

PAPER N. 41

a.a. 2019/2020

La minaccia di erosione
del diritto alla
riservatezza ai tempi
del Covid-19: la
reazione all'emergenza

MATTIA FONTANA

Trento BioLaw Selected Student Papers

I paper sono stati selezionati a conclusione del corso *BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)* a.a. 2019-2020, organizzato all'interno del Modulo Jean Monnet “BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)”, coordinato presso l'Università di Trento dai docenti Carlo Casonato e Simone Penasa.

La minaccia di erosione del diritto alla riservatezza ai tempi del covid-19:

la reazione del diritto all'emergenza

*Mattia Fontana**

ABSTRACT: The article aims to highlight the relationship between the need for the right to privacy to be compressed, as already happened for the right to freedom of movement, to better ensure the health protection of the citizens, and the possibility that such use of the so-called sensitive data, if not properly regulated and contained, may lead to the manifestation of abuses against the people to whom that information is personally attributable; and in light of all this, and in the light of how the same issue has been addressed in other international legal systems, it is necessary to understand what form the legal order should take in order to face this delicate balance.

KEYWORDS: Covid-19; contact tracing; privacy; proximity tracing; pandemic

SOMMARIO: 1. Quali dati personali rilevano durante una pandemia? – 2. Misure da adottare e limiti fisiologici. – 3. Alcuni esempi dal mondo: i possibili abusi e derive. – 4. Conclusioni

1. Quali dati personali rilevano durante una pandemia?

L'emergenza che stiamo attualmente vivendo a livello globale ha colpito ogni tipo di società esistente, in ogni parte del mondo, e di fronte ad un fenomeno improvviso e inaspettato come questo molti sono ancora i dubbi e le incertezze circa le decisioni da prendere per far fronte alla pandemia di COVID-19 (causata dal virus SARS-CoV-2): non deve sorprendere dunque che in un simile contesto, pressoché sconosciuto e senza precedenti di riferimento, anche il diritto risulti essere prudente, forse persino disorientato, in merito alla conformazione che l'ordinamento giuridico debba assumere in una situazione come questa. La risposta naturalmente è diversa di Stato in Stato, dal momento che la reazione giuridica muta, anche radicalmente, in base al substrato sociale, politico e culturale in cui l'ordinamento giuridico nazionale si è sviluppato¹. Fortunatamente, la nostra esperienza nazionale si colloca e agisce in un più ampio contesto, quello europeo, che si fonda su di una pluralità di valori e principi comuni variamente comprimibili, ma mai del tutto sopprimibili.

In seguito alle diverse disposizioni normative susseguitesi negli ordinamenti nazionali, atte a contenere la diffusione del virus nel territorio e ad introdurre nuove misure in favore di imprese, famiglie e lavoratori per contrastare i devastanti effetti dell'emergenza sull'economia, numerosi governi europei hanno emanato anche disposizioni normative che, direttamente o in via accessoria, hanno a che fare con la materia della protezione dei dati personali: e questo è dovuto al fatto che le già menzionate misure, siano esse a carattere

* *Studente presso l'Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.*

¹ A. PAOLILLO, *Coronavirus: le reazioni di Cina e politica internazionale*, in *AffarInternazionali*, 09/02/2020.

sanitario oppure a carattere economico, possono facilmente implicare un trattamento dei dati personali, spesso anche di quelli appartenenti alla categoria di dati particolari di cui all'art. 9 del Regolamento Europeo 2016/679².

L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali in effetti ha autorizzato la Protezione Civile ad utilizzare con modalità semplificate tutti i dati raccolti, compresi quelli particolari ex GDPR³, pur in assenza di una previa autorizzazione del Garante, sulla base del fatto che il diritto alla riservatezza debba cedere d'innanzi al diritto alla salute della comunità, laddove una sua compressione risulti necessaria per scongiurare gravi situazioni di pericolo.

E in particolare, nell'ambito del bilanciamento tra l'interesse alla salute e sicurezza sociale e la tutela della riservatezza dei dati personali, di questi ultimi ad essere strumentali alla prevenzione della diffusione ulteriore del virus sono i dati che consentono l'identificazione diretta o indiretta dell'individuo cui afferiscono e i cosiddetti dati "particolari", ossia quelli relativi anche alla salute o alla vita sessuale: in generale, si tratta di informazioni strettamente intime e personali la cui diffusione metterebbe gravemente a rischio i diritti dei singoli cittadini ad esse riconducibili⁴.

E per quanto il GDPR stabilisca un generico divieto di trattare i dati particolari, tale divieto altresì non si applica in presenza di talune eccezioni, tra cui: la sussistenza del consenso esplicito dell'interessato, ossia la persona fisica alla quale essi si riferiscono; la necessità di trattare questi dati per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri⁵, purché in maniera proporzionata alla finalità perseguita, rispettando l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedendo misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e la posizione giuridica dell'interessato; e soprattutto, la

² Ed in realtà il Regolamento (UE) 2016/679, comunemente definito GDPR, rappresenta il momento apicale di un'attenzione alla protezione dei dati personali relativi alle persone fisiche che in Europa è cresciuta esponenzialmente negli ultimi anni: tanto l'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto l'articolo 16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabiliscono infatti che ogni persona abbia diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano; speculare è la Direttiva 2016/680 (UE), che consente invece il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Sempre in materia di protezione dei dati personali, poi, nella risoluzione votata il 17 aprile 2020 e durante la plenaria del successivo 14 maggio, il Parlamento Europeo ha ricordato come ogni misura di carattere digitale contro la pandemia debba essere strettamente conforme alle norme sulla protezione dei dati e della vita privata dei cittadini UE. E sempre in merito alla tutela della privacy, gli eurodeputati hanno sottolineato come l'utilizzo delle applicazioni non dovrebbe essere reso obbligatorio e dovrebbero essere incluse clausole di durata massima in modo tale che le stesse siano disattivate non appena finisca la pandemia.

