

Flessibile diritto: il diritto alla protezione dei dati personali nella *lockdown exit strategy* europea

di Anna Maria Campanale

Abstract: Flexible right: the right to personal data protection in EU lockdown exit strategy – A new right has been emerging from the collision between fundamental rights generated by the emergency measures to contain the Covid-19 epidemic. This is the right to data protection, which has taken on considerable importance in public health protection strategies, especially with regard to contact tracing measures. Conceived as “flexible”, this right can play a crucial role in ensuring the effectiveness of government measures. Through the analysis of acts and documents of the European institutions, this paper aims to discuss its problematic implications, placing it within the broader framework of EU legal principles.

Keywords: Fundamental Rights; Right to Data Protection; Contact Tracing; Effectiveness of Data-based Initiatives.

2569

1. La “nuda vita” e la dignità

Un paradosso attraversa la riflessione su quella che Jean-Luc Nancy ha chiamato “l’eccezione virale”¹, che ha contrapposto diritti di biosicurezza a diritti di libertà: può un diritto fondamentale essere più fondamentale di altri diritti fondamentali? I tentativi volti a stilare una sorta di gerarchia dei diritti fondamentali hanno suscitato un acceso dibattito, fino al suo margine più tagliente che ha posto in discussione, insieme al diritto alla salute, il diritto alla vita come *conditio sine qua non* dell’esercizio degli altri diritti. Il diritto alla vita, riconosciuto come “diritto inerente alla persona umana” dall’articolo 6 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966 e che, nel susseguirsi dei *General Comments* del Comitato dei diritti umani², si è confermato come *suprem right*, diritto supremo nel senso che, etimologicamente, sta al di sopra degli altri diritti, non ammette deroghe, neanche di fronte ad un’emergenza pubblica quale può essere una pandemia. Fondamentale per tutti gli altri diritti umani³, di cruciale importanza sia per l’individuo che per l’intera società, prerequisite per il godimento dei diritti umani, riconosciuto e

¹ J.-L. Nancy, *Eccezione virale*, in “Antinomie” (<https://antinomie.it/index.php/2020/02/27/eccezione-virale/>).

² Comitato dei diritti umani, *General Comment*, n. 6 del 1982, n. 14 del 1984 e n. 36 del 2018 (rispetto alla definizione che qui interessa, il *General Comment* n. 36 utilizza il plurale anziché il singolare come nei due precedenti, in riferimento all’emergenza pubblica).

³ *General Comment* n. 14.

protetto per ogni essere umano⁴, il diritto alla vita è stato terreno di scontro di opposte prospettive - e di, più o meno ovvie, interpretazioni-, sul piano della teoria, e di divergenti politiche di sanità pubblica, sul piano della prassi.

Per il primo profilo, è stata proposta una lettura, della quale è portavoce Giorgio Agamben, che si è affacciata già nella fase iniziale della gestione del contenimento del contagio, e che ha posto in modo radicale il problema della coesistenza dei diritti. La tesi di fondo, per la quale lo stato d'eccezione ha oggi perso il suo carattere di misura straordinaria e si è rovesciato nel suo contrario, cioè in un normale paradigma di governo⁵, che avrebbe trovato una concreta riprova nella decretazione d'urgenza dei primi mesi dell'emergenza sanitaria, è sostenuta dall'idea che ci si troverebbe di fronte ad un tentativo da parte dei media e delle autorità di "diffondere un clima di panico provocando un vero e proprio stato di eccezione, con gravi limitazioni dei movimenti e una sospensione del normale funzionamento delle condizioni di vita e di lavoro (...). Così, in un perverso circolo vizioso, la limitazione della libertà imposta dai governi viene accettata in nome di un desiderio di sicurezza che è stato indotto dagli stessi governi che ora intervengono per soddisfarlo"⁶. Questa perenne condizione di emergenza ha ridotto la vita ad una condizione puramente biologica, la "nuda vita", spogliata di ogni libertà, sacrificata alle cosiddette "ragioni di sicurezza", con l'esito paradossale di condannare gli uomini a vivere in un perenne stato di paura e di insicurezza"⁷, che, anziché unirli, "li acceca e separa". Alla tesi "la vita, prima di tutto"⁸ è stata così opposta la tesi "la dignità, prima di tutto"⁹, riecheggiando, dopo secoli, quel severo giudizio etico di Benjamin Franklin per il quale "those who

⁴ *General Comment* n. 36.

⁵ Tesi che G. Agamben aveva iniziato a delineare in *Stato di eccezione*, Torino, 2003. Sullo stato d'eccezione, o di emergenza, non ci si può soffermare qui. Limitatamente all'epidemia da Covid-19 e all'uso delle tecnologie, in particolare riferimento al *contact tracing*, cfr. Colapietro e 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", 2/2020, p. 816; M. Plutino, "Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, in "Dirittifondamentali.it", 2/2020, 607 ss., A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in "BioLaw Journal", Special Issue 1/2020, 609 ss.

⁶ Id., *L'invenzione di un'epidemia*, in "Quodlibet" (<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>). L'invenzione di un'epidemia sarebbe pertanto "il pretesto ideale" per ampliare oltre ogni limite provvedimenti d'eccezione.

