

**PRIVATI DEL PUBBLICO.
Ovvero dell'indistinzione**

A cura di
Alessio Lo Giudice

Con il sostegno dell'Istituto "Campus Don Bosco" all'attività del Centro Studi di Teoria e Critica della Regolazione Sociale

Direttore scientifico:

Bruno Montanari

Direttori editoriali:

Alberto Andronico, Paolo Heritier

Comitato editoriale:

Giovanni Bombelli, Alessio Lo Giudice, Giovanni Magri,

Paolo Silvestri, Guglielmo Siniscalchi

Comitato scientifico:

Salvatore Amato (Università di Catania), *Francesco Cavalla* (Università di Padova), *Fabio*

Ciaramelli (Università di Napoli), *Vincenzo Ferrari* (Università di Milano), *Peter Goodrich*

(Cardozo School of Law), *Antonio Incampo* (Università di Bari), *Jacques Lenoble* (Université

Catholique de Louvain), *Hans Lindahl* (Universiteit van Tilburg), *Sebastiano Maffettone* (LUIS

"Guido Carli" - Roma), *Eligio Resta* (Università di Roma Tre), *Eugenio Ripepe* (Università di

Pisa), *Herbert Schambeck* (Universität Linz), *Gunther Teubner* (Goethe-Universität Frankfurt a.

M.), *Berl van Roermund* (Universiteit van Tilburg)

MIMESIS EDIZIONI (Milano - Udine)

www.mimesisedizioni.it

mimesis@mimesisedizioni.it

Issn: 19705476

Isbn: 9788857546636

© 2017 - MIM EDIZIONI SRL

Via Monfalcone, 17/19 - 20099

Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 24416383

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 299 del 23-10-15

Indice

Alessio Lo Giudice,
Quel diritto di essere lasciati soli
p. 7

Il quaderno

Salvatore Amato,
Appunti su aidōs e privacy
p. 13

Vittorio Colomba e Gianfrancesco Zanetti,
Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico
p. 27

Realino Marra,
Mondo sociale e mondo della vita. La teoria dell'azione tra filosofia e sociologia
p. 41

Giovanni Bombelli,
Privato, pubblico, istituzione, virtuale. "Me" e gli "altri"
p. 57

Lucio Franzese,
Bene comune, al di là di privato e pubblico
p. 73

Francesco D'Agostino,
La giustizia tributaria tra pubblico e privato
p. 83

Claudia Quelle,
Privacy, Proceduralism and Self-Regulation in Data Protection Law
p. 89

Le recensioni

Gustavo Zagrebelsky, *Diritto per forza*, Einaudi, Torino 2017
di Elisabetta Arcuri
p. 109

Giovanni Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, seconda edizione, Giappichelli, Torino 2016
di Irene Russo
p. 113

Fabio Caramelli, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino 2016
di Pierluca Castelli
p. 117

S. Ferlito, *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Mimesis, Milano-Udine 2016
di Marisa Meli
p. 121

Alessio Lo Giudice *Quel diritto di essere lasciati soli*

1. Le questioni

Nella celebre prolusione sui *Due concetti di libertà*, tenuta a Oxford nel 1958, Isaiah Berlin afferma che «il senso stesso della privacy, dell'area delle relazioni personali come di qualcosa di sacro in sé, deriva da una concezione della libertà che, pur con tutte le sue radici religiose, non risale, nella sua forma sviluppata, più in là del Rinascimento o della Riforma; eppure il suo declino segnerebbe la morte di una civiltà, di un'intera concezione morale». L'idea del privato come sfera sottoposta a qualunque ingerenza esterna, infatti, non è soltanto il presupposto di quel nucleo minimo di diritti individuali che ha fatto la storia della modernità giuridica, ma risulta essere strutturalmente legata anche alla stessa costruzione di una sfera pubblica. Per queste ragioni Berlin associa al declino del senso della privacy la fine di un'intera civiltà.

Ma siamo sicuri che la sacralità della dimensione privata sia una prerogativa esclusiva della cultura moderna? O, al contrario, tracce significative di una tale concezione del privato possono essere rinvenute anche nel mondo antico? E, in ogni caso, la paradossale esibizione solipsistica del privato, che assume oggi i contorni di un fenomeno di massa, in che termini incide sul tessuto delle relazioni sociali e pubbliche? In quale misura disgrega la trama sociale su cui la dimensione pubblica deve fondarsi, proprio a partire da ciò che prima le si contrapponeva chiaramente quale regno dell'intimità protetto da un condiviso senso del pudore? E infine, in che termini la società digitale quale società del controllo che traccia, registra e protocolla ogni istante di vita, determina la riduzione o la scomparsa della percezione soggettiva di un'autentica sfera privata? In che termini determina l'espansione abnorme della sfera pubblica con la paradossale conseguenza di un mondo di vita interamente pubblico e quindi per nulla pubblico? A partire, tra gli altri, da tali spunti, in questo numero si dà vita ad una riflessione sulla tenuta odierna delle categorie di pubblico e privato, quali fondamenti dell'assetto sociale e istituzionale moderno. Una riflessione che prende le mosse, in particolare, dall'analisi dei fenomeni di graduale evaporazione del significato stesso della sfera privata.

