

## **App immuni tra tutela della salute e protezione dei dati personali. Bilanciamento dei valori?**

di

Elena La Rosa \*

SOMMARIO: 1. Processo tecnologico ed assiologia giuridica al tempo del covid. Profili introduttivi. - 2. L'App. Immuni nella dialettica tra salute collettiva e protezione dei dati personali. - 3. I test di "bilanciamento". - 4. L'App. tra volontarietà e consensualità. - 5. Riflessioni conclusive.

### ***1. Processo tecnologico ed assiologia giuridica al tempo del covid. Profili introduttivi.***

Nella non facile fase di emergenza che stiamo vivendo, la tecnologia<sup>1</sup>, con le sue straordinarie potenzialità indubbiamente apre nuovi scenari annullando le distanze fisiche e ricreando, nello spazio digitale, luoghi di incontro e di confronto. Ed oggi, in una prospettiva tendenzialmente orientata alla ripartenza, un incisivo contributo alla tutela della salute individuale e collettiva, può fornire la ormai nota "App Immuni"<sup>2</sup>.

L'applicazione di strumenti di tracciamento digitale dei contatti e dei dati sanitari, pur monitorando il contagio, impegna il giurista a fornire risposte efficienti alle questioni

---

\* Professore ordinario di diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina.

Relazione introduttiva al Convegno Webinar - 21 maggio 2020, Messina – rivista ed aggiornata con le note.

<sup>1</sup> Il termine richiama il recente studio di S. PIRAINO, *Il culto della prosperità tra tecnologia e diritto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, II, fasc. 3, 2017, 941 ss. V. anche il contributo di A. ALPINI, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in [www.comparazonedirittocivile.it](http://www.comparazonedirittocivile.it)

<sup>2</sup> Interessanti le considerazioni di: C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, 704 ss.; S. CRESPI, *Applicazioni di tracciamento a tutela della salute e protezione dei dati personali nell'era Covid-19: quale (nuovo) bilanciamento tra diritti?*, in *Eurojus*, 2020, fasc. 3, 218 ss.; G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020 fasc. 2, 303 ss.; M. PLUTINO, *"Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, 553 ss.

giuridiche e tecniche coinvolte, ricercando idonei criteri di bilanciamento tra diritto alla salute e protezione dei dati personali.

L'effettiva salvaguardia dei valori che si intende tutelare è però traguardo tutt'altro che agevole.

Non può sottacersi che nell'attuale scenario tecnologico e informatico, sempre più complesso, "l'unica certezza è l'incertezza"<sup>3</sup>, in una società, emblematicamente definita società liquida<sup>4</sup>, appare difficile stabilire i confini tra ciò che pubblico e privato, ed il singolo e la collettività non hanno la percezione del valore delle informazioni personali che quotidianamente divulgano nel Web<sup>5</sup>. Tutta la nostra attività su internet lascia una traccia; chi utilizza piattaforme o immette informazioni sui social non ha la consapevolezza di alimentare attività di impresa, che raccolgono, analizzano ed aggregano grandi masse di dati (big data)<sup>6</sup>, con meccanismi sempre più oscuri, ricavando profitti strabilianti, e perciò giustamente definite di "capitalismo estrattivo o capitalismo della sorveglianza"<sup>7</sup>, con inevitabili riflessi negativi sui dati personali.

Impotenti, assistiamo a questo proficuo mercato, connotato dall'attribuzione sociale di valore a entità prive di rilievo economico, per chi le produce, ma ricche di profitti per chi le utilizza.

Un incessante processo tecnologico rimette in discussione le tradizionali categorie giuridiche. La persona è trattata come merce di scambio o, meglio, "prodotto", a causa del capillare processo di "mercificazione" dei dati personali da parte dei colossi del Web (è nota la battaglia contro google), che inesorabilmente incide sulle categorie tradizionali, rimettendo in discussione i pilastri della fenomenologia giuridica. Se il

---

<sup>3</sup> L'espressione è di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 7. Sul tema – ed in particolare – sui limiti dell'illuminismo, vd. le fondamentali pagine di P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, 923 ss.; G. ALPA: *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006. Più di recente, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino 2017.

<sup>4</sup> Bauman, *op. cit.*

<sup>5</sup> E' utile segnalare il recente contributo di A. ALPINI, *Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020, 1, 4 ss.

<sup>6</sup> V. *infra* nt. 18.

