

Oreste Pollicino

**UN *DIGITAL RIGHT TO PRIVACY*
PRESO (TROPPO) SUL SERIO DAI
GIUDICI DI LUSSEMBURGO? IL
RUOLO DEGLI ARTT. 7 E 8 DELLA
CARTA DI NIZZA NEL
REASONING DI *GOOGLE SPAIN***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ORESTE POLLICINO

UN *DIGITAL RIGHT TO PRIVACY* PRESO (TROPPO) SUL SERIO DAI GIUDICI DI LUSSEMBURGO? IL RUOLO DEGLI ARTT. 7 E 8 DELLA CARTA DI NIZZA NEL *REASONING* DI *GOOGLE SPAIN*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il ruolo degli artt. 7 ed 8 della Carta di Nizza nella giurisprudenza precedente della Corte di giustizia... — 3. ... Ed il nuovo (ingigantito) ruolo giocato da questi ultimi nel *reasoning* di *Google Spain*. — 4. Considerazioni finali.

1. INTRODUZIONE.

« La costellazione particolarmente complessa e difficile di diritti fondamentali che questo caso presenta, osta alla possibilità di rafforzare la posizione giuridica della persona interessata ai sensi della direttiva riconoscendole un diritto all'oblio. Ciò vorrebbe dire sacrificare diritti primari come la libertà di espressione e di informazione. Inoltre, inviterei la Corte a non concludere che questi interessi concorrenti possono essere ponderati in modo soddisfacente in situazioni individuali sulla base di una valutazione caso per caso, lasciando la decisione ai fornitori di servizi di motore di ricerca su Internet »¹.

Questo è quanto l'Avvocato generale Jääskinen, nelle sue conclusioni, proponeva alla Corte di Lussemburgo in merito al bilanciamento tra i diritti coinvolti, nella sua bella immagine, in una « costellazione particolarmente complessa » alla base del caso c.d. *Google Spain*². Un caso ormai fin troppo conosciuto, le cui

* Il presente contributo è stato richiesto dalla Direzione della Rivista, la quale lo ha — secondo le prassi accademiche correnti nel caso di simposi o commentari — previamente valutato. Gli autori hanno potuto prendere visione dei contributi degli altri commentatori ai fini di maggiore completezza e per un effettivo dialogo scientifico.

¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 giugno 2013, C-131/12.

² Il tema sul quale la Corte di giustizia è stata chiamata, con un rinvio sollevato nel 2012, dall'Audiencia Nacional spagnola, a pronunciarsi in via pregiudiziale riguarda il rapporto tra la disciplina affidata alla Direttiva 95/46/CE, che costituisce la norma-

innumerevoli implicazioni, non solo strettamente giuridiche, sono al centro di questo numero monografico della Rivista.

Si fa fatica a ricordare dei precedenti a Lussemburgo in cui la Corte di giustizia abbia raggiunto non soltanto una conclusione opposta a quella caldeggiata dall'Avvocato generale, ma anche un percorso argomentativo radicalmente differente da quello proposto da quest'ultimo. Sarebbe sufficiente riformulare, *a contrario*, il passaggio dell'Avvocato generale citato in apertura che, a ben vedere, si compone di due elementi portanti, per identificare, scontando, ovviamente, un inevitabile tasso di semplificazione ed approssimazione, i due (uguali e contrari) punti cardinali emergenti dall'operazione di (non) bilanciamento operata dalla Corte di giustizia. Infatti, con riguardo al primo elemento portante che sembra caratterizzare detto passaggio, i giudici di Lussemburgo, esattamente (e letteralmente) al contrario di quanto si legge nelle riflessioni dell'Avvocato generale prima richiamate, rafforzano decisamente la posizione giuridica della persona interessata (ai sensi della direttiva 95/46) riconoscendole, in sostanza, e forse attecnicamente, quel diritto all'oblio³ che l'Avvocato generale invece negava, come si è appena letto, fosse possibile identificare alla luce dell'esistente *acquis comunitario*. E lo fanno, sacrificando, come si vedrà più avanti, proprio quelle libertà di informazione e di espressione che lo stesso Avvocato generale definisce, sempre nello stesso passaggio, "diritti primari".

Con riferimento al secondo elemento portante dell'*incipit* con

tiva di riferimento tuttora vigente in materia di dati personali a livello dell'Unione europea, e gli Internet service provider che gestiscono un motore di ricerca, ed in particolare Google. Nel caso che ha originato il rinvio pregiudiziale, l'Agencia Española de Protección de Datos, l'autorità iberica per la protezione dei dati personali, aveva ordinato a Google di rimuovere dai risultati generati attraverso il suo motore di ricerca i collegamenti ad alcune notizie relative ad un pignoramento subito dal sign. Costeja González, ricorrente davanti alla stessa Agencia, considerate ormai prive di rilevanza Google rifiutava di ottemperare al provvedimento allegando la sua presunta estraneità alla disciplina europea sui dati personali (e, di conseguenza, a quella spagnola) e rilevando come un intervento come quello imposto dall'Autorità potesse configurare un'indebita compromissione della libertà di espressione dei gestori di siti Internet. Piuttosto, ad avviso del motore di ricerca, solo un intervento sui siti soggetti a indicizzazione avrebbe garantito soddisfazione alla pretesa di ritorno all'anonimato da parte degli interessati. L'Audiencia Na-

cional, investita dell'appello contro il provvedimento dell'AEPD, sollevava pertanto un rinvio pregiudiziale, formulando tre complessi quesiti volti a verificare, in sostanza, l'applicabilità a un provider come Google della Direttiva 95/46 e la possibilità di garantire l'*enforcement* del diritto all'oblio da parte dei soggetti cui i dati personali si riferiscono.

³ Per alcune osservazioni critiche, si veda T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet* e F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, entrambi in *www.federalismi.it*, focus comunicazioni, nuove tecnologie e media, 10 giugno 2014. Si vedano, anche i commenti a caldo di C. BLENGINO, *La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata*, in *www.medialaws.eu*, 19 maggio 2014; G. CORRIAS LUCENTE, *Ancora su Google e il diritto all'oblio*, in *www.medialaws.eu*, 24 giugno 2014; M. BASSINI, *Google e diritto all'oblio: cosa accade ora?*, in *www.voxdiritti.it*; Id., *Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca*, in *Quad. cost.*, in corso di pubblicazione.

cui si è aperto questo contributo, non sembra essere così lontano dal vero affermare, salvo poi integrare e precisare nel prosieguo ⁴, che nuovamente, esattamente e (letteralmente) all'opposto di quanto proposto dallo stesso Jääskinen, i giudici concludono, in sostanza, e con implicazioni non di poco conto, che il bilanciamento tra i diritti confliggenti prima evocati (da una parte diritto all'oblio, dall'altra libertà di informazione e espressione) può essere operato in modo soddisfacente in situazioni individuali sulla base di una valutazione caso per caso, lasciando, di fatto, contrariamente a quanto caldamente consigliato dall'Avvocato generale, la decisione ai fornitori di servizi di motore di ricerca su Internet.