2. Gli orizzonti privati e le cornici pubbliche

La distinzione tra pubblico e privato è appunto, senza dubbio, una costruzione concettuale moderna. Ciò non toglie che la tendenziale separazione tra lo spa-

Vittorio Colomba, Gianfrancesco Zanetti

Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico

Nella storia della "civiltà occidentale" (le virgolette sono d'obbligo in questi casi) l'idea di privacy non è una nozione originaria, una categoria fondativa, della quale si possa offrire una ricostruzione dal principio, *ex arches*. Nella distinzione, di matrice aristotelica, tra la sfera pubblica della *polis* e quella privata dell'*oikos* gli elementi latamente riconducibili all'idea di privacy erano caratterizzati da fattori che oggi verrebbero concettualizzati come *assenza* di libertà, in netto contrasto con il significato che il concetto ha assunto solo in epoche successive. Le donne per esempio, segregate nei loro ambienti, godevano di una non sempre auspicata intimità.

La Grecia classica, quella che i filosofi del diritto identificano nel modello platonico-aristotelico, (è una brutale semplificazione) non concepiva in modo vivido una rivendicazione di una privacy fine a sé stessa, intesa come esistenza al di fuori del mondo comune, dotata di valore e meritevole di tutela. Nella *Repubblica* di Platone, addirittura, non c'è alcun bisogno di un ambito riservato in cui l'individuo possa rifugiarsi ed una qualsiasi istanza in tal senso formulata sarebbe stata probabilmente considerata un semplice pretesto per sottrarsi agli obblighi etici e sociali¹.

Si tenga presente che la nozione di "segreto" è non solo diversa, ma quasi opposta a quella di privacy. Il segreto è perfetto quando se ne ignora l'esistenza, l'*arcantum* deve negare se stesso, e l'importante è tacerne, come in un luogo oraziano molto amato da Giacomo Leopardi: *commissa tacere qui nequit...* Ma la privacy, questo è il punto, fa riferimento a una sfera inviolabile, riservata, e tuttavia nota – la portinaia ha in mano la mia lettera, ma deve resistere alla tentazione; sa che esiste il mio privato, ma non "può" accedervi.

Solo in epoche vicine alla nostra, insomma, il semplice desiderio di disegnare un confine diverso tra la sfera pubblica e quella privata ha assunto le caratteristiche dell'esigenza, e presto l'esigenza ha percepito il bisogno di riconoscersi in diritto. Leggi a tutela della privacy sono state poi recentemente approvate in tutta Europa, e gradualmente migliorate attraverso mirati interventi legislativi.

La rivoluzione informatica, tuttavia, ha operato un profondo cambiamento in queste dinamiche, alienando l'idea di riservatezza dal comune sentire – proiettato verso una sempre più ricercata sovrapposizione dell'individuo – e ponendola in

¹ S. Nigier, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Milano 2006, p. 4.

conflitto con altre pressanti esigenze della modernità, prime fra tutte quelle di sicurezza e quelle riconducibili alla libertà di espressione e informazione. L'impatto di questi mutamenti, nonostante di esso molto si discuta, non è stato ancora compreso nella sua magnitudine. Il formale riconoscimento di un diritto alla privacy ha perduto parte dell'efficacia della propria azione a partire da mutate condizioni "di sfondo" non solo di ordine istituzionale e normativo².

1. Le origini del corrente significato di diritto alla privacy

In un celebre discorso pronunciato alla Camera dei Lord, William Pitt, I Conte di Catham, così si esprime sul tema delle garanzie:

«Il più povero degli uomini può, nella sua casetta, lanciare una sfida opponendosi a tutte le forze della corona. La casetta può essere fragile, il suo tetto può essere traballante, il vento può soffiare da tutte le parti, la tempesta può entrare e la pioggia può entrare, ma il re d'Inghilterra non può entrare; tutte le sue forze non osano attraversare la soglia di tale casetta in rovina»³.

La cornice storica è quella dell'Europa illuminista e pre-rivoluzionaria. Si tratta di un contesto nel quale, per la prima volta, l'individuo sembra poter rivendicare il diritto di opporsi alla forza dello stato, e inizia ad immaginare un limite al potere di ingerenza pubblico sulla propria dimensione privata. Stefano Rodotà, a valle di una puntuale analisi politica, giuridica e socio-economica, considera che le condizioni per l'affermazione del diritto alla privacy come esigenza bisognosa di autonoma tutela si siano originate proprio in concomitanza con la disgregazione della società feudale⁴. Privacy, quindi, intesa come bisogno tipico della nuova classe borghese emergente, contestualizzato nelle trasformazioni socio-economiche legate alla rivoluzione industriale. Va enfatizzato, tuttavia, che non si tratta di un fenomeno puramente psicologico.