<sup>7</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; M. Barcellona, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2020, 757 ss.

soggetto diventa res<sup>8</sup>, gli oggetti si colorano di soggettività; si pensi alla proposte di qualificare come soggetto l'intelligenza artificiale<sup>9</sup>, ed ancora ai meccanismi di internet of things (IoT), nel quale gli oggetti immessi nella rete dialogano tra loro, si scambiano informazioni, diventando intelligenti ed animati ( si pensi nel campo medico, alle cartelle sanitarie telematiche, alle diagnosi a distanza con strumenti di laboratorio, o alla comunicazione dell'orario in cui assumere i medicinali)<sup>10</sup>.

Su questo terreno si gioca una battaglia culturale di carattere epocale, impegnando il giurista a riflettere sulla necessità di valutare i nuovi potenziali rischi e pregiudizi che possono derivare dall'uso dei dati personali.

Eppure la collettività non sembra avere percepito questo fenomeno, ed ancor più, in questa fase di emergenza ha con vigore contestato una invasività sempre crescente, correlata a restrizioni alla libertà personale e di circolazione e ad autocertificazioni, sottovalutando le limitazioni al diritto alla protezione dei dati personali, tendenzialmente meno evidenti o comunque meno percepibili, ma non per questo irrilevanti: dalla dichiarazione dei propri spostamenti, alle videoriprese di sé e di quanti capitano nel raggio della videocamera, nell'ambito delle riunioni o lezioni online, ai droni che sorvolano i cieli fotografando scene di vita quotidiana, alla

---

<sup>8</sup> A titolo indicativo, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Padova 2019.

<sup>9</sup> Si pensi alla Risoluzione del Parlamento Europeo, che reca raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica. In particolare, tra le varie indicazioni contenute nel documento, assume rilievo ai nostri fini il punto 59, par. 1, lett. f), in cui si sollecita "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi". Sul tema, G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019; G. P. CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2020, 585 ss.; F. CARROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 245.

<sup>10</sup> O. VARNIER, *Intelligenza Artificiale, "Blockchain" e mondo IoT: l'esperienza degli operatori.*, in *Il Diritto industriale*, 2020 fasc. 2, 165 ss.; U. RUFFOLO – E. AL MUREDEN, *Intelligenza artificiale e diritto - autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 7, 1657 e ss.; M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell' "Internet of things": l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, fasc. 1, 147 ss.; BURNS - SHULGAN, *Autonomy – The quest to build the driverless car – and how it will reshape our world*, Ecco Press, New York, 2018; R. RUGGIERI, *"Internet delle cose" e problematiche giuridiche: alcune considerazioni*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2016, fasc. 1-2, 3 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento antiCovid e il futuro della medicina digitale*, in *MediaLaws*, 26 maggio 2020.

geolocalizzazione dei dispositivi considerati, ormai, una “protesi” della persona, come efficacemente evidenziato dalla Corte Suprema americana<sup>11</sup>.

E tuttavia da più parti si rivendica la centralità del diritto alla protezione dei dati, manifestano dubbi e perplessità sull'utilizzo di nuove strategie tecnologiche che controllano i contagi.

In realtà, è un diritto emergenziale quello che la scienza del diritto è chiamata ad elaborare al tempo del covid 19<sup>12</sup>. Un nemico invisibile e sfuggente pone quesiti inediti, complicando il compito del giurista, chiamato a fornire, con l'ausilio della “tecnica” ed in dialogo perenne con altri “sottosistemi della cultura”<sup>13</sup> (si pensi alla epidemiologia o alla virologia), risposte immediate e strumenti adeguati ai problemi assio-pratici emergenti nella società del distanziamento sociale<sup>14</sup>.

## **2. L'App. Immuni nella dialettica tra salute collettiva e protezione dei dati personali.**

In questo quadro, il tema dell'App. Immuni<sup>15</sup> risponde, più in particolare, all'esigenza di verificare e vagliare se, e fino a quale soglia, un intervento normativo, quale il Decreto legge 30 aprile 2020 n. 28, all'articolo 6 rubricato significativamente “Sistema di allerta Covid-19”, pur nella meritevole strategia di contenimento dell'epidemia, possa promuovere un'applicazione su dispositivi di telefonia mobile in grado, anzitutto, di tracciare contatti tra soggetti, con la possibilità di ripercorrere a ritroso tutti gli incontri di una persona che dovesse risultare positiva al coronavirus. L'app. di tracciamento costituisce infatti un sistema di *contact tracing*<sup>16</sup> che, sfruttando la tecnologia, consente di rilevare la vicinanza di un altro *smarthphone*<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Corte Suprema n. 573 del 25 giugno 2014.