³ M. FESTA, F. SERRATORE, *Coronavirus: il Garante Privacy si esprime sulla richiesta di parere chiesto dalla Protezione Civile*, in *il Quotidiano Giuridico*, 14/02/2020.

⁴ M. FARINA, *La data protection ai tempi del Coronavirus tra prevenzione dei reati e repressione del contagio*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020.

⁵ E. A. IMPARATO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy tra bilanciamento del diritto alla protezione dei dati, esigenze di sicurezza e Stato di diritto*, in A. MANTELEO, D. POLETTI, *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018.

necessità di trattamento per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali ad esempio la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero⁶.

Questo è il perimetro entro cui si muove, anche in tempi eccezionali d'emergenza, l'ordinamento giuridico italiano e più in generale europeo; in altri Paesi, tuttavia, l'approccio a questo conflitto tra interessi contrapposti è stato, per via naturalmente della situazione contingente, molto più drastico e assai meno garantista. Vediamo come.

2. Misure da adottare e limiti fisiologici

Le iniziative adottate in Italia con l'obiettivo di prevenire il contagio sin dalla dichiarazione dello stato d'emergenza⁷, quali ad esempio la misurazione della temperatura corporea o le autodichiarazioni sugli spostamenti, sono state sottoposte a verifica da parte dell'Autorità Garante, secondo la quale in ambito lavorativo «[l']accertamento e la raccolta di informazioni relative ai sintomi tipici del Coronavirus e alle informazioni sui recenti spostamenti di ogni individuo spettano agli operatori sanitari e al sistema attivato dalla protezione civile, che sono gli organi deputati a garantire il rispetto delle regole di sanità pubblica recentemente adottate»: in tale contesto la prevenzione dal contagio è stata delegata soprattutto agli individui, che hanno quindi il dovere di segnalare eventuali situazioni di rischio; per il resto, i datori di lavoro dovrebbero «attenersi scrupolosamente alle indicazioni fornite dal Ministero della salute e dalle istituzioni competenti per la prevenzione della diffusione del Coronavirus, senza effettuare iniziative autonome che prevedano la raccolta di dati anche sulla salute di utenti e lavoratori che non siano normativamente previste o disposte dagli organi competenti»⁸. Immediatamente dopo, il Decreto Legge 14/2020, recante "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19", ha introdotto, all'art. 14, alcune semplificazioni per il trattamento di dati personali «che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuitegli nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19» da parte dei soggetti pubblici operanti nel Servizio nazionale di protezione civile, degli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, oltre che delle strutture pubbliche e private operanti nell'ambito del Servizio sanitario nazionale.

Tutto questo naturalmente è stato giustificato dall'interesse alla tutela della salute pubblica ed individuale che in Italia, come anche in altri Paesi, è stato ritenuto predominante rispetto ad altre posizioni giuridiche che hanno dovuto cedere terreno a misure speciali e talvolta invasive in ordine a garantire la sicurezza

⁶ Ad esempio, la Commissione UE e lo European Data Protection Supervisor già il 21/04 hanno nettamente escluso a monte la possibilità della geolocalizzazione con tecnologia GPS e hanno indicato un sostanziale divieto di imporre l'uso dell'applicazione alla popolazione come obbligatorio o condizionato in maniera significativa («The systematic and large scale monitoring of location and/or contacts between natural persons is a grave intrusion into their privacy. It can only be legitimised by relying on a voluntary adoption by the users for each of the respective purposes. This would imply, in particular, that individuals who decide not to or cannot use such applications should not suffer from any disadvantage at all...»).

⁷ Con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

⁸ Con comunicato del 3 marzo 2020.

collettiva⁹. Ciò tuttavia non è sufficiente: a partire dal 4 maggio, infatti, il nostro Paese ha fatto il suo ingresso nella cosiddetta fase 2, caratterizzata sì dall'allentamento delle restrizioni precedenti, ma richiedente altresì nuovi strumenti di controllo che stornino l'eventualità di un nuovo aumento dei contagi: il Governo italiano, da questo punto di vista, ha deciso di fare ricorso ad un'applicazione¹⁰ per iOS e Android deputata al cosiddetto contact tracing dei cittadini¹¹; una simile scelta peraltro trova aderenza e un riscontro quasi simmetrico con il consorzio PEEP-PT¹², al quale oltretutto ha preso parte anche Bending Spoons, la giovane società di Corso Como, a Milano, che è stata scelta per sviluppare l'app Immuni, assieme ad altri collaboratori privati, tra le più di trecento proposte arrivate alla Ministra dell'Innovazione Pisano¹³.

