

# SOMMARIO

## CAPITOLO PRIMO

### STRUTTURE DI QUALIFICAZIONE DELLA PERSONALITÀ E *POTESTAS IN SE IPSUM*

1. Patrimonialità e personalità: presunta divaricazione tra regole di funzionamento del mercato e regole di tutela dell'esistenza umana. Capitalismo cognitivo e processo di *commodification* dei segni identificativi della persona: il ruolo creativo della giurisprudenza. Centralità attribuita all'elemento del consenso: verso l'abbandono del consenso scriminante come unico modello di circolazione ammissibile. Problematica tendenza alla trasposizione del fenomeno circolatorio dell'identità personale sul piano della teoria dei beni immateriali. Incidenza del principio personalista sulla disciplina applicabile al negozio dispositivo. 12
2. Ideologia e tecnica nella edificazione storica di una inalienabile 'sfera di libertà'. Le personalità del mondo antico. Modello di organizzazione sociale ereditato dall'*Ancien Régime* e regola di libera modificabilità del nome. Tipicità dei ruoli sociali e disconoscimento dell'autenticità alla vita del singolo. Nascita del dibattito moderno sull'identità personale: astrazione dalle categorie sociali e ricerca di un criterio empirico per riconoscere ciò che rende una persona la medesima nel corso del tempo. 25
3. Transizione dalle personalità del mondo antico al soggetto di diritto: limitato orizzonte ideologico e specificità tecnica del «grande cambiamento». Connotazione in chiave proto-liberale della separazione domatiana tra qualità naturali e qualità arbitrarie: strumentalità del soggetto borghese rispetto al disegno politico del liberalismo. 36
4. *Segue*. Istituzionalizzazione della moneta e riduzione del dominio delle qualità personali «privatisticamente rilevanti»: la proprietà come diritto (soggettivo) sulla cosa indipendente dai ruoli. Funzione liberatoria dell'economia monetaria, mobilità dei ruoli sociali e connessa possibilità per il soggetto «astratto» di agire entro una molteplicità di relazioni impersonali. 41
5. Esclusione dei diritti inalienabili della persona dall'impianto del *Code civil*: rilevanza pubblicistica della personalità. Evoluzione del contesto socio-economico e tecnologico: connessa emersione di nuove istanze di difesa nei rapporti interprivati. Espansione dello stilema dominicale nella sfera esistenziale: *vie privée* e proprietà sulla propria persona. Nuova regolamentazione del nome civile, contrasto tra identificazione dei consociati (*numéro matricule*) e proprietà sul nome (*véritable propriété*). Democratizzazione del ri-

- tratto e principio del necessario consenso dell'effigiato. Avvio del processo di circolazione del modello tedesco dei *Persönlichkeitsrechte* e connesso rigetto della metafora dominicale. 46
6. Dalle regole di tutela dell'esistenza alle strutture di qualificazione della personalità. La personalità nel diritto moderno e il diritto soggettivo: struttura riflessiva (*potestas in se ipsum*) e virtuale estensione dei postulati del liberalismo economico alla sfera dell'agire simbolico. 57
7. *Segue*. Concezione della tutela in forma soggettiva e in forma oggettiva: limitata efficacia euristica del problema. Vistosa intersezione ravvisabile nell'accento posto sul divieto di ingerenza: connessa attribuzione di natura transattiva al consenso sugli attributi della personalità. Opzione di metodo: rigetto dell'alternativa tra le due concezioni sul piano della teoria della conoscenza ed analisi delle ricadute sulla disciplina applicabile all'atto di autonomia: *a)* limitazione spazio-temporale e teleologica dell'atto dispositivo; *b)* configurazione di un potere di revoca del consenso. 63
8. Le tracce del dibattito sulle strutture di qualificazione della personalità nel codice del '42. Architettura e filosofia del titolo I: soggettività come termine riassuntivo di disciplina. La disciplina del nome e dell'immagine: limitata rilevanza del consenso nel quadro della tecnica normativa incentrata sul momento patologico della lesione. 71
9. Dal soggetto astratto alla persona: narrazione concettuale e fattori materiali. Crisi fiscale dello stato e frammentazione del soggetto unico del *welfare*. Costituzionalizzazione dell'identità personale e sua fuoriuscita dal cono d'ombra della concezione ottocentesca della personalità. Prima fase: patologia della rappresentazione esterna ed apparato rimediale improntato alla tutela successiva in funzione riparatoria. Seconda fase: ruolo del consenso con funzione di controllo sui circuiti informativi. Identità come costruito oggetto di scelte responsabili, anziché come dato suscettibile di appropriazione in forma esclusiva: modello di tutela preventivo e relazionale, finalizzato ad assicurare la sufficiente partecipazione dell'interessato al processo di definizione del sé nel contesto sociale. 80
10. Diritto ad essere se stesso: centralità del momento deliberativo (scelta identitaria). La struttura riflessiva del diritto all'identità: limiti di una fondazione illusoria dal punto di vista soggettivo ed oggettivo. Identità come bene e identità come *flusso*. La natura di diritto inviolabile di rango costituzionale: dubbi sul prisma della libertà di scelta come situazione prodromica al riconoscimento di un super-diritto fondamentale. Difficoltà di conciliare la negazione