<sup>12</sup> Sul piano civilistico giova il riferimento a L. LOCATELLI, *Pandemia, legislazione d'emergenza e deontologia*, in *Danno e responsabilità*, 2020, fasc. 5, 581 ss.; P. SIRENA, *I principi dello "European Law Institute" sulla pandemia di COVID-19*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, fasc. 4, 890 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 2020, fasc. 4, 1 ss.

<sup>13</sup> A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>14</sup> Sul tema si rinvia alle significative riflessioni di D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2020, 2, 68 ss.

<sup>15</sup> C. BALDASSARRE, *La app Immuni al banco di prova, tra rispetto della privacy e difesa della salute pubblica*, in *Danno e Responsabilità* 2020, 6, 687 ss.

<sup>16</sup> L. D'ARCANGELO, *Contact tracing' e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in *giustiziacivile.com*, 2020, fasc. 5, 1 ss.; C. CAMARDI – C. TABARRINI, *Contact tracing ed emergenza sanitaria. "Ordinario" e "straordinario" nella disciplina del*

La preoccupazione che lo strumento ha immediatamente suscitato, induce a interrogarsi se soluzioni di tal natura possano tradursi in una sorta di “sorveglianza di massa”<sup>18</sup>, una sorveglianza senza precedenti della società, vulnerando diritti e libertà fondamentali o inviolabili della persona umana.

Il tema indagato mette in gioco, allora, chiaramente, una peculiare complessità valoriale. Essa può apprezzarsi almeno sotto un duplice ordine di considerazioni. Per un verso, il tema delle app e del trattamento dei dati che ne deriva, si inseriscono in un fervido dibattito, quasi premonitore, sorto di recente nella comunità giuridica, anche nella letteratura civilistica. Il riferimento va evidentemente all'utilizzo dei big data<sup>19</sup>, ovvero alle tecniche di incrocio di dati immagazzinati da fonti diverse, mediante algoritmi<sup>20</sup>, che esprimono modelli matematico-informatici, sovente oscuri, e perciò appare evidente che l'utilizzo dell'App Immuni richiederebbe l'intervento umano sugli automatismi algoritmici<sup>21</sup>. Per altro verso - ed è su quest'angolo prospettico più generale che va focalizzato lo snodo nevralgico del percorso d'indagine - il tema intercetta plurimi interessi, o valori, la cui composizione espone le *regolae iuris*, chiamate a governare i fenomeni esaminati, a non poche zone d'ombra.

---

*diritto al controllo dei dati personali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3 – Supplemento, 32 ss.

<sup>17</sup> Un'altra faccia peraltro è destinata ad ospitare un “diario clinico”, in cui l'utente possa annotare dati relativi alle proprie condizioni di salute, come la presenza di sintomi compatibili con il virus.

<sup>18</sup> A. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, fasc. 3, 1224 ss.

<sup>19</sup> In una letteratura ormai vasta, a titolo indicativo, G. OLIVI, *Big Data, metadati e Intelligenza Artificiale: i confini tra i diversi diritti*, in *Il Diritto Industriale*, 2020, 2, 181 ss.; A.C. NAZZARO, *L'utilizzo dei “Big data” e i problemi di tutela della persona*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, fasc. 4, 1239 ss.

<sup>20</sup> S. FARO - T.E. FROSINI - G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020; F. MAGGINO, *Algoritmi, etica e diritto*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 6, 1161 ss.; B. LEUCADITO, *Il mondo come dato. La ricerca del giusto tra arte ermeneutica e calcolo algoritmico*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019 fasc. 6, 1183 ss.

<sup>21</sup> Di recente cfr. in ogni caso: P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020, 1, 188 ss.

In queste logiche, assume centralità la dialettica tra salute collettiva e protezione dei dati personali<sup>22</sup>, chiamando in causa valori di rango costituzionale<sup>23</sup>, e non solo, se si pensi al quadro assiologico emergente anche in ambito europeo ed internazionale<sup>24</sup>.

