

GIORGIO RESTA

Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE

Estratto da:

DIGESTO

*delle Discipline Privatistiche
Sezione Civile*

Aggiornamento

diretto da

Rodolfo Sacco

UTET
GIURIDICA

INDICE

Accettazione di eredità di CRISTIANO CICERO	<i>p.</i>	1
Animali (diritto degli) di DIANA CERINI	»	28
Animali selvatici di ANGELO VENCHIARUTTI	»	64
Assegnazione della casa familiare di ALESSIO ANCESCHI	»	71
Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE di GIORGIO RESTA	»	92
Beni pubblici e privatizzazioni di CLAUDIA MORGANA CASCIONE	»	107
Bioetica e diritto informale di MARIACHIARA TALLACCHINI	»	128
Clausola penale di GUIDO SMORTO	»	141
Collezioni di MARIA RITA MOTTOLA	»	148
Condominio (riforma del) di ANTONIO SCARPA	»	161
Contratto normativo di RICCARDO FERCIA	»	194
Costituzionalismo di GIOVANNI BIANCO	»	207
Danno ambientale (diritto europeo) di BARBARA POZZO	»	251
Diversità del diritto e delle culture nella visione popolare e nel pensiero dotto di DOMENICO DI MICCO	»	270
Forme convenzionali di ROCCO FAVALE	»	276
Garanzie atipiche di MARTA CENINI	»	304
Globalizzazione del diritto di DOMENICO DI MICCO	»	314
Lingua del diritto e linguaggi specialistici di VALENTINA JACOMETTI	»	321
Matrimonio in diritto comparato di GIUSEPPE GIAIMO	»	333
Misure Tecnologiche di Protezione (diritto d'autore) di VALENTINA MOSCON	»	351
Moda (tutela giuridica della) di BARBARA VARI	»	363
Modo di FRANCESCA CAROCCIA	»	375
Mora del debitore di GIUSEPPE GRISI	»	398

Obbligazione propter rem e onere reale di MARIANNA RINALDO	p. 409
Offerta al pubblico di MARIA ELISABETTA DI FRANCO	» 418
Onere di VALERIA CAREDDA	» 428
Organo di MASSIMO DOGLIOTTI	» 444
Parcheggio (contratto di) di LYDIA VELLISCIG	» 462
Parola e diritto di RODOLFO SACCO	» 467
Pena privata di CRISTIANO CICERO	» 480
Petizione di eredità di LUCA SITZIA	» 490
Prescrizione e decadenza di PAOLO GALLO	» 508
Principi Unidroit di SANTA NITTI	» 525
Programmazione economica di RODOLFO SACCO	» 533
Protezione dei dati personali (dir. civ.) di DOMITILLA VANNI	» 535
Rescissione di SILVIA ORRÙ	» 551
Responsabilità civile per danni all'ambiente di BARBARA POZZO	» 587
Responsabilità contrattuale nel diritto dell'Unione europea di ELENA IORIATTI FERRARI	» 598
Responsabilità del produttore di AMARILLIDE GENOVESE	» 607
Responsabilità dell'albergatore di MARIA ELENA QUADRATO	» 623
Responsabilità medica di GUIDO SMORTO	» 640
Sanatoria del negozio invalido di RODOLFO SACCO	» 673
Sepolcro di MARIA RITA MOTTOLA	» 682
Sponsorizzazione (contratto di) di ROSSELLA ESTHER CERCHIA	» 694
Successioni testamentarie di MASSIMO DOGLIOTTI	» 701
Traduzione giuridica di BARBARA POZZO	» 706
Transessualismo di FRANCESCO BILOTTA	» 732
Trust interni di PAOLA MANES	» 769
Vacanza rovinata di MARIA RITA MOTTOLA	» 815

Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'UE

Bibliografia: AHRENS, *Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen. Ansatz einer Systembildung*, Würzburg, 2002; ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978; ANTIPPAS, *Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité*, *Rev. trim. dr. comm.*, 2012, 35; BALLESTRERO, *Le "énergie da lavoro" tra soggetto e oggetto, in Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando et al., in RODOTÀ-ZATTI, *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2011, 855 ss.; BASTON VOGT, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Tübingen, 1997; BELLIVIER-NOUVILLE, *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, a cura di Revet, Paris, 2005, 101 ss.; ID., *Contrats et vivant, in Traité des contrats*, diretto da Ghestin, Paris, 2006; BEVERLEY SMITH-OHLY-LUCAS SCHLOETTER, *Privacy, Property and Personality. Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge-New York, 2005; BICHON-LEFEUVRE, *Les conventions relatives aux droits de la personnalité*, thèse Paris XI, 1998; BOURGEOIS, *La personne objet du contrat*, Bruxelles, 2005; BOYTHA, *La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale*, *Droit aut.*, 1991, 208 ss.; BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *Human Rights in Private Law*, a cura di Friedmann-Barak Erez, Oxford-Portland, rist. 2003, 181 ss.; BÜCHLER, *Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand? Von der Macht des Faktischen und der dogmatischen Ordnung*, in *Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zürich-Basel-Genf, 2003, 177 ss.; CAGGIA, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, I, 1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 555 ss.; CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP, 1984, 201 ss.; CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995; ID., «Atti di disposizione del corpo», in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998, 1 ss.; CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2012; CAYLA, *Le coup d'Etat de droit?*, in *Le débat*, 1998, 108 ss.; CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, *Anuario de derecho civil*, 1994, 31 ss.; DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo, in I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, a cura di Alpa-Zeno Zencovich, Milano, 1987, 21 ss.; DE VITA, *sub art. 10*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 1988; EDELMAN, *Quand "L'île de la tentation" ne séduit pas le droit*, *D.*, 2009, 2517; EDELMAN, «Quatre pattes, oui; deux pattes, non». *Loft Story - une nouvelle fonction-auteur*, *D.*, 2001, 2763; FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, *EDP*, 2002, 761 ss.; ID., *Diritto e scienze della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 417 ss.; FORKEL, *Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung*, *GRUR*, 1988, 491 ss.; FRÖMMING-PETERS, *Die Einwilligung im Medienrecht*, *NJW*, 1996, 958; GALLOUX, *L'utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination?*, *D.*, 1999, chr., 13 ss.; ID., *Le corps humain dans le code civil, in 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, 381 ss.; GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2012; GÖRZ, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, trad. it., Torino, 2003; GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995; GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, *ADL*, 1999, 309 ss.; GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit. Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, Berlin, 2004; GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000; HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012; HANSMANN-SANTILLI, *Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 26 *J. Legal Stud.* 95 (1997);

HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992; HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2000; ISENSEE, *Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*, *AöR*, 2006, 173 ss.; KIRCHHOF, *Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit*, in *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, 1211 ss.; LEPAGE, *Personnalité (droits de la)*, in *Rép. Civ. Dalloz*, 2009; LOISEAU, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, 42 *McGill L. J.* 319 (1997); LOISEAU, *La contractualisation des droits de la personnalité*, *JCP.*, n. 4, 2012, 135; ID., *Le nom objet d'un contrat*, Paris, 1997; LUCAS-SCHLÖTTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, I, Aix-en-Provence, 2002; MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla zona grigia tra privacy e proprietà*, Trento, 2013; MAFFEIS, «Discriminazione (diritto privato)», in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011, 490; MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, 2008, 1 ss.; MANTOVANI, *L'expérimentation sur les êtres humains*, in *Rapports nationaux italiens au XIIIe Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1990, 559 ss.; MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, *European Review of Contract Law*, 2006, 257 ss.; MARTONE, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, Padova, 2002; ID., *L'assoggettabilità a contribuzione previdenziale dei diritti d'autore, d'immagine e di replica: a proposito del terzo comma dell'art. 43 della legge finanziaria del 2003*, *ADL*, 2004, 121 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, *BBTC*, 1997, I, 1 ss.; MESSINETTI, «Personalità (diritti della)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, *RCDP*, 1998, 339 ss.; METZGER, *Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht*, München, 2002; MONNIER, *La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière biomédicale. Étude de droit comparé*, *Rev. int. dr. comp.*, 2001, 383 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, «Prestazione (negoziabilità della)», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003; NETZLE, *Der Sportler - Subjekt oder Objekt?*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1996, 1 ss.; NICOLUSSI, «Autonomia privata e diritti della persona», in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011, 133 ss.; NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, trad. it., Milano, 1987; OHLY, «Volenti non fit iniuria». *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen, 2002; PARDOLESI, *Diritti della personalità*, *AIDA*, 2005, 3; PARFIT, *Ragioni e persone*, trad. it., Milano, 1989; PATTI, *sub art. 11*, in *Tutela della privacy. Commentario alla l. 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca-Busnelli, *NLGCC*, 1999, 359 ss.; PEIFER, *Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen*, Tübingen, 2001; ID., *Eigenheit oder Eigentum - Was schützt das Persönlichkeitsrecht?*, *GRUR*, 2002, 495; PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, *Pol. dir.*, 2003, 45 ss.; ID., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, *RCDP*, 2007, 7 ss.; PROTO, *Il diritto e l'immagine. Tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, 2012; RABELLO-SARCEVIC (a cura di), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalem, 1998; RANGEL DE ALVARENGA PAES, *Le corps humain et le droit international*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003; RAVANAS, *Droits de la personnalité et justice contractuelle: le rayonnement de l'article 9 du code civil dans un ensemble contractuel*, *D.*, 2000, jur., 347 ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, II (1967-1987)*, Padova, 1988, 422 ss.; ID., «Personalità (diritti della)», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 1 ss.; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, *RDC*, 2002, II, 801 ss.; ID., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; ID., *I diritti della personalità*, in ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, *Le persone e la famiglia*, I, Torino, 2006, 361 ss.; ID., *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi*

di ricerca e brevettazione, in *St. Lipari*, II, Milano, 2008, 2437 ss.; ID., «Doni non patrimoniali», in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 511 ss.; ID., *Dignità, in Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà-Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2011, 259 ss.; RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, RCDP, 1997, 583 ss.; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*³, Torino, 2004; SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, New York, 2012; SATZ, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford-New York, 2010; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Scialoja, I, Torino, 1886; SCHRICKER, *Urheberpersönlichkeitsrecht*, in *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, a cura di Schricker, Baden-Baden, 1997, 79 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, *DII*, 1988, 1 ss.; SICA, *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, 1990; SMITH-FETZER, *The Uncertain Limits of the European Court of Justice's Authority: Economic Freedom Versus Human Dignity*, 10 *Columbia J. Eur. Law*, 445 (2004); STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008; STRÖMHOLM, *Droit moral – The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint*, *Scandinavian Studies in Law*, 42 (2002), 217 ss.; TERLIZZI, *Il contratto immorale tra regole giuridiche e regole sociali*, Napoli, 2012; THÉVENAZ, *La protection contre soi-même. Etude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Berne, 1997; URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000; VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002; VERCELLONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, *Quad. CSM*, 1996, 505 ss.; ID., «Trapianti di tessuti e organi», *Digesto/civ.*, Agg., II, Torino, 2003, 1262 ss.; WEISE, *Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten, dargestellt an Beispielen des Arbeits- und Arzvertrag*, München, 1987; ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009; ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, *DII*, 1993, 545 ss.; ID., «Personalità (diritti della)», in *Digesto/civ.*, XIII, Torino, 1995, 430 ss.; ID., *I diritti della personalità*, in LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, I.1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 495; ID., *La "comunionne" di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, *DII*, 2009, 5 ss.; ID., *Sex and the Contract. From infamous commerce to the market for sexual goods and services*, Leiden-Boston, 2011.