⁷ Id., *Chiarimenti*, in "Quodlibet" (<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>).

⁸ Nel numero di *Repubblica* del 29 maggio, in un fondo intitolato *La vita, prima di tutto*, e dedicato a "la salute, la Costituzione e i doveri dello Stato", Gustavo Zagrebelsky scrive: "Se c'è un diritto ugualitario che riguarda tutti (...) questo è la salute che, nei casi estremi, si confonde con il diritto alla vita".

⁹ Cfr., *ex multis*, V. Baldini, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in "Dirittifondamentali.it", 2/2020, 198 ss.; Intervista a J. Habermas e K. Günther, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"* in "Giustizia insieme" (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2>). E, sul piano del circuito mediatico-politico, l'attacco di Paolo Becchi a Zagrebelsky, che, da un twitter, è stata ripresa da *Libero*.

would give up essential Liberty to purchase a little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety”¹⁰.

Sul piano della prassi, questa opposizione tra vita in senso debole, cioè una vita come mera sopravvivenza, e vita in senso forte, cioè una vita all’insegna dei diritti di libertà, ha generato in Europa¹¹, almeno nella prima fase di diffusione del virus¹², il confronto tra due modelli di risposta al diffondersi dell’epidemia, quello di paesi mediterranei, come l’Italia, la Spagna e, per alcuni profili, la Francia, e quello anglosassone e di alcuni Paesi nordeuropei, come la Svezia. Il primo modello si avvicina a quello descritto da Foucault in *Sorvegliare e punire*¹³, all’inizio del capitolo dedicato al Panoptismo, quando tratteggia una città assediata dalla peste della fine del XVII secolo. Limitare il più possibile gli spostamenti sul territorio, chiudere luoghi pubblici, sorvegliare gli spazi aperti, controllare il comportamento dei singoli individui, l’illusione di «un potere che si esercita senza interruzioni, secondo una figura gerarchica continua, in cui ogni individuo è costantemente reperito, esaminato e distribuito tra i vivi, gli ammalati, i morti»¹⁴. Anziché tentare la problematica militarizzazione del territorio, l’altro modello intende governare un evento biologico regolandolo dall’interno, ad esempio: sfruttandone le sue stesse caratteristiche; studiandone l’evoluzione naturale per carpirne le debolezze e ritardarne, non impedirne, la diffusione; mettendo a profitto del governo il sistema immunitario dei singoli individui nella sua capacità di diffondere naturalmente nella società gli strumenti per rendere inoffensivo il contagio, tenendo in conto un danno nell’ambito delle fasce deboli, pur predisponendo nei loro confronti una protezione sanitaria rafforzata, a vantaggio delle fasce più produttive della popolazione e del sistema economico nel suo complesso. Si confrontano così due biopolitiche¹⁵, con relative bioregolazioni: la prima, proiezione del paradigma della vita in senso debole, da tutelare indipendentemente dai costi sul piano dei diritti di libertà, la seconda, in una torsione della relazione tra vita e libertà, riflesso della vita in senso forte in chiave

¹⁰ L.W. Labaree, ed., *The Papers of Benjamin Franklin* vol. VI, New Haven (CT), 1963, 242. È appena il caso di sottolineare che la sicurezza di cui discute Franklin è quella dello Stato e nello Stato, mentre qui si fa riferimento anche alla sicurezza umana e, in particolare, alla sicurezza sanitaria: una distinzione, da più parti sottolineata, tra una visione stato-centrica e una visione antropo-centrica. Così, simmetricamente, occorre distinguere in questo contesto il concetto di *salus publica* (*salus publica suprema lex esto*) dal concetto di salute pubblica o collettiva.

¹¹ Non si prendono qui in considerazione quei governi extra-europei segnati da leadership di matrice populista, come gli Stati Uniti di Donald Trump, il Brasile di Jair Bolsonaro e la Russia di Vladimir Putin, che hanno minimizzato, per lo meno sinché hanno potuto, la pericolosità dell’epidemia a fini di consenso interno.

¹² In una seconda fase, la risposta probabilmente si è maggiormente uniformata, in quanto l’estrema e non prevista contagiosità del virus ha costretto anche i Paesi più restii ad adottare il “modello della chiusura obbligatoria” e ad emanare provvedimenti più restrittivi; in ogni caso, il confronto dei due modelli, seppure espressione di una reazione immediata, è significativo perché evidenzia due diverse culture politico-giuridiche.

¹³ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, tr. it a cura di A. Tarchetti, Torino, 1976.

¹⁴ Ivi, 215.

¹⁵ Malgrado l’appello dell’8 aprile 2020 del Direttore Generale dell’OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, attraverso Twitter, a non politicizzare il virus.

economica - una sorta di neodarwinismo sociale ed economico -, propria dei “neoliberali fautori dell’immunità di gregge”¹⁶; un “neoviralismo”, è stato detto, “trascrizione a livello sanitario del neoliberalismo economico e sociale”¹⁷.

