

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 12/12/2016

AUTORE: Elettra Stradella *

CANCELLAZIONE E OBLIO: COME LA RIMOZIONE DEL PASSATO, IN BILICO TRA TUTELA DELL'IDENTITÀ PERSONALE E PROTEZIONE DEI DATI, SI IMPONE ANCHE NELLA RETE, QUALI ANTICORPI SI POSSONO SVILUPPARE, E, INFINE, CUI PRODEST?*

Sommario: 1. Il regolamento (UE) 2016/679: nuovi scenari per il “diritto all’oblio”. 2. Europa vs. USA? 3. Cancellazione e oblio: non confondiamo i piani. 4. Il nucleo duro del diritto all’oblio tra due poli: identità e riservatezza. 4.1. Il diritto all’oblio nella giurisprudenza costituzionale italiana. 5. Il diritto all’oblio è un diritto fondamentale?

1. Il regolamento (UE) 2016/679: nuovi scenari per il “diritto all’oblio”?

Le riflessioni che si proporranno nelle prossime pagine nascono dalla recente adozione, il 27 aprile 2016, del nuovo regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, abrogativo della direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Dopo lunga gestazione è giunto infatti all’approvazione un atto normativo i cui contenuti hanno fatto discutere, anche e in particolare con riferimento al tema che si affronterà, ben prima della loro entrata in vigore, e sono destinati a far discutere ancora, per quanto, come si dirà, presentino caratteri molto parzialmente, se non scarsamente, innovativi.

Com’è noto, l’art. 17 è stato oggetto di dibattito in Europa e fuori dall’Europa fin dal 2012, quando le prime proposte di regolamento hanno iniziato a circolare, in quanto avrebbe previsto (e oggi in effetti prevede) il diritto alla cancellazione - affiancato ad un (sinonimico?) “diritto all’oblio” -, stabilendo che sia possibile ottenere dal titolare di un trattamento la cancellazione dei propri dati personali in presenza di determinati requisiti.

* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nell’Università di Pisa.

** Lo scritto prende le mosse dall’intervento svolto in occasione del Convegno *Nodi virtuali, legami informali. Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 7-8 ottobre 2016, organizzato da Paolo Passaglia e Dianora Poletti.

La scelta di un regolamento, vale a dire di uno strumento normativo preposto ad un'armonizzazione per così dire diretta e piena delle legislazioni nazionali, è stata motivata da parte della Commissione con l'intento di assicurare una riduzione della frammentazione giuridica e una maggiore certezza del diritto¹.

Il summenzionato articolo prevede quello che nella rubrica definisce come diritto alla cancellazione ("diritto all'oblio"), in base al quale "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali", in presenza però di determinate condizioni: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento, e non esiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento per la sua situazione particolare (art. 21, par. 1) e non esiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone in relazione a dati personali che siano trattati per finalità di marketing diretto (art. 21, par. 2); d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione secondo quanto previsto dalla fattispecie dell'art. 8 circa il consenso prestato dai minori.

Il secondo paragrafo della disposizione prevede che il titolare del trattamento che, in presenza delle condizioni descritte, sia obbligato a cancellare i dati personali, "tenuto conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali."

Va sottolineato fin d'ora che l'art. 17 stabilisce immediatamente le eccezioni nell'applicazione del diritto alla cancellazione, relative ai casi in cui il trattamento dei dati sia necessario: a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, nella misura in cui il diritto rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Dalla lettura della disposizione emergono immediatamente alcuni aspetti, tutti convergenti nel senso di limitare la portata innovativa della norma rispetto a quanto ritenuto pos-

¹ Cfr. *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – "A comprehensive approach on personal data protection in the European Union"*, Bruxelles, 14 gennaio 2011.

sibile, ed effettivamente verificatosi, prima dell'entrata in vigore della disciplina: l'esercizio del diritto alla cancellazione (e all'oblio, utilizzando per ora come un'endiadi il binomio presente in rubrica) è sottoposto a condizioni, essenzialmente concernenti la natura e le modalità del trattamento; la *tutela* del diritto da parte del titolare del trattamento dei dati è ulteriormente sottoposta a due condizioni, quella *tecnologica* e quella *finanziaria*; il *riconoscimento* del diritto è sottoposto *ex ante* ad alcune condizioni, che attengono le finalità del trattamento considerate fondate su interessi o valori evidentemente preminenti rispetto a quelli che fondano il diritto alla cancellazione e all'oblio.

Con riferimento al primo aspetto, due condizioni (d e e), attinenti l'obbligo giuridico di cancellazione e il trattamento *ab origine* illecito dei dati, ed in particolare la seconda, mettono addirittura in discussione che si tratti effettivamente di un diritto all'oblio, poiché, come si vedrà in seguito, nel caso di trattamento originariamente illecito non è tanto la categoria dell'oblio in gioco, dovendosi proteggere gli interessi già protetti in occasione del primo trattamento, quanto piuttosto il diritto alla riservatezza che la normativa in materia di *privacy* è generalmente chiamata a proteggere. Le altre condizioni sembrano invece essere orientate dal criterio della necessità del trattamento, che si declinerà, in riferimento all'oblio, essenzialmente nel perdurante (o meno) interesse sociale alla diffusione dei dati oggetto del trattamento.

Ciò in relazione all'esercizio del diritto.

Per quanto riguarda la tutela dello stesso emergono invece due condizioni che fungono da strumenti con i quali operare in concreto il bilanciamento, e potrebbero quindi condurre a legittimare un diniego di tutela da parte del titolare del trattamento: si tratta della condizione *tecnologica*, poiché il comma 2 prevede che l'obbligo di cancellazione per il titolare del trattamento agisca tenuto conto della tecnologia disponibile, e di quella *finanziaria*, poiché anche dei costi di attuazione dovrà tenere conto il soggetto trattante.

La modalità da un lato ricorda il ben noto dibattito sulla natura finanziariamente condizionata dei diritti sociali, dall'altro pone il problema di comprendere quanto le scelte tecnologiche concretamente adottate siano in grado di influenzare la tutela, basti pensare alla proposta di una scadenza a tempo automatica per ogni foto, post, video ecc. pubblicati online², e alle conseguenze che, qualora tale soluzione fosse realizzabile, essa produrrebbe.

Nel caso delle eccezioni, invece, il bilanciamento è definito una volta per tutte: si tratta per così dire di un bilanciamento assoluto con il quale il legislatore europeo stabilisce la superiorità della libertà di espressione e di informazione su qualsiasi altra esigenza si ponga alla base della richiesta di cancellazione, nonché, in maniera forse più blanda, della libertà di ricerca storica e scientifica, qualora la cancellazione comprometta gravemente le finalità perseguite con l'archiviazione dei dati. Sotto questo aspetto la soluzione adottata non sembra divergere più di tanto dalle conclusioni a cui è recentemente giunta la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Wegrybowski e Smolczewski vs. Polonia*, e pare invece più attenta,

² Cfr. V. MAYER-SCHONBERGER, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, 2009, Princeton University Press.

rispetto a quella adottata dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Google vs. Spagna* sul quale ci si soffermerà in seguito, agli interessi costituzionalmente meritevoli di tutela che il diritto alla cancellazione potrebbe compromettere, soprattutto quando si tratti di un diritto fondamentale quale quello alla libertà di manifestazione del pensiero.

Se alla luce degli elementi individuati si possa o meno considerare il diritto alla cancellazione/diritto all'oblio, nei termini stabiliti dal regolamento europeo, quale un diritto fondamentale, ci si interrogherà nell'ultima parte dello scritto.

Intanto occorre concordare con chi ha ritenuto, già prima dell'approvazione definitiva del testo normativo, che il testo sia molto meno rivoluzionario di quanto alcune voci, soprattutto dagli Stati Uniti, avevano paventato³, e si limiti più che altro a definire con maggiore accuratezza e puntualità i presupposti per l'esercizio di un diritto alla cancellazione che, è pacifico, già esisteva prima del regolamento, salvo volerlo denominare, in maniera forse provocatoria o demagogica, quanto però inesatta, diritto all'oblio. Certo non manca chi ha ritenuto che la previsione del diritto all'oblio nell'art. 17 rappresenti "la più grande minaccia alla libertà di espressione nella rete nel prossimo decennio", nonché un fattore di contrasto insanabile tra Europa e Stati Uniti per quanto concerne il rapporto tra libertà di espressione e diritto alla riservatezza⁴, ma a ben guardare la polemica sembra strumentale, e soprattutto non trova riscontro nel dettato normativo ma, semmai, in alcune proclamazioni che a questo si sono associate, volte a valorizzare l'improvvido inserimento in rubrica del termine "oblio". È invece maggiormente condivisibile la critica, sempre di provenienza statunitense, che colloca l'ideologia alla base dell'introduzione del vero e presunto diritto all'oblio all'interno di una concezione proprietaria del diritto alla riservatezza, come diritto di proprietà che si esercita sui propri dati personali, e che costituirebbe in capo al titolare dei dati il diritto di revocare l'autorizzazione rilasciata al titolare del trattamento per consentirne la diffusione⁵.

Qualche significato in più si può forse attribuire alla motivazione del regolamento, ed in particolare ai *Considerando* nn. 65 e 66 (53 e 54 nella proposta di regolamento) che, oltre a confermare, ove ce ne fosse stato bisogno, la piena applicabilità della disciplina introdotta ai dati personali contenuti sul web, stabiliscono (*considerando n. 54*) che "Per rafforzare il «diritto all'oblio» nell'ambiente online, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi link verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali. Nel fare ciò, è opportuno che il titolare del trattamento adotti misure ragionevoli tenendo conto della tecnologia disponibile e dei mezzi a disposizione del titolare del trattamento, comprese misure tecniche, per informare della richiesta dell'interessato i titolari del trattamento che trattano i dati personali." Il *Considerando* sembra collocarsi sulla scia della citata sentenza della Corte di Giustizia per quan-

³ Cfr. D. MINIUSI, *Il "diritto all'oblio": i paradossi del caso Google*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 209 ss., e comunque la stragrande maggioranza della dottrina che si cita nel contributo converge su un'interpretazione molto cauta dell'intervento realizzato a livello europeo.

⁴ Cfr. J. ROSEN, *The Right to Be Forgotten*, in *Stanford Law Review Online*, 13 febbraio 2012.

⁵ Cfr. J.M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *Yale L.J.*, 2013, vol. 123, II, pp. 522 e 524.

to concerne il riconoscimento del diritto, ma con una differenza non irrilevante circa la considerazione delle parti in causa. Infatti, a differenza di quanto statuito dalla Corte di Giustizia nel 2014 circa la qualificazione del gestore di motore di ricerca come responsabile del trattamento dei dati resi disponibili ai terzi, la motivazione sembra lasciar intendere che il regolamento consideri responsabile del trattamento soltanto il soggetto (ad esempio, l'editore di una pagina *web*) che ha immesso i dati personali nel *web*, soggetto su cui graverebbe quindi (in via esclusiva) l'obbligo di comunicare ai terzi che trattano tali dati della richiesta di cancellazione proveniente dall'interessato; tra i terzi spicca chiaramente il soggetto gestore del motore di ricerca che quindi pur catalogando, indicizzando e diffondendo verso i terzi i dati, non diverrebbe titolare del trattamento e non vedrebbe esercitato direttamente nei suoi confronti il diritto alla cancellazione.

Certo, la titolarità del trattamento sarebbe attribuita (anche) al gestore del motore di ricerca indirettamente, una volta che il gestore della pagina *web* abbia provveduto a comunicare la richiesta di cancellazione: a seguito della comunicazione non si potrebbe infatti negare quell'elemento soggettivo della consapevolezza di trattare dati personali potenzialmente ed effettivamente oggetto di legittima richiesta di cancellazione, in assenza del quale solo la Corte di Giustizia nel caso *Google* è arrivata ad attribuire la titolarità del trattamento.

