

IL DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA

Anno XXVI Fasc. 3 - 2010

Giusella Finocchiaro

**LA MEMORIA DELLA RETE
E IL DIRITTO ALL'OBLIO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIUSELLA FINOCCHIARO

LA MEMORIA DELLA RETE E IL DIRITTO ALL'OBLIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La memoria della Rete. Lo scenario. — 2.1. La memoria. — 2.2. Memoria, non archivio. — 3. I problemi sollevati dalla memorizzazione di dati su Internet. — 4. Le esigenze contrapposte nel digitale. — 5. Diritto all'oblio. — 5.1. Diritto all'identità personale. — 5.2. Ancora sul diritto all'oblio. — 5.3. Diritto alla protezione dei dati personali. — 6. Due casi. — 7. Criticità giuridiche. — 8. Conclusioni.

I. INTRODUZIONE.

Nella mia relazione affronterò un tema di grande fascino: la memoria della Rete. Cercherò di descrivere lo scenario, di attribuire qualche significato al termine « memoria », di delineare le differenze fra memoria e archivio, e le esigenze — rilevanti per il giurista — che si prospettano in questo scenario.

Infine mi propongo di verificare se allo scenario dipinto dalla memoria in Rete sia sufficiente applicare il diritto all'oblio e il diritto alla protezione dei dati personali, così come si sono consolidati nel mondo fisico, o se invece sia necessario introdurre un nuovo diritto, sciolto dai vincoli che caratterizzano il diritto all'oblio e il diritto alla protezione dei dati personali, cioè il diritto di cancellare, privo di limiti, i dati dalla Rete. Una sorta di diritto all'oblio *tout court*.

Il tema è suggerito dal volume del 2009 di Viktor Mayer-Schönberger, recentemente tradotto in italiano per i tipi di Egea, il cui titolo è « Delete ». Tuttavia, anticipando in parte le mie conclusioni, evidenzio che il sottotitolo originale dell'opera è « The virtue of forgetting in the digital age », sottotitolo tradotto in italiano ne « Il diritto all'oblio nell'era digitale », introducendo così un diverso significato giuridico. Di virtù o di diritto si tratta?

* Relazione al convegno « *Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/Vivi-*

Down », organizzato dalla Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010.

Se il ruolo storico del giurista è quello della comprensione, della classificazione, della sistematizzazione, anche con riguardo al tema della memoria in Rete, è il momento di svolgerlo pienamente e di interrogarsi e di riflettere, e inevitabilmente di sollevare nuove domande.

2. LA MEMORIA DELLA RETE. LO SCENARIO.

La memoria della Rete è un tema di enorme suggestione e oggi all'attenzione di studiosi di diverse discipline¹.

La memoria sembra essere illimitata. Il mare di Internet in cui si naviga è anche un oceano di memoria.

Dati, immagini, audio, frammenti di informazione vanno incontro al navigatore, in una dimensione spaziale avvertita come del tutto nuova che pare ignorare la dimensione temporale.

Per la sua stessa struttura, difficilmente la Rete dimentica. Non è, infatti, diffusa la pratica di cancellare da siti Internet i dati, né tale operazione di cancellazione risulta facilmente effettuabile. I dati sono replicati in altri siti e nelle *cache*, per renderli più facilmente fruibili nel momento della richiesta. Quindi, normalmente i dati pubblicati in Rete sono poi successivamente rintracciabili e raramente cancellati. Un'attività di cancellazione non è comunemente praticata e risulta tecnicamente difficoltosa.

Si costituisce quindi un deposito di dimensioni globali.

Antropomorficamente, la percezione è che la Rete travalichi i confini dell'umano e sia una divinità o un mostro: un'entità unica dotata di memoria infinita e senza tempo.

Questa sensazione è palesemente avvertita quando si utilizzano i motori di ricerca. Digitando un nome, si è raggiunti da un insieme affollato di informazioni correlate a quel nome, le quali non hanno necessariamente tutte rilevanza, qualità o affidabilità.

Ma esploriamo più da vicino il territorio della memoria della Rete.

Questa memoria è articolata.

I tanti archivi della Rete raccolgono informazioni che vanno dai dati ufficiali, a quelli relativi alle transazioni effettuate, alle *e-mail*, ai dati sulla navigazione su Internet.

I tanti archivi della Rete possono essere navigabili al loro interno, e quindi esplorabili verticalmente, o possono essere esplorabili anche con i motori di ricerca, che consentono di rinvenire singole informazioni isolate.

¹ Basti citare il volume di FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciare tracce*, Laterza, 2009 e quello di

MAYER-SHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, 2010.

