

GIOVANNI MARIA RICCIO

DIRITTO ALL'OBLIO E RESPONSABILITÀ DEI MOTORI DI RICERCA

SOMMARIO: 1. La responsabilità degli operatori di internet. — 2. Le argomentazioni della Corte di Giustizia. — 3. Una procedura di *notice and take-down* per i dati personali? — 4. Quali parametri per la rimozione dei risultati della ricerca? — 5. Danno da permanenza nei risultati della ricerca? — 6. Conclusioni.

1. LA RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI DI INTERNET.

La sentenza della Corte di Giustizia sul diritto all'oblio nei motori di ricerca stimola l'attenzione dell'interprete su molteplici punti di riflessione, che — pur partendo dalla disciplina settoriale della tutela dei dati personali — inevitabilmente abbracciano altri settori dell'ordinamento ¹.

Se osservata sotto l'immaginaria lente di ingrandimento dello studioso di responsabilità civile, la decisione del maggio scorso solleva complessi interrogativi, determinati dai silenzi della Corte, che riconosce espressamente un diritto soggettivo (nella forma del diritto all'oblio o alla cancellazione) in capo ai cittadini comunitari, ma non delimita gli obblighi cui sono tenuti i motori di ricerca. Una conclusione che potrebbe non solo mutare la relazione tra utenti e reti telematiche, disconoscendo la troppe volte preconizzata morte della *privacy* ², ma, verosimilmente, potrebbe determinare un deciso ripensamento del principio della neutralità degli intermediari della rete.

Prima di affrontare nel dettaglio le problematiche sollevate dalla decisione, pare opportuno ripercorrere, seppur in estrema

* 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 Per un primo tentativo di ricostruzione sistematica delle interrelazioni e delle

problematiche giuridiche nel rapporto tra oblio e reti telematiche, v. il volume collettaneo AA.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2013.

² Cfr., *ex multis*, A.M. FROOMKIN, *The Death of Privacy?*, 52 *Stan. L. Rev.* 1461 (2000), ma ancor prima D.L. ZIMMERMANN, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort*, 68 *Cornell L. Rev.* 291 (1983).

sintesi, i principi che governano la responsabilità civile degli operatori di internet.

Com'è noto, la responsabilità degli ISP (*intermediary service provider*) è disciplinata dalla Sezione 4 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. La normativa comunitaria è frutto di un processo di circolazione e di imitazione del modello statunitense del § 512 del DMCA³ — ripreso talora pedissequamente nelle formule legislative della direttiva — e del *Telemediengesetz*, la legge tedesca sulla responsabilità degli intermediari. Rispetto a tali modelli, tuttavia, la direttiva si differenzia per due importanti aspetti: innanzi tutto, l'ambito di applicazione oggettiva abbraccia sia gli illeciti civili sia quelli penali; in secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, la disciplina comunitaria non include le attività dei motori di ricerca⁴ e il *linking*⁵.

Allo stesso modo — e questo aspetto rappresenta probabilmente il maggior limite della Sezione 4 sulla responsabilità degli intermediari di internet — non sono previste forme di *notice and take-down* per determinare le modalità per i titolari dei diritti di indirizzare una richiesta di rimozione di eventuali contenuti illeciti agli ISP e, dall'altro lato, non è fissato il momento in cui questi ultimi, informati della commissione di un illecito, possono

³ *Digital Millennium Copyright Act* del 1998, che ha riformato il *Copyright Act* del 1976 e ratificato i discussi trattati dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale, *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT). Sul punto, per un quadro di insieme, v. P. Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 *Va. J. Int'l L.* 369 (1997).

⁴ In sede di recepimento della direttiva, alcuni ordinamenti hanno disciplinato però l'attività dei motori di ricerca: così l'art. 17 della *Ley* spagnola che estende le regole per i fornitori di *hosting* ai motori di ricerca; sul punto si rinvia a M. PEGUERA, *Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspective*, 13 *J. of Intell. Prop. Information Tech. and E-Commerce Law* 151 (2010). All'interno della giurisprudenza spagnola, il *leading case* è rappresentato da Tribunal Supremo - Sala Primera, 3 aprile 2012, *Alexis Pedragosa Llauro c. Google Spain SL*, che, in un caso di violazione del *copyright* per riproduzione, da parte di Google, degli *snippet* (miniature di immagini) di altro sito, ha ritenuto che la natura e la funzione dei servizi dei motori di ricerca, che dovrebbero aiutare gli utenti nel reperimento e nella selezione delle informazioni pubblicate in rete, sarebbe incompatibile

con le finalità di violazione dei diritti di esclusiva del soggetto attore.

⁵ V. SÉDALLIAN, *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique*, in *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 1999, n. 110, 1; C. ROJINSKY, *Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe*, in *Gaz. Pal.*, 23-24 juin 2000, 19; E. MONTERO, *La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet*, in *Revue Ubiquité*, 2000, 100; R. JULIÀ-BARCELÓ - K.J. KOELMAN, *Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good, But It's Not Enough*, in 16 *Computer Law & Security Report*, 231 (2000); A. STROWEL - N. IDE - F. VERHOESTRAETE, *La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet*, in *Jour. des Tribunaux*, 2001, n. 6000, 141; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; *passim*; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003; *passim*; ma sul punto sia consentito rinviare anche G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 200 ss.

essere tenuti, a determinate circostanze, a rimuovere detti contenuti.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione oggettiva, occorre poi ricordare che la direttiva sul commercio elettronico non trova applicazione, *ex art. 1, par. 4, lett. b)*, alle « questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46/CE e 97/66/CE » e, quindi, a tutto il settore della tutela dei dati personali. Il regime speciale di responsabilità previsto, in generale, per gli ISP, non si estende, pertanto, anche all'attività di trattamento delle informazioni personali che, viceversa, è regolato dall'art. 23 della direttiva 95/46/CE, così come recepito nei singoli ordinamenti nazionali.

Naturalmente, non è questa la sede per ripercorrere i dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che hanno condotto all'emanazione della direttiva sul commercio elettronico; ci limiteremo, pertanto, a rammentare i principi che hanno mosso l'operato del legislatore comunitario. Le due colonne sulle quali poggia l'architettura disegnata dalla direttiva sono, in estrema sintesi, il summenzionato principio della neutralità degli operatori, in virtù del quale gli ISP non sono responsabili se la loro attività si limita ad un ruolo tecnico e non selezionano né i contenuti, né i destinatari delle informazioni, e l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti diffusi dai destinatari dei propri servizi.

La direttiva, quindi, ha optato per un modello di responsabilità fondato sulla colpa degli operatori, considerati come meri *carrier* dei contenuti informativi⁶, scartando le ipotesi di responsabilità oggettiva, come la responsabilità da rischio di impresa o editoriale. Una scelta apprezzata dalla dottrina, che ha consentito lo sviluppo economico dei nuovi operatori e ha scongiurato ogni rischio di assegnazione di poteri "censori" in capo agli ISP⁷.

A distanza di quasi un quindicennio, lo scenario da cui muoveva la direttiva è però radicalmente mutato. Lo studio dello sviluppo delle imprese della *new economy* ha evidenziato alcune peculiarità

⁶ La neutralità dei *common carrier* è stata sostenuta dalla giurisprudenza statunitense ben prima dell'avvento di internet: cfr. *National Ass'n of Regulatory Util. Comm'r's v. FCC*, 533 F.2d 601, 608 (D.C. Cir. 1976), ma v. già, a proposito dell'indifferenza dei fornitori delle infrastrutture ai contenuti, *Western Union Tel. v. Lesesne*, 182 F.2d 135, 137 (5th Cir. 1950). Il criterio applicato dalle corti nordamericane è riassumibile nel *reason to know test*: i *common carrier* sono responsabili se, al momento della diffusione, sono a conoscenza (o avrebbero dovuto esserlo, usando l'ordinaria diligenza) dei contenuti veicolati: cfr. *O'Brien v. Western Union Tel. Co.*, 113

F.2d 539, 542 (1st Cir. 1940). Tale ricostruzione trova applicazione a tutti i casi in cui non vi è selezione dei contenuti da parte del gestore del mezzo di comunicazione: così per il telegrafo (*Western Union Tel. Co. v. Lesesne*, 182 F.2d 135, 137 (4th Cir. 1950); *O'Brien v. Western Union Tel. Co.*, 113 F.2d 539, 542 (1st Cir. 1940)), per il telefono (*Anderson v. New York Tel. Co.*, cit.); per i servizi telefonici automatizzati (*People v. Lauria*, 59 Cal. Rptr. 628 (1967).