Se è vero che anche l'architettura, come ormai classicamente osservato da Lawrence Lessig, rappresenta un elemento di condizionamento del comportamento umano (insieme al diritto, alle regole sociali, e al mercato)⁵, l'esigenza di garantire un originale senso di riservatezza compare nello stesso periodo nel quale mutano anche le caratteristiche costruttive fisiche delle abitazioni.

Nel saggio *La cultura della città*, il noto critico architettonico newyorkese Lewis Mumford scrisse:

2 G. Zanetti, *Introduzione al pensiero normativo*, Diabasis, Reggio Emilia 2004, p. 19.

3 W. Pitt, *The Elder, Lord Chatham, discorso del marzo 1763*, citato in H. P. Brougham, *Historical Sketches of statesmen who flourished in the time of George III*, Charles Knight & Co., Londra 1839, Vol. 1, p. 52.

4 S. Rodotà, *La privacy tra individuo e collettività*, in «Politica del Diritto», 1974, p. 545 e ss.

5 V. Colomba, *I diritti nel cyberspazio, architetture e modelli di regolamentazione*, Diabasis, Reggio Emilia 2015, p. 16.

«Il primo mutamento radicale [...] destinato ad infrangere la forma della casa di abitazione medievale fu lo sviluppo del senso di intimità. Questo, infatti, significava la possibilità di appartarsi a volontà dalla vita e dalle occupazioni in comune coi propri associati. Intimità durante il sonno; intimità durante i pasti; intimità nel rituale religioso e sociale; finalmente intimità nel pensiero; [...] ciò che segna la fine delle reciproche relazioni sociali fra i ranghi superiori e quelli inferiori del regime feudale: relazioni che avevano mitigato la sua oppressione. Il desiderio di intimità segnò l'inizio di quel nuovo schieramento di classi che era destinato a finire nella lotta di classe senza quartiere e nelle rivendicazioni individualistiche di un periodo posteriore»⁶.

La nozione di privacy, tuttavia, si presenta come specificamente flessibile, reattiva e sensibile ai cambiamenti. Mutuando un'espressione di Diane Leenheer Zimmerman, la semplice frase «a right to privacy ha tanti significati quante sono le teste di Idra»⁷. L'origine del dibattito intorno al concetto attuale di privacy è infatti tradizionalmente individuata nel noto saggio *The right to privacy. The implicit made explicit* pubblicato nel 1890 da Samuel Warren e Louis Brandeis⁸.

L'analisi dei due studiosi generò da circostanze oltremodo attuali: le abitudini mondane della moglie di Samuel Warren, difatti, vennero prese di mira da parte della *Evening Gazette* di Boston, una delle prime testate a fare uso della stampa a rotativa, cagionando il comprensibile fastidio del marito che, con moderno slancio, protestò: «questa faccenda dei giornali che si occupano troppo della vita mondana di mia moglie non può continuare»⁹.

Non è un caso, a ben riflettere, che il primo bisogno di tutela della sfera intima si sia sviluppato per difendersi da una certa invadenza del diritto alla libertà di espressione e contemporaneamente alla diffusione di alcune importanti innovazioni tecnologiche, come appunto la stampa a rotativa e la fotografia istantanea – c'è come un'apparente continuità con paparazzi e *hackers*.

I nuovi pericoli cui gli individui erano esposti furono chiaramente individuati dai due autori:

«Instantaneous photographs and newspaper enterprises have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good of the (biblical) prediction that what is whispered in the closed shall be proclaimed from the housetops»¹⁰.

La classe sociale più colpita dal cambiamento fu l'aristocrazia, ancorata alla tradizionale e netta distanza tra sé stessa ed i ceti inferiori e spiacevolmente colpita

6 L. Mumford, *La cultura delle città*, Edizioni di Comunità, Milano 1954, p. 29.

7 D. Leenheer Zimmerman, *False Light Invasion of Privacy: the Light that Failed*, in «New York University Law Review», vol. 64, 1989, p. 364.

8 L. D. Brandeis, S. Warren, *The Right to Privacy. The Implicit Made Explicit*, in «Harvard Law Review», vol. 4, 1890, pp. 193-220.

9 S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 8.

10 L. D. Brandeis, S. Warren, *The Right to Privacy*, cit., p. 194.

all'idea che la stampa scandalistica potesse pubblicamente diffonderne qualche "vizio" segreto.

Si tratta, in tutta evidenza, delle origini di un conflitto destinato ad esasperarsi, senza più distinzione tra classi sociali, con l'avvento della società dell'informazione.