Ci troviamo dunque davanti ad una infinità di dati e di informazioni, spesso non strutturate, specie se si naviga con motori di ricerca, cui è difficile attribuire un peso. Sono del tutto assenti i criteri essenziali dell'archiviazione, relativi alla qualità dell'informazione, alla contestualizzazione della stessa nell'ambito di un processo, nonché alla costituzione di relazioni fra le informazioni (metadati).

Sulla Rete le informazioni sono tutte al medesimo livello, appiattite, e prive di contestualizzazione. Il *pagerank* indica quanto una pagina è *linkata*, non a quali informazioni essa debba essere correlata, né fornisce alcun dato sulla qualità dell'informazione.

In realtà questa è la percezione di chi naviga, soprattutto se naviga con un motore di ricerca. Non si svolge un discorso, con un filo e un suo autonomo senso, ma si raccolgono frammenti di discorsi.

Dentro le basi di dati le informazioni generalmente sono strutturate. Le isole dell'oceano hanno una loro organizzazione.

Ma la memoria della Rete non è necessariamente strutturata. La memoria è anche evocativa e associativa e le informazioni non strutturate potentemente richiamano alla mente altre informazioni. E in questo senso si svilupperà probabilmente il *web 3.0*, il cosiddetto *web semantico*².

Oggi, la memoria della Rete non è un archivio: assomiglia molto di più ad un deposito, nel quale ci sono degli archivi.

2.1. *La memoria.*

Memoria è concetto polisenso con magica forza evocativa e irresistibile fascino³.

Di memoria si può parlare in molti sensi. Senza alcuna pretesa di esaustività, traendo spunto da un bel libro sugli archivi, si può affermare che la memoria può essere⁴:

1) la memoria-registrazione, cioè la traccia, il *record* dell'evento, la trasformazione dell'atto in oggetto sociale⁵; in questo caso si tratta della mera registrazione di un fatto;

² Secondo la voce « *web semantico* » di Wikipedia (consultata il 18 maggio 2010), con il termine « *web semantico* », termine coniato dal suo ideatore, Tim Berners-Lee, si intende la trasformazione del *World Wide Web* in un ambiente dove i documenti pubblicati (pagine HTML, file, immagini, e così via) siano associati ad informazioni e dati, i cosiddetti metadati, che ne specifichino il contesto semantico in un formato adatto all'interrogazione, all'interpretazione e, più in generale, all'elaborazione automatica. Con l'interpretazione del contenuto dei documenti che il *web semantico*

propugna, saranno possibili ricerche molto più evolute delle attuali, basate sulla presenza nel documento di parole chiave, ed altre operazioni specialistiche come la costruzione di reti di relazioni e connessioni tra documenti secondo logiche più elaborate del semplice collegamento ipertestuale.

³ VITALI, *Memorie, genealogie, identità*, in GIUVA-VITALI-ZANNI ROSIELLO, *Il potere degli archivi*, Mondadori, 2007, 105.

⁴ VITALI, *Memorie, genealogie, identità*, cit., 105 ss.

⁵ In questo senso si rinvia al volume di FERRARIS sopra citato.

2) la memoria-deposito, che è il cumulo dei ricordi; si tratta qui dell'accumulo dei fatti;

3) la memoria funzionale, che è un processo selettivo che richiama parte dei contenuti e li inserisce in un orizzonte di senso; è il processo dell'archivista o dello storico, i quali selezionano per ricostruire;

4) la memoria-identità, che è il fondamento dell'identità costituito dalla continuità della memoria; questa è la memoria degli individui ma anche dei gruppi, delle nazioni, delle collettività.

2.2. *Memoria, non archivio.*

Ma la memoria non è (necessariamente) un archivio.

Memorizzare e archiviare non sono concetti coincidenti. La memoria non è necessariamente ordinata. La memoria può essere puntuale e relativa ad un fatto, o ad un dato e non collegata ad altri. La memoria può essere emozionale ed evocativa. La memoria non è pesata.

Nell'archivio, invece, c'è un ordine.

Gli archivi sono mediatori di memoria⁶ e l'archivio è la tecnologia della memoria⁷.

L'archivio è ordinato secondo criteri determinati. Le informazioni sono fra loro correlate e correlate con altre, anche attraverso l'utilizzo dei metadati (che sono informazioni che descrivono i dati cui si applicano, con lo scopo di migliorarne la visibilità e facilitarne l'accesso).

Le informazioni su Internet non sono archiviate, ma solo memorizzate. L'archivio può essere quello dei singoli archivi.

Due sono le prospettive: quella di chi naviga dentro un archivio e quella di chi naviga con i motori di ricerca.

La memoria della Rete si riduce, spesso, per lo più a ciò che mostrano i motori di ricerca.

3. I PROBLEMI SOLLEVATI DALLA MEMORIZZAZIONE DI DATI SU INTERNET.

I problemi sollevati dalla memorizzazione di dati su Internet, ma che in realtà riguardano più in generale l'informazione su Internet, si possono schematizzare come segue.