Sarebbe, forse, interessante esplorare le ragioni alla base di un discostamento così netto, da parte della Corte di Lussemburgo, dalla posizione adottata dall'Avvocato generale, ma un'indagine di questo tipo andrebbe ben al di là dei confini tematici che mi sono stati assegnati. Per questa ragione, le differenze (evidenti, quasi abissali in vero) tra natura degli argomenti ed esito dei bilanciamenti caratterizzanti i *reasoning*, rispettivamente, di Jääskinen da una parte e della Grande Camera dall'altra, saranno prese in considerazione esclusivamente nella misura in cui si rivelano utili al tentativo di fornire una risposta adeguata all'interrogativo centrale alla base di questo contributo. Vale a dire: che ruolo hanno giocato i diritti al rispetto della vita privata ed al trattamento dei propri dati personali, previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 ⁵ ed 8 ⁶ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'emersione, sempre più prepotente, alla luce della pronuncia *Google Spain*, ma anche della decisione della stessa Corte di Lussemburgo ⁷, di poco precedente, che ha annullato la direttiva in materia di *data retention*, di un vero e proprio *digital right to privacy*?

Al fine di provare a rispondere al quesito appena enunciato, il contributo, dopo aver fatto un sintetico riferimento al portato normativo che caratterizza gli artt. 7 ed 8 della Carta ed al ruolo giocato da tali previsioni in una prima fase della giurisprudenza rilevante della Corte di Lussemburgo, si concentrerà sull'appro-

⁴ Si rimanda in proposito agli scritti di Giovanni Maria Riccio e Roberto Flor in questo numero.

⁵ Ai sensi dell'art. 7: « Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni ».

⁶ Ai sensi dell'art. 8: « 1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate

e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente ».

⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger and Others*, in questa *Rivista infra* p. 851.

fondimento del come e del perché tale ruolo si sia ingigantito nella decisione oggetto di indagine. Le riflessioni finali tenteranno di contestualizzare le risultanze emerse dall'indagine all'interno dell'assai cangiante rapporto (*à trois*) tra tutela dei diritti fondamentali, dimensione digitale ed elemento territoriale.

2. IL RUOLO DEGLI ARTT. 7 ED 8 DELLA CARTA DI NIZZA NELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA...

Delle due previsioni normative oggetto di indagine in questa sede, non ci sono dubbi che è l'art. 8 della Carta ad avere un maggiore portato innovativo⁸. Nonostante il tentativo da parte delle Spiegazioni allegate alla Carta di restringerne la portata ad una mera riproposizione dell'*acquis* esistente⁹, in realtà, il margine di innovazione dell'art. 8 è piuttosto significativo. E non consiste soltanto nel "costituzionalizzare" il diritto alla protezione dei dati personali, ma anche, e forse specialmente, nell'emancipare definitivamente quest'ultimo da quella connessione alla dimensione economica propria del consolidamento del mercato interno che invece caratterizzava, almeno *ab origine*, il portato normativo della direttiva 95/46¹⁰. È vero, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, come è notissimo, è coinciso con l'attribuzione di un carattere vincolante alla Carta di Nizza, tale tutela para-costituzionale del diritto alla protezione dei dati personali è condivisa anche dal primo comma dell'art. 16

⁸ Il che è peraltro confermato dalle Spiegazioni all'articolo 7 in cui si legge che « I diritti di cui all'articolo 7 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 8 della CEDU. Per tener conto dell'evoluzione tecnica, il termine « comunicazioni » è stato sostituito a « corrispondenza ». Conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, il significato e la portata di questi diritti sono identici a quelli del corrispondente articolo della CEDU. Le limitazioni che vi possono legittimamente essere apportate sono pertanto quelle autorizzate ai sensi del suddetto articolo 8 ».

⁹ Ai sensi delle Spiegazioni: « Questo articolo si fonda sull'articolo 286 del trattato che istituisce la Comunità europea, sulla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281 del 23.11.95), nonché sull'articolo 8 della CEDU e sulla convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981,

ratificata da tutti gli Stati membri. Il diritto alla protezione dei dati personali si esercita alle condizioni previste dalla suddetta direttiva e può essere limitato alle condizioni previste dall'articolo 53 della Carta ».

¹⁰ Come è tra le altre cose confermato, *inter alia*, in primo luogo, dalla circostanza, di per sé cruciale, che la base giuridica identificata per l'adozione della direttiva è stata l'ex art. 100 A, introdotto con l'Atto Unico Europeo e poi divenuto art 95 TCE, che è per l'appunto il fondamento di tutti gli atti dell'UE che hanno per oggetto l'armonizzazione delle misure nazionali relativi all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno. In secondo luogo da quanto si legge nel terzo considerando della direttiva, ai sensi del quale, « l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'articolo 7 A del Trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona ».

TFUE¹¹, ma non può non essere sottolineato come a emergere quale pioniere in questo senso, sia stato, sin dal 2001, proprio l'art. 8 della Carta che, tra l'altro, "costituzionalizza" anche, unica tra le autorità indipendenti, il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali.

Nella giurisprudenza precedente al terribile "uno/due" di Lussemburgo costituito dalle decisioni in tema di *data retention* e diritto all'oblio, può identificarsi, con la necessaria semplificazione dovuta al rispetto delle esigenze di sintesi in relazione ad un panorama giurisprudenziale logicamente e cronologicamente precedente rispetto a quello che costituisce oggetto privilegiato di questo contributo, una duplice caratterizzazione nella giurisprudenza rilevante. Da una parte, un approccio per così dire omnicomprensivo dei giudici comunitari alla protezione della *privacy*, volto a fare un riferimento spesso cumulativo agli artt. 7 e 8 della Carta senza fare emergere con chiarezza l'autonomia concettuale del diritto alla protezione dei dati personali rispetto al classico diritto al rispetto della vita privata. Dall'altra parte, quando è emerso il tema delle limitazioni consentite ai diritti previsti dagli artt. 7 e 8, ed in particolare, dunque, con riferimento all'applicazione dell'art. 52¹² della Carta, i giudici comunitari non avevano mai distinto, fino alle decisioni di questi ultimi mesi, i due profili presenti nella previsione ora richiamata: da un lato, quello relativo all'applicazione del principio di proporzionalità, dall'altro lato, quello riguardante la violazione dei contenuti essenziali dei diritti in gioco.

Con riguardo, in particolare, alla prima delle due attitudini appena descritte, un esempio abbastanza emblematico può essere rintracciato nella sentenza *Shelcke* del 2010¹³, in cui i giudici comunitari testualmente affermano che « si deve ritenere, da un lato, che il rispetto del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Carta, sia riferito ad ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile...e, dall'altro, che le limitazioni che possono essere legittimamente apportate al diritto alla prote-

¹¹ Ai sensi del quale « ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano ».