"*The right to privacy*" ebbe il pregio di suggerire un efficace sistema di discernimento tra le informazioni che di un individuo potessero diffondersi pubblicamente e quelle che, al contrario, meritassero protezione dalla curiosa invadenza altrui.

In realtà, Warren e Brandeis ebbero modo di ispirarsi ad almeno due significativi, per quanto meno note, precedenti tracce di riflessione sul tema.

La prima, in ordine cronologico, riguarda una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti risalente agli anni '30 del secolo XIX, *Wheaton vs Peters*¹¹.

In quell'occasione, la Corte riconobbe che l'imputato aveva diritto ad essere lasciato in pace, fintantoché non fosse stata accertata la sua violazione dei diritti della presunta parte lesa.

Se non proprio il riconoscimento di un vero diritto alla privacy, la sentenza *Wheaton vs Peters* rappresentò quantomeno un primo seme piantato in quella direzione.

Il secondo precedente, invece, è quasi contemporaneo rispetto all'opera di Warren e Brandeis.

Nel 1888, difatti, il giudice Thomas Cooley mandò alle stampe un trattato sugli illeciti extracontrattuali nel quale elaborò l'idea di un diritto alla privacy, ritenuto essenziale per la stabilità del sistema di garanzie costruito a protezione della sicurezza personale.

Privacy, quindi, intesa come strumento di tutela della proprietà privata nei confronti delle possibili ingerenze altrui.

Non si tratta ancora di una riflessione sui diritti della persona, ma affrontando il tema degli illeciti civili, il giudice Cooley coniò una felice espressione che, con espresso richiamo¹², fu successivamente recepita dagli stessi Warren e Brandeis: «the right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone»¹³. Ora, il diritto "*to be let alone*" è concettualmente contiguo a una nozione di autonomia dell'individuo, a una sfera indisponibile all'azione disciplinante della norma.

Su queste basi, in ogni caso, i due studiosi elaborarono la propria idea di diritto alla privacy, inteso come diritto morale cui offrire un riconoscimento giuridico, riconducibile al principio della "*inviolable personality*", parte del più ampio e generale diritto all'immunità della persona "*the right to one's personality*" già citato

11 *Wheaton vs Peters*, 33 U.S. 591, 634, 1834, in R. B. Sandler, *Privacy Law in the U.S.A.*, 1997 (<http://www.rbs2.com/privacy.htm>).

12 L. D. Brandeis, S. Warren, *The Right to Privacy*, cit. p. 195: «Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone"».

13 T.C. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise Independent of Contract*, Callaghan & Company, Chicago 1888, p. 29. La citazione «the right to be let alone», in realtà, è tratta dalla prefazione alla seconda edizione dell'opera, scritta nel 1979.

da Cooley, che da queste ragioni trasse origine ma che non si limitasse allo *ius excludendi alios* tipico della proprietà privata:

«Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life – the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession-intangible, as well as tangible»¹⁴.

Gli studiosi di Locke sanno bene come il termine/concetto "proprietà" possa godere di una rilevanza specifica nel campo dei diritti soggettivi. Nell'epoca dei social networks, a distanza di poco più di un secolo dagli scritti di Warren e Brandeis, diventa tuttavia critico domandarsi come si possa articolare il menzionato diritto a "essere lasciato solo".

Al tempo in cui "*The right to privacy*" venne alla luce, l'esigenza collettiva venne ben rappresentata dagli autori in questo passaggio:

«The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury»¹⁵.

Se la diffusione della carta stampata e della fotografia erano in grado di cagionare all'individuo «dolore mentale e angoscia, di gran lunga maggiori rispetto a ciò che potrebbe essere inflitto da semplici lesioni fisiche», forse non è del tutto inopportuno chiedersi quali conseguenze abbia generato lo sviluppo delle più recenti – e senz'altro invasive – tecnologie informatiche e telematiche.

Il timore che si stiano velocemente erodendo le garanzie preposte a protezione dell'intimità dell'individuo – e in parte, di conseguenza, della sua libertà di pensiero – è ben rappresentato dai trattati e dalle più recenti sentenze pronunciate dalle corti internazionali.

La riflessione di Warren e Brandeis e la loro definizione di diritto alla privacy sembrano essere oggi quasi del tutto superate: l'individuo non pare più nelle condizioni di determinare con efficacia ciò che, della propria vita, possa essere reso pubblico e ciò che, al contrario, debba restare all'interno delle mura domestiche.