Un primo problema attiene all'incertezza circa la fonte dell'informazione: cioè circa il soggetto che l'ha prodotta. Il che si riflette sull'attribuibilità e sull'affidabilità della stessa, ciò che in termini

⁶ VITALI, *Memorie, genealogie, identità*, cit., 76.

⁷ VITALI, *Memorie, genealogie, identità*, cit., 106.

archivistici si traduce in soggetti e contesti di produzione⁸. Chi è l'autore?

Un secondo problema attiene alla qualità e alla correttezza dell'informazione. È un'informazione vera e aggiornata?

Un terzo problema riguarda la contestualizzazione dell'informazione nell'ambito in cui essa è collocata, cioè il peso relativo dell'informazione stessa. Anche qui, la scienza archivistica sottolinea come siano frequenti le pratiche di decontestualizzazione e ricontestualizzazione nel mondo digitale e quindi si pongano ad archivisti e storici nuovi problemi di analisi e di uso delle fonti storiche⁹.

Se vogliamo usare una metafora, ci troviamo spesso davanti a pagine isolate di libri custoditi in mille diverse biblioteche.

4. LE ESIGENZE CONTRAPPOSTE NEL DIGITALE.

La dimensione digitale pone al giurista diverse e contrapposte esigenze.

L'esigenza di mantenere la memoria ufficiale dei fatti solo digitali: si pensi alla recente previsione normativa di cui all'art. 32 della legge 18 giugno 2009, n. 69, sulla pubblicità legale *on line*. In questo caso, il fatto esiste solo *on line*. E l'esigenza legale e quindi tecnologica è quella di garantire la permanenza, la rintracciabilità e l'accessibilità dell'informazione.

Contrapposta è l'esigenza di cancellare informazioni, ad esempio per esigenze legali che verranno successivamente esaminate (es. diritto all'oblio).

Le esigenze con cui il giurista si deve confrontare dinanzi a questo affascinante tema sono dunque almeno le seguenti:

1) garantire memoria e informazione, con le caratteristiche di attribuibilità, qualità, correttezza per i fatti solo digitali, almeno nei casi in cui ciò sia previsto da norme specifiche (es. conservazione sostitutiva, pubblicità legale *on line*);

2) garantire che un soggetto non subisca pregiudizio dalla pubblicazione in Rete di informazioni lesive (o perché l'informazione si riferisce a vicende rispetto alle quali è trascorso un notevole lasso di tempo, che non sono più attuali e che lo ostacolano nell'esplicazione della sua personalità attuale o perché l'informazione doveva rimanere in una sfera limitata e la sua circolazione lede la sua sfera personale) o di informazioni il cui trattamento non è più giustificato.

⁸ ZANNI ROSIELLO, *Archivi, archivisti, storici*, in GIUVA-VITALI-ZANNI ROSIELLO, *Il potere degli archivi*, cit., 52 ss.

⁹ Basti pensare, rileva ZANNI ROSIEL-

LO, *op. cit.*, al significato che in ambiente digitale assumono concetti quali originale, autenticità, verificabilità, prova, ecc.

Si aggiunge a questi l'interrogativo se esiste o dovrebbe esistere un diritto a cancellare i dati dalla Rete, ovviamente in un senso diverso e più ampio rispetto al diritto riconosciuto già dal diritto alla protezione dei dati, e al diritto all'oblio; se debba crearsi il diritto a cancellare; se debba prospettarsi un diritto assoluto all'autodeterminazione informativa.

Tralasciando per il momento il primo punto, quello di garantire la memoria, ci occupiamo invece del secondo che naturalmente richiama due consolidati diritti: il diritto all'oblio e il diritto alla protezione dei dati personali.

La domanda che occorre porsi è la seguente: questi diritti si configurano diversamente se applicati alla problematica che stiamo esplorando, cioè alla memoria su Internet? In altri termini, come devono declinarsi diritto all'oblio e diritto all'opposizione al trattamento e alla revoca del consenso al trattamento dei dati personali su Internet?

Occorre creare un nuovo diritto? Un diritto all'oblio *tout court*?

5. DIRITTO ALL'OBLIO.

Muoviamo dalla prospettiva classica delineata dal diritto all'oblio.

Con il diritto all'oblio¹⁰ si fa tradizionalmente riferimento al diritto di un soggetto a non vedere pubblicate alcune notizie relative a vicende, già legittimamente pubblicate, rispetto all'accadimento delle quali è trascorso un notevole lasso di tempo.

Il diritto all'oblio è relativo a vicende che hanno costituito fatti di cronaca o comunque in relazione alle quali la pubblicizzazione, cioè la fuoruscita dalla sfera della riservatezza degli interessati, era da considerarsi lecita. Il problema è « se la persona o le vicende legittimamente pubblicizzate possano sempre costituire oggetto di nuova pubblicizzazione o se, invece, il trascorrere del tempo e il mutamento delle situazioni non la rendano illecita »¹¹.