E il 1° maggio appunto è entrato in vigore il decreto-legge 30 aprile 2020, n.28, recante "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni etc.", in cui si stabiliva che l'app per il tracciamento dei contagi scelta dal Governo italiano avrebbe potuto essere acquisita, su base volontaria e gratuitamente, direttamente sui dispositivi Android ed Apple; e infatti dal primo giugno è già possibile scaricarla: a partire dal lunedì successivo Liguria, Marche, Abruzzo e Puglia la integreranno nel loro sistema sanitario locale, permettendo quindi la segnalazione della notifica di esposizione a chiunque sia entrato in contatto con un infetto; il resto d'Italia dovrebbe essere coinvolto dalla settimana successiva¹⁴.

L'applicazione Immuni è dedicata principalmente al contact tracing via Bluetooth (e non tramite la tecnologia GPS, considerata quest'ultima una soluzione troppo invasiva e non in sintonia con le linee guida europee¹⁵), ma qualora un soggetto risulti positivo al virus questi avrà la possibilità di segnalarlo sull'applicazione, notificando ai soggetti con cui nei giorni passati l'infetto è entrato in stretto contatto la possibilità che anche loro abbiano contratto l'infezione.

⁹ G. BATTISTELLA, *Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020.

¹⁰ R. M. COLANGELO, *App mediche e protezione dei dati personali. Alcuni spunti giuridici tra Gdpr, codice privacy novellato e chiarimenti del Garante*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 02/08/2019, pp. 275-288.

¹¹ A. LONGO, *Download, dati, notifiche: ecco come funzionerà l'app Immuni per tracciare il contagio*, in *Il Sole 24 ORE*, 30 aprile 2020.

¹² Si tratta di un'iniziativa paneuropea per la tutela della riservatezza, avviata a inizio aprile da alcuni scienziati di otto Paesi UE per tracciare la diffusione del nuovo coronavirus tramite applicazione. Come segnalato per la prima volta da Reuters, 130 scienziati, accademici ed esperti di tecnologia si sono riuniti con l'obiettivo di realizzare uno schema collaborativo per sviluppare app mobili utili per tracciare la diffusione di COVID-19 e orientate alla tutela dei dati personali; rappresenta comunque un progetto non istituzionale, ma nato dal raggruppamento di vari soggetti privati, sebbene la Commissione lo abbia apertamente menzionato tra le iniziative europee di interesse nelle proprie linee guida.

¹³ E tuttavia è bene altresì precisare che da questo modello europeo la soluzione italiana si sta recentemente distaccando, andando incontro alle aspettative di Apple e Google, con un modello di software del sistema più decentralizzato: la differenza principale rispetto alla precedente versione di Immuni e a Pepp-Pt è che la crittografia nella generazione delle chiavi dovrebbe avvenire direttamente sui dispositivi degli utenti, anziché su di un server centralizzato.

¹⁴ B. SIMONETTA, *Immuni, dal 3 giugno sperimentazione in 4 regioni: tutto quel che c'è da sapere in 10 punti*, in *Il Sole 24 ORE*, 01/06/2020.

¹⁵ Infatti, «il bilanciamento è insito nella natura stessa del diritto alla protezione dei dati personali», come viene spiegato in G. D. FINOCCHIARO, *Il punto sull'app Immuni: bilanciamento tra diritti*, in *medialaws.eu*, 09/06/2020.

L'applicazione nello specifico si fonda sulla tecnologia Bluetooth Low Energy¹⁶ e mantiene i dati dell'utente sul dispositivo stesso, attribuendogli un codice identificativo temporaneo che varia costantemente e viene scambiato appunto via Bluetooth coi dispositivi vicini, i quali conservano in memoria le informazioni degli altri cellulari con cui sono entrati in contatto nella forma di codici anonimi crittografati; a questi sono poi associati dei "metadati (riguardanti ad esempio la durata del contatto tra dispositivi, o la forza del segnale percepito)" che rilevano nella fase di valutazione del rischio di contagio, fase che viene svolta localmente, direttamente sul singolo dispositivo.

Qualora uno degli individui che abbia scaricato l'applicazione risulti essere positivo al nuovo coronavirus, come già accennato a costui verrà assegnato un codice di autorizzazione con il quale questi potrà caricare su un server ministeriale il proprio codice anonimo, che tramite il server verrà ricavato dai dispositivi attraverso l'applicazione: qualora Immuni rilevi tra i codici nel proprio database il codice di un plausibile contagiato, ne invierà una notifica all'utente di quel dispositivo. Anche il server dei sanitari, gestito dal ministero della Salute, riceverà le notifiche, ma pseudonimizzate¹⁷.

La trasmissione dei dati, in base alle specifiche del progetto PEPP-PT e di altri utilizzabili da queste applicazioni, come ad esempio il DP-T3¹⁸, è cifrata e firmata digitalmente per assicurare la massima sicurezza e riservatezza in questa fase, delicatissima, di "fuoriuscita" del dato dal dispositivo del singolo soggetto.

Nel modello decentralizzato (quello scelto infine per Immuni) il livello di rischio di contagio viene valutato dal dispositivo; nell'altro modello, quello precedente, di cui si erano servite le versioni beta dell'applicazione e più simile al progetto europeo, dal sistema informatico centrale.