2. Un diritto flessibile

Nella collisione tra questi diritti di antica e gloriosa tradizione, se ne distingue uno, *prima facie* periferico rispetto agli altri che occupano una posizione centrale, con il quale le politiche di salute pubblica europea nella fase post-emergenziale si stanno confrontando, in particolare a proposito delle misure adottate dagli Stati membri nella risposta ai nodi problematici costituiti dall’uso di app di *contact tracing*¹⁸: quello della protezione dei dati personali. Un diritto di nuova

¹⁶ M. Riva, *La biopolitica della morte*, in “Antinomie” (<https://antinomie.it/index.php/2020/06/02/la-biopolitica-della-morte/>). Richiamando la distinzione aristotelica tra *zoe* – la “mera” vita (biologica) e *bios*, la “buona” vita, l’A., con uno sguardo che apre alla situazione politica statunitense, afferma: “Una contrapposizione assurda, visto che non c’è *Bios* senza *Zoe*, non ci può essere “buona” vita senza “mera” vita, e senza una cura di quest’ultima la cura della prima rischia di non avere senso (né esistenziale né economico). Ma una contrapposizione che può funzionare *politicamente*, visto che senza *Bios*, senza una ricetta per una “buona” vita (economica), *Zoe*, la “mera” vita (biologica) per i più non solo rischia di non aver “senso” o “valore,” ma va addirittura rischiosa – a meno che non si tratti della propria e in certi casi anche se” (*ibidem*).

¹⁷ J.-L. Nancy, *Neoviralismo*, in “Antonomie” (<https://antinomie.it/index.php/2020/05/11/neo-viralismo/>). Con sottile, tragico, sarcasmo, disegna i contorni degli ideologi di questa nuova corrente di pensiero, nuovi “maestrini” che “arrivano tardi, e riscrivono la storia”, che sostengono “una sudditanza del sapere al potere, a sua volta ignaro o machiavellico”, che denunciano l’errore del confinamento, spiegando che “lasciando mano libera al virus e alle immunità crescenti otterremo, con il minor costo economico possibile, il miglior risultato possibile. Il costo umano sarebbe limitato a una leggera accelerazione delle morti prevedibili prima della pandemia”.

¹⁸ Cfr. Colapietro e 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*, cit., 803 ss.; M. Plutino, “*Immuni*”. Un’*exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, cit., 585 ss.; G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell’emergenza COVID-19*, in “Giustizia Civile.com”, Editoriale del 5 maggio 2020; F.P. Micozzi, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l’emergenza coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in “BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto”, Special Issue 1/2020, 623. M. D’Ambrosio, *Tracciamento tecnologico del contagio*, in “Actualidad Juridica Iberoamericana”, 12 bis, Mayo 2020, 868 ss. L. McGregor, *Contact-tracing Apps and Human Rights*, in “EJIL:Talk!” (<https://www.ejiltalk.org/contact-tracing-apps-and-human-rights/>) In riferimento alla fase 1 e con particolare attenzione al mondo del lavoro E. Dagnino, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in “Giustizia Civile.com Emergenza Covid-19 – Speciale n. 1”, 61 ss. e F. Bacchini, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in “Giustizia Civile.com Emergenza Covid-19 – Speciale n. 1”, 115 ss., e, per la fase 2, Cfr. L. D’Arcangelo, *Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell’epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in “Giustizia civile.com” (08/05/2020). A sottolineare la complessità, anche normativa, della questione in analisi, il Ministero per l’Innovazione tecnologica e la digitalizzazione, in accordo con il Ministero della Salute, ha istituito, con il d.l. 31 marzo 2020, un gruppo multidisciplinare di esperti per valutare e proporre soluzioni tecnologiche *data-driven* per la gestione dell’emergenza sanitaria, economica e sociale legata alla diffusione del Covid-19. Tra le finalità da raggiungere, compaiono anche “analisi e studio delle problematiche connesse alla raccolta, conservazione ed elaborazione dei dati relativi all’emergenza in atto sotto il profilo giuridico, economico, sociale, sanitario ed ambientale, e

generazione, si direbbe: nell'era della *digital society*, su quella che si potrebbe chiamare la soglia di postmodernità biologica di una società¹⁹, c'è chi intravede un mutamento dell'*homo sapiens*: l'*homo connectus*²⁰, che fa addirittura ipotizzare un nuovo stadio evolutivo dell'uomo, il "nativo digitale"²¹. Rileggendo il corpo fisico come corpo elettronico, Stefano Rodotà colloca la tutela dei dati personali fuori da una logica proprietaria e sollecita ad una rinnovata visione della persona e dei suoi diritti²². Riflesso di un nuovo paradigma antropologico, e tuttavia espressione di una sedimentazione di diritti, dai diritti di libertà, a quello della riservatezza, il diritto alla protezione dei dati personali svela la sua centralità individuando una traiettoria che procede dall'*habeas corpus* all'*habeas data*²³. E porta con sé la traccia di questo auspicato rinnovamento, mostrando, già nella sua genesi, un'intrinseca, nuova, razionalità adattiva.