- del potere di disporre dell'interesse con l'assoluta libertà di scelta che si vuole riconoscere all'individuo. 92
11. Emancipazione del consenso dalla forma strutturale del divieto (rimozione del *neminem laedere*). Atto di autonomia che coinvolge intensamente l'identità personale delle parti: sua giustificazione funzionale quale positiva manifestazione della libertà di intrecciare relazioni umane significative e concreta forma negoziale di costruzione dell'identità. Dalle sfere esistenziali come àmbiti di appartenenza esclusiva all'identità come componente del fatto da qualificare e come flusso incessante di qualificazioni normative: unità del valore, artificialità del soggetto e fenomenologia plurale del sé. 101

## CAPITOLO SECONDO

## IPSE E IDEM COME COMPONENTI DEL FATTO DA QUALIFICARE

12. Identità e soggettività: analisi di confine sui processi di giuridificazione dell'esistenza umana. Irrilevanza giuridica e neodogmatismo debole come vuota tecnica strumentale ad un giudizio fondato sulla cultura dominante oppure sul mero arbitrio del decisore. L'incidenza dell'identità sul procedimento di qualificazione: ipseità e medesimezza. 109
13. *Ipsa* e *idem* come componenti del fatto da qualificare, loro incidenza sul procedimento di qualificazione: conflitti negoziali. Accordi che patrimonializzano l'identità personale: vincolatività del contratto ex art. 1372 c.c. o revocabilità *ad nutum* dell'atto di disposizione che coinvolge l'identità? Contratto come norma, identità come flusso ed esigenza di selezionare la disciplina applicabile all'atto dispositivo alla luce del concorso tra valori eterogenei. 114
14. *Segue*. L'influenza dell'identità etnica o religiosa del danneggiato sulla qualificazione dell'illecito aquiliano. Rifiuto etico-religioso di cure della vittima e danno risarcibile: fatto interruttivo del nesso causale o mero esercizio di un diritto fondamentale? Applicazioni della *avoidable consequences doctrine* nei giudizi di *common law torts* connotati dal rifiuto di cure del danneggiato: postulati critici del conflitto di doveri (statuale e religioso) elevato a criterio di giudizio della ragionevolezza del rifiuto. Il primo caso italiano (più ombre che luci): illegittimità della regola che giustifica la sistematica allocazione sull'occasionale danneggiante del peso economico della scelta identitaria del danneggiato. Necessità di elaborare criteri intersoggettivi di limitazione della responsabilità basati sulla grave e manifesta sproporzione tra il rischio creato con l'illecito e le conseguenze che ne sono derivate. 119