Legislazione: artt. 2, 3, 13, 32, 41, 42 Cost.; artt. 5-10 c.c.; artt. 96-97, l. 22-4-1941, n. 633 (protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio); l. 26-6-1967, n. 458, (trapianto del rene tra viventi); l. 12-8-1993, n. 301 (trapianto di cornea); l. 1-4-1999, n. 91 (prelievi e trapianti di organi e tessuti); l. 16-12-1999, n. 483 (trapianto parziale di fegato); l. 6-3-2001, n. 52 (registro nazionale dei donatori di midollo osseo); d.lg. 24-6-2003, n. 211 (attuazione della direttiva 2001/20/CE); l. 19-2-2004, n. 40 (procreazione medicalmente assistita); d.lg. 30-6-2003, n. 196, (codice in materia di protezione dei dati personali); d.lg. 10-2-2005, n. 30 (codice della proprietà industriale); l. 21-10-2005, n. 219 (attività trasfusionali e produzione di emoderivati); artt. 1, 3 e 8 Carta dei Diritti UE; art. 5, 19-22 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4-4-1997; direttiva 2006/17/CE (in tema di prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani); direttiva 2004/23/CE (relativa alla definizione di norme di qualità e sicurezza per la donazione, conservazione e distribuzione di cellule e tessuti umani); direttiva 2001/20/CE (in materia di sperimentazione clinica dei medicinali); direttiva 98/44/CE (sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche); direttiva 95/46/CE (tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali); direttiva 2002/58/CE (in tema di protezione dei dati nell'ambito delle comunicazioni elettroniche).

Sommario: 1. Autonomia contrattuale e persona: considerazioni in-

troduttive. – 2. I problemi aperti. – 3. La Carta dei Diritti UE e la diversificazione tra regime del corpo e regime degli attributi immateriali della persona. – 4. Autonomia privata e corpo. – 5. Il regime del consenso autorizzativo. – 6. Autonomia contrattuale e attributi immateriali della personalità. – 7. Il regime dei contratti volti a programmare lo sfruttamento economico della personalità.

1. Autonomia contrattuale e persona: considerazioni introduttive.

Un discorso sul rapporto tra il sistema dell'autonomia contrattuale e i diritti della personalità può essere condotto secondo prospettive diverse e soltanto parzialmente sovrapponibili. La stessa formula che dà il titolo alla presente voce disvela un orizzonte semantico piuttosto ampio, che deve essere preliminarmente circoscritto al fine di restituire ordine e coerenza alla riflessione.

Una prima, possibile, chiave di lettura è quella che ricostruisce il dispositivo dell'autonomia contrattuale in quanto diritto della personalità. Oggetto principale dell'indagine sarebbe in tal caso il vecchio e mai sopito quesito concernente la tutela costituzionale dell'autonomia contrattuale (1), vista in particolare come manifestazione di una libertà fondamentale della persona umana (2). Ove a tale interrogativo si risponda in senso affermativo, diritti della personalità e contratto figurebbero come termini di una relazione armonica, il cui paradigma aggregante sarebbe rappresentato dall'idea della protezione dell'autodeterminazione dell'individuo, in tutte le sue esplicazioni.

Tra i due termini si instaura invece una diversa, e più complessa, connessione semantica in una seconda variante: quella dei diritti della personalità *come limiti* dell'autonomia contrattuale. Il riferimento alla persona e ai suoi interessi primari non sarebbe qui inteso ad espandere il perimetro della libertà contrattuale, bensì a comprimerlo e conformarlo. Il tema del ricorso ai diritti della personalità in funzione antagonista rispetto all'autonomia contrattuale è risalente e iscritto nelle stesse regole codicistiche. È in questo senso, ad esempio, che l'art. 2087 c.c. impiega la nozione di "personalità", quando stabilisce che l'imprenditore è tenuto ad adottare le misure necessarie «a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (3). Ma di recente sono emersi all'attenzione del giurista molti altri casi di conflitto tra l'autonomia contrattuale e il precetto di tutela della persona umana, nella sua dignità e nei suoi diritti (4). Basti soltanto ricordare l'evoluzione del diritto anti-discriminatorio, ove si è assistito, per merito anche degli incisivi interventi del diritto comunitario, a una significativa restrizione dei poteri dell'autonomia privata in nome del rispetto della pari dignità di tutti gli individui (5). Così impostata, dunque, una riflessione su "autonomia contrattuale e diritti della personalità" verrebbe naturalmente ad

appuntarsi sul vasto e rilevante ambito della tutela della persona all'interno dei rapporti contrattuali, con particolare – benché non esclusivo – riferimento a quelle relazioni che implicino uno stretto coinvolgimento dell'individuo, nella sua dimensione fisica o esistenziale (6).

Ma i diritti della personalità, oltre che come fondamento e come limite, possono altresì rilevare come oggetto del principale atto di autonomia privata, ossia il contratto (7). È questa la terza e più specifica accezione della formula, la quale ha assunto negli ultimi anni una straordinaria attualità e rilevanza, per effetto del continuo allentamento dei vincoli un tempo posti a presidio dell'incommerciabilità degli attributi della persona e della prepotente affermazione del mercato come regolatore generale dei rapporti sociali (8). Tale fenomeno, complesso e problematico per le ragioni che si illustreranno, ha reso la riflessione sulla «contrattualizzazione dei diritti della personalità» (9) uno snodo teorico ineludibile pressoché in tutti i sistemi giuridici appartenenti alla tradizione di civil law (10). Questa voce si propone di ragionare su tale complesso di questioni, assumendo quale principale cornice normativa di riferimento quella definita dal diritto italiano e dal diritto europeo, enucleandone caratteri distintivi e linee di sviluppo.

(1) Tra i molti v. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, *BBTC*, 1997, I, 1 ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, II (1967-1987)*, Padova, 1988, 422 ss.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003; per un panorama di diritto comparato RABELLO-SARCEVIC (a cura di), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalem, 1998.

(2) KIRCHHOF, *Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit*, in *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, 1211 ss.

(3) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2003, 38 ss.

(4) Per una disamina di carattere comparatistico circa il problema del ricorso ai diritti fondamentali quali limiti dell'autonomia privata v. recentemente MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, 2008, 1 ss.

(5) A questo proposito si vedano STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, spec. 213 ss.; MAFEIS, «Discriminazione (diritto privato)», in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 490.

(6) V. ad es. WEISE, *Persönlichkeitsschutz durch Nebenpflichten, dargestellt an Beispielen des Arbeits- und Arztvertrages*, München, 1987, 2 ss.

(7) Paradigmatica, almeno nel titolo, la ricerca di BOURGEOIS, *La personne objet du contrat*, Bruxelles, 2005; v. altresì BÜCHLER, *Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand? Von der Macht des Faktischen und der dogmatischen Ordnung*, in *Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zürich-Basel-Genf, 2003, 177 ss.; LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, Paris, 1997.

(8) Per un'attenta ricognizione ed una critica nella prospettiva della filosofia politica v. ora SANDEL, *What Money Can't Buy*:

The Moral Limits of Markets, New York, 2012; SATZ, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford-New York, 2010.

(9) Secondo la formula impiegata, ad esempio, da LOISEAU, *La contractualisation des droits de la personnalité*, *JCP*, n. 4, 2012, 135.

(10) In tema, per una prima introduzione, cfr. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; NICOLUSI, «Autonomia privata e diritti della persona», in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 133 ss.; AHRENS, *Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen. Ansatz einer Systembildung*, Würzburg, 2002; ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, *DII*, 1993, 545 ss.

2. I problemi aperti.

Che il contratto possa validamente operare quale strumento di “disposizione” dei diritti della personalità, come si è appena suggerito, è in realtà un'ipotesi che richiede un'attenta verifica operativa. Non sono pochi, infatti, gli ostacoli che si frappongono alla trasposizione di tale istituto nella sfera della persona (11).

Alcuni di essi sono di natura prettamente tecnico-formale. Si pensi, ad esempio, al requisito della patrimonialità del rapporto, previsto dalla disciplina italiana dei contratti all'art. 1321 c.c., il quale, secondo una lettura restrittiva, precluderebbe il ricorso allo strumento contrattuale sul terreno delle situazioni giuridiche aventi natura “esistenziale” (12).

Altri, invece, hanno un rilievo più sostanziale: la stessa giustapposizione tra le nozioni di “disposizione” e di “persona” dà immediatamente vita ad una serie di problemi, che la semplice constatazione dell'ambiguità semantica del lemma “indisponibilità” (13) non vale a dissipare. Come ha rilevato da ultimo Grégoire Loiseau, «le contrat et les droits de la personne sont encore souvent perçus comme une union contre nature dont la personne risque de sortir réifiée» (14). A ben vedere, l'idea del “limite” dell'autonomia è iscritta nella stessa vicenda genetica dei diritti della personalità – come ricordano le celebri pagine di Savigny circa il rapporto tra ius in se ipsum e suicidio (15) – e continua tuttora a segnarne lo svolgimento. Al nodo teorico della compatibilità funzionale tra i due istituti viene dunque ad aggiungersi la questione, più delicata e sostanziale, della “protezione del soggetto da se stesso” (16).

Tali problemi sono esemplificati da alcuni casi pratici portati all'attenzione della giurisprudenza: è vincolante la promessa di donazione del midollo spinale resa ad un parente affetto da leucemia? (17). Il consenso alla ricerca medico-scientifica su campioni di DNA autorizza il suo beneficiario al deposito di una domanda di brevetto avente ad oggetto le invenzioni biotecnologiche da essa derivate? (18). Sono validi i negozi stipulati dai partecipanti a un reality show, il quale comporti una continua ed illimitata esposizione televisiva del soggetto? (19). Si può recedere, per

ragioni puramente ideali, da un contratto preordinato all'utilizzazione commerciale dell'immagine? (20). L'erede può concedere una licenza esclusiva di sfruttamento della personalità del *de cuius*? (21)

Nel confrontarsi con gli interrogativi posti dalle varie forme di utilizzazione economica della personalità, l'interprete non può contare su una stratificata elaborazione teorica della materia. La dogmatica tradizionale, come è stato più volte rilevato, si è in prevalenza disinteressata dei problemi posti dall'intersezione tra i diritti della personalità ed il contratto (22). E ciò in ragione di due fattori principali: da un lato il contesto prettamente aquiliano entro cui si è svolta la vicenda evolutiva della categoria e che ha di fatto condotto a una sovra-esposizione di schemi e concetti di ordine extracontrattuale e, simmetricamente, ad una sottovalutazione dei problemi posti dalla circolazione negoziale delle situazioni in discorso; dall'altro, la presenza di barriere di ordine tecnologico e culturale che hanno per lungo tempo mantenuto entro limiti ristretti le possibili ipotesi di "disposizione" degli attributi della personalità a vantaggio di terzi (23).