E tuttavia, proprio perché si tratta di un sistema frutto di un lungo percorso di sviluppo e ridimensionamento, in quanto si è dovuti necessariamente arrivare ad un controllo dei dati che non erodesse in maniera insostenibile il diritto alla riservatezza degli stessi¹⁹, Immuni non è esente da rischi e crepe nella funzionalità: ad esempio, vi è un alto rischio che si riscontrino dei falsi negativi²⁰, giustificati dal fatto che in passato mai la tecnologia Bluetooth era stata usata per effettuare tracciamenti, bensì solo per realizzare comunicazioni temporanee fra due dispositivi.

Nel decreto "Giustizia"²¹ di aprile è emerso inoltre che la piattaforma di gestione che arriverà ad ottenere le informazioni dei contagiati si troverà presso il ministero della Salute, ma la ministra Pisano ha aggiunto anche

¹⁶ G. ATTARDI, E. S. AVERSANO, *Il contact tracing via app: quale strategia usare*, in *Wired*, 20/04/2020.

¹⁷ Ne sarà dissociato l'indirizzo IP: si legga a tal proposito C. WILLIAMSON, *Pseudonymization vs. Anonymization and How They Help With GDPR*, in *Protegrity*, 05/01/2017.

¹⁸ L. CLARKE, *PEPP-PT vs DP-3T: The coronavirus contact tracing privacy debate kicks up another gear*, in *New Statesman Tech*, 20/04/2020.

¹⁹ Dovendosi scaricare l'applicazione su base volontaria, è fondamentale che la popolazione destinataria di tale misura si fidi di questo strumento come affidabile e adeguato a tenere sotto controllo la diffusione del virus, e ragionevolmente un'applicazione che non operi un bilanciamento tra interessi contrapposti comprimendo in toto la riservatezza individuale non verrebbe utilizzata da nessuno, come ben messo in luce in R. Panetta, *La sfida della proporzionalità – tra tecnologia, epidemiologia e buon senso*, in *medialaws.eu*, 08/06/2020.

²⁰ A. LONGO, *App Immuni, tre nodi da sciogliere perché sia davvero efficace contro il virus*, in *Il Sole 24 ORE*, 21/04/2020.

²¹ Decreto-Legge 30 aprile 2020, n. 28, entrato in vigore il 01/05/2020.

che ci sarà l'intervento di società pubbliche come Sogei e PagoPa per la fornitura di hosting e integrazione infrastrutturale; dal testo si evince per di più che l'uso dei dati si concluderà con la fine dell'emergenza, e in ogni caso entro il 31 dicembre 2020: entro questa data quindi le informazioni raccolte sino ad allora saranno cancellate o comunque definitivamente anonimizzate.

Questa è la soluzione italiana, per come si prospetta, in riferimento a tutti i mesi a venire che seguiranno il primo allentamento delle restrizioni che si è verificato a partire dal 4 maggio 2020: si tratta di una soluzione di ponderato compromesso, conforme al modello occidentale nella misura in cui propone un metodo efficace di contrasto alla diffusione della pandemia pur mantenendo in capo ai cittadini che vi prendano parte una disponibilità quasi intatta dei propri diritti costituzionali, soprattutto ora che è stata ristabilita la libertà di movimento, assieme alla riapertura delle attività commerciali.

E tuttavia, affinché un sistema di questo genere sia efficace, è fondamentale che l'applicazione sia installata e utilizzata dalla maggior parte della popolazione²² ma, dal momento che Immuni può essere acquisita sul proprio dispositivo solo su base volontaria, rimettersi al senso civico e alla responsabilità di ciascuno potrebbe non essere sufficiente (anche se solo nelle prime ventiquattro ore l'applicazione è stata scaricata da quasi mezzo milione di utenti).²³

Quantunque infatti non vi sarà alcuna conseguenza se si deciderà di non utilizzare individualmente l'applicazione (anche nel testo del decreto Giustizia si dice che verrà "assicurato il rispetto del principio di parità di trattamento"), e quindi non vi saranno restrizioni di sorta per coloro che non la scaricheranno, è fondamentale che il Governo contribuisca in maniera massiccia a spronare la comunità a dotarsi di questo strumento, plausibilmente ricorrendo a qualche forma di nudging²⁴, ossia a strategie comunicative che convincano i cittadini che si tratti di una misura utile non solo in funzione della sicurezza collettiva ma anche direttamente per loro stessi e per le persone con cui entreranno strettamente in contatto²⁵: sarà pertanto opportuno un considerevole lavoro di comunicazione, una campagna nazionale di persuasione che esponga con chiarezza i vantaggi di questo sistema, ne spieghi il funzionamento e ne induca l'adozione spontanea ovunque²⁶; a tal proposito, una tecnica di nudging forse efficace potrebbe consistere nello sfruttare il fenomeno della "social influence", ossia facendo leva sulla spiccata tendenza degli individui ad uniformarsi

²² Le stime in merito sono varie e confuse: secondo gli esperti dell'Università di Oxford, un'app di tracciamento sarebbe un utile strumento di integrazione al monitoraggio della propagazione del virus solo qualora ad utilizzare l'app sia almeno il 60% della popolazione di riferimento; secondo il Governo italiano invece una percentuale del 25-30% dovrebbe già essere sufficiente.