¹² Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

¹³ Corte di giustizia, 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09, *Volker and Markus Schelke*, par. 52. Altro passaggio che testimonia l'attitudine della Corte di giustizia ad una piuttosto indifferenziata lettura degli artt. 7 ed 8 è quello in cui, nella pronuncia appena richiamata si legge espressamente che gli articoli 7 e 8 della Carta sono strettamente legati al punto da poter essere considerati come integranti un « diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali (par. 52).

zione dei dati personali corrispondano a quelle tollerate nell'ambito dell'art. 8 della CEDU (par. 52) ».

A ben vedere, lo stesso riferimento, nella decisione per ultimo richiamata, all'art. 8 della CEDU fa emergere come il diritto alla protezione dati sia considerato semplicemente quale una appendice accessoria rispetto al diritto al rispetto alla vita privata previsto dall'art. 7 della Carta, ed in particolare, sia inteso quale diritto alla predeterminazione informativa che non può non rievocare l'*Informationelle Selbstbestimmung* di matrice tedesca ¹⁴.

Il che, però, non sembra corrispondere alle intenzioni dei redattori della Carta. Mentre, infatti, come è noto, il concetto di predeterminazione informativa ruota intorno al meccanismo di richiesta di consenso al trattamento, quando si è concepita la formulazione dell'art. 8, si è voluto emancipare, almeno in alcuni casi, il trattamento dei dati dal consenso iniziale dell'avente diritto ¹⁵. Come infatti è stato acutamente rilevato, l'art. 8 riflette un *acquis* comunitario in materia di protezione dati che « *looks beyond consent only and create a system of checks and balances which ensures lawful processing also without asking the consent of the person involved* » ¹⁶.

3. ...ED IL NUOVO (INGIGANTITO) RUOLO GIOCATO DA QUESTI ULTIMI NEL REASONING DI *GOOGLE SPAIN*.

Ebbene, come anticipato, prima ancora che in *Google Spain*, è nella decisione di poco precedente che annulla la direttiva in materia di *data retention* che i giudici comunitari innovano rispetto alla giurisprudenza rilevante. Da una parte, per la prima volta, sembrano infatti più inclini a considerare la rilevanza autonoma dei due diritti previsti dagli artt. 7 e 8 della Carta ¹⁷, dall'altra, fanno emergere una distinzione piuttosto netta tra, per un verso, il profilo (non riscontrato nel caso di specie) di violazione, da parte della direttiva, del contenuto essenziale di tali diritti ¹⁸ e, per altro verso, quello relativo all'accertamento della proporzionalità delle misure identificate dalla stessa direttiva per

¹⁴ Come è noto formulata per la prima volta nel 1984 dal *BVerfG* nel caso *Volkszählung* (*Microcensus*).

¹⁵ Come è chiaro dal riferimento che le Spiegazioni fanno (anche) alla Convenzione n. 108 del 1981 del Consiglio d'Europa che non fa del consenso dell'avente diritto un principio fondante.

¹⁶ H. KRANENBORG, *Article 8*, in S. PETERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014, p. 224 ss., 229.

¹⁷ Anche se emerge ancora la tendenza ad una tutela indifferenziata, laddove, nella sentenza *Google Spain*, al par. 53, testualmente si dice che occorre ricordare che la tutela dei dati personali, risultante dall'obbligo esplicito previsto all'articolo 8, paragrafo 1, della Carta, riveste un'importanza particolare per il diritto al rispetto della vita provata sancito dall'articolo 7 della stessa.

¹⁸ Chiarissimi, in questo senso, i parr. 39 e 40 della pronuncia, in cui si legge che « per quanto riguarda il contenuto essenziale del diritto fondamentale al rispetto

realizzare gli obiettivi previsti di tutela dell'ordine pubblico e lotta contro il terrorismo. Misure, quest'ultime, invece considerate dalla Corte di Lussemburgo eccessivamente intrusive nei confronti dei diritti al rispetto alla vita privata ed alla protezione dei dati personali.

Il percorso avviato in occasione della sentenza in tema di *data retention* e tendente alla identificazione di un *digital (Internet based) right to data protection* che, a dettato normativo invariato, i giudici comunitari fanno emergere da una lettura estensiva, o meglio manipolativa, assiologicamente orientata, alla luce delle disposizioni degli artt. 7 e 8 Carta di Nizza, della direttiva 95/46 (entrata in vigore in momento di transizione dall'analogico al digitale e sicuramente non redatta pensando ad Internet quale ambiente tecnologico privilegiato) trova la sua apoteosi nel percorso argomentativo della pronuncia *Google Spain* oggetto di indagine in questa sede.

Forse è il paragrafo 69 della pronuncia quello che illustra meglio di altri la dichiarazione di intenti dei giudici comunitari in merito alla volontà di leggere le disposizioni rilevanti della direttiva alla luce delle previsioni della Carta a tutela della c.d. privacy digitale.

I giudici comunitari, in particolare, notano che « l'articolo 7 della Carta garantisce il diritto al rispetto della vita privata, mentre l'articolo 8 della Carta proclama espressamente il diritto alla protezione dei dati personali. I paragrafi 2 e 3 di quest'ultimo articolo precisano che i dati suddetti devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, che ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica, e che il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente. Tali prescrizioni ricevono attuazione in particolare mediante gli articoli 6, 7, 12, 14 e 28 della direttiva 95/46 ».

della vita privata e degli altri diritti sanciti all'articolo 7 della Carta, si deve rilevare che, sebbene la conservazione dei dati imposta dalla direttiva 2006/24 costituisca un'ingerenza particolarmente grave in tali diritti, essa non è tale da pregiudicare il suddetto contenuto poiché, come deriva dall'articolo 1, paragrafo 2, della stessa direttiva, quest'ultima non permette di venire a conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche in quanto tale. Tale conservazione dei dati non è neppure idonea a pregiudicare il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, sancito all'articolo 8 della Carta,

considerato che la direttiva 2006/24 prevede, all'articolo 7, una regola relativa alla protezione e alla sicurezza dei dati ai sensi della quale, fatte salve le disposizioni adottate in conformità delle direttive 95/46 e 2002/58, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione sono tenuti a rispettare taluni principi di protezione e di sicurezza dei dati, principi in base ai quali gli Stati membri assicurano l'adozione di adeguate misure tecniche e organizzative contro la distruzione accidentale o illecita, la perdita o l'alterazione accidentale dei dati ».

Non si fa fatica a rilevare come la lettura in questione sia talmente orientata da portare ad una sorta di capovolgimento temporale: nel *reasoning* della Corte sono gli artt. 7 e 8, pensati all'inizio di questo millennio, a ricevere attuazione da parte di disposizioni di diritto derivato di cinque anni precedenti.

Partendo da queste premesse, le riflessioni che seguiranno tenteranno di fare emergere le distorsioni, le anomalie o, semplicemente, le rimodulazioni argomentative che sembrano conseguire dalla scelta, da parte dei giudici comunitari, di concentrarsi quasi esclusivamente, nella soluzione del caso, sui parametri forniti dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza.