Tali barriere sono oggi in larga parte cadute, anche dietro la pressione di quell'"alleanza tra capitale e scienza" (24) che ha contribuito a rimescolare i confini tra la sfera delle persone e quella delle cose, tra ciò che è appropriabile e ciò che è inappropriabile. Lo spazio del mercato ne risulta sensibilmente allargato, e con esso, almeno sul piano del *fatto* (ma è evidente quanto sia rilevante in questa materia la c.d. "normative Kraft des Faktischen"), anche quello del contratto (25). Tale fenomeno è già per sé una ragione sufficiente per abbandonare le tranquillizzanti certezze che hanno sin qui accompagnato l'elaborazione della categoria e che talvolta si ripresentano dietro le consuete, quanto illusorie, declamazioni circa l'intangibilità del valore della persona e la sua assiomatica incompatibilità con i processi di scambio. Non è però un motivo di disimpegno teorico, poiché la constatazione della crescente "mercificazione" dei beni fondamentali dell'individuo, per non risolversi in una semplice registrazione (e quindi ratifica) dell'esistente, deve necessariamente accompagnarsi a una riflessione sullo statuto della persona in quanto termine di riferimento oggettivo dei rapporti contrattuali. L'attenzione dell'interprete deve, in altri termini, spostarsi dall'antitesi meramente declamata tra persona e contratto ai problemi teorico-pratici sollevati dal coinvolgimento della persona *nel* contratto. Già alla luce di queste prime notazioni, emergono i principali profili problematici che un discorso su "autonomia contrattuale e diritti della personalità" deve necessariamente toccare.

i) Il primo è quello dei *confini* del contratto. Si tratta cioè di capire in quali ipotesi possa farsi ricorso allo

strumento contrattuale in quanto tecnica utilizzabile per "disporre" dei diritti della personalità; e quando, invece, la circolazione di tali situazioni soggettive risponda a schemi e logiche di altro tipo, come ad esempio il consenso revocabile. È chiaro che la risposta a tale interrogativo presuppone un'incursione all'interno di territori comunemente ritenuti estranei alla sfera d'influenza del contratto, ma che, per via dei processi di mercificazione crescente, dischiudono nuovi spazi operativi all'autonomia privata. La riflessione sul contratto tende quindi a sfociare in una discussione più ampia sui modelli di circolazione dei diritti della personalità.

ii) Il secondo, invece, attiene alle *regole* del contratto. Una volta chiarito, sia pure in termini generali e schematici, quale sia la principale area di incidenza dell'istituto, si deve affrontare la questione dell'individuazione del segmento di disciplina applicabile ai contratti mediante i quali si dispone di diritti della personalità. In particolare, ci si deve chiedere se emergano, alla luce del diritto positivo di fonte interna o comunitaria, alcune deroghe alla disciplina ordinaria del contratto dettate dalla particolare natura dei beni oggetto di disposizione. Benché di non semplice soluzione, tale quesito assume un'importanza teorica ed applicativa cruciale, atteso che l'espansione dei fenomeni di commercializzazione rende quanto mai urgente la ricostruzione di una cornice normativa ed istituzionale in grado di assicurare un livello elevato di trasparenza e garanzie nei mercati coinvolti.

(11) Sul punto cfr. le pagine di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*³, 2, Torino, 2004, 29 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 5 ss.

(12) Ciò induce una parte della dottrina italiana a ricorrere al vecchio schema del negozio giuridico al fine di dare veste dogmatica agli accordi relativi all'esercizio delle suddette situazioni soggettive: v. ad es. DI BONA, *I negozi a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2001, 63 ss.; URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, 11 ss., 50 ss.

(13) ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978, 167 ss.

(14) LOISEAU, *La contractualisation des droits de la personnalité*, cit., 135.

(15) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Scialoja, I, Torino, 1886, 339.

(16) Si veda HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992, spec. 134 ss.; THÉVENAZ, *La protection contre soi-même. Etude de l'article 27 alinéa 2 CC*, Berne, 1997.

(17) *McFall v. Shimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Pa. Ch. 1978).

(18) *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, 264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla. 2003).

(19) V. indirettamente Cass., chambre social, 3-6-2009, *D.*, 2009, jur., 1530.

(20) V. ad es. Cass., 19-11-2008, n. 27506, *FI*, 2009, I, 2728, con nota di T. UBERTAZZI, *Dubbi sulla revocabilità del consenso all'utilizzazione dell'immagine*; *GI*, 2009, 1179, con nota di MANTELERO, *Disporre dell'"indisponibile": natura, funzione e revocabilità del consenso nella circolazione del diritto all'immagine*; Shields v. Gross, 58 N.Y.2d 338 (1983).

- (21) A. Paris, 7-6-1983, *Gaz. pal.*, 1984, jur., 528, con nota di LAMOUREUX-POCHON.
- (22) CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht, AcP*, 1984, 201 ss., 240.
- (23) V. in relazione ai diritti sul corpo RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 179 ss.
- (24) GORZ, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, trad. it., Torino, 2003, 85.
- (25) Sull'interazione tra fatto e diritto in questa materia merita-no di essere consultate le pagine di BÜCHLER, *op. cit.*, 177.

3. La Carta dei Diritti UE e la diversificazione tra regime del corpo e regime degli attributi immateriali della persona.

Preliminare alla riflessione sul ruolo e i limiti del contratto è una chiarificazione concernente i caratteri delle situazioni presupposto. In primo luogo è opportuno ricordare che la categoria dei diritti della personalità è patrimonio comune dei sistemi di civil law, mentre è in quanto tale sconosciuta alla tradizione di common law, ove il correlativo funzionale più prossimo è costituito dalla nozione di privacy (26). Pertanto, quando si discorre del rapporto tra autonomia contrattuale e diritti della persona in quest'ultimo contesto culturale, il riferimento dovrà intendersi alle varie situazioni giuridiche, non escluse quelle a carattere dominicale, aventi ad oggetto attributi della personalità (27). In secondo luogo, deve rilevarsi che la nozione di diritti della personalità, oltre ad essere connotata da una notevole duttilità di confini, racchiude al suo interno una serie eterogenea di rapporti e interessi (28). Ciò osta alla ricostruzione di un regime di disciplina compatto e coerente e suggerisce l'opportunità di condurre un discorso differenziato per i due sotto-insiemi dei diritti della personalità "fisica" e dei diritti della personalità "morale" (29).

Con la prima espressione si designano generalmente i diritti sugli elementi corporei della personalità: dunque il corpo umano, le sue parti (come organi e tessuti) e i suoi prodotti; con la seconda i diritti sugli attributi immateriali e in particolare sugli elementi connotativi dell'identità (nome, immagine, voce, ecc.). È di tutta evidenza che una siffatta tassonomia ha un carattere prettamente stipulativo ed un valore soltanto orientativo, dato che le sovrapposizioni tra le due sfere sono frequenti e rilevanti (basti pensare all'ipotesi del materiale genetico umano, il quale si connota tanto per la sua dimensione fisica, quanto per quella informazionale) (30). Tuttavia essa sta acquisendo un significato operativo sempre più spiccato sul piano delle regole di diritto interno ed europeo [il riferimento è non soltanto alle direttive comunitarie rilevanti, in materia di tessuti, cellule e dati personali, ma anche alle convenzioni e agli altri documenti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa (31)].

Tale assunto potrà essere verificato in maniera più puntuale nel prosieguo dell'analisi, quando si procederà ad una disamina della disciplina applicabile ai negozi con i quali si dispone di diritti della personalità. In questa fase appare però importante richiamare l'attenzione del lettore su uno degli atti normativi che si collocano al vertice della gerarchia delle fonti del diritto europeo, ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (32), in quanto in essa la suddetta diversificazione dei modelli di circolazione dei diritti della personalità sembra trovare – sia pure indirettamente – un suggello significativo.

L'art. 3 della Carta, infatti, prevede che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato, oltre al principio d'autodeterminazione del soggetto, anche il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Che si tratti di una formula ampia e alquanto indeterminata nella sua proiezione applicativa è difficilmente contestabile. Non v'è dubbio, tuttavia, che da essa si ricavi la necessità di un controllo attento da parte dell'ordinamento circa le modalità e i contenuti degli atti di esercizio dell'autodeterminazione relativa al corpo e che tale meccanismo di controllo ruoti intorno al paradigma del divieto di profitto e, dunque, della gratuità dell'atto dispositivo. Le principali implicazioni di un siffatto modello di disciplina saranno discusse in seguito (par. 4). Per il momento preme invece sottolineare un altro dato rilevante, e cioè l'assenza nella Carta di un'analoga restrizione per quanto attiene agli attributi immateriali della personalità. In altri termini, mentre rispetto al corpo e alle sue parti è espressamente affermato, oltre al principio di autodeterminazione, anche il divieto di sfruttamento commerciale, nulla di simile è previsto in relazione agli altri attributi della persona ed, in primo luogo, ai dati personali, i quali pure beneficiano, nell'art. 8, di un'ampia e incisiva garanzia di tutela. Tale disposizione contempla il consenso quale principale requisito di legittimità dell'interferenza con l'altrui sfera della personalità, ma non subordina l'atto di autodeterminazione a particolari requisiti e segnatamente al criterio della gratuità. È ovviamente possibile che questa diversità di impostazione risponda a considerazioni di carattere tecnico – come il rinvio alla disciplina contenuta nelle direttive in tema di tutela dei dati personali (direttiva 95/46/CE; direttiva 2002/58/CE), ove l'atto di consenso è presidiato da numerose cautele (ma non dal requisito della gratuità) – o costituisca una circostanza di natura puramente accidentale. Tuttavia, a parere di chi scrive, la soluzione prefigurata dalla Carta riflette fedelmente e in maniera precisa l'evoluzione del diritto europeo nella materia della tutela della persona, la quale si connota proprio per una netta diversificazione del regime di circolazione dei suddetti diritti.

La disposizione del corpo, delle sue parti e delle sue informazioni tende prevalentemente ad informarsi alla logica della gratuità solidaristica. Al contrario, in relazione agli attributi immateriali (dati personali, nome, immagine, ecc.) va affermandosi una sempre più ampia e pervasiva applicazione dei modelli di mercato. Di riflesso, mentre nel primo caso il sistema di circolazione appare sempre più chiaramente improntato allo schema del consenso revocabile (in altra sede si è parlato di “dono non patrimoniale”) (33), nel secondo è il contratto ad imporsi quale tecnica dispositiva principale, sia pure con tutte le attenuazioni e le cautele imposte dalla peculiare natura del termine di riferimento oggettivo dell'atto di autonomia. Ciò implica che gli ambiti e le modalità d'esplicazione dell'autonomia privata nel settore dei diritti della persona non siano perfettamente sovrapponibili e non sia pertanto possibile – senza omologare problemi e soluzioni distinti – condurre un discorso unitario.

Appare opportuno, pertanto, procedere prima alla trattazione delle questioni concernenti la circolazione degli attributi corporei (parr. 4-5), per poi passare in un secondo momento all'analisi delle tecniche di disposizione contrattuale degli attributi immateriali della personalità (parr. 6-7).

(26) Per i necessari riferimenti v. RESTA, *Personnalité, Persönlichheit, Personality*, in *Les intraduisibles en droit civil*, a cura di Popovici-Smith-Tremblay, Montréal, 2013 (in corso di stampa).
 (27) Per una prima introduzione v. BEVERLEY SMITH-OHLY-LUCAS SCHLOETTER, *Privacy, Property and Personality. Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge-New York, 2005, 13 ss.

(28) Circa la categoria in discorso v. RESTA, *I diritti della personalità*, in ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Sacco dir. civ., Le persone e la famiglia*, I, Torino, 2006, 361 ss.; ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, in LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, I.1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 495; ID., «Personalità (diritti della)», in *Digesto/civ.*, XIII, Torino, 1995, 430 ss.; RESCIGNO, «Personalità (diritti della)», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 1 ss.; MESSINETTI, «Personalità (diritti della)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.; DE VITA, *sub art. 10*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 1988, 505 ss.; GUARNERI, *Le diverse categorie dei diritti soggettivi*, in ALPA-GRAZIADEI et al., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 2001, 467; PARDOLESI, *Diritti della personalità*, *ALDA*, 2005, 3.