⁷ Sul punto, per ulteriori rilievi, sia consentito rinviare a G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 202 ss.

rispetto alle imprese tradizionali, tra cui la capacità di realizzare, in un lasso di tempo relativamente breve, posizioni monopolistiche o dominanti sul mercato di riferimento. Allo stesso modo, pur in presenza di costi di *start-up* molto limitati, alcune di queste imprese hanno generato enormi utili, moltiplicando il proprio potere commerciale in pochi anni: non stupisce, quindi, che, scorrendo la classifica dei marchi di maggior valore, ci si avvede che le prime quattro posizioni sono occupate da società che operano prevalentemente nell'«mondo» di internet⁸.

In tale contesto, è giocoforza ammettere che gli operatori di internet, pur se agiscono da intermediari, hanno assunto un ruolo di *deep pocket parties*⁹; e, sempre per tale ragione, appare condivisibile la conclusione della Corte di Giustizia, che afferma categoricamente che il riconoscimento di un diritto all'oblio in capo ai singoli cittadini debba prevalere « sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca »¹⁰ e che — la sentenza non lo dice espressamente, ma è un corollario ovvio — i motori di ricerca debbano essere chiamati a sopportare i costi sociali finalizzati ad assicurare la piena tutela nel trattamento dei dati personali.

2. LE ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Partendo da tale conclusione, occorre, tuttavia, analizzare brevemente il percorso argomentativo della Corte e i presupposti normativi che condurrebbero, nell'interpretazione dei giudici comunitari, all'applicazione della disciplina in materia di privacy ai motori di ricerca.

Il punto d'arrivo della decisione è, in astratto, condivisibile: non v'è dubbio, infatti, che i diritti della personalità prevalgano sugli interessi economici degli operatori, così come affermato, in altri contesti, dalla stessa Corte¹¹.

⁸ Si fa riferimento alla classifica annuale *BrandZ Top100 most valuable global brands 2014*, che vede, nei primi quattro posti, rispettivamente Google, Apple, IBM e Microsoft. Sorprende, poi, che il marchio Google valga circa il doppio del marchio Coca-Cola e, soprattutto, che il suo valore abbia registrato un incremento, nel solo ultimo anno, del 40%. I dati riportati sono confermati da altre analoghe ricerche, come, ad esempio, quella di *Millward Brown Optimor*.

⁹ Il richiamo è a G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, trad. it., Milano, 1975, 65 ss. che osserva come l'esigenza di « ridurre i costi secondari dei sinistri » determini la scelta di trasferirli « su quelle categorie di persone, la cui po-

sizione sociale ed economica meno ne risentirebbe, su quelli, cioè, che generalmente si sogliono definire « ricchi » ». Ha parlato da tempo di ISP come soggetti con le « tasche profonde » G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in S. SICA - P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civiltistiche*, Milano, 2002, 368.

¹⁰ Conclusioni considerate legittime in uno dei primi commenti alla decisione, cfr. F. PICOD, *Renforcement de la responsabilité de Google et droit au retrait de données personnelles*, in *Semaine Juridique*, n. 21-22, 26 Mai 2014, 629, 1068.

¹¹ Sul punto, per tutti, G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione:*

Del pari, sembra corretto sostenere che le attività compiute dai motori di ricerca — reperire contenuti tra i vari siti internet, indicizzarli, memorizzarli temporaneamente (c.d. caching) — costituisca un trattamento di dati personali. È discutibile, invece, che il gestore di un motore di ricerca possa essere considerato responsabile (o titolare, se si utilizza la terminologia italiana) del trattamento dei dati personali e che, quindi, possa essere il soggetto « che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali » (art. 2 lett. d) direttiva 95/46/CE) pur in presenza di un processo automatizzato di ricerca e di una selezione volontaria dei contenuti (*rectius*: dati personali).

La questione, data la complessità degli argomenti sostenuti, non può che essere accennata: valga la pena però segnalare che la Corte di Giustizia, assimilando la posizione di Google a quella di un titolare del trattamento, ha ribaltato non solo l'opinione dell'Avvocato Generale¹², ma altresì quella dell'*Article 29 Working Party* che, nella *Opinion 1/2008*, aveva sostenuto la necessità di una lettura della direttiva « fattuale, piuttosto che formale » con « attribuzione di responsabilità laddove intervenga un'influenza effettiva »¹³.

Appare altresì opinabile che la sentenza, adottando un'interpretazione estensiva¹⁴, abbia considerato applicabile il diritto nazionale poiché effettuato « nel contesto delle attività di uno

prospettive di diritto comparato, in questa Rivista, 2014, 171.

¹² L'Avvocato Generale aveva sostenuto l'inapplicabilità del ruolo di titolare del trattamento ai motori di ricerca per due essenziali ragioni. La prima risiede nell'attività concretamente svolta: « Il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet che offre semplicemente uno strumento di localizzazione delle informazioni non esercita alcun controllo sui dati personali contenuti in pagine web di terzi. Il fornitore di servizi è « consapevole » dell'esistenza di dati personali unicamente nel senso che, sotto un profilo statistico, è probabile che le pagine web contengano dati personali. Durante il trattamento delle pagine web source a scopo di esplorazione, di analisi e di indicizzazione, i dati personali non si manifestano in quanto tali in alcun modo particolare »; la seconda, invece, sull'inattualità della direttiva e sulla sua incapacità a disciplinare situazioni, come quella in questione, sconosciute al legislatore comunitario del 1995: « Quando la direttiva è stata adottata, il World Wide Web era una realtà appena comparsa e i motori di ricerca su Internet erano ancora agli inizi. Le disposizioni della direttiva semplicemente non tengono conto

del fatto che masse ingenti di documenti e di file elettronici ospitati in maniera decentrata sono accessibili da qualsiasi parte del mondo e che i loro contenuti possono essere copiati, analizzati e diffusi da persone che non hanno alcuna relazione con i rispettivi autori o con quanti li hanno caricati in un server host connesso a Internet ». La Corte di Giustizia, già nel caso *Lindqvist* (6 novembre 2003, C-101/01, *Racc.*, 2003 I-12971) aveva adottato un'interpretazione della direttiva adeguandola al mutato scenario tecnologico, ritenendo che, in caso di trasferimento dei dati personali via internet, non fossero applicabili all'uso di Internet i criteri elencati nella direttiva.

¹³ Il parere citato è disponibile sulla pagina dell'*Article 29 Working Party* all'URL http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_en.pdf.

¹⁴ Cfr. il punto 53 della sentenza: « 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 (nel contesto delle attività di uno

stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro », pur in assenza della prova di un trattamento di dati personali dalla Google Spain, società stabilita in Spagna e controllata dalla società madre Google Inc., che gestisce autonomamente i server e realizza indipendentemente l'attività di memorizzazione ¹⁵.

Anche su tale aspetto, l'*Article 29 Working Party* aveva manifestato un'opinione antitetica, concludendo che, ai fini dell'applicazione della legge nazionale, lo stabilimento del responsabile del trattamento dovrebbe realizzare « attività che comportano il trattamento di dati personali, tenendo conto del suo livello di partecipazione alle attività di trattamento, della natura delle attività e della necessità di garantire un'effettiva protezione dei dati ». In altri termini, non dovrebbe essere sufficiente il collegamento economico tra la *parent company* (Google Inc., nella fattispecie che ci interessa) e la società controllata (Google Spain), richiedendosi un coinvolgimento effettivo di quest'ultima nelle scelte relative al trattamento realizzato ¹⁶.

L'opzione argomentativa prescelta si presta, come qualche commentatore ha già osservato, a facili elusioni: sarebbe, infatti, sufficiente, per aggirare l'*iter* argomentativo della Corte di Giustizia, che i servizi accessori — come quelli pubblicitari del caso di specie — siano commercializzati da un soggetto terzo, non controllato dalla Google Inc., ma alla stessa legato da un rapporto di consulenza ¹⁷.

La soluzione offerta, peraltro, anticipa quelli che potrebbero essere gli effetti dell'adozione Regolamento in materia di dati

stabilimento, n.d.r.) non può ricevere un'interpretazione restrittiva ».