2. Il diritto alla privacy nell'ordinamento Europeo

Le osservazioni di William Pitt sull'inviolabilità della sfera privata – *every man's home is his castle* – nonché l'analisi di Warren e Brandeis ed il dibattito che ne

14 L. D. Brandeis, S. Warren, *The Right to Privacy*, cit., p. 193.

15 *Ivi*, p. 196.

seguì, portarono infine l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea a riconoscere formalmente il diritto al "rispetto della vita privata e della vita familiare" che l'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) così enuncia:

«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

L'art. 7 CDFUE è inserito nel Titolo II – rubricato "Libertà" – e ricalca quasi letteralmente l'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), secondo cui:

«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

L'unica differenza tra i due testi riguarda l'utilizzo del termine "comunicazioni" ripreso all'art. 7 CDFUE, rispetto a "corrispondenza", invece utilizzato dall'art. 8 CEDU, e tale diversità è stata espressamente giustificata dal legislatore comunitario con la necessità di "tener conto dell'evoluzione tecnica"¹⁶.

Il significato tradizionale del termine "corrispondenza", in effetti, correva il rischio di non rappresentare adeguatamente l'ampia gamma di forme di comunicazione, soprattutto telematica, sviluppatasi nel corso degli ultimi anni, ed è quindi visibile la scelta di affidarsi ad una espressione più generica, in grado di includere nell'ambito della protezione anche le trasmissioni di dati non prettamente epistolari.

In merito alla portata riconosciuta a questa moderna forma di diritto alla privacy, una particolare riflessione merita senz'altro la locuzione "rispetto", presente in entrambi i citati articoli, che secondo una certa dottrina parrebbe attribuire alla vita privata una connotazione soprattutto negativa, legata al concetto originario di "right to be let alone"¹⁷.

È tuttavia ormai accertato, come apparirà infra, al contrario, che la volontà del legislatore europeo fosse quella di caratterizzare la tutela anche attraverso una valenza positiva, in linea con il compito riconosciuto all'ordinamento di generare le condizioni favorevoli per un corretto sviluppo della personalità.

In questa direzione si è più volte espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸, imponendo a carico dei paesi membri due tipi di obblighi: uno negativo, di

16 Spiegazione relativa all'art. 7, contenuta nelle Spiegazioni Relative alla Carta dei Diritti Fondamentali, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (2007/C 303/02).

17 T. Groppi, *Commento agli artt. 7, 9, 10 e 12 della Carta europea dei diritti*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, il Mulino, Bologna 2001, p. 19.

18 La Corte europea dei diritti dell'uomo (abbreviata in CEDU o Corte EDU) è un organo giurisdizionale internazionale. È stata istituita nel 1959 dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, per assicurare l'applicazione e il rispetto. Vi aderiscono tutti i 47 membri del Consiglio d'Europa.

"non interferenza", ma anche uno positivo, facendo parte dei compiti dello stato anche quello di adottare misure idonee a garantire l'effettivo rispetto del diritto¹⁹.

A conferma dell'accezione ampia riconosciuta al concetto di privacy, la Corte EDU si è espressa in termini inequivocabili:

«The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life" [...] Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings»²⁰.

Nel suo processo di esportazione dagli Stati Uniti verso l'Europa, in sintesi, il diritto alla privacy²¹ si è evoluto gradualmente ed ha separato il concetto di riservatezza rispetto alla nuova idea di protezione dei dati personali.

Anche da un punto di vista formale, difatti, l'art. 7 CDFUE anticipa e prepara il terreno al successivo art. 8, appunto rubricato "Protezione dei dati di carattere personale":

«Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tale norma è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

L'art. 8 CDFUE rappresenta il culmine del processo di emersione e costituzionalizzazione del diritto alla privacy, frutto della scissione tra la dimensione esclusivamente negativa, legata all'elaborazione originaria di Warren e Brandeis, e una nuova dimensione positiva, interpretata dal diritto alla protezione dei dati personali attraverso la predisposizione di un corpo di regole e principi.

Applicandone il contenuto alle proprie decisioni, in più occasioni la Corte EDU ha riconosciuto come la tutela dei dati personali sia funzionale e di fondamentale importanza affinché un individuo possa godere a pieno del rispetto della propria vita privata e familiare²².

Sollecitati a prendere posizione su questioni sempre più complicate, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di esprimersi spesso sul conflitto tra i diritti riconosciuti dalla Carta ed i tentativi di ingerenza del potere pubblico.

19 Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, sent. del 26 marzo 1985, ric. 8978/80. In linea anche Corte EDU, *Marcks c. Belgio*, sent. del 13 giugno 1979, ric. 6833/74.

20 Corte EDU, *Niemetz c. Germania*, sent. del 16 dicembre 1992, ric. 13710/88.

21 Per la privacy negli Stati Uniti cfr. S. Scoglio, *Transforming Privacy: A Transpersonal Philosophy of Rights*, Praeger Westport, CT, 1998.

22 Ad es. Corte EDU, nel caso *S. and Marper c. Regno Unito*, sent. del 4 dicembre 2008, ric. 30562/04.

È significativo, in tal senso, il filone delle decisioni pronunciate nel merito delle attività di intercettazione e sorveglianza poste in essere dagli stati per finalità di sicurezza.