Se poi si immaginano i potenziali effetti del regolamento nell'ordinamento italiano, e ci si confronta con la nota e molto commentata, sia per criticarla⁶, sia per apprezzarne l'innovatività⁷, sentenza della Cassazione n. 5525 del 2012 in materia di archivi *online*, gli esiti a cui è pervenuto il legislatore europeo nel regolamento in analisi paiono ancora più blandi in materia di diritto alla cancellazione e all'oblio. Basti infatti ricordare che la Cassazione italiana in quel caso aveva affermato l'esistenza di un diritto del soggetto, a cui si riferisce la notizia di archivio, a che l'informazione disponibile *online* sia contestualizzata e aggiornata. Ed aveva addirittura messo in discussione il diritto della testata giornalistica di conservare le notizie in un archivio *online*, da riservare, invece, per non incorrere in forme illegittime di trattamento dei dati personali, soltanto per quegli eventi che abbiano assunto "rilevanza quale fatto storico".

La conclusione della Cassazione, definita "potenzialmente esplosiva"⁸, comporterebbe infatti che ogni soggetto titolare di un archivio *online* sia tenuto a realizzare e gestire un sistema di aggiornamento costante di tutti i contenuti via via inseriti, e che qualora non si doti di un sistema del genere, per ovvie ragioni strutturali e soprattutto economiche, sia chiamato a risponderne civilmente in termini di risarcimento del danno e, in presenza dei presupposti di legge, anche in sede penale per trattamento illecito dei dati.

⁶ Cfr. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 836 ss., nota di A. Mantelero; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 704 ss.

⁷ Cfr. A. DI MAJO, *Il tempo siamo noi ...*, in *Corriere Giuridico*, 2012, 771, e G. FINOCCHIARO, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 383 ss.

⁸ Cfr. F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e responsabilità*, n. 12/2014, p. 1101 ss.

La distanza rispetto al regolamento europeo balza agli occhi, anche in relazione al par. 3, lett. d) della disposizione, specificamente dedicato agli archivi, per i quali è prevista un'eccezione al bilanciamento paragonabile, anche se non del tutto assimilabile come già accennato, a quella prevista per la tutela della libertà di espressione e di informazione.

Né la figura del giornalista né quella dell'archivista sono paragonabili a quella dello storico: ciò significa da un lato che non si può privare lo storico, chiamato a fare ricerca storica, dei materiali di archivio, che rappresentano una sorta di base documentale per lo sviluppo e la costruzione della memoria, dall'altro che all'archivista non può essere assegnato un compito di rielaborazione, *sub specie* in questo caso di aggiornamento, avendo la sua attività finalità essenzialmente conservativa.

Prima della pronuncia della Suprema Corte, l'autorità garante si era orientata nel senso di distinguere tra "reperibilità generalizzata online, mediante i motori di ricerca, e possibilità di consultare gli archivi solamente in maniera mirata, attraverso lo specifico motore di ricerca di ciascun giornale" trovando "un coerente equilibrio fra esigenza del singolo di veder tutelato il proprio diritto all'oblio e le istanze della ricerca"⁹; orientamento che pare invece alterato dalla Cassazione quando, quasi rassegnata all'inevitabile indicizzazione per così dire totale da parte dei motori di ricerca, si rivolge direttamente ai titolari originari del trattamento pretendendo un aggiornamento della notizia di archivio.

Eppure la storia del diritto all'oblio nell'ordinamento italiano era stata fino a quel momento segnata da un utilizzo attento da parte del Garante del bilanciamento tra valori, ben emergente già dal primo intervento, rintracciabile nel novembre 2004¹⁰. In quel caso si trattava della pubblicazione online di una sanzione irrogata dall'Autorità garante per la concorrenza al titolare di un'impresa, il quale lamentava il fatto che, essendo tale provvedimento ancora disponibile sul sito, le ricerche in Internet che lo riguardavano lo collegavano inevitabilmente a quell'episodio della sua vita lavorativa. Il Garante accoglie il ricorso, stabilendo però che il sito possa continuare a rendere disponibili i provvedimenti sanzionatori, semplicemente collocandoli, dopo un tempo significativo dall'irrogazione della sanzione, in un'area accessibile soltanto dall'indirizzo web e non indicizzabile da parte di motori di ricerca.

Quello che si evince dagli interventi del Garante è una certa sensibilità per così dire tecnica, particolarmente rilevante in questo ambito; penso al provvedimento del 18 gennaio 2006, n. 1241501, nel quale si riconosce che la memorizzazione da parte del motore di ricerca di un'autonoma copia (*cache*) della pagina web pubblicata dal sito sorgente integra un trattamento di dati personali e dunque rientra nell'ambito della disciplina rilevante con le conseguenze che da questo derivano. Ma anche al comunicato del 13 aprile 2006 con il quale si afferma l'obbligo, in capo ai gestori di motori di ricerca, si badi, e non dei titolari di spazi per così dire "interni" alla rete quali gli archivi online, di aggiornare i dati memorizzati, al fine di

⁹ Cfr. Garante, 9 novembre 2005, n. 1200127, 11 dicembre 2008, nn. 1583162 e 1582866, 15 gennaio 2009, n. 1589209, 18 marzo 2010, n. 1712827, 16 giugno 2010, n. 1734973, 21 marzo 2012, n. 1892254, su cui anche A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata a Internet*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. p. 163 ss.

¹⁰ Si fa riferimento al doc. n. 1116068 del 10 novembre 2004.

soddisfare “il diritto delle persone ad essere rappresentate su Internet con informazioni esatte”.

Uno dei punti focali di questa indagine, d'altra parte, è proprio se un diritto del genere esista o meno, almeno nel nostro ordinamento nazionale, alla luce del diritto costituzionale, del diritto interno, di quello europeo, e della giurisprudenza fino ad oggi formatasi sul tema, e se questo possa ritenersi un diritto fondamentale (v. par. 5).

Ed è questa la questione che pone la Cassazione nel 2012: se esista o meno “il diritto soggettivo del singolo individuo a che le informazioni che lo riguardano, presenti *on-line*, siano sempre e comunque costantemente aggiornate in modo che l'identità personale dell'interessato risulti fedelmente rappresentata nel suo dinamico divenire, e cioè anche in relazione agli accadimenti più recenti”¹¹.

Un diritto che descrive un'idea forse non del tutto condivisibile dell'identità, quasi che essa non si costruisca attraverso il passato, ma si cristallizzi in un presente che dalla memoria rifugge, nel timore che da questa giungano ricordi sgraditi di eventi che mai si vorrebbero vedere ripetuti. Un diritto tecnologicamente sensibile che, ove tecnologicamente condotto alle sue estreme conseguenze, richiederebbe forse quell'“oblio by default” da alcuni ipotizzato¹², ma pericolosamente uniformante nel suo approccio verso il trattamento da riservare alle informazioni, e distorsivo nel suo tentativo di tradurre all'interno della Rete la naturale propensione a dimenticare propria della mente umana: questa, infatti, seleziona, consapevolmente o inconsapevolmente, per dimenticare, ciò che una conservazione dei dati “a scadenza” non sarebbe in grado di fare¹³.

Quel che è certo comunque, tornando all'interrogativo da cui si sono prese le mosse, e cioè se il nuovo regolamento europeo apra nuovi scenari per il diritto all'oblio, è che la previsione *ex art. 17* non modifica significativamente il quadro rispetto a quanto previsto dalla direttiva 95/46/CE, già contenente un diritto alla cancellazione dei dati in caso di trattamento *ab origine* illecito degli stessi ovvero qualora fossero venute meno le condizioni legittimanti il trattamento.

I nuovi scenari vanno dunque ricercati fuori dalla direttiva, negli interventi delle Corti, nelle risposte che la Rete autonomamente elabora a fronte delle vere e soprattutto presunte trasformazioni normative in atto, e, ancora una volta, nell'incessante evoluzione tecnologica, che da un lato consente l'affermarsi di sempre nuovi strumenti di mappatura delle identità individuali e della loro dinamica costruzione (in Rete)¹⁴, dall'altro mette a disposizione le so-

¹¹ Cfr. F. DI CIOMMO – R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in internet alla tutela dell'identità dinamica. È la rete, bellezza!*, cit.

¹² Cfr. V. MAYER-SCHONBERGER, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, cit.

¹³ Su questo punto, cfr. A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, cit.

¹⁴ Com'è noto nel mese di settembre il Garante per la Privacy ha avviato un'istruttoria avente ad oggetto le modifiche nella *privacy policy* di WhatsApp a seguito delle quali alcune informazioni riguardanti gli account dei singoli utenti del servizio di messaggia istantanea sarebbero state messe automaticamente a disposizione di Facebook, anche per finalità commerciali., subito dopo che già la Commissaria europea alla concorrenza aveva espresso dubbi circa la possibile violazione del diritto europeo da parte dello stesso WhatsApp. In Germania addirittura l'autorità per la privacy ha imposto a Facebook di cancellare qualsiasi dato eventualmente già ottenuto da WhatsApp, pena l'infrazione di sanzioni economiche.

La gravità della violazione starebbe peraltro nel fatto, ben sottolineato anche dal Garante italiano (si fa riferimento

luzioni utili al ripristino, almeno apparente, della privacy continuamente, e da ogni parte, violata.

2. Europa vs. USA?

Da più parti l'entrata in vigore del nuovo regolamento è stata interpretata come un ulteriore fattore di divaricazione tra esperienza europea ed esperienza statunitense, ciò alla luce delle reazioni, peraltro anticipate già a partire dal dibattito sulla proposta di regolamento, che negli Stati Uniti ha generato il presunto riconoscimento del diritto all'oblio, e più in generale l'opzione europea circa la modalità con cui sono raccolti e trattati i dati degli utenti da parte dei fornitori dei servizi in Internet, e il grado di informazione e di consenso che questi mettono a disposizione degli utenti¹⁵.

D'altra parte, anche alla luce delle considerazioni che si sono svolte nel paragrafo precedente, risulta evidente come i commentatori nord-americani utilizzino la categoria del diritto all'oblio per enfatizzare il rapporto con la *freedom of speech*: intendo dire che l'accento posto sulla rubrica del nuovo art. 17 che, improvvidamente, sulla scorta della sentenza 13 maggio 2014, n. 131/12 della Corte di Giustizia, utilizza l'espressione del *right to be forgotten*, è strumentale ad evidenziare la criticità del trattamento dei dati per come inteso nel contesto europeo. In realtà non tutte le richieste di cancellazione di informazioni da parte degli interessati sono configurabili come l'esercizio di un diritto all'oblio, ma in molti casi, e probabilmente, in concreto, nella maggioranza di essi, rientrano nelle ipotesi già previste dalla previgente direttiva, e non occorre, per fondarne la validità, scomodare principi generali e diritti costituzionali potenzialmente confliggenti con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tanto caro, com'è noto, alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale statunitense ma similmente, se non altrettanto, centrale in numerosi sistemi costituzionali europei tra cui in particolare quello italiano (dove, va ricordato, unico limite costituzionale espresso alla libertà di espressione resta quello del buon costume).

In sostanza, quindi, il vero punto di attrito tra Europa e Stati Uniti può essere rintracciato in interpretazioni che la Corte di Giustizia, già prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina normativa, aveva avanzato, in particolare con la "rivoluzione copernicana" determinata dalla sentenza della Grande Sezione c.d. Google Spain del 2014¹⁶.

anche all'intervento di Antonello Soro in occasione del convegno *Nodi virtuali, legami informali. Internet alla ricerca di regole*, svoltosi a Pisa il 7-8 ottobre 2016, nell'ambito dell'*Internet Festival*), per cui il flusso di dati tra Facebook e WhatsApp non riguarderebbe soltanto gli utenti dei due servizi, ma anche persone che non utilizzano nessuno dei due e semplicemente si trovano nella rubrica telefonica di un utente di WhatsApp.