¹⁰ In dottrina, sul diritto all'oblio si vedano: AA.VV., *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, GABRIELLI (a cura di), Napoli, 1999; AULETTA, *Diritto alla riservatezza e « droit à l'oubli »*, in ALPA-BESSONE-BONESCHI-CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127 e ss.; FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 801 e ss.; MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir. agg.*, VI, Milano, 2002; da ultimo, MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; in giurisprudenza fra le pronunce che si sono occupate più spe-

cificamente del diritto all'oblio si segnalano: Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. it.*, 1985, c. 762; Cass. civ., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, c. 123 e nel merito Trib. Roma, 15 maggio 1995, in questa *Rivista*, 1996, p. 427; Trib. Roma 27 novembre 1996, in *Giust. civ.*, 1997, p. 1979 e ss. e Trib. Roma, ord. 20.21.27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, p. 372 e ss.

Si rinvia, inoltre, a G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, IANNARELLI-ROOK BASILE-SACCO-SCALA (con la collaborazione di), sez. civ., Agg., Torino, 2010.

¹¹ AULETTA, *op. cit.*, p. 129.

Il diritto all'oblio, come magistralmente è stato scritto, appartiene « alle ragioni e alle regioni del diritto alla riservatezza »¹².

Il tempo gioca un ruolo importante anche qualora non si tratti di eventi di cronaca, ma di eventi in relazione ai quali un periodo significativo sia ormai trascorso e manchino elementi di contestualizzazione. In questi casi, la giurisprudenza ha ravvisato la violazione del diritto all'identità personale.

Così la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che costituisce violazione del diritto all'identità personale la trasposizione in cinematografico di una pellicola cinematografica ritraente l'artista in situazioni di contenuto licenzioso, priva delle necessarie precisazioni atte a collocare esattamente nel tempo passato la prestazione resa dalla medesima, dopo che questa, col passare degli anni, avendo cambiato totalmente genere di attività artistica, abbia assunto presso l'opinione pubblica una diversa immagine sociale e artistica; ciò a prescindere dall'impossibilità di configurare una lesione del diritto all'immagine, all'onore, alla reputazione del soggetto ritratto¹³.

Come il diritto all'identità personale, così il diritto all'oblio, che da quello è gemmato, è figlio della comunicazione. Il diritto all'identità personale è il diritto ad esercitare una forma di controllo sulla propria immagine sociale, che può giungere fino a pretendere che alcuni eventi siano dimenticati. Ma nato dalla cronaca, vive una nuova vita su Internet¹⁴.

Infatti, la ripubblicazione non è più necessaria, dal momento che, per la sua stessa struttura, difficilmente la Rete dimentica.

Qui la prospettiva è radicalmente diversa. Non si tratta solo o necessariamente di una ripubblicazione dell'informazione, piuttosto di una permanenza della stessa. Non si tratta di una notizia o di una foto ripubblicate, bensì di una notizia o di una foto che permangono sempre accessibili.

Allora l'oblio assume una prospettiva diversa: non si può fare riferimento al tempo trascorso fra un evento e l'altro, ma invece al tempo di permanenza dell'informazione. Non si tratta di un evento che si ripropone all'attenzione del pubblico, bensì di un evento che potenzialmente non è mai uscito dall'attenzione del medesimo. Siamo di fronte ad un *continuum* temporale e non più a due eventi puntuali.

¹² FERRI, *op. cit.*, 808.

¹³ Pret. Roma, 10 febbraio 1988, in *Temì rom.*, 1988, 148 ss. con nota di C. Acciai e F. Acciai.

¹⁴ Il tema è toccato, in chiave problematica, dalla Relazione 2009 del Garante per la protezione dei dati personali, 18 in cui si legge: « (...) con riferimento alla diffusione in Internet, si pone anche per questi archivi, l'interrogativo se, in quali casi, e fi-

no a che punto sia utile e opportuno disporre che i siti *on line* dei giornali e degli altri media, o almeno quella parte che contiene gli archivi del passato, sia resa sempre comunque accessibile ai motori di ricerca che catturano e decontestualizzano informazioni che, pur risalenti nel tempo, entrano così a far parte di un eterno presente, senza alcuna verifica della sussistenza di un ragionevole interesse pubblico a conoscerle ».

Il rapporto tempo/informazione è di durata e non più puntuale e quindi richiede una nuova e diversa declinazione.

