

Capitolo 1:

Il quadro generale: dalla legge 675/96 al Regolamento 679/2016.

1.1 “Right to be alone”: cosa si intende per *privacy*?

Nello studio del diritto alla *privacy* è stato appurato che – nonostante la materia abbia esordito tempo addietro con un inquadramento differente- la prima vera sistemazione e teorizzazione ha avuto luogo nel 1890, anno della pubblicazione di un saggio intitolato “*The right to privacy*”, ad opera di Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren, sulla rivista “*Harvard Law Review*”. L’intento era quello di voler metter in luce la necessità di salvaguardare l’uomo rispetto alla stampa, dato che quest’ultima andava acquistando sempre maggiore potere. I due giuristi, nella loro riflessione diedero un’accezione negativa al diritto alla *privacy*, intendendolo come “*right to be alone*” (il diritto di stare solo), quindi dando al titolare la possibilità di non diffondere alcune notizie riguardanti egli stesso.

Ciononostante, come conseguenza dello sviluppo tecnologico e sociale, dato l’aumento dei dati che circolano fra istituzioni pubbliche e soggetti privati, si è avuta una ridefinizione del concetto di *privacy*, facendolo propendere più verso un contesto sociale che personale.¹

Questo concetto di *right to be alone* viene considerato sempre più superato. Questa ipotesi trova il suo fondamento nell’esplicazione della protezione dei dati personali che ricomprendono tutta una serie di valori, costituendo elemento essenziale contro le discriminazioni. La stessa parola “*privacy*” risulta non essere

¹Fioriglio, *Il diritto alla privacy: nuove frontiere nell’era di internet*; Bologna, Bononia University Press, 2008; pag. 9-10;

più in grado di rispecchiare la realtà in maniera corretta, questo perché non si dovrebbe cristallizzare, al contrario dovrebbe evolversi col resto della società.

Gli autori Warren e Braden scrissero un saggio in cui, ponendo in primo piano un processo evolutivo del diritto alla *privacy*, al cui interno, in una prima fase ci si concentra sulla segretezza delle informazioni, per poi svilupparsi in un diritto al controllo dei propri dati. L'obiettivo che si prefissero i due autori era quello dell'autodeterminazione dell'uomo come singolo.

Quindi la definizione di *right to be alone* si rileva insufficiente per racchiudere il diritto alla *privacy*, constatato che seguendo il percorso di questo diritto, trova la sua ragion d'essere come potere di controllo sulla circolazione delle informazioni personali.²

Un tema che viene sollevato è il diritto all'oblio. Quest'ultimo nasce inteso come necessità derivante dal voler trovare una via di mezzo fra il rispetto della personalità del singolo e il diritto alla riservatezza. Sui motori di ricerca può essere operata una de-indicazione, quel meccanismo per cui (prendendo come esempio il caso di Google Spain), nel momento in cui viene compiuta una ricerca su un determinato soggetto non sarà più possibile rinvenirle. Per distinguere la cancellazione dalla de- indicazione bisogna fare alcune precisazioni: per la cancellazione servono due soggetti (titolare del trattamento, persona interessata), per la de-indicazione tre(persona interessata, titolare del trattamento- motore di ricerca, titolare del trattamento- titolare del sito d'origine).

Sorge così il problema nel caso di una de- indicazione che viene rivolta dalla persona interessata al solo motore di ricerca, in cui quest'ultimo ha la possibilità di scegliere se manca la comunicazione o la difesa dell'autore del contenuto.

² Fioriglio, *Il diritto alla privacy: nuove frontiere nell'era di internet*; Bologna, Bononia University Press, 2008; pag. 45- 50;

Nel momento in cui la de-indicazione incide sulla diffusione di un'informazione o sul suo oblio (cosicché non tutti gli utenti possano avervi accesso), in questo caso l'autore può essere ricompreso nella decisione dello stesso, sia che questo avvenga davanti al motore di ricerca o nelle fasi successive. Questo perché il motore di ricerca non può fungere anche da portatore di interessi degli altri soggetti alla conservazione dell'indicazione del contenuto.

La Corte di Giustizia con la sua sentenza interviene sulla de- indicazione solo riguardo alle ricerche che partono dal nominativo del soggetto. Nonostante non sia possibile per tutti i motori di ricerca distinguere fra la ricerca per nominativo e la ricerca con altra parola chiave che risulta comunque connessa al nominativo; in entrambi i casi, però, si incide su due sfere fra il diritto alla libertà di espressione e il diritto ad informarsi e ad essere informati.