¹⁵ Cfr. F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. p. 21 ss.

¹⁶ La definisce in questi termini G. BUSIA, *Una vera rivoluzione copernicana*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014, p. 25; si tratta di C-131/12 del 13.05.2014 in www.curia.europa.eu. Per commenti alla sentenza, cfr. C.M. COLOMBO, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, III-IV, p. 817 ss., nonché H. KRANENBORG, *Google and the right to be forgotten*, in *European Data Protection Law Review*, vol. 1/2015, I, p. 70 ss., e D. MINIUSI, *Il "diritto all'oblio": i paradossi del caso Google*, cit.

In quel caso l'Agenzia Spagnola di protezione dei dati ha presentato un reclamo nei confronti dell'editore di un quotidiano in Spagna e contro Google Spain e Google Inc. in quanto un ricorrente aveva rilevato che inserendo il proprio nome nel motore di ricerca Google, l'elenco dei link rimandava ad alcune pagine del quotidiano nelle quali era annunciata una vendita all'asta di immobili a seguito di un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali nei suoi confronti. Il ricorrente ha così domandato la cancellazione o in subordine la modifica delle relative pagine al fine di eliminare o nascondere i dati personali dal motore di ricerca, essendo trascorsi sedici anni dall'avvenuto pignoramento.

L'Aepd, pur ritenendo la pubblicazione legittima, ha adottato alcune misure di rimozione e di cessazione dell'accesso ai dati presenti negli indici. A seguito dei ricorsi presentati da Google Spain e Google per l'annullamento di tale decisione, il giudice spagnolo ha sollevato alcune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, relative alla trasposizione nell'ordinamento spagnolo con la l. n. 15/1999 della direttiva 95/46.

La prima questione pregiudiziale riguardava l'ambito territoriale di applicazione della direttiva rispetto alla normativa spagnola sulla protezione dei dati, in quanto si chiedeva se sussista uno "stabilimento" ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a), della direttiva, nel caso di specie, in cui la Google Spain è una filiale di Google Inc. nel territorio spagnolo.

La seconda questione pregiudiziale aveva ad oggetto la questione se l'attività del motore di ricerca Google rientri o meno debba rientrare nella nozione di "trattamento di dati" ai sensi dell'art. 2, lettera b), della dir. 95/46, e se, qualora così fosse, possa essere individuata una responsabilità della società di gestione nel trattamento dei dati personali contenuti nelle pagine web da essa indicizzate.

Infine, proprio l'ultimo punto riguardava il diritto di cancellazione e/o opposizione al trattamento di dati, previsto dagli art. 12, lett. b), e 14, I comma, lett. a), della dir. 95/46 (e che, come si diceva, risulta nella sostanza ripreso dall'art. 17 del nuovo regolamento). In particolare, il giudice spagnolo chiedeva alla Corte di Lussemburgo se l'interessato potesse impedire la diffusione delle informazioni che lo riguardavano all'interno della comunità degli Internauti, qualora ritenesse la natura delle stesse pregiudizievole o in ogni caso quando desiderasse che tali informazioni, pur pubblicate da terzi lecitamente, venissero dimenticate. È questo il punto specificamente attinente il diritto all'oblio, e più significativo al fine di comprendere come il giudice europeo abbia certamente superato in garantismo lo stesso regolamento all'epoca in corso di approvazione.

Pochi cenni sulle prime due questioni per poi soffermarsi sulla terza.

In merito all'applicazione territoriale della direttiva, la Corte ritiene che i dati siano trattati per le esigenze di un motore di ricerca gestito da un'impresa che, per quanto situata in uno Stato terzo, ha comunque uno stabilimento in uno Stato membro.

Sulla questione definitoria della tipologia di attività svolta del gestore del motore di ricerca, la Corte lo ritiene passibile dell'applicazione della categoria del "trattamento" di dati personali, considerandolo, analogamente a quanto può riscontrarsi in capo agli editori di siti web, responsabile di trattamenti che incidano sul diritto alla privacy e quindi tenuto ad agire a tutela dei soggetti interessati dal trattamento. Per questa ragione la Corte fonda negli artt. 12, lett. b), e 14, c. 1, lett. a), della dir. 95/46, un obbligo del gestore alla cancellazione

dall'elenco dei risultati di una ricerca dei link verso pagine web pubblicate da terzi, anche nel caso in cui la pubblicazione è lecita (e, quindi, la richiesta sembrerebbe fondarsi – come si vedrà nel proseguo della riflessione – su un eventuale diritto ad essere dimenticati e non sul più generale diritto alla privacy/riservatezza).

Venendo al terzo profilo, si tratta, in punto di diritto, di verificare la legittimità dell'applicazione dell'art. 12, lett. b), concernente il diritto di opposizione al trattamento, nei casi in cui si intenda pervenire alla soppressione dall'elenco dei risultati di una ricerca nominativa dei link a pagine web pubblicate da terzi con informazioni veritiere, per il semplice fatto che si desidera che tali informazioni vengano dimenticate. In relazione a questo aspetto, la Corte riconosce all'interessato la possibilità (si utilizza per ora un termine atecnico: sia questa costitutiva di un diritto, di una facoltà, o altro ...) di impedire l'indicizzazione delle informazioni, pubblicate su pagine web, nel caso in cui consideri la loro diffusione pregiudizievole, non è chiaro di quali interessi o beni della vita e in ogni caso in cui voglia escluderle dal patrimonio informativo pubblico riguardante la sua storia personale, ferma restando la liceità dell'originaria pubblicazione delle stesse¹⁷.

Di fronte a questo tipo di impostazione viene subito in rilievo il problema del rapporto tra diritto all'oblio e tempo: esiste, o è identificabile un limite temporale minimo (considerato a partire dalla pubblicazione del dato) a partire dal quale sarebbe ammissibile una richiesta di cancellazione dei link verso le pagine web che contengono le informazioni da dimenticare?

La sentenza si pronuncia anche su questo, poiché la Corte rileva che l'applicazione dell'art. 12, lett. b), della dir. 95/46 è subordinata alla condizione che il trattamento sia incompatibile con la stessa, ossia che tali dati siano non soltanto inesatti, ma anche inadeguati, non pertinenti o eccessivi rispetto alle finalità del trattamento, che non siano aggiornati, o siano conservati per un periodo superiore a quello necessario, ad eccezione dell'utilizzo per motivi storici, statistici o scientifici.

Il nodo cruciale, quindi, starebbe in quanto (già) previsto dall'art. 6, par. 1, lett. da c) a e), della dir. 95/46, ai sensi del quale anche un trattamento originariamente lecito può, con il trascorrere del tempo, diventare contrastante con gli interessi posti a fondamento della direttiva “qualora non siano più necessari in rapporto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati” o “eccessivi in rapporto alle finalità suddette e al tempo trascorso”. La radicale trasformazione nella valutazione del trattamento dipende dunque dallo scorrere del tempo, ciò che fa ipotizzare che un limite temporale minimo debba in effetti esistere, ma sul punto dalla Corte non giungono precisazioni.

L'eterogenesi dei fini caratterizza però la pronuncia se si guarda agli effetti che questa produce nei confronti dei depositari dei Big Data, accusati, dall'orientamento culturale che la sentenza sembra far proprio e che segna la frattura rispetto all'ordinamento nord-

¹⁷ Parlano di “diritto a non essere trovati facilmente” A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni Foro italiano*, 1, 2014, 1 ss., ripresi da S. SICA – V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 4-5, p. 703 ss., che sottolineano come in realtà la Corte di Giustizia, che in effetti menziona “fugacemente” la posizione giuridica del diritto all'oblio, si limiti a individuare un “diritto alla de-indicizzazione di determinate pagine web a fronte di specifici parametri di ricerca (cioè il nome dell'interessato/istante)”.

americano, di uno strapotere incontrollato e dell'oligopolio delle esistenze individuali e dei sentimenti collettivi, ma di fatto investiti di un "ruolo para-costituzionale"¹⁸.

Infatti, i gestori di motori di ricerca sono chiamati dalla Corte, in un giudizio "similcostituzionale", ad analizzare la *fondatezza* della richiesta di cancellazione, e ad effettuare un giudizio di *bilanciamento* tra gli interessi e i valori coinvolti che sembra doversi articolare intorno ad alcuni criteri suggeriti: "i diritti fondamentali di cui sopra [il riferimento è agli artt. 7, rispetto della vita privata e familiare, e 8, protezione dei dati di carattere personale, della Carta dei diritti] prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza dei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi".

Dunque: in generale il diritto alla riservatezza e alla privacy prevalgono sul diritto all'informazione. Che prevalessero sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca *nulla quaestio*, ma l'affermazione che in assoluto prevalgano su un diritto comunque riconducibile al più generale diritto alla libertà di espressione qualche perplessità in più la pone. In realtà, il bilanciamento per così dire assoluto risulta mitigato dall'ipotesi della circostanza in cui alcuni elementi, ed in particolare "il ruolo ricoperto ... nella vita pubblica" dal soggetto del quale sono diffusi i dati personali, rendono rilevante qualsiasi informazione sullo stesso divulgata. Il criterio scelto dalla Corte è quindi di tipo soggettivo più che oggettivo: non è tanto l'interesse sociale, o l'interesse pubblico dell'informazione a renderla meritevole di sopravvivenza nel tempo, oltre e contro eventuali esigenze di oblio, ma è il carattere proprio del soggetto le cui informazioni sono disseminate, il suo rapporto con "il pubblico", a determinare l'ampiezza del suo diritto all'oblio. Fermo restando che non è possibile un'interpretazione chiusa del riferimento della Corte al ruolo ricoperto nella vita pubblica trattandosi di un riferimento esemplificativo e non esaustivo degli elementi di possibile esclusione o temperamento dell'applicazione del diritto enucleato.

Fatto sta che in attuazione della sentenza della Corte, i motori di ricerca si sono attivati, dimostrando i limiti intrinseci alla pronuncia.

Google in particolare ha reso disponibili i moduli di richiesta per la cancellazione di dati ritenuti lesivi della vita privata, Microsoft ha pubblicato una pagina web per inoltrare richieste e bloccare i risultati di ricerca ritenuti lesivi, e anche Yahoo! pare abbia iniziato ad attivarsi.

La sentenza ha poi condotto, in alcuni ordinamenti, ad interrogarsi sul problema dei conflitti e del contenzioso che l'elaborazione di un "nuovo diritto", quale quello all'oblio, potrebbe generare, tanto che in Germania è stato presentato un disegno di legge che prevede

¹⁸ Secondo l'espressione utilizzata da O. POLLICINO, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, Il Sole 24 ore, 15 maggio 2014.

l'istituzione di un Tribunale specializzato per la risoluzione di controversie aventi ad oggetto la tutela della privacy.

Due sono i profili che mi pare vengano in rilievo nel post-sentenza, e che segnano il divario con il sistema statunitense mettendo in evidenza le debolezze che quello europeo presenterebbe qualora, in presenza di un dettato normativo non risolutivo come quello del nuovo regolamento, si affermassero sistematicamente interpretazioni del genere: quello del soggetto chiamato a decidere circa la rimozione, e quello dei soggetti abilitati a richiedere la rimozione stessa.

Sotto il primo profilo, è noto che Google ha immediatamente avviato la redazione di un proprio (auto)regolamento, con la collaborazione di un *advisory council* che si è avvalso di tecnici ed esperti per definirne i contenuti: utilizzando uno schema tipico degli strumenti di autoregolamentazione che caratterizzano l'autodisciplina delle categorie professionali, nonché l'organizzazione e la disciplina interna di autonomie ed enti di settore, Google pone dunque una fonte del diritto nelle cui trame si svolge il rapporto tra passato e presente, con l'evidente capacità di incidere sul futuro, determinando quali dati, quali informazioni meritano e meriteranno di essere sottratte all'oblio.