Lo spessore dei valori richiamati induce allora ad evocare il concetto di “bilanciamento”<sup>25</sup>, che, quantomeno nella sua accezione tradizionale e più rigorosa, invalsa, in particolare, nella dottrina costituzionalistica, ha ad oggetto beni di rango costituzionale, protetti anche a livello europeo dalla Carta di Nizza, sul piano individuale e collettivo, postulando di essi - circoscrivendone il perimetro - un conflitto di tipo omogeneo. In questa direzione la Carta di Nizza agli artt. 52 e 53 sottolinea che nessuna disposizione deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta, e nel rispetto del principio di proporzionalità, eventuali limitazioni possono essere apportate, rispettando il loro contenuto essenziale, solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale o di protezione delle libertà altrui.

---

<sup>22</sup> G. AMORE, *Covid-19 e Protezione dei dati personali*, in *Studium Iuris* 2020, 10, 1159 ss.; V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 3, 410 ss.; C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, 772 ss.; V. CUFFARO, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *il Corriere giuridico*, 2020, 6, 729 ss.; G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza COVID-19*, in *GiustiziaCivile.com*, Editoriale del 5 maggio 2020

<sup>23</sup> Indispensabile è il riferimento ai recenti contributi di P. PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018 fasc. 2, 593 ss. e G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*.

<sup>24</sup> L'art. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 16, paragrafo 1 TFUE stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Il considerando 1 del regolamento UE 2016/679 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati) recita: La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale. In dottrina sul rapporto tra sistema delle fonti ed emergenza, A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 2020, 1, 203 ss

<sup>25</sup> Riflessioni significative emergono da V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 1, 561 ss.; A. MORRONE, (voce) *Bilanciamento*, in *Enc. dir.*, *Annali*, volume II, tomo II, Milano, 2008, 185 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, fasc. 28, 219 ss. Dallo specifico angolo prospettico dell'attuale problema pandemico: F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti al tempo della pandemia*, in *GiustAmm.it*, 2020, fasc. 9, 1 ss.; S. CRESPI, *Applicazioni di tracciamento a tutela della salute e protezione dei dati personali nell'era Covid-19: quale (nuovo) bilanciamento tra diritti?*, in *Eurojus*, 2020, fasc. 3, 218 ss.

Occorre peraltro precisare che la selezione valoriale non richiede un giudizio gerarchico di pozionalità, venendo in gioco valori di rango primario, costituzionalmente protetti.

La prospettiva prescelta intende muovere, in particolare, da un bilanciamento c.d. normativo, che diversamente dal bilanciamento a valle, tipico della sede giurisdizionale, non verte su un caso concreto. In questo senso, per bilanciamento può intendersi, in una accezione più ampia<sup>26</sup>, una tecnica di composizione di interessi in conflitto, in assonanza a concetti quali “contemperamento”, “mediazione”, “ponderazione”.

Dall’angolo prospettico del legislatore, resta ferma la necessità, *a priori*, di garantire una misura minima essenziale di protezione delle situazioni giuridiche inviolabili (salute e dati personali), al di sotto della quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti o libertà. In questa logica, il c.d. contenuto minimo o essenziale dei diritti fondamentali sarebbe garanzia di inviolabilità e nello stesso tempo “limite al bilanciamento”.

### **3. I test di “bilanciamento”.**

La normativa di riferimento è costituita anzitutto dal regolamento europeo 2016/679, dal codice in materia di protezione dei dati personali e dalle linee guida<sup>27</sup>.

L’art. 35 del Regolamento è incentrato sull’analisi e gestione del rischio, ed in particolare sulla valutazione e mitigazione dei rischi suscettibili di incidere sui diritti fondamentali. Siffatta verifica richiede e presuppone un bilanciamento degli interessi in gioco che non può ridursi ad una semplice analisi dei rischi/benefici, bensì deve sostanziarsi in una valutazione comparativa dei diversi interessi e diritti.

---

<sup>26</sup>A. MORRONE, *op. cit.*

<sup>27</sup> G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n.2016/679 e d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori. Commento a Reg. UE 2016/679*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, 106 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, fasc. 12, 2783 ss.; S. RODOTA’, *Controllo e privacy della vita quotidiana. Dalla tutela della vita privata alla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2019, fasc. 1, 9 ss. S. SICA, V. D’ANTONIO e G.M. RICCIO, *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; M.G. STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 4, 1249 ss.