¹⁵ Deve, tuttavia, ammettersi che le diverse corti europee hanno sempre tentato di esercitare una sorta di *vis attractiva*, ammettendo la propria giurisdizione ovvero l'applicabilità della propria legge nazionale; merita di essere ricordata, da ultima, la decisione dell'*Oberrlandesgericht des Landes Berlin* del 24 gennaio 2014, che ha ritenuto invalida l'informativa prestata agli utenti tedeschi (*Datenschutzrichtlinien*) da Facebook, che applicava il diritto statunitense, pur effettuando, a giudizio della Corte, un trattamento di dati personali nel territorio tedesco. La decisione in questione è interessante, anche perché ribalta un precedente della Schleswig-Holstein Verwaltungsgericht del 14 febbraio 2013, che aveva negato l'applicabilità della normativa tedesca ai *social network* i cui server sono localizzati negli Stati Uniti. Le decisioni sono disponibili rispettivamente agli URL <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/presse/archiv/20140214.1835.394435.html> e

<https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/Facebook-Ireland-vs-ULD-Beschluss.pdf>. Cfr. anche Bundesgerichtshof, 14.5.2013, in questa *Rivista*, 2013, 541, con nota di G. Giannone Codiglione, cui si rinvia per ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza.

¹⁶ Anche la localizzazione dei dispositivi per ottenere i dati personali è un aspetto fondamentale che, a parere di chi scrive, non consente di assimilare il caso in questione con quello di *Street View*, su cui v. il provvedimento del 15 ottobre 2010 del Garante per la tutela dei dati personali che, correttamente, ha affermato l'applicabilità del diritto nazionale, sul punto v. L. MONTUORI, *Applicabilità della normativa comunitaria e italiana. una questione interpretativa*, in *Sicurezza e Giustizia*, 2013, 32, nota 10.

¹⁷ G. SCORZA, *Corte di Giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince*, in *Corr. giuridico*, 2014, in corso di pubblicazione; contra L. MONTUORI, *op. cit.*, 30 ss.

personali, la cui proposta, all'art. 3, par. 2, recepisce il c.d. *target principle*¹⁸, estendendo l'applicazione territoriale anche ai soggetti stabiliti fuori dall'Unione europea, laddove gli stessi offrano beni o servizi ai residenti nell'Unione ovvero controllino il loro comportamento (espressione talmente generica da comprendere attività disomogenee e amplissime)¹⁹. La normativa europea, quindi, si sta instradando — e la sentenza in commento sembra collocarsi in tale solco — verso l'applicazione universale del diritto comunitario²⁰, determinando conseguenze difficili da prevedere nella loro entità, ma che condurranno inevitabilmente ad una frizione nei rapporti, politici e commerciali, tra Europa e Stati Uniti²¹.

Né può dirsi nuova la progressiva tendenza della Corte di Giustizia ad anticipare o a contraddire, a seconda dei casi, le posizioni della Commissione, determinando, di fatto, una pericolosa invasione di poteri, opportunamente segnalata dalla dottrina più attenta²².

¹⁸ Cfr. M. CARTA, *Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in questa *Rivista*, 2013, 17.

¹⁹ Non a caso la Commissione competente del Parlamento europeo (Libe - Libertà civili, giustizia e affari interni), nel votare il 21 ottobre 2013 gli emendamenti alla proposta di direttiva (cfr. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 - C7 0025/2012 - 2012/0011(COD)) Compromise amendments on Articles 1-29) ha proposto di sostituire la formulazione « the monitoring of their behaviour » con « the monitoring of such data subjects ».

²⁰ L'applicazione universale della normativa sul trattamento dei dati personali era uno degli effetti da scongiurare, secondo il già ricordato parere del *Working Group*.

²¹ Come previsto già da L. BYGRAVE, *Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation*, 16 *Computer L. & Sec. Rev.* 252, 254 (2000). La questione è ampiamente discussa da D.J.B. SVANTESSON, *The Extraterritoriality of Eu Data Privacy Law - Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses*, *Stanford J. of Int'l Law* 53 (2013) 94-102, che suggerisce l'elaborazione

di una *market sovereignty doctrine* per la risoluzione delle controversie relative alla giurisdizione e alla legge applicabile su internet. Lo stesso A. evidenzia una possibile applicazione paradossale della regola fissata nell'art. 3 della proposta di direttiva: poiché la norma fa riferimento al concetto di residenza, essa troverebbe applicazione anche ai turisti comunitari che ricevono un servizio trovandosi, temporaneamente, negli Stati Uniti o in un altro Stato extra-UE.

²² Cfr., all'interno di una copiosa bibliografia, G. DE BURCA - J.H.H. WEILER, *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011 (in particolare il capitol di G. DE BURCA, *The ECJ and the international legal order: a re-evaluation*); nonché, più recentemente, M. DAWSON - B. DE WITTE - E. MUIR, *Judicial Activism At The European Court Of Justice*, Londra, 2013. Come accennato nel testo, sono tutt'altro che rari i casi di scontro, più o meno dichiarato, tra istituzioni comunitarie; v. di recente la decisione OSA del 27 febbraio 2014 (causa C-351/12): per ulteriori rilievi sul punto, si rinvia a J. DREXL, *Collective Management of Copyrights and the EU Principle of Free Movement of Services after the Osa Judgment - In Favour of a More Balanced Approach*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-06, München, 2014, ma sia consentito altresì richiamare G.M. RICCIO, *Gestione collettiva dei diritti d'autore: all'alba di uno scontro tra istituzioni comunitarie?*, in

3. UNA PROCEDURA DI NOTICE AND TAKE-DOWN PER I DATI PERSONALI? —

A seguito della sentenza, Google ha introdotto sui propri siti europei un modulo per la rimozione di risultati di ricerca²³. Per mezzo di tale modulo gli utenti — anche per il tramite di un proprio rappresentante (genitore, avvocato, e così via enumerando) — possono richiedere che siano rimossi i risultati connessi ad un determinato nome.

Lo scopo principale di tale sistema — al pari degli altri esempi di *self-regulation* da tempo adottati dagli ISP — è quello di ridurre i costi transattivi, predisponendo formulari di pronta consultazione, che consentano un'analisi rapida dei casi da trattare, evitando costi giudiziali. Si pensi a quanto avviene con le violazioni della proprietà intellettuale: molti operatori di internet hanno predisposto dei meccanismi di *private enforcement* per mezzo dei quali rimuovono i contenuti una volta ricevuta una segnalazione da parte di un utente (basti ricordare, per citare esempi noti, al *VeRo Program* di eBay²⁴, al programma *Content ID* di YouTube e alla procedura di segnalazioni di *trademark infringements* di Facebook)²⁵.

Di là da tali esempi di autoregolamentazione, l'esperienza più significativa è rappresentata dalla procedura di *notice and take-down* disciplinata, in materia di diritto d'autore, dal § 512 (c) (3) (A) del DMCA. Una procedura che, come si è detto, non è stata ripresa dal legislatore comunitario, ma che ha subito un processo singolare di circolazione giuridica: in alcuni Stati europei (ad esempio, in Finlandia, Lituania e Ungheria) sono state introdotte procedure analoghe, basate sull'imitazione del modello statunitense²⁶.

Le differenze principali tra il modello predisposto da Google e

corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.

²³ https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch.

²⁴ Il *VeRo Program* è un accordo che « consente ai titolari di un diritto di proprietà intellettuale (come copyright, marchi registrati o brevetti) di segnalare le inserzioni che ne violano la proprietà intellettuale ». In altri termini, si tratta di un accordo contrattuale per mezzo del quale eBay si impegna a rimuovere le aste telematiche presenti all'interno della propria piattaforma una volta ricevuta una segnalazione dai soggetti autenticati, che hanno aderito al *VeRo Program*. In questo, come negli altri casi menzionati nel testo, le condizioni generali di contratto ammettono che il gestore della piattaforma possa rimuovere i contenuti pubblicati dagli utenti, senza

incorrere in alcuna responsabilità. Sul rapporto dominante che esercitano i gestori dei *social network* e, più in generale, gli operatori del web 2.0, si rinvia a R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 93 ss.

²⁵ Sul punto sia consentito rinviare a G.M. RICCIO, *Old Economy v. New Economy: Intellectual Property, Global Wrongs and Private Remedies*, in *Virtualis* 2013, 131 ss.