Sotto il secondo profilo, va tenuto presente che il panorama delle richieste di deindicizzazione effettivamente presentate a Google dopo la sentenza di cui si è detto è piuttosto vario, si va dall'assassino che dopo anni di reclusione, giunto alla scarcerazione per buona condotta, teme di non potersi ricostruire nella dimensione sociale e di non trovare un lavoro, e vuole quindi cancellare la memoria collettiva del delitto commesso, alla richiesta del minore affetto da malattia degenerativa a suo tempo comparso in un video accanto ad un falso medico e per questo riconoscibile nel presente da tutti nel suo stato di salute, dato personale e sensibile sul quale vorrebbe mantenere il riserbo, fino alla richiesta del condannato per abuso su minori a 18 anni di carcere che vuole nascondere le tracce dell'obbrobrio commesso¹⁹.

Solo alcune richieste configurano in effetti l'esercizio di un diritto all'oblio, nella definizione che qui si intende utilizzare e che sarà approfondita nel paragrafo seguente, in altri casi si tratta semplicemente (forse) di situazioni meritevole di riserbo e, talvolta, neppure di quello: tuttavia in tutti questi casi Google diviene arbitro dell'oblio, e si genera il rischio di giungere alla situazione opposta, e più grave, rispetto a quella dalla quale è sorta l'esigenza di protezione sfociata nella sentenza Google Spain. Ciò perché Google da un lato potrebbe mostrarsi propenso ad accogliere le richieste di deindicizzazione, temendo le spese di gestione del relativo contenzioso in caso di mancato accoglimento, acconsentendo anche a richieste prive di effettiva meritevolezza, e così rimuovendo interi bacini di ricordi e segmenti di passato in maniera pressoché randomica e non derivante da un bilanciamento degli interessi in gioco costituzionalmente fondato, dall'altro, com'è stato sottolineato, "non si può pretendere da un operatore di mercato privato di anteporre al proprio interesse d'impresa quello della collettività alla conoscenza, soprattutto allorquando ciò possa comportare esternalità

¹⁹ Gli esempi sono tratti da F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, cit.

negative non preventivabili o difficilmente sostenibili. Al più, l'operatore privato potrebbe perseguire l'interesse collettivo in forma indiretta, nel caso in cui quest'ultimo coincida con il proprio interesse individuale: nella fattispecie in esame, ciò potrebbe verificarsi ove mai, ad esempio, un numero particolarmente elevato di istanze, tutte massicciamente accolte, potrebbe finire per minare l'affidabilità stessa del motore di ricerca con perdita di appeal di mercato²⁰.

Se questo è il percorso tracciato dalla Corte di Lussemburgo, non si può dire che si tratti dell'unico orientamento in Europa. La Corte di Strasburgo delinea infatti un orientamento almeno parzialmente diverso, e meno distante dai paradigmi propri della tradizione giuridica nord-americana.

Si è già brevemente ricordata la sentenza *Wegrzybowski e Smolczewski vs. Polonia* del 16 luglio 2013, con la quale la Cedu ha posto gli archivi on-line all'interno dell'alveo di tutela dell'art. 10 della Convenzione, riconoscendone l'importanza del ruolo storico e la funzionalità per la ricerca e l'istruzione²¹. La sentenza in realtà propone un bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di informazione ex art. 10 e tutela della reputazione degli individui ex art. 8, ritenendolo rintracciabile nell'obbligo, posto a carico dell'editore delle notizie di cui si richiede l'oblio, di pubblicare aggiunte o precisazioni all'articolo, che consentano al pubblico un'immediata contestualizzazione dello stesso alla luce degli avvenimenti storici successivi alla pubblicazione. L'obbligo di aggiornamento potrebbe ricordare la già criticata soluzione a cui era addivenuta la Cassazione italiana nel 2012, ma non mancano differenze. La Cedu, infatti, prende le mosse da una tutela imprescindibile della libertà di informare e di essere informati, benché "*As a matter of principle the*

²⁰ Cfr. S. SICA – V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, cit., e R. Pardolesi, "*Googlelaw*". *Del ricorso alla disciplina antitrust per colpire il tiranno benevolente*, in *Foro italiano*, 2013, V, pp. 18 ss.

In realtà, un'analisi concreta delle richieste di de-indicizzazione e delle relative risposte, mostra come Google, dopo un atteggiamento inizialmente molto positivo nei confronti della cancellazione, si sia ormai attestato su un tasso non altissimo di accoglimento delle richieste, pari al 43,2% delle richieste (dato aggiornato al 20 ottobre 2016). L'accoglimento delle richieste varia peraltro in maniera anche abbastanza sensibile a seconda dei Paesi da cui provengono le richieste stesse: dal 48,9% degli URL rimossi su richiesta di cittadini francesi si arriva al 32,6% di richieste italiane accolte: in ogni caso il tasso di accoglimento non supera mai il 50%. Tra le richieste non accolte emergono quella proveniente dall'Ungheria, di un funzionario pubblico che chiede di rimuovere articoli recenti relativi a una condanna penale risalente ad alcuni decenni prima, quella francese di un sacerdote accusato di possesso di materiale pedo-pornografico che ha chiesto di rimuovere articoli che riferivano della condanna e del suo allontanamento dalla Chiesa; risulta invece accolta la richiesta, proveniente dalla Germania, di un insegnante condannato per un reato "minore" più di dieci anni prima a rimuovere un articolo che riguardava la sua condanna. L'impressione complessiva è che l'elemento soggettivo del richiedente abbia una certa rilevanza nel condizionare la decisione di Google circa la rimozione o meno dell'URL.

Il fenomeno presenta poi un'indiscutibile effetto di eterogenesi dei fini, rappresentata dal c.d. effetto boomerang (cfr. F. Di Ciommo, *ibidem*) dell'*hiddenfromGoogle*. La visibilità ottenuta dai link rimossi, e come tali evidenziati in Rete, e la capacità della notizia di rimozione di suscitare la curiosità e l'interesse del pubblico, più di qualsiasi link scoperto e visibile, testimonia l'impossibilità dell'oblio nella rete, così come essa risulta testimoniata dall'intreccio tra dimensione territoriale e dimensione virtuale della Rete: una pagina deindicizzata su google.fr o google.es o google.it, potrà continuare ad essere visualizzata su google.com, memoria e oblio sembrano, proprio nello spazio virtuale della Rete, ritrovare i confini territoriali che parevano aver perduto.

²¹ Sul caso cfr. L. DE GRAZIA, *La libertà di stampa e il diritto all'oblio nei casi di diffusione di articoli attraverso Internet: argomenti comparativi*, in questa Rivista, n. 4/2013.

*rights guaranteed by these provisions deserve equal respect*²². Sottolinea così il contributo essenziale svolto dagli archivi in Internet al fine di conservare e rendere accessibili le informazioni, ciò che li rende una fonte importante sia dal punto di vista educativo sia della ricerca storica, anche per la loro apertura al pubblico e la loro gratuità. La Corte afferma inoltre che mentre la funzione primaria della stampa all'interno di un sistema democratico è quella di agire come "un cane da guardia", secondo l'espressione spesso utilizzata dalla Cedu nella sua giurisprudenza sull'art. 10 della Convenzione, un ruolo secondario ma significativo è quello che esercita nella conservazione e messa a disposizione di archivi pubblici nei quali sono raccolte le notizie in precedenza divulgate: si potrebbe dire che la funzione degli archivi è sussidiaria e complementare all'esercizio delle funzioni democratiche che la stampa (ma forse *lato sensu* il giornalismo, sia esso svolto attraverso la carta stampata oppure attraverso il web) tradizionalmente svolge.

È all'interno di questo quadro che va collocata l'affermazione della Corte secondo la quale la previsione di un obbligo di pubblicare un adeguato aggiornamento ad un articolo contenuto all'interno di un archivio Internet, nel momento in cui il medesimo aggiornamento è stato apportato all'articolo di giornale nei cui confronti era stata intentata una causa per diffamazione quando pubblicato attraverso la carta stampata, non costituisce un'interferenza sproporzionata nella libertà di espressione. Dunque: non rappresenta una richiesta eccessiva nei confronti dell'editore di un giornale che gestisca anche un archivio online di notizie quella di aggiornare la notizia.

A parte il fatto che anche in questo caso non è chiarissimo se lo stesso ragionamento si applicherebbe qualora la notizia non fosse originariamente diffamatoria, vanno evidenziati due aspetti, a mostrare la maggiore cautela dell'approccio di Strasburgo e il minore divario rispetto all'impostazione nord-americana: in primo luogo, si fa riferimento ad archivi collegati a giornali, ove l'applicazione di un trattamento più vicino a quello che caratterizzerebbe la carta stampata si giustificerebbe dunque anche per la diversa natura di questi soggetti rispetto ad altri "atipici" fornitori di notizie in Internet; in secondo luogo, la Corte sembra a più riprese voler evidenziare quanto limitato e circoscritto sia il ricorso a questo meccanismo di tutela del diritto a salvaguardare la propria reputazione (non si parla in questo caso di diritto all'oblio), e come sia in ogni caso richiesto di giustificarne l'utilizzo mostrandone la non eccessiva invadenza nella sfera della libertà di espressione.

Questo tipo di approccio non contrasterebbe neppure con le scelte operate nel contesto statunitense, dove, va ricordato, la nozione di diritto all'oblio si definisce nell'ambito di una delle fattispecie che caratterizzano il *right to privacy*, e, in particolare la *public disclosure of private fact*, vale a dire l'ipotesi in cui "*one who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy if the matter publicized is of a kind that (a) would be highly offensive to a reasonable person, and (b) is not of legitimate concern to the public*".

²² La Corte richiama *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) v. France*, no. 12268/03, § 41, 23 July 2009; *Timciuc v. Romania* (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and *Mosley v. the United Kingdom*, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011".

L'ambito applicativo dell'oblio (o comunque di fattispecie assimilabile, rinviando le distinzioni al paragrafo successivo della trattazione) presuppone dunque la natura "highly offensive to a reasonable person" dell'attività invasiva²³.

Sebbene anche nella giurisprudenza statunitense non siano mancate pronunce che hanno riconosciuto al singolo la tutela derivate dal diritto alla *privacy* in casi di "ridivulgazione" di vicende precedentemente note²⁴, il diritto all'informazione, almeno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, assume una prevalenza assoluta che gli deriva dalla *preferred position* accordata al Primo Emendamento²⁵. Nonostante qualche sviamento giurisprudenziale²⁶, l'esperienza statunitense resta segnata da una forte preminenza del diritto ad informare e ad essere informati sull'interesse ad essere dimenticati, che diviene legittimamente esercitabile qualora il dato oggetto di divulgazione sia (credibilmente) fonte di particolare offesa per colui che desidererebbe l'oblio, o l'evento attribuito comunque lesivo della sfera della reputazione, e in ogni caso quando non vi sia un (legittimo) interesse pubblico alla sua conoscenza.

3. Cancellazione e oblio: non confondiamo i piani.

In questa parte dello scritto si tenterà di mettere in luce le differenze esistenti tra cancellazione di dati e oblio, per sostenere come, pur ritenendo possibile e constatando l'affermazione sempre più pervasiva di diritti di cancellazione, non possa configurarsi né come costituzionalmente legittima né come auspicabile l'affermazione di un autentico diritto all'oblio.

²³ Cfr. V. J. ROSEN, *The right to be forgotten*, in 64 *Stanford Law Review*, online 88, 92, 2012 e J. Yakowitz, *More Crap From the E.U.*, blogs.law.harvard.edu, 2012.

