siano del tutto corrette passa in secondo piano se, come succede con la definizione in oggetto, tutti conosciamo il suo significato e qual è il suo senso».

Per quanto attiene la giurisprudenza, va segnalata la rapidità con cui i Tribunali spagnoli, soprattutto se paragonati a quelli di altri paesi europei, hanno reagito alle illegittime intromissioni all'onore riconoscendo al soggetto danneggiato la possibilità di ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 1902 cod. civ. indipendentemente dal fatto che la suddetta intromissione configurasse un illecito penale. Sul punto va segnalata Trib. Supr. 6 dicembre 1912, in *JC*, 1912, 95, che confermò la sentenza di condanna del direttore e della società proprietaria del periodico *El liberal* a risarcire con la cifra allora esorbitante di 150.000 pesetas (oltre ad imporre anche la pubblicazione della sentenza di condanna nello stesso giornale ed in altri di rilevanza nazionale e locale) in favore di una giovane di quindici anni sulla quale aveva diffuso notizie false (che era scappata con un monaco cappuccino) apparse sulla prima pagina del giornale sotto un titolo a caratteri cubitali.

²⁴ Si veda, ad esempio, Trib. Cost. 2 dicembre 1988, n. 231, in *RTC*, 1988, 231; Trib. Cost. 2 luglio 2001, n. 56, *ivi*, 2001, 56; Trib. Cost. 18 giugno 2001, n. 139, *ivi*, 2001, 139; Trib. Cost. 24 aprile 2002, n. 83, *ivi*, 2002, 83; Trib. Cost. 28 gennaio 2003, n. 14, *ivi*, 2003, 14; Trib. Cost. 16 aprile 2007, n. 72, *ivi*, 2007, 72; Trib. Cost. 23 marzo 2009, n. 77, *ivi*, 2009, 77; Trib. Cost. 29 giugno 2009, *ivi*, 2009, 158; Trib. Cost. 27 aprile 2010, n. 23, *ivi*, 2010, 23; e Trib. Cost. (*Pleno*) 14 aprile 2011, n. 51, *ivi*, 2011, 51.

²⁵ La l.o. n. 1 del 1982, nella sua relazione introduttiva, utilizza espressamente il termine «*diritti della personalità*».

dal punto di vista giusprivatistico, è complesso includendo non solo facoltà negative (di esclusione e reazione contro intromissioni aliene), ma anche (e questo è, a mio avviso, prioritario dal punto di vista assiologico), facoltà positive che, in applicazione del principio di autonomia privata, attribuiscono al titolare degli stessi un potere giuridico sulla propria sfera personale che può esercitare liberamente. Ciò determina una coincidenza sostanziale fra interpretazione data da parte del Tribunale Costituzionale della definizione e del contenuto di tali diritti e quanto affermato dall'art. 18 cost.²⁶.

La giurisprudenza costituzionale ha affermato, in effetti, che il diritto all'intimità ha tanto un aspetto positivo quanto uno negativo: nella sua connotazione positiva si concretizza in «un potere giuridico sulla diffusione delle informazioni relative alla propria persona ed alla propria famiglia»; nella sua connotazione negativa si caratterizza come «il potere di tutelare tale ambito privato di fronte alle ingerenze di terzi e di fronte alla diffusione non voluta di dati». In conseguenza di tale aspetto negativo, il titolare «può escludere che terzi – e, cioè, le persone che in un modo o nell'altro hanno avuto accesso a quello

²⁶ Stiamo parlando di autentici diritti che, pertanto, vanno chiaramente distinti dal libero sviluppo della personalità al quale si riferisce l'art. 10, comma 1, cost., esigenza irrinunciabile connessa al riconoscimento della dignità umana, che trova il suo centro di gravità nell'idea di «autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita» (Trib. Cost. 11 aprile 1985, n. 53, in *RTC*, 1985, 53), il quale (a differenza di ciò che accade nell'art. 2, comma 1, della *Grundgesetz* in relazione al *Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*) non è un diritto fondamentale, ma un «principio o norma costituzionale», «fondamento dell'ordine giuridico e della pace sociale», portato del «valore superiore» di libertà (art. 1, comma 1, cost.) che implica il riconoscimento, quale principio ispiratore generale dell'ordinamento giuridico, «dell'autonomia dell'individuo nella scelta delle diverse opzioni della vita, in accordo con propri interessi e preferenze» (Trib. Cost. 18 luglio 1989, n. 132, in *RTC*, 1989, 132). Tale principio da solo, in assenza di un intervento legislativo sul punto, non può però essere invocato al fine di creare nuovi diritti (nel senso stretto del termine) oggi privi di espreso o implicito riconoscimento giuridico. Bisogna inoltre aggiungere che, secondo la mia opinione, il libero sviluppo della personalità non rappresenta il fondamento dei diritti della personalità ma la finalità alla quale gli stessi tendono: il loro fondamento è la dignità dell'essere umano sul quale poggiano i «diritti inviolabili che sono alla stessa inerenti» (art. 10, comma 1, cost.).

spazio di intimità –, facciamo conoscere esternamente elementi attinenti la sua sfera più intima e potrà proibire la loro diffusione non consentita salvo i limiti che derivano dall'applicazione di altri diritti fondamentali o dalla tutela di altri beni costituzionalmente protetti»²⁷. Nello stesso senso afferma che «il diritto all'immagine, quale diritto costituzionale, si configura come un diritto della personalità che attribuisce al suo titolare la facoltà di disporre della rappresentazione del proprio aspetto fisico che ne permetta l'identificazione. Ciò determina sia il diritto di individuare le informazioni relative ai propri tratti fisici che possano essere captate e diffuse pubblicamente, sia quello di impedire la captazione, riproduzione o pubblicazione della propria immagine da parte di un terzo non autorizzato»²⁸.

3.1. L'affermazione del principio di autonomia privata in relazione ai diritti fondamentali della personalità

L'art. 2, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 contempla, in effetti, la possibilità che il titolare acconsenta espressamente all'introduzione da parte di un terzo in un proprio diritto della personalità. Tuttavia, secondo quanto afferma l'art. 1, comma 3 della stessa l.o. i suddetti diritti, che trovano il loro fondamento nella dignità dell'essere umano²⁹, sono indisponibili in quan-

²⁷ V., fra le altre, Trib. Cost. 5 maggio 2000, n. 115, in *RTC*, 2000, 115; Trib. Cost. 22 aprile 2002, n. 83, *ivi* 2002, 83; e Trib. Cost. 14 ottobre 2002, n. 185, *ivi*, 2002, 185.

²⁸ Trib. Cost. 2 luglio 2001, n. 156, in *RTC*, 2001, 156. V., nello stesso senso, Trib. Cost. 16 aprile 2009, n. 72, *ivi*, 2009, 72; Trib. Cost. 23 marzo 2009, n. 77, *ivi*, 2009, 77; e Trib. Cost. 29 giugno 2009, n. 158, *ivi*, 2009, 158.

²⁹ Trib. Cost. 16 dicembre 2013, n. 208, in *RTC*, 2013, 208, evidenzia «la particolare connessione che si ha fra il diritto all'onore e alla dignità umana dal momento che la dignità è la qualità primaria da riconoscere all'essere umano e, in ultima istanza, fondamento e nucleo irrinunciabile del diritto all'onore»; ed aggiunge: «Da questo punto di vista, si può affermare che il diritto all'onore promana dalla dignità umana rappresentando il diritto ad essere rispettato da parte degli altri».

to «diritti inviolabili alla stessa connesse» (art. 10, comma 1, cost.) e, pertanto, qualificabili come *res extra commercium*.

Tutto ciò non contrasta con il fatto che il suddetto consenso sia qualificabile come espressione di un atto di autonomia della persona quale esercizio del contenuto positivo di un diritto del quale la stessa è titolare. Tale espressione della volontà, però, non potrà essere considerata come fonte di un'obbligazione contrattuale (neanche nel caso in cui sia pattuito un corrispettivo) né quale atto di disposizione. Il suo effetto pratico è quello di generare una causa di esclusione dell'illegittimità dell'intromissione la quale, senza il suddetto consenso, sarebbe qualificabile come antiggiuridica (con tutte le conseguenze derivanti fra le quali, in ambito civile, il risarcimento del danno non patrimoniale generato³⁰).

Ovviamente, come accade per tutte le situazioni di diritto, anche i diritti della personalità incontrano delle limitazioni nel caso in cui entrino in conflitto con altre situazioni giuridiche il cui effettivo esercizio si consideri prevalente (come, ad esempio, nel caso in cui il diritto all'onore entri in contrapposizione con la libertà di informazione e di espressione) al fine di tutelare l'interesse generale della società alla creazione di un'opinione pubblica libera senza la quale non può esistere uno Stato sociale e democratico di diritto³¹ (come accade nei

Trib. Cost. 2 dicembre 1988, n. 231, *ivi*, 1988, 231, si riferisce al diritto all'intimità e alla propria immagine come «diritti personalissimi e legati alla stessa esistenza della persona». Trib. Cost. (*Pleno*) 14 aprile 2011, n. 51, *ivi*, 2011, 51, osserva che il «diritto all'intimità personale, "consacrato nell'art. 18.1 cost., si configura come un diritto fondamentale direttamente connesso alla propria personalità e che deriva, senza alcun dubbio, della dignità della persona riconosciuto dall'art. 10.1 cost."».