(29) Concorda con l'opportunità di questa distinzione anche NICOLUSSI, *op. cit.*, 139.

(30) Per un'attenta riflessione sullo statuto giuridico del materiale biologico umano, v. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla “zona grigia” tra privacy e proprietà*, Trento, 2013, 55-163; e da una particolare prospettiva ZENO ZENCOVICH, *La “comunione” di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, *DII*, 2009, 5 ss., 12.

(31) Si allude in particolare alla Convenzione di Oviedo sulla tutela dei diritti dell'uomo e la biomedicina e relativi Protocolli Addizionali, nonché alla Raccomandazione 2006/4 sull'utilizzo di campioni biologici di origine umana per fini di ricerca scientifica. Per un quadro organico circa il processo di internazionalizzazio-

ne delle regole in materia bio-giurica cfr. la tesi dottorale di RANGEL DE ALVARENGA PAES, *Le corps humain et le droit international*, thèse Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, t. I, 39-251.

(32) Sulla genesi e il ruolo della Carta dei diritti nel sistema delle fonti europee si veda, in luogo di molti, RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 163 ss..

(33) RESTA, «Doni non patrimoniali», in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 511 ss., 516.

4. Autonomia privata e corpo.

Com'è noto, i progressi della scienza e della tecnologia hanno reso possibili forme d'intervento sul corpo umano e sulle sue componenti biologiche un tempo impensabili. Il corpo non soltanto è osservabile sin nelle strutture molecolari più complesse. Come indicano le stesse direttive comunitarie, esso può essere “isolato” dal suo contesto naturale (cfr. art. 5, 2° co., direttiva 1998/44/CE); può essere “conservato” (direttiva 2004/23/CE) “etichettato” e reso “tracciabile” (direttiva 2006/86 CE); soprattutto, esso può essere manipolato, con alterazione dei processi naturali (per esempio mediante procedimenti di “clonazione” o di “modificazione dell'identità genetica germinale”, art. 6, 2° co., direttiva 1998/44/CE), per le esigenze e con le finalità più diverse. L'ipotesi più ovvia e maggiormente studiata è quella dell'intervento a scopo di cura della persona interessata. Ma in molti altri casi il corpo, e più precisamente il “materiale biologico umano” (art. 2 direttiva 1998/44/CE), costituisce oggetto di fruizione da parte di terzi, in ambito commerciale, terapeutico o sperimentale. Premesso che l'intrusione nella sfera corporea della personalità richiede di norma il consenso della persona interessata (come stabilisce da ultimo l'art. 3 della Carta dei diritti, in aggiunta a molteplici norme nazionali di rango costituzionale) (34), la questione fondamentale che si pone è quella di definire i limiti entro i quali il soggetto possa “disporre” di parti, prodotti o funzioni del proprio corpo, nonché il regime dei relativi atti giuridici.

Il codice civile italiano contiene una disciplina che era oggettivamente innovativa per i tempi della sua elaborazione, ma che ormai risulta sostanzialmente svuotata di significato (35). Secondo l'impianto originario dell'art. 5 c.c., gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati «quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Tale norma ha subito nel corso degli anni un processo di profonda erosione, tanto che il suo contenuto precettivo ne risulta profondamente alterato (36). Per un verso il limite speciale della “diminuzione permanente” ha perso rilevanza, sia in ragione della sovrapposizione della più ampia nozione di “salute” a quella di integrità fisi-

ca (37), sia per effetto delle numerose deroghe introdotte dalla legislazione speciale (in particolare in tema di trapianti e transessualismo). Per altro verso, il limite generale della contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume ha assunto una diversa, più specifica, connotazione e si è tradotto nel superamento della logica contrattualistica storicamente sottesa alla disciplina del codice civile (38).

L'aspetto forse più rilevante del processo di trasformazione del regime giuridico del corpo umano, operato dalle più recenti normative di fonte interna e sovranazionale, è rappresentato dalla generalizzazione del principio di gratuità dell'atto dispositivo (39). Ignorato dalla disciplina codicistica (40), è nella legislazione speciale che il requisito della gratuità inizia ad essere configurato quale presupposto generale di liceità dell'atto. Ad esempio, nella legge sul trapianto del rene tra viventi si prevede che la dichiarazione di assenso al prelievo sia a titolo gratuito non tolleri l'apposizione di elementi accidentali, né faccia sorgere "diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente" (art. 2, 2° co., legge n. 458/1967). Il requisito della gratuità dell'atto di disposizione verrà in seguito riaffermato dalle normative in tema di trasfusioni (cfr. artt. 1 e 2 legge n. 107/1990; artt. 2, 4 e 22, 3° co., legge n. 219/2005) e trapianti (art. 1 legge n. 301/1993; art. 1 legge n. 483/1999; artt. 4, 19 e 22 legge n. 91/1999; art. 4 legge n. 52/2001) (41) e ribadito in materia di sperimentazione [art. 1, 5° co., e art. 5, 1° co., lett. d), d.lg. n. 211/2003] (42) e procreazione medicalmente assistita (art. 12, 6° co., legge n. 40/2004).

L'opzione di politica del diritto perseguita dal legislatore italiano non è isolata, ma ha molteplici e significativi riscontri sia nell'ambito della normativa straniera sia nel quadro delle fonti sovra-nazionali. Non soltanto i più recenti codici civili insistono sul requisito della gratuità dell'atto di disposizione: particolarmente rilevanti a questo proposito sono gli esempi del codice brasiliano (43), del codice del Québec (44), ed in speciale modo del codice civile francese, come novellato nel 1994 e nel 2004 (45). Soprattutto, tale principio risulta insistentemente affermato a livello delle fonti europee. Tra le principali direttive in materia è opportuno ricordare: a) la direttiva 2004/23/CE, relativa alla definizione di norme di qualità e sicurezza per la donazione, conservazione e distribuzione di cellule e tessuti umani, ove si stabilisce che gli Stati membri si adoperano «per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule» (art. 12, 1° co.) e per garantire che «l'approvvigionamento di tessuti e cellule in quanto tali avvenga su base non lucrativa» (art. 12, 3° co.); b) la direttiva 2002/98/CE, concernente le norme di qualità e sicurezza per la raccolta e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti, che impone agli Stati membri di adottare «le misure necessarie per inco-

raggiare le donazioni volontarie e gratuite di sangue per assicurare che il sangue e i suoi componenti siano forniti, per quanto possibile, mediante tali donazioni»; c) la direttiva 2001/20/CE, la quale esclude l'ammissibilità della pattuizione di un corrispettivo per la sperimentazione clinica, benché limitatamente all'ipotesi dell'incapacità di agire [art. 4, lett. d); art. 5, lett. d)] (46). Inoltre, assume un particolare rilievo la Convenzione europea sulla biomedicina del 1996 (c.d. Convenzione di Oviedo), il cui art. 21 dispone che «il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto»; con ulteriori e più specifiche applicazioni in tema di trapianti (artt. 21-22 del relativo Protocollo Addizionale) e di sperimentazione sull'uomo (art. 12 del Protocollo Addizionale sulla ricerca biomedica del 2005). Analogo principio è enunciato – come si è già ricordato in precedenza – nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [art. 3, 2° co., lett. c)].

Siamo dunque in presenza di un complesso normativo ampiamente consolidato ed univoco nella sua prospettiva giuspolitica, la quale appare connotata dalla preoccupazione di sottrarre la disposizione del corpo ai meccanismi della circolazione lucrativa, sottoponendola alla logica del dono e della solidarietà (47). Sul piano civilistico, l'implicazione più logica di tale modello sembrerebbe essere quella, resa palese dall'art. 16-5 del code civil francese, della nullità delle «convenzioni che hanno per effetto di attribuire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi e prodotti» (48). Non può sottacersi, tuttavia, che residuano alcune zone grigie, prima tra tutte l'ipotesi della cessione di materiale biologico per scopi di ricerca e applicazione industriale, rispetto alle quali la regola dell'invalidità della disposizione onerosa è controversa (49).

(34) MONNIER, *La reconnaissance constitutionnelle du droit au consentement en matière biomédicale. Étude de droit comparé*, *Rev. int. dr. comp.*, 2001, 383 ss.

(35) Questa è anche la valutazione di GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2012, 198.

(36) In tema CAGGIA, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in LIPARI-RESCIGNO, *Diritto civile*, I, 1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 555 ss.; VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002; CARUSI, «Atti di disposizione del corpo», in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998, 1 ss.

(37) ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 229 ss.

(38) Sulla genesi dell'art. 5, v. RESTA, *I diritti della personalità*, cit., 480 ss.

(39) Da ultimo GAMBARO, *op. cit.*, 196 ss.

(40) CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995, 108 ss.

(41) In tema VENUTI, *op. cit.*, 187 ss., 202 ss.

(42) In generale MANTOVANI, *L'expérimentation sur les êtres humains*, in *Rapports nationaux italiens au XIIIe Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1990, 559 ss.; SICA, *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, 1990.

(43) L'art. 14 del codice civile brasiliano del 2002 enuncia il principio della gratuità per la disposizione post mortem del corpo e delle sue parti «per scopi scientifici o altruistici».

(44) L'art. 25 del codice civile del Québec del 1994 prevede che: «The alienation by a person of a part or product of his body shall be gratuitous; it may not be repeated if it involves a risk to his health».

(45) La legge n. 94-653 ha apportato, com'è noto, rilevanti modifiche al codice civile francese: particolarmente significativi appaiono il nuovo testo dell'art. 16-1, 3° co.: «Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial»; l'art. 16-5: «Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles»; l'art. 16-6: «Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci».

(46) Sulla prospettiva adottata dal diritto comunitario v. FER-RANDO, *Diritto e scienze della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 417 ss.

(47) RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., 522-523.

(48) Sulla norma francese v. GALLOUX, *Le corps humain dans le code civil, in 1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, 381 ss., 387.

(49) Sul punto v. GAMBARO, *op. cit.*, 199; RESTA, *Do we own our bodies? Problemi in tema di utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *St. Lipari*, II, Milano, 2008, 2437 ss.

5. Il regime del consenso autorizzativo.

La gratuità solidaristica rappresenta ormai uno dei tratti distintivi del modello privatistico di circolazione del corpo, il quale integra e per certi versi sostituisce sul piano funzionale il criterio della “menomazione irreversibile”, originariamente previsto dall'art. 5 c.c. Questo, tuttavia, non è l'unico strumento di cui si avvale l'ordinamento per perseguire le finalità di tutela dei soggetti coinvolti ed assicurare che la circolazione del corpo avvenga all'interno di un quadro elevato di trasparenza e garanzie.

Se si focalizza l'attenzione sulla normativa in materia di trapianti, trasfusioni e sperimentazione, si può osservare come l'intero sistema appaia ormai ispirato alla logica della proceduralizzazione. Il consenso, da atto a struttura lineare e a rilievo tipicamente privatistico, si trasforma in elemento di una fattispecie procedimentale incentrata sull'interazione tra tecniche di natura privatistica e pubblicistica, la quale non si apre né si esaurisce con la semplice manifestazione di volontà autorizzativa (50).