²⁴ Cfr. *Melvin v. Reid*, 297 P. 91 (Cal. App. 1931) e *Sidis v. F-R Publishing Corporation* 113 F-2d 806 (2d Cir. 1940), e *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, 4 Cal. 3d, 529 (1971), dove si fa riferimento all'interesse pubblico. Il punto è però come viene interpretato l'interesse pubblico nel sistema nord-americano, dove trova una definizione molto più ampia e comprensiva rispetto a quanto avviene in Europa, cfr. A. MANTELE-RO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, cit. spec. nt. 58.

²⁵ Sulla *preferred position* cfr. J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980. L'origine di tale impostazione viene fatta risalire al 1937, ed in particolare alla pronuncia della Corte Suprema (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937)) in cui il giudice Cardozo incidentalmente afferma la superiorità delle libertà, di tutte le libertà, protette dal I Emendamento, in quanto prerequisite del godimento da parte dell'individuo delle altre libertà costituzionalmente garantite Cfr. ex aliis G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1958, p. 31, nt. 4, che peraltro riconduce tali osservazioni di B.N. Cardozo ad altre precedentemente svolte in *Paradoxes of Legal Science*, New York, 2000 (1928), p. 100 ss. È di poco successiva la formulazione espressa della nozione di *preferred position*, all'interno di un *dissent* in *Jones v. Opelika*, 319 U.S. 103 (1943) (*per curiam*), e la sua affermazione di maggioranza in *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), in cui viene negata la legittimità di una tassa per l'acquisizione della licenza per la rivendita ambulante di libri ed opuscoli; in relazione al diritto all'oblio, cfr. V. PIERFELICI, in E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio – Atti del Convegno di studi del 17 maggio 1997*, Esi, Napoli, 1999.

²⁶ È il caso di *Uranga v. Federal Publication, Inc., DBA The Idaho Statesman*, del 2001, quando per la prima volta si mette in evidenza come il passare del tempo possa influire sull'interesse pubblico della notizia.

Occorre da subito ricordare che per provare a ricostruire una nozione soddisfacente di diritto all'oblio in riferimento alle informazioni presenti sul *web*, e in particolare al ruolo dei motori di ricerca nella indicizzazione delle stesse e nella loro sistematica quanto capillare diffusione al pubblico, non si può nascondere l'origine propria della categoria che va rintracciata al di fuori e prima dell'affermarsi della Rete come principale veicolo di informazione e comunicazione.

Com'è noto, infatti, la teorizzazione del diritto all'oblio nasce in Francia, aparendo per la prima volta nella giurisprudenza con riferimento alla categoria del rispetto della vita privata: il caso era quello del processo intentato contro il produttore e il regista del film girato nel 1963 sulla vita di Landru, meglio noto come Barbablù, il killer seriale di donne che uccideva e bruciava nella stufa a legna per impadronirsi dei loro beni²⁷. All'epoca, una delle amanti del personaggio aveva lamentato che nel film si ricordava al pubblico un periodo drammatico e lontano della sua vita privata, del quale non avrebbe voluto più ritrovare tracce (salvo averle ella stessa lasciate nelle memorie personalmente redatte e diffuse, elemento che, per il giudice di allora, sarebbe risultato fondamentale nel rispondere negativamente alla richiesta della donna).

A partire da quel momento, altra giurisprudenza diede luogo ad una dottrina secondo la quale sotto il profilo soggettivo per i privati non esisteva un diritto all'oblio, ma semmai un diritto alla non rivelazione di episodi della propria vita privata, come riconosciuto dall'art. 9 del codice civile francese che, in qualche modo, non avrebbe trovato applicazione, in quanto in contrasto con il diritto all'informazione, quando un episodio fosse diventato di attualità giudiziaria.

La tutela del diritto all'oblio riguardava invece i casi in cui un individuo volesse mantenere il segreto e il riserbo caratterizzanti la sua "nuova vita": sarebbe stata legittima la pubblicazione di un avvenimento della vita privata di un soggetto soltanto quando la vicenda si fosse per così dire oggettivizzata, diventando di pubblico dominio, ma non quando la rievocazione del fatto fosse in grado di turbare la vita, ormai diversa, della persona. Così la categoria del diritto all'oblio (*offline*) si costruisce come lo strumento d'elezione per la salvaguardia delle condizioni attuali della persona, in particolare quando diverse da quelle passate. In questo senso il diritto all'oblio corrisponde al diritto all'identità personale attuale, e si orienta in particolare sul polo dell'identità, secondo la ricostruzione che si presenterà nel paragrafo successivo, ma in una dimensione connotata dall'elemento temporale.

Cosa accade però quando le tecnologie "mirano a far diminuire la possibilità che il tempo cancelli le esperienze passate. La differenza tra passato e presente tende a scomparire ..."²⁸?

Se è vero che "[f]in dalle origini dell'umanità, dimenticare è stata la norma e ricordare l'eccezione. Oggi, con l'avvento della tecnologia digitale e dei network globali, questo equili-

²⁷ Sulle origini francesi della categoria cfr. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Esi, Napoli, 2009, spec. p. 216 ss.

²⁸ *Ibidem*, p. 261.

bro si è ribaltato, tanto che dimenticare è diventato l'eccezione e ricordare la norma²⁹, e bisogna quindi cercare di comprendere da un lato quanto la categoria del diritto all'oblio, come diritto all'identità attuale, sorta prima dell'avvento di Internet, si confaccia a questo nuovo contesto spazio-temporale con il quale diritto e diritti sono chiamati a confrontarsi³⁰, dall'altro se in molti dei casi in cui si parla di diritto all'oblio non si tratti più semplicemente di promuovere il riconoscimento in Rete di diritti di cancellazione, funzionali ad una più corretta gestione della permanenza delle informazioni sul *web* e ad una migliore gestione dei dati da parte dei soggetti in vario modo titolari del trattamento degli stessi.

Al fine di sgombrare il campo dalle possibili sovrapposizioni tra figure differenti, ed in particolare tra diritto all'oblio e diritto alla cancellazione (*right to be forgotten and right to erasure*) occorre operare le necessarie distinzioni concettuali, che si potrebbero enucleare intorno a tre principali elementi: (a) legittimità *ab origine* o meno della pubblicazione della notizia; (b) esistenza o meno di fatti sopravvenuti idonei a ripristinare l'attualità la notizia (il riferimento va alla nota pronuncia della Cassazione n. 3679/1988); (c) qualificazione soggettiva della persona che vorrebbe essere dimenticata, o meglio, che chiede che siano dimenticati comportamenti ad ella riconducibili.

Prima di soffermarsi su questi elementi, è opportuno segnalare un ulteriore aspetto: se la violazione del presunto diritto ad essere dimenticati viene commessa da un sito Internet che sulla propria *home page* propone ai propri visitatori una notizia non più di interesse pubblico e che questi non avevano ricercato, è evidente che si è di fronte ad un caso del tutto analogo a quello che si avrebbe se la notizia fosse pubblicata su un giornale a stampa³¹. Una pre-distinzione va quindi operata tra il diritto all'oblio in Internet rispetto al quale Internet si pone come mero mezzo, e tutti gli altri casi in cui l'oblio, per il fatto di emergere in Rete, assume un'altra veste, altre modalità: il problema naturalmente è se tale diversa veste consenta, o richieda, un approccio e un trattamento diverso da parte del diritto.

Venendo agli elementi individuati, il primo (a) risulta centrale. A seconda che la notizia da cancellare o da dimenticare sia o meno oggetto di reato muta radicalmente l'applicabilità della categoria dell'oblio, che soltanto nel secondo caso assume una veste sua propria, trascendendo il mero profilo del trattamento illecito di dati personali, e configurando un'ipotesi autonoma (e, come si dirà, in quanto tale inaccettabile) di diritto soggettivo, la cui qualificabilità in termini di diritto fondamentale resta ovviamente da dimostrare (v. par. 5).

Non meno significativo risulta però il secondo profilo, relativo all'esistenza di fatti sopravvenuti idonei a ripristinare l'attualità della notizia, e quindi, in definitiva, all'esistenza di un interesse sociale nella conoscenza delle informazioni e dei dati in questione.

A questo proposito, sembra evidente che qualora l'interesse sociale sia completamente assente si ricadrebbe nell'ipotesi che la Cassazione italiana ha affrontato con riguardo

²⁹ Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, 2010, p. 2. Si tratta della traduzione italiana di *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, cit.

³⁰ Sui temi, cfr. F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 3 ss., G. COMANDÉ, *Privacy informatica: prospettive e problemi*, in *Danno e Responsabilità*, 1997, 2, p. 140.

³¹ Cfr. F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, cit., spec. p. 1105.

ai limiti al diritto di cronaca, elaborando i noti tre parametri della veridicità dei fatti, l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, e la continenza con la quale essa risulta espressa³². Vale a dire che in totale assenza di un interesse alla narrazione, la sua legittimità potrebbe essere messa in discussione a prescindere dall'emersione di uno specifico diritto all'oblio: che si tratti di lesione attuale del canone dell'interesse sociale nella diffusione di una notizia attuale, o di lesione attuale del canone dell'interesse sociale nella diffusione di una notizia non più attuale, ci si trova di fronte ad ipotesi sostanzialmente assimilabili.

Altro discorso va fatto invece per i casi in cui l'interesse sociale sia presente³³, nonostante sia trascorso del tempo dall'originario trattamento dei dati personali, vale a dire - utilizzando il linguaggio della manifestazione del pensiero più che quello della *privacy* - dalla prima diffusione dell'informazione. È in questa frazione della problematica che emerge la fattispecie del diritto all'oblio: nonostante un potenziale interesse al permanere in vita delle informazioni a suo tempo diffuse, ovvero nonostante l'interesse ad un nuovo, o continuativo, trattamento dei dati personali successivo a quello *ab origine* lecitamente effettuato, il soggetto chiede che su tutto questo prevalga il suo interesse alla rimozione della memoria. Da questo punto di vista l'elemento (c) risulta assorbito dal (b).

Sembra poi rientrare nella fattispecie propria del diritto all'oblio la richiesta di permanente veridicità delle notizie diffuse, e quindi la questione stessa dell'aggiornamento (costante) delle informazioni divulgate al fine di non danneggiare i soggetti con la pubblicazione di dati non corretti in quanto superati, nello scorrere del tempo, da nuovi elementi che ne modificano il contenuto³⁴.

Anche sotto questo aspetto occorre però operare delle distinzioni. Si pensi al caso della notizia dell'imputazione per corruzione di un personaggio politico nel 1993, poi assolto, con riferimento alla quale la Cassazione nel 2012 afferma che "la notizia, originariamente *completa e vera* diviene *non aggiornata*, risultando quindi *parziale e non esatta*, e pertanto sostanzialmente *non vera*", ragione per cui la Suprema Corte ritiene necessario individuare degli strumenti che consentano di mantenere la veridicità e l'esattezza della notizia, ma anche la sua liceità e correttezza (quali possano essere tali strumenti, non è precisato ...). È chiaro che in questo caso il mancato aggiornamento della notizia ad un *fatto* sopravvenuto genera la sua parzialità e sostanziale non corrispondenza alla verità: non c'entra, propriamente, l'oblio.

Cosa diversa si produce invece nel caso in cui l'esigenza di aggiornamenti derivi da una presunta, e soggettivamente connotata, trasformazione dell'individuo tale per cui l'autopercezione dello stesso rispetto alle proprie inclinazioni, orientamenti, condotte, risul-

³² Del c.d. "triangolo delle esimenti" si dibatteva già in dottrina a partire dagli anni Sessanta, cfr. P. NUVOLONE, *Cronaca (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962, p. 422 ss., e i riferimenti già rintracciabili in C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 15 ss.

³³ Parte della dottrina rileva come in tutti i casi in cui c'è un interesse sociale alla notizia allora non può esserci "oblio": T.A. AULETTA, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"* in AA. VV., *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, p. 31.

³⁴ Richiesta che muove dall'idea per cui una notizia non aggiornata non sarebbe proprio una notizia vera, cfr. T. E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in www.federalismi.it, 10 giugno 2014.

rebbe alterata, mal rappresentata dall'informazione, dall'immagine, dall'elemento indicizzato in rete: qui si genererebbe uno spazio proprio del diritto all'oblio, la cui dimensione eminentemente soggettiva risulta innegabile.

Tale spazio non è adeguatamente descritto dalla Corte di Cassazione quando con la sent. n. 3679 del 1998 offre un primo riconoscimento espresso (in Italia) al diritto sostenendo che *“il diritto all'oblio è da intendersi quale giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata”*, e precisando che tale diritto non avrebbe applicazione qualora vi siano *“fatti sopravvenuti”* idonei a far tornare d'attualità la notizia.

Mentre un tentativo di codificazione di questo spazio è nell'art. 11, c. 1, del codice in materia di protezione dei dati personali (il ben noto d. lgs. 196/2003) dove si prevede che i dati personali oggetto del trattamento siano *“e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.”*

Scopo della raccolta, interesse sociale della notizia, sono espressioni e concetti differenti ma tutti significativi di come la gradazione dell'interesse pubblico sembri, almeno in linea teorica, determinare l'emergere o meno dell'oblio rispetto ad un più blando interesse al riserbo, una volta messa da parte la questione della legittimità della diffusione, che attiene esclusivamente la tutela della riservatezza, questa sì inerente la diffusione *ab origine* illecita di vicende.

Con riguardo alla gradazione dell'interesse, sono state di recente individuate quattro fattispecie, utilizzando come criterio quello dell'interesse pubblico³⁵: 1. divulgazione di vicende aventi per loro natura rilevanza esclusivamente privata, 2. diffusione di fatti privati rispetto ai quali sussiste un interesse pubblico alla loro conoscenza, 3. diffusione di eventi di pubblico dominio, 4. diffusione di accadimenti aventi rilevanza storica. Mi pare evidente che la categoria del diritto all'oblio sia da ricostruire prevalentemente all'interno della seconda fattispecie, ma non è da escludersi che anche alla terza e alla quarta possano ricondursi ipotesi a queste connesse, qualora il suo fondamento teorico e la sua rilevanza costituzionale siano rintracciati nella protezione della dignità umana e sociale e nella tutela dell'identità personale (v. par. 4).

Certo, la valutazione dell'interesse pubblico è attività ampiamente discrezionale, sia che da essa si voglia far dipendere l'individuazione vera e propria della fattispecie, sia che serva a ritenere corretto o meno un trattamento di dati o più in generale la diffusione di un'informazione, basti pensare a come in Italia la giurisprudenza abbia offerto, essenzialmente fino alla normativa della fine degli anni Novanta e poi al decreto sulla *privacy* del 2003, una nozione piuttosto estensiva di interesse pubblico, ampliando le fattispecie potenzialmente suscettibili di rievocazione, e tendenzialmente legittimando la ripubblicazione di eventi passati.

³⁵ Cfr. A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata a Internet*, cit.

Ancora più discrezionale è però l'attuazione di quella declinazione del diritto all'oblio che si fonda sulla tutela dell'"autopercezione", in qualche modo rintracciabile nella citata sentenza della Cassazione³⁶, dove si individua un legame tra diritto all'oblio e il "diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera — e *a fortiori* se di cronaca — nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione". Una pretesa di tale natura deriva da una concezione forte del diritto all'oblio, che esorbita dalla portata della definizione che la Cassazione stessa aveva operato quindici anni prima (quando ancora si ragionava di oblio *offline*), e mostra il vero volto del diritto all'oblio.

Per meglio comprendere cosa comporta un'applicazione del diritto all'oblio nelle sue conseguenze (non estreme, direi, ma coerenti con la sua natura), basti pensare che mentre il Garante³⁷ ha ritenuto elementi tali da giustificare il sacrificio del diritto all'oblio e quindi da non richiedere un intervento tecnico di deindicizzazione o prevenzione dell'indicizzazione, il tempo non particolarmente lungo trascorso dai fatti oggetto dell'informazione, nonché l'emergere di eventuali sviluppi successivi tali da rendere opportuna un'ampia conoscibilità dei fatti (nel caso di specie si trattava di sviluppi giudiziari, ma nulla vieta che lo stesso potrebbe valere per altre tipologie di "sviluppi"), al contrario la Cassazione ha esteso a un'informazione verso la quale risulta permanere la sussistenza di un interesse pubblico alla conoscenza una tutela che il Garante in materia di archivi online non accorda neppure alle informazioni che l'interesse pubblico non lo abbiano più.

4. Il nucleo duro del diritto all'oblio tra due poli: identità e riservatezza.

Vincenzo Zeno Zencovich, commentando la sentenza della Cassazione n. 3769/1985³⁸, sottolineava come "la prima [la riservatezza] mira a impedire che altri conoscano; la seconda [l'identità] tende a che questi conoscano correttamente; la prima prescinde dalla verità (anzi, più è vera la notizia del fatto intimo, più essa è lesiva), all'opposto dell'identità di cui la verità costituisce elemento essenziale".

A partire da queste cristalline distinzioni si intende cercare di individuare il nucleo duro del diritto all'oblio confrontandosi con i due elementi che, in pari o diversa misura, ne caratterizzano indiscutibilmente la natura e ne fondano un riconoscimento: la riservatezza, e il diritto (o meglio i diritti) che da essa si dipanano, variamente connessi con la tutela dei dati

³⁶ Cfr. F. DI CIOMMO-R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in internet alla tutela dell'identità dinamica. È la rete, bellezza!*, cit., che criticano Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, *ibidem*, p. 747 ss., si veda anche in *Giurisprudenza italiana*, 2013, V, p. 1070 ss., con nota di M. Bellante.

³⁷ Provvedimento del 12 febbraio 2009, documento web n.1601624, che riguardava il caso che darà poi origine alla sentenza del 2012 della Cassazione.

³⁸ Si veda il commento in *Nuova giurisprudenza civile*, 1985, I, 647, e Id., *Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, Torino Utet, 1993.

personali; l'identità personale, e il diritto alla protezione della dignità personale e sociale che attraverso l'identità si costruisce³⁹.

Prima di definire il nucleo duro del diritto all'oblio viene da chiedersi, e l'interrogativo è stato in parte sotteso alle considerazioni già svolte, se con tale espressione si individui effettivamente una situazione giuridica soggettiva e in particolare un diritto soggettivo, ciò che pressoché tutta la dottrina giuridica sembra ritenere, oppure se si tratti piuttosto di un valore in grado di orientare le scelte dei legislatori e dei giudici, ma niente di più⁴⁰.

Proprio il punto da cui si sono prese le mosse consente di affermare, nonostante non vi sia omogeneità né nella definizione del rapporto tra il diritto all'oblio e il diritto alla riservatezza, "rinvenendosi soluzioni differenziate che dipendono, tra l'altro, dalla configurazione di quest'ultimo come una situazione giuridica soggettiva unitaria o suscettibile di decomposizione", né nella definizione del rapporto tra diritto all'oblio e diritto all'identità personale⁴¹, che la relazione, pur frastagliata, con i due diritti soggettivi indicati, ne fanno un diritto soggettivo, la cui fundamentalità sarà oggetto di critica nel paragrafo seguente⁴².

Di recente⁴³ sono stati individuati alcuni tratti distintivi del diritto all'oblio, che costituirebbero quello che qui si è definito come nucleo duro: vetustà dei fatti, decorso del tempo e inutilità sociale dell'informazione. E il diritto all'oblio in qualche modo si distinguerebbe perché potrebbe essere violato solo da un mezzo di informazione che abbia dato grande rilevanza ad una notizia datata, in mancanza di un interesse sociale attuale.

Sotto questo aspetto si pongono però problemi in parte già accennati nel paragrafo precedente, che riguardano l'attualità dell'interesse sociale⁴⁴, e l'interrogativo di fondo se in realtà proprio la sussistenza di un interesse sociale non comporti l'emergere del diritto all'oblio come categoria autonoma, distinta dal diritto alla riservatezza.

Le tendenze alla sovrapposizione tra elemento dell'interesse ed elemento della qualificazione soggettiva del soggetto sono peraltro fonte di ambiguità e contraddizioni⁴⁵.

³⁹ Il "doppio volto" del diritto all'oblio, e la contestuale esigenza di individuare lo specifico diritto della personalità, se vi è, da esso tradotto o veicolato, incide anche sull'individuazione degli strumenti preposti alla sua tutela. Se è vero che nella sua dimensione di diritto all'identità personale può essere tutelato attraverso il diritto di rettifica (salvo verificare come questo possa efficacemente realizzarsi online), mentre come diritto alla riservatezza dovrebbe comportare, in caso di violazione, una tutela di tipo risarcitorio con riferimento all'art. 2059 c.c. e tutti i problemi a questo connessi quando si tratti di salvaguardare la sfera della personalità, su questi aspetti si interrogava già G. NAPOLITANO, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)*, in *Diritto dell'informatica*, n. 3/1996, p. 427 ss.

⁴⁰ Cfr. J.F. BLANCHETT-D.G. JOHNSON, *Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness*, in *The Information Society*, 2002, p. 33 ss.

⁴¹ Cfr. D. MINIUSI, *Il "diritto all'oblio": i paradossi del caso Google*, cit.

⁴² Riconduce direttamente l'oblio ai diritti inviolabili della persona, richiamandone specularmente un dovere di rispetto fondato sulla solidarietà sociale ex art. 2, Cost., L. RATTIN, *Il diritto all'oblio*, in *Archivio Civile*, 2000, pp. 1069-1074.

⁴³ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, cit., *passim*.

⁴⁴ Ci si potrebbe ad esempio chiedere se la circostanza per cui per l'emergere della notizia dalla rete serva una ricerca non sia di per sé sintomo di interesse sociale, dovendosi però evidentemente escludere nel caso in cui tale ricerca sia effettuata da un soggetto singolo

⁴⁵ Mi riferisco alla definizione di utilità sociale soprattutto in relazione alla notorietà o meno del soggetto, v. Cass. Civ. 4366 del 2003 quando si precisa che la lesione della riservatezza può interessare sia la persona nota che quella ignota, con la sola differenza che per quest'ultima può operare il meccanismo di cui all'art. 97 della legge d'autore, che rende lecita la pubblicazione dell'immagine anche senza il consenso dell'interessato allorché sussiste un'esigenza pubblica di informazione.

Si sente allora la necessità di andare alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto.

Il legame con la dignità umana si evince in quanto, secondo alcuni, “La tutela della dignità dell’uomo passa (anche) attraverso il diritto all’oblio, ovvero il diritto a cancellare, ovvero a contestualizzare, i dati personali per vietare [...] un travisamento dell’immagine sociale di un soggetto, per evitare che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente e possa ledere la propria dignità umana.”.

D’altra parte, l’idea che il passato possa rappresentare un ostacolo per il presente e per il futuro traduce un’idea poco condivisibile dello stesso come qualcosa di fisso e immutabile, distinguibile e distinto dalla realtà del presente e dalle aspirazioni per il futuro.

Mi pare invece che, com’è stato ricordato, “È sul potere di accedere alla conoscenza delle tracce del passato che si fonda quella condivisione della conoscenza che è essenziale alla formazione del sapere e alla costruzione di un mondo dotato di significato. Nella riformulazione dei ricordi vi è in gioco qualcosa di più della memoria individuale, che ancora una volta non può intendersi come un fatto meramente privato: vi è in gioco il rapporto tra individuo e comunità”⁴⁶.

Il “nucleo duro” del diritto all’oblio non è dunque piuttosto un diritto “al pentimento”, un diritto a rinnegare il proprio passato? E davvero può ritenersi che questo tipo di diritto abbia una qualificazione costituzionale?