²³ G. PORRO, *Cosa c'è da sapere su download e aggiornamenti per avere l'app Immuni*, in *Wired*, 03/06/2020.

²⁴ G. PAUL, *Contact tracing apps: why they should learn a trick from fitness trackers*, in *The Conversation*, 29/04/2020.

²⁵ Dal momento che nell'ambito della Nudge Theory si va ad agire sul contesto in cui le decisioni sono assunte, questi stimoli hanno efficacia solo qualora i destinatari ripongano sufficiente fiducia nelle istituzioni e nelle indicazioni che da quelle provengono; L. Padella, *Economia comportamentale contro il coronavirus*, in *startingfinance.com*, 30/03/2020.

²⁶ G. E M. COPPOLA, *Nudging e Salute: un binomio possibile?*, Società italiana di economia pubblica, XXIV Conferenza, 24 - 25 settembre 2012.

alle condotte altrui²⁷: da un canto, la condotta degli altri membri di una comunità veicola sempre la trasmissione di contenuti e informazioni, ma dall'altro fa insorgere anche una significativa pressione sociale, tale per cui potrebbe far prevalere il desiderio di essere accettati dalla comunità di appartenenza ed evitare il discredito sociale²⁸.

In tal senso, quindi, potrebbe essere opportuno che il Governo, o l'ente che gestirà l'applicazione, comunichi regolarmente il numero di soggetti che effettivamente sia in possesso dell'applicazione (come è stato fatto dalla Ministra Pisano fin dal primo giorno) e che ne stia facendo uso: dare infatti la percezione, comunque fondata, che la società si stia incanalando in una via di maggiore coesione collettiva potrebbe rappresentare una spinta gentile e certo non eccessivamente paternalistica (viste le critiche in tal senso mosse all'attività dell'esecutivo nelle ultime settimane) verso una responsabilizzazione sociale sufficientemente condivisa.

3. Alcuni esempi dal mondo: i possibili abusi e derive

Se da un lato l'Italia, come gran parte dei Paesi europei e gli Stati Uniti²⁹, ha prima di tutto fatto ricorso a mezzi meno tecnologici, come il blocco generalizzato delle attività, i Paesi orientali dall'altro, memori delle precedenti epidemie dell'Aviaria e dell'influenza da A/H1N1, hanno adottato sin dall'inizio misure coercitive e di controllo attraverso piattaforme, sistemi informatici centralizzati ed applicazioni che si sono spesso rivelate, per quanto molto aggressive, estremamente efficaci.

La risposta della Cina³⁰ al virus si colloca agli estremi rispetto alla scelta europea, in quanto essa ha imposto non solo un severo distanziamento sociale ma soprattutto un esteso monitoraggio pubblico dei cittadini, assieme ad una serie di sanzioni e incentivi per favorire l'adesione a queste misure³¹. Il virus infatti ha costituito il fattore accelerante, e forse anche il pretesto, di un'ulteriore espansione del regime di sorveglianza pubblica³²: per verificare che i pazienti infetti rimanessero in quarantena e per monitorare i

²⁷ P. DOLAN, M. HALLSWORTH, D. HALPERN, D. KING, I. VLAEV, *Influencing behavior through public police*, Institute for Government, Cabinet Office, 02 March 2010.

²⁸ In Italia a tal proposito, una possibile scelta comunicativa inquadrabile nella Nudge Theory è stata la scelta da parte delle istituzioni non solo di fornire ai cittadini tutte le informazioni sui comportamenti corretti da adottare, compreso l'utilizzo dell'applicazione, ma anche di affidarsi, in questa seconda fase soprattutto, alla responsabilità individuale dei cittadini e di conseguenza basandosi su una forma di fiducia nei governati che invece era venuta meno nella fase precedente, quando in via precauzionale e senza che vi potessero essere eccezioni erano stati imposti il distanziamento fisico e la chiusura delle attività: e questa sorta di "aspettativa" che viene riposta nel cittadino può altresì generare una forma di fiducia reciproca, tra governanti e cittadini, che sfoci in un circolo virtuoso di affidabilità condivisa.

²⁹ Malgrado non immediatamente, anche gli USA stanno ora utilizzando delle app di contact tracing, ed è del 05/05 la notizia per cui in base all'analisi dei sintomi registrati ogni giorno da oltre due milioni e mezzo di utenti mediante Symptom Tracker, un'applicazione mobile di tracciamento lanciata nel marzo 2020 in Inghilterra e Stati Uniti, sarebbe possibile prevedere i focolai di contagio da Covid-19 con una settimana di anticipo rispetto ai metodi ordinari. L'app è stata sviluppata dal Coronavirus Pandemic Epidemiology (COPE) Consortium grazie ad una collaborazione internazionale di ricercatori. Si legga in merito *Rapid implementation of mobile technology for real-time epidemiology of COVID-19*, in *Science*, 05/05/2020.

³⁰ E. PILS, *China's Response to the Coronavirus Pandemic: Fighting Two Enemies*, in *verfassungsblog.de*, 25/05/2020.

³¹ W. MENG, D. LI, *Chinese CoViD-19 epidemic prevention and control measures: a brief review*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 10/05/2020.