Gli snodi più significativi di tale sequenza sono rappresentati: a) dal controllo sui requisiti di informazione, libertà e spontaneità del consenso; b) dall'intervento di soggetti terzi nella procedura e talora dalla regola di anonimato; c) dall'efficacia sempre revocabile dell'atto stesso.

a) L'importanza che assume l'elemento dell'informazione nella materia in esame è ben nota – al pari dei suoi limiti – e non richiede particolari sottolineature. Basti ricordare che sia l'art. 5 della Convenzione di

Oviedo, sia le principali normative in tema di trapianti, trasfusioni, sperimentazione e procreazione assistita richiedono espressamente il rispetto di tale requisito (per un ulteriore, significativo riscontro a livello comunitario v. art. 13, 2° co., direttiva 2004/23/CE, in materia di donazione e conservazione di tessuti e cellule). Inoltre i doveri di informazione assumono un rilievo centrale in ordine al problema della liceità degli “usi secondari” del corpo e segnatamente ai fini dell'attuazione del cosiddetto principio di finalità (51), sancito dall'art. 22 della Convenzione di Oviedo (52) e ribadito dal Considerando n. 26 della direttiva 98/44/CE (53) e dalla Raccomandazione (2006)4 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa relativa alla ricerca su materiali biologici di origine umana (artt. 12, 1° co.; 14, 2° co.; 21).

b) L'informazione è un elemento necessario per assicurare l'effettiva libertà e consapevolezza della determinazione volitiva del soggetto. Non è però un elemento sufficiente. Ben si comprende, pertanto, che l'ordinamento circonda l'atto di ulteriori cautele, come il vincolo della forma scritta [cfr. art. 2, lett. l), d.lg. n. 211/2003; art. 2, 3° co., legge n. 458/1967; art. 1 legge n. 483/1999] o il rispetto di oneri procedimentali di altro tipo (come la compilazione di un questionario, o l'iscrizione preventiva presso un apposito registro, contemplata dall'art. 4 legge n. 52/2001). Inoltre sembra assumere un rilievo crescente la tecnica del controllo preventivo da parte dell'autorità giudiziaria (come nel caso del trapianto del rene o del fegato: art. 2 legge n. 458/1967; art. 1 legge n. 483/1999) o da parte di altri organismi tecnici e di garanzia, non soltanto a tutela degli interessi del donante, ma anche per le esigenze di protezione della salute pubblica (emblematico, a questo riguardo, è l'intero sistema previsto dalla direttiva 2006/17/CE, in tema di prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani). Tale controllo preventivo si traduce in alcuni casi nella presenza necessaria di una vera e propria struttura professionale d'intermediazione, la quale preclude un rapporto diretto tra il donante e il beneficiario ultimo del gesto di solidarietà. È qui che emerge uno dei principali elementi di frizione tra il regime dei doni di parti del corpo e lo stesso modello codicistico degli atti di liberalità. La donazione del codice civile è tipicamente costruita come negozio bilaterale con destinatario determinato. Il dono di parti e prodotti del corpo si articola invece di regola secondo uno schema trilaterale, là dove l'interazione tra donante e beneficiario è mediata da un soggetto terzo, generalmente una struttura pubblica, il quale presiede alle attività di reperimento e allocazione del materiale biologico umano. Un elemento importante di tale sistema è costituito dal requisito dell'anonimato, il quale rende il dono, dal lato del donante, un atto

compiuto in incertam personam e, dal lato del fruitore, una prestazione solidale ricevuta da uno sconosciuto. La legge francese, ad esempio, ascrive apertamente all'anonimato bilaterale il rango di principio generale della materia, apportandovi soltanto alcune deroghe limitate e giustificate dalla natura della fattispecie coinvolta (cfr. artt. 16-8 del code civil e L. 1211-5 code de la santé publique) (54). Nel nostro ordinamento non si ritrova una formulazione in termini altrettanto ampi del criterio dell'anonimato, ma il meccanismo adottato da alcune delle più significative normative in tema di raccolta ed utilizzazione di parti del corpo conferma in maniera netta la sua importanza (55).

c) La connotazione procedimentale del consenso si ripropone, infine, sul piano degli effetti dell'atto dispositivo. Il dato saliente del regime della circolazione del corpo è rappresentato, infatti, dall'assenza di efficacia vincolante e dalla regola della revocabilità "in qualsiasi momento" di tale manifestazione di volontà (56). È questo un principio di rilevanza sovranazionale (cfr. art. 5 della Convenzione di Oviedo e art. 13 del relativo Protocollo addizionale sui trapianti), suggellato anche da numerose disposizioni di diritto interno (57), il quale rappresenta un evidente corollario del principio di autodeterminazione. La presenza di una scelta effettivamente matura e ponderata (ciò che i testi di legge definiscono "libertà e consapevolezza" del consenso) può, infatti, essere verificata soltanto nel lungo periodo e soprattutto nell'imminenza o in costanza delle attività incidenti sull'integrità fisica. Si determina, pertanto, una netta contrapposizione rispetto al paradigma negoziale ordinario, la cui nota distintiva è costituita dall'immediata e stabile vincolatività: il consenso iniziale non è qui sufficiente, ma deve persistere per tutta la fase della procedura, a garanzia dell'intangibilità della libertà nella sfera personale. Residuano, ovviamente, alcune questioni non marginali di tutela dell'affidamento della controparte, ad es. nel caso dei trapianti tra vivi o nel settore delle biobanche, alle quali si suggerisce talora di porre rimedio attraverso un'applicazione mirata delle regole risarcitorie (58).

(50) Su questa connotazione «procedimentale» cfr. BELLIVIER-NOUVILLE, *La circulation du vivant humain: modèle de la propriété ou du contrat?*, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, a cura di Revet, Paris, 2005, 101 ss., 102; FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, EDP, 2002, 761 ss., 771.

(51) In tema cfr. GALLOUX, *L'utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination?*, D., 1999, chr., 13 ss.

(52) «Allorquando una parte del corpo umano è stata prelevata nel corso di un intervento, questa non può essere conservata e utilizzata per scopo diverso da quello per cui è stata prelevata in conformità alle procedure di informazione e di consenso appropriate».

(53) «La domanda di brevetto relativa ad una invenzione che ha

per oggetto o utilizza materiale biologico di origine umana deve essere corredata dell'esplicito consenso, libero e informato a tale prelievo e utilizzazione, della persona da cui è stato prelevato tale materiale, in base alla normativa vigente».

(54) In proposito v. BELLIVIER-NOUVILLE, *Contrats et vivant, in Traité des contrats*, diretto da Ghestin, Paris, 2006, 118 ss.

(55) Per i necessari riferimenti v. RESTA, «Doni non patrimoniali», cit., 525-527.

(56) Tra i molti v. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2012, 98; CARUSI, «Atti di disposizione del corpo», cit., 7; FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, cit., 771 ss.

(57) In tema di sperimentazione si prevede, ad esempio, che il soggetto «possa rinunciare a partecipare alla sperimentazione clinica in qualsiasi momento senza alcun pregiudizio, revocando il proprio consenso informato» [art. 3, lett. e), d.lg. n. 211/2003]; analoga facoltà è riconosciuta dall'art. 2 legge n. 458/1967, secondo cui il consenso all'espianto del rene è «sempre revocabile sino al momento dell'intervento chirurgico» (lo stesso è a dirsi per il trapianto parziale di fegato: cfr. art. 1 legge n. 483/1999).

(58) V. ad es. GAMBARO, *op. cit.*, 201; RESTA, «Doni non patrimoniali», cit., 527-528.

6. Autonomia contrattuale e attributi immateriali della personalità.

Da quanto sin qui osservato emerge chiaramente come, nel campo dei diritti della personalità fisica, l'esercizio dell'autonomia privata soffra di limiti incisivi e penetranti, tanto da far apparire il consenso unilaterale revocabile come la principale, se non l'unica, tecnica utilizzabile per dar vita ad un fenomeno dispositivo (59). La sostanziale irrilevanza del modello contrattuale riposa in questo settore su alcuni dati normativi univoci e, si direbbe, conclusivi, iscritti con nettezza nel sistema del diritto europeo. In particolare, il principio di gratuità, il requisito (ove previsto) dell'anonimato e, soprattutto, la regola della revocabilità ad nutum descrivono un modello di autonomia estremamente semplificato e palesemente incompatibile con la logica ordinaria del contratto, inteso quale strumento volto a realizzare – in maniera tendenzialmente stabile e definitiva – spostamenti di ricchezza.

Ben diverso è il quadro che emerge nel settore dei diritti sugli attributi immateriali della personalità. Né il divieto di commercializzazione, né il principio della costante revocabilità del consenso sono sanciti in termini generali da alcuna norma di diritto positivo vigente. Il primo, lo si è già notato (par. 3), è espressamente riferito, in tutti i testi nazionali ed internazionali, al corpo, ai suoi elementi ed alle sue informazioni; non, invece, agli altri attributi immateriali, quali l'immagine, il nome, la voce o i dati personali, rispetto ai quali viene anzi talvolta apertamente affermata la disponibilità a titolo oneroso (60).

Quanto al profilo della revocabilità, nessuna delle norme concernenti fattispecie di "disposizione" dei diritti sugli attributi immateriali della personalità sembra configurare un ius se poenitendi di estensione simile a quello vigente nella materia dei diritti sul

corpo (61). In questo il diritto italiano – al pari di quello francese e tedesco – assume una posizione diversa da quella di altri ordinamenti, come lo spagnolo (art. 2 Ley Orgánica 1/1982) e il portoghese (art. 81 c.c.), ove effettivamente si ritrovano disposizioni che offrono un preciso suggello formale alla tesi della revocabilità del consenso (62). Nella stessa disciplina dei dati personali, ove pure sono apposti i vincoli più incisivi alla libertà negoziale dei privati, la soluzione della revocabilità, affermata a livello dottrinario (63) e nell'ambito delle regole di settore (Considerando 26, direttiva 2002/58/CE; artt. 123, 3° co., e 126, d.lg. n. 196/2003), non rinviene una formalizzazione espressa nella normativa generale sul consenso delineata dalla direttiva 95/46/CE e dagli artt. 23 e 24 del codice in materia di protezione dei dati personali (64).

Il quadro non muta più di tanto ove si volga lo sguardo al diritto di fonte giurisprudenziale.

Innanzitutto si deve notare che in alcune ipotesi, di grande rilievo commerciale, le corti fanno costante applicazione della regola di segno opposto dell'irrevocabilità: sono questi i casi, tipicamente, del consenso all'uso del nome come denominazione sociale o dell'autorizzazione alla registrazione del nome o del ritratto come marchi (65).