²⁶ La soluzione adottata è stata inoltre suggerita dal gruppo di esperti nominati dalla Commissione europea in sede di revisione della sezione 4 della direttiva sul commercio elettronico: cfr. T. VERBIEST - G. SPINDLER - G.M. RICCIO - A. VAN DER PERRE, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, Markt 2006/09/E, DG Internal Market, Bruxelles, November 2007, 15 ss. e 106 ss.

da altri motori di ricerca ²⁷ per la deindicizzazione dei contenuti e la procedura di notifica e rimozione, prevista nei casi di violazioni del diritto d'autore, sono essenzialmente due. In primo luogo, la *notice and take-down* in materia di copyright trova la propria fonte in un testo normativo, il § 512 (c) (3) (A) del DMCA ²⁸. In secondo luogo, il DMCA prevede una forma di difesa in capo al soggetto che ha pubblicato il contenuto che si afferma aver violato un diritto di proprietà intellettuale: tale soggetto, una volta ricevuta la copia della *notification* inoltratagli dall'ISP, ha la possibilità di indirizzare una *counter-notification*, che deve contenere i medesimi requisiti della contestazione e le ragioni per cui i contenuti segnalati non dovrebbero essere rimossi (es. esistenza di una licenza che legittimi la distribuzione).

Google, infatti, si limita a comunicare al soggetto che ha pubblicato il contenuto di aver rimosso il *link*, ma non consente a tale soggetto di replicare, eccettuando la sussistenza di una delle « ragioni particolari » succintamente evocate dalla Corte. L'editore del contenuto, per riottenere l'indicizzazione della notizia, sarà quindi costretto ad agire dinanzi all'Autorità giudiziaria ovvero al Garante per la protezione dei dati personali competente per territorio.

In definitiva, nel caso del modello previsto per il diritto all'oblio, siamo al cospetto di un modulo, finalizzato alla prevenzione di azioni giudiziarie da parte di terzi, che non è normativamente disciplinato né imposto dalla pronuncia della Corte di Giustizia. Si tratta di un mezzo privato di autodisciplina — e che dei limiti dell'autodisciplina è esempio — attraverso il quale i motori di ricerca tentano di dare soluzione agli effetti della sentenza che ci interessa ²⁹.

A prescindere da tale profilo, di per sé di estrema importanza, pare necessario interrogarsi sulle prassi che Google e gli altri

²⁷ Al momento, per quanto è dato sapere, solo Bing si è dotata di un modello di richiesta per la rimozione dei collegamenti ipertestuali: cfr. J. VINCENT, *Bing implements 'right to be forgotten' ruling, asks applicants 'are you famous?'*, *The Independent*, Thursday 17 July 2014.

²⁸ La *notification* deve contenere i seguenti requisiti: la sottoscrizione, fisica o elettronica, del soggetto che promuove l'istanza; l'identificazione dell'opera sulla quale il promotore dell'istanza vanta (o, almeno, dichiara di vantare) uno o più diritti esclusivi, violati dalla diffusione in Rete; l'identificazione del materiale diffuso che viola questi diritti e di cui si chiede la rimozione o il blocco dell'accesso; un indi-

rizzo, un numero di telefono e, se disponibile, un *e-mail*, che consentano di contattare il soggetto che ha promosso l'istanza; una dichiarazione resa da quest'ultimo, nella quale si attesta che la *complaining party* ritiene, in buona fede, che la diffusione del materiale non sia autorizzata dal titolare del copyright, da un suo *agent* o dalla legge; una dichiarazione nella quale si attesta che la notificazione è completa e che il soggetto che la propone agisce per conto del titolare del diritto violato.

²⁹ Cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Motori di ricerca, trattamento di dati personali ed obbligo di rimozione: diritto all'oblio o all'autodeterminazione informativa?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, in corso di pubblicazione.

motori di ricerca adotteranno per la rimozione delle pagine segnalate.

L'esperienza in materia di *copyright* induce ad essere cauti e a sollevare talune inquietudini, seppur al momento meramente potenziali. Nel caso in cui si segnalino contenuti che si assume violino i propri diritti d'autore (ovvero altri diritti di proprietà intellettuale), Google rimuove automaticamente detti contenuti dai propri servizi (es. YouTube)³⁰, limitandosi poi a pubblicare un avviso nel quale menziona che la rimozione è avvenuta a seguito della *notification* ricevuta da un determinato utente³¹. Ciò ha determinato che, sovente, il ricorso al sistema di *Content ID* sia avvenuto anche nel caso di violazione di altri diritti: si pensi, ad esempio, alla possibilità di chiedere la rimozione in caso di contenuti diffamatori, al fine di aggirare le strettoie poste dal *Communications Decency Act* che, di fatto, legittima gli ISP a non attivarsi per la soppressione dei contenuti illeciti, anche laddove siano informati dai titolari dei relativi diritti³².

La soluzione, del resto, è l'unica rispettosa del principio di neutralità degli operatori, enunciato dal DMCA e, successivamente, dalla direttiva sul commercio elettronico: gli ISP rimuovono i contenuti senza interrogarsi sulla loro liceità, non essendo tenuti ad operare alcun controllo; agiscono da meri intermediari, informando i soggetti che hanno "caricato" i contenuti (cc.dd. *uploaders*) dell'avvenuta rimozione; inoltrano a tali soggetti la *notification*, mettendoli, eventualmente, in condizione di replicare³³.

È ipotizzabile che una simile strada sarà intrapresa anche nei casi di segnalazione dei risultati della ricerca? Che, quindi, Google e gli altri motori di ricerca si limiteranno ad eliminare i

³⁰ In questo senso, Google si distingue rispetto ad altri operatori.

³¹ Nel momento in cui si scrive (luglio 2014) 25.184.774 video sono stati rimossi da YouTube dal 2007. La piattaforma non pubblica i dati relativi alle *notification* che non hanno determinato la rimozione del video, limitandosi a menzionare taluni video. Ciò rende, di fatto, impossibile calcolare la percentuale di video rimossi rispetto alle richieste avanzate dai titolari dei diritti.

³² Si ricorda che la § 230 (c) (1) («Treatment of Publisher or Speaker») dispone che nessun fornitore o utilizzatore di un servizio interattivo telematico può essere trattato alla stregua di un editore nei confronti delle informazioni offerte da un altro fornitore di contenuto. Ciò ha determinato, nei fatti, una assoluta irresponsabilità degli ISP, come hanno dimostrato, immediata-

mente dopo l'adozione della norma, i casi *Zeran v. AOL*, 958 F. Supp. 1124, (E.D. Va. 1997), *aff'd* 129 F.3d 327, (4th Cir. 1997), *cert. denied* 118 S. Ct. 2341(1998) e *Lunney v. Prodigy Services*, 683 N.Y.S. 2d 557 (App. Div. 1998), *aff'd* 164, 1999 N.Y. Lexis 3746 (1999).

³³ Cfr., da ultimo, F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, in questa Rivista, 2014, 240-241: «il "sistema di 'notice and take down' — centrale nella direttiva sul commercio elettronico — a garantire al punto più alto l'equilibrio tra libertà e responsabilità in rete; tra libertà di espressione e difesa dei diritti delle vittime dei reati commessi on-line; tra assenza di censure e doveroso accertamento delle responsabilità di chiunque abbia usato la rete per offendere, ingiuriare, ledere gli altrui diritti e libertà».

collegamenti, senza interrogarsi sull'eventuale sussistenza di ragioni preponderanti di interesse pubblico ³⁴?

Pur senza voler indulgere in facili catastrofismi o paventare *chilling effect* o SLAPP (*strategy law against public participation*) ³⁵, è un rischio, a parere di chi scrive, più che probabile, per una molteplicità di ragioni.

Innanzitutto, i motori di ricerca tenderanno a ridurre la propria esposizione al pericolo ³⁶. Si è detto, infatti, che gli operatori si limitano a rimuovere il collegamento ipertestuale. Google ha dichiarato di comunicare l'avvenuta procedura agli *uploader*, sebbene tale obbligo non sia imposto né dalla Corte di Giustizia, né da altra norma; è astrattamente ipotizzabile, nel caso in cui altri operatori adottino una via differente, che l'editore del contenuto non sia informato e si avveda della rimozione solo nel momento in cui effettua una ricerca utilizzando come parola chiave quella del soggetto che ha presentato l'istanza al motore di ricerca.