L'esame di tale giurisprudenza, difatti, denota un atteggiamento particolarmente rigido e la frequente condanna delle norme legittimanti l'adozione di sistemi di controllo delle comunicazioni, in assenza di una adeguata e precisa delimitazione dell'ambito di restrizione della libertà individuale²³.

In uno dei casi più recenti, è stata sottoposta all'attenzione della Corte EDU la compatibilità con l'art. 8 CDFUE di un sistema di intercettazione di comunicazioni mobili attuato in Russia²⁴.

I giudici hanno riconosciuto la contrarietà del sistema rispetto ai principi della norma, ed hanno affermato che la violazione dipendeva dal fatto che l'ordinamento nazionale non avesse previsto adeguate garanzie contro il rischio di abusi e di interferenze arbitrarie nella vita privata dei cittadini.

Questa sentenza è rilevante perché in essa la Corte EDU ha chiaramente affermato la necessità di rafforzare la dimensione della riservatezza e la protezione dei dati personali nel confronto con gli altri diritti, interpretando le nuove tecnologie digitali come fonte di maggior pericolo, rispetto all'epoca dell'analogico.

Uno dei banchi di prova per la tutela dei dati personali che la Corte EDU ha dovuto affrontare è proprio rappresentato dall'irrompere del fattore tecnologico e di internet in generale:

«The risk of harm posed by content and communications on the internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press»²⁵.

Nell'affrontare queste tematiche, la Corte di giustizia dell'Unione europea²⁶ si è rivelata ancor più decisa della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ed ha dimostrato una particolare attitudine a rileggere le disposizioni vigenti con un approccio tecnologicamente orientato, pronta a verificarne l'idoneità a definire un adeguato livello di tutela dei dati personali.

Certainly higher risk: si noti, tuttavia, che questo linguaggio, apparentemente severo, è in realtà rassicurante. *Higher* è comparativo, implica una differenza *per gradum*, una spinta tecnologica, una possibilità di fatto amplificata, alla quale fa corrispondere, semplicemente (si fa per dire) una contropartita normativa sul piano del *licere*, un sistema di tutele più severo. L'idea che si tratti di un mutamento

23 Ad es. Corte EDU, nei casi *Ananui c. Svizzera*, sent. del 16 febbraio 2000, ric. 27798/95; *Malone c. Regno Unito*, sent. del 26 aprile 1985, ric. 8691/79; *Kruslin c. Francia*, sent. del 24 aprile 1990, ric. 11801/85; *Kopp c. Svizzera*, sent. del 25 marzo 1998, ric. 23224/94; *Wisse c. Francia*, sent. del 20 dicembre 2005, ric. 71611/01.

24 Corte EDU, *Zakharov c. Russia*, sent. del 4 dicembre 2015, ric. 47143/06.

25 Corte EDU, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtetel c. Ucraina*, sent. del 5 maggio 2011, ric. 33014/05.

26 La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) è un'istituzione dell'Unione Europea, istituita nel 1952, cui compete di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati fondativi dell'Unione Europea.

di paradigma, di rischio diverso *per saltum*, non *per gradum*, è assente nel testo. Eppure di questo si tratta, anche solo perché i dati ottenuti e digitalizzati interagiscono fra loro, creando nuovi dati, che possono direttamente riguardare i cittadini.

È senz'altro di particolare interesse l'orientamento più recente emerso sul rapporto tra diritto alla protezione dei dati personali e libertà di espressione, riassunto nell'ormai nota pronuncia *Google Spain c. Mario Costeja González*²⁷.

La vicenda che ha dato origine al contenzioso vedeva opposti, davanti all'autorità per la protezione dei dati spagnola, il sig. Costeja González e la multinazionale Google.

Il ricorrente domandava che fosse ordinato al motore di ricerca di cancellare alcuni link diretti alle pagine web di una pubblicazione, *La Vanguardia*, che riportava i dettagli di un procedimento di esecuzione da questi subito anni prima.

La resistente, al contrario, eccepiva che non potesse esigersi un tale intervento da parte del motore di ricerca e che simili richieste dovessero essere inoltrate al responsabile del sito sorgente.

All'esito della sua istruttoria, il Garante della privacy spagnolo aderì alle richieste del ricorrente ed emise un ordine di rimozione che Google impugnò in sede giurisdizionale.

Il giudice investito della controversia ritenne di inoltrare alla Corte di Giustizia un insieme di quesiti al fine di comprendere, tra l'altro, se all'interno del diritto dell'Unione fosse rintracciabile un fondamento alla pretesa dell'interessato, sotto forma di diritto all'oblio, di ottenere la rimozione dei propri dati dai risultati prodotti dai motori di ricerca.

