

Ar2

Rivoluzione tecnologica ed evoluzione giuridica

a cura di

Francesco Camilletti

Contributi di

Francesco Camilletti, Luigi Antonio Beccaria
Roberto Massimo Carboni, Andrea Luciano Grasso
Luca Grimoldi, Ferruccio Papi Rossi





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1410-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

Indice

1. Profili giuridici delle nuove tecnologie tra principi costituzionali e disciplina civilistica
Francesco Camilletti

51. Il ruolo della tecnologia informatica e telematica nel diritto processuale
Ferruccio Papi Rossi

71. Il diritto all'oblio
Luca Grimoldi

107. La tutela del consumatore nell'utilizzo dei dati in capo alle attività di commercio elettronico
Andrea Luciano Grasso

157. Documento informatico e servizi accessori
Massimo Caboni

205. L'evoluzione del rapporto di lavoro subordinato alla luce dello sviluppo delle nuove tecnologie
Luigi Antonio Beccaria

Profili giuridici delle nuove tecnologie tra principi costituzionali e disciplina civilistica

FRANCESCO CAMILLETTI¹

SOMMARIO: 1. Introduzione: la “Costituzione vivente” in relazione ai cambiamenti materiali della società, 1 – 2. Il Diritto alla riservatezza in relazione allo sviluppo delle nuove tecnologie, 13 – 3: L’equilibrio tra diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero in relazione allo sviluppo tecnologico, 27 – 4. La responsabilità civile del *social network* e del gestore di siti *internet*, 37 – 5 L’eguaglianza. Attualità e profili giuridici del principio in relazione agli sviluppi tecnologici, 45 – 6. Lo sviluppo dell’*e-commerce* e dell’*e-banking* e la contestuale nascita di profili potenzialmente problematici in relazione all’art. 47 della Costituzione. I riverberi dell’evoluzione tecnologica sul fenomeno (costituzionalmente tutelato) del consumo, 57.

1. Introduzione: la “Costituzione vivente” in relazione ai cambiamenti materiali della società

La nozione di “Costituzione vivente”, da intendersi in antitesi rispetto alla concezione di carattere formalistico dell’ordinamento giuridico in generale, e del testo Costituzionale – ovvero il suo vertice – in particolare, avente quale massimo teorico il giurista austriaco Hans Kelsen², è ormai stata da anni acquisita come pacifica dai prevalenti orientamenti dottrinali³ e giurisprudenziali⁴.

¹ Professore aggregato di diritto privato e avvocato a Milano.

² H. KELSEN, *Lineamenti di Dottrina Pura del Diritto*, Milano, 2000.

³ In dottrina si veda Aa.Vv., *Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici*, Milano, 2010.

Come è stato scritto, «La Costituzione è qualche cosa in più di un puro testo legale, è la espressione di un modo di vita di un popolo, e le sue prescrizioni rivestono non solo un valore giuridico, ma anche pedagogico ed educativo»⁵.

È sufficiente una semplice osservazione empirica della realtà per desumere come, riprendendo le parole del sopra richiamato Autore⁶, il “modo di vita di un popolo”, di cui le prescrizioni costituzionali sono (la massima) espressione normativa, tenda fisiologicamente a variare con il passare del tempo, così come i maggiori principi ispiratori dell’ordinamento giuridico, bastando all’uopo richiamare l’evoluzione delle norme in tema di ordine pubblico e buon costume, il cui variare è strettamente riconnesso alle variazioni dei costumi e della sensibilità sociale.

Nel medesimo passo si osserva che il concetto di rigidità che connota il nostro testo costituzionale⁷ è da intendersi riferito esclusivamente alle mere modifiche testuali della c.d. “Costituzione formale”, essendo i contenuti concreti dello stesso suscettibili di essere declinati secondo differenti interpretazioni, variabili in relazione ai mutamenti ed alle evoluzioni che si sviluppano in seno a ciascuna società, come, a titolo esemplificativo ma esaustivo, si

⁴ In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Corte Cost., Ordinanza n. 205 del 13.06.2008, in *DeJure*, nonché Cass. Sez. Un., 24.03.2006, n. 6572; Cass. 31.05.2003, n. 8828, tutte in *DeJure*.