Tale diritto, infatti, si sottrae alla radicale logica dell'aut/aut propria della rinuncia o del sacrificio²⁴, essendo concepito, come si legge al Considerando 4 del Regolamento generale sulla protezione dei dati alla luce della sua funzione sociale che lo pone al servizio dell'uomo. Il non avere una "prerogativa assoluta" non fa di questo diritto fondamentale un diritto debole, anzi: proprio in questa presunta debolezza risiede la sua forza, poiché lo pone al riparo dalla facile tentazione della tirannia dei valori di schmittiana memoria e lo rende aperto alle emergenti richieste della società. Il suo carattere duttile viene infatti posto in evidenza e

"analisi e individuazione del quadro normativo di riferimento nazionale ed europeo con particolare riferimento alla disciplina in materia di protezione dei dati personali e ricostruzione comparativa delle soluzioni adottate in altri ordinamenti, nel contesto Ue ed extra Ue" (<https://innovazione.gov.it/assets/docs/DM%20Gruppo%20di%20lavoro%20COVID%2019-signed.pdf>)

¹⁹ Il riferimento è, come è noto, all'espressione di Michel Foucault, che segna, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo, la "soglia di modernità biologica di una società", per la quale i processi della vita umana, tra cui anche le epidemie, vengono presi in carico dal potere e dal sapere che esso produce, attivando una proliferazione di tecnologie politiche che investono l'intero campo dell'esistenza dell'uomo (*La volontà di sapere*, tr. it. di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, 2004, 126-127).

²⁰ Cfr. F. Keuper, M. Schomann, L.I. Sikora (hrsg.), *Homo Connectus*, Wiesbaden, 2018.

²¹ P. Fabbri, *Nativi digitali*, Mondadori, Milano, 2011. Cfr. L. Floridi (a cura di) *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer Open, 2015.

²² In riferimento al progetto di un *Internet Bill of Rights*, che, nella lettura di Rodotà, assume i contorni di un documento costituzionale che definisce una nuova cittadinanza planetaria attraverso i diritti in esso riconosciuti, si legge: "Siamo di fronte ad un nuovo intreccio tra la 'costituzionalizzazione' della persona, ben visibile ad esempio nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e la dimensione della Rete, che non solo propone diritti nuovi, ma impone una rilettura degli stessi diritti tradizionali". (Intervento al *Dialogue Forum on Internet Rights*, Roma il 27 settembre 2007, http://www.europeanrights.eu/public/comments/Intervento_Rodota.pdf).

²³ L'espressione è di Rodotà, che istituisce un parallelismo tra la *Magna Charta* e l'*Internet Bill of Rights*, e simmetricamente, tra l'*habeas corpus*, per il suddito inglese medievale e l'*habeas data*, per il cittadino del mondo globale contemporaneo (*ibidem*).

²⁴ Ritengono falsa l'alternativa tra i diritti in gioco C. Colapietro e 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", 2/2020: "È da contestare con decisione, invece, lo sbandierato *trade-off* fra salute e privacy: si tratta di una falsa alternativa perché tra i due diritti fondamentali non vi è un rapporto di esclusione." (832).

richiamato dalle *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* dell'European Data Protection Board adottate il 21 aprile 2020, che, al punto 2 dell'*Introduzione* sottolinea la premessa 'ideologico-giuridica' dalla quale ha preso l'avvio il processo di tutela dei dati personali: "il quadro giuridico in materia di protezione dei dati è stato concepito per essere flessibile". Questa flessibilità²⁵, in negativo, impedisce il conflitto tra diritti, in positivo, favorisce l'efficacia delle misure per il superamento delle crisi, in generale, della crisi sanitaria in atto, in particolare.

In questo senso trova conferma l'affermazione della Presidente, Andrea Jelinek, nel parere espresso dall'EDPB nella *Lettera* del 14 aprile 2020 in merito al progetto delle *Linee-guida*: "Il Comitato ha ribadito più volte che l'attuazione dei principi di protezione dati e il rispetto di diritti e libertà fondamentali non costituiscono soltanto un obbligo di legge, ma anche un presupposto indispensabile per rafforzare l'efficacia di ogni iniziativa che voglia utilizzare i dati nel contrasto alla diffusione del Covid-19, nonché nella definizione delle strategie di uscita graduale dall'emergenza"²⁶. La doppia valenza rilevata – il rispetto dei diritti fondamentali come obbligo e come condizione di efficacia – consente dunque a tale diritto di offrire un apporto concreto per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, evitando tuttavia un duplice rischio: di essere scarsamente funzionale, individuando un numero troppo circoscritto di obiettivi, e, di contro, di essere strumentale a qualsiasi fine. La sua duplice qualità funge infatti da correttivo nell'individuazione di finalità coerenti con il proprio principio generatore, escludendo scopi inadeguati o addirittura contrari alla dignità dell'uomo, e allontanando possibili distorsioni nella prassi del principio stesso. In tal modo, la sua natura adattiva, che non può mai rovesciarsi in una sorta di abdicazione al principio di libertà dal quale esso discende, gli conferisce quell'attitudine a regolare la realtà che Aristotele ritrovava nel regolo di Lesbo²⁷. Significativo, in questo senso, il punto 4 dell'*Introduzione* delle *Linee Guida*: "il Comitato ritiene, in via generale, che i dati e le tecnologie utilizzati per contribuire alla lotta al Covid-19 debbano servire a dare maggiori strumenti alle persone, piuttosto che a controllarle, stigmatizzarle o reprimerne i comportamenti"²⁸.