³² Sistema che in effetti tende a perfezionarsi ad ogni evento particolare, a partire dalle Olimpiadi del 2008 tenutesi a Pechino e dall'Expo di Shanghai nel 2010.

movimenti dei possibili infetti, e di conseguenza del virus, la Cina ha predisposto circa duecento milioni di telecamere di sicurezza, collocate su tutto il territorio cinese ed integrate dall'utilizzo di applicazioni specifiche per la realizzazione di archivi digitali di dati informativi; la Cina, quindi, per limitare le infezioni si è servita e al tempo stesso ha affinato un sistema di sorveglianza di massa preesistente e già in gran parte sviluppato su tecnologia, dati informativi e intelligenza artificiale. In questo contesto, la nuova funzione sviluppata dal Governo cinese espressamente per il controllo delle infezioni è stato il sistema "Health Code"³³ che, sfruttando le già esistenti applicazioni Alipay e WeChat (molto comuni in Cina in quanto impiegate per una varietà di usi quotidiani), ha attribuito ai cittadini uno dei tre codici (verde, giallo o rosso) in base alla successione cronologica degli spostamenti, il tempo speso nelle zone più gravemente colpite dal contagio e il grado di rischio legato al contatto con possibili infetti.

In Corea del Sud³⁴, uno dei primi Paesi trovatisi a dover fronteggiare l'epidemia da nuovo coronavirus dopo la Cina, è stata impiegata un'apposita applicazione per dispositivi che obbliga chiunque ne riceva l'ordine a non uscire di casa e a riferire agli assistenti sociali il proprio stato di salute: l'app si serve della tecnologia GPS per verificare che la quarantena non venga violata, ed ogni cittadino che risulti avere avuto contatti con un infetto confermato deve essere sottoposto ad una quarantena obbligatoria di almeno due settimane; è legalmente fatto divieto a questi di allontanarsi dalla zona di quarantena, essendo tenuto a mantenere il distanziamento fisico anche nei confronti dei familiari, non appena venga ordinato loro da parte del centro medico locale. Ad occuparsi dell'evoluzione della condizione di salute del soggetto in isolamento sono deputati alcuni funzionari del governo locale, che monitorano due volte al giorno per telefono la situazione del soggetto infetto; parallelamente, in tutta la Corea del Sud sono stati poi predisposti gruppi di ricerca pronti a prelevare altri campioni qualora si verifici un nuovo incremento dei contagi.

In ultima analisi, anche lo Stato d'Israele per contenere la diffusione del virus ha fatto ricorso a sistemi di tracciamento via GPS³⁵, al fine di ricostruire i movimenti dei cittadini che risultino positivi al COVID-19 tramite la geolocalizzazione. Il primo ministro Benjamin Netanyahu infatti, il 14 marzo 2020, dopo aver proclamato lo stato di emergenza ha asserito che il governo si sarebbe servito dei medesimi sistemi di sorveglianza tecnologica di massa adoperati dai servizi segreti interni nella guerra al terrorismo³⁶, tecnologie militari di monitoraggio in grado di accertare che gli infetti non violino la quarantena: lo Shabak ha sostenuto che in questo procedimento venga garantita la riservatezza e che i dati raccolti dovrebbero unicamente essere

³³ H. DAVIDSON, *China's coronavirus health code apps raise concerns over privacy*, in *TheGuardian*, 01/04/2020.

³⁴ G. LEE, *Legislative and Administrative Responses to COVID-19 Virus in the Republic of Korea*, in *Social Science Research Network*, 28/04/2020.

³⁵ M. C. MURPHY, *Netanyahu consolidates control amid pandemic*, in *The Electronic Intifada*, 18/03/2020.

³⁶ Il Parlamento israeliano ha appunto approvato, il 5 maggio, l'estensione del tracciamento delle persone infette da covid-19 allo shin bet, il servizio segreto interno. La prima testata a riportare la notizia in Italia è stata *Internazionale* con l'articolo *Estesi i poteri di sorveglianza dei servizi segreti israeliani*, 06/05/2020.

funzionali ad elaborare una topografia quanto più dettagliata possibile dei movimenti dei positivi. Ciononostante, il fatto che questo fosse stato ideato come strumento di contrasto al terrorismo lascia immaginare che si tratti di qualcosa di più di una semplice soluzione di pubblica sicurezza di base, ben più del semplice monitoraggio di un'area geografica.

In conclusione, quindi, i modelli italiano ed europeo³⁷, rigorosamente scrupolosi nei confronti delle garanzie giuridiche degli individui, a confronto con alcuni esempi internazionali sembrerebbero intaccare solo in minima parte gli estremi del diritto alla riservatezza nei confronti dei cittadini titolari dello stesso, segnale che l'attenzione alla tutela di tutti i diritti in gioco rimane alta nonostante lo stato di emergenza³⁸.