In altre ipotesi, d'importanza pratica non minore, come quella della pubblicazione dell'immagine, i tribunali mostrano maggiore propensione ad adottare schemi argomentativi di stampo extra-contrattuale e a ripetere la formula tralizia della costante revocabilità del consenso (66). Un'analisi attenta delle pronunzie rivela però che si tratta il più delle volte di declamazioni prive di effettivi riscontri operazionali (67). Emblematica, a questo riguardo, è la decisione della Corte di Cassazione n. 27506/2008, ove il Supremo Collegio afferma che «il consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto (come sarebbe avvenuto nella fattispecie), da esso resta tuttavia distinto ed autonomo: con la conseguenza che esso è revocabile in ogni tempo, e anche in difformità di quanto pattuito contrattualmente, salvo, in questo caso, il diritto dell'altra parte al risarcimento del danno» (68). Asserzione in apparenza molto netta (e ulteriormente amplificata dalle massime pubblicate nelle principali riviste giuridiche), che però non corrisponde alla regola operativa adottata dalla Corte: il consenso alla pubblicazione del ritratto di nudo parziale prestato da una modella nei confronti di un fotografo professionista rende lecita la riproduzione di tale immagine nell'ambito di una pubblicità commerciale organizzata da un terzo anche a distanza di molti anni! Nel caso di specie, infatti, il consenso era stato prestato in un contesto professionale, sussistevano indubbi elementi di onerosità, e non era stata apposta alcuna speci-

fica limitazione temporale o contenutistica; inoltre la parte non aveva manifestato alcun intento di recedere dal rapporto sino al momento della diffusione del messaggio pubblicitario. In un contesto di questo tipo l'assunto della revocabilità ad libitum sembra ridursi ad una mera declamazione, dettata dall'adesione acritica alla dogmatica tradizionale dei diritti della personalità, mentre la regola applicata è quella della vincolatività della manifestazione di volontà.

Inoltre non si può trascurare l'importanza dei principi affermati dalla Corte di Cassazione nelle materie della sponsorizzazione e del merchandising (69). In molteplici occasioni è stata espressamente ribadita la validità e l'efficacia dei contratti volti a programmare operazioni di sfruttamento commerciale del nome e dell'immagine, contrapponendone il regime rispetto a quello del consenso dell'avente diritto.

Tutto ciò induce a ritenere che, a differenza di quanto avviene nel settore del corpo umano, nel campo dei diritti sugli attributi immateriali della personalità il ricorso allo strumento del consenso revocabile non sia una soluzione obbligata (70). La "patrimonializzazione" crescente di questo settore del diritto privato (71), indotta dall'evoluzione del costume sociale e dei rapporti economici, amplia sempre più lo spazio del contratto quale tecnica generale di "disposizione" dei diritti della personalità. Non certo l'unica, atteso che nella prassi svolgono un ruolo rilevante anche schemi alternativi a complessità minore, come il consenso autorizzativo unilaterale (si pensi soltanto alle "liberatorie" frequentemente usate nel settore della comunicazione e dello spettacolo) o l'accordo a contenuto non patrimoniale (si pensi ai patti tra coniugi in ordine all'uso del nome in caso di separazione o divorzio); ma senza dubbio una delle più importanti (72).

Pur non rientrando in alcuno dei tipi previsti dalla legge, i contratti volti a regolamentare lo sfruttamento degli attributi immateriali della personalità sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, 2° co., c.c.) (73). La gran parte di essi hanno ormai acquisito un'indubbia tipicità sociale, anche per via dell'intensa circolazione dei modelli giuridici e della crescente standardizzazione a livello internazionale delle pratiche negoziali nei settori dello sport e dello spettacolo.

Per una prima sistemazione delle fattispecie emergenti dalla prassi è opportuno distinguere:

a) I contratti la cui funzione primaria è quella di programmare lo sfruttamento economico degli attributi della personalità, dalle convenzioni volte a conseguire risultati di altro tipo, nelle quali la disposizione dei diritti della persona si inserisce come elemento secondario ed accessorio del rapporto. È questo il caso, ad esempio, dei contratti di scrittura artistica

o dei contratti di lavoro sportivo (74), là dove la regolamentazione delle modalità di utilizzazione del nome, dell'immagine, o della voce del soggetto, pur assumendo talvolta un significato patrimoniale preponderante (si pensi soltanto ai conflitti circa la titolarità dei diritti di sfruttamento dell'immagine dei calciatori professionisti) (75), mantiene comunque, nella fisionomia dell'accordo, un rilievo causale minore rispetto a quello della prestazione lavorativa. Di qui l'esigenza, molto concreta, di ricostruire la disciplina applicabile a tali negozi guardando soprattutto al "microsistema" dei contratti di lavoro, piuttosto che a quello degli accordi relativi a diritti della personalità (76).

b) I negozi dispositivi preordinati all'attribuzione di specifiche utilità in capo all'altro contraente, da quelli finalizzati a soddisfare un interesse dello stesso disponente. Questa è una distinzione usuale nella materia dei diritti sul corpo, ma non è priva di utilità nello stesso settore dei diritti della personalità morale. Essa, infatti, contribuisce a inquadrare con più precisione il problema della rappresentanza diretta e indiretta nell'esercizio dei diritti della personalità. È questa una questione dalle notevolissime implicazioni pratiche – si pensi solo all'ampiezza dei poteri attribuiti agli agenti artistici o ai procuratori sportivi, spesso legittimati alla stipula di contratti inerenti lo sfruttamento commerciale della personalità –, ma che sin qui non ha trovato un'adeguata sistemazione teorica, complice l'acritica adesione ad una lettura puramente difensiva e non patrimoniale dei diritti della personalità (77).

c) Guardando alla prestazione caratteristica, i contratti che determinano l'insorgere, in capo al titolare del diritto della personalità, di obbligazioni negative di pati (ad es. licenza di sfruttamento del nome o di una determinata immagine; contratti di merchandising), da quelli che contemplano obbligazioni di pati e facere (ad es. contratti di interpretazione pubblicitaria; contratti di sponsorizzazione). Tale distinzione, ovviamente suscettibile di ulteriori articolazioni, ha una notevole utilità analitica soprattutto in relazione al problema dell'inadempimento del disponente.

d) Infine, avendo riguardo agli effetti, si ripropone anche in questa materia l'alternativa tra contratti con effetti obbligatori e contratti con effetti reali. Quella dei contratti ad effetti reali è, invero, la categoria più controversa, in quanto il principio dell'inalienabilità dei diritti della personalità sembrerebbe precludere nel settore in esame qualsiasi fenomeno traslativo. Tale difficoltà è superata dalla tesi dualistica, la quale distingue, nella situazione presupposta, un diritto non patrimoniale a contenuto meramente interdittivo e non alienabile e un "diritto patrimoniale di sfruttamento", questo sì liberamente alienabile e trasmissibile (78). In altra sede si è avuto modo di argo-

mentare le principali ragioni di dissenso – le quali vertono soprattutto sulla fragilità di qualsiasi distinzione netta tra la sfera degli interessi patrimoniali e quella degli interessi non patrimoniali – rispetto a tale prospettiva ricostruttiva (79). Qui sarà sufficiente rilevare che, anche qualora non si aderisca alle tesi di stampo dualistico, l'ammissibilità di una vicenda circolatoria a carattere reale, ferma restando l'inalienabilità della situazione presupposta, potrà comunque essere argomentata in base allo schema dell'acquisto derivativo-costitutivo, utile soprattutto ai fini dell'inquadramento dogmatico dei contratti di licenza con esclusiva (80).

(59) L'indagine più recente ed approfondita sulla categoria del consenso autorizzativo è quella di OHLY, "Volenti non fit iniuria". *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen, 2002, 11 ss., 237 ss.

(60) Si veda ad es. l'art. 43, 3° co., l. 27-12-2002, n. 289 (legge finanziaria per il 2003), secondo cui sono assoggettati a contribuzione previdenziale i proventi percepiti da alcune categorie di lavoratori dello spettacolo per la «cessione dello sfruttamento economico del diritto d'autore, d'immagine e di replica» (cfr. MARTONE, *L'assoggettabilità a contribuzione previdenziale dei diritti d'autore, d'immagine e di replica: a proposito del terzo comma dell'art. 43 della legge finanziaria del 2003*, *ADL*, 2004, 121 ss., spec. 126).

(61) Sul punto, per i necessari riferimenti, sia consentito il rinvio a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 262 ss.

(62) In tema si veda l'indagine di CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*, *Anuario de derecho civil*, 1994, 31 ss.

(63) Sul problema della revoca del consenso al trattamento dei dati v. PATTI, *sub art. 11, in Tutela della privacy. Commentario alla l. 31 dicembre 1996, n. 675, a cura di Bianca-Busnelli*, *NLGCC*, 1999, 359 ss., 364.

(64) Difatti, nel Parere 15/2011 del Gruppo di Lavoro Art. 29, *Sulla definizione di consenso*, adottato il 13-7-2011, si sollecita l'inclusione nella nuova disciplina del trattamento dei dati di un'espressa clausola di revocabilità (cfr. 43).

(65) RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 266-268.

(66) In tema da ultimo PROTO, *Il diritto e l'immagine. Tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, 2012, 199 ss.

(67) Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza rinvio ancora a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 266 ss.

(68) Cass. 19-11-2008, n. 27506, *GI*, 2009, 1179, 1180, ove si legge anche che "il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisce un negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo ed inalienabile, all'immagine, ma soltanto il suo esercizio". Questa prospettiva, incentrata sulla diversificazione tra un consenso unilaterale autorizzativo 'a monte' e un contratto volto a regolare gli aspetti patrimoniali della vicenda 'a valle', trova la sua sistemazione dogmatica più compiuta e lineare nelle pagine di MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, *RCDP*, 1998, 339 ss., 365; e già ID., «Personalità (diritti della)», cit., 404; nel medesimo ordine di idee BASTON VOGT, *Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Tübingen, 1997, 236.

(69) Cfr. in part. Cass., 16-4-1991, n. 4031, *NGCC*, 1992, I, 45; Cass., 2-5-1991, n. 4785, *ivi*, 44; Cass., 11-10-1997, n. 9880, *FI*, 1998, I, 499; Cass., 21-5-1998, n. 5086, *GC*, 1998, I, 1833.

(70) In questo senso, di recente, anche CATERINA, *op. cit.*, 160-167.

(71) Fenomeno ben riflesso nel titolo dell'opera di GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995.

(72) Per uno sguardo d'insieme v. AHRENS, *op. cit.*, 303-440; BICHON-LEFEUVRE, *Les conventions relatives aux droits de la personnalité*, thèse Paris XI, 1998; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 271 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 545 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, «Prestazione (negoziabilità della)», in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 9.

(73) Cfr. espressamente Cass., 16-4-1991, n. 4031, cit., con riferimento ai negozi aventi ad oggetto lo sfruttamento economico del ritratto; Cass., 11-10-1997, n. 9880, cit., relativamente ai contratti di sponsorizzazione.

(74) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 2000, 348 ss.

(75) MARTONE, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, Padova, 2002, spec. 213 ss.; NETZLE, *Der Sportler - Subjekt oder Objekt?*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1996, 1 ss.

(76) Per un caso interessante, relativo ai c.d. reality shows, v. Cass., chambre social, 3-6-2009, cit., su cui EDELMAN, *Quand "L'île de la tentation" ne séduit pas le droit*, *D.*, 2009, 2517.

(77) Per una prima introduzione v. BICHON-LEFEUVRE, *op. cit.*, 227 ss.; LUCAS-SCHLÖTTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, I, Aix-en-Provence, 2002, 331-337.

(78) Tra i molti LOISEAU, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, 42 *McGill L. J.* 319 (1997), 328 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, *DII*, 1988, 1 ss., spec. 20.

(79) RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 241 ss.; nello stesso senso v. ora ANTIPPAS, *Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité*, *Rev. trim. dr. comm.*, 2012, 35, 38 ss.

(80) Per un'analisi dettagliata rinvio a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 334 ss.