Pare utile allora invocare veri e propri “test” di bilanciamento<sup>28</sup>, identificati nella “necessità”, “sufficienza” e “proporzionalità”; test da considerare quali segmenti interni ad un sindacato di ragionevolezza della disciplina legislativa.

Quello tra ragionevolezza e bilanciamento non può che essere infatti un legame indissolubile<sup>29</sup>.

a) Alla luce del primo criterio, la scelta di limitare un diritto costituzionale deve giustificarsi per la “necessità” di dare attuazione a un altro diritto o interesse di pari rango. Da questa visuale l’app Immuni risponde all’idea che il trattamento dei dati personali sia preordinato al perseguimento di fini di interesse pubblico ed in particolare ad esigenze di sanità pubblica, richiamate, peraltro, dall’art. 2 sexies del Codice in materia di protezione dei dati personali.

b) In secondo luogo, la scelta del legislatore dovrebbe valutarsi alla stregua di un criterio di “sufficienza”: nel privilegiare un diritto, la disciplina positiva deve apprestare sufficienti garanzie al diritto limitato «valutando l’interazione reciproca tra l’accrescimento di tutela dell’uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell’altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell’eventuale contrasto»<sup>30</sup>.

c) Infine, i limiti o la compressione di un diritto costituzionale devono essere “proporzionati”<sup>31</sup>, ovvero non eccessivi in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile, che, in ogni caso, non dovrebbe mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale. Giova allora rammentare che il considerando 4 del regolamento UE 2016/679 sancisce il principio secondo il quale il trattamento dei dati personali deve “essere al servizio dell’uomo”, aggiungendo che il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce “una prerogativa assoluta, ma va

---

<sup>28</sup> Corte Costituzionale, 26/03/2020, n. 56, in De Jure; Corte Costituzionale, 21/02/2019, n.20, in Foro italiano. 2020, 1, I, 125.

<sup>29</sup> Al riguardo, cfr. per tutti: G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in Rivista di diritto civile, 2018, fasc. 3, pp. 716 ss.

<sup>30</sup> In questo senso già Corte Costituzionale, 14/11/2006, n.372, in Giurisprudenza costituzionale. 2006, 6, 3916

<sup>31</sup> “Il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative va svolto alla luce del cosiddetto test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”: così Corte Costituzionale, 21/02/2019, n.20, cit.



considerato alla luce della sua “funzione sociale” e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”.

Da questo punto di vista, le regole che disciplinano l’app Immuni sembrano rispondere ad una logica di “determinatezza ed esclusività dello scopo”, essendo il *tracing* finalizzato esclusivamente al contenimento dei contagi, escludendo fini ulteriori, ferme restando le possibilità di utilizzo per ragioni di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica.

Seppure la previsione sia conforme al regolamento europeo che riconosce espressamente in via generale l’uso dei dati per scopi di ricerca, è importante richiamare un aspetto a prima vista irrilevante e non invasivo: i risultati di una ricerca scientifica e statistica condotta su una parte della popolazione colpita dal virus possono produrre l’elaborazione delle c.d. “identità collettive”<sup>32</sup>, che coinvolgono gli interessati, in quanto appartenenti ad un gruppo o ad una categoria, creata a prescindere da una loro reidentificazione<sup>33</sup>.

Per tale via, il riutilizzo dei dati mediato dall’aggregazione può dar luogo a nuove forme di pregiudizio che colpiscono il gruppo o la categoria in sé considerata. Si pensi alle conseguenze negative derivanti da trattamenti di natura discriminatoria o invasiva e non, dunque, i danni derivanti dal trattamento illegittimo di dati individuali o dall’assenza di segretezza, oggetto, invece, di tradizionale tutela<sup>34</sup>.

Occorre allora ricercare strumenti di *governance* e modelli di gestione del rischio che si pongano in una più ampia logica, volta a cogliere in una prospettiva dinamica il passaggio dalla tutela statica individuale alla dimensione collettiva.

In buona sostanza è necessario rivisitare l’approccio tradizionale in materia di analisi e gestione del rischio, prevalentemente improntato alla protezione delle informazioni inerenti al singolo interessato, allargando i confini al di là dell’individuo verso le più

---

<sup>32</sup> Sul tema, recentemente, A.E. GALEOTTI, *Il valore strumentale delle identità collettive*, in *Notizie di Politeia*, 2019, fasc. 135, 94 ss. Cfr. in ogni caso già S. RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, spec. 66 s.; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, *Rivista critica del diritto privato*, 1997, 763 ss.