Gli altri modelli illustrati, invece, derogano pesantemente alla tutela del diritto alla riservatezza, a partire dal modello cinese, e lo fanno con un sistema di sorveglianza di massa, invasivo e lesivo delle libertà fondamentali che in Italia difficilmente potrebbe essere attuato: lo stesso Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro³⁹, ha ricordato la necessità di adottare le dovute garanzie di correttezza e proporzionalità del trattamento imposte dal GDPR, sì che la raccolta ed il successivo scambio dei dati personali avvenga «nel modo meno invasivo possibile per gli interessati, privilegiando l'uso di dati pseudonimizzati (se non addirittura resi anonimi), ricorrendo alla reidentificazione laddove vi sia tale necessità, ad esempio per contattare i soggetti potenzialmente contagiati». E, per rendere minimo il pericolo di abusi, secondo i principi di precauzione e prevenzione devono essere quindi rese operative, già nella fase di progettazione e impostazione della struttura tecnologica dell'applicazione, le idonee misure di sicurezza atte a soddisfare i principi di “privacy by design” e “privacy by default” previsti dall'art. 25 del GDPR; come asserito dal Garante stesso, infatti, «la chiave è nella proporzionalità, lungimiranza e ragionevolezza degli interventi, oltre che nella loro temporaneità». L'Italia per il momento, in base alle informazioni sin d'ora disponibili, sembrerebbe rispettare questi criteri⁴⁰.

³⁷ M. DANI, A. J. MENÉNDEZ, *Le prime risposte dell'Unione Europea alle conseguenze economiche della crisi CoViD-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 10/05/2020.

³⁸ Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali in occasione dell'avvio all'uso dell'applicazione in Italia ha dichiarato ancora una volta che l'autorizzazione accordata al Ministero della Salute era sottoposta anche ad alcune condizioni necessarie affinché l'uso di questo strumento potesse dirsi proporzionale: il 01/06 ha infatti ribadito in un comunicato stampa che le informazioni raccolte non potranno essere trattate per finalità non previste dalla norma che ha istituito Immuni e che occorrerà evitare qualsiasi forma di «riassociazione a soggetti identificabili» e «adottare invece idonee misure di sicurezza e tecniche di anonimizzazione». E sempre Antonello Soro nel Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta COVID-19 - App Immuni, ha sottolineato come «l'utilizzo dell'app e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali effettuato tramite di essi devono essere interrotti alla data di cessazione dello stato di emergenza disposto con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020. Entro tale data tutti i dati personali trattati devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi» e che «nella valutazione d'impatto il Ministero ha puntualmente individuato i tempi di conservazione dei dati in relazione alle specifiche finalità, prevedendo la cancellazione delle singole tipologie dei dati personali trattati una volta esaurita la finalità per i quali sono stati raccolti e comunque non oltre il 31/12/2020».

³⁹ Nell'intervista rilasciata a “La Repubblica” il 26 marzo 2020.

⁴⁰ Certamente un'operazione massiva di tracciamento dei contagi astrattamente può essere pericolosa per i diritti e le libertà fondamentali degli individui; ma l'azione legislativa italiana che ha elaborato questo complesso sistema informatico e telematico, nonostante l'Italia a differenza di altri Paesi non abbia norme costituzionali per emergenze come quella che stiamo vivendo, si è conformata ai principi di ragionevolezza e proporzionalità ex art.52 della Carta di Nizza; è vero che il governo si è servito in primo luogo degli strumenti del decreto-legge e del DPCM, ma è altrettanto vero che la libertà di circolazione può essere limitata ex art.16cost. “in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”, che le riunioni secondo l'art.17cost. possono essere proibite “per

4. Conclusioni

È ormai evidente infine che l'emergenza del COVID-19, quantunque in fase – si spera – di “stabilizzazione”, sia destinata a permanere ancora per qualche tempo, senza contare tutte le conseguenze di lungo periodo, assieme anche ai cambiamenti irreversibili, che avrà apportato⁴¹.

Anche in relazione al trattamento dei dati personali in periodo di pandemia, quindi in stato d'emergenza, il primo periodo di immediato contenimento del contagio è stato caratterizzato dal succedersi forsennato di decreti, conferenze-stampa, ordinanze e circolari aggiuntive che hanno complicato notevolmente il quadro complessivo e la conformazione del rigido protocollo che andrà seguito una volta che i contatti tra individui torneranno inevitabilmente ad aumentare.

Come giustamente sottolineato dall'Autorità Garante e anche dal Comitato Europeo sulla protezione dei dati personali, l'emergenza è una condizione giuridica che può legittimare costrizioni alle libertà, a condizione che tali limitazioni siano proporzionate e confinate al periodo di emergenza. È assai probabile quindi che anche per i prossimi mesi si operi un ulteriore bilanciamento, in particolare sui luoghi di lavoro, in cui la salute dei dipendenti e la sicurezza del luogo di lavoro devono poter essere garantite ora che le attività sono state rimesse in moto.

Le misure che sono state adottate dai diversi Paesi presi in esame hanno provocato inevitabilmente una sensibile compressione di diritti e libertà riconosciute a livello costituzionale, non solo per quanto riguarda i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali, economici e in taluni casi anche politici.