15. Obiezione di coscienza all'aborto della donna-medico e diritto ad interrompere la gravidanza: rinuncia implicita all'aborto o assoluta irrilevanza della contraddizione? Visione patrimonialistica del sistema e connesso approccio che impiega i valori esistenziali come auto-fondato stato di eccezione: l'identità come oggetto di una istanza anomala. Inquadramento del problema in chiave di opportunità di concedere occasionalmente al soggetto di sottrarsi alla responsabilità o all'imputazione del fatto (illecito o negoziale). Un problema, due soluzioni estreme: l'irrilevanza del fattore identitario ovvero la prevalenza gerarchica della domanda o dell'eccezione fondate sull'identità in forza dell'ancoraggio contenutistico ai diritti fondamentali della persona. 129
16. Rigetto dell'approccio che concepisce l'identità come pretesa anomala e come stato di eccezione rispetto al vincolo giuridico. Identità come componente ineliminabile del fatto da qualificare: l'identità incide sul procedimento di qualificazione introducendo un elemento di differenziazione di cui l'interprete deve tenere conto, pena la violazione della gerarchia delle fonti. Identità, tempo e frammentazione del «soggetto»: conflitto sincronico e conflitto diacronico. Dalla crisi dello Stato-nazione ai territori dell'io: il pressante bisogno di una *Gemeinschaft* post-nazionale. Prestazioni ad impronta personalistica e sopravvenienze ideali: adozione di una chiave di lettura che colloca il conflitto sull'asse temporale. 132
17. Percorsi di concettualizzazione del problema identitario: le teorie che fanno ricorso all'idea dei *multiple selves*. Corrente autobiografica del *legal pluralism*: l'individuo quale luogo ultimo e irriducibile di interlegalità. 143
18. *Segue. Critical legal pluralism* e traduzione dei conflitti identitari sincronici, sul piano formale della produzione giuridica, in altrettanti conflitti di potere normativo. Conseguente pluralizzazione della soggettività ed auspicato ritorno al concetto di *status*. Critica: inutilità del ricorso ad un ulteriore diaframma tra il fatto, comprensivo del valore identitario, e la funzione ordinante delle norme (regole e principi) necessarie e sufficienti a disciplinarlo. 146
19. Pluralismo giuridico e giustizia sovranazionale dei diritti umani: concorso di valori e conflitti tra sovranità. Requisiti dell'interferenza legittima nella CEDU: base legale, scopo legittimo e proporzionalità in una società democratica. Fattore religioso, gruppi e conflitti identitari (artt. 9 e 11 CEDU). 152
20. *Segue.* Approccio liberal-individuale della Corte di giustizia: il libero mercato dei sistemi di credenze. Crisi del modello di pluralismo liberale nel diritto vivente della Corte di Strasburgo e della

- Supreme Court*: principio di neutralità, inadeguatezza della formula del *limits overstepped* e comune diffidenza verso una lettura sistematica dei princípi. 158
21. Fisionomia dei conflitti connotati dall'identità-*idem*. Svolgimento e sviluppo della personalità umana: rilievo del tempo e del mutamento di sé nei princípi posti dagli artt. 2 e 3 cost. Il momento della programmazione temporale dell'effetto alla base della differenza tra profilo dispositivo delle situazioni esistenziali e disposizione delle situazioni patrimoniali: il peculiare grado di stabilità temporale dell'atto-matrimonio. Diritto all'oblio e tutela dell'identità dinamica: obbligo di contestualizzare l'informazione presente negli archivi *on-line*. Rilievo del mutamento del sé nella disputa sulle direttive terapeutiche anticipate: lo schema rappresentativo tra volontà espressa e coerenza "biografica". Risvolti problematici della concezione volontaristica: illegittimità di un'applicazione avulsa dalla diretta osservazione della situazione complessiva del paziente, precedente e successiva alla perdita della capacità. L'attualità del rifiuto non si identifica puramente con la "permanenza della volontà" di fronte alla prevedibilità dell'evento nefasto: necessità di tenere conto delle concrete modalità, temporali e contestuali, e soprattutto delle ragioni esistenziali poste a fondamento del rifiuto anticipato. 169
22. *Segue*. Suggestioni provenienti dalla scienza giuridica d'oltreoceano: l'impiego dei *multiple selves* per uscire dalle strettoie della concezione giuseconomica dei rapporti civili. L'argomento della irrilevanza giuridica: insistere su un concetto di personalità che include la successione delle identità nel tempo serve a promuovere il benessere sociale attraverso la conservazione di quelle istituzioni socialmente utili che sono il contratto e la punizione dei reati. 200
23. Il retroterra filosofico della concezione riduzionistica dell'identità personale: identità personale come "relazione R" (problema: «è ancora la stessa persona/non è piú la stessa persona»). La tesi estrema: possibile descrizione impersonale del flusso di coscienza ed azioni, connesso pericolo di generale irresponsabilità del soggetto agente. 205
24. Incompatibilità con la legalità costituzionale della tesi che riduce l'identità a mera relazione di continuità/connessione psicologica. Dalle asserzioni plausibili sull'identità personale all'ordinamento come dominio delle prescrizioni ragionevoli: ineludibilità del riferimento ai princípi e dottrina del bilanciamento. 209