La prima anomalia argomentativa è forse la più evidente. A differenza di quanto fatto dall'Avvocato generale, che aveva operato un riferimento numericamente quasi equivalente tra, da una parte, gli articoli appena citati e, dall'altra parte, le disposizioni della Carta rilevanti in tema di libertà di espressione (ed accesso all'informazione) — art. 11 — e di libertà di iniziativa economica — art. 16 —, nell'apparato argomentativo della Corte entrambe le previsioni normative appena richiamate scompaiono. Nessun riferimento agli artt. 11 e 16 è rinvenibile ed il campo è lasciato interamente libero alle numerosissime citazioni presenti, invece, degli artt. 7 ed 8 della Carta.

Non è difficile cogliere un indizio piuttosto serio di un bilanciamento tra diritti contrastanti che non può non nascere asimmetrico, del tutto sbilanciato, già in partenza, a favore delle ragioni di tutela della *privacy* digitale. Il che, peraltro, è confermato dal passaggio che la Corte ripete più volte¹⁹, in cui, dopo aver ragionevolmente affermato che la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima occorre ricercare, in situazioni quali quelle oggetto del procedimento principale, « un giusto equilibrio segnatamente tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona di cui trattasi derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta », conclude il ragionamento con una presunzione di prevalenza assai poco comprensibile. In particolare, rilevando che se « indubbiamente, i diritti della persona interessata tutelati dagli articoli da ultimo citati, prevalgono di norma, anche sull'interesse degli utenti di Internet, tale equilibrio può nondimeno dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale

¹⁹ Corte giust., 13 maggio 2014, parr. 81 e 97.

può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica ».

In altre parole, la regola è la soccombenza del diritto (derubricato in mero interesse) all'accesso all'informazione a favore dei diritti che riguardano la protezione della sfera privata e dei dati personali degli utenti, l'eccezione è la possibile prevalenza, in determinati casi ed a certe condizioni, del primo sui secondi.

A ben vedere, però questo rapporto regola/eccezione non solo non figura minimamente nel bilanciamento tra diritti contrastanti proposto dall'Avvocato generale Jääskinen ed era stato già tempo fa esplicitamente escluso dall'Avvocato generale Kokott²⁰ nel caso *Satamedia*²¹, ma è anche agli antipodi rispetto a quanto emerge piuttosto univocamente dalla giurisprudenza rilevante della Corte europea dei diritti dell'uomo. A cominciare dalla recente decisione *Węgrzynowski e Smolczewski*²² in cui, come è stato sottolineato²³, la Corte di Strasburgo, ribadendo un'impostazione presente fin dalle sue prime grandi decisioni in materia di libertà di espressione, fa chiaramente intendere come la prevalenza di quest'ultima sia la regola e le restrizioni a tale libertà siano eccezioni, che debbono essere interpretate in modo restrittivo. E ciò anche nel caso in cui il conflitto, come nella fattispecie, sia tra accesso all'informazione sul *web* e interesse del soggetto ricorrente a fare in modo che informazioni pregiudizievoli per la sua reputazione non siano rintracciabili sul *web*²⁴.

Se l'enfatizzazione del ruolo giocato degli artt. 7 e 8 della Carta riveste un'importanza cruciale in riferimento al preorientamento assiologico con cui la Corte imposta il bilanciamento tra i diritti in conflitto, importanza non minore è assunta dagli stessi parametri quando la Corte, come si diceva, ha proceduto all'applicazione delle disposizioni rilevanti della direttiva 95/46 al caso di specie.

Quattro sembrano, in particolare, gli ambiti applicativi in cui

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, causa C-73/07, par. 43, in cui si legge che « Una rigida applicazione della tutela dei dati potrebbe limitare sensibilmente la libertà di espressione. Così, se i media potessero elaborare e pubblicare informazioni personali solo su consenso o dopo aver avvisato le persone coinvolte, il giornalismo investigativo sarebbe ampiamente escluso. D'altra parte, è evidente che i media possono violare il diritto alla vita privata dei singoli. È pertanto necessario raggiungere un equilibrio ».

²¹ Si v. Corte di giustizia, 16 dicembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy*.

²² Corte eur. dir. uomo, 16 luglio

2013, *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia* (ric. n. 33846/07).

²³ Si v. G.E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 7, 742.

²⁴ Nelle riflessioni conclusive si agguincerà, però, come un trend giurisprudenziale che sembra recentemente accomunare i percorsi interpretativi delle due Corti europee pare portare, attraverso modalità argomentative differenti, all'analogo risultato consistente in una rimodulazione dell'ambito di protezione riconosciuto alla libertà di espressione quando esercitata sul *web*, rispetto agli standard di tutela ad essa riconosciuta allorché il suo esercizio si esplica nel mondo degli atomi.

maggiore è stato, per così dire, l'effetto manipolativo derivante dalla interpretazione che i giudici comunitari fanno della direttiva alla luce dei più volti richiamati artt. 7 e 8 della Carta. In primo luogo, la rilevanza, nel caso di specie, della disciplina europea, in secondo luogo la identificazione del motore di ricerca quale *controller*, titolare del trattamento e dunque responsabile dello stesso, in terzo luogo l'applicazione al caso di specie di quanto previsto, da una parte, dall'art. 12, lett. *b* della direttiva che disciplina modalità e ipotesi, *inter alia*, del diritto di ottenere cancellazione, rettifica e congelamento dei dati e, dall'altra, dall'art. 9 della stessa direttiva in materia di deroghe alla disciplina generale in caso di trattamento di dati relativo all'attività giornalistica.

Innanzitutto, con riguardo al primo punto evidenziato, è vero che l'Avvocato generale aveva raggiunto la stessa conclusione dei giudici comunitari in merito alla applicabilità delle discipline europea ad un motore di ricerca che abbia aperto in uno Stato membro, per la promozione e la vendita di spazi pubblicitari, un ufficio che rivolga la sua attività ai cittadini di tale Stato. I giudici di Lussemburgo danno però una giustificazione ultronea rispetto a quella a fondamento del *reasoning* dell'Avvocato generale, argomentando come una interpretazione estensiva della locuzione, prevista dall'art. 4 lett. *a*), « nel contesto delle attività »²⁵ in modo da consentire l'applicazione della disciplina europea anche nei confronti di *Google Spain* (che la Corte ammette, « non tratta tecnicamente dati ») sarebbe necessaria in quanto « alla luce dell'obiettivo della direttiva 95/46 di garantire una tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, l'espressione suddetta non può ricevere un'interpretazione restrittiva »²⁶.

Di nuovo, il diritto alla vita privata diviene prisma esclusivo di modulazione della tutela, senza che si faccia riferimento alla necessaria protezione degli interessi contrastanti. Non solo, ma la Corte, nel tentativo di giustificare tale affermazione, cita, « per analogia », nelle sue stesse parole, i punti 62 e 63 della sua precedente pronuncia nel caso *L'Oréal*²⁷. Passaggi che, però, a ben vedere, hanno una limitatissima rilevanza per il caso di specie. Si fa riferimento, infatti, a norme differenti di diritto

²⁵ L'articolo 4 della direttiva 95/46, intitolato « diritto nazionale applicabile », prevede, in particolare, alla lettera *a*), che ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali effettuato *nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile*

del trattamento nel territorio dello Stato membro.