Non si tratta del diritto a dimenticare, ma del diritto a cancellare (o in alternativa a contestualizzare). Quali caratteristiche deve avere questo diritto? Vi è (o vi dovrebbe essere) un diritto di controllo assoluto, cioè sciolto da ogni vincolo, del soggetto cui le informazioni si riferiscono? O questi deve dimostrare che vi è una lesione della sua identità personale? O, come vedremo poi, che la legge sulla protezione dei dati personali non è stata rispettata? È necessario un bilanciamento con altri diritti?

A mio parere, il diritto all'oblio in Rete deve, come il diritto all'oblio fuori dalla Rete, necessariamente bilanciarsi con altre esigenze, quali per esempio quelle del diritto di cronaca e di informazione, beninteso nel momento attuale.

Il diritto all'oblio è, nella prospettiva più vicina all'origine del diritto stesso, una modalità di esplicazione del diritto all'identità personale. Si oblia ciò che non è più parte dell'identità personale di un soggetto.

Come il diritto all'identità personale ha ad oggetto una mediazione e l'identità non è arbitrariamente definita ma mediata, così l'oblio non è arbitrario, richiede una mediazione, un collegamento all'immagine sociale di un soggetto. In Rete e fuori dalla Rete.

Se si riconosce il diritto a cancellare, sciolto da ogni vincolo, allora la permanenza dell'informazione è in pericolo, l'identità diviene solo presente e sciolta dal passato, la memoria non ha più radici. La memoria-identità viene meno e rimane solo una forma di memoria come selezione arbitraria.

5.1. *Diritto all'identità personale.*

Il diritto all'identità personale¹⁵, nel quale il diritto all'oblio affonda le proprie radici, protegge il bene giuridico della « proiezione sociale dell'identità personale ». Il diritto all'identità personale è diritto che nasce nell'epoca delle comunicazioni di massa ed è diritto figlio della comunicazione¹⁶. La proiezione sociale di un soggetto è moltiplicata nella società della comunicazione, dove la relazione sociale diviene la comunicazione di massa.

La questione che si pone, tuttavia, con riferimento al diritto all'identità personale e che si pone quindi con riferimento al diritto all'oblio è quali siano i criteri di determinazione della immagine sociale per consentire il concreto esercizio del diritto. Occorre evi-

¹⁵ Si rinvia a ZENO-ZENCOVICH, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1995, 295 e a G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale*, cit.

¹⁶ Così ROPPO, *Un « diritto dei mezzi di*

comunicazione di massa? », in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 75 ss. Svolge analoghe considerazioni in relazione alla nascita del diritto alla riservatezza, AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 4 ss.

tare il pericolo di cadere in tentazioni pirandelliane e occorre non consentire al soggetto interessato di rappresentarsi come meglio ritiene con esclusivo riferimento alla immagine che egli stesso ha di sé e che potrebbe, conducendo il discorso alle estreme conseguenze, non avere alcun riscontro nella realtà¹⁷. È necessaria la mediazione sociale fra l'immagine che il soggetto ha di sé e l'insieme di elementi oggettivi.

L'identità personale, rispetto alla quale si vanta un diritto, non è né l'immagine che il soggetto ha di sé (verità personale), che può in ipotesi estreme anche essere scorrelata dalla realtà, né l'insieme dei dati oggettivi riferibili al soggetto (verità storica), ma l'immagine, socialmente mediata o oggettivata¹⁸, del soggetto stesso. Si tratta di una sintesi.

La lesione dell'identità personale va misurata con riferimento alla immagine sociale di un soggetto quale oggettivamente rilevabile. La verità personale, in un certo senso, è oggettivata nella verità storica.

5.2. Ancora sul diritto all'oblio.

Così con riferimento al diritto all'oblio. Il diritto all'oblio si esercita se vi è una lesione dell'identità personale e quindi dell'immagine mediata di un soggetto.

Siamo abituati a vederne applicazioni per evitare una ripubblicazione o riparare una lesione. Ma, mutato lo scenario, il diritto all'oblio ben si potrebbe utilizzare per realizzare una cancellazione.

¹⁷ Evidenzia il rischio di cadere nei paradossi pirandelliani, FALZEA, *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità*, in AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, 1985, 89, il quale afferma: « È se anche fosse possibile, procedendo con forti processi astrattivi delineare una immagine sociale della persona con qualche grado di oggettiva finitezza, sarebbe poi la molteplicità dei contesti sociali a fare arrestare nella molteplicità ogni itinerario sociale di unificazione ».

Oggettivizza il discorso DE MARTINI, *Il diritto all'identità personale nell'esperienza operativa*, in AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, 1985, 92, che individua il diritto all'identità personale nella « pretesa al rispetto della propria verità, del proprio apparire così come storicamente determinabile in via oggettiva, sulla base non di un patrimonio ideale (dai difficili contorni) ma di un complesso di fatti e comportamenti progressi noti socialmente ».