Se si prova ad effettuare un giudizio prognostico sui comportamenti dei soggetti coinvolti, pare lecito supporre che, in caso di omessa rimozione, il segnalante si attiverà per ottenerla dall'Autorità amministrativa per la privacy ovvero dall'Autorità giudiziaria. Naturalmente, nel caso in cui fosse appurata la sussistenza di un diritto all'oblio (*rectius*: alla cancellazione del dato), il gestore del motore di ricerca potrebbe essere chiamato a rispondere sia in qualità di titolare, per illecito trattamento di dati personali, sia, nel caso in cui si ritenga che la permanenza di informazioni relative alla vita privata costituisca un'autonoma voce di danno, a titolo di illecito aquiliano ³⁷.

Al contrario, se si prova ad immaginare il comportamento dell'editore di un contenuto — a prescindere se il contenuto stesso

³⁴ Il medesimo quesito è posto anche da A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, 1/2014, 3: « Siffatta pressione, e il rischio di conseguenti strascichi dinanzi a garanti nazionali, potrebbero indurre il provider a rispondere positivamente a tutti, spezzando in maniera indiscriminata il link con la fonte del dato sgradito, senza nemmeno esercitare quel minimo bilanciamento che la Corte di giustizia ammette per le personalità di spicco. O forse spingerà, come pure si vocifera (col probabile intento di innescare un'ondata di esecrazione per il pericolo di oscuramento dell'informazione), a mettere a disposizione di chiunque un apposito "online tool" da utilizzare per la rimozione dei propri dati dalla ricerca ».

³⁵ Sul concetto di SLAPP si rinvia a G. PRING - P. CANAN, *Slapps: Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphia, 1996.

³⁶ Il riferimento è, evidentemente, a M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

³⁷ In passato, la giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 20 novembre 1996, in *Dir. inf.*, 1997, 335) ha espressamente affermato che « La riproduzione di vicende attinenti alla vita privata del condannato è suscettibile di produrre un danno ingiusto al diritto all'oblio dei familiari in difetto di un interesse pubblico attuale alla conoscenza di tali vicende ». Più recentemente, la giurisprudenza francese ha riconosciuto un danno, a favore di un utente e nei confronti di Google, per la omessa deindicizzazione di un risultato della ricerca; cfr. TGI Parigi, ord., 15 febbraio 2012: « Attendu

sia creato e diffuso a titolo professionale o amatoriale — appare poco verosimile che tale soggetto agisca innanzi all'autorità competente, amministrativa o giudiziaria, per riottenere l'indicizzazione delle proprie informazioni. Troppo alti, infatti, appaiono i costi transattivi e troppo blandi (e comunque sbilanciati a favore dell'utente) gli interessi in gioco.

Alla luce di tali premesse, se consideriamo il ruolo dei gestori dei motori di ricerca, è facile sostenere che sia economicamente più efficiente "accontentare" tutti i segnalanti, piuttosto che valutare analiticamente i presupposti di ogni singola segnalazione. Ciò potrebbe condurre verso un fenomeno, ben noto agli studiosi di responsabilità civile, di *overdeterrence*, che dovrebbe spingere gli operatori intermediari ad optare per la soluzione meno rischiosa (ossia la rimozione dei risultati della ricerca), a prescindere dalla sussistenza o meno di un reale diritto all'oblio e alla mancata compresenza di cause che giustifichino la permanenza dell'informazione in rete.

Si potrebbe, al più, ipotizzare che l'editore del contenuto faccia leva su di una forma di *moral suasion*, evidenziando le incongruenze e i paradossi conseguenti alla decisione della Corte: tuttavia — e pur prescindendo dal fatto che si tratta di rilievo extra-giuridico, che non elide in alcun modo l'eventuale responsabilità del motore di ricerca — una simile pressione sarebbe esercitabile solo da soggetti dotati di ampia visibilità mediatica, in grado di "convincere" i motori di ricerca a ripristinare i collegamenti disabilitati, pur in presenza di ragioni di interesse informativo³⁸.

Volendo semplificare, peraltro, ci si potrebbe limitare ad osservare che, seguendo la ricostruzione della sentenza, il soggetto interessato è titolare di un diritto assoluto alla cancellazione del dato personale, mentre un analogo diritto alla indicizzazione dei propri contenuti non è riconosciuto a livello normativo³⁹. Il gestore del motore di ricerca, quindi, difficilmente potrebbe es-

que la société Google Inc., en ne procédant pas à la désindexation sollicitée par Madame Z., a participé à la réalisation du dommage moral qu'elle subit du fait que son nom patronymique et son prénom soient associés à des sites pornographiques; que par suite, l'obligation de la société Google Inc. d'indemniser la demanderesse n'est pas sérieusement contestable à hauteur de la somme de 2000 € ».

³⁸ Quanto riportato nel testo è già avvenuto nel caso di sei articoli del Guardian, inizialmente rimossi da Google. A seguito delle proteste del quotidiano britannico, il motore di ricerca ha reinserito i collegamenti omessi; cfr. J. BALL, *Google admits to*

errors over Guardian 'right to be forgotten' link deletions, *The Guardian*, 10 luglio 2014.

³⁹ Cfr. G. SCORZA, *Corte di Giustizia e diritto all'oblio: una sentenza che non convince*, cit., che correttamente osserva che « il singolo viene a ritrovarsi, dinanzi al trattamento dei propri dati personali svolto dal gestore di un motore di ricerca, titolare di un diritto, pressoché assoluto, alla cancellazione dei propri dati », mentre « nessuno può dirsi titolare di un diritto soggettivo all'indicizzazione, azionabile in qualsivoglia sede e, conseguentemente, contestare al gestore l'avvenuta disindicizzazione ».

sere chiamato a risarcire un presunto danno da mancata indicizzazione, non gravando sullo stesso — soggetto privato — un dovere di rendere disponibili tutte le informazioni presenti in internet.

I motori di ricerca potrebbero, però, preferire un approccio differente, rigettando la maggior parte delle richieste, al fine di oberare le autorità garanti nazionali, verosimilmente impreparate a gestire centinaia di ricorsi. Ciò determinerebbe due possibili conseguenze: da un lato, sollevare la questione “politica” dell'impossibilità di attuare una tutela efficace; dall'altro, riservare ai *search engine* la selezione dei criteri da adottare per la scelta dei collegamenti da rimuovere.

C'è poi un altro tema, del quale forse si è discusso poco sinora. Le misure conseguenti all'attuazione della sentenza troveranno applicazione solo ai motori di ricerca stabiliti in Europa: ciò potrebbe determinare un vantaggio competitivo per gli operatori extra-europei (ad esempio, Baidu in Cina, che detiene il 17% del mercato mondiale, o Yandex in Russia) che indicizzeranno un numero maggiore di informazioni e, essendo accessibili anche dall'Europa, potrebbero attrarre gli utilizzatori, a scapito dei loro concorrenti⁴⁰.

Lo scenario verso il quale si ci potrebbe orientare determinerà, quindi, da un lato, una quantità di informazioni accessibili differente, a seconda del luogo nel quale avviene la ricerca (i contenuti non indicizzati in Europa continueranno ad esserlo fuori dal territorio comunitario), e, dall'altro, consentirà agli operatori, a seconda del luogo nel quale sono stabiliti (luogo che non incide, naturalmente, sulle possibilità di accesso e di utilizzo degli utenti), di offrire contenuti diversi.

4. QUALI PARAMETRI PER LA RIMOZIONE DEI RISULTATI DELLA RICERCA? —

Un limite della sentenza che ci interessa è rappresentato, peraltro, dall'assenza di parametri chiari da seguire⁴¹. Nell'ultimo paragrafo della decisione, la Corte di Giustizia si limita ad affermare che il diritto del singolo non dovrebbe prevalere su quello della collettività ad accedere all'informazione « qualora risul-

⁴⁰ Cfr. L. CHIOU - C. TUCKER, *Search Engines and Data Retention: Implications for Privacy and Antitrust*, MIT Sloan Research Paper, No. 5094-14, i quali notano che alcuni motori di ricerca (es. Yahoo) avevano inizialmente ridotto il tempo di permanenza dei risultati della ricerca, salvo poi ritornare sui propri passi, al fine di essere competitivi nei confronti dei propri concorrenti.