Se, nelle *Conclusioni*, il Comitato europeo per la protezione dei dati rileva la problematica alternativa di fronte alla quale la pandemia da Covid-19 ha posto

²⁵ Il titolo di queste pagine, *Flessibile diritto*, richiama il noto titolo di uno scritto di Jean Carbonnier, *Flessibile diritto. Per una del diritto senza rigore* (ed. it. a cura di A. De Vita, Milano, 1997).

²⁶ EDPB, *Lettera alla Commissione sul progetto di Linee-Guida per app di contrasto alla pandemia COVID-19*, 14 aprile 2020, di pochi giorni precedente le *Linee guida* adottate il 21 aprile 2020, richiesto da Olivier Micol (Head of Unit European Commission DG for Justice and Consumers Unit C.3 – Data protection).

²⁷ Nel libro V dell'*Etica Nicomachea*, Aristotele, discutendo dell'equità, utilizza la similitudine del "regolo di piombo usato nella costruzione di Lesbo: il regolo si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido" (ed. it. a cura di C. Mazzarelli, Milano, 1993, 223).

²⁸ Nella *Lettera*, cit., si anticipa: "le app in questione non sono piattaforme per l'allarmismo sociale o per la stigmatizzazione".

ogni individuo: “a nessuno dovrebbe essere chiesto di scegliere tra una risposta efficace all’attuale crisi e la tutela dei diritti fondamentali”, immediatamente dopo si dice sicuro della possibilità concreta di superarla: “entrambi gli obiettivi sono alla nostra portata, e i principi di protezione dei dati possono svolgere un ruolo molto importante nella lotta contro il virus. Il diritto europeo in materia di protezione dei dati consente l’uso responsabile dei dati personali per la gestione della salute, garantendo al contempo che non siano erosi i diritti e le libertà individuali”²⁹. La sua duttilità, infatti, elude già in premessa la sua erosione, poiché lo colloca al di là della logica conflittuale e al di qua di quella cooperazionale.

3. La fiducia tra responsabilità e solidarietà

Ai principi applicabili al trattamento di dati personali enunciati all’art. 5 del GDPR³⁰ - liceità, correttezza e trasparenza, limitazione della finalità, minimizzazione dei dati, esattezza, integrità e riservatezza, responsabilizzazione - inseriti nella più ampia cornice dei principi generali di efficacia, necessità e proporzionalità, come si può leggere al punto 4 dell’*Introduzione* delle *Linee guida*³¹, la dottrina ha, naturalmente, dedicato un’attenta analisi³². In queste brevi riflessioni si intende invece accennare ad alcuni principi retrostanti e interdipendenti, che, pur non espressamente dichiarati, innervano quelli citati e sostengono le strategie prescelte, tanto nella fase di graduale superamento dell’emergenza, tanto, come il Comitato europeo avverte nella *Conclusione*, in quella che seguirà al termine della crisi sanitaria³³.

²⁹ “La composizione fra i due valori è sempre possibile attraverso un’operazione di ragionevole bilanciamento anche se in taluni casi può risultare particolarmente gravosa” (C. Colapietro e 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*, cit., 832). Si può affermare che, in questo caso, almeno dal punto di vista del Comitato, non debbano esserci costi per i diritti.

³⁰ In riferimento ai dati personali: liceità, correttezza e trasparenza, limitazione della finalità, minimizzazione dei dati, esattezza, integrità e riservatezza; in riferimento al titolare del trattamento: responsabilizzazione.

³¹ “I principi generali di efficacia, necessità e proporzionalità devono guidare qualsiasi misura adottata dagli Stati membri o dalle istituzioni dell’UE che comporti il trattamento di dati personali per combattere il COVID-19”. Come è noto, il principio di proporzionalità è fissato dalla Carta di Nizza all’art. 52, che definisce la portata dei diritti in essa proclamati e garantiti.

³² Cfr., tra gli altri, con particolare attenzione al catalogo dei principi del trattamento di cui all’art. 5 Regolamento, v. C. Colapietro, A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., 106 ss., in cui, come sottolineano gli AA., si evidenzia “la progressiva trasformazione dell’approccio delle istituzioni europee in materia, che passa da una configurazione prevalentemente orientata al mercato ad una, invece, più garantista nei confronti dei diritti fondamentali della persona umana” (Colapietro e 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*, cit., 817-818)

³³ Il Comitato si mostra consapevole dei rischi insiti in misure eccezionali, e, nell’ottica di una comune partecipazione attiva, affida ad ogni individuo il compito di garantire che le misure adottate rispondano ai principi applicabili al trattamento dei dati personali: “Il mondo si trova ad affrontare una grave crisi sanitaria che richiede risposte forti, il cui impatto si manifesterà anche oltre il termine di questa emergenza. Il trattamento automatizzato dei dati