<sup>33</sup> Si tratta di aggregazioni a geometria variabile, create dai titolari del trattamento mediante l’impiego di algoritmi.

<sup>34</sup> Emblematico è il caso dei single ai quali la banca tende a non fare credito per la maggiore insolvibilità.

ampie dinamiche della collettività, apprestando un modello di *risk assessment*<sup>35</sup>, in grado di rispondere più efficacemente alle potenziali criticità dell'uso delle informazioni nella moderna società digitale e, per questa via ritrovare un punto di equilibrio tra la tutela dei dati personali, da un lato, e le utilità perseguite dalla comunità scientifica, dall'altro<sup>36</sup>.

Nella Relazione sui profili del sistema di allerta Covid-19<sup>37</sup>, il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica all'unanimità (Copasir) ha infatti rilevato che "un simile 'transito di dati', anche se fosse temporaneo e avvenisse esclusivamente per mezzo di sistemi informatici presenti sul territorio nazionale, dovrebbe obbligatoriamente essere non solo chiarito ed esplicitato, ma anche e soprattutto regolamentato con estrema attenzione sotto il profilo giuridico, anche al fine di impedire che simili informazioni – rilevanti sia sul piano della qualità sia della quantità e soprattutto della capillarità – possano più o meno direttamente entrare nel possesso di attori europei e internazionali, sia pubblici sia privati, a vario titolo interessati".

Nondimeno, il decreto legge 30 aprile 2020 n. 28 - si rileva - è improntato ai canoni di "selettività e minimizzazione dei dati": i dati raccolti, cioè, devono poter tracciare i soli contatti e non anche i movimenti o l'ubicazione del soggetto. Ad essere raccolti sono i dati strettamente necessari ai fini della individuazione dei possibili contagi, utilizzando tecniche di c.d. anonimizzazione e pseudonimizzazione<sup>38</sup>.

Sulla scorta dei superiori rilievi, il bilanciamento secondo i canoni di ragionevolezza – richiamando una nota pronuncia della Corte Costituzionale<sup>39</sup> - costituisce davvero "l'unico strumento idoneo ad evitare la tirannia o l'illimitata espansione di uno dei diritti" protagonisti del conflitto.

---

<sup>35</sup> M. RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2020, 1343 ss.;

<sup>36</sup> V. art. 21, par. 6, Regolamento (Ue) 2016/679. Cfr., *ex multis*: R. CIPPITANI, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, fasc. 1-2, 161 ss.; D. AMRAM, *Tutela dei dati personali concernenti la salute e attività di ricerca: considerazioni interdisciplinari nella prospettiva etico-giuridica. Introduzione*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2019, fasc. 1, 165 ss.; A.G. SPAGNOLO, *Il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: implicazioni per la ricerca scientifica*, in *Medicina e morale*, 2018 fasc. 2, 151 ss.

<sup>37</sup> Disponibile in documenti/Camera, it

<sup>38</sup> Cfr. M. RENNA, *op. cit.*; G. D'ACQUISTO, *Big data e privacy by design: anonimizzazione, pseudonimizzazione*, Torino, 2017.

<sup>39</sup> Corte Costituzionale, 23.03.2018, n. 58, in *De Jure*. In dottrina, G. PERLINGIERI, *op. cit.*

#### 4. L'App. tra volontarietà e consensualità.

E' nell'accennata prospettiva che deve evidentemente collocarsi la scelta da parte del legislatore di conferire natura *volontaria* all'app. Immuni, destinandola alla registrazione dei soli contatti tra soggetti che abbiano scaricato l'applicazione.

Pur garantendo parità di trattamento, non prevedendo limitazioni per chi non la applica o privilegi per chi la applica, uno strumento con tali caratteristiche ha riproposto la questione del rischio di discriminazione dei cc.dd. analfabeti digitali.

Altrettanto cruciale è sembrata la necessità, nella fase di operatività dell'app, di una ampia informativa agli utenti, dotata di informazioni chiare e trasparenti per raggiungere una piena consapevolezza sulle finalità e sulle operazioni di trattamento dei loro dati.

Seppure con riferimento alla sanità pubblica non è necessario il consenso<sup>40</sup>, la volontarietà presuppone la consensualità, intesa in senso ampio, non certo come espressione di un consenso in senso tecnico.