DOGLIOTTI, *Diritto all'identità personale, garanzia di rettifica e modi di tutela*, nota a Pret. Roma, ord. 2 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1981, 632 ss., afferma che la tutela non può estendersi all'idea che l'individuo ha di se stesso e che occorre « ancorare la tutela dell'identità, di per sé già incerta e fluida, a comportamenti obbiettivi, a fatti storici ed indiscutibili »; SCALISI, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, in AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, cit., 119-121, interrogandosi sulla questione se l'immagine del soggetto oggetto del diritto all'identità personale sia quella determinata dal soggetto stesso o invece quella determinata dai pubblici poteri, ritiene che né all'una né all'altra si debba fare riferimento, bensì a quella che viene dalla società.

¹⁸ RICCIUTO, *Diritto di rettifica, identità personale e danno patrimoniale all'uomo politico*, nota a Trib. Roma, 7 novembre 1984, in questa *Rivista*, 1985, 225.

È la memoria-identità quella che viene in rilievo in questo caso, quella che affonda nel passato per delineare il presente.

Non ritengo che il diritto all'oblio si configuri diversamente nella Rete anche se dovrà essere esercitato per cancellare e non per garantire un oblio già naturalmente avvenuto con il decorso del tempo. Non credo che il diritto all'oblio possa o debba trasformarsi in un diritto a cancellare, privo di vincoli, in un arbitrio del singolo, che riguardi anche il passato. L'informazione lecitamente pubblicata in Rete permane e circola secondo le norme vigenti. Se vi è una lesione o il pericolo di una lesione del diritto all'identità personale, va rimossa. L'esercizio del diritto all'oblio certo richiede aggiustamenti e adattamenti, in particolare sotto il profilo tecnologico, ma non muta radicalmente natura.

Trattiamo l'identità virtuale come trattiamo l'identità reale¹⁹.

5.3. *Diritto alla protezione dei dati personali.*

Diversa la prospettiva se si analizza il problema sotto il profilo del diritto alla protezione dei dati personali.

L'interessato vanta, come è noto, il diritto alla cancellazione dei dati che siano stati illecitamente trattati. Questo diritto, previsto dall'art. 7 del Codice per la protezione dei dati personali, non pone, sotto il profilo giuridico particolari problemi, in questa sede. Rafforza la configurazione dell'oblio come necessariamente vincolato, dal momento che non prevede una cancellazione *tout court* ma solo in determinate circostanze.

Possono invece porsi problemi di effettività nell'esercizio del diritto in Rete, se l'informazione è già circolata.

L'interessato vanta altresì, tuttavia, il diritto a revocare il consenso già prestato al trattamento dei suoi dati. A prescindere dalle problematiche introdotte dalla revoca del consenso e concernenti l'eventuale profilo risarcitorio²⁰, è bene precisare che la revoca del consenso non ne comporta la retroattività. Dunque, se il consenso alla circolazione di un'informazione è revocato, l'informazione comunque non viene cancellata dal *database*, ma continua ad essere in esso memorizzata.

La revoca del consenso può avere ad oggetto la diffusione dei dati. Dunque oggi si pubblica su un sito un'informazione o una fotografia e domani, revocando il consenso alla diffusione, si richiede che il dato pubblicato sia oscurato.

In questo caso l'esercizio del diritto è puntuale e riferito ad una determinata informazione. È l'esercizio del diritto all'autodetermi-

¹⁹ In generale sul tema della identità digitale: RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in questa *Rivista*, 2007, 511 ss.

²⁰ Cfr. in argomento RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

nazione informativa. È nei diritti dell'interessato disporne e al limite determinare un suo proprio profilo, anche revocando il consenso già prestato. Non cancella, tuttavia, il passato ma il presente. La revoca del consenso non ha effetto retroattivo, ma promana i suoi effetti dal momento della revoca in poi. Con la conseguenza che le informazioni già sul *web* ivi resterebbero, ma non potrebbero essere oggetto di nuovo trattamento e quindi rese nuovamente fruibili.

Analogamente, i principi di proporzionalità nella conservazione dei dati e di necessità, previsti dal Codice per la protezione dei dati personali, impongono di conservare per il periodo necessario.

Basta in questo caso la mera volontà di oscurare. Non si può escludere ed è anzi necessario, peraltro, un bilanciamento con il diritto all'informazione.

Alcuni problemi si pongono tuttavia nel caso di comunione di dati personali²¹, quando sullo stesso dato personale si configurano diritti di più soggetti interessati.

In questo caso, viene in rilievo la memoria-registrazione. È una memoria che si gioca nella dialettica registrazione-cancellazione, tutta nella dimensione tante volte ben affrescata da Bauman del presente²².

6. DUE CASI.

Alla luce di quanto finora illustrato riprendiamo i due casi che aprono il volume «Delete», che come sottotitolo originale reca «The virtue of forgetting in the digital age», tradotto in italiano ne «Il diritto all'oblio nell'era digitale», attribuendo così, come già evidenziato, un diverso significato giuridico al sottotitolo.