Si è già richiamata l'ovvia importanza che l'efficacia, sia come principio generale che come disposizione a rendere concrete le misure da adottare, ha nell'orientare l'individuazione della risposta all'emergenza, e si è rilevato come l'attuazione dei principi di protezione dati e il rispetto di diritti e libertà fondamentali ne costituiscono un indispensabile condizione al fine di potenziare l'efficacia delle stesse misure³⁴. In una specie di costruzione a cerchi concentrici, condizione di questa condizione è la fiducia, che nasce nei cittadini dalla certezza della garanzia dei diritti fondamentali, che si è detto essere presupposto di efficacia. Se la Raccomandazione della Commissione europea dell'8 aprile 2020, al Considerando 14, pone la fiducia del pubblico come uno dei fattori importanti dai quali dipende l'efficacia delle applicazioni mobili³⁵, nella Comunicazione della Commissione europea del 17 aprile 2020, che verte specificamente sul problema della protezione dei dati posto dall'utilizzo delle app, e che annuncia le *Linee guida*, si definisce già in apertura la fiducia come *conditio sine qua non* dell'adozione delle app e, dunque, presupposto della loro efficacia³⁶. È tuttavia al punto 3, *Elementi per un uso fiduciario e responsabilizzato delle app*, che si pone in luce la centralità della fiducia³⁷ nel duplice riferimento all'efficacia e ai principi applicabili al trattamento

e le tecnologie digitali possono essere elementi chiave nella lotta al Covid-19. Tuttavia, occorre guardarsi dal rischio di effetti irreversibili. Spetta a noi tutti garantire che ogni misura adottata in queste circostanze eccezionali sia necessaria, limitata nel tempo, di portata minima e soggetta a un riesame periodico ed effettivo nonché a una valutazione scientifica”.

³⁴ V. *supra*.

³⁵ Raccomandazione (UE) 2020/518 “relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità” dell'8 aprile 2020: “Altri fattori importanti sono la fiducia del pubblico nella tutela dei dati con misure di sicurezza adeguate e nel relativo utilizzo esclusivamente per allertare le persone che potrebbero essere state esposte al virus”. Anche la *Lettera*, cit., che segue di pochi giorni la Raccomandazione, torna a parlare di fiducia, evidenziando la stretta relazione con i principi di protezione dei dati: “l'adozione volontaria va di pari passo alla fiducia individuale, e ciò sottolinea ulteriormente l'importanza dei principi di protezione dati”.

³⁶ Comunicazione CE “Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati” (2020/C 124 I/01) del 17 aprile 2020: “Conditio sine qua non per lo sviluppo, l'accettazione e l'utilizzo di tali app da parte delle persone è la fiducia. I cittadini devono essere certi che è garantito il rispetto dei diritti fondamentali e che le app verranno utilizzate solo per finalità specificamente definite, che non saranno utilizzate per la sorveglianza di massa e che le persone continueranno ad avere il controllo dei propri dati. Su questo presupposto si fondano la precisione e l'efficacia di tali app nel contenere la diffusione del virus”.

³⁷ Se si vuol seguire una sorta di linea evolutiva dell'attenzione alla dimensione della fiducia, già nella risalente Direttiva 2002/58/CE, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, il richiamo alla fiducia è presente come una delle condizioni di sviluppo dei servizi di comunicazione elettronica: “L'accesso alle reti digitali mobili è ormai a disposizione e alla portata di un vasto pubblico. Queste reti digitali hanno grandi capacità e possibilità di trattare i dati personali. Il positivo sviluppo transfrontaliero di questi servizi dipende in parte dalla fiducia che essi riscuoteranno presso gli utenti in relazione alla loro capacità di tutelare la loro vita privata”. Successivamente, il GDPR, del 27 aprile 2016, seppur limitatamente all'interesse per lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno all'Unione, sottolinea l'importanza di creare un clima di fiducia. Al punto 3 dell'*Introduzione* delle *Linee guida*, il Comitato riprende

dei dati personali fissati dal GDPR, che vengono sviluppati in un'accurata analisi. È importante sottolineare l'uso dell'espressione 'opinione pubblica' relativamente alla possibilità di accrescerne la fiducia con la conseguente accettazione delle app. In un clima di insicurezza e di timore, che sia artificialmente indotto, come la lettura di Agamben propone, oppure no, si delinea l'alto rischio che l'opinione pubblica si formi, all'interno della società civile, non come vorrebbe Jürgen Habermas, attraverso la discussione razionale di diverse correnti di pensiero³⁸, ma attraverso un crescendo di emozioni, che ha indotto Paul Virilio a declinare l'opinione pubblica in «emozione pubblica»³⁹. Da qui la sollecitazione a creare un "clima di fiducia"⁴⁰, un ambiente, un contesto di condizioni sociali⁴¹, e non solo, che possa favorire l'autentica realizzazione degli intenti dai quali le strategie di gestione dell'emergenza muovono.

Non meno della fiducia, come il titolo *Elementi per un uso fiduciario e responsabilizzato delle app* induce a ritenere, rileva l'altro principio, quello di responsabilità, particolarmente nell'ottica della necessaria relazione tra responsabilità individuale e responsabilità collettiva: nella cornice di senso offerta da questo principio, si può tentare di superare la tensione tra interesse del singolo e interesse della collettività⁴². Vi è un vivace dibattito intorno al problema dell'individuazione della base giuridica del trattamento dei dati nel *contact tracing* digitale, che si tende essenzialmente a ravvisare, da un lato, nel consenso dell'interessato, che si esprimerebbe attraverso l'adozione volontaria dell'app⁴³, dall'altro, nell'interesse pubblico per finalità di tutela della salute⁴⁴. Entrambe le

la medesima espressione 'clima di fiducia', collegandola all'efficacia delle misure per la gestione della pandemia.