Se la de- indicazione inizia con il nominativo dell'interessato, così facendo si elimina l'ipotesi che si possa rinvenire il contenuto facendo una ricerca riferendosi alla specifica persona, senza poter rinvenire il medesimo contenuto se si compie una ricerca con altre parole chiave connesse ad un fatto o ad un evento.

Questo modo di operare fa sì che venga ristabilito un equilibrio fra il diritto ad essere informati ed informarsi e il diritto alla riservatezza dell'identità personale, anche nel caso in cui non si creino le circostanze legittimanti la ricerca per nominativo.

Questa situazione fa però sorgere un problema: esiste la possibilità per l'interessato di potersi rivolgere in maniera separata o cumulativamente al motore di ricerca di ricerca o al webmaster. Bisogna però precisare che il webmaster al momento non può effettuare la de-indicazione solo per nominativo, ciò risulta possibile che venga fatto solo dal motore di ricerca.

In questo caso, le autorità competenti devono disporre di procedure che possano comunque far sì che vengano chiamati in causa tutti i soggetti coinvolti, vengano prese in considerazione tutte le possibilità, così facendo la decisione non spetterà solo al ricorrente.

Il diritto deve preoccuparsi di gestire quel flusso di informazioni che possono essere conservate e stratificate e si rivelano potenzialmente infinite, non ci si può comunque limitare alla scelta se cancellarle o meno, in realtà si hanno tre opzioni: la cancellazione completa del sito, la de-indicazione del contenuto, la de-indicazione per nominativo. L'opzione che verrà scelta andrà ad influenzare il diritto dell'autore del contenuto e il diritto della persona interessata.

Si è giunti alla conclusione che ci debba essere una regolazione delle possibilità di reperimento di queste informazioni.³

1.2 Tutela dei dati personali come diritto fondamentale di libertà.

Al fine di avere una tutela sia per l'individuo che per i gruppi sociali si è rivelato necessario un durevole adeguamento dell'ordinamento giuridico alle necessità di entrambe le parti, in continuo mutamento. Col tempo nascono nuovi diritti, come conseguenza della creazione, da parte dei legislatori, di nuove fattispecie, data la necessità derivante dai cambiamenti politici, economici e sociali. Il diritto alla privacy ha trovato il suo fondamento già dopo il secondo conflitto mondiale, ma si è avuta una spinta vera e propria, portando alla necessità di normative europee ed

³ Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione* in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc.3, 1 giugno 2017, pag. 565;

internazionali, con la nascita e la diffusione di banche dati informatiche, facendo sì che ci si riferisse nello specifico a privacy informatica, piuttosto che alla privacy in generale. La sempre più crescente quantità di dati personali ed il loro trattamento hanno posto in essere l'urgenza di una protezione, stabilendo dei confini alla loro acquisizione e al loro trattamento. La normativa si rivela essere abbastanza recente, dato che le questioni sono perlopiù sorte in ambito informatico e le relative leggi sono volte ad approntare una tutela dei dati personali.⁴

Uno dei problemi correlati allo sviluppo del rapporto fra privacy e tecnologia è il voler delineare i confini del cd. cyberspazio da un lato e la semplificazione nel trasferimento dei dati via internet, assume rilevanza nel collegamento fra giurisdizione e territorio. Di conseguenza, si presenta anche la questione sulla sovranità che investe gli Stati sull'attività posta in essere sulla piattaforma informatica. Non vi è completa chiarezza riguardo alla definizione di "extraterritorialità", soprattutto nell'ambito della tutela della privacy. Si è preferito far prevalere la valenza precettiva delle norme che si riferiscono ai criteri territoriali aventi come fine la tutela del diritto alla privacy. Viene compiuta un'analisi degli istituti giuridici rilevanti: da un lato, la competenza internazionale degli organi giurisdizionali e la competenza dell'autorità di controllo in materia di reclamo in caso di violazioni delle disposizioni sulla protezione dei dati personali, dall'altro.

Nella Direttiva 46/95 non sono contenute disposizioni specifiche per la giurisdizione. Per l'avanzamento di richieste di tutela giurisdizionale della vita

⁴ Fioriglio, *Il diritto alla privacy: nuove frontiere nell'era di internet*; Bologna, Bononia University Press, 2008; pag. 10-11;

personale si fa riferimento alla soluzione interpretativa applicata in caso di risarcimento del danno da diffamazione tramite internet.