Se si condivide la definizione di identità personale in termini di “patrimonio”, è evidente che essa, con il passare del tempo, pur non essendo il suo contenuto in assoluto immutabile, rimane tale, sviluppandosi per stratificazione, ma senza diventare “altro” rispetto a ciò che era in passato. Ne consegue, pertanto, che riportare in vita un fatto, una notizia che da lungo tempo non erano conosciuti o, addirittura, conoscibili da terzi, non comporta una lesione del diritto all’identità personale, che è la medesima di quando quel medesimo fatto era noto, ma una lesione semmai del diritto alla riservatezza - e, in particolare, di quella proiezione dello stesso rappresentata dal “diritto all’oblio” - in quanto (e nei limiti in cui) l’interesse pubblico alla conoscenza della notizia medesima è privo del carattere dell’attualità⁴⁷. Questo tipo di lettura sposterebbe quindi il diritto all’oblio decisamente verso il polo del diritto alla riservatezza⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. U. PAGALLO - M. DURANTE, *Diritto, memoria ed oblio*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all’oblio*, cit.; gli autori rileggono l’opera di Paul Ricoeur, ed in particolare *Ricordare, dimenticare, perdonare. L’enigma del passato*, Bologna, Il Mulino, 2004, e Id., *La memoria, la storia, l’oblio*, a cura di D. Iannotta, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003.

⁴⁷ Cfr. D. MINIUSI, *Il “diritto all’oblio”: i paradossi del caso Google*, cit.

⁴⁸ Sembrano ricondurre il diritto all’oblio al diritto alla riservatezza M. DIMARZIO, *Il diritto all’oblio*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, I, Cedam, 2001, pp. 680-681 e L. CRIPPA, *Il diritto all’oblio: alla ricerca di un’autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 1997, VII-VIII, p. 1990 ss., il quale osserva come il decorso del tempo sia l’elemento decisivo che connota la fattispecie dell’oblio, consentendo di sussumerla sotto un *nomen* distinto rispetto alla riservatezza (spec. p. 1993). Ritiene che proprio il decorso del tempo comporti la netta distinzione tra diritto all’oblio e diritto alla riservatezza, pur attenendo il primo alla “sfera” della riservatezza, S. MORELLI, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. “diritto all’oblio”)*, in *Giustizia civile*, 1997, XI, pp. 522-523. Definisce il diritto all’oblio come specificazione

Sotto questo profilo l'individuazione di un nucleo duro del diritto all'oblio non può trascurare il problema della verità. Precisando: se è vero che "lo stato costituzionale punta alla ricerca della verità, il tema della verità è un suo problema fondamentale"⁴⁹, l'argomento della verità rischia di essere utilizzato sia da chi sostiene il diritto all'oblio considerandolo uno strumento per il controllo della verità permanente delle informazioni⁵⁰, per il continuo aggiornamento delle stesse e l'attribuzione all'individuo del potere di determinare la verità su sé stesso imponendo che su questa verità si modelli la conoscenza, sia da chi vede nel diritto all'oblio l'ennesimo tentativo di limitare la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto ad informare e ad essere informati.

In effetti, quando il rapporto tra identità e verità si specifica nella possibilità, che il diritto all'oblio fornirebbe, di cancellare il passato, sfugge forse il legame, che invece fonderebbe costituzionalmente tutta l'elaborazione svolta, con la dignità umana, unico elemento tra quelli in questione il cui radicamento costituzionale risulterebbe indiscusso: ci si potrebbe chiedere infatti perché la cancellazione del passato sarebbe funzionale alla tutela della dignità.

Da un lato la personalità virtuale si manifesta "attraverso un'identità fluida, temporanea e "nomade"⁵¹, e in Internet il soggetto può operare senza tenere conto dei propri dati reali, potendo costruirsi una personalità anche molto diversa da quella sviluppata e manifestata nella realtà "fisica", dall'altro la verità dei fatti, del mondo reale, rischia di perseguire il soggetto oltre il trascorrere del tempo, e riportare continuamente alla luce dati reali che tali non sono più, in quanto appartengono al passato, ma possono sembrarlo, in quanto immersi nell'atemporalità della Rete.

Da questo punto di vista il rapporto tra identità e verità diviene complesso, e difficilmente ci si spiega per quale ragione la tutela della personalità sarebbe così forte da dover prevalere sulla verità quando è il soggetto a costruire un'identità fondata sulla menzogna, e da limitare la ricerca della verità (pur passata) quando la protezione dell'identità attuale del soggetto lo richieda. Il problema dunque è a quale verità si fa riferimento quando si sostiene che il diritto all'oblio ne garantirebbe la tutela, e quale sia effettivamente la relazione tra identità personale e verità, soprattutto in Internet (senza toccare qui le questioni, pur fortemente correlate, che riguardano l'anonimato⁵²).

Se si riprende la storica definizione di De Cupis, si ricorda come già negli anni Cinquanta la tutela dell'identità individuale si rintracciava nella tutela da tutte le rappresentazioni

del diritto alla riservatezza G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 807.

⁴⁹ Cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Einaudi, Torino, 2003, cit. da T. E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, cit.

⁵⁰ La verità non riguarderebbe solamente la corrispondenza al vero di quanto riportato, ma altresì le modalità con cui la rievocazione viene posta in essere. È il discusso tema delle "mezze-verità" (su cui la nota sentenza della Cass. n. 5259/1984, in *Foro it.*, 1984, I, 2711 ss.).

⁵¹ Cfr. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, spec. p. 205.

⁵² Sulla questione dell'anonimato in Internet si rinvia in particolare a M. MANETTI, *Libertà di pensiero e anonimato in Rete*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, marzo 2014, www.osservatorioaic.it, e ai riferimenti dottrinali rintracciabili nel saggio.

della persona “non aderente alla verità della persona medesima (per omissione di elementi reali o affermazione di elementi irreali) ... Anche in queste ipotesi è sacrificata l’individualità personale, è violata la verità personale, e quindi, uguale essendo il bene offeso, deve ammettersi la reazione giuridica della persona nei modi consentiti dal diritto”⁵³. Dunque la rappresentazione della persona considerabile come lesiva dell’identità della stessa sarebbe quella non veritiera, quella che omette elementi reali o afferma elementi irreali, prevalendo insomma un *carattere oggettivo dell’identità (personale e) sociale*.

Ma la tutela di un’identità personale identificata nella sua caratterizzazione oggettiva, forse non richiede una definizione particolarmente pregnante dell’identità personale stessa, e lo stesso ordinamento nord-americano, utilizzando la categoria del *false light in the public eye*, protegge questo tipo di violazioni.

Inoltre, un problema che si pone già in generale per il fondamento costituzionale del diritto all’identità personale, e che si trascina nella riconduzione a quest’ultimo del diritto all’oblio, sta nella tendenza a fondare direttamente il diritto all’identità personale sull’art. 2, Cost., sottovalutando il fatto che non tutti i profili identitari hanno il medesimo rilievo⁵⁴, se si guarda alla norma-faro dell’art. 3, Cost.

Per esemplificare, non sembra perciò meritevole del medesimo trattamento un’evoluzione identitaria che attenga la sfera dell’identità sessuale, basti pensare al particolare riconoscimento che l’ordinamento italiano attribuisce al fenomeno del transessualismo (già a partire dalla legge del 1982, e poi di recente con il riconoscimento costituzionale di quella che è stata definita “identità di genere”⁵⁵), rispetto ad un’evoluzione di natura prettamente comportamentale (o concernente all’ambito che è stato in passato definito come dell’“identità ideologico-professionale”⁵⁶): così come il diritto all’identità individuale troverebbe a seconda dei casi una possibile gradazione, derivante dal fondamento costituzionale generale nel principio personalista ovvero nel fondamento rafforzato dal riferimento all’art. 3, Cost., e a particolari profili meritevoli di protezione costituzionale, parallelamente il diritto all’oblio potrebbe configurarsi in maniera diversa (o meglio, meritare una diversa protezione).

Mi pare, alla luce di quanto osservato, che proprio la connessione tra diritto all’oblio e diritto all’identità personale giustifichi una differenziazione tra ipotesi di oblio costituzionalmente fondate ex art. 3, Cost., e perciò meritevoli di una tutela specifica da parte

⁵³ Cfr. A. DE CUPIS, *La verità nel diritto*, in *Foro italiano*, IV, 1952, 223-4.

⁵⁴ Cfr. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., spec. p. 231.

⁵⁵ Cfr. G. D’AMICO, *Identità di genere: “non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti voluto essere”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, p. 419 ss., che commenta la sent. n. 221/2015 della Corte cost., con la quale, com’è noto, è stata esclusa la necessità, ai fini dell’accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituirebbe così soltanto una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali.

⁵⁶ Era il caso di una show-girl che lamentava l’avvenuta pubblicazione (senza il suo consenso) di un fotomontaggio realizzato con stralci di un film appartenente “ad un filone cinematografico ormai del tutto estraneo alla sua attuale carriera”, e che sarebbe stato quindi per questo motivo lesivo del suo diritto all’identità personale, intesa come “il diritto della persona ad una proiezione di sé nel “sociale” il più possibile corretta, in relazione al suo attuale modo di essere, agire, pensare ...”, v. Pret. Roma, 10 febbraio 1988, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1988, p. 860 ss. (nota di C. Acciai - F. Acciai).

dell'ordinamento, al di fuori e oltre i casi di cancellazione derivanti dalla tutela del diritto alla riservatezza nelle ipotesi di trattamento illecito dei dati personali e alle condizioni individuate dalla legislazione in materia di *privacy*, e generiche ipotesi di oblio. Un fondamento generale dell'oblio nella dimensione dell'identità personale non sarebbe infatti accettabile per la ragione che nessuno potrebbe pretendere che "gli altri dicano di lui quello che egli ritiene di essere"⁵⁷: insomma, occorrerebbe qualcosa di più di un generico desiderio di essere compresi, descritti fedelmente a ciò che ci si sente di essere e di voler essere, ben rappresentati a livello sociale, soprattutto quando tale desiderio dovesse esprimersi, come avviene nel diritto all'oblio appunto, a scapito di un diritto fondamentale come quello alla libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* di diritto ad informare e ad essere informati.

4.1. Il diritto all'oblio nella giurisprudenza costituzionale italiana

Dando infine uno sguardo all'interpretazione costituzionale, emerge come l'attenzione della Corte costituzionale italiana si sia concentrata in particolare sul diritto all'oblio in ambito penale. Sottolineava Mantovani come "variando col decorrere del tempo, l'interesse sociale, mentre sicuramente sussiste anteriormente e contemporaneamente al processo e per un certo periodo successivo alla sentenza definitiva, diminuisce fino a cessare oltre un certo periodo. Con conseguente riemergere degli interessi individuali fino a prevalere su quello della libertà di manifestazione del pensiero", ragione per cui una diffusione "tardiva o ridiffusione delle notizie relative a fatti criminosi, ponendosi al di fuori dell'art. 21 per mancanza di un interesse pubblico attuale, cadono sotto il dominio della legge ordinaria e possono essere incriminati allorché offendano interessi ritenuti meritevoli di tutela penale (ad es. ex art. 595 c.p.). A meno che non si ricada, di nuovo nell'ambito dell'art. 21 per il risorgere dell'interesse pubblico o per ragioni diverse da quelle che giustificavano la pubblicità nel suddetti periodi (es. scoperta di un errore giudiziario)"⁵⁸.

Non stupisce l'attenzione del penalista al diritto all'oblio, che trova infatti una specifica collocazione in quell'ambito.