²⁶ Corte giust., 13 maggio 2014, par. 53.

²⁷ Corte giust., C-324/09, C-324/09, *L'Oréal e a.*, citato al par. 53 della sentenza *Google Spain*.

derivato, in cui è cruciale la protezione, ed i limiti di essa, accordata ai diritti di proprietà industriale e non alla tutela dei dati personali, con un unico riferimento rilevante relativo alla ubicazione extraeuropea dei server ²⁸.

In secondo luogo, con riferimento alla identificazione del motore di ricerca quale *controller* del trattamento, in questa sede l'unico aspetto rilevante è quello in cui emerge il peso giocato dal preorientamento assiologico della Corte fondato sull'identificazione degli artt. 7 e 8 quali (quasi) esclusivi parametri di riferimento. E tale peso sembra manifestarsi chiaramente allorché i giudici comunitari, trovandosi ad interpretare l'ambito di applicazione dell'art. 2 lett. d) della direttiva che definisce la figura del *controller*, aggiungono che « inoltre, occorre constatare che sarebbe contrario non soltanto al chiaro tenore letterale di tale disposizione, ma anche alla sua finalità — consistente nel garantire, mediante un'ampia definizione della nozione di “responsabile”, una tutela efficace e completa delle persone interessate il fatto di escludere dalla nozione di cui sopra il gestore di un motore di ricerca per il motivo che egli non esercita alcun controllo sui dati personali pubblicati sulle pagine web di terzi (par. 34) ».

Qui, l'interpretazione della disciplina rilevante alla luce delle previsioni contenute negli artt. 7 e 8 della Carta ha l'effetto, lungi dall'illuminare il ragionamento della Corte di giustizia, di renderlo più oscuro e debole. Si tratta infatti, come si è avuto modo di evidenziare altrove ²⁹, di un'evidente *excusatio non petita*. La Corte cerca di recuperare un'ampia definizione di “responsabile” dietro una giustificazione, quella di assicurare ampia tutela degli interessati, inconferente. Questo inquadramento trascura che alla posizione di “responsabile del trattamento”, infatti, si collegano gli obblighi che a detta figura fanno capo in base alla direttiva, e che rischiano, se applicati al gestore di un motore di ricerca, di snaturare profondamente il modello di business di questi operatori.

Oltretutto la Corte non chiarisce un aspetto dirimente: per quale fine il responsabile del trattamento stabilisce finalità e strumenti? Se, come i giudici comunitari sostengono, tanto è trattamento quello di chi pubblica dati sulle proprie pagine web

²⁸ *Ibid.*, par. 53 in cui si legge che « come hanno osservato l'avvocato generale al paragrafo 127 delle sue conclusioni e la Commissione nelle sue osservazioni scritte, sarebbe pregiudicata l'efficacia di tali norme qualora l'uso, in un'offerta in vendita o in una pubblicità su Internet destinata a consumatori che si trovano nell'Unione, di un segno identico o simile a un marchio registrato nell'Unione fosse sottratto all'applicazione di tali norme per il

solo fatto che il terzo all'origine di detta offerta o pubblicità sia stabilito in uno Stato terzo, che il server del sito Internet da lui utilizzato si trovi in tale Stato o ancora che il prodotto oggetto di detta offerta o pubblicità si trovi in uno Stato terzo ».

²⁹ M. BASSINI, O. POLLICINO, *Bowling for Columbine. La Corte di giustizia sul caso Google Spain: l'oblio (quasi) prima di tutto?*, in www.diritto24.ilssole24ore.com, 13 maggio 2014.

quanto lo è quello di chi le indicizza e le riformula in risultati di ricerca, verrebbe da chiedersi allora se anche il gestore del motore di ricerca, estremizzando (ma non troppo) il ragionamento, non debba ottenere il consenso degli interessati.

Se vi fossero ancora dei dubbi sul ruolo giocato dagli artt. 7 e 8 della Carta nella estensione (*melius*: manipolazione) delle maglie normative della disciplina rilevante, fino ad includere nella nozione di responsabile del trattamento anche i motori di ricerca, qualche paragrafo più avanti la Corte ribadisce il concetto argomentando che « nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca quale soggetto che determina le finalità e gli strumenti di questa attività deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata »³⁰.

Con riferimento al terzo elemento evidenziato, la Corte, come anticipato, ha il compito di valutare se i diritti riconosciuti agli interessati dalla direttiva, agli artt. 12, lett. b) e 14, c. 1, lett. b), conferiscano a questi ultimi la possibilità di ottenere dal motore di ricerca la rimozione dai risultati dei collegamenti a pagine web ove siano presenti dati personali, ancorché senza alcuna modifica del sito Internet interessato e senza che la pubblicazione abbia di per sé carattere illecito. Qui viene in gioco in modo diretto l'equilibrio tra, da un lato, la libertà di espressione dei gestori di siti Internet, e, dall'altro, il diritto degli interessati alla tutela dei propri dati personali, ed ai nostri fini è rilevante, in particolare, la forzatura della disciplina prevista dall'art. 12, lett. b)³¹, funzionale a piegarla alle esigenze di massima protezione della *privacy* digitale degli interessati.

Ai sensi dell'art. 12, lett. b), l'interessato ha diritto di ottenere la cancellazione, la rettifica o il congelamento dei dati, ove il loro trattamento non sia conforme ai principi della direttiva, in par-

³⁰ Corte giust., 13 maggio 2014, par. 38.

³¹ Come si è avuto modo di rilevare altrove, è altresì forzata la lettura che la Corte di giustizia propone del diritto di opposizione ex art. 14, c. 1, lett. b) della direttiva: l'interessato può opporsi in qualsiasi momento al trattamento, per motivi preminenti e legittimi derivanti dalla sua

situazione particolare. Anche qui la Corte impropriamente allarga il campo dell'eccezione a detrimento del significato genuino della disposizione: secondo i giudici di Lussemburgo, questa previsione consente agli interessati di far valere tutte le "circostanze caratterizzanti la loro situazione concreta". V. ancora M. BASSINI, O. POLLICINO, *Bowling for Columbine*, cit.

ticolare a causa del carattere inesatto e incompleto dei dati ». La Corte interpreta quest'ultimo inciso a titolo esemplificativo e non esclusivo (come invece sembra emergere da un'interpretazione letterale della disposizione), così ponendo le basi perché qualsiasi difformità nel trattamento in contrasto con la direttiva sia in grado di attribuire all'interessato il diritto di attivarsi come previsto dalla disposizione. Così operando, la sentenza finisce per allargare le maglie della previsione, snaturando il senso del diritto di ottenere la rettifica o la cancellazione dei dati personali, attraverso un richiamo generale alle ipotesi di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva.

Al riguardo, tra l'altro, si impone di ricordare che una cosa è un trattamento illecito di dati personali, rispetto al quale i rimedi sono contemplati dalla direttiva, altra è il trattamento senz'altro lecito di dati che l'interessato manifesti l'interesse a non vedere più diffusi in modo incondizionato, che corrisponde specificamente al diritto all'oblio. I due piani paiono confondersi nell'esame della Corte³².