Con la sentenza eDate Advertising si è adoperato un adeguamento delle norme in materia giurisdizionale relativamente alle caratteristiche strutturali della rete informatica (art. 7 n. 2 reg. 2012 n. 1215, Bruxelles I-bis). In questo caso, l'individuazione della giurisdizione alternativa a quella di *forum rei*, avviene sulla base della certezza del diritto, non solo in base ai criteri *ex ante* del giudice competente quando si affrontano controversie risarcitorie che derivano da condotte diffamatorie.

La Corte europea trova il fondamento dell'esercizio del suo potere in base a quelli che sono i criteri territoriali di determinazione della giurisdizione per la diffusione di notizie attraverso Internet. Da qui deriva la necessità di ampliare la definizione di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire".

L'uso della rete informatica rende più difficoltoso l'individuazione del luogo in cui si svolge la lesione, da qui la Corte europea decide di delimitare quello che viene definito come centro d'interesse, dando la possibilità di appoggiarsi alla giurisdizione più vicina.

Il fatto che la nozione di centro d'interesse non sia propriamente delimitata risulta cozzare con la necessità concreta di un giudice dotato di giurisdizione in relazione all'eventuale causa risarcitoria.

In breve, nell'ambito della diffamazione su internet i giudici europei conferiscono importanza alla giurisdizione degli Stati membri in cui hanno luogo le vicende lesive con l'applicazione della legislazione del risarcimento dei danni di quel determinato territorio.

Il fine che la Corte europea voleva perseguire era l'introduzione di un ulteriore criterio per l'individuazione della giurisdizione.⁵

Il più recente sviluppo nella tutela dei dati personali è il d.Lgs 216/2017 (riforma del diritto penale) che legifera in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, così attua tutta quella serie di disposizioni che garantiscono la riservatezza delle comunicazioni, nello specifico le conversazioni telematiche e telematiche. Vengono ridisegnati quelli che sono i rapporti che nascono all'interno di un sistema democratico coniugando il diritto d'informazione, l'esigenza di sicurezza e giustizia, *privacy* e riservatezza delle parti e dei terzi.⁶

Viene compiuta un'analisi del rapporto instauratosi fra Internet e la democrazia, dibattito che ha portato alla creazione di due schieramenti: coloro che vedono il mondo telematico come rafforzativo della democrazia e quelli che, invece, vedono Internet come una minaccia per la democrazia. Prediligendo la prima teoria si è giunti a parlare di "nuovo costituzionalismo", portando in evidenza la materialità delle situazioni, con l'individuazione di nuove forme di legami fra i vari soggetti. Nasce così la concezione di una "libertà informatica", da intendersi come la possibilità di utilizzare gli strumenti informatici per fornire e ottenere strumenti di ogni genere di informazione. Si parla di un diritto di partecipazione alla società virtuale, in cui sono presenti componenti mobili e relazioni dinamiche, questo fa sì che ogni partecipante sia sovrano delle sue decisioni.

⁵ Barletta, *La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo e nel tempo (della "aterritorialità") di internet* in Europa e Diritto Privato, fasc.4, 1 dicembre 2017, pag. 1179

⁶Ferranti, *Intercettazioni e pubblicabilità: un nuovo equilibrio tra diritto alla privacy e libertà di informazione wiretaps and worthiness for publication: a new balance between the right to privacy and freedom of information* in Cassazione Penale, fasc.2, 1 febbraio 2018, pag. 469;

Nasce così una nuova forma di comunicazione, attraverso la quale si possono diffondere le proprie opinioni, trasmettere e richiedere informazioni, non ci si può limitare a parlare di libertà di pensiero.⁷

Con l'avanzare del progresso tecnologico e la creazione di profili digitali è necessaria una riflessione sulle ripercussioni del fenomeno delimitatamente alla sfera personale. Esistono regole apposite che disciplinano i social media, ma sono ritenuti anche uno strumento ordinante perché l'ingresso nei media ha origine da un contratto fra il singolo e il gestore cioè colui incaricato che è incaricato di compiere tutte quelle prestazioni al fine di mettere in comunicazione i membri che appartengono alla collettività digitale, all'interno della quale si possono esercitare la libertà di espressione e di pensiero.