È interessante notare come l'Avvocato Generale Jääskinen, a conclusione del proprio intervento, avesse domandato alla Corte di risolvere il caso negando le ragioni del diritto all'oblio rispetto al generale interesse all'informazione, esprimendosi in termini quantomai netti:

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

La Corte di Giustizia, tuttavia, ha pronunciato una sentenza di segno radicalmente opposto, adottando un'inversione in larga misura frontale degli argomenti dell'Avvocato Generale di cui è raro trovare traccia nella giurisprudenza di Lussemburgo.

27 Corte di giustizia dell'Unione europea, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

La decisione assunta all'esito del procedimento, difatti, non solo ha affermato che i principi dell'Unione consentono di riconoscere il diritto alla deindicizzazione dei dati personali, ma ha altresì affermato che spetta ai gestori dei motori di ricerca condurre una valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale diritto.

È però sul rapporto tra diritto alla privacy ed altri diritti concorrenti che la sentenza si è posta in termini completamente nuovi.

In un punto della decisione, riferendosi agli artt. 7 e 8 CDFUE, la Corte ha infatti enunciato un principio di grande rilevanza, destinato a dare vita ad un acceso dibattito:

«Se indubbiamente, i diritti della persona interessata [...] prevalgono di norma, anche sull'interesse degli utenti di internet, tale equilibrio può nondimeno dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica».

In questo modo, i giudici di Lussemburgo hanno definito un nuovo rapporto tra regola ed eccezione per cui la regola è che il diritto alla privacy prevale sul diritto alla libertà di espressione e solo per ragioni eccezionali la relazione potrebbe essere invertita.

Non sono certo mancati commenti critici nei confronti di tale impostazione che, secondo autorevoli commentatori, fonda su una lettura estensiva e manipolativa delle vigenti disposizioni in materia di protezione dei dati personali²⁸. Questi rilievi, per certi versi, non sono senz'altro infondati: la sentenza *Google Spain*, in effetti, non trova un pieno riscontro né a livello normativo, né nella giurisprudenza precedente della Corte stessa.

La pronuncia *Satamedia*, risalente al 2008, quindi non troppo distante rispetto a quella in esame, rappresenta un termine di comparazione interessante per valutare la portata del cambio di rotta prodotto dalla Corte di Giustizia²⁹. In quell'occasione, difatti, la Corte riconobbe che il diritto alla libertà di espressione dovesse porsi su un piano di sostanziale parità rispetto al diritto alla protezione dei dati personali e che la prevalenza dell'uno sull'altro dovesse valutarsi caso per caso, all'esito di un attento bilanciamento degli interessi in gioco:

«Onde tener conto dell'importanza riconosciuta alla libertà di espressione in ogni società democratica, da un lato occorre interpretare in senso ampio le nozioni ad essa correlate, tra cui quella di giornalismo. Dall'altro, e per ottenere un equilibrato contemperamento dei due diritti fondamentali, la tutela del diritto fondamentale alla vita privata richiede che le deroghe e le limitazioni alla tutela dei dati previste

²⁸ M. Bassini, O. Pollicino, *Verso un internet Bill of Rights*, Aracne, Roma 2015, p. 27.

²⁹ CGEU, *Tietosuojavaltuutetu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia*, sent. del 16 dicembre 2008, C-73/07.

ai summenzionati capi della direttiva debbano operare entro i limiti dello stretto necessario».

A tale bilanciamento, peraltro, era specificamente dedicato l'art. 9 della direttiva 95/46 citata dalla Corte che muoveva addirittura da un'ipotesi di prevalenza dell'interesse generale all'informazione rispetto alla tutela dei dati personali³⁰.

Anche la Corte EDU, nella decisione più prossima, *ratione materiae*, alla sentenza *Google Spain*, si era espressa a favore di una presunzione di prevalenza della libertà di espressione rispetto agli altri diritti con essa confliggenti³¹.

Il caso in questione – *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia* – presenta numerose analogie rispetto alla vicenda aperta dal sig. Costeja Gonzáles. Il contenzioso, difatti, traeva origine dall'iniziativa di due avvocati che lamentavano i danni cagionati alla loro reputazione da parte di un articolo di giornale ancora accessibile in internet, malgrado il suo contenuto fosse stato riconosciuto diffamatorio all'esito di un procedimento giudiziario.

I ricorrenti, in particolare, sostenevano che le autorità polacche, rifiutandosi di ordinare la rimozione della versione online dell'articolo dall'archivio del giornale, avessero violato i loro diritti al rispetto della vita privata e alla reputazione tutelati dall'art. 8 CEDU.