⁴¹ Al contrario, il Garante per la pro-

tezione dei dati personali, nel provvedimento dell'11 dicembre 2008, aveva stabilito che gli archivi dei quotidiani dovessero predisporre una versione dell'articolo che non riportasse i dati personali, nel caso in cui l'articolo possa essere estratto automaticamente da motori di ricerca pubblici, e dovessero garantire che le notizie siano rintracciabili soltanto usando il motore di ricerca del giornale o del sito web.

tasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata nell'interesse preponderante del pubblico ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi ».

È tutt'altro che agevole tradurre, sul piano operativo, quest'affermazione. Il primo presupposto, per preservare la presenza del collegamento ipertestuale, è il tempo. Ma si tratta, evidentemente, di un parametro difficilmente determinabile e, soprattutto, che non può valere per tutte le fattispecie. Il verificarsi di un nuovo accadimento, connesso al precedente per cui si invoca l'oblio, comporta nuovamente attualità dell'informazione⁴²; determinati accadimenti cadono più facilmente nei silenzi della memoria, mentre altri colpiscono indefettibilmente l'immaginario collettivo, generando una loro persistenza tra i primi risultati delle ricerche⁴³.

A prescindere da ciò, è tuttavia probabile che gli operatori di internet, nello scegliere le priorità di intervento e le segnalazioni da smaltire, terranno conto inizialmente di tale elemento, rimuovendo prima i collegamenti più remoti.

Il secondo parametro individuato dalla Corte fa riferimento al ruolo ricoperto dal soggetto nella vita pubblica. Si tratta, ancora una volta, di un'affermazione (forse necessariamente) generica, che però non tiene conto delle modifiche che internet ha realizzato sul piano sociale.

Da decenni si discute dell'affievolimento della dimensione dicotomica pubblico/privato: con la diffusione dei nuovi media e la parcellizzazione dei canali di comunicazione (social network, televisioni satellitari, ecc.) quali sono le figure pubbliche? Una persona che non ha accesso ai canali televisivi o alla carta stampata, ma che ha diecimila *follower* su Twitter, acquista il rango di figura pubblica⁴⁴?

L'analisi degli ordinamenti continentali denota che i confini della nozione di *public figure* sono meno marcati rispetto quelli stabiliti dall'evoluzione analitica della giurisprudenza nordame-

⁴² Così, da ultimo, nella giurisprudenza italiana Cass. civ., 26 giugno 2013, n. 16111, in *Danno e resp.*, 2014, 271. Nella fattispecie, relativa alle vicende di un terrorista, la Suprema Corte ha statuito che l'oblio non possa essere invocato in presenza di un interesse effettivo ed attuale alla diffusione di una notizia datata, nel senso che quanto recentemente accaduto trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità, diversamente risolvendosi il pubblico ed improprio collegamento tra le due informazioni in un'illecita lesione del diritto alla riservatezza.

⁴³ Osserva correttamente che l'interesse pubblico non corrisponde però all'interesse del pubblico A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, in AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 152.

⁴⁴ La questione è ampiamente discussa da M. LAFFERMAN, *Do Facebook and Twitter Make You a Public Figure?: How to Apply the Gertz Public Figure Doctrine to Social Media*, 29 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 199 (2012).

ricana, a partire dai *leading case* New York Times⁴⁵ e Gertz⁴⁶. Tuttavia, ancora prima di interrogarsi sulla possibilità di estendere i parametri individuati dalla *Supreme Court* casi anche agli ordinamenti europei, resta il dubbio che i criteri discretivi possano rimanere immutati al cospetto del mutato scenario dei mezzi di comunicazione di massa. Ha ancora senso sostenere — come nella sentenza *Gertz* — che le figure pubbliche sono quelle che possono avere accesso ai canali di comunicazione⁴⁷ ovvero coloro che — come affermò uno dei “padri fondatori” della privacy, il giudice Warren, nel caso *Curtis Publ'g Co.* — possono influenzare il dibattito pubblico e bilanciare, con la propria opinione, le critiche espresse da altri?⁴⁸

Bisogna avvertire, d'altro canto, che anche il tentativo di individuazione *case-by-case* della natura pubblica del ruolo rivestito dal soggetto interessato è un rischio da scongiurare⁴⁹, giacché ingenererebbe un'incertezza assoluta, probabilmente acuita da differenti indirizzi pretori maturati nei singoli ordinamenti comunitari.

Un ultimo dubbio: chi è legittimato a proporre una richiesta di rimozione? Solo il soggetto menzionato nel corpo della notizia o anche colui che è menzionato negli eventuali commenti? Nel silenzio della Corte, non può che darsi risposta affermativa al quesito, considerando che, se i commenti sono indicizzati dal motore di ricerca, si è comunque al cospetto di un trattamento di dati personali.

Le questioni evidenziate, in linea teorica, sollevano affascinanti suggestioni. Tuttavia, come si osservava in precedenza, è fortemente improbabile che i gestori dei motori di ricerca vorranno sobbarcarsi l'ingrato (nonché costoso e rischioso) compito di operare un esame minuzioso di ogni singolo caso: una conclusione avvalorata dallo spropositato numero di segnalazioni — Google, in meno di due mesi dalla sentenza della Corte di Giustizia, ne avrebbe ricevute settantamila per circa duecentocinquantomila pagine web⁵⁰ — e dalla necessità di ridurre i costi transattivi connessi con l'analisi di tutte le fattispecie.

Il tentativo di prevedere i parametri che saranno adottati dai motori di ricerca nel momento in cui processeranno le richieste degli utenti, ci riporta, inevitabilmente, al punto di arrivo po-

⁴⁵ N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

⁴⁶ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974). Sulle due sentenze si rinvia al lavoro, datato, ma pur sempre valido, di V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, *passim*.

⁴⁷ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 344 (1974).

⁴⁸ Curtis Publ'g Co., 388 U.S. 130, 164 (1967) (Warren, C.J., concurring).

⁴⁹ Cfr. D.B. McKECHNIE, *The Death of the Public Figure Doctrine: How the Internet and the Westboro Baptist Church Spawned a Killer*, 64 Hastings L.J. 469, 486-488 (2013).

⁵⁰ Cfr. D. DRUMMOND, *We need to talk about the right to be forgotten*, The Guardian, Thursday 10 July 2014.

c'anzi paventato: assecondare le richieste dei segnalanti, prescindendo dalla loro fondatezza, risulta in ogni caso la soluzione più semplice ed economica, nonché quella che espone gli operatori di internet ai minori rischi di essere destinatari di azioni risarcitorie, per aver omesso di intervenire, pur in presenza di legittimi presupposti.

Una conclusione, invero, poco democratica, che finirebbe per assegnare una giustificazione giuridica alla prassi, praticabile da chi ha capacità patrimoniali o nozioni informatiche, di "sartorializzare" le proprie informazioni personali presenti in rete: basti riflettere sulla possibilità tecnica di modificare i suggerimenti di ricerca (ad esempio il servizio *autocomplete* offerto da Google) ovvero di determinare il posizionamento dei risultati della ricerca inerenti la propria persona.

Un ulteriore parametro adottato dai motori di ricerca nella gestione delle segnalazioni potrebbe riguardare la fonte dell'informazione. Le notizie pubblicate sui mezzi di informazione, per dir così, tradizionali (ad esempio, le versioni on-line dei quotidiani cartacei) potrebbero essere considerate come rispondenti ad un interesse pubblico; lo stesso metro di giudizio, invece, potrebbe non essere utilizzato per i cc.dd. *netizen*, ossia coloro che svolgono attività di informazione a titolo non professionistico.

È ancora possibile attribuire una "patente" di attendibilità al *mainstream* sacrificando l'informazione che muove dal basso e la contronarrazione, spesso antitetica alla narrazione dei media tradizionali, degli accadimenti sociali ⁵¹?

Come non giudicare un esercizio di schizofrenia l'avvento, da un lato, di un processo di trasmissione dell'informazione *bottom up* e non più *top down*, con tentativi di estendere tutele e garanzie, riconosciute ai giornalisti, anche a *blogger* o semplici cittadini che condividono immagini e video e, dall'altro, il legittimare una diversa durata alla "vita" delle informazioni, ammettendo che quelle prodotte dai canali dell'informazione tradizionale possano permanere più a lungo nelle reti telematiche?