E la ragione della confusione sembra essere, come più volte evidenziato, la volontà dei giudici comunitari, attraverso una lettura orientata della disciplina rilevante alla luce dell'art. 7 e, specialmente, dell'art. 8 della Carta, di allargare al massimo l'ambito di applicazione della direttiva, fino ad includervi fattispecie abbastanza chiaramente escluse in forza di una interpretazione tanto letterale quanto sistematica della stessa e che possono rientrarvi soltanto grazie ad un'operazione ermeneutica molto simile ad un'attribuzione di un'efficacia diretta ed orizzon-

³² Il punto è cruciale importanza. In questo caso la diffusione di una notizia, completa e vera, nel momento della sua pubblicazione, può costituire un trattamento di dati personali in contrasto con la direttiva in quanto, dopo un certo periodo di tempo, tale diffusione non sarebbe più necessaria, vista la sua assenza acquisita di rilevanza sociale. Ci sono almeno due riflessioni da fare al riguardo. La prima; si tratta di un caso diverso rispetto a quello che ha dato luogo alla decisione della Corte di Cassazione, n. 5525 del 2012 che occupa un ruolo fondamentale all'interno del dibattito italiano su protezione e limiti del diritto di oblio. In quel caso, infatti, come ha esattamente ricordato anche recentemente T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in www.federalismi.it, Focus TMT, 6 giugno 2013, la Cassazione rileva come la notizia in questione « originariamente completa e vera » diviene non aggiornata, risultando quindi parziale e non esatta, e pertanto non

vera ». Nel caso *Google Spain*, invece, la notizia non richiedeva un aggiornamento ed unica ragione della sua illegittimità sarebbe quella di essere presente in rete "troppo" a lungo rispetto a quanto sarebbe ragionevole che fosse, tenendo conto del diritto del soggetto coinvolto a non essere ricordato per qualcosa che non sarebbe più di nessuna rilevanza sociale. Mentre nel caso deciso dalla Cassazione il diritto in questione sembra quello di essere ricordati per quello che è effettivamente successo e non soltanto per un segmento di una vicenda (processuale) non aggiornato con il riferimento all'esito definitivo di tale vicenda, nel caso oggetto di indagine in questo contributo il diritto che si fa valere è quello che una notizia vera, completa ed aggiornata sia rimossa dal web, o *melius*, non amplificata in rete attraverso il meccanismo caratterizzante il funzionamento dei motori di ricerca, perché tale amplificazione è in grado di incidere negativamente sulla reputazione del soggetto interessato.

tale, come si dirà in sede conclusiva, degli articoli della Carta prima citati.

Infine, ultimo ambito applicativo della direttiva la cui interpretazione, da parte della Corte, sembra essere stata fortemente influenzata dall'intento di attribuire la massima protezione possibile agli articoli della Carta che compongono lo statuto della *privacy* digitale, è quello relativo all'ipotesi, prevista dall'art. 9 della direttiva, di possibile deroga ai principi generali in essa fissati nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati sia finalizzato a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria. In particolare, la Corte ricorda che, ai sensi del trentasettesimo considerando della direttiva, l'art. 9 della stessa persegue la finalità di conciliare due diritti fondamentali, vale a dire, da un lato, la tutela della vita privata e, dall'altro, la libertà di espressione, quanto che, ai sensi dello stesso art. 9, le deroghe ammesse sono esclusivamente quelle risultino necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme che disciplinano la libertà d'espressione. Ciò nonostante, i giudici comunitari arrivano alla conclusione, non del tutto convincente, ai sensi della quale « il trattamento da parte dell'editore di una pagina web, consistente nella pubblicazione di informazioni relative a una persona fisica, può, eventualmente, essere effettuato « esclusivamente a scopi giornalistici » e beneficiare così, a norma dell'articolo 9 della direttiva 95/46, di deroghe alle prescrizioni dettate da quest'ultima, mentre non sembra integrare tale ipotesi il trattamento effettuato dal gestore di un motore di ricerca » ³³.

La Corte, in altre parole, esclude che il motore di ricerca possa in qualche modo avvalersi della deroga prevista dall'art. 9 della direttiva e, citando la decisione *Satamedia* ³⁴ in cui tale deroga è stata oggetto di specifica interpretazione da parte degli stessi giudici comunitari, dimentica però di menzionare quel passaggio in cui quest'ultimi avevano chiarito come il riferimento a trattamenti per scopi giornalistici dovesse essere inteso nel modo più ampio possibile, includendovi qualsiasi « attività diretta a divulgare al pubblico informazioni, opinioni o idee, indipendentemente dal mezzo di trasmissione » ³⁵.

Ai sensi di tale definizione, è davvero ragionevole la differenziazione, relativa all'applicazione dell'art. 9 della direttiva, che la Corte fa tra editore della pagina *web* e motore di ricerca?

Se queste sono state le manipolazioni più evidenti cui sembra aver condotto la lettura costituzionalmente ed “unidirezionalmente” orientata della Corte, alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta, c'è, a ben guardare, anche un che di paradossale in riferimento

³³ Corte giust., 13 maggio 2014, par. 85.

³⁴ Corte giust., 16 dicembre 2008. *Ibidem*.

all'esito cui pervengono i giudici al termine di un *reasoning*, come quello che si è commentato, più che mai *fundamental rights based*.

Attribuire, infatti, un obbligo di rimozione dei link a carico esclusivamente del motore di ricerca, indipendentemente da quello che fa o non fa l'editore del sito web il cui link è indicizzato dal motore stesso, rischia non solo di portare ad una deresponsabilizzazione del primo e ad una responsabilizzazione forse eccessiva del secondo, ma ha come primo effetto quello di fare emergere un contrasto lampante, e paradossale in un apparato argomentativo che fa della tutela di (alcuni) diritti protetti dal *bill of rights* europeo la propria stella cometa, con un principio costituzionale fondamentale che caratterizza il nucleo duro di qualsiasi ordinamento che si fondi sulla *rule of law*. Il riferimento è evidentemente alla necessità di prevedere una riserva di giurisdizione nei casi di una possibile restrizione (in questo caso a seguito di bilanciamento) dei diritti fondamentali in gioco.

Necessità che non sembra essere stata presa in considerazione dalla Corte di giustizia che, in sostanza, delega ad un operatore privato, che però svolge, di fatto, sul web, una funzione pubblica di natura para-costituzionale, di operare quel bilanciamento di interessi che viene teorizzato dalla stessa Corte tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati.

Non possono non tornare alla mente le parole, ricordate ultimamente da Giulio Enea Vigevani ³⁶, della Corte europea di diritti nell'uomo nel caso *Węgrzynowski*, prima menzionato, in cui i giudici di Strasburgo hanno occasione di affermare che « non è compito dell'autorità giudiziaria riscrivere la storia, ordinando di far scomparire dal pubblico dominio tutte le tracce di una pubblicazione che pure è stata ritenuta, da sentenze definitive, costituire una ingiustificata violazione della reputazione di un individuo » (par. 65).