³⁸ J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 2006.

³⁹ *L'arte dell'accecamento*, tr. it., Milano, 2007, 12.

⁴⁰ V. supra, n. 35. È evidente la correlazione tra i diversi gradi di fiducia e i due modelli di reazione alla pandemia a cui si è accennato *supra*: essa è più elevata in quei Paesi che hanno posto in essere strategie meno rigide di controllo dei comportamenti, mentre in quei contesti nazionali in cui essa è percepita come assai problematica, è stato maggiormente utilizzato il ricorso a provvedimenti coercitivi (minaccia di sanzioni penali, anche se poi non attuata).

⁴¹ La fiducia è il legame fondamentale del tessuto sociale attraverso il quale la società prende vita e sul quale l'interazione sociale prende forma: essa è un veicolo per generare certezza e sicurezza tanto nel rapporto orizzontale tra individuo e individuo quanto in quello verticale tra individuo e potere.

⁴² Zagrebelsky sottolinea come, in una visione ideale, alla cui realizzazione occorre tendere, il diritto alla salute sia l'unico diritto costituzionalmente garantito, a presentare al contempo una doppia dimensione, individuale e generale: "la Costituzione, consegnandoci un'idea di società giusta, proclama la salute – unico caso – non solo come diritto individuale, ma anche come interesse generale" (*La vita, prima di tutto*, cit.).

⁴³ Più precisamente, cfr. M. Plutino, "Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, cit., 593: "l'adozione volontaria, con cui è da intendere tanto, presupposta la gratuità per l'utente, il *download* facoltativo che l'installazione e l'uso volontario, sono certamente da intendere in prima battuta come un'espressione di libero consenso ad una eventuale limitazione dei diritti che ne consegue".

⁴⁴ Per la prima tesi, l'art. 5 della Direttiva CE 2002/58, gli artt. 6 e 9 del GDPR; per la seconda, l'art. 6, par.1, lett. d) ed e), e l'art. 9, par. 2, lett. i) del GPDR e l'art. 15 della Direttiva e-privacy. Ai Considerando 46, 52 e 112 si fa poi esplicito riferimento al trattamento dei dati personali, determinandone le condizioni anche relativamente alla diffusione di epidemie o comunque a malattie trasmissibili.

basi, pur nel loro preciso contorno giuridico, se inserite nella più ampia prospettiva del principio di responsabilità, si dispongono non in una opposizione polare⁴⁵, ma in una relazione inclusiva per la quale si dà convergenza tra dimensione individuale e dimensione collettiva, sollecitando ad un atteggiamento secondo l'etica, prima ancora che ad un comportamento secondo il diritto: “il Comitato accoglie con grande favore la proposta della Commissione di prevedere l'adozione di tali app su base volontaria, attraverso una scelta compiuta dai singoli nel segno di una responsabilità collettiva”⁴⁶. Tale principio potenzia quel principio di *accountability*, che ha fatto il suo ingresso nel Regolamento, e lo struttura, conferendo così una migliore efficacia ai quei mezzi che si reputano utili al superamento di una crisi. Le app “dovrebbero essere strumenti per dare alle persone la possibilità di fare la propria parte”⁴⁷.

In questa “prassi del principio responsabilità”, ricordando il sottotitolo di uno scritto di Hans Jonas⁴⁸, l'appello ad una partecipazione attiva può essere declinato come sollecitazione ad un comportamento orientato alla solidarietà⁴⁹. Tra i “valori indivisibili e universali” che costituiscono i pilastri dell'Unione europea per la Carta di Nizza, la solidarietà attraversa il testo della Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020: dopo aver ricordato che l'Unione europea si propone di promuovere i valori su cui si fonda⁵⁰, e che la solidarietà,

⁴⁵ Se si volesse cercare tra le righe del GDPR una traccia di questa lettura, può forse trovarsi nel testo del Considerando 46, dove il nesso correlativo ‘both ... and’ è inteso nella forma congiuntiva: “Some types of processing may serve *both* important grounds of public interest *and* the vital interests of the data subject as for instance when processing is necessary for humanitarian purposes, including for monitoring epidemics and their spread or in situations of humanitarian emergencies” (corsivo mio). Al contrario, nel considerando 7 della Raccomandazione dell'8 aprile 2020, la Commissione Europea, riportando il testo del GDPR, afferma: “Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data lays down the conditions for processing personal data, including data concerning health. Such data may be processed *inter alia* when a data subject gives her explicit consent *or* when processing is in the public interest as specified in Member State or Union law, in particular for monitoring and alert purposes, the prevention or control of communicable diseases and other serious threats to health (corsivo mio).

⁴⁶ *Lettera*, cit.