Allo stesso modo, non può che sperarsi che i criteri per la rimozione siano concordati dai maggiori operatori del settore di concerto con le Autorità Garanti: solo per questa via è, infatti, possibile scongiurare soluzioni nazionali o arbitri da parte di soggetti (i gestori dei motori di ricerca) che non possono essere investiti di poteri pubblicistici.

⁵¹ È significativo, ad esempio, che, per la riforma del Codice deontologico dei giornalisti (avviata con provvedimento n. 376 del 1 agosto 2013), il Garante abbia invitato alla consultazione anche i rappresentanti dell'informazione on-line. Il tema

delle contronarrazioni, nell'ottica del superamento del pubblico/privato, è affrontato da G. LOVINK, tra i cui scritti si rinvia in particolare a *Ossessioni collettive: critica dei social media*, trad. it., Milano, 2012.

5. DANNO DA PERMANENZA NEI RISULTATI DELLA RICERCA?

Lo scenario immaginato si presenta a tinte ancora più fosche nel momento in cui si passa dall'analisi del diritto comunitario a quello del diritto nazionale.

In sede di recepimento della direttiva sulla tutela dei dati personali, il legislatore italiano ha fatto ricorso all'art. 2050 c.c. per valutare la responsabilità del soggetto che cagiona danni ad altri per effetto del trattamento di dati personali (art. 18, l. 31 dicembre 1996, n. 675⁵² poi "riprodotto" nell'art. 15 del D. Lgs. 196/2003⁵³).

L'assimilazione del trattamento dei dati personali ad un'attività pericolosa risponde all'esigenza, invero affermata già dall'art. 23 della direttiva 95/46/CE, di agevolare il ristoro degli eventuali danni subiti dai soggetti interessati per illecito trattamento dei dati personali. L'applicazione di un criterio di imputazione di natura speciale⁵⁴, a carattere oggettivo⁵⁵ (o, secondo altri, semi-oggettivo⁵⁶ o intermedio⁵⁷), determina, da un lato, la semplificazione della posizione del danneggiato, che sarà tenuto a provare solo il danno e il nesso eziologico, e, dall'altro lato, l'aggrava-

⁵² In argomento, v. S. SICA, *Commento sub art. 18*, in E. GIANNANTONIO - M. G. LOSANO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/96*, Padova, 1997, 176 ss.; M. FRANZONI, *Dati personali e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 902 ss.; G. COMANDÈ, *Danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali*, in F.D. BUSNELLI - C.M. BIANCA, *Tutela della privacy*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 482 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il « trattamento dei dati personali » nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO - V. ZENO-ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 177 ss.; G. ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, *Dir. inf.*, 1997, 703 ss.; D. CARUSI, *La responsabilità*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO, *Il trattamento dei dati personali*, 2ª ed., Torino, 1999, 356 ss.; R. CLARIZIA, *Legge 675/96 e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, 1998, 235 ss.; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, 350 ss.; M. BIN, *Privacy e trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, 459 ss.; E. GIANNANTONIO, *Responsabilità civile e trattamento dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1999, 1035 ss.; C. PULIGHEDDU, *Trattamento dei dati personali e responsabilità da esercizio di attività pericolose*, in *Resp. com. impr.*, 1998, 445 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno e resp.*, 1997, 660 ss.

⁵³ Sull'art. 15 del Codice privacy si rinvia, tra gli altri, a S. SICA, *"Danno" e "nocumento" nell'illecito trattamento di dati personali*, in questa *Rivista*, 2004, 715 ss.; W. SARESELLA, *Danni cagionati per effetto del trattamento*, in Aa.Vv., *Codice della privacy*, Milano, 2013; F. GRITTI, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in Aa.Vv., *Il Codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto, Torino, 2005; S. SICA, *Le tutele civili*, in Aa.Vv., *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli - S. Sica - V. Zeno-Zencovich, Milano, 2004, 541 ss.; A. MAIETTA, *Commento all'art. 15*, in *La nuova disciplina della privacy*, a cura di S. Sica - P. Stanzione, Torino, 2004, 66 ss.

⁵⁴ Sulla nozione di responsabilità speciali cfr. Aa.Vv., *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, a cura di G. Autorino Stanzione, Napoli, 1994, *passim*.

⁵⁵ Per tutti, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 54 ss.

⁵⁶ Così F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643.

⁵⁷ Cfr. *Relazione al Codice civile*, n. 795: « Sulla materia non si è creduto di adottare alcuna delle soluzioni estreme: né quella che annetterebbe a tali attività una responsabilità oggettiva, né quella che vi ricolleggerebbe l'ordinaria responsabilità per colpa. Si è adottata invece una solu-

mento della posizione del titolare del trattamento, che, al contrario, dovrà dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il verificarsi del danno.

Occorre però sgombrare il campo da un possibile equivoco. Ammettiamo che la Corte di Giustizia abbia effettivamente ribadito l'esistenza di un diritto alla cancellazione del dato (riconosciuto, a livello nazionale, dall'art. 7 del Codice privacy), quale declinazione del diritto all'oblio⁵⁸. Non è, tuttavia, sufficiente la mancata rimozione del risultato della ricerca per aversi risarcimento: il soggetto interessato, infatti, dovrà in ogni caso dimostrare di aver subito un danno dalla permanenza del collegamento ipertestuale⁵⁹.

Un esempio può chiarire il punto. Ipotizziamo che un utente chieda la rimozione di un risultato della ricerca e che l'operatore, per incuria o perché ritiene che la richiesta sia infondata, non si attivi. A questo punto, l'utente potrà rivolgersi, in via alternativa, al Garante o all'Autorità giudiziaria: nel primo caso, per ottenere un ordine di cancellazione; nel secondo caso, come già verificatosi nella giurisprudenza francese⁶⁰, tale ordine potrà essere eventualmente accompagnato da una penale per il ritardo⁶¹.

Per accedere ad una tutela risarcitoria, però, l'utente dovrà provare di aver subito un pregiudizio dalla permanenza del collegamento ipertestuale: si pensi, completando l'esempio menzionato, al caso in cui il soggetto invii un proprio curriculum vitae e sia scartato dalla selezione a causa della notizia del suo coinvolgimento, molti anni prima, in una vicenda giudiziaria⁶².

Non sussiste, quindi, un automatismo — che, anzi, va scongiu-

zione intermedia per la quale, sempre mantenendo la colpa a base della responsabilità, non solo si è posta a carico del danneggiante la prova liberatoria, ma si è ampliato il contenuto del dovere di diligenza, che è posto a suo carico». In questo senso, in dottrina, sebbene con alcune incertezze, V. GERI, *Le attività pericolose e la responsabilità*, in *Dir. prat. assic.*, 1961, 302; G. GENTILE, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ. prev.*, 1950, 100 ss.

⁵⁸ Sostengono che il diritto all'oblio, così come strutturato nella proposta di direttiva, sia in realtà un diritto alla cancellazione, sia F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in AA.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 62; che A. MANTELEO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, cit., 166-167.

⁵⁹ Ancora A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, cit., 6, i quali osservano che non sarebbe « comunque configurabile l'obbligo di accogliere le istanze di eliminare dall'in-

dice dati personali, lecitamente pubblicati nel cyberspazio, soltanto perché sgraditi all'interessato che —non potendo ottenerne la cancellazione o la modifica— desidera confinarli in un antro arduo da raggiungere per l'ordinario internauta ».

⁶⁰ Cfr. TGI Parigi, ord., 15 febbraio 2012, cit.

⁶¹ Rimarca la necessità di un *enforcement* per il diritto all'oblio M. SIANO, *Il diritto all'oblio in Europa e il recente caso spagnolo*, in AA.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 131.

⁶² Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, 7 luglio 2005. Nel caso di specie, l'Autorità ha ritenuto eccedente il principio di essenzialità dell'informazione, di cui al Codice deontologico dei giornalisti, la diffusione di un video di un processo svoltosi sedici anni prima, che riprendeva una persona presente in aula nel pubblico, ma estranea al processo e coinvolta esclusivamente in virtù di un legame sentimentale con uno degli imputati. Nel provvedimento in questione, l'Autorità ha confermato che tale diffusione sarebbe illecita, considerato

rato — tra mancata cancellazione e risarcimento, dovendosi ritenere, sulla scorta delle regole generali che governano l'illecito aquiliano, che il danno non possa essere *in re ipsa*.