³⁰ Sul punto risulta chiarificatrice Trib. Cost. 16 dicembre 2013, in *RTC*, 2013, 208, la quale, analizzando la legittimità di un'intromissione nel diritto all'onore e all'immagine di un incapace, afferma correttamente la necessità di «valutare se esista o meno il consenso espresso richiesto dall'art. 3, comma 1, l.o. n. 1 del 1982 quale causa di esclusione dell'illiceità della violazione di un diritto irrinunciabile».

³¹ Su tale questione, v. diffusamente J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, J. VIDAL ALONSO, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia*, in *Derecho al honor: tutela constitucional, respon-*

casi disciplinati dall'art. 8, comma 2, l.o. n. 1 del 1982, ove si permette la registrazione e la pubblicazione dell'immagine di un soggetto senza il suo consenso al fine di proteggere il suddetto interesse generale³²).

3.2. *Le ragioni che impongono il consenso espresso*

Va ulteriormente specificato come la circostanza per cui il consenso sia necessariamente espresso, assume una rilevanza diversa a seconda dei distinti diritti della personalità risultando influenzato dalla natura e dal contenuto degli stessi.

Per quanto concerne il diritto alla propria immagine, così come ha affermato costante giurisprudenza, va ribadito che «questo consenso non può essere generale, ma dovrà riferirsi a ciascuno specifico atto di intromissione»³³. Da ciò si deduce che il consenso a captare un'immagine non significa necessariamente autorizzare anche la sua pubblicazione³⁴. Allo stesso modo, permettere la pubblicazione di un'immagine su un mezzo di comunicazione non implica l'estensione del consenso

sabilidad civil y otras cuestiones, a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor, 2015, pp. 83-101; ID., *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): el requisito de la veracidad*, *ivi*, pp. 103-125; ID., *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (III): la doctrina del reportaje neutral*, *ivi*, pp. 127-148; e ID., *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión*, *ivi*, pp. 149-171.

³² Sia consentito rinviare, su tale profilo, a J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley*, in *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor, 2011, pp. 87-120.

³³ Trib. Supr. 22 febbraio 2006, in *RAJ*, 2006, 830. V., nello stesso senso, Trib. Supr. 16 maggio 2002, *ivi*, 2002, 6746; Trib. Supr. 17 giugno 2004, *ivi*, 2004, 3628; e Trib. Supr. 22 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 830.

³⁴ V. Trib. Supr. 16 maggio 2002, in *RAJ*, 2002, 6746; Trib. Supr. 17 giugno 2004, *ivi*, 2004, 3628; e Trib. Supr. 2 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 830.

a pubblicarla su altri supporti³⁵ o con finalità diverse rispetto a quelle per le quali venne concessa l'autorizzazione³⁶.

Come ha affermato il Tribunale Costituzionale, «Il diritto fondamentale alla propria immagine [...] non è condizionato dal fatto che, in altre occasioni, il titolare abbia acconsentito alla riproduzione del proprio aspetto fisico, o non si sia opposto a riproduzioni non consentite, dal momento che a ciascuna persona, e solo ad essa, spetta il diritto di decidere se riprodurre o meno la propria immagine con la finalità di tutelare la sua sfera personale e, tramite questa, il valore fondamentale della dignità umana»³⁷.

In cambio, in relazione al diritto all'intimità, il requisito in funzione del quale il consenso sia prestato per ogni singolo atto di intromissione si deve intendere, a mio giudizio, nel senso che, per il solo fatto di aver consentito la divulgazione o pubblicazione di qualche aspetto intimo della propria vita o di quella dei propri familiari, non si perde completamente il controllo di tale ambito della propria sfera giuridica di fronte a possibili azioni di terzi. Trattandosi di aspetti necessari al

³⁵ In questo senso, Trib. Supr. 18 luglio 1998, in *RAJ*, 1998, 6278, afferma che «la sussistenza di un consenso o di un'autorizzazione non permette di estendere la stessa a pubblicazioni distinti rispetto a quella per la quale fu scattata la fotografia»; Trib. Supr. 24 aprile 2000, *ivi*, 2000, 2673; e Trib. Supr. 24 dicembre 2004, *ivi*, 2004, 138, ove, parlando del carattere espresso che deve rivestire il consenso all'intromissione nei diritti della personalità, si pronuncia nel seguente modo: «Il consenso deve vertere sia sull'ottenimento dell'immagine sia sulla concreta pubblicazione della stessa su un determinato mezzo di comunicazione». Tali sentenze si pongono in diretta sintonia con Trib. Cost. 2 luglio 2001, n. 156, in *RTC*, 2001, 156; e Trib. Cost. 28 gennaio 2003, n. 14, *ivi*, 2003, 14.

³⁶ Il mezzo di comunicazione autorizzato a pubblicare l'immagine non può utilizzarla in programmi diversi o per finalità distinte rispetto a quelle consentite dal titolare del diritto: per esempio, il soggetto autorizzato a pubblicare una fotografia da mostrare in un *reportage* giornalistico non può utilizzare la suddetta fotografia per inserirla in un annuncio pubblicitario; e, in modo simile, il consenso dato a un fotografo di esporre un ritratto all'interno di una vetrina non autorizza la riproduzione in cartoline. V., in questo senso, Trib. Supr. 18 ottobre 2004, in *RAJ*, 2004, 5907; Trib. Supr. 24 dicembre 2004, *ivi*, 2004, 138; Trib. Supr. 3 dicembre 2008, *ivi*, 2008, 6942; e Trib. Supr. 2 giugno 2010, *ivi*, 2010, 311.

³⁷ Trib. Cost. 10 febbraio 2014, n. 19, in *RTC*, 2014, 19.

fine di mantenere una qualità minima di vita, i terzi non potranno intromettersi in relazione ad altri aspetti dell'intimità non rivelati dal titolare del diritto.

È ovvio che i dati che si è deciso di divulgare (ad esempio, rendendoli noti in un programma televisivo), non possano più essere considerati intimi determinando la perdita del controllo del titolare sugli stessi: non sarà più possibile impedire che ciò che si è volontariamente deciso di divulgare venga poi riprodotto o commentato su altri mezzi di comunicazione senza il consenso del titolare. Utilizzando un'espressione coniata dalla giurisprudenza³⁸ in relazione a tali dati «il velo dell'intimità è stato volontariamente alzato»; o, detto in altro modo, non esiste il diritto a controllare la loro 'ridiffusione'. Come ha affermato il Tribunale Costituzionale, «a ciascuno spetta il diritto di individuare l'ambito della propria intimità personale e familiare da sottrarre alla conoscenza di terzi» e, per l'effetto, di determinare il contenuto dello stesso. Inoltre, va ricordato che conformemente all'art. 2, comma 1, l.o. n. 1 del 1982, la protezione dell'intimità deve realizzarsi tenendo in considerazione l'ambito che, attraverso le proprie scelte, ogni persona intende mantenere riservato.

In generale, quanto affermato si pone in piena sintonia con le sentenze più recenti del Tribunale Costituzionale che ha considerato illegittimo (in senso contrario rispetto al Tribunale Supremo) che in un programma televisivo venga divulgata una relazione sentimentale di un Ministro «se per propria volontà questi ha deciso di non diffonderla, dal momento che spetta a ciascun soggetto di individuare le informazioni da tenere riservate»³⁹; e, analogamente, che in un articolo comparso su una rivista si riveli la relazione sentimentale di un'attrice con un modello dal momento che «i dati riservati rivelati negli articoli non erano stati pubblicati anteriormente»⁴⁰.

³⁸ Ad. es., Trib. Cost. 27 gennaio 2014, n. 7, in *RTC*, 2014, 7.

³⁹ Trib. Cost. 21 ottobre 2013, n. 176, in *RTC*, 2013, 176.

⁴⁰ Trib. Cost. 27 gennaio 2014, n. 7, in *RTC*, 2014, 7.