⁴⁷ *Lettera*, cit. E, in un passaggio precedente: “Il Comitato accoglie con favore l'iniziativa della Commissione mirante a definire un approccio coordinato a livello europeo, in cui le app per telefonia mobile possano divenire una delle misure previste per consentire alle persone di rivestire un ruolo attivo nella lotta alla pandemia (*ibidem*).

⁴⁸ H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, ed. it. a cura di P. Becchi, Torino, 1997, che, come si sa, integra lo scritto precedente, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, ed. it. a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1990.

⁴⁹ Cfr. M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in “Federalismi.it” – Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19; G. Biscontini, M.E. Comba, E. Del Prato, L.A. Mazzaroli, A. Poggi, G. Valditara, F.Vari, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in “Federalismi.it” – Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19. Sulla solidarietà, virtù dei tempi difficili, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

⁵⁰ Considerando A: “il Parlamento europeo ricorda che gli articoli 2 e 21 del trattato sull'Unione europea (TUE) sanciscono la solidarietà come un valore fondamentale dell'Unione; che l'articolo 3 TUE afferma che l'Unione europea si prefigge di promuovere i propri valori, segnatamente la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli

come gli altri valori, non è un'opzione, ma un obbligo⁵¹, pone come unica condizione del superamento della crisi la cooperazione nella prospettiva, al Considerando L, della solidarietà e responsabilità⁵² e, al punto 5, della fiducia e della solidarietà⁵³. L'intreccio delle tre dimensioni valoriali, tanto in un'ottica interstatale quanto in una intrastatale, segna così il perimetro esterno delle misure da adottare, lasciando ai principi specifici di ognuna di esse il perimetro interno che le determina nell'attuazione.

Lo Statement on *European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic* dell' European Group on Ethics in Science and New Technologies, del 26 marzo-2 aprile 2020, al paragrafo *Research and Innovation*, cita come esempio delle innovazioni tecnologiche, espressione di quell'incessante ricerca dal carattere aperto che deve sostenere le strategie di superamento della crisi sanitaria, l'ideazione delle app di *contact tracing*⁵⁴, non dimenticando di sottolineare, nelle raccomandazioni finali che individuano i modi di uscire dalla crisi, la necessità della sospensione dell'uso delle app e della distruzione dei dati raccolti⁵⁵.

Fiducia, responsabilità e solidarietà possono essere pensati allora come quei componenti indispensabili di quel vaccino sociale, accanto al vaccino anti Covid-

Stati membri così come il benessere dei suoi popoli". Cfr., *inter alia*, M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (eds), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010.

⁵¹ Considerando H: "la solidarietà tra gli Stati membri non è un'opzione bensì un obbligo previsto dai trattati e fa parte dei nostri valori europei". Sul tema, cfr. A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, tr. it. di A. Zei, Napoli, 2011.

⁵² Considerando L: l'Unione "potrà far fronte a questa crisi solo se gli Stati membri e le istituzioni europee resteranno uniti all'insegna della solidarietà e responsabilità, in un momento in cui è più che mai necessaria una voce forte e unita del Parlamento europeo".

⁵³ Punto?? 5 "riconosce che gli Stati membri, dopo aver agito unilateralmente all'inizio della crisi, hanno ormai compreso che la cooperazione, la fiducia e la solidarietà rappresentano l'unico modo per superare questa crisi" Anche nella Raccomandazione dell'8 aprile 2020, la Commissione europea, al Considerando 1, "Una crisi eccezionale di tale portata richiede un'azione risoluta da parte di tutti gli Stati membri e delle istituzioni e degli organi dell'UE, che sono chiamati a collaborare in un autentico spirito di solidarietà". Il 9 giugno, in una missiva, accompagnata da un policy paper, alla presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, sei leader europei (Danimarca, Germania, Francia, Polonia, Spagna, Belgio), interrogandosi sulla preparazione dell'Ue di fronte alla crisi sanitaria da Coronavirus, hanno rilevato la necessità di un approccio europeo comune al fine di affrontare eventuali nuove pandemie. In una visione olistica, che coinvolge settori come quelli della politica industriale, della ricerca, dei finanziamenti europei, della digitalizzazione, grande utilità è innanzitutto attribuita alla possibilità di centralizzare, monitorare e confrontare dati.

⁵⁴ "This pandemic has already provided many concrete examples of technological innovations that exemplify unwillingness to accept tragic choices in shortages of equipment, in limited functionality of equipment. In the space of a week some have developed apps which can be downloaded on to people's phones so that they have up-to-date access to public health info without geo location or tracking".

⁵⁵ Restrictions of rights and freedoms that are imposed in order to save lives in an emergency situation, however – including those implemented through technological surveillance through mobile devices through to drones and surveillance cameras – need to be removed, and data need to be destroyed, as soon as the emergency is over or infringements are no longer proportionate.

19, che l'EGE considera necessario per una duratura immunizzazione contro l'indifferenza⁵⁶.

Anna Maria Campanale
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Foggia
annamaria.campanale@unifg.it

⁵⁶ “We must live through this pandemic, and after it. We must face this situation with strength, care and solidarity – a social vaccine that accompanies our search for a COVID-19 vaccine, which has an enduring character. One that provides resilience, lasting social and economic solidarity and lasting immunity against indifference”.