

Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali nell'emergenza sanitaria*

di Veronica Palladini – Dottoranda di ricerca in Lavoro, sviluppo, innovazione, Università di Modena e Reggio Emilia – Fondazione Marco Biagi

ABSTRACT: The paper investigates the main provisions of the Italian Data Protection Authority during the emergency, with the aim of verifying whether the role of the Authority has changed following the introduction of the GDPR and the pandemic.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli interventi del Garante sulle misure di contrasto all'emergenza sanitaria. – 2.1. Il rispetto del distanziamento sociale. – 2.2. Il *contact tracing*, l'app Immuni e l'app IO. – 2.3. Le certificazioni verdi. – 2.4. La consegna del *green pass* al datore di lavoro. – 3. Gli interventi del Garante sulle iniziative regionali. – 4. Il “Decreto capienze” ed il “braccio di ferro” tra Governo e Garante. – 5. Il ruolo del Garante nel periodo emergenziale: qualche considerazione conclusiva di sintesi.

1. Introduzione

È noto che il Garante per la protezione dei dati personali¹, con l'adozione del Regolamento (UE) 2016/679², ha vissuto in tempi recenti una significativa espansione del proprio raggio di azione e

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

¹ Nel prosieguo della trattazione, anche, semplicemente, Garante o Authority o Autorità di controllo nazionale.

competenza³. In particolare, oltre ai poteri di vigilanza sulla corretta applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali ed ai penetranti poteri correttivi e sanzionatori, il GDPR ha riconosciuto alle Autorità di controllo nazionali un'importante funzione consultiva. Gli artt. 36 e 57, al riguardo, impongono agli Stati membri di interpellare le *Data Protection Authorities* durante l'elaborazione di una proposta di atto legislativo o regolamentare che coinvolga il trattamento di dati personali (art. 36, par. 4), prevedendo, inoltre, che queste svolgano attività di consulenza al Parlamento, al Governo e ad altri organismi ed istituzioni in merito alle misure legislative e amministrative relative alla protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali (art. 57, par. 1, lett. c), ciò che rappresenta una rilevante novità rispetto al passato⁴.

A tal proposito, occorre dar conto, inoltre, di come il coinvolgimento dell'Autorità di controllo nella redazione di atti normativi e amministrativi così come, più in generale, l'attività del Garante, ha vissuto un'ulteriore significativa espansione nel periodo emergenziale, causato dalla pandemia di Covid-19. La crisi sanitaria ha, infatti, stimolato l'adozione da parte del Governo di misure volte a contrastare la diffusione del virus, con interventi che hanno avuto, inevitabilmente, importanti ripercussioni sul trattamento dei dati personali (a mero scopo esemplificativo, e con riserva di tornare più ampiamente nel seguito sui singoli punti, basti qui ricordare almeno i provvedimenti sul distanziamento sociale, quelli sul *contact tracing*, ed infine quelli sulla verifica del possesso del cd.

² Ovvero il Regolamento generale sulla protezione dei dati, del Parlamento Europeo e del Consiglio, che, di seguito, indicheremo anche soltanto con l'acronimo inglese GDPR.

³ Ricordiamo che i compiti ed i poteri dell'Autorità di controllo sono definiti nel GDPR rispettivamente agli artt. 57 e 58, nonché, nella normativa interna, dal Codice per la protezione dei dati personali, agli articoli 154, 154-bis e 154-ter. Per un approfondimento sull'evoluzione delle funzioni del Garante, in seguito all'adozione del GDPR si vedano F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo Regolamento: una sfida per le Autorità di controllo e una difesa per la libertà dei moderni*, in G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Napoli, 2016, 47-74, in cui si evidenziava già, tra l'altro, proprio il nuovo dinamismo dell'Autorità di controllo; G. BUSIA, L. FEROLA, *Il Garante per la protezione dei dati personali: le funzioni, i rapporti con altre Istituzioni ed Autorità in Italia e in Europa*, ivi, 181-229, ove gli AA. pongono l'attenzione sulle peculiarità del Garante rispetto alle altre Autorità amministrative indipendenti; nonché A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, 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*, Napoli, 2017, 268 ss.