6. CONCLUSIONI.

In conclusione, è forte l'impressione che il rimedio ordinato dalla Corte di Giustizia sia peggiore del male. Non si vuole in alcun modo negare cittadinanza al diritto all'oblio⁶³; semplicemente, si vuole avvertire che, percorrendo i sentieri tracciati dalla sentenza dello scorso maggio, ci si incammina verso un percorso tortuoso, che rischia di riesumare gli spettri ingabbiati dalla direttiva sul commercio elettronico. Ci si riferisce alla possibilità che gli intermediari della rete divengano arbitri delle informazioni accessibili, operando una selezione non solo della quantità delle informazioni, ma altresì della loro qualità. Eliminando, senza eccessivi scrupoli e perché incentivati e legittimati a farlo, i contenuti scomodi ed invisibili a taluno⁶⁴.

Non stiamo evocando, pare opportuno precisarlo, il pericolo di

il diritto "della segnalante di non essere più ricordata pubblicamente, anche a distanza di molti anni" per una "delicata vicenda giudiziaria e personale, già a suo tempo oggetto di un'ampia attenzione da parte del pubblico e dei mezzi di informazione". Il filmato, quindi, non avrebbe rispettato "la propria rinnovata dimensione sociale e affettiva così come si è venuta definendo successivamente alla vicenda stessa, anche in relazione al proprio diritto all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali". L'obiettivo del diritto all'oblio deve essere infatti quello di « ricostruire la dimensione sociale dell'individuo, evitando che la vita passata possa costituire un ostacolo per la vita presente »: così testualmente M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, 121. In termini simili si esprimono sia M.R. MORELLI, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 848, che C. CHIOLA, *Appunti sul c.d. diritto all'oblio e tutela dei dati personali*, in *Percorsi cost.*, 2010, I, 38; G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in questa *Rivista*, 2010, 395. Nella giurisprudenza italiana, v. Trib. Milano, 26 aprile 2013, <http://www.openmediacoalition.it/documenti/trib-milano-sez-i-sent-26-04-2013/> secondo cui il diritto all'oblio "salvaguarda la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'ac-

cadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità". Interessante, sul punto, il caso Mosley, nel quale è stata chiesta la deindicizzazione dopo che l'High Court of Justice aveva stabilito l'illiceità della diffusione delle immagini, cfr. *Mosley v News Group Newspapers* [2008] EWHC 1777 (QB).

⁶³ Da ritenersi, come osserva T.E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 94, quale corollario della dignità dell'uomo riconosciuta dall'ordinamento tedesco e poi dalla Carta dei diritti fondamentali. Sul concetto di dignità, v. G. RESTA, *Dignità*, in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 259 ss.

⁶⁴ Il richiamo è a S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in *Internet e privacy: quali regole?*, Atti del Convegno di Roma, 8-9 maggio 1998, Cittadini e Società dell'informazione, Supplemento n. 1 al Bollettino n. 5 del Garante, 1998, 15, che, a proposito degli ISP, paventò il rischio che potessero divenire dei "censori istituzionali". Sostiene che la possibilità di intervento non sia conforme « all'attività di un motore di ricerca che è solo diffusore, e non editore (*editor*), delle notizie rese disponibili attraverso l'interrogazione del database del motore e il recupero

conseguenze censorie ⁶⁵, né, d'altro canto, stiamo negando il potere economico e politico oramai rivestito dai grandi operatori del web, i cc.dd. *over-the-top*, nella consapevolezza che la bipartizione tra apocalittici e integrati, nelle discussioni che hanno investito i dilemmi sollevati dall'avvento di internet negli ultimi due decenni, non ha fatto altro che aggravare i problemi, anche nei casi in cui le soluzioni erano agevolmente perseguibili ⁶⁶.

Tuttavia, a nostro modesto avviso, questioni come quelle in oggetto, che investono interessi costituzionalmente garantiti, ma talora contrapposti, non possono essere risolte né a livello giudiziario, né a livello nazionale — come parte della dottrina statunitense, che propugna un'applicazione universale di precetti "sacri", ma locali, come quelli sanciti nel *First Amendment* —, né, ancora, a livello comunitario, giacché, e ci sia consentita la metafora sportiva, le fughe in avanti impongono, ad un certo punto del tragitto, di attendere il gruppo.

In altri termini, la polarizzazione a cui si sta assistendo sulle due sponde dell'Oceano ⁶⁷ in merito alla tutela del diritto all'oblio rende complesso il dialogo e dimostra che né il *laissez-faire* e le logiche del *free market* americane ⁶⁸, né la tentazione pan-europeista dell'art. 17 della proposta di Regolamento possono essere

dei dati dai vari siti web » F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in AA.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 48. Il rischio che la sentenza in esame possa avere dei riflessi sull'operato degli ISP è evidenziato da O. POLLICINO, *Google rischia di « vestire » un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole-24 Ore* del 15 maggio 2014.

⁶⁵ Più catastrofista, invece, J. ROSEN, *The Right to be Forgotten*, 64 *Stan. L. Rev. Online* 88, 92: « This could transform Google, for example, into a censor-in-chief for the European Union, rather than a neutral platform ».

⁶⁶ Si pensi, ad esempio, al caso del *copyright*, in cui si è assistito per anni ad uno scontro tra titolari dei diritti e ISP, senza ipotizzare soluzioni, come quella sostenuta oggi da C. MANARA, *Attacking the Money Supply to Fight Against Online Illegal Content?*, Edhec Business School Research Centre, 2012, che miravano ad attaccare i flussi monetari e non quelli di informazione. Non è un caso che l'approccio indicato come *follow the money* sia successivamente stato ripreso — seppur solo sul piano meramente declamatorio — dal Regolamento AGCom sulla tutela del diritto d'autore; per una critica a tale richiamo meramente verbale, privo di riscontri applicativi, sia consentito rinviare a G.M. RICCIO, *The New Italian Regulation on Copyright Enforcement: Comparative and Criti-*

cal Remarks, 5 *J. of Intell. Prop. Information Tech. and E-Commerce Law* (2014) in corso di pubblicazione.

⁶⁷ Peraltro, dall'analisi delle singole esperienze europee, non sembra possibile — prima dell'approvazione del Regolamento comunitario — sostenere l'esistenza di un modello unico europeo: cfr., sul punto, l'interessante rassegna di O. POLLICINO - M. BASSINI, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in AA.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 190 ss.

⁶⁸ Ritiene che, insieme al *free speech*, sia questo lo scoglio che rende riluttante l'ordinamento statunitense a riconoscere pienamente un diritto alla tutela dei dati personali, così come avvenuto in Europa, J. Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 *Yale L.J.* 1151, 1208 (2004). Nello stesso senso, v. anche J. ROSEN, *The Right to be Forgotten*, 64 *Stan. L. Rev. Online* 88 (2012). Secondo R.K. WALKER, *The Right to Be Forgotten*, 64 *Hastings L.J.* 257 (2012), il principale problema alla determinazione di un unico diritto all'oblio sarebbe dato dal fatto che, negli USA, la privacy sarebbe intesa come tutela dall'interferenza del potere; in Europa, invece, come forma di tutela della propria reputazione. Sostiene, invece, che il *right to be forgotten*, negli Stati

una risposta appagante a problematiche che richiedono, inevitabilmente, soluzioni condivise ⁶⁹.

Abstract

The decision of the European Court of Justice on the right to be forgotten should dramatically change the internet environment. Google, as well as all the other search engine operators, has implemented a search removal request aimed at facilitating users' requests of cancellation of personal data. However the ECJ has not specified what are the criteria to be followed by search engine operators in order to comply with the data protection regulation. Is this uncertainty jeopardizing the neutrality principle of the e-commerce directive? Starting from the provision held by the DMCA and the e-commerce directive on ISPs liability, the article offers a comprehensive overview of notice and take-down procedures for copyright infringements, discussing how such procedures could influence the search removal request implemented by the main search engines and its criteria of selection.

Uniti, non supererebbe lo scrutinio della Corte Suprema F. WERRO, *The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*, in *Liability in the Third Millennium*, A. Colombi Ciacchi, C. Godt, P. Rott, L.J. Smith (eds.), Baden-

Baden, F.R.G., 2009, 294.

⁶⁹ In merito alle proposte statunitensi di disciplinare il *right to be forgotten* si rinvia a M.L. AMBROSE - J. AUSLOOS, *The Right to be Forgotten Across the Pond*, 3 *J. of Information Policy* 8 (2013).