La Corte EDU, pur ritenendo che «il rischio di danni posto dal contenuto e dalle comunicazioni su Internet all'esercizio e al godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, soprattutto del diritto al rispetto della vita privata, è certamente più elevato di quello posto dalla stampa» e che l'accuratezza delle pubblicazioni storiche deve essere più stringente rispetto a quella delle notizie attuali, non riscontrò alcuna violazione dell'articolo 8.

I giudici di Strasburgo, al contrario, sottolinearono il contributo importante degli archivi Internet ai fini della conservazione e della disponibilità di notizie e informazioni, riconoscendo in essi una fonte importante per l'educazione e la ricerca storica.

Adottando una posizione sensibilmente distante da quella che, solo pochi anni dopo, avrebbe assunto la Corte di Giustizia nel caso *Google Spain*, la Corte EDU concluse la sentenza *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia* affermando che l'ordine di cancellazione di un articolo dall'archivio di un giornale online costituirebbe una misura sproporzionata, tale da limitare in modo irragionevole il diritto alla libertà di espressione.

³⁰ Direttiva 95/46/CE, art. 9: «Trattamento di dati personali. Gli Stati membri prevedono, per il trattamento di dati personali effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe alle disposizioni del presente capo e dei capi IV e VI solo qualora si rivelino necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme sulla libertà di espressione».

³¹ Corte EDU, *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia*, sent. del 16 luglio 2013, ric. N. 33846/07.

3. Conclusioni

Google Spain c. Mario Costeja González, difforme rispetto alla precedente giurisprudenza sugli artt. 7 e 8 CDFUE e spinta al limite dei principi che la Corte di Giustizia stessa è chiamata a difendere, rappresenta e dà corpo alla preoccupazione delle istituzioni europee di fronte alla rivoluzione informatica ed ai rischi ad essa connessi. È il documento giuridico nel quale questo malessere prende forma.

Già anni fa Lawrence Lessig osservò:

«I dati vengono raccolti senza che lo si sappia. Perciò non si può (almeno non in modo semplice) scegliere se partecipare o acconsentire a questa sorveglianza. Nel cyberspazio la sorveglianza non si identifica: niente rivela se si viene osservati, e non c'è, così, nessun fondamento reale sul quale acconsentire»³².

Il tentativo è quello di porre la tutela della privacy in un ruolo di primaria importanza all'interno della galassia dei diritti fondamentali della persona, in un contesto in cui è sempre più concreto il rischio che l'ipertrofica crescita di altri diritti e pratiche lo riduca ad inutile satellite.

L'approccio à la Lessig qui prescelto, tuttavia, che enfatizza il ruolo della cosiddetta "architettura" nella riflessione sulle categorie normative, conferisce allo studio dell'evoluzione del concetto di privacy una torsione distintiva. Una categoria normativa, una nozione riconosciuta dall'ordinamento giuridico, può infatti fisiologicamente modificarsi sotto la pressione di fatti e circostanze esterni. Il "comune senso del pudore" è espressione il significato della quale è notevolmente cambiato ad opera di mutamenti culturali e del costume (possono non essere estranee innovazioni tecnologiche). Alla persistente questione relativa a tale, vichianamente fondamentale, senso, l'ordinamento, nel suo complesso, offre risposte diverse a seconda delle circostanze, modificando il suo contenuto normativo specifico e quindi di sé stesso. Questo è precisamente ciò che non accade con la nozione di privacy.

Quando sia in gioco lo studio di questa nozione, il mutamento è assai più radicale, e qualitativamente diverso. Nell'evoluzione normativa della nozione di privacy non si tratta solo di risposte (anche significativamente) diverse a una domanda persistente e fondamentale. Si tratta invece di riformulazioni radicali della domanda stessa – ovvero di un riorientamento dell'orizzonte istituzionale e normativo. Le condizioni di "architettura" della Grecità classica non permettevano un'articolazione della "questione della privacy", una concettualizzazione del termine/concetto. Le recenti evoluzioni della rete informatica non rappresentano solo una mera minaccia, un più alto rischio relativo alla privacy così come è stata concepita fino all'età del silicio. La mole di dati a disposizione, e la possibilità di elaborazione di essi, comporta, come si è accennato, un più radicale cambio di scenario: la questione della privacy, nel nuovo contesto "architetonico", non è più, a rigore,

neppure effettivamente formulabile. È la domanda stessa che è cambiata, non semplicemente le risposte che a una domanda costante si possono offrire.

Lo *struggling* normativo evidenziato da alcune sentenze *landmark* sono le doglie normative di un difficile parto: il travaglio non terminerà in tempi brevi, e disegnerà un orizzonte normativo azzardare previsioni sul quale rappresenterebbe un esercizio di futilità.

³² L. Lessig, *Il "Diritto del Cavallo", la lezione del cyberdiritto*, in V. Colomba (a cura di), *I diritti nell'era digitale: Libertà di espressione e proprietà intellettuale*, Diabasis, Reggio Emilia 2004, p. 17.