A seguito delle modifiche apportate al Codice per la protezione dei dati personali dal D. Lgs. n. 101 del 2018 occorre, inoltre, tra i tanti, ricordare almeno i contributi di L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali*, in *federalismi.it*, 2020, n. 33, 1-27; e P. ZUDDAS, *L'Autorità di controllo: il "nuovo" Garante per la protezione dei dati personali*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il "nuovo" Codice in materia di protezione per i dati personali*, Torino, 2019, 264 ss.

⁴ In precedenza, infatti, «la normativa coinvolgeva la funzione consultiva del Garante solo con riferimento agli atti di natura regolamentare o amministrativa», come osserva L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, n. 1, 138.

green pass)⁵. Ration per cui, attraverso la consultazione o l'ispezione preventiva o, ancora, tramite delibere successive, l'Autorità di controllo nazionale nei tempi più recenti si è espressa con grande frequenza. A dimostrazione di ciò, i più di duecento interventi adottati in relazione al solo contesto emergenziale, in un arco temporale di 21 mesi, di cui sono un esempio le segnalazioni⁶, le audizioni ed i pareri⁷, gli ammonimenti⁸, l'esercizio di poteri inibitori⁹ o sanzionatori¹⁰, l'elaborazione di numerosissime FAQ¹¹ ma anche, più semplicemente, l'uscita di comunicati stampa¹².

Ora, non si può negare che l'Authority abbia sempre agito con coerenza e avendo presente lo scopo della sua missione, ovvero controllare la conformità dei trattamenti di dati personali alla disciplina nazionale ed europea. Ciononostante, il significativo numero delle delibere, ma anche il favore riconosciuto in esse, in modo forse talora preponderante, al diritto alla protezione dei dati personali rispetto ad altri diritti costituzionalmente tutelati, oltre all'invasione di campi di non

⁵ Gli effetti pervasivi che le misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 hanno prodotto, e continuano a produrre, sulla tutela della protezione dei dati personali, sono chiaramente descritti dalla "Raccolta delle principali disposizioni adottate in relazione allo stato di emergenza epidemiologica aventi implicazioni in materia di protezione dei dati personali". Tutti gli interventi del Garante sono rinvenibili al link <https://www.garanteprivacy.it/>; nel caso di specie si fa riferimento al *doc-web* n. 9304313.

⁶ Si veda la segnalazione dell'11 novembre 2021 al Parlamento ed al Governo, sul disegno di legge di conversione del decreto legge n. 127 del 2021, in relazione alla possibilità di consegnare copia della certificazione verde al datore di lavoro (*doc-web* n. 9717878).

⁷ A mero scopo esemplificativo, si ricordano le memorie del presidente del Garante rivolte alla I Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica: il 21 ottobre 2020 sul *contact tracing* (*doc-web* n. 9468919); l'8 aprile 2021 (dal titolo particolarmente significativo "Profili costituzionali dell'eventuale introduzione di un passaporto vaccinale per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS-COV2") *doc-web* n. 9574242; il 5 ottobre 2021 sul bilanciamento tra le esigenze di sanità pubblica sottese al contrasto della pandemia ed i vari diritti fondamentali incisi dalle misure anti-contagio, tra i quali, il diritto alla protezione dei dati personali (*doc-web* n. 9707961).

⁸ Come quello del 13 maggio 2021 nei confronti della ASL di Asti per aver violato la disciplina in materia di protezione dei dati personali in relazione all'invio al Comune di Aramengo (AT) di un elenco di persone risultate positive al virus (*doc-web* n. 9685865).