Tuttavia, non mi sembra sia corretta la sentenza del Tribunale Costituzionale⁴¹ che, in senso contrario ai principi stabiliti dalla Corte Suprema, ha sostenuto che l'utilizzazione dell'immagine di una persona famosa in diversi programmi televisivi, risultando necessaria al fine di permettere l'espressione di giudizi relativi alla relazione sentimentale che aveva con una donna, doveva considerarsi un'illegittima intrusione nel suo diritto all'intimità. La ragione di ciò va rintracciata nel fatto che la suddetta relazione era conosciuta, essendo stata divulgata dagli stessi interessati, i quali avevano volontariamente eliminato la barriera protettiva posta a tutela di tali dati che, pertanto, avevano cessato di essere intimi. Va quindi considerata non adeguata la motivazione del Giudice delle leggi secondo la quale, al fine di poter verificare un'intromissione illegittima nella *privacy* doveva considerarsi indifferente che «la relazione sentimentale fosse già conosciuta»⁴². Questione distinta (e sul punto concordo pienamente con la Consulta e non con la Suprema Corte) si pone nel caso in cui l'utilizzazione in un programma di alcune immagini costituisca un'intromissione illegittima nel diritto all'immagine non collocabile nell'ambito dell'art. 8, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 (si pensi, in particolare, alla pubblicazione della foto di una coppia in una *haima* in Marocco o in una discoteca attraverso telecamere nascoste).

Un'ultima riflessione si impone in relazione alla possibilità di applicare l'art. 2, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 al diritto all'onore. Non vi è dubbio, sotto tale profilo, che l'ambito naturale di applicazione del precetto menzionato sembri essere quello dell'intromissione all'intimità e alla propria immagine, ma potrebbe anche applicarsi ad alcune ipotesi concernenti la violazione del diritto all'onore. Ad esempio, chi acconsente a partecipare ad un concorso televisivo nel quale si pongono i concorrenti in situazioni ridicole non può poi citare in giudizio il canale televisivo che trasmette il suddetto concorso.

⁴¹ Trib. Cost. 16 febbraio 2015, n. 18, in *RTC*, 2015, 18.

⁴² Trib. Cost. 16 febbraio 2015, n. 18, in *RTC*, 2015, 18.

3.3. *Il consenso espresso da persone minori o incapaci*

L'art. 3, comma 1, l.o. n. 1 del 1982 prevede che i minori e gli incapaci possano prestare il proprio consenso ad un'intromissione nei diritti della personalità «se la loro maturità lo consente». In caso contrario – afferma l'art. 3, comma 3, l.o. –, saranno i loro rappresentanti legali a doverlo dare in nome degli stessi richiedendo che venga dato per iscritto e che lo portino preventivamente a conoscenza del Pubblico ministero che si potrà opporre nel termine di otto giorni. In tali circostanze deciderà il giudice⁴³. Si tratta di una disposizione fortemente influenzata dal principio di libero sviluppo della personalità che porta a ritenere che negli atti giuridici che non pongano in pericolo interessi puramente patrimoniali – ma che, al contrario, riguardino la dimensione personale –, i minori e gli incapaci debbano avere la possibilità di esercitarli in tutte le circostanze nelle quali siano in condizione di apprezzare le loro conseguenze. Tale valutazione, chiaramente, non può che essere rimessa al giudice.

Nonostante ciò, il principio che riconosce autonomia al minore 'maturo' trova una sua eccezione nell'art. 4 l.o. n. 1 del 1996, di tutela del minore, che, al punto numero 3, considera quale intromissione illegittima qualunque utilizzo dell'immagine di un minore all'interno di mezzi di comunicazione «che possano implicare una lesione del suo onore o della reputazione o che siano contrarie al suo interesse e, tutto ciò, anche nel

⁴³ Non risulta chiara quale sia la conseguenza che deriva dall'inadempimento di questi requisiti richiesti nelle ipotesi in cui il consenso non venga ad essere prestato attraverso un rappresentante legale. In alcune sentenze, Trib. Supr. 7 ottobre 1996, in *RAJ*, 1996, 7058; e Trib. Supr. 19 luglio 2000, *ivi*, 2000, 6753, si afferma che il loro inadempimento non permette di considerare legittima l'intromissione, mentre Trib. Supr. 26 marzo 2003, *ivi*, 2003, 2596, assume una posizione meno rigida. Credo che l'art. 3, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 debba essere interpretato in combinato disposto con l'art. 2, comma 2 della stessa e con l'art. 4 l.o. 15 gennaio 1996, n. 1, dal momento che l'intromissione dovrà essere considerata legittima se si accerta che il rappresentante legale prestò il proprio consenso, in nome del minore, per quello specifico atto di intromissione e sempre che lo stesso non implichi «una lesione del suo onore, della reputazione o che sia contraria al suo interesse».

caso in cui sussista l'espresso consenso dei suoi rappresentanti legali». Pertanto, quando l'utilizzo dell'immagine del minore lede il suo onore o, in generale, sia contraria ai suoi interessi attentando alla sua integrità morale o sia negativa per la sua formazione, né il consenso dello stesso minore, né quello dei suoi rappresentanti legali (nel caso in cui il minore non sia sufficientemente maturo per prestarlo personalmente) esclude il carattere illegittimo dell'intromissione. «Così» – si spiega nel Preambolo della legge – «si vuole proteggere il minore che potrebbe subire manipolazioni anche da parte dei suoi rappresentanti legali o pressioni provenienti dai contesti nei quali si muove». In tali circostanze si prevede l'intervento del Pubblico ministero che, ai sensi del secondo comma della disposizione, «concederà immediatamente i provvedimenti cautelari e di protezione previsti dalla legge e chiederà il risarcimento corrispondente al danno causato». Il Pubblico ministero interverrà o d'ufficio o su istanza del minore o di chiunque vi abbia interesse ai sensi del comma 4 della stessa disposizione.

La norma, rafforzando la protezione dei diritti della personalità del minore, sembra del tutto adeguata nella prospettiva della tutela costituzionale dell'infanzia e della gioventù stabilita dall'art. 20, comma 4, della Costituzione spagnola anche se, per ovvie ragioni, l'intervento del Pubblico ministero dovrà essere ben ponderato al fine di evitare ingerenze ingiustificate nella sfera di libertà del minore o nell'esercizio della responsabilità genitoriale.

Come parametri orientativi utilizzabili al fine di determinare quali intromissioni debbano essere considerate comunque illegittime in quanto contrarie all'interesse del minore, anche se espressamente consentite, sembra opportuno fare riferimento ai codici di autoregolamentazione e alle norme amministrative⁴⁴.

Così, nel Codice di autoregolamentazione televisiva per l'infanzia del 2005, al punto II.2 si stabilisce che «a) Non si trasmetteranno immagini né dati identificativi di minori co-

⁴⁴ Come suggeriscono la Istruzione della *Fiscalía General del Estado* del 27 marzo 2017, n. 1.

me autori, testimoni o vittime di atti illeciti; b) Non si utilizzeranno immagini né dati identificativi di minori affetti da gravi patologie o disabilità con finalità propagandistiche o contrarie alla loro dignità; c) Non si trasmetteranno immagini di minori intenti a consumare alcool, tabacco o sostanze stupefacenti; d) Non si intervisteranno minori identificati in situazioni critiche (fuggiti di casa, che abbiano tentato il suicidio, utilizzati da adulti per commettere crimini, coinvolti in atti di prostituzione, in compagnia dei propri familiari coinvolti in processi giudiziari o reclusi in carcere ecc.); e) Non si permetterà la partecipazione di minori a programmi nei quali si discuta del loro affidamento ad uno dei genitori o della condotta tenuta dagli stessi; f) Non si trasmettano immagini di minori che imitino comportamenti da adulti che risultino pregiudizievoli».

L'art. 7, comma 1, l. 31 marzo 2017, n. 7, sulla comunicazione audiovisiva, stabilisce che «i minori hanno diritto che la propria immagine o voce non venga utilizzata in servizi di comunicazione audiovisiva senza il loro consenso o quello dei loro rappresentanti legali ai sensi delle disposizioni normative vigenti. In ogni caso, è proibita la diffusione del nome, dell'immagine o di altri dati che permettano l'identificazione dei minori nell'ambito di fatti delittuosi o di programmi dove si discuta della loro tutela o filiazione. È proibita la trasmissione di contenuti audiovisivi che possano danneggiare lo sviluppo fisico, mentale o morale del minore e, in particolare, la divulgazione di tali dati all'interno di trasmissioni che includano scene pornografiche, maltrattamenti, violenza di genere o violenza in generale».

Tornando all'art. 3, comma 1, l.o. n. 1 del 1982, da tale precepto si desume chiaramente che una persona maggiorenne interdetta che sia sufficientemente matura per rendersi conto degli effetti derivanti dall'intromissione altrui nella propria sfera giuridica personale, possa comunque autorizzare la suddetta intromissione. Ciò che invece ha causato qualche dubbio interpretativo è il caso esattamente opposto che si verifica quando un incapace non dichiarato giudizialmente presti il proprio consenso all'intromissione sul presupposto che la capacità di agire si presume fino a quando non venga limitata da una sentenza.