La Corte utilizza l'espressione "diritto all'oblio" molto tardi, per la prima volta nella sent. n. 287/2010, dove fa riferimento al "diritto, riconosciuto in generale dall'ordinamento, a pretendere che non sia conservata memoria di infrazioni "bagatellari", e individua un bilanciamento tra la tutela del "diritto all'oblio" di chi si sia reso responsabile in tempi passati di modeste infrazioni alla legge penale e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati, e quella contrapposta di precludere un'indebita reiterazione dei benefici". È il medesimo approccio al diritto all'oblio che la Corte segue nella sent. n. 23/2013 e nella sent. n. 45/2015.

⁵⁷ Cfr. A. PACE, *Il diritto sulla propria immagine nella società dei mass media*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 459, e A. MASARACCHIA, *Sul c.d. "diritto all'oblio"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 3025.

⁵⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1968, pp. 98-99.

Nella sent. n. 278/2013 dichiara invece l'illegittimità costituzionale della norma che non prevedeva, attraverso un procedimento tale da assicurare la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che aveva dichiarato di voler conservare l'anonimato.

La Corte nel caso di specie afferma che "a cercare un fondamento a tale sistema – che commisura temporalmente lo spazio del "vincolo" all'anonimato a una durata idealmente eccedente quella della vita umana –, se ne ricava che esso riposa sulla ritenuta esigenza di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo "diritto all'oblio" e, nello stesso tempo, sull'esigenza di salvaguardare *erga omnes* la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato". Solo in questo caso l'oblio assume una connotazione più vicina a quella che interessa ai fini di questo studio: la madre che rinuncia alla propria condizione e sceglie l'anonimato vuole che sia dimenticato un evento della propria esistenza che ha deciso di sottrarre dal novero delle esperienze in grado di orientare la propria vita successiva.

Anche l'altro caso in cui la Corte utilizza la nozione di oblio, e di "resistenza all'oblio", riguarda la fissazione di termini di prescrizione più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, "sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti". La Corte ritiene che soluzioni estensive possano essere giustificate "dal particolare allarme sociale generato da alcuni tipi di reato, il quale comporti una "resistenza all'oblio" nella coscienza comune più che proporzionale all'energia della risposta sanzionatoria" (sent. n. 143/2014).

Ancora il diritto all'oblio nella portata dirompente che la sua applicazione in rete determina non è approdato di fronte al giudice costituzionale, ma non ci sarebbe da stupirsi se a breve questo accadesse, vista proprio l'applicazione che del nuovo art. 17 del regolamento in materia di trattamento dei dati personali alcune corti potrebbero essere tentate di fare, e i conseguenti conflitti tra i valori in gioco nei quali essa potrebbe sfociare.

5. Il diritto all'oblio è un diritto fondamentale?

Identificato il contenuto proprio del diritto all'oblio, e definito, secondo le coordinate individuate, nel diritto della persona ad essere correttamente rappresentata a livello sociale coerentemente con la propria identità attuale, anche quando ciò comporti la limitazione della libertà dei terzi di esprimersi ed informare circa atti e fatti che nel passato hanno riguardato la persona stessa, in conclusione occorre a mio avviso verificare la sua "fondamentalità" attuale quale diritto.

Ipotizzando infatti che il suo collegamento con il diritto all'identità personale ne faccia *ex se* un diritto umano, ciò non significa che esso possa considerarsi per ciò stesso fondamentale.

Infatti, se fondamentali sono i diritti (lo dice in fondo la parola stessa) che sono assunti da una determinata società come essenziali per la sua sopravvivenza, allora i diritti umani

sono anche diritti fondamentali nel momento in cui sono posti *a fondamento* di una comunità civile e politica, e delle relazioni che si sviluppano al suo interno⁵⁹. Ecco allora che i diritti fondamentali, a differenza dei diritti umani, non possono essere astratti, ma si concretizzano nell'effettiva capacità di diventare obiettivi dell'ordinamento, orientanti le istituzioni: i legislatori, *in primis*, nell'elaborazione delle politiche pubbliche, e le Corti, *in secundis*, nella loro attività interpretativa.

Da questo punto di vista, per il diritto in questione problemi specifici emergono in relazione alla sua giustiziabilità, elemento che evidentemente connota il diritto al quale possa essere riconosciuto un attributo di fundamentalità: sia con riferimento all'identificazione della giurisdizione, sia all'identificazione dei responsabili del trattamento dei dati e dei soggetti da adire in giudizio (soltanto i titolari dei siti nei quali sono contenuti i dati? Anche i titolari dei motori di ricerca che hanno indicizzato i dati?).

Per entrambi gli aspetti sono già emerse nel corso della trattazione alcune risposte che la giurisprudenza ha provato ad offrire, ma anche le relative criticità. Ad esempio, se il problema della giurisdizione è stato inizialmente affrontato ritenendo che l'elemento determinante per individuare la giurisdizione sia il luogo in cui è collocato il pc dal quale l'utente accede alla Rete, con i conseguenti rischi di *forum shopping*, in seguito è stata proposta la soluzione per cui sarebbe competente il foro in cui il soggetto danneggiato ha la propria sede, la propria residenza o il proprio domicilio, regola meno favorevole al soggetto danneggiante, ma comunque non scevra da criticità applicative, in particolare con riguardo all'esecuzione delle sentenze dei giudici nei Paesi non appartenenti all'Unione europea⁶⁰. Insomma, la Corte di Giustizia è stata chiara nello stabilire, in materia di giurisdizione e competenza territoriale, che Google Inc. si trova stabilito "in ogni Stato in cui esiste una propria succursale dedita alla vendita di pubblicità e in quanto tale rimane sottoposto alla disciplina e al Giudice del Paese cui appartiene la vittima/danneggiato"⁶¹, ma il documento finale del gruppo di esperti istituito da Google proprio per studiare la questione del diritto all'oblio (dopo Google Spain, naturalmente) ha ritenuto di riconoscere il diritto alla de-indicizzazione soltanto sulle estensioni europee del motore di ricerca, ragione per cui, come già accennato, basta sostituire un .com a un .it o .es e la memoria torna in vita ...

Se si condivide la posizione di chi ritiene che "Solo un diritto idoneo a tutelare un interesse primario della persona in sede giudiziale può essere considerato fondamentale. Il carattere della necessità della tutela giurisdizionale permette di verificare il grado di stabilizzazione della situazione giuridica soggettiva ed il relativo recepimento nella coscienza socia-

⁵⁹ Ci si potrebbe chiedere poi se, in concreto, non vi sia spesso una coincidenza sostanziale tra diritti umani e diritti fondamentali nelle scelte che i singoli ordinamenti operano. Ma mi pare che la risposta stia non tanto nei singoli diritti individuati dalle Costituzioni e dai legislatori come fondamentali, ovvero negli ambiti di condotta che questi riconoscono e proclamano, quanto piuttosto nell'essenza propria del diritto, che muterebbe a prescindere dal fatto che la relativa fattispecie concerna o meno il medesimo oggetto. Comunque, su queste considerazioni si consenta di rinviare a E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, in www.gruppodipisa.it, ottobre 2016.

⁶⁰ Cfr. A. ROSSANO - D. BIANCHI, *Diritto all'oblio, un rebus che non si scioglie*, su *L'Espresso*, 26 febbraio 2015.

⁶¹ *Ibidem*.

le”⁶², sul punto della tutela giurisdizionale il diritto all’oblio sembra ancora difettare di fondamentalità.

E così la frazione di diritto fondamentale all’oblio, quella la cui tutela sembra fallire meno di fronte alla complessità ideologica e tecnologica, sembra essere qualcosa che in realtà non corrisponde alla natura propria del diritto, ma nient’altro che la riproduzione in chiave contemporanea del tradizionale diritto alla protezione dei dati personali che si esercita (anche) attraverso la cancellazione di quelli il cui trattamento non risulta più utile e necessario. Questo sarebbe in ultima istanza il diritto fondamentale. Anche rispetto a questo, peraltro, occorre verificare quanto possa incidere il fattore tecnologico sulla sua effettività⁶³: senza arrivare a dire che dove la tecnologia non consentisse la concreta attuazione del diritto questo non sarebbe da considerarsi fondamentale, poiché spetterebbe semmai al diritto, qui inteso come “la legge”, di colmare le lacune lasciate ancora aperte dallo sviluppo tecnologico *in progress*, d’altra parte il rapporto tra elemento tecnologico e giustiziabilità non può essere trascurato nella qualificazione della fondamentalità del diritto.

Andrebbero poi affrontati ulteriori e specifici profili problematici, penso in particolare a quello dell’originario trattamento effettuato quando il soggetto era minore, e al significato che il diritto all’oblio assumerebbe in questo caso in particolare: quando il trascorrere del tempo tra primigenio consenso e nuovi possibilità di trattamento dei dati corrisponda ad un passaggio (anche) giuridicamente rilevante come quello tra minore e maggiore età.

In conclusione, le criticità emerse nella definizione stessa del diritto all’oblio, gli incerti ancoraggi costituzionali dei suoi contenuti essenziali e identificativi, le incertezze nella sua disciplina normativa, e la sua difficile attuazione mostrano l’esigenza di superare l’*empasse* modificando la prospettiva.

Dalla tutela *ex post* dei diritti che danno vita all’ambivalente diritto all’oblio occorrerebbe forse spostarsi verso una protezione *ex ante*. Ciò significa, come è stato recentemente proposto, “rafforzare la responsabilità, ma in termini di *accountability*, dei gestori dei dati; il singolo non trova sufficiente supporto in consenso informato e strumenti di questo tipo nel sistema dei Big Data”⁶⁴. Sotto questo aspetto non mancano ricerche e sperimentazioni che spingono verso il superamento dei tradizionali schemi di consenso previsti dalle *privacy policies* attuali, sottolineando come il modello esistente risulti inadatto a sostenere effettivamente l’individuo-utente della Rete in un corretto utilizzo dei servizi che la stessa offre, e soprat-

⁶² Cfr. A. MANTELERO, *Il diritto all’oblio dalla carta stampata a Internet*, cit. In realtà secondo alcuni l’esistenza della tutela giurisdizionale non rappresenta una condizione necessaria (e men che meno sufficiente) per la concreta fruibilità dei diritti, in quanto “Il sistema costituzionale, in realtà, vive e si garantisce con l’apporto di tutti i suoi elementi ed, innanzi tutto, nella coscienza e nell’operare quotidiano della collettività generale; né potrebbe esistere un organo idoneo a difenderlo quando fossero consumate le sue radici storiche e sociali”, cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, 4^a ed., p. VII, e anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale. *Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, 3^a ed., Padova, Cedam, 2003, pp. 177 ss.

⁶³ Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, relazione al Convegno annuale AIC “Costituzionalismo e globalizzazione”, Salerno, 23-24 novembre 2012.

⁶⁴ Cfr. A. MANTELERO, *ibidem*.

tutto nella definizione del miglior equilibrio possibile tra godimento dei servizi da parte del soggetto e rinuncia, da parte sua, alla privatezza dei dati che lo riguardano⁶⁵.

Rafforzare la protezione *ex ante* significherebbe però ad un contempo responsabilizzare i titolari dei dati, e penso soprattutto ai più giovani, a chi costruisce nella realtà virtuale un'identità personale che potrebbe poi trasformarsi con il passare del tempo, diventando un fardello pesante, e finanche insopportabile. Penso in particolare alla rilevanza del fenomeno nei *social network*.

L'educazione, la sensibilizzazione, la cultura, da questo punto di vista, sono chiamate ad un compito assai importante, affinché in un'epoca in cui sia l'oblio sia la memoria sembrano sempre più eteronome, si provi a tornare al naturale, fisiologico ritmo del ricordare e del dimenticare.

⁶⁵ Ci si riferisce in particolare alla ricerca condotta dal gruppo coordinato da Lucilla Gatt, nell'ambito del Laboratorio Utopia dell'Università Suor Orsola Benincasa, e presentato in occasione del convegno *Nodi virtuali, legami informali. Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 7-8 ottobre 2016.