25. Intransitività temporale del «bene» identità e normalizzazione della persona. Dalla «relazione R» al pieno e libero sviluppo della persona (art. 2 cost.). Riformulazione degli interrogativi fondamentali. 212
26. Scelta e autonomia. Concetti di scelta e preferenza nella scienza economica. Scelte costitutive dell'identità personale e scelte economiche: il rilievo del decorso del tempo e le scelte "non-libere". Identità come ordinamento di preferenze individuali e impossibilità di un liberale pareto-efficiente. Ancora in tema di obiezione di coscienza e solidarietà costituzionale. 215

## CAPITOLO TERZO

## NEGOZIABILITÀ DELLE SCELTE IDENTITARIE E FUNZIONE DELLA PATRIMONIALITÀ

27. Autonomia privata, contenuto patrimoniale e rilevanza dello *status personae* nella qualificazione della parte contrattuale. Suscettibilità di valutazione economica come criterio di qualificazione delle situazioni soggettive e come criterio di qualificazione degli atti di autonomia. Significato ambiguo del dogma di indisponibilità delle situazioni non patrimoniali: trasposizione culturale all'origine del concetto e scollamento diritto-prassi. 227
28. Latente corto circuito tra contenuto e funzione della patrimonialità: carattere non risolutivo del frazionamento del concetto in una dimensione soggettiva e in una dimensione oggettiva. Aporie del riferimento alla suscettibilità di valutazione economica come limite alla negoziabilità oppure come rinvio in bianco al mercato. Paradigma patrimonialistico come schema automatico di comparazione tra diritto (valore in senso assiologico) e denaro (valore-misura): funzione oggettiva di ripristino dell'assetto allocativo legittimo. Non neutralità della tecnica di mediazione del conflitto basata sul denaro: differenziazione tra rapporti solidali (asimmetrici) e rapporti mercantili (simmetrici). 235
29. *Segue*. Limiti della patrimonialità intesa come "concetto valvola": dalla differenziazione dei contesti relazionali alla funzionalizzazione degli interessi. Contratto come istituzione economica e contratto come fatto da qualificare: aperto riconoscimento della tensione assiologica tra vincolatività del regolamento e dinamicità del processo identitario. 253
30. Influenza del negozio sulle fondamentali scelte di vita: itinerari (vecchi e nuovi) della patrimonializzazione. Originario rilievo dell'archetipo socio-normativo familiare: obblighi di coabitazione e di assistenza di fonte convenzionale. Elemento personale ed elemento patrimoniale nella prestazione lavorativa. 259

31. Rigetto della suscettibilità di valutazione economica quale intrinseco criterio di collegamento tra fattispecie negoziale ed effetti: funzione selettiva ed ordinante alla luce dei principi e sua autonomia rispetto al giudizio di liceità. Corollari: variabilità della struttura precettiva e degli schemi di qualificazione della condotta. L'influenza oltre l'area del dovere giuridico: promesse premiali e donazioni di organo *cross-over*. Gratuità, spontaneità e revocabilità del consenso negli atti di disposizione del corpo: il negozio come schema giustificativo dell'azione ma non della sua pretesa. Circolazione commerciale del nome, dell'immagine e dei segni identificativi della persona: patrimonialità della prestazione e libertà di scelta della persona-contraente.