Il Tribunale Costituzionale, in una nota sentenza⁴⁵, in maniera opportuna afferma che «la verifica della sussistenza o meno del consenso espresso previsto [nell'art. 3, comma 1, l.o. n. 1 del 1982: *N.d.A.*] quale esimente dell'illiceità della violazione di un diritto irrinunciabile, non può farsi dipendere esclusivamente da una dichiarazione giudiziale di incapacità». Nel caso deciso, si discuteva dell'illiceità di un'intervista, trasmessa in un programma televisivo (di cattivo gusto) nel quale si ridicolizzava crudelmente una persona (non dichiarata incapace ma affetta da un'evidente patologia fisica e psichica poi riconosciuta al 66%) con domande, che lo stesso evidentemente non era in grado di capire, sulle donne che preferiva. Inoltre, la suddetta intervista venne caricata anche nella pagina internet del programma nella quale si pubblicò una sua immagine distorta e con occhiali giganti, alla quale vennero aggiunti commenti umilianti di questo tenore: «Giornalista, single, provolone cerca»; «ha ben chiaro la tipologia di donne che gli piacciono»; «Se lei pensa che quest'uomo sia attraente, si rivolga all'Ottico San Gabino come dice una vecchia pubblicità di occhiali».

La Consulta ritenne carente la presenza di un consenso espresso dal momento che l'autorizzazione, nei migliori dei casi, poteva essere riferita solo ed esclusivamente all'intervista ed alla sua diffusione nel programma televisivo, ma non alla pubblicazione della stessa nella pagina web accompagnata dai commenti trascritti «senza che possa intendersi come concesso implicitamente dall'aver consentito a partecipare all'intervista che è un atto distinto». Il Giudice delle leggi nega, però, che la persona intervistata, nonostante non fosse stata oggetto di una pronuncia di interdizione, avesse condizioni di maturità sufficienti al fine di rendersi conto di quello che stava facendo. Si afferma infatti che «nonostante il fatto di sottoporsi volontariamente all'intervista possa comportare la convinzione che l'intervistato abbia consapevolezza delle proprie azioni, di fronte alle prove evidenti che tale consapevolezza non era presente nel caso oggetto di giudizio – cosa che è stata dimostrata nel processo –, si avverte l'esigenza di una garanzia ul-

⁴⁵ Trib. Cost. 16 dicembre 2013, n. 208, in *RTC*, 2013, 208.

teriore dei diritti fondamentali in gioco. Nel caso di specie, il giornalista si sarebbe dovuto accorgere che l'intervistato, affetto da una patologia fisica e psichica evidente, non era pienamente consapevole delle caratteristiche del programma e delle conseguenze delle sue dichiarazioni»⁴⁶.

3.4. *La possibilità di revocare il consenso*

L'art. 2, comma 3, l.o. n. 1 del 1982 permette la revoca in qualsiasi momento del consenso dato e, tutto ciò, si spiega – come già detto – con il fatto che il suddetto consenso, in senso stretto, non ha né carattere contrattuale né concretizza un atto di disposizione del diritto che rimane sempre integro in capo al suo titolare. Il consenso, infatti, si riferisce a diritti della personalità in relazione ai quali le intromissioni da parte di terzi saranno possibili solo previa autorizzazione specifica del danneggiato. Da ciò deriva che l'esercizio della revoca è un atto di libertà che non necessita motivazioni o giustificazioni. Sarà sufficiente il solo cambio di volontà del titolare e, tutto ciò, anche nel caso in cui la suddetta revoca sia dannosa per il soggetto previamente autorizzato. Nonostante ciò, l'art. 2, comma 3, l.o. n. 1 del 1982 prevede che a tale ultimo soggetto venga riconosciuto un indennizzo che lo compensi per le giuste aspettative frustrate⁴⁷ (lucro cessante). Così, ad esempio,

⁴⁶ In realtà questa posizione è del tutto congruente con quella espressa dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo secondo il quale sono nulli, per assenza di consenso, i contratti conclusi con dichiarazioni di volontà provenienti da persone che, anche se non interdette, siano carenti di «capacità naturale di intendere e di volere» le conseguenze del contratto concluso (ad esempio, perché risultano affetti da demenza senile o da Alzheimer), ma solo quando si riesca a dimostrare in maniera certa che gli stessi erano carenti della capacità naturale al momento della conclusione del negozio. V., in questo senso, Trib. Supr. 19 novembre 2004, in *Tol*, 514302; e Trib. Supr. 14 febbraio 2006, *ivi*, 846273.

⁴⁷ L'art. 2, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 ricorda molto l'art. 9, comma 5, l. 27 ottobre 1979, n. 30, relativo al trapianto di organi che permette a colui che abbia prestato il suo consenso all'espianto di un organo di pentirsi della propria decisione. Va comunque detto che, a differenza di quanto accade nel

ove si revochi il consenso dato alla pubblicazione di alcune fotografie di una persona famosa, dovrà essere corrisposto a titolo di indennizzo l'importo degli esemplari rimasti invenduti a causa dell'impossibilità di pubblicarle⁴⁸.

Per quanto concerne la forma della revoca, l'art. 2, comma 3, l.o. n. 1 del 1982 non esige nessun formalismo ma dovrà sempre realizzarsi mediante una dichiarazione ricettizia diretta a colui al quale, in principio, fu concessa l'autorizzazione. Risulterà però sempre opportuno che la stessa venga fatta in forma scritta e, più specificamente, con atto notarile ed in maniera tale che sia certo il fatto che la revoca sia effettivamente giunta a conoscenza del destinatario per finalità probatorie emergenti in eventuali giudizi che si dovessero incardinare nel caso in cui l'intromissione si realizzi nonostante la revoca del consenso.

In ogni caso, la giurisprudenza costituzionale⁴⁹ richiede alcuni elementi perché la revoca produca effetti. Si afferma infatti che «dovranno verificarsi alcune circostanze come, ad esempio, che la revoca provenga dal titolare del diritto, che la stessa rechi in maniera univoca la volontà di revocare il consenso, che la stessa sia pervenuta alle persone alle quali è diretta (anche procedendo alla sua pubblicazione se necessario), che venga effettuata in un momento nel quale ancora è possibile esercitare tale diritto. La stessa revoca, peraltro, non

caso oggetto di studio, il donatore non dovrà pagare alcun costo eventualmente sostenuto dal terzo a causa della sua dichiarazione di volontà. Ciò si verifica perché, in tal caso, ci troviamo di fronte ad un atto essenzialmente gratuito che, inoltre, vulnera l'integrità fisica della persona. Questa è la ragione per cui, in tali casi, il consenso debba essere dato in forma scritta di fronte all'autorità giudiziaria e debbano necessariamente trascorrere almeno 24 ore prima che si realizzi l'espianto. In tali casi, quindi, chi prestò il consenso potrà pentirsi fino a quel momento: cosa che non è consentita rispetto al diritto all'immagine.

⁴⁸ In relazione al termine entro cui esercitare la revoca, l'art. 2, comma 3, l.o. n. 1 del 1982 afferma che il consenso potrà revocarsi «in qualsiasi momento», cosa che deve intendersi nel senso che la stessa sarà efficace se ancora non si sia consumata l'intromissione. V., sul punto, la discutibile sentenza Trib. Cost. 25 aprile 1994, n. 117, in *RTC*, 1994, 117.

⁴⁹ Trib. Cost. 25 aprile 1994, n. 17, in *RTC*, 1994, 17.

avrà mai carattere retroattivo (non riguardando gli effetti già prodotti) e, dovrà contenere l'individuazione dell'ammontare dell'indennizzo che, in molte circostanze, non potrà essere rinviato ad un momento futuro, potendo influire sul modo, tempo e circostanze della revoca». Si verificheranno quindi casi nei quali il principio buona fede imporrà che l'esercizio della facoltà di revoca venga accompagnata dall'offerta di una garanzia circa il risarcimento di eventuali danni causati da questa⁵⁰.

L'effetto della revoca è quello di far venir meno il carattere legittimo che aveva originariamente l'intromissione per effetto del consenso prestato. In particolare, per quanto concerne il diritto all'immagine, la revoca risulta efficace non solo nei confronti dei soggetti autorizzati a captarla, riprodurla o pubblicarla, ma anche di fronte ad eventuali cessionari o di fronte a coloro ai quali tali facoltà erano state riconosciute dalla stessa autorizzazione originaria. Ciò si verifica perché questa autorizzazione non sorge da un contratto rispetto al quale il cessionario possa invocare la condizione di terzo con la finalità di renderla a sé inopponibile, ma al contrario deriva da un atto di autonomia privata che in nessun caso implica la disposizione del diritto inalienabile alla propria immagine. Questa è la ragione per cui la revoca dell'autorizzazione produrrà i suoi effetti (ovvero renderà illegittima l'intromissione originariamente autorizzata) *erga omnes*⁵¹.

Non è possibile, poi, rinunciare alla facoltà di revocare il consenso dal momento che l'art. 2, comma 2, l.o. n. 1 del 1982 garantisce questa possibilità in qualunque momento (ciò concretizzerebbe una rinuncia contraria all'art. 1, comma 3, l.o. n. 1 del 1982).

Così si è pronunciata una recente sentenza del Tribunale Supremo⁵², che ha sostenuto l'inammissibilità di una clausola contenuta in un contratto di prestazione di servizi nella quale si autorizzava il prestatore del servizio ad utilizzare l'im-

⁵⁰ In senso contrario, però, Trib. Supr. 21 aprile 2016, in *RAJ*, 2016, 2094.

⁵¹ V., in questo senso, Trib. Cost. 25 aprile 1994, n. 117, in *RTC*, 1994, 117; Trib. Supr. 21 aprile 2016, in *RAJ*, 2016, 2094.

⁵² Trib. Supr. 21 aprile 2016, in *RAJ*, 2016, 2094.

immagine di un'attrice (foto e video) in qualunque tipologia di pubblicità, anche dopo il venir meno del contratto per il quale era stabilita la durata di un anno rinnovabile per un pari periodo, salvo recesso di una delle parti con preavviso di almeno trenta giorni. Si afferma correttamente che il contenuto della suddetta clausola è «completamente contrario alle esigenze di protezione del diritto all'immagine quale diritto fondamentale poiché il diritto a revocare il consenso "in qualunque momento" non esclude solo la perpetuità del vincolo ma anche il fatto che la revoca venga assoggettata ad un termine pattiziamente stabilito anche se, in tali casi, venga prevista un'indennità a favore dell'altra parte contraente».

4. Identità sostanziale dei diritti della personalità

Il ragionamento che stiamo portando avanti parte da un presupposto, senza il quale non può sostenersi l'esistenza di una categoria unitaria dei diritti della personalità, che è quello dell'identità sostanziale fra aspetto costituzionale e civile dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento. Ciò non sembra potersi porre in discussione in relazione al diritto all'onore o all'intimità, risultando pacifico che tanto l'art. 18 cost. quanto la l.o. n. 1 del 1982 regolano la stessa realtà giuridica⁵³.

Il Tribunale Costituzionale, in moltissime sentenze, ha affermato che il diritto all'onore «protegge le persone di fronte a espressioni o messaggi che le pongano in cattiva luce di fronte agli altri screditandole, denigrandole o oltraggiandole di fronte all'opinione pubblica»⁵⁴, evidenziando «la forte connessione fra diritto all'onore e alla dignità umana poiché la dignità è una

⁵³ Ci troviamo, senza ombra di dubbio, di fronte a tre diritti distinti ed autonomi ciascuno con un contenuto che consta di facoltà diverse e non, al contrario, di fronte a diverse manifestazioni di un unico diritto generale della personalità che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, è inesistente.

⁵⁴ Trib. Cost. 11 ottobre 1999, n. 180, in *RTC*, 1999, 180, che riassume l'orientamento del Tribunale Costituzionale sul punto. V. in questo stesso senso, fra le altre, Trib. Cost. 15 gennaio 2007, n. 9, *ivi*, 2007, 9; e Trib. Cost. 19 dicembre 2013, n. 216, *ivi*, 2013, 216.

qualità intrinseca dell'essere umano e, in ultima istanza, fondamento e nucleo ineludibile del diritto all'onore»; e concludendo «che il diritto all'onore è un portato della dignità dovendosi intendere come il diritto ad essere rispettato dagli altri»⁵⁵. Allo stesso modo, in maniera costante, ha definito il diritto all'intimità come «un diritto alla segretezza ed a non essere riconosciuto, nonché come diritto di evitare che gli altri sappiano chi siamo o quello che facciamo, vietando che terzi, tanto privati quanto soggetti pubblici, decidano quali siano i limiti della nostra vita privata potendo ciascun individuo ritagliarsi uno spazio, qualunque esso sia, protetto dalla curiosità di terzi»⁵⁶.

I problemi di 'identità' si pongono, invece, in relazione al diritto all'immagine il quale – come già detto – viene definito dalla giurisprudenza come «un diritto della personalità, connesso alla dignità umana e diretto a proteggere la dimensione morale delle persone, che attribuisce al suo titolare un diritto ad individuare le informazioni grafiche derivanti dai propri tratti somatici che possano essere oggetto di diffusione pubblica»⁵⁷.

4.1. *Individuazione del problema*

Il diritto all'immagine, in quanto diritto fondamentale della personalità è un diritto inerente all'essere umano. Ciò fa nascere due distinti profili: da un lato, che lo stesso si debba riconoscere a ogni individuo come conseguenza della propria dignità, per il mero fatto di essere persona; dall'altro lato, che si verifichi un'inseparabilità fra oggetto del diritto e suo titolare. Siccome la situazione giuridica ricade su un bene proprio della personalità (l'immagine) non potrà trasmettersi a terzi e, cioè, si tratta di un diritto che per la natura del suo oggetto non può mutare di soggetto. Per questo, come risulta dall'art.

⁵⁵ Trib. Cost. 16 dicembre 2013, in *RTC*, 2013, 208.

⁵⁶ V., ad esempio, Trib. Cost. 30 giugno 2003, n. 127, in *RTC*, 2003, 127.

⁵⁷ V., fra le altre, Trib. Cost. 18 giugno 2001, n. 139, in *RTC*, 2001, 139; Trib. Cost. 24 aprile 2002, *ivi*, 2002, 83; STC 28 gennaio 2003, n. 14, *ivi*, 2003, 14; e Trib. Cost. 27 aprile 2010, *ivi*, 2010, 23.

1, comma 3, l.o. n. 1 del 1982, il diritto alla propria immagine è indisponibile.

L'indisponibilità, però, non impedisce che il titolare del diritto possa, in conformità con l'art. 2, comma 2, l.o. n. 1 del 1982, acconsentire alla captazione, riproduzione o pubblicazione della propria immagine. Per spiegare tale passaggio, nel Preambolo della l.o. n. 1 del 1982 (avendo come riferimento, molto probabilmente, il diritto all'immagine) si dice che non sarà possibile disporre di tale diritto, intendendo per disposizione «l'assoluta rinuncia ai diritti, ma solo la parziale rinuncia ad alcune delle facoltà che lo caratterizzano».

Sembra però evidente come tale spiegazione risulti essere 'un espediente concettuale artificioso'. Non sembra possibile parlare di un atto di disposizione in senso stretto, neanche parziale, delle facoltà che caratterizzano un diritto della personalità anche ove il consenso alla captazione, riproduzione o pubblicazione della propria immagine sia stato prestato dietro corrispettivo economico. La spiegazione più corretta sarebbe, come anticipato, quella che vede nel consenso un atto di autonomia personale che comporta la liceità di una condotta che, in caso contrario, sarebbe illegittima e, come tale, foriera di un danno risarcibile⁵⁸.

⁵⁸ Cfr., in questo senso, J.E. BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 2008², p. 44; L. DIEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, 1, *Introducción, Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, Madrid, 2003¹¹, p. 351, R. SARAZA JIMENA, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, 1995, p. 153, J. VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1984, p. 77.

4.2. *La distinzione statunitense fra right of privacy e right of publicity e impossibilità di trasporla nell'ordinamento spagnolo*

Le problematiche si presentano in maniera diversa nell'ordinamento nordamericano nel quale si suole distinguere fra *right of privacy* e *right of publicity*⁵⁹: con il primo, si riconosce alla persona la possibilità di opporsi a ogni pubblicazione della propria immagine quando dalla stessa si possano desumere aspetti della sua vita privata; con il secondo le viene invece attribuito un diritto patrimoniale alla commercializzazione in via esclusiva della propria immagine che può essere oggetto di un contratto e, addirittura, trasferito ai propri eredi per successione *mortis causa*⁶⁰.

Va segnalato come la suddetta accezione patrimoniale, con la quale concorda una parte sempre più consistente anche della dottrina⁶¹ e che addirittura inizia a percepirsi in alcu-

⁵⁹ Sul tema può vedersi, in maniera diffusa, lo studio di I. DE LA MAZA GAMURRI, *La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense, in Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor, 2007, p. 181 ss.

⁶⁰ R. BARNET, *At a crossroads: the right of publicity in the United States*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994, 160, pp. 5-8, il quale spiega che il *right of publicity* permette di avere un controllo sull'utilizzo a fini commerciali del nome, come per ogni altro elemento che permetta l'identificazione della persona, e di trarre lucro dallo stesso. Viene consentito il suo utilizzo, anche senza consenso, per ragioni informative o di intrattenimento ma non il suo uso commerciale. Questo, infatti, rimane sotto il pieno controllo della persona famosa, dando vita ad un diritto che può essere ceduto e che sopravvive alla sua morte. Si afferma, quindi, che il suddetto diritto si converte in una forma di proprietà il cui titolare è la persona celebre e solo essa.

⁶¹ Così, ad esempio, E. AMAT LLARI, *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992; A. AZURMENDI ADARRAGA, *El derecho a la propia imagen: si identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, pp. 205-210; F. BLASCO GASCÓ, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Barcelona, 2008, p. 111; A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Valencia, 1998, p. 139 ss.; L.H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen*, in *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1993, pp. 341-382; V. HERCE DE LA PRADA, *El*

ne sentenze⁶², non sembra possa affermarsi nell'ordinamento giuridico spagnolo, scontrandosi in maniera evidente con quanto disposto dall'art. 1, comma 3, l.o. n. 1 del 1982 che, affermando il carattere indisponibile dei diritti della personalità, li identifica come *res extra commercium*⁶³, vietando per tal via che possano essere oggetto di un contratto nel senso stretto del termine (art. 1271, comma 1, cod. civ.).

Dalla prospettiva del legislatore spagnolo, il consenso del titolare – autorizzando l'intromissione di un terzo nel diritto alla propria immagine – è sicuramente un atto di autonomia della persona che scrimina la suddetta intromissione. Lo stesso, però, non può essere definito come un consenso contrattuale cosa che, come già detto, giustifica il fatto che il suddetto consenso, ai sensi dell'art. 2, comma 3, l.o. n. 1 del 1982, possa essere revocato «in qualsiasi momento»⁶⁴.

Inoltre, all'interno dell'ordinamento giuridico non può ammettersi una trasmissione *mortis causa* del diritto all'immagine dal momento che, trattandosi di un diritto della personalità, si estingue con la morte del titolare. Ciò non impedisce, però, che l'art. 4, l.o. n. 1 del 1982 riconosca una tutela *post mortem*

derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión, Barcelona, 1994, pp. 43-69; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona*, in J.L. LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Parte general del Derecho civil, 2, Personas*, Barcelona, 1992, p. 83, e anche, a quanto sembra, M.E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 2000, pp. 76-78, considerandola maggiormente conforme alla realtà del traffico giuridico.

⁶² Di grande rilevanza, sul punto, Trib. Cost. 26 marzo 2001, n. 81, in *RTC*, 2001, 81; la quale ha influenzato profondamente anche Trib. Supr. 25 settembre 2008, in *RAJ*, 2008, 5572; Trib. Supr. 26 febbraio 2009, *ivi*, 2009, 1516; e Trib. Supr. 23 febbraio 2010, *ivi*, 2010, 1292.

⁶³ Come afferma J. VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad*, cit., p. 77, un diritto inalienabile «non può assolutamente essere oggetto di traffico giuridico».

⁶⁴ Va però precisato che dovrebbe essere risarcito anche il danno causato dalla suddetta revoca, includendo l'affidamento che l'iniziale autorizzazione aveva generato in colui che l'aveva ricevuta. In tal senso, se colui che effettua la revoca aveva percepito un corrispettivo economico dovrà restituirlo e, facendo applicazione del principio di buona fede, si può affermare che la stessa revoca rimanga sospesa fino all'offerta di una garanzia volta a coprire l'importo dei danni che la stessa può aver provocato.

dei diritti della personalità ma la legittimazione attiva ed il conseguente risarcimento non vengono attribuiti agli eredi del defunto bensì ai suoi familiari. Ciò rende evidente che il danno che si risarcisce non è quello sofferto dal defunto (che, per ovvie ragioni, non ne subisce nessuno), ma il danno non patrimoniale che incombe sui parenti prossimi a causa della lesione dell'onore, intimità o immagine del proprio familiare morto.

Non sembra convincente la spiegazione data da alcuni autori⁶⁵, che contrappongono i commi quinto e sesto dell'art. 7 l.o. n. 1 del 1982 per affermare che uno si riferisce al diritto non patrimoniale all'immagine e l'altro, invece, al diritto patrimoniale inerente alla sua commercializzazione.

Quando il comma sesto della disposizione si riferisce all'utilizzo «dell'immagine di una persona per finalità pubblicitarie, commerciali o altre finalità analoghe» non vuol dire che lo stesso stia riconoscendo un diritto patrimoniale al suo sfruttamento commerciale. Quello che fa la norma, al contrario, è descrivere una tipologia di intromissione illegittima caratterizzata dal fatto che colui che la commette ottiene un vantaggio economico dalla sua condotta illecita con evidenti conseguenze pratiche. L'art. 9, comma 2 lett. d, l.o. n. 1 del 1982, nella sua versione novellata dalla seconda disposizione finale della l.o. 22 giugno 2010, n. 5 che modifica la l.o. 23 novembre 1995, n. 10 del codice penale, prevede infatti «la corresponsione al danneggiato del lucro ottenuto attraverso l'illegittima lesione dei suoi diritti»⁶⁶.

⁶⁵ Cfr., in questo senso, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Derechos al honor*, cit., p. 83.

⁶⁶ Non sembra ancora possa escludersi che, ai sensi dell'art. 1902 cod. civ., si riconosca il danno patrimoniale che venga sofferto da colui che abbia una certa aspettativa di guadagno derivante dalla pubblicazione in esclusiva dell'immagine in un mezzo di comunicazione in occasione di un evento che lo riguardi (ad esempio, la celebrazione del suo matrimonio), ove la suddetta aspettativa di lucro venga frustrata dalla pubblicazione non autorizzata della sua immagine da parte di terzi.

4.3. *L'inadeguata distinzione fra 'aspetto costituzionale' e 'aspetto privatistico' del diritto all'immagine*

In alcune sentenze della Prima sezione del Tribunale Supremo si è fatta una distinzione fra 'aspetto costituzionale' e 'aspetto civile' del diritto all'immagine che rappresenta il tentativo, più o meno consapevole, di introdurre nell'ordinamento spagnolo la distinzione tipica del diritto nordamericano fra *right of privacy* e *right of publicity*.

Tale posizione viene giustificata attraverso un'interpretazione discutibile della l.o. n. 1 del 1982 proposta dalla sentenza del Tribunale Costituzionale⁶⁷ in occasione di un *recurso de amparo* proposto contro una sentenza Tribunale Supremo⁶⁸, che aveva rigettato il ricorso in Cassazione del noto attore e comico Emilio Aragón, il quale sosteneva di aver subito una lesione del suo diritto all'immagine quale conseguenza della rappresentazione grafica utilizzata in un annuncio pubblicitario di un deodorante per scarpe. La rappresentazione consisteva in un disegno in bianco e nero di due gambe accavallate che vestivano dei pantaloni e delle scarpe sportive di colore bianco, accompagnati da una didascalia che affermava: «La persona più popolare di Spagna ti sta dicendo che ti puzzano i piedi».

Il Tribunale Supremo, nella sentenza appellata, aveva sostenuto – errando – che la suddetta rappresentazione grafica non identificasse in maniera univoca Emilio Aragón. In realtà, il punto centrale della questione non era se tale rappresentazione grafica indentificasse o meno l'artista – e, di fatto, lo faceva –, ma il fatto che tale riproduzione non utilizzava i suoi tratti somatici. Per questo, in nessun caso si sarebbe potuta ipotizzare la presenza di un'illegittima intromissione nella sua immagine.

La Consulta ha sposato la tesi, per la verità non necessaria ai fini della risoluzione del *recurso de amparo*, volta a distinguere il concetto di 'immagine' sotto il profilo costituzionale e privatistico. Si affermò, infatti, che «non vi è dubbio che

⁶⁷ Trib. Cost. 26 marzo 2001, in *RTC*, 2001, 81.

⁶⁸ Trib. Supr. 30 gennaio 1998, in *RAJ*, 1998, 358.

nel nostro ordinamento – soprattutto nella l.o. n. 1 del 1982 in tema di protezione privatistica del diritto all'onore, all'intimità personale ed all'immagine – venga riconosciuta ad ogni persona un insieme di diritti inerenti allo sfruttamento commerciale della propria immagine. Tuttavia, questa conformazione legale del diritto non può essere confusa con quella costituzionale relativa alla protezione della sfera morale connessa alla dignità umana e con la garanzia dell'individuazione di un ambito personale che deve essere lasciato libero da intromissioni aliene. La protezione dei valori economico-patrimoniali connessi all'immagine si pone in relazione con beni giuridici distinti rispetto a quelli che sono propri dei diritti della personalità e per questo, pur essendo degni di protezione – ed effettivamente protetti –, non fanno parte del contenuto del diritto fondamentale alla protezione della propria immagine di cui all'art. 18, comma 1, cost.».

Al contrario, la presunta contrapposizione del diritto all'immagine con effetti privatistici e costituzionali deve essere considerata inesistente. La l.o. n. 1 del 1982 non riconosce un diritto allo sfruttamento commerciale della propria immagine ma consacra esclusivamente un diritto della personalità volto a disciplinare la rappresentazione grafica dei tratti somatici dell'individuo. Di fatto, la legge non fa altro che concretizzare quanto affermato dall'art. 18 cost. stabilendo una regolamentazione privatistica dei 'diritti fondamentali della personalità' in essa disciplinati che si traduce, fondamentalmente, nel riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale derivante da eventuali illegittime intrusioni.