Nel primo caso, detto del «pirata ubriaco», i fatti sono questi. Stacy Snyder, una giovane aspirante insegnante aveva immesso la fotografia che la ritraeva con un cappello da pirata mentre beveva da un bicchiere di plastica, sulla sua pagina di MySpace, noto *social network*, inserendo anche la dicitura «il pirata ubriaco». La foto era stata notata dall'amministrazione della scuola in cui l'aspirante insegnante svolgeva il tirocinio. L'aspirante insegnante successivamente rimosse la foto, la quale tuttavia si era diffusa nella rete, ed era stata indicizzata dai motori di ricerca. A causa di questa foto, non venne assunta dalla scuola.

Nel secondo caso, il medico dr. Andrew Feldmar, settantenne, psicoterapeuta, era stato fermato alla frontiera fra Stati Uniti e Canada da un agente che aveva quindi digitato il suo nome nel motore di ricerca e trovato un articolo che il dr. Feldmar aveva

²¹ ZENO-ZENCOVICH, *La «comunione» di dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in questa *Rivista*, 2009, 5 ss.

²² Tema, com'è noto, caro a BAUMAN. V., fra molti, *Intervista sull'identità*, Bari-Roma, 2009, nonché *L'arte della vita*, Bari-Roma, 2009.

scritto nel 2001, in cui accennava al fatto di aver fatto uso di LSD negli anni sessanta. Il dr. Feldmar venne bloccato alla frontiera e gli venne negato per sempre l'accesso negli Stati Uniti. L'evento, lontanissimo nel tempo, si ripresenta nel presente.

I due casi appaiono, sotto il profilo giuridico, applicandosi il diritto italiano, diversi.

Nel primo caso, il trattamento dei dati personali da parte del *social network* appare lecito. È probabilmente illecita, ma non abbiamo sufficienti elementi a disposizione, la diffusione della foto nella rete, senza consenso dell'interessato.

Nel secondo caso, invece, il dr. Feldman avrebbe probabilmente potuto esercitare, se fosse stato applicabile il diritto italiano, il diritto all'oblio.

Essenziale nei due casi il ruolo dei motori di ricerca. Non a caso, anche il Garante per la protezione dei dati personali ha avuto modo di intervenire in materia, con riferimento alla pubblicazione *on line* degli archivi storici dei giornali²³ e ha ritenuto legittima la messa a disposizione per la consultazione dei dati personali *on line* attraverso il sito dell'editore, precisando tuttavia che la pagina *web* che contiene i dati personali deve essere sottratta all'indicizzazione dei motori di ricerca esterni. La soluzione del problema, allo stato attuale, incontra anche dei limiti di natura tecnologica che rendono ancora incerta l'effettività del provvedimento.

Su Internet cambia non solo la quantità ma anche la natura della comunicazione²⁴: le informazioni non solo sono moltissime, ma sono facilmente reperibili, sovente prive di contestualizzazione e spesso prive di fonte che consenta di attribuire ad esse un peso. Sono, per così dire, appiattite. Mentre la fonte dell'informazione può di per sé conferire un peso all'informazione stessa (si pensi alla testata giornalistica più o meno affidabile), ciò, allo stato attuale, non sempre accade con riguardo ai siti Internet e certamente non accade quando la ricerca è effettuata mediante motori di ricerca.

Il problema qui è l'effettività del modello disegnato dalla legge sulla protezione dei dati personali e l'adeguamento della tecnologia.

7. CRITICITÀ GIURIDICHE.

Il diritto al controllo può dunque essere esercitato nei limiti definiti dal diritto all'oblio e dal diritto alla protezione dei dati per-

²³ Autorità Garante per la protezione dei dati personali: decisioni 11 dicembre 2008 [doc. web n. 1583162], 11 dicembre 2008 [doc. web n. 1582866], e 19 dicembre 2008 [doc. web n. 1583152]. Sul diritto all'oblio si veda anche il *Rapporto e Linee-Guida in materia di privacy nei servizi di social network - Memorandum di Roma,*

adottato dall'*International Working Group on data protection in telecommunications*, 3-4 marzo 2008, <http://www.garanteprivacy.it> - doc. web n. 1567124.

²⁴ ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in questa *Rivista*, 2007, in particolare 266.

sonali, anche nella Rete. Questo esercizio non è scevro da problematiche giuridiche, ma non pare necessaria una radicale revisione del modello, bensì un adattamento, e lo sviluppo di idonee tecnologie per garantirlo.