Ma anche con riguardo a questo profilo sorge un quesito: è realmente libero e consapevole un atto volontario, prestato dai singoli soggetti della collettività che si trovano in una una condizione di diffusa e stratificata vulnerabilità?

Il concetto di vulnerabilità, di recente utilizzato dalla scienza giuridica<sup>41</sup> per apprestare tutela e protezione a soggetti connotati da particolari situazioni di debolezza, assume oggi una dimensione planetaria, coinvolgendo l'intera collettività mondiale, indebolita dal dilagare del virus e dalle incertezze scientifiche, e perciò richiede una profonda rimediazione e rivisitazione da parte del giurista alla stregua di nuovi parametri di riferimento, aventi valenza globale<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> C. COLAPIETRO – F. LAVIOLA, *I trattamenti di dati personali in ambito sanitario*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, Torino, 2019

<sup>41</sup> Sulla vulnerabilità esistenziale, *ex aliis*: E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2020, 283 ss.; A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2019, 41 ss.; N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali Società italiana degli studiosi del diritto civile*, 2, 2018, 3 ss.; M.G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. "Status" e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2017, 365 ss.

<sup>42</sup> Cfr. al riguardo P. NURRA, *Diritto globale amministrativo sanitario - il caso covid-19*, in *GiustAmm.it*, 2020 fasc. 5, 1 ss.

In questo scenario la “volontarietà” dell’utente potrebbe ridursi a vuoto formalismo. Indicative appaiono le Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679<sup>43</sup>, le quali, seppure non direttamente applicabili dal momento che il trattamento per fini di sanità pubblica non richiede il consenso, evidenziano tuttavia criteri di valenza generale imperniati sui principi di volontarietà: in tutti i casi di evidente squilibrio tra le parti, ed in particolare ove appaia “qualsiasi elemento di costrizione, pressione, o incapacità di esercitare il libero arbitrio”, il consenso non potrebbe dirsi legittimamente prestato (art. 29).

In buona sostanza la vulnerabilità soggettiva interferisce incisivamente sulla effettiva volontarietà della decisione di ricorrere allo strumento dell’app immuni.

Occorre a questo punto chiedersi se il valore che pareva tirannico, la salute, rischi con questa scelta – anche alla luce dei dati, certamente non confortanti, emersi in ordine al suo utilizzo – di non ricevere la tutela eccezionale di tipo emergenziale alla quale aspira. La volontarietà, anche se orientata da adeguate campagne di informazione e promozione, parrebbe non permettere il raggiungimento del c.d. *download* capillare (secondo la necessità stimata nella misura del 60%), *a fortiori* ogni qualvolta un numero significativo di soggetti, nonostante abbia proceduto a scaricare l’applicazione, non porti con sé lo smartphone o ancora se non vengano effettuati i tamponi.

##### **5. Riflessioni conclusive.**

La normativa è stata ritenuta conforme alle Linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati adottate il 21 aprile 2020<sup>44</sup>, ed ha ottenuto il parere positivo dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali<sup>45</sup>, che ha infatti ritenuto il sistema di *contact tracing* prefigurato non in contrasto con i principi di protezione dei dati personali, reputando la disciplina “sufficientemente dettagliata quanto ad

---

<sup>43</sup> Tra gli altri, V. CUFFARO, *op. cit.*

<sup>44</sup> Linee-guida 04/2020 sull’uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell’emergenza legata al COVID-19, disponibili in <https://edpb.europa.eu/>

<sup>45</sup> Trattasi più in particolare del “Parere iscritto nel Registro dei provvedimenti n. 79 del 29 aprile 2020” con il quale il Garante della privacy ha riconosciuto la conformità del sistema al regolamento europeo e alle linee guida predisposte il 21 aprile dal Comitato europeo per la protezione dei dati. Lo stesso Garante ha poi adottato il 1° giugno 2020 il “Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 - App Immuni”.

articolazione del trattamento, tipologia dei dati raccolti, garanzie accordate agli interessati, temporaneità della misura". Profili di criticità ha invece riscontrato il COPASIR, con riguardo alla sicurezza dei dati, all'accesso e alla manipolazione per finalità di diversa natura: politica, militare, sanitaria o commerciale<sup>46</sup>.