Tornando alla sentenza, il Tribunale Costituzionale afferma quindi che «nonostante il valore associato all'immagine attraverso vincoli giuridici ed economici sia suscettibile di protezione giuridica nel nostro ordinamento, tali vincoli non fanno parte della dimensione costituzionale del diritto all'immagine (art. 18, comma 1, cost.) perché non fanno parte della sfera più intima propria dello stesso».

Tuttavia, i suddetti 'vincoli' non possono neanche essere inseriti nella dimensione privatistica del diritto all'immagine (va infatti ricordato che, nel caso deciso, si discuteva del-

la legittimità dell'utilizzo all'interno di una pubblicità di deodoranti per piedi, di un disegno in bianco e nero realizzato al computer che ritraeva due gambe accavallate vestite da un pantalone nero). Il «valore associato alla persona» di cui parla la sentenza, nel caso, avrebbe dovuto trovare protezione attraverso il disposto dell'art. 1902 cod. civ. o applicando la legge che tutela la proprietà intellettuale.

In ogni caso, come già detto, in alcune sentenze del Tribunale Supremo compare l'affermazione (sempre contenuta in *obiter dicta*) secondo cui «deve distinguersi il diritto all'immagine quale diritto della personalità appartenente alla sfera morale, relazionato con la dignità umana rispetto alla sua accezione quale diritto patrimoniale protetto dall'ordinamento ma impossibile da includere nell'ambito costituzionale quale diritto fondamentale»⁶⁹. Ciò che non risulta chiaro in nessuna delle menzionate sentenze è l'ambito esatto assegnato a ciascuno di tali due aspetti del diritto che vengono proposte, ma sembra che il criterio fondamentale per distinguerle si basi sul fatto che l'immagine riveli o meno aspetti della vita privata della persona (affermando che ciò non sussiste quando l'immagine è già stata pubblicata) o determini un attacco al diritto all'onore della stessa, dando particolare valore alla presenza o meno di un consenso iniziale e, soprattutto, se tale consenso sia stato dato per finalità pubblicitarie.

Appare evidente come tale orientamento giurisprudenziale conduca, di fatto, alla negazione del carattere autonomo del diritto della personalità alla propria immagine in ambito privatistico dal momento che ogni rappresentazione grafica dei tratti somatici che non determini la lesione del diritto all'intimità o all'onore si dovrebbe collocare nell'ambito dello sfruttamento commerciale dell'immagine. Si dimentica, in questo modo, che attraverso il diritto alla propria immagine si tutela un bene specifico della personalità – la figura umana – quale

⁶⁹ In questo senso si orientano Trib. Supr. 22 luglio 2008, in *RAJ*, 2008, 4495; Trib. Supr. 25 settembre 2008, *ivi*, 2008, 5572, e Trib. Supr. 26 febbraio 2009, *ivi*, 2009, 1516; e, più recentemente, Trib. Supr. 29 aprile 2009, *ivi*, 2009, 3169; e Trib. Supr. 23 febbraio 2010, *ivi*, 2010, 1292.

elemento di identificazione dell'essere umano. Tutto ciò prescinde dal fatto che per mezzo della sua captazione, riproduzione o pubblicazione si rivelino aspetti della vita privata della persona (come afferma l'art. 7 l.o. n. 1 del 1982 al suo comma quinto) o si danneggi la reputazione del titolare del diritto⁷⁰. Si contraddice, cioè, la giurisprudenza ormai consolidata in sede sia costituzionale sia civile che afferma chiaramente l'autonomia del 'diritto fondamentale della personalità' alla propria immagine rispetto al diritto all'onore e all'intimità.

Così facendo, inoltre, si corre il rischio di provocare una spiacevole insicurezza giuridica che porterebbe al rigetto di azioni proposte da coloro che reagiscono ad un'illegittima intromissione nel proprio diritto all'immagine derivante dalla pubblicazione non autorizzata di una foto, giustificandolo con il fatto che l'intromissione colpirebbe esclusivamente l'immagine nel suo aspetto commerciale e patrimoniale ma non, al contrario, nella sua dimensione costituzionale di 'diritto fondamentale della personalità' che permette al suo titolare di avere il controllo sulla rappresentazione grafica dei propri tratti somatici⁷¹.

⁷⁰ Il bene protetto dal diritto alla propria immagine è, in effetti, la figura umana in sé e per sé considerata quale attributo della personalità ed elemento fondamentale per l'identificazione dell'essere umano. Da ciò deriva la possibilità di impedire la sua captazione, riproduzione o pubblicazione senza il consenso del titolare a prescindere dal fatto che le suddette intromissioni determinino una divulgazione di aspetti della vita privata: cosa che, per ovvie ragioni, avrà particolare rilievo soprattutto per le immagini riprese in luoghi pubblici. L'autonomia del diritto all'immagine rispetto al diritto all'intimità viene ribadita con forza dalla più recente giurisprudenza costituzionale. V., in questo senso, Trib. Cost. 18 giugno 2011, n. 18, in *RTC*, 2011, 18; Trib. Cost. 2 luglio 2001, n. 156, *ivi*, 2001, 156; Trib. Cost. 24 aprile 2002, n. 83, *ivi*, 2002, 83; Trib. Cost. 21 ottobre 2013, n. 176, *ivi*, 2013, 176; Trib. Cost. 10 febbraio 2014, n. 19, *ivi*, 2014, 19; e Trib. Cost. 16 febbraio 2015, n. 2015, *ivi*, 2015, 18.

⁷¹ Chiaro esempio di ciò è rinvenibile in Trib. Supr. 25 settembre 2008, in *RAJ*, 2008, 5572; e Trib. Supr. 26 febbraio 2009, *ivi*, 2009, 1516.

5. *L'analogia fra regolamentazione costituzionale e privatistica rispetto alla tutela della memoria dei defunti*

Sembra poi evidente, contrariamente a quanto potrebbe sembrare da una lettura affrettata dell'art. 4 l.o. n. 1 del 1982, che esista una sintonia fra regolamentazione costituzionale e privatistica in tema di protezione della memoria dei defunti che risponde all'idea diffusa secondo la quale questi, per definizione, non hanno personalità.

Si deve partire dalla premessa che non risulta ammissibile proporre un *recurso de amparo* contro atti dei poteri pubblici lesivi di un inesistente diritto all'onore, all'intimità o all'immagine di un soggetto defunto dal momento che, come affermato dal Tribunale Costituzionale nel *leading case* in materia⁷², ci troviamo di fronte a «diritti fondamentali indissolubilmente vincolati alla personalità [...] diritti che si manifestano come personalissimi e vincolati inscindibilmente all'esistenza dell'individuo». Di conseguenza «quando muore il titolare di tali diritti e venga meno la sua personalità [...] scompare anche lo stesso oggetto della protezione costituzionale» e, pertanto, «quando viene a mancare il titolare di tale bene della personalità, non esiste più un bene da tutelare in quanto reale oggetto del diritto fondamentale anche se potrebbero sopravvivere i suoi effetti patrimoniali»⁷³.

⁷² Trib. Cost. 2 dicembre 1988, n. 231, in *RTC*, 1988, 231.

⁷³ Va però segnalato come la posizione espressa dalla sentenza menzionata sia stata ripresa da altre pronunce successive in tema di protezione *post mortem* del diritto all'onore, le quali non hanno escluso che – in generale – si potesse presentare un *recurso de amparo* a difesa della memoria del defunto pur negandolo, però, nello specifico caso deciso. V., in questo senso, Trib. Cost. 23 marzo 2004, n. 43, in *RTC*, 2004, 43; e Trib. Cost. 14 aprile 2008, n. 51, *ivi*, 2008, 51.

Trib. Cost. 18 novembre 2013, n. 190, *ivi*, 2013, 190, è tornata, però, a sostenere la tesi originaria – che sembra condivisibile – propensa a ritenere impossibile proporre un *recurso de amparo* a protezione dei diritti fondamentali della personalità del defunto. Si afferma infatti che «anche ove il ricorrente agisca in tal senso a difesa del proprio diritto e di quello di sua madre defunta, non può essere oggetto di giudizio la possibile violazione di tale ultimo diritto, fermo restando il fatto che oggetto di questo giudizio – la divulgazione al pubblico della filiazione paterna del ricorrente – possa giungere a danneggiare sia il suo diritto all'intimità – che lo protegge dalla possibilità che terzi conoscano l'identità del

In maniera opportuna tale sentenza segna la contrapposizione esistente in materia di protezione dei diritti fondamentali della personalità (fa riferimento espressamente ai diritti all'intimità e all'immagine) che si riscontra in ambito costituzionale e privatistico, osservando che «se si riconoscono azioni civilistiche (volte, come nel caso di specie, ad ottenere un risarcimento) a favore di terzi soggetti diversi dal titolare di tali diritti personalissimi, queste si pongono al di fuori dell'area di protezione riservata ai diritti fondamentali, riconosciuta tramite la presentazione di un *recurso de amparo* proponibile di fronte al Tribunale Costituzionale».