⁵ C. MORTATI, *Sulla Dichiarazione dei Diritti – Considerazioni Generali*, in G. D’Alessio, *Alle Origini della Costituzione Italiana*, Bologna, 1979, pp. 244 – 255; tale passo viene richiamato, sempre in opposizione al rigido formalismo che contraddistingue l’impostazione teorica kelseniana, anche in G. GIORGINI, *La Costituzione Vivente nel Cinquantésimo Anniversario della sua Formazione*, Milano, 1999, p. 105.

⁶ C. MORTATI, *op. loc. ult. cit.*

⁷ Come è noto, tale principio, nel nostro ordinamento, si fonda sul disposto costituzionale di cui all’art. 138, tale per cui non è possibile modificare il testo costituzionale se non attraverso procedure più complesse rispetto a quelle stabilite dalla legge ordinaria. Così recita la norma in questione: «Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera nella seconda votazione.

Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.

Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti».

evincesse dalla nuova formulazione del nuovo art. 111 Cost. sul “giusto processo”.

Al concetto di Costituzione formale, che si riferisce al disegno astratto – programmatico consacrato in un documento giuridico concepito in uno spazio e in un tempo preciso, si contrappone perciò, com’è noto, il concetto di Costituzione in senso materiale, o Costituzione vivente, che, sotto il suo profilo dinamico, indica il sostanziale atteggiarsi delle scelte formalmente sancite in Costituzione alla luce delle contingenti istanze politico–sociali emergenti nel corso delle successive evoluzioni storiche.

Tale concetto indica allora, in sintesi, «quel nucleo essenziale di fini e di forze che regge ogni singolo ordinamento positivo»⁸: e non è da intendersi come un nucleo statico, potendosi invece sostenere che, sia pur impercettibilmente, l’intero sistema valoriale subisce delle modifiche ogni giorno che passa.

Le evoluzioni della c.d. Costituzione vivente sono, negli ordinamenti giuridici contemporanei, abitualmente cristallizzate in modo periodico dalle Corti Costituzionali, preposte ad individuare la c.d. “interpretazione autentica” delle relative norme⁹.

Quanto esposto trova organica sistemazione teorica nell’orientamento dottrinale del c.d. *living constitutionalism*, ossia la

⁸ La richiamata riflessione è riportata nel seguente studio *on line*: http://www.sintesidialettica.it/leggi_articolo.php?AUTH=67&ID=87. In proposito, viene richiamato il seguente contributo di Piero CALAMANDREI, il quale, discutendo di rigidità formale del testo costituzionale, contrapposto però alla mutevolezza delle sue interpretazioni nel tempo, afferma: «La Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé [...] Perché si muova bisogna ogni giorno, in questa macchina, rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci l’impegno, lo spirito, la volontà di mantenere quelle promesse, le proprie responsabilità».

⁹ Vv. G. ZAGREBELSKI, *La Costituzione Vivente*, in *Storia e Memoria*, Vol. 15, Fasc. I, pp. 69 – 81, in cui l’Autore così riflette sulle evoluzioni ermeneutiche del diritto costituzionale: «La Costituzione vivente è l’esperienza quotidiana delle Corti. Nella pratica, le posizioni originaliste vengono spesso sostenute, ma ciò è solo una retorica argomentativa tra le altre, per sostenere questa o quella interpretazione della Costituzione, conformemente all’aspettativa non del mondo che fu, ma del mondo di oggi, secondo la visione dell’interprete. Di regola, la Costituzione vivente piace di più a chi lavora per l’estensione dei diritti e meno a chi opera in direzione opposta, e il contrario vale per la costituzione originaria [...] D’altro canto, un carattere non accidentale delle Costituzioni è la loro natura di principio. I principi sono norme nate per loro natura per svilupparsi.» L’intero contributo è disponibile *on line* per approfondimenti al seguente riferimento: <https://www.slideshare.net/INSMLI/la-costituzione-vivente>.

teoria dell'interpretazione costituzionale che prescrive la necessità di un'evoluzione continua delle pratiche interpretative, e fatta propria, nel nostro ordinamento, dalla ormai acquisita alla scienza giuridica "interpretazione costituzionalmente orientata", di modo che le stesse siano, per così dire, "al passo coi tempi": i mutamenti delle contingenze, allora, non falsificano le interpretazioni precedenti, ma rendono sbagliato ciò che prima era giusto. In quest'ottica, allora, non esiste, né potrebbe essere altrimenti, una verità interpretativa intertemporale ed immutabile a prescindere dalle circostanze storiche attinenti alla sua formazione¹⁰.