E non può non riflettersi, conclusivamente a questo riguardo, sul fatto che, a maggior ragione, tale compito non sembra poter essere delegato ad un operatore privato, senza un previo intervento di giudice, e per di più in riferimento ad una notizia vera in cui non vi è mai stato un accertamento giudiziale di suo eventuale carattere diffamatorio.

4. CONSIDERAZIONI FINALI.

Alla luce dell'analisi fin qui compiuta, non sembrano poterci essere dubbi sul fatto che la Corte di giustizia abbia preso davvero "sul serio" l'esigenza di tutelare un nuovo *digital right to privacy*,

³⁶ VIGEVANI, *op. cit.*

sforzandosi di adeguare alle caratteristiche tecniche del “mondo dei bit” quel *right to privacy* che Warren and Brandeis, per primi, nel 1890, avevano teorizzato sulla *Harvard Law Review*, pensando, ovviamente, ad un “mondo di atomi”. Di più: si potrebbe forse aggiungere che nella decisione *Google Spain*, e in quella di poco precedente in materia di *data retention*, più volte richiamata, la questione relativa alla identificazione prima, a dettato normativo invariato, e la protezione poi di tale nuovo diritto (o meglio della nuova collocazione “digitale” di una pretesa giuridica ben nota) sia stata presa “eccessivamente” sul serio dai giudici di Lussemburgo. Così sul serio da trascurare le conseguenze negative che un approccio talmente “dato-centrico”, seppure comprensibilmente dettato dallo scandalo mondiale che ha condotto alla rivelazioni sulle intercettazioni da parte della National Security Agency, rischia, a ben vedere, di avere sul delicato equilibrio alla base dell’ecosistema del web.

Due sopra tutte.

In primo luogo, la sottovalutazione delle possibili ripercussioni che una radicalizzazione delle (legittime) istanze di tutela del diritto alla protezione dei propri dati personali su Internet, e delle connesse aspettative che tali dati possano, a determinate condizioni, essere rimossi dalla rete, sono in grado di avere sulle altrettanto legittime, e costituzionalmente tutelate, esigenze di tutela di altri diritti fondamentali potenzialmente confliggenti, ad iniziare dalla libertà di espressione.

In secondo luogo, il rischio che tale radicalizzazione abbia l’effetto di attivare prima e consolidare un processo di iper-europeizzazione, con annesso effetto di balcanizzazione, della regolazione del web.

Con riguardo al primo profilo richiamato, se ne è fatto ampio riferimento nell’analisi che precede. La circostanza della totale assenza di citazioni espresse, nel *reasoning* della Corte, dell’art. 11 della Carta è soltanto uno dei tanti indizi che sono stati identificati a conferma del bilanciamento asimmetrico condotto dai giudici di Lussemburgo. Asimmetria, tra l’altro, che ha, come ulteriore conseguenza, quella di condurre ad un minore livello di protezione della libertà di espressione in rete rispetto agli standard di tutela che sono soliti caratterizzare, nella giurisprudenza della Corte, l’esercizio di tale libertà quando il campo di gioco è quello degli atomi e non quello dei bit. Il che, a ben vedere, è una caratteristica che, come si è cercato di dimostrare altrove³⁷, sembra accomunare la giurisprudenza di entrambe le Corti europee. Anche la Corte di Strasburgo, infatti, attraverso differenti

³⁷ Sia consentito rinviare a O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in

www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013.

tecniche argomentative rispetto a quelle che caratterizzano la giurisprudenza di Lussemburgo, sembra pervenire, nelle sue ultime decisioni, allo stesso risultato: un *downgrading* del livello di protezione della libertà di espressione quando questa è esercitata su Internet ³⁸.

Ritornando, invece, alle tecniche argomentative rilevanti nella decisione che si è commentata, è emerso come i giudici comunitari siano pervenuti a tale esito attraverso una lettura manipolativa della disciplina di diritto derivato alla luce dei parametri costituzionali che, agli artt. 7 e 8 della Carta, configurano lo statuto a tutela della c.d. *privacy* digitale.

Di più, pare potersi affermare come il ruolo giocato da tali previsioni nella decisione in commento non sia stato esclusivamente quello di parametro interpretativo della disciplina rilevante. La Corte, nel caso di specie, sembra infatti averne presupposto, non si sa quanto consapevolmente, un'efficacia diretta orizzontale.

In particolare, il passaggio rilevante a questo proposito è quello previsto, *inter alia*, dal paragrafo 96 della decisione, laddove la Corte si chiede se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati generato da un motore di ricerca. L'unico modo per rispondere positivamente, come fa la Corte, a tale quesito, essendo l'informazione rilevante in questo caso vera e non parziale, ed essendo il diritto in questione, come l'Avvocato generale ha spiegato in dettaglio nelle sue conclusioni, non enucleabile, *de iure condito*, dalla direttiva 95/46, è quello di attribuire un'efficacia diretta orizzontale all'art. 8 della Carta.

Il punto sembra di cruciale rilievo. Da una parte, infatti, uno sdoganamento della possibilità di attribuire efficacia diretta ed orizzontale ai diritti fondamentali previsti dalla Carta e rilevanti nell'ecosistema digitale sembra in grado di superare quegli ostacoli che fino ad ora hanno impedito di coinvolgere a pieno titolo gli operatori privati nel processo di promozione e tutela degli stessi diritti in Internet; dall'altra, l'importanza di tale applicazione, spesso non tenuta nella dovuta considerazione nel dibattito scientifico, è stata recentemente sottolineata nella relazione annuale per il 2013 della Corte di giustizia ³⁹.

Il passaggio cruciale, in particolare, sembra quello in cui, nella richiamata relazione, i giudici comunitari sottolineano che « il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposi-

³⁸ Corte eur. dir. uomo, 10 ottobre 2013, *Delfi c. Estonia*, (ric. n. 64569/09) in questa *Rivista* 2014, 43 e 242 con nota di F. VECCHIO a di R. ALMA.

³⁹ Disponibile al link http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/it_version_provisoire_web.pdf.

zione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti fondamentali alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che tale prassi priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte di giustizia, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima ».

Con riferimento al secondo profilo di rischio, prima menzionato, connesso alla radicalizzazione di un approccio “dato-centrico” da parte della Corte di giustizia, ed in particolare ai rischi discendenti da quella che si è definita tendenza ad un’iper-europeizzazione e frammentazione del diritto di Internet, sono almeno tre le manifestazioni di tale tendenza.

In primo luogo, la sempre più consolidata attitudine ad applicare la disciplina europea in tema di protezione dei dati personali tutte le volte in cui il soggetto interessato sia un cittadino europeo, *melius*, un residente nel territorio dell’Unione, indipendentemente —il che non sarebbe ovviamente una novità, non solo dal luogo in cui si trovano i server da cui ha origine l’attività di trattamento dati, ma anche dalla circostanza, molto meno ovvia, che, tanto sotto il profilo oggettivo dello strumentario rilevante, quanto sotto quello soggettivo dello stabilimento del responsabile del trattamento, il trattamento non sia avvenuto in Europa.