Certo l'effettività è in parte minata da alcune criticità nella protezione dati personali. Bisognerebbe ripensare il modello della legge sulla protezione dei dati personali e basare non solo sul consenso dell'interessato, ma anche su una maggiore responsabilità del titolare, il diritto alla protezione dei dati personali. Non solo il consenso ma anche una forma di *accountability*, e quindi di *trust*, del titolare del trattamento, che dovrebbe comunque essere responsabile per un trattamento le cui caratteristiche sono normativamente predeterminate, o in alternativa definite in un modello negoziale basato sull'*accountability* che consenta per i titolari che ad esso aderiscano un trattamento di maggiore favore. E in questo modello certamente potrebbe rientrare la definizione del tempo di trattamento dei dati personali.

In fondo, la direttiva n. 46 del 1995 consacra un modello statico di trattamento dei dati personali, ormai superato. Un modello fondamentalmente uno a uno, che vede l'interessato e il titolare di trattamento ingessati in rigidi ruoli. La realtà dei *social network* e dei motori di ricerca, invece, si basa su un modello di condivisione e di cogestione di dati e informazioni, destinati fin dall'origine ad una circolazione globale. Allora, spostare l'accento delle responsabilità da chi fornisce il dato (che comunque è chiamato a prestare un consenso) a chi lo fa circolare, forse è necessario.

Si aggiunga che le norme sulla *data retention* prevedono un periodo massimo di conservazione delle informazioni, per alcune tipologie di dati.

Altra criticità è quella costituita dai limiti derivanti dalla individuazione della legge applicabile, tema che sarà trattato da altre relazioni.

Infine, il giurista, sistematizzato lo scenario e individuati i valori di riferimento, non può non affidarsi alla tecnologia. L'apporto della tecnologia è essenziale, e appare chiaro che l'effettività del diritto in un modo digitale possa essere garantita solo attraverso la tecnologia. Una volta che il diritto ha stabilito le regole e i principi, compito della tecnologia è attuarli.

E le tecnologie che in questo senso sono utilizzabili sono molte: DRM (*Digital Rights Management*), cioè informazioni associate ai dati personali che recano in sé le regole di utilizzo dei dati stessi (ad esempio: natura, titolare, interessato, finalità); scadenza nell'uso dei dati personali²⁵; la contestualizzazione, cioè associazione

²⁵ Questa è la soluzione propugnata da MAYER-SHÖNBERGER, nel volume già citato.

ai dati delle informazioni che costituiscono il contesto, cioè che consentono di attribuire ai dati quel peso che ad essi su Internet spesso manca. Centrale, infatti, nella costruzione del diritto all'identità personale e del diritto all'oblio è la contestualizzazione, cioè il collegare le vicende in un quadro completo degli elementi essenziali. Manca su Internet l'attribuzione di una valutazione, di un peso relativo, dell'informazione pubblicata e un'indicazione proporzionata ad altre informazioni pubblicate. Manca anche l'indicazione di informazioni che possano completare o addirittura radicalmente modificare il quadro prospettato (si pensi, ad esempio, ad una sentenza modificata nel grado successivo del giudizio).

8. CONCLUSIONI.

La selezione della memoria nel mondo fisico è operata dal tempo. Il problema è ricordare o farsi ricordare.

Nel mondo digitale, invece, tutte le informazioni permangono. Non ci sono esigenze di selezione. La memoria è illimitata. L'esigenza può divenire, piuttosto, quella di farsi dimenticare.

Esistono addirittura dei siti che memorizzano ciò che è scomparso da altri siti, come <http://www.archive.org/web/web.php> che presta un servizio che si chiama *Way back machine*.

È forse una nuova forma di memoria? In parte sì, perché non più soggetta ad una naturale selezione e perché spesso destrutturata.

Bisogna allora introdurre un nuovo diritto al controllo? Un controllo, per così dire, *ad nutum*? Un diritto all'autodeterminazione informativa che divenga un diritto assoluto, sciolto da ogni vincolo? Ritengo di no. Questo ipotetico diritto andrebbe esercitato nei confronti di un numero infinito di titolari, secondo modalità che paiono irragionevoli e soprattutto sarebbe volto a garantire solo un arbitrario esercizio di scelta. Sarebbe l'exasperazione e l'estremizzazione di un diritto all'autodeterminazione informativa.

Altro è, invece, l'opportunità di introdurre nuovi modelli normativi e negoziali e nuove tecnologie che prevedano di limitare nel tempo il trattamento dei dati e tecnologie che lo consentano.

Bastano il diritto all'oblio e il diritto alla protezione dei dati personali? Credo di sì, con alcuni necessari aggiustamenti, quali la revisione del modello di protezione dei dati personali e con il necessario supporto della tecnologia.

La cancellazione assoluta, sciolta da ogni vincolo, dal *web* è dunque un'opportunità, un'esigenza, una virtù, la virtù di dimenticare nell'era digitale, se vogliamo riprendere le parole di Mayer-Schönberger, ma non un diritto.