7. Il regime dei contratti volti a programmare lo sfruttamento economico della personalità.

I dati sin qui messi in evidenza attestano la perdurante vitalità dello strumento contrattuale nel campo dei diritti sugli attributi immateriali della personalità, con ciò offrendo una chiara risposta al primo dei problemi riferiti in apertura della voce: quello dei "confini" del contratto (cfr. *supra* par. 2). Rimane ora da affrontare la seconda – e non meno importante – questione: quella delle "regole" del contratto. Non è sufficiente, infatti, fermarsi a registrare la crescente patrimonializzazione degli attributi immateriali della personalità, poiché tale constatazione, pur significativa sul piano fenomenologico, non permette di per sé di desumere conseguenze univoche sul piano della disciplina applicabile ai contratti aventi ad oggetto attributi della persona. Per quanto "patrimonializzati" e assorbiti nel calcolo mercantile, gli attributi della persona, come il nome, l'immagine, la voce, i dati personali, non sono comunque assimilabili agli altri "beni". Essi, infatti, mantengono di necessità un legame non recidibile con la sfera dell'identità personale, essendo "rappresentanti analogici" del soggetto (81). Sicché qualsiasi atto di disposizione concernente tali attributi, pur riguardati nella loro funzione produttiva di ricchezza, appare comun-

que in grado di riflettersi negativamente sulla dimensione esistenziale della persona. Molte forme di sfruttamento economico, ad esempio, sono suscettibili di creare accostamenti lesivi per la reputazione o per lo meno di influire sulle modalità della costruzione pubblica dell'identità. Di conseguenza, è troppo semplicistico ritenere che, nel momento in cui si decida liberamente di attingere allo strumento contrattuale, le regole applicabili dovranno essere quelle ordinarie, senza modificazione alcuna. Il precetto positivo di tutela dei diritti fondamentali della persona, ricavabile dalle fonti interne e sovranazionali (il riferimento, in particolare, è all'art. 1 della Carta dei Diritti UE: la dignità umana deve essere "rispettata e tutelata") impone di adattare il diritto dei contratti al sistema dei valori costituzionali e, dunque, di ritagliare segmenti di disciplina idonei a coniugare il rispetto della logica negoziale con la natura personale delle prestazioni coinvolte (82). Non si tratta di un'operazione arbitraria, poiché è lo stesso diritto positivo vigente a contenere indicazioni molto precise in questo senso.

Schematizzando molto i termini del discorso, è possibile distinguere due principali tecniche di controllo: una di stampo prettamente contenutistico; l'altra di impronta procedurale.

La prima tecnica si identifica con il controllo di liceità del contratto ai sensi degli artt. 1343 e 1418 c.c. Sotto questo profilo è possibile registrare alcuni sviluppi importanti sul piano del diritto comparato ed europeo, soprattutto in relazione all'impiego della clausola di dignità umana come nuovo limite dell'autonomia contrattuale (83). Non soltanto le corti francesi e tedesche, ma da ultimo anche la Corte di Giustizia (in particolare nel caso Omega Spielhallen) (84), hanno mostrato una chiara propensione ad avvalersi di tale formula come parametro apicale sulla cui base orientare il sindacato di validità dell'atto di autonomia e segnatamente come criterio idoneo a guidare la "concretizzazione" delle clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume (85). Nei confronti di tale prospettiva sono state avanzate diverse critiche, le quali insistono soprattutto sulla contraddittorietà dell'impiego di un concetto tipicamente "freiheitsmaximierend" in funzione non già espansiva, bensì costrittiva dell'autonomia individuale (86). Alcune di queste critiche hanno certamente pregio, anche se sarebbe miope ignorare che un siffatto sviluppo teorico e giurisprudenziale non è dovuto ad una sorta di "volontà di potenza" del giurista e in particolare delle corti, ma rappresenta una logica reazione di fronte al continuo avanzamento della frontiera del mercato. Il ricorso al principio di dignità come nuovo limite della libertà contrattuale si spiega, in altri termini, con l'esigenza del sistema giuridico di preservare un minimo etico intangibile in un contesto

connotato non soltanto dal pluralismo dei valori, ma anche dell'idea della tendenziale negoziabilità di qualsiasi bene (87). Ad ogni modo, quali che siano le impressioni che si traggano da un'evoluzione giurisprudenziale così significativa, mette conto notare come le ipotesi nelle quali si è concretamente avvalorato un siffatto uso del paradigma di dignità umana sono oggettivamente eccezionali e relative a fattispecie assai controverse già al livello dell'opinione pubblica, come il cosiddetto lancio dei nani (88), i peep shows (89) o altri fenomeni interni al vasto ambito del "mercato del sesso" (90). Per contro, là dove l'atto di autonomia si inquadri all'interno di schemi socialmente tipici e in prevalenza accettati dalla morale corrente (per quanto invisi alla comunità dei giuristi: si pensi ai contratti relativi a reality shows) (91), non sembra potersi far luogo ad un ricorso così incisivo alla clausola della dignità. A ben vedere, questo è il caso per la maggior parte dei negozi preordinati allo sfruttamento economico della personalità in contesti di tipo professionale, come lo spettacolo, lo sport e la comunicazione.

Quando la "contrattualizzazione" dei diritti della personalità costituisca un dato di realtà definitivamente suggellato dalle prassi commerciali, le tecniche di controllo di stampo contenutistico, quali quelle incentrate sul giudizio di liceità, perdono molta della loro utilità. Si comprende, pertanto, come in queste ipotesi la tendenza emergente a livello comparatistico consista nell'adottare strategie di intervento a carattere procedurale, finalizzate ad assicurare l'esercizio libero e consapevole dell'autodeterminazione individuale (92).

Le tecniche di controllo di stampo procedurale ed ispirate alla logica del "paternalismo debole" si snodano su tre registri principali: a) il controllo sui requisiti di determinatezza dell'oggetto; b) l'adozione di un criterio di interpretazione restrittiva del contratto; c) l'ammissione di una facoltà di recesso per motivi legittimi (93).

a) Si deve notare innanzitutto che in relazione alle principali ipotesi di disposizione dei diritti della personalità morale – ed in primo luogo nell'ambito delle regole legali sul trattamento dei dati personali [art. 2, lett. h), direttiva 95/46/CE; art. 12, direttiva 2002/58/CE; art. 23 d.lg. n. 196/2003] (94) e sul diritto morale d'autore (art. 22 legge n. 633/1941) nonché delle regole giurisprudenziali in tema di utilizzazione dell'immagine (95) – il sistema attribuisce un rilievo centrale al criterio della *specificità* del consenso. La manifestazione autorizzativa di volontà deve, cioè, assumere carattere puntuale ed essere espressa non già in maniera generica e onnicomprensiva, ma con riferimento a ben determinate prestazioni o attività incidenti sulla sfera della persona. L'obiettivo sotteso a una regola siffatta è, evidentemente, quello di assi-

curare che il soggetto sia posto nelle condizioni di prefigurarsi l'esatta estensione e la reale portata del proprio atto dispositivo, atteso che solo così è possibile parlare di una determinazione di volontà effettivamente ponderata e consapevole (96). Se questa è la ratio del criterio della specificità, allora la sua rilevanza non può ritenersi limitata alle ipotesi di consenso unilaterale, ma deve giocoforza estendersi alle fattispecie contrattuali. Ciò si traduce in una verifica più attenta dei requisiti di determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'accordo, ai sensi dell'art. 1346 c.c. Si può pertanto affermare che qualsiasi contratto relativo a diritti della persona deve permettere di discernere in maniera sufficientemente precisa le *modalità di interferenza* con la sfera della personalità. Ciò significa che non soltanto il tipo di attributi coinvolti (nome, immagine, ecc.), ma anche il contesto e le finalità dell'utilizzazione debbono risultare preventivamente conoscibili, di modo che il soggetto sia in grado di valutare ex ante le esatte implicazioni del proprio atto dispositivo e quindi assumere una decisione effettivamente consapevole (97). La prassi applicativa e le regole dettate in relazione ad alcuni contratti tipici, nei quali sono indirettamente implicati profili della personalità, permettono di formulare alcuni criteri di carattere generale, utili ad orientare il suddetto giudizio. La giurisprudenza ha spesso affermato, ad esempio, che non risponde ai requisiti di legge un contratto che investa l'avente causa di ogni possibile facoltà d'uso di un determinato attributo della personalità, come l'immagine o le vicende della vita privata (98). Tale soluzione può ritenersi condivisibile, nei limiti in cui sia volta ad assicurare la persistenza, in capo alla persona interessata, di un sufficiente potere di controllo circa le modalità di definizione della propria identità. In secondo luogo, le regole previste in materia di contratto d'edizione (art. 120, n. 1, legge n. 633/1941) suggeriscono una maggiore cautela nella valutazione dei contratti tesi a programmare lo sfruttamento di attributi non ancora venuti ad esistenza – si pensi ad esempio all'immagine non fissata su un supporto – o comunque di prestazioni da compiersi in futuro (99).

b) La declaratoria di nullità del contratto per vizi dell'oggetto deve essere intesa come *extrema ratio*, cui ricorrere soltanto nei casi più eclatanti di conflitto con le esigenze di protezione della personalità. Tale interesse può il più delle volte essere soddisfatto in maniera appropriata già attraverso un uso accorto delle tecniche ermeneutiche. La giurisprudenza in materia di circolazione del nome e dell'immagine offre di ciò ampi riscontri. Le corti italiane, francesi e tedesche applicano da sempre un criterio decisionale, in ragione del quale la concessione di facoltà di sfruttamento degli attributi individuali deve intendersi naturalmente limitata in senso oggettivo e sog-

gettivo e subordinata al criterio dell'uso prevedibile (100). Ciò implica che, anche in presenza di clausole a contenuto ampio e potenzialmente onnicomprensivo, il contratto non viene interpretato in senso letterale, ma in maniera tale da realizzare il trasferimento delle *sole* facoltà strumentali al perseguimento dello scopo cui esso era teleologicamente orientato. Tale impostazione, oltre ad essere in linea con le regole di ermeneutica contrattuale (cfr. in particolare gli artt. 1364 e 1366 c.c.), realizza l'apprezzabile risultato di mantenere integre in capo al disponente tutte le facoltà non espressamente conferite, e quindi di rafforzare il potere di controllo sulla circolazione commerciale della propria identità. Per questa ragione, la regola della cosiddetta interpretazione restrittiva dei negozi relativi a diritti della personalità può essere intesa come un utile complemento del criterio di determinatezza dell'oggetto del contratto (101). Si vuol dire, cioè, che ogniqualvolta difettino i necessari requisiti di specificità e determinatezza, e tale carenza non sia strutturale, è possibile che l'indagine ermeneutica riesca a "salvare" il negozio, mediante una riduzione teleologicamente orientata dei suoi effetti. Ciò significa, quindi, che l'"obbligo" di esprimere in maniera puntuale il contenuto delle prestazioni contrattuali incidenti sulla personalità ("Spezifizierungspflicht") è atto a tradursi, in molti casi, in un più flessibile e meno invasivo "onere" di precisazione a carico del contraente, il quale intenda avvalersi del regolamento a contenuto più esteso ("Spezifizierungslast"). Si può fare l'esempio, di notevole rilevanza pratica, della "cessione" dei diritti di sfruttamento di un determinato attributo della personalità «in tutti i settori di mercato e con tutte le modalità tecniche, note ed ignote al momento del perfezionamento del contratto». I requisiti di determinatezza richiesti dalla legge sarebbero palesemente violati da una siffatta clausola contrattuale; tuttavia, piuttosto che porre nel nulla l'intera operazione economica mediante il ricorso alla regola di invalidità, è soluzione più oculata e conforme al sistema (art. 1367 c.c.) quella di circoscrivere l'effetto del negozio alla concessione delle sole facoltà necessarie all'attuazione della sua funzione economica primaria.