È sulla base di questo assunto che è nato l'orientamento della già accennata cosiddetta "lettura costituzionalmente orientata" delle norme, teleologicamente indirizzato a riempire la normativa di rango ordinario di un senso più alto; nello specifico, il senso costituito dai contenuti, sostanzialmente dinamici e non rigidi, inseriti nella Legge Fondamentale.

Nel variegato novero delle contingenze "materiali" (che possono appartenere, di volta in volta, all'ambito politico, sociale, demografico, economico, o a una commistione di tutti o alcuni di essi) suscettibili di fornire nuovi canoni interpretativi dei contenuti del diritto costituzionale (i quali, nell'ottica della gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico, si riverbereranno inevitabilmente anche a monte sulla scrittura, e a valle sull'interpretazione, delle fonti di rango inferiore), vi è, con un ruolo che negli ultimi decenni ha assunto un rilievo ed un'incidenza sempre maggiori (in considerazione dell'esponenziale rapidità con cui tale settore si è prestato al progresso), l'evoluzione tecnologica, e in particolare la cosiddetta rivoluzione informatica, sui cui rapporti con la *scientia juris* è già fiorita da tempo un'ampia produzione letteraria¹¹.

¹⁰ Riflessione riportata in O. CHESSA, *I Giudici del Diritto. Problemi Teorici di Giustizia Costituzionale*, 2014, Milano, p. 194.

¹¹ Si veda, *ex multis*, DURANTE – PAGALLO, *Manuale di Informatica Giuridica e Diritto delle Nuove Tecnologie*, Torino, 2012, la cui introduzione recita: «Il presente volume nasce dalla convinzione di fondo che la rivoluzione informatica stia mutando alla radice principi, concetti ed istituti degli ordinamenti giuridici contemporanei, producendo altresì fattispecie inedite e fenomeni del tutto nuovi. [...] Il modo per cogliere l'impatto della tecnologia sul diritto e la società, riguarda propriamente gli studi sul diritto delle nuove tecnologie e come la rivoluzione informatica stia modificando alla radice vecchi istituti giuridici, oppure ne stia creando di affatto nuovi. Se nel primo caso gli esempi di scuola sono le trasformazioni

In altre parole, parallelamente allo sviluppo delle nuove tecnologie, vengono forniti nuovi canoni ermeneutici e nuove fattispecie, che si innestano sul rigido testo costituzionale (il quale, per la sua stessa natura, non può adeguarsi alla realtà materiale con la medesima rapidità con cui può farlo la legge ordinaria, contraddistinta dal già richiamato *iter* procedurale più snello) e sui valori in esso propugnati e tutelati, i quali non possono certamente essere interpretati nelle stesse modalità in cui lo erano ai tempi in cui il testo costituzionale fu redatto.

Del resto, la necessità che la Costituzione, intesa come diritto vivente, e quindi funzionale a una concreta e fattiva disciplina dei rapporti economici e sociali tra cittadini, e quindi in senso orizzontale, si rinviene anche nell'aspetto speculare, o a ritroso, della lettura costituzionalmente orientata delle norme dettate dalle fonti ordinarie, ove lo sforzo della giurisprudenza è costante nell'interpretare e applicare le norme nel senso che queste diano concreta applicazione ai sovraordinati principi costituzionali, i quali, in ultima analisi, vengono resi diritto vivente attraverso l'applicazione immediata, e l'esegesi, delle norme ordinarie da parte del formante giurisprudenziale.

In particolare, l'opera interpretativa sopra descritta, ha trovato il proprio campo di applicazione nell'ambito ove la tutela costituzionale ha la sua maggior valenza, ossia nella tutela della persona per quanto attiene la risarcibilità dei danni non patrimoniali, nel caso in cui vengano lesi valori costituzionalmente riconosciuti. È quindi evidente il rilievo che essa viene ad assumere nell'ambito del diritto delle tecnologie, ove la velocità e l'imponente diffusione di notizie inerenti la persona è di per sé idonea a ledere la sfera personale di altri soggetti.

La giurisprudenza ha avuto modo di orientare in senso conforme ai principi costituzionali l'art. 2059 cod. civ., secondo il cui tenore letterale "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge": a fronte di detta rigida tipizzazione

occorse al copyright e alla privacy, la seconda ipotesi può essere illustrata con il caso dei reati informatici che, per definizione, non esisterebbero senza l'invenzione e l'uso dell'elaboratore.».

normativa, la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹², e in modo logicamente e cronologicamente successivo, quella della Corte Costituzionale¹³, ha specificato come la tutela dei valori costituzionali possa in qualche modo prescindere dal *numerus clausus* delle ipotesi risarcitorie stabilite dalla legge, con la conseguenza che, avendo riconosciuto una posizione preminente, anche ai fini del risarcimento del danno, all'art. 2 della Costituzione, ha reso diritto vivente la

¹² Così Cass. Civ., sentenza n. 8827 del 31.05.2003, secondo cui: «La tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059, in relazione all'art. 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza), non può essere ulteriormente condivisa.

Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione – che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – il danno non patrimoniale deve essere inteso come una categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona.

Tale conclusione trova sostegno nella progressiva evoluzione verificatasi nella disciplina di tale settore, contrassegnata dal nuovo atteggiamento assunto, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, in relazione alla tutela riconosciuta al danno non patrimoniale, nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica [...] Una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo costituisce la forma minima di tutela [...] D'altra parte, il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.».

¹³ Corte Cost., sentenza n. 233 dell'11.07.2003, che ricollegandosi alle precedenti massime della Corte di Cassazione così afferma: «Giova al riguardo premettere che può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 cod. civ. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo.» In due recentissime pronunce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828) che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene infatti prospettata, con ricchezza di argomentazioni, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità fisica e psichica della persona; sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

dichiarazione programmatica enunciata dalla predetta norma costituzionale, traendola dall'alveo delle dichiarazioni di principio per rendere il principio stesso ivi enunciato funzionale ad una concreta tutela del cittadino.

Quanto sopra esposto può traslarsi anche al tema delle nuove tecnologie, ove i profili di rilevanza costituzionale rappresentano, allora, null'altro che uno fra i principali fattori causativi di una serie di operazioni ermeneutiche innovative, che vengono tuttavia effettuate su di un testo già dato e per così dire "fisso" – o comunque suscettibile di essere modificato con una discrasia cronologica tale, rispetto alla realtà materiale, da rendere inevitabile delle interpretazioni innovative precedentemente alle sue modificazioni testuali –: ciò perché, come è noto, il mondo della scienza e della tecnica evolve più rapidamente della scienza giuridica; di qui la necessità di adattare strumenti "vecchi" per la regolamentazione di fattispecie "nuove".

In proposito si osserva che numerosi sono i profili sui quali l'interprete si è soffermato, nel tentativo di coniugare il "diritto vivente" riguardante l'evoluzione delle nuove tecnologie, con il testo cristallizzato fissato dall'Assemblea Costituente ormai settant'anni fa, atteso anche che, fra le varie contingenze che hanno subito cambiamenti in questo lasso di tempo, quella costituita dalla tecnologia è probabilmente quella che ha comportato i cambiamenti più netti e radicali.