Innanzitutto deve essere data una definizione di *social media*, intesi come tutte quelle applicazioni basate su internet, con basi tecnologiche e ideologiche tipiche del web che consentono lo scambio di informazioni fra gli utenti (distinguiamo fra social network, progetti collaborativi e comunità di contenuti). Nel caso di specie dei social network viene in essere un vero e proprio ambiente sociale, all'interno del quale ognuno può accedere attraverso la creazione di un proprio account, con l'inserimento di alcuni dati richiesti dal gestore. La creazione di un'identità digitale fa sì che si possano ricondurre ad un determinato soggetto atti ed attività. La costruzione di un profilo diventa un segno distintivo.

La tutela dell'identità digitale ricomprende anche persone giuridiche, nonostante ci sia tuttora un dibattito in corso fra coloro che non sono propensi a ricondurre agli enti situazioni giuridiche essenziali, nonostante la giurisprudenza sostenga

⁷ Frosini, *Internet e democrazia* in Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica, fasc.4-5, 1 ottobre 2017, pag. 657

che si possono configurare in capo a questi soggetti giuridici determinate situazioni.

Si può concludere dicendo che, in tema di tutela dei diritti della libertà, con la nascita del fenomeno dei *social network*, ultimo baluardo della libertà di espressione, tendono in realtà a fare un passo avanti sulla rilettura dei diritti della personalità, in considerazione dei mutamenti a cui la società è sottoposta.⁸

1.3 La direttiva 95/46/CE e il procedimento per la regolamentazione.

Si è avuto un quadro legislativo abbastanza diversificato, fino al momento dell'emanazione della direttiva n. 95/46/CE. Il fine perseguito è l'omogeneizzazione, anche solo a livello generale, della normativa degli stati membri dell'Unione Europea. Le legislazioni nazionali, nonostante presentino delle differenze, si inseriscono comunque nel quadro generale tracciato dal legislatore comunitario. La Commissione europea ha rilevato che ci sono stati casi in cui gli Stati membri non hanno accolto alcune disposizioni della direttiva, in altri casi, invece, si sono allontanati da essa. In alcune occasioni, gli stessi Stati hanno ammesso l'esistenza di alcune lacune, intervenendo con le dovute modifiche. Ad oggi risulta esserci armonia normativa nel contesto europeo, in quanto gli Stati membri hanno adempiuto i principali obblighi che ha imposto la direttiva 95/46/CE.⁹

⁸ Landini, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale* in Rivista di Diritto Industriale, fasc.4-5, 1 ottobre 2017, pag. 180

⁹ Fioriglio, *Il diritto alla privacy: nuove frontiere nell'era di internet*; Bologna, Bononia University Press, 2008; pag. 11-12;

La Direttiva 95/46 è composta da settantadue Considerando, trentaquattro articoli, sei capi. Il Capo I disciplina le disposizioni generali, dall'articolo 1 all'articolo 4. L'articolo 1 precisa l'oggetto della Direttiva; l'articolo 2 contiene le definizioni dei termini settoriali presenti nella Direttiva; l'articolo 3 si occupa di delimitare il campo di applicazione; l'articolo 4 precisa qual è il diritto nazionale applicabile.

L'articolo 1 definendo l'oggetto della Direttiva, fa sì che ogni Stato membro si impegni a tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche nello specifico i diritti che tutelano la vita privata, nello specifico con il trattamento dei dati personali. Sancisce il legame fra la protezione dei dati personali e la tutela dei diritti delle persone fisiche.

All'articolo 1 comma 2 la normativa garantisce la libertà di circolazione dei dati personali fra gli Stati membri.

L'articolo 2 precisa tutta una serie di definizioni: cos'è il dato personale; cosa si intende per trattamento dei dati personali; cos'è l'archivio dei dati personali; chi è il responsabile del trattamento; che ruolo ricopre l'incaricato del trattamento; chi sono i soggetti terzi; chi riveste il ruolo di destinatario; cos'è il consenso della persona interessata.

Una così ampia definizione di dato personale è giustificabile solo con il triplice intento che ha mosso la Direttiva. Innanzitutto una definizione così ampia evita che le leggi nazionali possano intervenire con una specificazione ancora più ampia; ci si vuole basare, inoltre, da un lato sulla Convenzione n. 108 di Strasburgo, dall'altro sulle varie leggi nazionali in vigore all'epoca dell'emanazione della Direttiva.

All'articolo 3 viene delineato il campo di applicazione della Direttiva, per cui avremo espletati sia il trattamento dei dati parzialmente o completamente automatizzato che non; in quest'ultima ipotesi, i dati devono essere "contenuti o destinati a figurare negli archivi". In base a quanto indicato in questa disposizione con la Direttiva si vuole andare oltre il trattamento automatizzato dei dati, subclassando quello che poi era l'oggetto della Direttiva, indicato nel Considerando 15 della stessa. Nell'analisi letterale della Direttiva l'applicazione della stessa sorpassa il trattamento automatizzato nelle ipotesi in cui i dati sono contenuti o siano destinati ad essere contenuti in archivi.