A bene vedere, infatti, l’interpretazione estensiva (*melius*: manipolativa) che la Corte, come si è detto in precedenza, ha dato della locuzione nel “contesto dell’attività” di stabilimento, in forza della quale, di fatto, si considera responsabile del trattamento chi, per la stessa ammissione della Corte, non effettua un trattamento in senso stretto, perviene, in sostanza, a bene vedere, con altro mezzo, allo stesso risultato cui avrebbe portato l’applicazione del nuovo criterio previsto dall’art. 3, c. 2 del Regolamento sulla protezione dei dati personali non ancora approvato⁴⁰. A norma di tale disposizione, infatti, anche se il responsabile del trattamento è stabilito al di fuori dell’Unione, la disciplina europea è comunque applicabile quando le attività del trattamento riguardano l’offerta di beni o la prestazione di servizi ai residenti nell’Unione o il controllo del loro comportamento.

A dettato normativo invariato, e nell’inerzia degli stati membri, l’accelerazione giurisprudenziale di Lussemburgo porta alla confezione di una “nuova” regola applicabile da subito che anticipa, rendendola di fatto non più necessaria, la futura e più volte posticipata regolamentazione.

⁴⁰ Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei

dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati), 25 gennaio 2012.

Una storia ben nota a chi conosce le dinamiche a trazione giurisprudenziale proprie del processo di integrazione europea.

La seconda espressione della tendenza prima identificata ha invece a che fare non con la questione giuridica della legge applicabile, ma con quella per così dire “fisica” ed “infrastrutturale” del luogo di conservazione dei dati personali. Si tratta di un tassello ulteriore, abbastanza preoccupante, dell’attitudine, prima menzionata, ad una eccessiva europeizzazione di Internet da parte dei giudici comunitari. Il passaggio rilevante in cui sembra chiaramente manifestarsi lo spostamento dell’attenzione della Corte di giustizia dalla questione relativa alla legge applicabile a quella connessa, invece, alla infrastruttura geografica rilevante, è quello in cui, nella pronuncia, più volte richiamata, che annulla la direttiva in tema di *data retention*, i giudici comunitari hanno modo di affermare che, visto che detta direttiva « non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell’Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un’autorità indipendente, esplicitamente richiesto dall’articolo 8, paragrafo 3, della Carta, del rispetto dei requisiti di protezione e di sicurezza, quali richiamati ai due punti precedenti » (par. 68).

In questo caso, il portato normativo del paragrafo 3 dell’art. 8 della Carta è utilizzato dalla Corte per giustificare l’esigenza, non si capisce bene come attuabile in concreto, che i dati personali dei residenti in Europa, trattati al fine di prevenire attentati alla sicurezza nazionale, siano conservati all’interno del territorio degli Stati membri dell’Unione europea.

E evidente come la dimensione giuridica della identificazione della legge applicabile e quella geografica del luogo di conservazione dei dati costituiscano due tasselli dello stesso mosaico giurisprudenziale volto a fare della “legge” e del “suolo” europei le due colonne portanti per la costruzione di una fortezza continentale a presidio dei dati personali dei residenti in Europa. Fortezza sicuramente inespugnabile all’interno, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un’effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della *privacy* digitale.

Sembra proprio questo il limite più evidente del processo in corso ad opera di giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, di tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione.

Regionalizzazione, quest’ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, e questa è la terza espressione della attitudine prima identificata della Corte di giustizia, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione. Si faccia il caso

dell'*enforcement* del c.d. diritto all'oblio. Come è noto Google ha prontamente approntato una piattaforma che prevede un sistema di *notice and take down*, su scala europea, ma in realtà, in punto di diritto, era esclusivamente *Google Spain* a essere obbligata a prevedere un meccanismo di tutela. Tanto è vero che se la notizia relativa al ricorrente, scintilla da cui è partita la controversia, è ovviamente sparita dalla versione spagnola del motore di ricerca, ma altrettanto non è capitato in tutte le altre declinazioni europee di Google né, tantomeno, in quelle extraeuropee del motore di ricerca.

È evidente che lo iato tra la natura per forza di cosa territorialmente limitata dell'*enforcement* giurisdizionale e la portata globale del servizio destinatario di tale *enforcement* fa emergere i rischi di un meccanismo di tutela a geometria variabile, con ovvie implicazioni relative, da una parte, al ribasso del livello di protezione dei diritti in gioco, e, dall'altra, ad una mancata effettività dello stesso meccanismo di tutela.

A guardar bene, non si tratta altro che di un'altra espressione di quella dicotomia *local law* versus *global law* in tema di (*judicial*) *globalization*, di cui il diritto di Internet costituisce un campo privilegiato di emersione (e quindi di indagine).

È stata, ancor più recentemente rispetto alla decisione della Corte in *Google Spain*, una pronuncia della Corte suprema dello stato canadese di British Columbia⁴¹ a provare a reagire alle conseguenze, in termini di mancata effettività della tutela, che lo iato e la dicotomia appena identificati portano con sé. E i giudici canadesi lo hanno fatto citando espressamente, tra le altre, anche la decisione della Corte di giustizia oggetto di indagine in queste pagine, a riprova di come il diritto di Internet costituisca, come si è provato ad argomentare altrove⁴², un terreno privilegiato per studiare le dinamiche proprie del c.d. *judicial dialogue*.

In particolare la Corte canadese, che aveva a che fare con un caso di concorrenza sleale nel campo della produzione di prodotti *high tech*, ha testualmente concluso che « *an interim injunction should be granted compelling Google to block the defendants' websites from Google's search results worldwide* » (par. 159).

Un ordine di rimozione di portata globale quale reazione all'effetto di segmentazione e frammentazione della tutela connaturato alla, per definizione limitata, dimensione territoriale della *enforcement jurisdiction*?⁴³

⁴¹ Supreme Court of British Columbia, 13 giugno 2014, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063.

⁴² Si v. ancora O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza*, cit.

⁴³ Si v. U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Vedremo cosa deciderà la Court of Appeal di British Columbia cui Google ha proposto ovviamente appello nei confronti della decisione appena richiamata. Per una volta, almeno in questo caso, conviene, con attitudine meno eurocentrica rispetto a quello che sembra caratterizzare la prospettiva della Corte di giustizia sul tema, guardare (anche) oltre i confini dell'Unione europea e seguire i futuri sviluppi.

Abstract

The article investigates the role played by the relevant provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the reasoning of the “Google Spain” decision of the Luxembourg Court. In particular the paper argues as the asymmetric balance carried out by the said Court finds its genesis in the excessive amplification, in the reasoning of the commented decision, of the scope of application of Articles 7 and 8 of the Charter. An amplification, the above mentioned one, which allows the Court to manipulate the meaning of the directive 95/46 in order to expand its scope of application even to situations which were supposed not to be covered by the said directive according to the intentions of the drafters of the same directive.