In via conclusiva va evidenziato che, nel doveroso e costante bilanciamento tra valori, apparentemente, "contrapposti" ma positivamente contemperabili, si realizza la virtuosa sinergia tra le istanze personaliste e quelle solidariste che stanno alla base della vita collettiva<sup>47</sup>. Non esistono – come ha ricordato più volte la Consulta<sup>48</sup> – diritti tiranni: essi vivono in equilibrio dinamico e duttile, capace di adeguarsi alle esigenze di volta in volta manifestate dalla realtà sociale.

La protezione dati è, infatti, un diritto inquieto, perché in costante dialettica con una tecnica mai eguale a se stessa, ma anche con i molteplici interessi, individuali e collettivi, che di volta in volta ne lambiscono i confini.

La *funzione sociale* è il punto di forza della protezione dei dati personali, teleologicamente proiettata alla tutela degli interessi della collettività, e mai come oggi essa si rivela indispensabile, rappresentando il punto di equilibrio tra libertà e tecnica, tra persona e società, se corredata da efficienti garanzie.

Significativamente entra in gioco il rapporto tra la qualità delle regole e l'assetto dei valori storicamente emergente in una società<sup>49</sup>, pur essendo il covid un problema globale, difficilmente risolvibile con logiche di mera localizzazione della risposta giuridica<sup>50</sup>.

Ed allora perché non utilizzare, nella prospettiva della promozione ed incentivazione della qualità delle regole, con l'ottimizzazione della tecnologia e la minore invasività

---

<sup>46</sup> Per più ampi riferimenti v. *retro* § 2.1.

<sup>47</sup> Giova certamente il rinvio all'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Privacy" digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Il Foro napoletano*, 2018, fasc. 2, 481 ss.

<sup>48</sup> Corte costituzionale, 9.04.2013, n. 85, in *Foro amministrativo*, 2013, 115, la quale evidenzia che l'intervento del legislatore deve rispettare un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, non essendo consentita «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette».

<sup>49</sup> Sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012.

<sup>50</sup> Particolarmente significativi appaiono gli studi di Natalino Irti, già dal contributo: N. IRTI, *Geo-diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2001, fasc. 4, 461 ss.

possibile – come afferma il Garante<sup>51</sup> – adeguate ed efficienti modalità di trasparenza ed informazione che garantiscano la consapevolezza dei cittadini, e, nel quadro dei canoni di *accountability*<sup>52</sup>, una maggiore responsabilizzazione dei soggetti coinvolti dal trattamento dati.

Il principio di *accountability* nel regolamento (UE) 2016/679 è posto a base dell'intera disciplina europea in materia di protezione dati personali<sup>53</sup>, secondo criteri di imputazione diversi da quelli tradizionali, non solo rimediale, ma anche educativi, per sollecitare il titolare del trattamento ad adottare condotte virtuose, utilizzando misure tecniche ed organizzative adeguate alla natura, all'ambito di applicazione, al contesto e alle finalità dei trattamenti.

Una prospettiva auspicabile sarebbe quella di valutare l'incidenza del trattamento dati, non solo, in termini di sicurezza delle informazioni, ma anche in ordine al loro impatto etico e sociale.

In questo quadro appare utile, oltre al ricorso alle sanzioni amministrative espressamente previste, anche l'applicazione in via giudiziale di danni esemplari o punitivi<sup>54</sup>, aventi carattere afflittivo sanzionatorio e di *deterrence*, al fine di promuovere buone pratiche, disincentivando condotte lesive. Misure che, in ragione della plurioffensività della condotta e della diversità dei beni protetti, potranno trovare applicazione anche in via cumulativa.

---

<sup>51</sup> V. *retro* nt. 42.

<sup>52</sup> G. AMORE, *Fairness*, "Transparency" e "Accountability" nella protezione dei dati personali, in *Studium iuris*, 2020, fasc. 4, 414 ss.; G. FINOCHIARO, *Il principio di "accountability"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, fasc. 12, 2778 ss.

<sup>53</sup> V. in particolare: B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *Diritti fondamentali.it*, 2020, fasc. 2, 326 ss.; F. MAZZONI, *Regolamento Europeo 2016/679: alcune normazioni di riferimento per declinare sul campo il principio dell'"accountability"*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, fasc. 1-2, 197 ss.

<sup>54</sup> L'argomento evoca il più ampio dibattito sul quale recentemente, come noto, sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite. Per la Cassazione, Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro italiano*, 7-8, 2018, I, 2503: "non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi".