

Introduzione

Nell'ultimo decennio circa diversi studi hanno esaminato, in più Paesi europei, gli effetti dei diritti fondamentali sui rapporti tra privati e sui rapporti contrattuali. Si pensi all'opera che ha aperto questa prospettiva, il libro di Chantal Mak, *Fundamental Rights and Private Law* del 2008¹ e, di qualche anno successivo, all'ampio volume di Maurin, *Contrat e Droit fondamentaux* che è del 2013², che hanno portato l'attenzione su un tale genere di effetti in un momento in cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquistava efficacia vincolante. Questa prospettiva negli anni successivi ha conosciuto uno sviluppo, ed è divenuta condivisa nell'ambiente europeo. Si guardi tra l'altro alla circostanza che nel manuale di diritto dei contratti inglese *Contract Law* di McKendrick il paragrafo finale del primo capitolo è intitolato *Contract law and human rights*³. Negli ordi-

¹ C. 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*, The Netherlands, 2008; praticamente contemporanea l'interessante opera di CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, München, 2007. Si v. anche l'opera collettanea *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview*, vol. II, *Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, ed. by Brüggemeier, Colombi Ciacchi, Comandé, Cambridge, 2010; e la ricostruzione di BUSCH and SCHULTE-NÖLKE, *Fundamental Rights and Private Law*, Munich, 2011.

² MAURIN, *Contrat et droit fondamentaux*, Paris, 2013. Si v. più recentemente MAURIN, *La conciliazione ragionata tra i diritti fondamentali e il contratto privato*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di Alpa e Conte, Torino, 2018, p. 279 ss. ALPA, *Il modello francese*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., p. 54, rileva che in Francia non si sia sentita la necessità di ammodernare la cultura del diritto civile alla luce della Costituzione – rinnovamento che è stato promosso dal *Conseil constitutionnel* – «quasi fino al giorno d'oggi» in linea con un ripiegamento su sé stessi dei civilisti e una rigida separazione tra diritto pubblico e diritto privato. Negli anni successivi: TRSTENJAK, WEINGERL (ed.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Switzerland, Springer, 2016; per l'ordinamento tedesco il lavoro esito di una *Dissertation* di dottorato, STARKE, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, Tübingen, 2016.

³ MCKENDRICK, *Contract Law*, London, 8^a ed., 2009, p. 11 ss., che fa riferimento allo *Human Rights Act* del 1998 che ha introdotto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto inglese; questo par. è presente nell'opera di McKendrick almeno dal 2004. ALPA, *Il mo-*

namenti italiano e tedesco dove vi era a riguardo una tradizione risalente rispetto agli effetti della Costituzione sul diritto privato, il tema è stato studiato soprattutto sotto il profilo dell'efficacia orizzontale, diretta o indiretta, dei diritti fondamentali sul diritto privato; prima appunto con riguardo alle norme costituzionali, poi rispetto alle previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴.

Nel medesimo intervallo di anni altri studi hanno avuto ad oggetto la relazione tra autonomia privata e diritti della personalità, e la disposizione di elementi dei diritti della personalità attraverso il ricorso all'autonomia privata, che da sempre è una relazione dibattuta⁵. Negli anni più vicini è stato oggetto d'esame l'impatto delle nuove tecnologie sulla tutela dei diritti della persona rispetto al quale, come si vedrà, pure viene in considerazione la relazione tra contratto e diritti della persona, o perché il contratto è necessario per accedere all'utilizzazione della tecnologia, o perché la disciplina del contratto si presta a venire in applicazione in quanto la protezione del diritto della personalità si innesta nel contesto di un rapporto di natura contrattuale tra le parti⁶.

dello inglese, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., p. 27 ss., da cui risulta che i rapporti tra la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese si sono rivelati complessi (p. 47). Per il diritto inglese si v. COLLINS, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, University of Cambridge Faculty of Law, *Research Paper*, n. 13, 2011, e v. anche COLLINS, *Sulla (in)compatibilità del discorso sui diritti umani e il diritto privato*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., p. 232 ss. In queste opere il discorso è impostato principalmente su come i supposti valori solidaristici impliciti nei diritti fondamentali potrebbero mettere in discussione il significato più puro dell'autonomia privata e l'indipendenza degli istituti privatistici della proprietà, del contratto e del fatto illecito; sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato in relazione ai diritti fondamentali; sulle difficoltà di un'applicazione diretta dei diritti fondamentali rispetto a quella indiretta che comunque consente l'innovazione del sistema giuridico; sulla problematicità di intendere un diritto fondamentale nello stesso modo nel contesto del diritto pubblico e nel contesto del diritto privato.

Per il nostro ordinamento NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 644 ss.; DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011.

⁴ Si v. per l'esame maggiormente focalizzato, oltre all'effetto delle norme costituzionali, sulle citate fonti a livello europeo le opere di ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 108 ss.; ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 53 ss., 192 ss.; ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di Caggia e G. Resta, Roma, 2019, p. 9 ss.; FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019.

⁵ G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; G. RESTA, voce *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nell'Ue*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2013; NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 133-152; ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, Utet, 2019.

⁶ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014; G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, cit., p. 117 ss.

Il presente lavoro indaga la relazione tra contratto e diritti della persona a partire dalla constatazione che tradizionalmente nel diritto privato la tutela dei diritti della persona e la disciplina del contratto sono sempre stati guardati come ambiti separati, scarsamente comunicanti tra loro. In questa prospettiva gli effetti dei diritti fondamentali sul diritto contrattuale, manifestatisi nel nostro ordinamento relativamente agli effetti prodotti dalle norme costituzionali sul diritto privato e ancor più, in tempi più recenti, con la penetrazione delle tutele della persona contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rappresentano un fattore di avvicinamento dei diritti fondamentali della persona al diritto contrattuale.

Tenendo conto degli studi che si sono indicati sopra e dei fenomeni che ne sono alla base, come l'acquisizione di importanza dei principi e delle norme a protezione della persona nella Costituzione e nelle Carte europee e la penetrazione nella realtà sociale di progressi scientifici e nuove tecnologie, assieme ad altre più recenti tendenze che hanno investito la realtà sociale ed economica negli ultimi anni, su cui ci si soffermerà nell'ultimo capitolo, si andrà ad indagare se questa separazione possa dirsi ancora attuale. E, facendo un passo concettuale ulteriore, se a dispetto della ritenuta tradizionale separazione tra ambiti distinti di disciplina giuridica, il contratto possa farsi da strumento di realizzazione dei diritti della persona e dei diritti della personalità.

Il titolo del presente lavoro giustifica diverse indagini sul quesito se il contratto possa essere veicolo di realizzazione dei diritti della persona. Innanzitutto la relazione tra contratto e la realizzazione dei diritti della persona si può analizzare rispetto alla disciplina dei rapporti contrattuali per andare a riscontrare come la tutela dei diritti della persona, e la direzione verso la loro realizzazione, possa – o anzi a volte – debba, trovare spazio anche nel contesto di un rapporto contrattuale. Questo porta ad esaminare l'effetto delle norme costituzionali sui rapporti tra privati e più di recente l'effetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione dei diritti dell'uomo sui rapporti tra soggetti privati. A tale riguardo il contratto realizza i diritti della persona in quanto ne deve temperare la soddisfazione, indicata da fonti di tutela dei diritti della persona, nel contesto di un rapporto di natura patrimoniale. Si andrà poi a guardare a quelle ipotesi in cui il contratto si fa strumento utile alla realizzazione dei diritti della persona in quanto strumento giuridico di accesso a determinate utilità che la scienza e la tecnologia hanno reso possibili in tempi recenti, utilità che possono consistere ad esempio nell'accesso a pratiche mediche o a risorse telematiche. Altri ambiti ancora meritano di essere esaminati nella prospettiva della realizzazione dei diritti della persona attraverso il contratto, come quello delle c.d. clausole protettive dei

diritti dell'uomo nell'ambito della contrattazione internazionale. Infatti, che il contratto possa contenere delle clausole di protezione dei diritti dell'uomo risulta originale rispetto alla tradizionale separazione tra contratto e diritti della persona. Guardando ai fenomeni che hanno avuto un'evoluzione in tempi recenti si deve prestare attenzione agli sviluppi della diffusione e della regolazione delle organizzazioni *non profit*. E alla prospettiva della responsabilità sociale d'impresa quando si serva dello strumento contrattuale e sia diretta alla tutela e alla realizzazione di diritti della persona. Ed ancora ai modi alternativi di risoluzione delle controversie, andando ad esaminare se in tale contesto sia effettivamente possibile ravvisare il contratto quale mezzo per la realizzazione dei diritti della persona.

Si rinvia alle conclusioni del lavoro per la constatazione che oggi la tramandata separazione tra diritto contrattuale e diritti della persona si deve ritenere definitivamente superata. E che anzi tali due ambiti del diritto privato sono destinati nella realtà contemporanea ad operare attraverso una vicendevole costruttiva interazione nella regolazione dei rapporti giuridici. Ad esito dell'analisi condotta ne risulterà inoltre che la medesima figura del contratto ha conosciuto dei mutamenti prestandosi ad essere adottata anche in maniera più flessibile rispetto al modello contrattuale tradizionale caratteristico dei rapporti economici, assumendo finalità di tipo regolatorio in termini più ampi rispetto alla disciplina di un rapporto di mercato.

Capitolo Primo

Diritto contrattuale e diritti della persona. Dalla tradizionale separazione tra diritto contrattuale e diritti della persona alle prospettive attuali

SOMMARIO: 1. La tramandata separazione tra diritto contrattuale e diritti della persona e le tendenze attuali. – 2. L'assenza dei diritti della personalità nel codice del 1865. L'elaborazione della categoria dei diritti della personalità in Germania e il suo recepimento da parte della dottrina italiana. – 3. L'ingresso dei diritti della personalità nel codice del 1942. La persistente separazione tra diritti della persona e diritto contrattuale. – 4. I diritti della personalità nella Costituzione e gli effetti delle previsioni costituzionali sul diritto privato. – 5. Le vie di superamento e la persistente separazione concettuale tra diritto contrattuale e diritti della persona tra l'efficacia sul diritto privato delle norme costituzionali e la cessione per contratto degli attributi della personalità. – 6. Gli effetti delle previsioni costituzionali e delle Carte europee sul diritto privato: l'autonomia privata in senso sostanziale e la tutela dei diritti della persona nel contesto della disciplina del contratto.

1. La tramandata separazione tra diritto contrattuale e diritti della persona e le tendenze attuali

È stata tramandata nell'esperienza del nostro ordinamento giuridico la separazione tra il diritto dei contratti e, d'altra parte, i diritti della persona e della personalità¹. Tanto si è manifestato, ad esempio, nell'assunto della non risarcibilità del

¹ Diritti della persona e diritti della personalità sono espressioni adottate nell'ambito del diritto privato che tendono oggi ad essere utilizzate quali sinonimi, anche se più precisamente l'espressione diritti della persona designa i diritti inerenti alla persona fisica nella sua corporeità o nella sua integrità psico-fisica, mentre quella di diritti della personalità i diritti che afferiscono alla sfera relazionale e morale dell'individuo. Tra questi ultimi si ricomprendono, ad esempio, il diritto al nome, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, mentre tra i diritti della persona in senso stretto il diritto alla salute, all'autodeterminazione in campo sessuale e procreativo, all'autodeterminazione rispetto agli atti di disposizione del corpo (con i relativi limiti). MARELLA, *Diritti della persona*, in *Diritto civile, Norme, questioni, concetti*, I,

danno non patrimoniale contrattuale², nella difficoltà a qualificare il consenso all'utilizzazione di elementi attinenti ai diritti della persona ed il rapporto avente ad oggetto la cessione di tale utilizzazione³, nella storica difficoltà ad ammettere la

a cura di Amadio e Macario, Bologna, 2014, p. 136. I diritti della persona sono stati spesso intesi in questa accezione ristretta relativa ai profili corporei e materiali dell'uomo specie agli inizi del '900, mentre col tempo l'espressione ha lasciato spazio ad una concezione più ampia, aperta a contemplare tutti gli attributi fisici e morali della persona umana. Contemporanea e tributaria delle elaborazioni tedesche è l'espressione diritti della personalità, adeguata a comprendere sia i profili materiali che quelli morali della personalità, e a volte nelle ricostruzioni di alcuni giuristi tedeschi, da cui proviene, anche i diritti sui beni immateriali esterni alla persona come i diritti sulle opere dell'ingegno, NAVARRETTA, voce *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Annali Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, p. 355 s. Osserva G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. informaz. inform.*, 2007, p. 1043 s., che la formula "diritti della personalità" è correntemente in uso presso gli ordinamenti di *civil law*, oltre che in alcuni sistemi c.d. misti, come quello del Québec. Ed è locuzione tradizionalmente impiegata nel discorso del giusprivatista per designare una particolare tipologia di diritti soggettivi, aventi ad oggetto attributi della personalità fisica ed immateriale, connotati, sul piano del regime giuridico, da caratteri antitetici rispetto a quelli tipici dei diritti patrimoniali (come inalienabilità, irrinunciabilità, ecc.). Diversamente, la nozione di diritto (o diritti) della personalità è sconosciuta, o per lo meno raramente utilizzata, tanto da risultare difficilmente traducibile, nei sistemi di *common law* (i sintagmi "*personality rights*" o "*rights of personhood*" sono adottati solo saltuariamente e senza la valenza di categorie ordinanti), nei quali si ricorre all'espressione "*privacy*". In questi sistemi il discorso sulla *privacy* e sulla tutela degli altri interessi della persona non è, in ogni caso, condotto (come nella nostra esperienza) in un'ottica sostanzialistica, bensì prevalentemente remediale.

² Si è osservato che «gli argomenti del pensiero negazionista (...) (ormai superati dal dato positivo per ciò che concerne il contratto di pacchetto turistico) sono sostanzialmente riconducibili al preconcetto che il contratto, ex art. 1321 c.c., è volto a regolare rapporti giuridico-patrimoniali e, di conseguenza, l'obbligazione, che del contratto è l'effetto, e la connessa responsabilità da inadempimento [mentre] non si prestano a veicolare e tutelare interessi di natura non patrimoniale», MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 437.

³ Come si vedrà *infra*, cap. 3, par.1, tale qualificazione si basa classicamente sul carattere della indisponibilità dei diritti della persona, e sul loro carattere non patrimoniale contrapposto alla patrimonialità del contratto. Avverte NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., p. 133, che «invero, l'autonomia che fuoriesce dal campo dell'iniziativa economica penetrando nella dimensione personale si carica di un alto tasso di problematicità, inevitabile per via dello scarto tra avere ed essere che ne segna il passaggio. Intesa infatti non come mera regolazione di rapporti, ma come attività dispositiva di diritti, essa evoca l'idea di alienazione e quindi una perdita della persona, la quale, come effetto giuridicamente sanzionato, è ben difficilmente integrabile in un sistema che, oltre a riconoscere l'invulnerabilità dei diritti dell'uomo (art. 2 Cost.), promuove il valore dello sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2° Cost.)». Rileva ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf. inform.*, 1993, p. 545 s., che «il tema dell'utilizzazione economica degli attributi della personalità, nella vastità degli studi e delle ricerche, [è], se non ignorato, sicuramente relegato in un secondo e modesto piano non ritenuto, finora, meritevole di autonoma trattazione», salvo eccezioni che l'a. richiama in nota. «La problematica della rilevanza giuridica degli attributi della personalità è stata fortemente influenzata, fin dal suo sorgere, da considerazioni etico-morali, evidenziandosi da un lato la "sacralità" della persona, dall'altro la sua non monetizzabilità. Ne sono eloquente conferma il travaglio di dottrina e giurisprudenza in ordine al risarcimento del danno non patrimoniale; e, specularmente, la refrattarietà, solo di recente sovvertita, ad attri-

ricorrenza di un rapporto contrattuale tra il medico e il suo paziente per l'esigenza di tener ferma la revocabilità del consenso all'intervento terapeutico⁴.

Questa separazione tra diversi ambiti dell'ordinamento giuridico, del diritto contrattuale rispetto a quello dei diritti della persona⁵, che si è associata alla distinzione tra la regolazione della sfera delle situazioni e dei rapporti giuridici patrimoniali rispetto quella delle situazioni e dei rapporti non patrimoniali, appare oggi non più attuale alla luce del concorso di più fattori⁶.

Tra questi l'accresciuta importanza della tutela dei diritti fondamentali⁷ a se-

buire valore economico alle lesioni della personalità. In questo contesto non stupisce che si siano ritenute le categorie del negozio giuridico e dei diritti della personalità se non antitetiche almeno scarsamente comunicanti fra loro».

⁴Osserva CARUSI, *Atti di disposizione del proprio corpo*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, III, pp. 7 e 10, cit. da AGOSTINELLI, *Donazione di sangue e di organi*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 687, nota 58, che «l'esigenza di tener ferma la revocabilità del consenso all'intervento terapeutico è verosimilmente una delle ragioni della storica difficoltà ad ammettere la ricorrenza di un rapporto contrattuale tra il medico e il suo cliente. Vincendo quella difficoltà, la scienza giuridica prende atto della possibilità, e della necessità, che il consenso del paziente sia riguardato – pur quando sia unico il fatto storico della manifestazione – nella duplice prospettiva della causa di giustificazione e dell'autoregolamento d'interessi: nella sua funzione scriminante, così, il consenso resta revocabile, ciò non esclude, in linea di principio, che dal consenso, visto nel suo profilo contrattuale, possa originare una responsabilità».

⁵La separazione di tali ambiti è chiaramente identificabile nel nostro ordinamento. Se pure con riguardo ai diritti fondamentali (sulle differenze tra diritti della personalità e diritti fondamentali si v. qui *infra*, nota 7) si è affermato, con un'osservazione che non è relativa esclusivamente al nostro ordinamento e che richiama quindi l'idea che si tratta di una separazione di ambiti generalmente e diffusamente accolta, che «in the sphere of the legal system, the concepts of contract law and fundamental rights are usually regarded as lying poles apart. The law of contract is normally classified as a part of private law, which primarily concerns the legal relations between private individuals, whereas fundamental rights are traditionally believed to apply primarily or even solely to relations between citizen and the state in public law», COLLINS, *Building European Contract Law on Charter Rights*, in *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, ed. by Collins, Cambridge, Intersentia, 2017, p. 1.

⁶Parla di «progressiva permeabilità dell'istituto del contratto rispetto ad interessi di natura personale», NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contr.*, 2010, p. 734.

⁷A volte le espressioni diritti fondamentali e diritti dell'uomo, e, anche se meno spesso, quelle di diritti della persona o diritti della personalità e di diritti fondamentali, sono utilizzate in maniera intercambiabile. Si potrebbe anche ritenere che lo siano, se queste espressioni siano adottate in un senso lato; tuttavia differenze semantiche tra queste sono identificabili, e ad esse si fa affidamento quando le espressioni sono adottate secondo un significato più tecnico. Mentre le espressioni diritti della persona e diritti della personalità sono adottate nell'ambito del diritto privato (e sul loro significato v. *supra*, nota 1), l'espressione diritti fondamentali rinvia ai diritti incorporanti valori personali e sociali fondamentali nei documenti costituzionali nazionali e nei trattati internazionali ed è stata quindi tradizionalmente maggiormente adottata nell'ambito del diritto pubblico. Come espressione molto generale può prestarsi a ricomprendere quei diritti fondamentali che più specificamente ineriscono alla tutela della persona così come diritti come quello all'autonomia contrattuale (si v. in tal senso il famoso caso deciso nel 1993 dalla Corte costituzionale tedesca, su cui v. *infra*, cap. 2, note 8 e 15), il diritto di proprietà, e i

diritti dei consumatori (enunciati espressamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sui quali si v. comunque la trattazione svolta *infra*, cap. 2, par. 8) che non potrebbero essere reputati diritti della persona o della personalità. Si abbia presente che la proprietà viene ricompresa tra i diritti umani ad esempio dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 1 del Protocollo addizionale del 1952 e dalla Costituzione norvegese del 1815, sec. 105 (cfr. LILLEHOLT, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Norway*, in TRSTENJAK, WEINGERL (eds.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, cit., p. 478). Si è detto che «la qualificazione di alcuni diritti come fondamentali esprime il loro duplice radicamento dentro e fuori un ordinamento di diritto positivo, cioè la loro inerenza a molteplici universi: quello delle norme giuridiche, quello dei principi universali di giustizia, e quello dei valori concreti che determinate etiche e culture assumono come prioritari», M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in *I diritti in azione*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007, p. 512 s. Rispetto alla distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani l'a. osserva che «i diritti positivizzati e riconosciuti come fondamentali da determinati sistemi giuridici, entro certe coordinate politico-culturali, sono distinguibili dai “diritti umani” in quanto richiamo deontologico ad un ideale morale universale. Questi ultimi possono aspirare ad acquisire portata giuridica e a ricevere tutela effettiva soltanto divenendo fondamentali, una volta assunti nelle strutture normative e istituzionali di un ordinamento, statale o sovranostatale. Ma è possibile distinguere i due concetti anche considerandoli entrambi sotto il profilo strettamente giuridico: i diritti umani, infatti, delineano quella cornice deontologica minima, fissata generalmente da convenzioni internazionali, che definisce ciò che è dovuto inderogabilmente ad ogni essere umano, indipendentemente dal suo status o dalla comunità giuridico-politica cui appartiene (rientrano in questo tipo di previsioni, ad esempio, il divieto di tortura e il divieto di riduzione in schiavitù); mentre i diritti fondamentali sono standard normativi previsti da norme di rango costituzionale in uno specifico ordinamento, nazionale o sovranazionale, che li assume come suoi obiettivi primari, oltre che come base della sua legittimità (ad esempio il diritto di voto o il diritto all'istruzione)». Aggiungendo poi: «la distinzione peraltro non è priva di una qualche flessibilità, che affiora soprattutto nelle interpretazioni teoriche: anche la nozione di diritti umani infatti è investita in alcune teorie di un significato giuridico. Basti ricordare a titolo di esempio due note affermazioni di Bobbio e di Habermas che utilizzano rispettivamente le nozioni di “diritti dell'uomo” e “diritti umani” in senso costituzionalmente rilevante» (p. 515). Sui diritti fondamentali si v. ad es. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, che tratta delle libertà fondamentali (come la libertà personale, la libertà di domicilio, la libertà di comunicazione, il diritto alla riservatezza, la libertà di circolazione e di soggiorno, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di religione, la libertà di riunione, la libertà di associazione) e poi, quali diritti fondamentali, dei diritti economici, dei diritti sociali, dei diritti culturali, del diritto e l'inizio della vita, del diritto alla salute, dei diritti fondamentali in ambito familiare, dei diritti politici, dei doveri inderogabili. Per l'espressione diritti dell'uomo si v. anche *infra*, nota 15. L'interessante ricostruzione di NAVARRETTA, voce *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, cit., pp. 355, 357 s., mette in rilievo la contiguità concettuale tra uomo e persona e così tra diritti umani e diritti della persona concludendo che «se uomo e persona concettualmente non divergono così come non cambiano nell'essenza e nel contenuto i diritti dell'uomo e i diritti della persona, evidentemente il fattore che determina l'immagine di una loro potenziale divergenza non deriva dal piano concettuale, bensì dai differenti contesti di riferimento e dalle varie forme di tutela che ad essi si associano. La medesima categoria, in sostanza, può agire, più o meno intensamente e valorizzando taluni o altri aspetti, a seconda del differente ambito [rapporti internazionali o interni ai singoli ordinamenti giuridici] di intervento. (...) Non si deve confondere la varietà degli apparati rimediali e la molteplicità dei contesti conflittuali (...) con una presunta diversificazione dei concetti e dei valori di riferimento. (...) In sostanza, i diritti della persona, intesi nella loro più ampia accezione, non divergono concettualmente dai diritti dell'uomo anche se possono diversamente operare e variamente coinvolgere taluni profili più di altri, a se-

guito dell'acquisto di maggiore effettività ed incisività della Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸ e parallelamente della vincolatività giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹, testi che esplicano i loro effetti anche sulle situazioni e sui rapporti di diritto privato¹⁰. Nel contempo, in un mondo caratterizzato da relazioni di carattere internazionale sempre più intense, hanno guadagnato un'atten-

conda del tipo di conflitto in cui si inquadrano e del rimedio al quale tendono. (...) In definitiva, il quadro dei diritti della persona e dei diritti umani presenta lineamenti dinamici, storicamente variabili, a volte frutto di contrasti e di conflitti, ma comunque nel complesso capaci di rappresentare un'identità di valori condivisi. Se di una divergenza si può in qualche modo discorrere fra tali categorie, essa non riguarda il loro contenuto ma semmai il loro potere di intervento, che si modula e si definisce in funzione del contesto di riferimento. Per converso, dal punto di vista concettuale, può tutt'al più rilevarsi una minore latitudine, rispetto all'abbraccio dell'art. 2 Cost., della sola idea tradizionale dei diritti della personalità, ristretti alla sfera morale, ma non può certo condividersi, all'inverso, che la categoria di matrice costituzionale sia incapace di ricomprendere al suo interno tutti i diritti della personalità morale. (...) Allora, se la categoria dei diritti dell'uomo coincide con l'intera latitudine dei diritti della persona, intesi in senso lato, e abbraccia tutti i diritti della personalità – la cui minore estensione concettuale ha ragioni solo tradizionali e storiche, ma può facilmente essere elevata all'equazione generale, valorizzando il testo dell'art. 2 Cost., che evoca lo stesso concetto di «personalità» – risulta evidentemente incomprensibile e inaccettabile l'idea secondo cui i diritti di cui all'art. 2 Cost. sarebbero inadeguati a tutelare la persona in sede civilistica». Traccia una continuità tra diritti della persona in senso privatistico e diritti umani, ALPA, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1996, p. 52, «il settore dei “diritti umani” è uno dei punti più alti di intersezione tra le aree del diritto pubblico e del diritto privato». V. anche *infra*, nota 15. Per la definizione dell'ambito dei diritti dell'uomo rispetto a quello dei diritti della persona v. anche A. Cassese, cit. *infra*, cap. 5, nota 66. Per una distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali adottata a livello convenzionale e operativo il 2014 *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, COM(2015) 191, Commissione europea, 8 maggio 2015, p. 5, nota 13, esplica che l'espressione “diritti fondamentali” è adottata in ambito europeo per esprimere il concetto di “diritti umani” nello specifico contesto interno europeo, e che tradizionalmente l'espressione “diritti fondamentali” è utilizzata in ambito costituzionale mentre l'espressione “diritti umani” è adottata nel diritto internazionale.

⁸ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha acquisito negli ultimi quindici-vent'anni un rilievo nuovo rispetto al passato. JAMIN, *Le droit des contrats saisi par les droit fondamentaux*, in *Repenser le contrat*, dir. Lewkowicz et Xifaras, Paris, 2009, p. 177, riferisce che se c'è qualcosa che ha trasformato l'esercizio della pratica professionale del diritto da una buona dozzina d'anni questa è in primo luogo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E rinvia a DUMAS e GARAUD, *CEDH et droit des affaires*, Paris, 2008.

Sarebbe superata quindi la situazione denunciata da RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 325, che osservava con dispiacere come «un documento così importante nel panorama della cultura giuridica – anzi, nel panorama della cultura senza aggettivi – abbia avuto un'influenza scarsa sul diritto privato».

⁹ Avvenuto nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo, cfr. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., p. 5, e con il Trattato di Lisbona del dicembre 2007 entrato in vigore nel dicembre 2009, e a tale riguardo *infra*, cap. 2, par. 2.

¹⁰ Come si esaminerà diffusamente in senso tecnico *infra*, cap. 2, par. 2.

zione di primario rilievo i diritti dell'uomo e le convenzioni internazionali che li tutelano nelle loro diverse declinazioni¹¹.

Altro fattore che ha portato ad un più intenso contatto tra gli ambiti del contratto e dei diritti della persona risiede nella modificazione della realtà ad esito degli sviluppi scientifico-tecnologico e informatico-telematico. I diritti della persona sono soggetti a maggiori insidie rispetto al passato¹² ma d'altro canto tali progressi hanno offerto possibilità ed utilità nuove¹³. Il contratto è a volte mezzo necessario per accedere a nuove utilità offerte dal progresso scientifico-tecnologico, medico, informatico e telematico, mentre altre volte lo strumento contrattuale si può prestare ad assumere, tra gli altri, un ruolo in funzione protettiva dei diritti della persona, come si vedrà nei prossimi capitoli¹⁴.

Inoltre, lo sviluppo di rapporti commerciali transnazionali che ha contrassegnato la nostra epoca con il connotato della globalizzazione ha portato con sé la realizzazione di attività di produzione in aree lontane dove la protezione dei diritti

¹¹ Dalla Convenzione universale dei diritti dell'uomo Onu del 1948, ai Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 in poi. Convenzioni più recenti sono la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti vulnerabili del 2000, la Convenzione sulla protezione delle persone con disabilità del 2006. La Carta dei diritti fondamentali Ue può essere annoverata tra le fonti internazionali a livello regionale a tutela dei diritti umani. Si può v. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, p. 56, 80 ss. A riguardo v. *infra*, cap. 5, par. 3.

¹² Cfr. G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, cit., pp. 118-119.

¹³ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 70, «nel mondo nuovo della scienza e della tecnica, dove un mutamento radicale investe la stessa antropologia millenaria del genere umano, l'attenzione deve sempre essere rivolta alla persona, non però ai suoi sentimenti soltanto (...). Al destino totalitario (...) nei sistemi democratici deve opporsi una diversa logica, appunto quella dei diritti, che può conservare a tutti e a ciascuno di preservare libertà, autonomia e dignità, così volgendo pure in opportunità quella che altrimenti finirebbe con l'essere considerata solo l'aggressione di una tecnica invincibile. Questo è ormai un dato di realtà, non una semplice ipotesi o una forzatura. Mentre vacillano o scompaiono i grandi assetti politici e ideologici che avevano segnato l'intero secolo passato, mentre gli Stati nazionali rivelano le loro debolezze, occorre ripetere che la narrazione dei diritti percorre il mondo con una ampiezza e intensità davvero senza precedenti, per il numero di persone che ne sono protagoniste, per la velocità con cui si propaga, per la sfida continua che lancia ai più diversi poteri, per i conflitti che suscita». «Sempre più i diritti diventano il tramite obbligato attraverso il quale le istituzioni si confrontano con le persone, dando pure origine a sopraffazioni e conflitti nuovi, che fanno nascere una percezione più acuta e profonda di che cosa voglia dire essere titolare di un diritto e che cosa significhi vederselo negato. (...) La trasformazione è radicale. Non muta solo la dimensione esterna, il catalogo dei diritti riconosciuti, ma lo stesso modo in cui essi sono percepiti, sentiti, praticati. Questo è il mondo nuovo dei diritti, ben più arduo da comprendere e ricostruire di una semplice elencazione di nuovi diritti. Un tempo mutato, dunque, non un semplice esercizio di contabilità, la registrazione di qualcosa che si aggiunge al tempo precedente» (pp. 70-71). V. a riguardo anche *infra*, cap. 5, par. 3.

¹⁴ V. *infra*, cap. 3, parr. 3, 4, 5, 7, 8.

umani manca o non è effettiva, ciò che ha indotto gli organismi internazionali ad intervenire elaborando serie di principi e regole per garantire la tutela della persona, i cui diritti in questo ambito si denominano diritti umani¹⁵, oltre che la tutela delle risorse ambientali. Come si vedrà, tanto avviene anche con il ricorso allo strumento giuridico del contratto, attraverso l'elaborazione di codici di condotta e l'inserimento nei contratti della catena produttiva e distributiva di imprese che operano in queste aree di clausole di protezione di tali diritti¹⁶. Tale impegno per la tutela dei diritti dell'uomo nell'ambito delle attività d'impresa si è poi esteso in maniera più diffusa nelle società occidentali anche a prescindere da una immediata connessione con lo svolgimento di attività imprenditoriali in Paesi in via di sviluppo¹⁷.

L'operare di tutte tali tendenze conduce ad esiti significativi nel mondo del diritto. Nella sfera del diritto contrattuale penetrano in maniera vincolante i sempre più incisivi diritti fondamentali della persona, di modo che i diritti della persona ricevono realizzazione anche in ambito contrattuale e nel contesto di rapporti di tipo contrattuale (si pensi, solo come esempio, alla citata ed ora acquisita risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale)¹⁸. D'altro canto il contratto stesso assume a volte la funzione di mezzo per la tutela e la realizzazione dei diritti della persona. Si pensi, ad esempio, al contratto come mezzo di accesso a tecniche me-

¹⁵ L'espressione diritti dell'uomo o diritti umani è caratteristica del contesto internazionale delle dichiarazioni dei diritti, nonché dell'ambito del dibattito filosofico sui loro fondamenti. Indica i diritti umani come i diritti di cui sono titolari tutti gli esseri umani osservando che, mentre secondo una prima nozione essi coincidono con quei diritti riconosciuti come tali negli ordinamenti nazionali e sovranazionali, secondo una diversa nozione i diritti umani sono i diritti che ineriscono alla persona in quanto tale a prescindere dal riconoscimento o dall'attribuzione di qualche potere pubblico, come espressione di valori e bisogni essenziali della persona umana, FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, p. 14. Per la seconda nozione di diritti umani, quali diritti che ineriscono alla persona in quanto tale, VIOLA e ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 88. Tra i diritti dell'uomo si ricomprendono, ad esempio, il diritto all'autodeterminazione, il diritto alla vita, il divieto di tortura e di pene disumane o degradanti, la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di espressione, i diritti economici, sociali e culturali, il diritto all'accesso alla giustizia e ai rimedi (cfr. SHELTON, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, 142 ss.). Per una trattazione dei diritti umani protetti a livello internazionale, si può v. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., p. 121 ss., che al capitolo V elenca (come titoli dei singoli parr.) i diritti protetti. È facile notare che non tutti tali diritti si prestano ad interessare la sfera dei rapporti privatistici, nemmeno declinati in diritti più specifici rispetto alle ampie sfere dei diritti individuati. Sulla protezione dei diritti umani, KÄLIN e KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, 2019. Ci si è già soffermati sul significato dell'espressione diritti umani *supra*, nota 7.

¹⁶ V. *infra*, cap. 5.

¹⁷ Nel contesto delle attività che ricadono nell'ambito della responsabilità sociale d'impresa su cui *infra*, nel cap. 4, parr. 1, 2, 4.

¹⁸ Si tratteranno tali profili *infra*, nel cap. 2.

dico scientifiche diversamente non accessibili¹⁹, ma anche agli schemi contrattuali che disegnano la tutela della *privacy* del contraente e all'applicazione di discipline del contratto per la tutela dei dati personali²⁰. Si pensi alle citate clausole di tutela dei diritti dell'uomo²¹, al contratto che dà vita ad organizzazioni che perseguono la realizzazione di diritti della persona come le organizzazioni *non profit*²², come si esaminerà nel corso di questo lavoro.

All'osservazione di alcune delle menzionate tendenze attuali si è rilevato che assistiamo oggi ad una c.d. costituzionalizzazione del diritto privato, da leggersi come un superamento della tradizionale separazione tra diritto pubblico e diritto privato, ciò che si nota, più recentemente, con particolare attenzione all'ambito del diritto privato europeo²³. Ed in effetti una delle ragioni a fondamento della separazione tra diritto contrattuale e diritti fondamentali presso gli ordinamenti nazionali si era già in tempi risalenti ravvisata nella netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato²⁴. Il diritto contrattuale era considerato un settore del diritto

¹⁹ A riguardo *infra*, cap. 3, par. 3 e 4.

²⁰ Si v. a riguardo *infra*, cap. 3.

²¹ A riguardo si v. *infra*, cap. 4, par. 1-3.

²² Si v. *infra*, cap. 4, par. 4.

²³ *The Constitutionalization of European Private Law*, ed. by Micklitz, Oxford, 2014; COLLINS, *The Constitutionalisation of Private Law as a Path to Social Justice*, in *The many concepts of justice in European Private Law*, ed. by Micklitz, Cheltenham, Elgar, 2011, p. 133 ss.; CHEREDNYCHENKO, *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, in *Elect. Jour. Of Comparative Law*, 2004, p. 1 ss.; *Constitutional Values and European Contract Law*, ed. by Grundmann, The Netherlands, 2008. A riguardo si v. anche *infra*, cap. 2, par. 1, e nota 8. Così BASEDOW, *Foreword*, in *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Switzerland, Springer, 2016, p. VI, che osserva che «in a comparative perspective, the intertwinement of private law and public law appears to make progress» e a proposito dell'influsso dei diritti umani e dei diritti fondamentali sul diritto privato si può osservare una *constitutionalization of private law*. Ricorda, accanto a questa *constitutionalization of private law*, la costituzionalizzazione che ha interessato il diritto privato a partire dalla metà del secolo scorso e l'insieme di metodologie e tecniche elaborate con la finalità di permeare il sistema civilistico dei principi fondamentali racchiusi nella Costituzione del 1948, NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017, pp. XIII, 211 ss. E su questo processo v. *infra*, par. 4.

Il fenomeno non è nuovo al nostro ordinamento: osserva ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra contratto e persona*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di Alpa e Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 224, che presso di noi la separazione tra diritto privato e diritto pubblico è da tempo superata «grazie al processo di "costituzionalizzazione del diritto privato" di cui Stefano Rodotà è stato il corifeo». Si v. anche *infra*, la nota seg.

²⁴ Le argomentazioni sulla separazione tra diritto pubblico e diritto privato sono risalenti nello studio dei diritti della persona, come si vedrà anche *infra*, par. 2. L'esame dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato rinvia al dibattito svoltosi nel nostro ordinamento negli anni '60 relativamente agli effetti dei principi costituzionali sul diritto privato. Riferisce ALPA, *La cultura delle regole*, Roma-Bari, 2000, p. 355, che quanto all'efficacia della Costituzione sul diritto privato «di una vera e propria svolta si può parlare solo a partire dagli anni Sessanta: con diversi metodi gli

sul quale gli effetti dei diritti fondamentali avevano semplicemente poca presa, mentre la funzione dei diritti fondamentali era limitata a proteggere il singolo dall'eccessivo potere dello Stato²⁵. Si è osservato invece che, in tempi più recenti, in molti ordinamenti europei, e in quello tedesco in particolare, i diritti fondamentali e il diritto contrattuale hanno iniziato ad avvicinarsi l'uno all'altro a velocità sempre maggiore²⁶.

studiosi del diritto civile si interrogano sulla attualità e sulla utilità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, se ne tracciano i nuovi confini, se ne individuano le radici filosofiche e sociologiche, se ne discute la necessità e se ne sottolineano i presupposti ideologici ed economici. In termini riassuntivi, si apre il dibattito sulla crisi della distinzione, che, per i civilisti, significa una vera e propria "crisi del diritto privato"». V. anche *supra*, nota prec., l'affermazione di Basedow, e *infra*, nota 26, l'affermazione di Cherednychenko.

Oggi si può guardare anche ad un'altra e diversa prospettiva di superamento della classica distinzione tra pubblico e privato, emersa con la globalizzazione. Ad esempio l'attività di standardizzazione delle regole viene privatizzata per agevolare l'armonizzazione tecnica, e allo stesso tempo gli organismi nazionali di normalizzazione stanno perdendo potere di fronte al sistema emergente di *supranationalism* privato. Il risultato è la formazione di un sistema relativamente autonomo di produzione del diritto oltre lo Stato, la *Constitution of Private Governance*. Via via che ci si allontana dallo Stato la distinzione tra pubblico e privato diviene meno netta. Ad esempio la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) è un ente privato che presiede alla regolazione del sistema mondiale dei nomi di dominio, ma nonostante ciò il suo statuto detta numerosi oneri procedurali simili ad oneri amministrativi, e questo in quanto l'ICANN svolge una funzione pubblica, relativa ad internet. Questi alcuni esempi illustrati da S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, p. 39.

²⁵ «La prima fase dell'elaborazione e del riconoscimento dei diritti fondamentali registra ovunque la prevalenza dell'aspetto "difensivo" di tali diritti, che vengono concepiti, secondo l'impronta liberale classica, come strumenti di protezione dei singoli nei confronti delle ingerenze esterne, e segnatamente quelle provenienti dai pubblici poteri (diritti fondamentali come *Abwehrrechte*). Quando confini, limiti e modalità di tale protezione risultano sufficientemente stabiliti e delineati, l'accento comincia gradualmente a spostarsi anche sul diverso (...) profilo di tutela super-individuale, o istituzionale, dei diritti fondamentali, i quali operano non più soltanto come divieti di ingerenza, ma anche come precetti positivi di protezione (*Schutzgebote*). I diritti fondamentali divengono così il fondamento di un'attività dello Stato specificamente volta ad apprestare le condizioni per un'effettiva garanzia di tali posizioni soggettive anche e soprattutto nell'ambito delle relazioni tra privati», G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., p. 31 s. A riguardo, ad es., anche BASEDOW, *Foreword*, cit., p. V, «over the last two and a half centuries, the development of human rights and basic rights has been driven by the need for the defence of the individual against authoritarian princes, dictators and, more generally, the power of government. They were meant to protect individual freedom against state intervention, thus a part of what in continental jurisdictions is considered as public law. In more recent years, however, a growing impact of human rights and basic rights on private law can be observed». Rileva CATAUDELLA, *Diritti della personalità: temi e problemi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 51, che l'affermazione secondo la quale «la tutela della personalità attuata con strumenti civilistici è secondaria rispetto a quella realizzata con norme di diritto pubblico» – affermazione che l'a. riprende dalle *Dottrine generali del diritto civile* di Santoro-Passarelli – «manterrà la sua validità fino a quando non si sarà generalizzato il riconoscimento, in tutti i casi di violazione dei diritti della personalità, della tutela risarcitoria o pecuniaria con finalità sanzionatorie (*astreintes*) anche riguardo ai danni non patrimoniali».

²⁶ Così testualmente CHEREDNYCHENKO, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights*:

Nella prospettiva internazionale si è osservato che siamo oggi di fronte ad una “trasversalizzazione” dei diritti dell’uomo, nel senso che i diritti dell’uomo vanno impregnandosi in tutti gli ambiti del diritto²⁷. L’influenza dei diritti dell’uomo su altre aree del diritto non risulta quindi un fenomeno che riguarda solo il diritto privato o il diritto dei contratti ma in via diffusa anche altri settori dell’esperienza giuridica. Il fenomeno è stato analizzato rispetto ai diritti della proprietà intellettuale²⁸,

Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?, in GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, The Netherlands, 2008, p. 36, «in the past fundamental rights and contract law were considered to have little to deal with each other. This was due to the sharp distinction between public and private law. Contract law was considered to be a completely separate branch of law in which the effect of fundamental rights was limited to protecting individuals from excessive use of state power. Recently, however, in many European legal systems, and in Germany in particular, fundamental rights and contract law have started to move towards each other with ever increasing speed». CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, cit., p. 5, 23 ss. «Despite of the growing complementarity between public and private law, the idea of private law as the law providing legal tools which as far as possible enable private parties to be their legislators has not lost its significance today. (...) The fact that public and private law have become complementary to each other should not lead to a complete abolition of the distinction between the two. As fundamentally different situations should be governed by fundamentally different rules, it is expedient to maintain the distinction between public and private law with a view to securing a special mechanism for supporting the private ordering of civil society. The lesson to be learned from the growing interaction between public and private law, however, is that the distinction between them is not absolute and it is more a question of accent than a sharp divide. Accordingly, the real question is not whether or not one should make a distinction between public and private law, but what should be the right balance between them in a certain period of time» (pp. 55-56).

²⁷ HENNEBEL e LEWKOWICZ, *La contractualisation des droit de l’homme*, in *Repenser le contrat*, diretto da Lewkowicz e Xifaras, Paris, 2009, p. 239. Più nel dettaglio, si è osservato che si possono individuare tre diverse epoche quanto alle garanzie di tutela dei diritti dell’uomo. La prima caratterizzantesi per la garanzia esclusivamente statale e nazionale di tali diritti. La seconda contrassegnata dall’organizzazione di meccanismi internazionali di protezione dei diritti dell’uomo destinati ad instaurare uno sguardo terzo, quello del giudice internazionale, all’interno dello Stato e delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. La terza contrassegnata appunto dalla loro trasversalizzazione ossia dal loro impregnarsi in tutti i settori del diritto e, d’altra parte, dalla loro contrattualizzazione (pp. 238-239).

²⁸ *Intellectual Property and Human Rights*, ed. by L.R. Helfer. Northampton, 2013; GODT, *Intellectual Property and European Fundamental Rights*, in *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 210 ss., dove si rileva che «the European Court of Justice (...) has recently begun to refer to the Charter in IP cases»; YU, *Intellectual property and Human Rights 2.0*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 53, 2019, p. 1375 ss. Si veda la relazione della WIPO, *Intellectual Property and Human Rights*, Geneva, 1998, *A Panel Discussion to commemorate the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*. L’art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani Onu del 1948 prevede che «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria ed artistica di cui egli sia autore». Sulle connessioni tra il diritto della proprietà intellettuale relativo ai brevetti e i diritti umani si v. *infra*, cap. 3, note 9 e 114, in fine.

al diritto della concorrenza²⁹, alla gestione delle crisi bancarie³⁰, al diritto delle società³¹, alla tutela dei diritti in internet³², al diritto dei consumatori³³, al diritto

²⁹ V. ad es. ANDERSON e WAGER, *Human Rights, Development, and WTO: The Cases of Intellectual Property and Competition Policy*, in *Jour. of Intern. Economic Law*, 2006, p. 707 ss. Il problema è emerso di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto all'applicazione delle sanzioni per violazione del diritto della concorrenza. Oggigiorno le violazioni del diritto *antitrust* sono più severamente sanzionate dalla Commissione europea, anche in termini monetari, e riguardo a queste associazioni d'impresa e difensori delle parti professionali hanno contestato che manca un sistema di difesa contro tali sanzioni in linea con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul giusto processo; ed inoltre, che per rispettare tale previsione le sanzioni dovrebbero essere decise da una corte indipendente e non dalla Commissione. Cfr. RONKES AGERBEEK, *EU antitrust fines and ECHR fair trial rights*, in *ECHR Blog*, 19 maggio 2010. La connessione tra diritto della concorrenza e diritti umani o diritti fondamentali è emersa anche rispetto ad altri profili: BAKHOUM, CONDE GALLEGO, MACKENRODT, SURBLYTÉ-NAMAVICIENÉ, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, Berlin, 2018; V. SMITH, *Fundamental rights in the application of competition law in the EU*, in *Research Handbook of EU law and human rights*, ed. by Douglas-Scott, Cheltenham, Elgar, 2017, p. 345 ss. Di interesse anche la prospettiva di un volume annunciato per la pubblicazione nel 2021, GERBRANDY, *The uneasy relationship between sustainability and competition law*, Oxford, 2021.

³⁰ *Protecting Fundamental Rights during the Economic Crisis*, Agency for Fundamental Rights, *working paper*, dec. 2010; LIROLA, *Reflections on the Social and Human Dimension of the Economic and Financial Crisis in the European Union*, in *EU Law after the Financial Crisis*, ed. by Schmidt, Esplugues, Arenas, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 255 ss.; FRACZYK, *EU fundamental rights and the financial crisis*, in *Research Handbook of EU law and human rights*, cit., p. 468 ss.

³¹ G. CARRARO, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 205 ss., che porta l'attenzione sull'importanza di rintracciare dove e quali siano gli aspetti rilevanti per la tutela dei diritti fondamentali nella disciplina positiva delle società di capitali anche a seguito delle difficoltà conseguenti alla crisi dei mercati finanziari. Secondo un diverso profilo di interesse si parla dei diritti umani delle società ("The Fundamental Rights of Companies: Have the European Courts Got it Right?", convegno 16 novembre 2016, *British Institute of International and Comparative Law*, Londra, che si concentra sulla questione se le imprese commerciali debbano godere di diritti fondamentali, avendo per riferimento le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte giust. Ue, come ad es. la decisione della Corte eur. diritti uomo, 31 luglio 2014, *Yukos v. Russia*, rispetto al diritto di proprietà e all'accesso alla giustizia e ad un giusto processo, evidenziando a tale proposito il loro bisogno di tali diritti; allo stesso tempo si ritiene che sia richiesta grande cautela, al fine di assicurare che le società godano dei diritti fondamentali nei limiti in cui corrisponde all'interesse pubblico). Guardando ad un diverso ambito ancora, per il settore del diritto societario si pensi alla prospettiva contrassegnata dall'espressione *business & human rights* e alla responsabilità sociale d'impresa su cui ci si soffermerà *infra*, cap. 4, par. 1-2, 4.

³² R.F. JØRGENSEN, *Framing the net, The Internet and Human Rights*, Cheltenham, Elgar, 2013. LUCCHI, *Internet Content Governance and Human Rights*, in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, vol. 14:4:809, 2014, p. 809 ss., 836 ss., sull'accesso ad internet e la sua funzione di mezzo per il godimento e la realizzazione di diritti fondamentali come la libertà di espressione e la libertà di accedere alle informazioni, e come anche il diritto all'educazione (come affermato dal Parlamento europeo nella sua Raccomandazione del 26 marzo 2009). Nel 2012 lo UN Human Rights Council ha preso la prima risoluzione sulla libertà di espressione su internet affermando che gli stessi diritti tutelati *offline* devono essere protetti anche *online*, e in particolare la libertà di espressione, secondo l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui

di famiglia³⁴, al diritto amministrativo³⁵. Tanto sembra rispecchiare in ambito giuridico la visione di chi ha individuato negli *human rights* l'ultima utopia (una particolare moderna versione dell'antico impegno alla causa della giustizia, si è detto) che il mondo sta vivendo³⁶. In un mondo globalizzato nel quale la portata delle fonti del diritto tradizionali è cambiata³⁷, in cui si profila la necessità del rispetto di determinati diritti fondamentali maggiormente soggetti a violazioni in una realtà dalle importanti novità scientifiche e tecnologiche, ed in cui l'efficacia di determinati interventi di tutela è legata all'azione a livello internazionale, oltre i confini nazionali, la realizzazione dei diritti umani pare assumere il ruolo di "filo conduttore"³⁸.

Tale fenomeno della trasversalizzazione dei diritti dell'uomo nella realtà contemporanea – è interessante notare – si svolge contestualmente ad una "contrattualizzazione della società"³⁹, ciò che si avrà modo di notare nel corso del lavoro e di studiare specificamente nell'ultimo capitolo.

diritti civili e politici. Ha affermato inoltre che gli Stati devono promuovere e facilitare l'accesso ad internet e la cooperazione internazionale, e che lo HRC terrà sotto esame il rispetto dei diritti umani su internet e nell'uso di altre tecnologie, e che internet può essere un importante mezzo per lo sviluppo e la realizzazione dei diritti umani. Sull'accesso ad internet v. *infra*, cap. 3, par. 8.

³³ BENÖHR, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, 2013.

³⁴ *Family Life and Human Rights*, ed. by Lødrup and Modvar, Oslo, 2004, all'interno del quale troviamo contributi come C. SMITH, *Human Right as the Foundation of Society*, p. 15 ss.; AGRAWAL, *Family Life and Human Rights*, p. 19 ss.; ANTOKOLSKAIA, *Human Right as a Basis for the Harmonisation of Family Law?*, p. 29 ss.

³⁵ TÜRK, *Administrative law and fundamental rights*, in *Research Handbook of EU law and human rights*, cit., p. 120 ss.

³⁶ Samuel MOYN, *The Last Utopia, Human Rights in History*, Cambridge, Massachusetts, 2012 (1ª stampa, 2010), p. 4 s., che rileva come – nonostante le elaborazioni del passato, come quella illuminista o quella, più vicina, delle dichiarazioni internazionali del secondo dopoguerra – di una vera e propria storia dei diritti umani si possa parlare soltanto a partire dagli anni '70 del '900. L'a. osserva anche come oggi il diritto internazionale si sia trasformato da diritto dei trattati a diritto degli *human rights*. I temi saranno trattati *infra*, cap. 5, par. 3.

³⁷ Tra l'altro, come si è visto *supra*, nota 24, alcune fonti del diritto si sono privatizzate, con il ricorso allo strumento contrattuale. A riguardo si v. specialmente *infra*, cap. 5, par. 4.

³⁸ Si consideri l'osservazione di GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 188, con riferimento all'operare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la quale «alla globalizzazione di mercati fa (...) riscontro un'altra, nobile, forma di globalizzazione, di sapore giusnaturalistico, che ben possiamo definire come la globalizzazione dei diritti dell'uomo».

³⁹ Parla di «contractualisation de la société» MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, 2017, p. 10 ss. – rinviando tra gli altri a SUPIOT, «La contractualisation de la société», *Qu'est-ce que l'humain?*, ed. Odile Jacob, 2002, p. 156 – e proseguendo: «aucun pore du tissu juridique ne semble, en effet, échapper à l'épidémie contractuelle: la justice, le travail, la matière pénale, la famille, l'action publique, l'entreprise». «Aussi, n'est-ce guère surprenant que la matière environnementale puisse être à son tour atteinte de contractualisation aiguë». Mettendo ad ogni modo in guardia dall'utilizzo della contrattualizzazione come "etichetta incontrollata" che porta con sé il rischio di una forma di opportunismo semantico (ciò che si è messo in evidenza anche per i diritti fondamentali, MOLFESSIS, *Droit fondamental, un label incontrôlé*, in *JCP*, 2009, p. 32).