La tutela civilistica del diritto all'onore, all'intimità e alla propria immagine sembra, in effetti, sopravvivere alla morte del titolare dal momento che l'art. 4 l.o. n. 1 del 1982 riconosce la sua protezione *post mortem*, attribuendo l'esercizio della relativa azione alla persona nominata nel testamento o, in sua assenza, al coniuge, ai discendenti, ascendenti e fratelli o, in assenza anche di questi, al Pubblico ministero entro un termine di 80 anni dalla morte del titolare.

Il Preambolo della citata legge afferma che «anche se la morte del soggetto estingue i diritti della personalità, il suo ricordo costituisce un prolungamento di quest'ultima che deve essere necessariamente tutelato dall'ordinamento». Va tuttavia segnalato che, a prima vista, quello che viene ad essere risarcito è un danno non patrimoniale derivante dall'intromissione nel diritto all'onore, all'intimità o all'immagine di una persona già morta. Ciò appare un po' assurdo dal momento che la morte ha già fatto venir meno la sua personalità (ai sensi dell'art. 32 cod. civ.). E allora, ciò che è effettivamente oggetto di risarcimento è la sofferenza patita dai parenti più vicini derivante dal fatto che sia stata messa in discussione la reputazione di un familiare defunto, che siano stati rivelati dati privati o che sia stata illegittimamente utilizzata l'immagine di quest'ultimo.

padre – sia il suo diritto all'intimità familiare che impedisce che vengano diffusi dati su aspetti riservati relativi alla madre defunta».

Sul punto va segnalato che è proprio ai familiari che l'art. 4 l.o. n. 1 del 1982 riconosce la legittimazione ad agire. Parallelamente, l'art. 9, comma 4, della legge individua gli stessi come creditori della somma dovuta a titolo di risarcimento e non, invece, gli eredi del defunto – cosa che invece viene espressamente prevista nei casi in cui l'azione sia stata già intrapresa in vita dal soggetto poi defunto nel corso del giudizio –. Ciò che accade è, a ben vedere, qualcosa di simile rispetto all'ipotesi di risarcimento derivante dalla morte di un parente che, secondo i precedenti della prima sezione del Tribunale Supremo, spetta ai familiari prossimi del defunto a causa della sofferenza derivante dal vedersi privati della presenza di un caro e non, invece, ai suoi eredi dal momento che il defunto non ha potuto acquistare alcun diritto di natura risarcitoria derivante dalla propria morte. Questa, infatti, ha già estinto la sua personalità e, per l'effetto, la sua capacità di essere titolare di diritti ed obblighi.

6. *Diritti della personalità che non sono diritti fondamentali: il caso paradigmatico del diritto alla voce*

In questo breve lavoro si è cercato di proporre una ricostruzione unitaria e trasversale dei diritti fondamentali della personalità che tenti di far coesistere le due visioni tradizionali che vedevano una contrapposizione fra diritto pubblico e diritto privato. Tale ricostruzione, però, risulta valida solo per i diritti della personalità costituzionalmente protetti. Così come vi sono diritti fondamentali che non riguardano la personalità umana⁷⁴, vi sono anche diritti della personalità, creati recentemente dalla dottrina, che ancora non sono stati consacrati quali diritti fondamentali da parte del costituente, fra i quali va senza dubbio annoverato il diritto alla voce⁷⁵.

⁷⁴ Lo evidenzia C. ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, *Studia Albortiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 149.

⁷⁵ Non si fa qui riferimento al diritto al nome che Trib. Cost. 7 ottobre 2013, n. 167, in *RTC*, 2013, 167, ha correttamente incluso «all'interno dei di-

L'art. 7 l.o. n. 1 del 1982, quando individua le possibili illegittime intrusioni, al suo comma 6 menziona non solo l'utilizzo (da intendersi come non consentito) «dell'immagine di una persona per finalità pubblicitarie, commerciali o di analoga natura», ma anche l'uso «della voce». La dizione di tale precepto spinge a chiedersi se si possa parlare di un diritto della personalità alla voce negli stessi termini nei quali si parla di un diritto della personalità al nome diverso rispetto a quello all'immagine o se, ad esempio, la norma debba più correttamente essere interpretata nel senso che, da una prospettiva civilistica, vada considerata come «immagine» la voce e non solo la figura umana⁷⁶.

Ciò che è certo, è che l'art. 18 cost. non individua un diritto fondamentale alla voce ma, a ben vedere, ciò non impedirebbe che la stessa venga comunque considerata oggetto di un diritto della personalità autonomo nell'ottica del diritto privato. In realtà, dal comma sesto dell'art. 7 l.o. n. 1 del 1982 non è possibile dedurre che la nozione di «immagine» in esso contemplata sia diversa da quella dell'art. 18 cost. Non si tratta, infatti, della possibilità di considerare – sotto un profilo civilistico – come «immagine» il nome o la voce in aggiunta alla figura umana ma, al contrario, di estendere la tutela civilistica prevista per l'immagine anche ad altri attributi della persona che, allo stesso modo, sono beni della personalità nella misura in cui, come accade per i tratti somatici, riescano ad identificare l'individuo rendendolo riconoscibile nella società. Ciò impone di riconoscerli come oggetto di un diritto diverso da quello all'immagine. Da ciò deriva che la loro lesione determinerà l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale essendo questo un effetto espressamente previsto dal legislatore ma, in nes-

ritti della persona» ma che, in maniera sicuramente incoerente, ha anche collocato «nell'ambito del diritto fondamentale all'immagine di cui all'art. 18, comma 1, cost.». È evidente che il nome non abbia nulla a che vedere con l'immagine per come disciplinata nella suddetta disposizione costituzionale, la cui concreta tutela è stata poi rafforzata da parte della giurisprudenza.

⁷⁶ In questo senso si orienta, ad esempio, M.E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen*, cit., pp. 14-17, osservando, però, che l'ampliamento dell'oggetto del diritto devia dal significato tecnico proprio di immagine.

sun caso si potrà ritenere ammissibile un *recurso de amparo* mancando un espresso riconoscimento del diritto fondamentale al nome o alla voce.

Non sembra convincente il tentativo di individuare una doppia valenza, visiva e sonora, della propria immagine reinterpretando la sua definizione al fine di includere nella stessa non solo le rappresentazioni grafiche della figura umana ma anche quelle sonore della voce. La voce dovrebbe essere protetta attraverso un autonomo diritto della personalità, essendo un elemento diverso dalla propria immagine idoneo ad identificare un soggetto.

Non entra qui in gioco il diritto di proprietà intellettuale sulle opere dell'ingegno quali le creazioni artistiche, delle quali la voce può essere uno strumento di divulgazione, ma di un vero e proprio diritto della personalità che concede al suo titolare la possibilità di opporsi alla riproduzione della sua voce – quale attributo della personalità – così come a tutte quelle intromissioni che abbiano quale effetto quello di confondere l'ascoltatore attraverso l'imitazione della voce di un soggetto perfettamente identificabile.

Dovrebbero invece essere tollerate quelle imitazioni della voce di personaggi pubblici realizzate mediante parodie che non inducono ad alcuna confusione, sempre che non ledano il diritto all'onore né abbiano carattere puramente commerciale.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, I diritti fondamentali della personalità come categoria unitaria nell'esperienza giuridica spagnola

Nel presente lavoro si propone l'adozione di una categoria unitaria dei diritti fondamentali della personalità, con identità concettuale e di contenuto, nella quale convergono le due visioni tradizionali provenienti dal diritto pubblico e dal diritto privato.

Parole chiave: diritti fondamentali, diritti della personalità, onore, *privacy*, immagine.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, The fundamental rights of personality as a unitary category in the Spanish juridical experience

The present paper suggests steps to a unitary category of fundamental rights relating to the personality with conceptual identity where two traditional views taken from public and private Law come together.

Key words: fundamental rights, rights relating to the personality, honor, privacy, own image.

INDICE DEL FASCICOLO 3 2018

Miscellanea

Giuseppe Dalla Torre, Declino dello Stato moderno
e metamorfosi dello *Ius Publicum Ecclesiasticum* 431

Armando Torrent, El senadoconsulto Rubriano de
fideicommissariis libertatibus Ulp. (5 *fideic.*) D. 40,5,26,7:
*si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore
adesse noluisse.* Un intento de explicación
material y procesal..... 451

José Ramón de Verda y Beamonte, I diritti della personalità
come categoria unitaria nell'esperienza giuridica spagnola..... 511

Alessandro Grillone, Le guarentigie reali del locatore di
praedia urbana nei primi secoli dell'Impero 555

Michele Grazia, Il principio di complementarietà in materia di
formazione seminariale dei futuri chierici tra *Codex Iuris
Canonici* e *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*..... 591

Recensioni..... 613

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio Giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, 'estratto' degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio Giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.