267

## CAPITOLO QUARTO

## CIRCOLAZIONE COMMERCIALE DELL'IDENTITÀ: DIRITTI DI SFRUTTAMENTO E POTERE DI CONTROLLO

32. Circolazione commerciale dell'identità: la resistenza offerta dagli schemi teorici ereditati dalla tradizione ed il percorso di riscrittura giurisprudenziale dell'impianto normativo sui segni distintivi personali. L'originario argomento del «mercimonio di sé»: ripercussioni sulla validità del contratto. L'argomento della rinuncia implicita alla riservatezza: effetto preclusivo collegato alla notorietà della persona ed istituzione di un regime di libera utilizzazione del segno celebre.
33. *Segue*. L'argomento del diritto sul segno come corollario del diritto alla riservatezza: irrigidimento del sindacato sulla finalità informativa. Casi di massima estensione della tutela (voce, indumenti di uso abituale, utilizzo di un sosia): dal diritto sul segno al potere di controllo sulla circolazione commerciale dell'identità personale.
34. Schematizzazione intermedia delle coordinate effettuali di ciascun argomento. Traduzione della indisponibilità sul piano della qualificazione dell'atto: nullità dell'atto e facoltà di revocare il consenso *ad nutum*. Prassi negoziale strutturante un mercato dei *publicity rights*: dissidio tra interesse degli operatori economici alla stabilità dell'attribuzione e libertà di rimodulare nel tempo i confini simbolici del sé.
35. Identità e *publicity value* in dottrina: tentativo di conciliazione sul piano della teoria dei beni ad opera delle concezioni c.dd. dualistiche. La separazione semiotica, tra immagine-attributo (persona) e ritratto-*res* (segno), alla base della scissione dalla situazione esi-

287

295

302

- stenziale di un autonomo bene immateriale. La reinterpretazione della disciplina del ritratto contenuta negli artt. 96 e 97 l. dir. aut.: distinzione tra statuto dell'immagine-documento e statuto dell'immagine-bene. Critica: difficoltà di separare a monte le finalità di interesse pubblico e lo scopo lucrativo sotteso all'attività di riproduzione e diffusione del segno. 307
36. Problematica ricostruzione di un autonomo diritto di sfruttamento a partire dal consolidamento giurisprudenziale di un modello risarcitorio quasi-contrattuale: la tecnica del prezzo del consenso. Profili critici, plurioffensività dell'illecito: il diritto sul segno non è configurabile come potere dominicale su un'utilità attribuita in esclusiva al titolare, bensì come potere di esercitare, mediante il consenso, un effettivo controllo sulla circolazione di un elemento evocativo della personalità sul quale convergono interessi di natura esistenziale quanto patrimoniale. Valutazione dell'adeguatezza dei rimedi in un'ottica preventiva. L'azione inibitoria: sua inidoneità ad offrire un rimedio pieno ed effettivo contro gli illeciti istantanei. Restituzione del profitto conseguito dall'utilizzatore abusivo: la via dell'applicazione analogica degli artt. 158 l. dir. aut. e 125, comma 3, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale). Critica. Qualificazione dell'illecito e selezione del giusto rimedio. Possibile concorso integrativo tra risarcimento (art. 2043 c.c.) e azione restitutoria (art. 2041 c.c.). Attività di sfruttamento scientemente preordinata alla realizzazione di un profitto illegittimo, integrante un'aperta violazione dell'identità personale della vittima: applicabilità dell'art. 2059 c.c. quale fonte di una sanzione civile ultracompensativa. 315
37. *Segue*. Tesi della notorietà come autonomo bene, assimilabile all'oggetto dei diritti di proprietà intellettuale. Critica: non rintracciabilità dei requisiti formali dell'oggettivazione delle cose incorporali. In particolare: impossibilità di assimilare l'edificazione creativa del personaggio all'apporto creativo richiesto dall'art. 2576 c.c. Interpretazione degli artt. 8 e 19 c.p.i. in chiave attributiva di un'autonoma situazione di appartenenza sulla notorietà. Considerazioni critiche. Segni che attraggono e segni che indicano: necessario collegamento di entrambi all'uso imprenditoriale. Notorietà come attributo del segno e come *ratio* di porzioni di disciplina. Notorietà, priorità temporale e settore merceologico come criteri dirimenti del conflitto tra più aventi diritto. 341
38. Inseparabilità, nelle vicende del *commercial use*, di un contenuto patrimoniale indifferente rispetto alla tutela della dimensione esistenziale della persona-contraente. Le ipotesi controverse nella con-