Chiarita la natura eminentemente giusprivatistica del presente elaborato nella sua architettura complessiva, in questo articolo verranno trascurati profili che coinvolgono lo sviluppo tecnologico, pur di sensibile ed anzi primaria rilevanza costituzionale (sui quali peraltro fiumi di inchiostro sono già stati riversati, e che verranno immediatamente richiamati *infra*, almeno per quel che concerne i contributi di maggiore interesse), ma afferenti ad ambiti di natura più eminentemente giuspubblicistica, quali, a titolo meramente esemplificativo, l'eventuale impiego, nonché la compatibilità con i dettati costituzionali del cosiddetto "voto elettronico"¹⁴; l'annosa

¹⁴ Per quanto riguarda le implicazioni connesse a questo tema, si vedano le riflessioni contenute in M. RUBECCHI, *Il Diritto di Voto: Profili Costituzionali e Prospettive Evolutive*, Milano, 2016, pp. 169 ss.

questione della cosiddetta “convergenza”¹⁵; l’impiego della tecnologia nella ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni¹⁶; l’utilizzo delle nuove tecnologie nell’ottica della digitalizzazione dell’azione della pubblica amministrazione¹⁷; la copiosa dottrina penalistica sorta in seguito all’emersione, *de facto* resa possibile in esito agli sviluppi tecnologici dell’ultimo trentennio, della nuova fattispecie del cosiddetto “reato informatico”¹⁸; senza dimenticare le implicazioni potenziali sul cosiddetto “giusto processo”, principio costituzionale regolato dall’art. 111, derivanti da una diffusione più capillare degli strumenti tecnologici, con l’applicazione, variamente declinata presso i vari Tribunali, del “processo telematico”¹⁹, soprattutto per quel che attiene alla rapidità ed efficienza che tali strumenti dovrebbero poter

¹⁵ Sul tema si veda diffusamente il contributo di M. CUNIBERTI, *Nuove Tecnologie e Libertà della Comunicazione: Profili Costituzionali e Pubblicistici*, Milano, 2008.

¹⁶ Vv. MORELLI – TRUCCO, *Diritti e Territorio: Il Valore delle Autonomie nell’Ordinamento Repubblicano*, Milano, 2015, diffusamente e in particolare pp. 72 e seguenti.

¹⁷ Si veda in particolare Aa.Vv., *Accesso alla Rete e Uguaglianza Digitale*, Milano, 2008; si veda, in particolare, per quanto riguarda la richiamata tematica, il contributo di F. Camilletti, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione per Violazione del Diritto all’Uso delle Tecnologie* (pp. 85 – 104), nonché D. Galliani, *L’Accessibilità ai Siti Internet delle Pubbliche Amministrazioni e la c.d. “Legge Stanca”* (pp. 107 – 116).

¹⁸ *Ex multis*, si vedano diffusamente: D’AIUTO – LEVITA, *I Reati Informatici. Disciplina Sostanziale e Questioni Processuali*; CUOMO – RAZZANTE, *La Nuova Disciplina dei Reati Informatici*.

¹⁹ Sul processo telematico si veda: A. CONTALDO – M. GORGA, *Il Processo Telematico*, Linea Professionale 2012. Interessanti riflessioni *de jure condendo* in proposito vengono svolte anche da G. ZICCARDI, *Il Computer e il Giurista*, Milano, 2015., ove si evidenzia: «Gli anni più recenti hanno visto alimentarsi un vivace dibattito dottrinale, anche in Italia, avente al centro il problema della digitalizzazione dell’intero sistema processuale e della c.d. obbligatorietà del processo civile telematico. In senso più ampio, la questione ha investito l’avvento del tanto atteso percorso di modernizzazione del sistema – giustizia in ambito civile, penale, amministrativo e tributario ma anche l’utilizzo degli strumenti elettronici negli studi legali e negli uffici pubblici. In particolare, sul tema del processo civile, la L. n. 228/2012, c.d. “Legge di stabilità” del 2013, ha previsto il deposito obbligatorio (e con tecnologie telematiche) degli atti processuali e dei documenti del giudizio. Si tratta di un evento storico, sia per la nascita di un diffuso interesse nei confronti dell’informatica giuridica, sia per le nuove proposte di soluzione informatica, pubblicazione di studi specifici ed eventi formativi volti a chiarire l’importanza epocale di tali provvedimenti. Numerosi Consigli dell’Ordine degli Avvocati hanno selezionato alcuni consiglieri informatici al fine di aiutare il giurista più tradizionale e meno avvezzo all’informatizzazione. Il sogno di molti studiosi della materia è che un domani tutti i documenti cartacei possano essere digitalizzati.».