L'articolo 3 comma 2 specifica quali sono i trattamenti che non possono vedersi applicare la Direttiva. Specificando l'impossibilità di applicare la normativa alle attività che non rientrano nel diritto comunitario non troveranno spazio la pubblica sicurezza, la sicurezza dello Stato, la difesa.

Al medesimo articolo al secondo comma viene restrinta l'applicazione della Direttiva, in quanto non troverà attuazione per i dati che riguardano una persona fisica nell'esplicazione di attività a carattere personale o domestico.

L'articolo 4, riferendosi all'applicabilità del diritto nazionale, indica i casi in cui lo Stato membro può far subentrare la propria normativa in tema di protezione dei dati, in base ai seguenti criteri:

- Se il trattamento viene effettuato all'interno di tutta una serie di attività svolte dal responsabile del trattamento nel territorio dello stato membro;
- Nel caso in cui il responsabile del trattamento non è indicato sul territorio dello Stato, ma diversamente in un luogo in cui comunque trova applicazione la legislazione dello stato in base al diritto internazionale pubblico;

- Il caso in cui, anche se il responsabile anche se non ha lo stabilimento nel territorio comunitario per il trattamento di dati personali ricorre a strumenti automatizzati o meno che hanno sede nel territorio dello stato membro, tranne nel caso in cui non siano utilizzati per il mero transito nel territorio della Comunità europea.

Il Capo II va dall'articolo 5 all'articolo 21 disciplina il quadro completo delle condizioni che devono essere rispettate dal trattamento, in conformità con la Direttiva. Il fulcro è la liceità, insita nella normativa della Direttiva per averne l'effettivo rispetto.

Il Capo è composto da nove Sezioni.

La prima Sezione è titolata "Principi relativi alla qualità dei dati" ed è presente un solo articolo, il sesto. Questo articolo è composto da cinque lettere, ognuna delle quali stabilisce quali caratteristiche devono avere i dati, fra queste ritroviamo liceità, la compatibilità con determinate finalità, la pertinenza, l'esattezza dei dati. Al paragrafo 2 viene sancito il rispetto delle disposizioni del precedente paragrafo.

Nella seconda Sezione vengono indicati quelli che sono i principi per la legittimazione del trattamento dei dati.

La terza Sezione si occupa di specificare quali siano le categorie particolari di trattamento.

Nella quarta Sezione viene specificato quali siano le informazioni che riguardano la persona intesa come interessata.

Nella quinta Sezione viene regolamentato il modo in cui si può avere accesso ai dati da parte della persona interessata.

Nella sesta Sezione ci si occupa delle deroghe e delle restrizioni.

Nella settima Sezione viene disciplinato il modo in cui la persona interessata può fare opposizione.

Nell'ottava Sezione viene data una definizione di riservatezza e sicurezza.

Nella nona Sezione viene regolamentata la notificazione.

Nel terzo Capo si parla di ricorsi giurisdizionali, responsabilità e sanzioni.

Nel quarto Capo ci si occupa di regolamentare il trasferimento di dati personali verso Paesi terzi.

Il quinto Capo indica quelli che sono i Codici di condotta.

Il sesto Capo viene disciplinato il sistema delle autorità di controllo dei dati personali.

Il settimo Capo parla delle Misure Comunitarie d'Esecuzione.

Questa Direttiva si rivela essere il più importante strumento giuridico per la protezione dei dati. Quanto appena detto è stato anche affermato dalla Corte di Giustizia che mira a far equivalere in tutti gli Stati membri la tutela dei diritti e della libertà delle persone rispetto al trattamento dei dati personali. Questo non deve intendersi come un indebolimento della tutela, ma come garanzia di un elevato grado della tutela della Comunità. Così facendo si consente agli Stati membri una limitata manovra per l'attuazione della Direttiva.

Questa stessa Direttiva è lo strumento attraverso cui ha avuto attuazione quanto viene disciplinato nella Convenzione n. 108/1981/CEDU. La Direttiva però è riuscita ad andare oltre. In base a quanto viene detto nell'articolo 11, vengono previsti degli strumenti di tutela quali le autorità nazionali di controllo e il gruppo di lavoro comune.