- cezione statunitense del *right of publicity* come *fully alienable property*: attribuzioni *in gross and in perpetuity*; assoggettabilità ad esecuzione forzata; *marital property*. Peculiarità del nostro sistema rispetto a quello statunitense: concezione unitaria della tutela giuridica sotto l'aspetto tecnico ed assiologico. Necessità di rimettere al centro la libertà di scelta nella veste di condizione soggettiva indispensabile per la deduzione degli attributi personali all'interno del rapporto contrattuale: dalla ricostruzione dello statuto generale di «ciò che viene trasferito» all'individuazione delle condizioni di legittimità dell'atto dispositivo. 354
39. Identità personale e dinamica del consenso. Scissione del consenso in modulo autorizzativo (autodeterminazione) e modulo precettivo (autonomia): inserimento di un diaframma strutturale tra effetto legittimante, sottoposto alla regola della costante modificabilità, ed effetto attributivo, spiegabile mediante il ricorso alle categorie dell'efficacia reale e obbligatoria. Critica: dimensione relazionale dell'identità; problematica interferenza tra autodeterminazione e responsabilità derivante dalla modifica del consenso autorizzativo. Circolazione del diritto soggettivo e paradigma dello scambio di mercato: limiti della concezione del rapporto come struttura intersoggettiva di attribuzioni. 368
40. *Segue*. Corollari: difficoltà di esatta individuazione *ex ante* dell'oggetto del contratto, accentuato rilievo della cooperazione e intrinseca sensibilità alle sopravvenienze ideali. Ricorso alla buona fede in funzione integrativa del rapporto: problematica applicazione delle regole e dei concetti che presiedono al traffico giuridico delle situazioni patrimoniali. Funzione del consenso nella disciplina del trattamento dei dati personali: potere di controllo e modello di relazione «due parti, una attività, un riesame». Libertà e specificità del consenso (art. 23 d.lg. 196 del 2003); adeguamento *in executivis* delle modalità del trattamento (art. 7, comma 3 e 4, lett. a). Funzione del consenso: potere di controllo sulla circolazione dell'identità nel contesto sociale. 376
41. Rigetto della tesi della revocabilità *ad nutum*: necessario rispetto della certezza dei traffici. Vincolatività del contratto e rischio di inaccettabile dismissione del potere di controllo sulla circolazione del segno. Principio di specificità (temporale, contestuale e teleologica) del consenso che coinvolge l'identità. Applicabilità al contratto dell'art. 23 c. *privacy*. Riflessi sulla patologia dell'atto: in particolare, nullità del regolamento col quale le parti attribuiscono all'impresa utilizzatrice ogni possibile facoltà d'uso relativamente agli attributi evocativi dell'identità personale del disponente. 384

42. Il concorso endemico tra ragioni del mercato e identità-flusso. Soluzione che fa leva sul potere di liberarsi dal vincolo per contrasto con l'art. 97, comma 2, l. dir. aut.: critica. Necessità di rinvenire gli strumenti normativi per saggiare in concreto la sopravvenienza ideale al fine di valutare se essa sia sufficiente a sacrificare l'interesse della controparte alla prosecuzione del rapporto. Analogia con il ritiro dell'opera per gravi ragioni morali (art. 142, comma 2, l. dir. aut.): osservazioni critiche. 391
43. Inesigibilità come criterio di qualificazione della fattispecie caratterizzata dal concorso tra valori esistenziali e valori mercantili: sua configurazione come vicenda modificativa (non estintiva) del rapporto. Articolazione dei rimedi in cui può sfociare l'inesigibilità, in considerazione della natura degli interessi coinvolti e delle concrete cause perturbative dell'equilibrio del rapporto. In particolare: nascita in capo al disponente di un obbligo di avvisare la controparte delle ragioni esistenziali sopravvenute che incidono sull'attività di sfruttamento; connessa possibilità di adeguamento spontaneo delle modalità esecutive al mutamento del sé. Estinzione con obbligo di indennizzo e senza obbligo di indennizzo. Conservazione del rapporto ed astratta configurabilità di un obbligo di rinegoziazione per ragioni ideali. 398

## INDICI

Autori	409
Sommario	417