c) L'irrigidimento del controllo sui requisiti di determinatezza dell'oggetto è essenzialmente finalizzato ad accentuare la trasparenza delle negoziazioni e a garantire scelte consapevoli ed informate da parte dei soggetti coinvolti. Esso costituisce, di riflesso, un ulteriore argomento a sostegno della tesi della tendenziale vincolatività dei contratti mediante i quali si programma lo sfruttamento economico della personalità (102). Ciò non permette, d'altra parte, di ritenere esaurito il problema generale del contemperamento tra la logica contrattuale ordinaria e la natura particolare dei beni coinvolti. Il dinamismo in-

trinseco dei processi di costruzione dell'identità può infatti dar vita a difficili situazioni di conflitto con la logica di stabilità del regolamento pattizio, il quale "fissa" una specifica immagine del sé e ne pretende il rispetto, indipendentemente dalle vicende che interessino la personalità del contraente. In questi casi l'interprete è chiamato a operare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di garantire il libero sviluppo della personalità degli individui – anche *contro* il vincolo contrattuale da essi liberamente assunto – e quella di tener ferma l'affidabilità delle dichiarazioni negoziali e la certezza delle relazioni di scambio. Qualora il rapporto si instauri a tempo indeterminato, non si porranno particolari problemi, dal momento che il conflitto in esame potrà essere risolto invocando il principio della recedibilità dai contratti ad esecuzione continuata privi di termine finale. Qualora invece il negozio prefissi un termine di durata, la questione avrà un carattere più complesso. Il rispetto dell'autonomia negoziale suggerirebbe qui di tener fermo il principio dell'efficacia vincolante del contratto, obbligando così la parte "delusa" a riacquistare il diritto in una libera contrattazione. Vi sono tuttavia argomenti di segno opposto, tanto di carattere giuseconomico, quanto desunti dal diritto positivo, che inducono a propendere per una diversa soluzione, consistente nel riconoscimento di un diritto di recedere dal contratto per motivi legittimi, salva la corresponsione di un indennizzo a tutela dell'affidamento violato. Un modello siffatto è notoriamente previsto dalla disciplina del diritto d'autore (non soltanto in Italia, ma nei principali sistemi giuridici di area romanistica), ove si prevede che in presenza di "gravi ragioni morali", l'autore possa domandare il ritiro dell'opera dal commercio, previa corresponsione di un indennizzo a favore degli aventi causa (art. 142, 2° co., legge n. 633/1941; § 42 UrhG; art. L. 121-4 Code prop. int.; art. 14 n. 6 Ley de propiedad intelectual) (103). Si tratta di un diritto di natura personale ed intrasmissibile, che apporta una deroga significativa alle "ragioni dello scambio" iscritte nell'art. 1372 c.c. e che trova il proprio fondamento sia nell'esigenza di proteggere gli interessi ideali dell'autore, sia in quella di ristabilire l'efficienza dello scambio, minacciata dai prevedibili fenomeni di hold up (104). Una soluzione di questo tipo appare suscettibile di estensione analogica a tutti i contratti mediante i quali si dispone di diritti della personalità (105). Deve ribadirsi, comunque, la natura eccezionale del rimedio, che costituisce uno strumento sussidiario di salvaguardia unicamente per le ipotesi più eclatanti di lesione degli interessi fondamentali e della dignità degli individui, ove cioè il mantenimento del vincolo contrattuale risulti per la persona oggettivamente inesigibile (106); nonché la non eccezionalità dell'indennizzo dovuto rispetto al mero inte-

resse negativo, atteso che l'interesse della controparte risulta sufficientemente garantito dal controllo giudiziale circa la sussistenza dei suddetti motivi legittimi (107). Impostata in questo modo, la regola del recesso per motivi legittimi offre non soltanto una cornice idonea per risolvere in maniera equilibrata i conflitti tra le pretese della personalità e la necessaria "oggettivazione" del rapporto contrattuale (108), ma anche uno schema utile alla sistemazione teorica delle regole applicate dalla giurisprudenza europea, che in alcune fattispecie caratteristiche (tipicamente: ripubblicazione di immagini di nudo risalenti ad una fase superata della carriera) si è mostrata propensa a riconoscere all'individuo un'eccezionale facoltà di recesso per motivi legittimi, sia pur mascherandola dietro la formula vetusta del "consenso revocabile" (109).

GIORGIO RESTA

(81) BÜCHLER, *op. cit.*, 193.

(82) Cfr. in quest'ordine di idee BÜCHLER, *op. cit.*, 185 ss.; NICOLUSSI, *op. cit.*, 135, 147 ss.

(83) Cfr. MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, *European Review of Contract Law*, 2006, 257 ss.; PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, *PD*, 2003, 45 ss.; BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *Human Rights in Private Law*, a cura di Friedmann-Barak Erez, Oxford-Portland, rist. 2003, 181 ss.; in una prospettiva più ampia v. anche il bel saggio di RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 77 ss., 121 ss.

(84) C. Giust. CE, 14-10-2004, C-36/02, Omega Spielhallen GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstaadt Bonn, in proposito v. SMITH-FETZER, *The Uncertain Limits of the European Court of Justice's Authority: Economic Freedom Versus Human Dignity*, 10 *Columbia J. Eur. Law* 445 (2004).

(85) Per alcuni riferimenti v. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, *RDC*, 2002, II, 801 ss., spec. 817 ss.; TERLIZZI, *Il contratto immorale tra regole giuridiche e regole sociali*, Napoli, 2012, 79 ss.; FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, 487 ss.

(86) Per tutti v. CAYLA, *Le coup d'État de droit?*, in *Le débat*, 1998, 108 ss.

(87) Sul punto, da diverse prospettive, v. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, 12 ss.; ISENSEE, *Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*, *AöR*, 2006, 173, 178 ss.; PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, *RCDP*, 2007, 7 ss.; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 179 ss.; RESTA, *Dignità*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà-Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2011, 259 ss.

(88) Cons. État, Ass., 27-10-1995, Ville d'Aix-en-Provence, *D.*, 1996, jur., 177, con nota di LEBRETON; Cons. État, Ass., 27-10-1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *D.*, 1995, i.r., 257; VG Neustadt, 21-5-1992, *NVwZ*, 1993, 98.

(89) BVerwG, 15-12-1981, *NJW*, 1982, 664.

(90) Sulle chat lines erotiche v. ad es. BGH, 9-6-1998, *NJW*, 1998, 2895; BGH, 22-11-2001, *JZ*, 2002, 406, con nota di SPINDLER, *Zur Wirksamkeit von Telefonsex-Verträgen*. Per una disamina ad ampio raggio delle prerogative dell'autonomia negoziale nell'ambito dei mercati del sesso v. ZENO ZENCOVICH, *Sex and*

the Contract. From infamous commerce to the market for sexual goods and services, Leiden-Boston, 2011, spec. 19 ss.

(91) EDELMAN, «*Quatre pattes, oui; deux pattes, non*». *Loft Story - une nouvelle fonction-auteur*, *D.*, 2001, 2763.

(92) Per un ragionamento analogo nel campo del diritto morale d'autore v. METZGER, *Rechtsgeschäfte über das Droit moral in deutschen und französischen Urheberrecht*, München, 2002, 92 ss.

(93) Per una disamina più approfondita della disciplina di protezione applicabile ai contratti relativi a diritti della personalità si rinvia a RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit., 284 ss.; NICOLUSSI, *op. cit.*, 144 ss.; AHRENS, *op. cit.*, *passim*.

(94) Sul problema della specificità del consenso e del principio di finalità nelle comunicazioni elettroniche si veda la decisione della Corte di Giustizia, 5-5-2011, C-543/09, *Deutsche Telekom AG / Bundesrepublik Deutschland*.

(95) DE VITA, *op. cit.*, 559 ss.; LEPAGE, *Personnalité (droits de la)*, in *Rép. Civ. Dalloz*, 2009, 42 ss.; FRÖMMING-PETERS, *Die Einwilligung im Medienrecht*, *NJW*, 1996, 958.

(96) Cfr. in relazione ai negozi interferenti con il diritto morale d'autore SCHRICKER, *Urheberpersönlichkeitsrecht*, in *Id.*, a cura di, *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 1997, 79 ss., 93; METZGER, *op. cit.*, 195 ss.

(97) In questa prospettiva FORKEL, *Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung*, *GRUR*, 1988, 491 ss., 499 ss.; GÖTTING, *op. cit.*, 279; ed ora anche NICOLUSSI, *op. cit.*, 148; CATERINA, *op. cit.*, 165.

(98) TGI Paris, 27-5-1959, *Rev. int. dr. aut.*, 1959, 149; Cass., 10-7-2002, *J.C.P.*, 2002, II, 10000, con nota di CARON, *Inaliénabilité du droit moral de l'artiste-interprète*.

(99) Cfr. in tema FORKEL, *op. cit.*, 499-501; AHRENS, *op. cit.*, 458 ss.

(100) Per alcuni esempi Cass., 1-9-2008, n. 21995, *FI*, 2008, I, 3104; Cass., 17-2-2004, n. 3014, *RC*, 2004, 112, con nota di ALBANESE; T. Roma, 11-12-2002, *DII*, 2003, 149; nella giurisprudenza francese Cass. civ., 4-11-2011, *JCP.*, n. 4, 2012, 135; A. Paris, 2-2-1993, *D.*, 1993, i.r., 118; in quella tedesca OLG Oldenburg, 26-11-1982, *NJW*, 1983, 1202.

(101) Secondo la dottrina maggioritaria tutti i negozi aventi ad oggetto diritti della personalità dovrebbero essere interpretati in maniera restrittiva: cfr. RAVANAS, *Droits de la personnalité et justice contractuelle: le rayonnement de l'article 9 du code civil dans un ensemble contractuel*, *D.*, 2000, jur., 347 ss., 350; CLAVÉRIA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, 56; ora v. anche NICOLUSSI, *op. cit.*, 148.

(102) Cfr. ZENO ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, cit., 575 ss., 577; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, cit., 34 ss.; VERCELLONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, *Quad. CSM*, 1996, 505 ss., 510-512.

(103) Per una disamina in prospettiva comparatistica v. STRÖMHOLM, *Droit moral - The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint*, *Scandinavian Studies in Law*, 42 (2002), 217 ss., 237; BOYTHA, *La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale*, *Droit aut.*, 1991, 208 ss., 214.

(104) Cfr. HANSMANN-SANTILLI, *Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 26 *J. Legal Stud.* 95, 139 (1997).

(105) In questa prospettiva cfr. FORKEL, *op. cit.*, 500; BÜCHLER, *op. cit.*, 150, 280.

(106) GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit. Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, Berlin, 2004, 42 ss., 332, 362.

(107) GÖTTING, *op. cit.*, 151.

(108) Riprendo qui uno spunto di NICOLUSSI, *op. cit.*, 135.

(109) Cfr. T. Roma, 7-10-1988, *DII*, 1989, 172; P. Roma, 10-2-1988, *DII*, 1988, 860; A. Paris, 7-6-1988, *D.*, 1988, i.r., 224; TGI Lille, 4-1-2000, *D.*, 2001, jur., 1503, con nota di LABBÉE, *La mariée était nue*.