E tuttavia, «sicuramente più evidenti sono apparse le misure limitative di diritti quali quelle alla libera circolazione, al lavoro, all'iniziativa economica e la stessa libertà personale, perché [caratterizzate] dall'impatto più tangibile sulle nostre abitudini e sui nostri stili di vita», citando ancora Antonello Soro: anche perciò è imperativo, in questa delicata fase di transizione post-lockdown, che il trattamento dei dati personali funzionali al tracciamento dei contagi avvenga in maniera non approssimativa, proporzionata e garantita entro i limiti che abbiamo analizzato, e su questo bisognerà vigilare⁴²; eppure, allo stesso tempo è da rifuggire

comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica” e che per analoghe ragioni “il Governo può sostituirsi agli organi degli enti territoriali” ex art.120cost. «Basta leggere la Costituzione per essere certi che per i gravi stati di emergenza si può contare su una piena garanzia che misure eccezionali sono possibili e quindi legittime» ha dichiarato Gaetano Azzariti, docente di diritto costituzionale alla Sapienza di Roma, ai microfoni del quotidiano Repubblica in un'intervista pubblicata l'08/03: i provvedimenti straordinari adottati negli ultimi mesi, compresi quelli riguardanti il trattamento dei dati personali per il tracciamento dei contagi, sono giustificati in virtù non solo della fondamentale temporaneità delle misure prese, ma anche del bilanciamento operato con il diritto alla salute, che nella nostra Costituzione all'art.32 è definito come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della comunità”. Molto chiaro in proposito è G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 20/03/2020.

⁴¹ J. KEIGER, *Coronavirus means the EU will never be the same again*, in *Spectator UK*, 22/03/2020.

⁴² Dato anche l'infame precedente della imponente violazione dei dati personali dei cittadini commessa dall'Inps il primo aprile scorso.

l'approccio di chi si oppone ottusamente alla limitazione della riservatezza personale per via dell'utilizzo di applicazioni di tracking pensate per combattere il coronavirus, perché, almeno per quanto riguarda l'Europa e soprattutto l'Italia, esse rispettano i principi generali dell'ordinamento, e soprattutto aderiscono pienamente al principio di minimizzazione⁴³.

E al contempo, come ha sottolineato correttamente Yuval Noah Harari sulle pagine del Financial Times⁴⁴, «le misure temporanee hanno la brutta abitudine di sopravvivere alle emergenze, soprattutto perché c'è sempre una nuova emergenza che si profila all'orizzonte»: il pensiero corre immediatamente a Viktor Orbán, Primo ministro dell'Ungheria, che con il pretesto dell'emergenza attuale è stato in grado di ottenere l'approvazione della dichiarazione dello stato di emergenza senza limiti di tempo⁴⁵, che gli ha concesso poteri speciali quali ad esempio le facoltà di governare per decreto, di dichiarare la sospensione del Parlamento senza elezioni e di irrogare pene detentive in caso di diffusione di notizie false o di uscita dalla quarantena.

«Dobbiamo assicurare che le misure prese dai governi nazionali in questa fase non trasformino questa crisi sanitaria in una crisi globale dei diritti umani», ha chiosato in proposito Estelle Massé, Senior Policy Analyst presso l'ONG Access Now⁴⁶: fortunatamente, sembrerebbe per il momento che in Italia e in Europa l'attenzione, degli esperti ma anche dell'opinione pubblica, sia accesa e concentrata anche su tale questione, ed è improbabile che simili abusi – che abbiamo visto essere invece stati perpetrati nei Paesi presi in esame, in nome di un interesse collettivo alla salute pubblica e al sistema economico, che risulta pertanto non solo predominante, ma addirittura soffocante rispetto alle libertà civili e politiche – si verifichino anche localmente: il nostro stesso impianto democratico-costituzionale e più in generale i principi dell'ordinamento sovranazionale eurounitario⁴⁷ impediscono categoricamente che la convivenza futura con il nuovo coronavirus possa aprire spiragli a orientamenti antidemocratici o decisioni politiche illiberali⁴⁸.

⁴³ Regolamentato nell'art. 5, par. 1 lett. c) del GDPR.

⁴⁴ Y. N. HARARI, *Yuval Noah Harari: the world after coronavirus*, in *Financial Times*, 20/03/2020.

⁴⁵ Il 30 marzo 2020, con delibera del Parlamento ungherese (137 voti a favore, 53 contrari e 9 astenuti).

⁴⁶ Una ONG che in base al suo statuto si propone di “difendere ed estendere i diritti digitali degli utenti a rischio in tutto il mondo”.

⁴⁷ Basti leggere sul diritto alla tutela dei dati personali in periodo di pandemia e sul tracciamento informatico dei contatti: Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe, 30/03/2020, e a distanza di un mese Joint Statement on digital contact tracing by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe, 28/04/2020.

⁴⁸ A questo riguardo, in un dibattito con la Vicepresidente della Commissione Europea Věra Jourová e la presidenza croata del Consiglio dell'UE, gran parte degli eurodeputati che ha preso parte alla discussione ha rilevato come le misure di emergenza predisposte dal governo ungherese per combattere la pandemia (comprendente naturalmente anche la dichiarazione di uno stato di emergenza senza limiti) non siano conformi ai principi dell'UE, ed ha quindi invitato la Commissione europea a terminare l'esame della distorsione giuridica approvata in Ungheria avviando una procedura di infrazione nei suoi confronti. Molto interessante in merito è l'articolo di G. HALMAI, G. MÉSZÁROS, K. L. SCHEPPELE, *From Emergency to Disaster. How Hungary's Second Pandemic Emergency Will Further Destroy the Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 30/05/2020.