⁹ In particolare, la limitazione provvisoria nei confronti di Mitiga S.r.l., del trattamento posto in essere tramite l'app Mitiga Italia per partecipare ad eventi sportivi e ad altre manifestazioni pubbliche, del 3 giugno 2020 (*doc-web* n. 9592298); ma anche il blocco temporaneo dell'app IO del 9 giugno 2021 (*doc-web* n. 9668051) che si approfondirà di seguito, *infra* 2.2.

¹⁰ A tal proposito si cita l'ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda ospedaliera regionale "San Carlo" di Potenza del 27 gennaio 2021 per aver violato la normativa *privacy* a causa della diffusione di dati personali relativi alla salute di un paziente deceduto per Covid-19 (*doc-web* n. 9549143).

¹¹ Le *Frequently Asked Questions* sono risposte pubbliche, tendenzialmente inserite nei siti *web*, a domande frequenti, che hanno l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni ambigue. Per quanto di nostro interesse, si veda la pagina *web* <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq>, costantemente aggiornata.

¹² Come il comunicato stampa dell'8 ottobre 2021, *doc-web* n. 9706726 (*infra* par. 5) in cui l'Autorità di controllo nazionale, nel riportare uno studio internazionale condotto dal *Global Privacy Enforcement Network*, di cui fa parte anche il Garante italiano, mette in luce il ruolo attivo svolto dalle Authority nel valutare le implicazioni per la *privacy* delle soluzioni e delle iniziative adottate ai fini della lotta al virus. Ma anche il recentissimo comunicato del 10 dicembre 2021, in cui si preannuncia un intervento sul tema della revoca del *green pass* alle persone che, già in possesso delle certificazioni verdi, siano risultate in seguito positive (*doc-web* n. 9726096).

stretta competenza dell'Authority hanno provocato una reazione da parte dell'Esecutivo, il quale, non casualmente, ha rivisto le funzioni del Garante abrogando, con l'art. 9 comma 1 lett. b) del decreto legge n.139 del 2021 (cd. "Decreto Capienze"), l'art. 2-*quinqüesdecies* del Codice in materia di protezione dei dati personali¹³. Il contenuto di questa disposizione, non espressamente previsto dal Regolamento (UE) 2016/679, ma introdotto dal Legislatore italiano, in sede di adeguamento della normativa interna, pare richiamare l'art. 57, par., 1 lett. c) del Regolamento europeo, senza tuttavia sovrapporvisi. Se, infatti, quest'ultimo disciplina la funzione consultiva che l'Authority svolge nei confronti delle autorità pubbliche, l'art 2-*quinqüesdecies* prevede(va) un più incisivo potere ispettivo (e inibitorio) esercitabile sugli atti ad alto rischio delle pubbliche amministrazioni. Si tratta(va) di una funzione particolarmente penetrante che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, è stata esercitata anche di recente, ad esempio, con il blocco dell'app IO¹⁴.

Ebbene, se il Governo è risultato infastidito dall'interventismo dell'Authority, come dimostrano questi recenti interventi, dal canto suo il Garante non pare pienamente soddisfatto del ruolo riconosciutogli dalle istituzioni nazionali, tanto che, in questi mesi, ha lamentato pubblicamente ed in plurime occasioni – oltre alle numerose violazioni della disciplina in tema di *data protection* da parte delle Autorità pubbliche – di non essere stato costantemente coinvolto nella elaborazione di proposte normative o di atti aventi forza di legge, come imposto dal Regolamento (UE) 2016/679¹⁵. Orbene sembra dunque che tra Governo e Garante sia in atto un vero e proprio "braccio di ferro" che, come meglio si argomenterà in seguito¹⁶, vede, da un lato, l'Autorità di controllo rivendicare con forza il rispetto delle proprie funzioni asseritamente pretermesse e, dall'altro, un Esecutivo che tenta di porre un freno ad un proliferare di interventi, che vengono letti come un ostacolo alla, (già di per sé complessa), gestione di un'emergenza sanitaria.

Nel tentativo di comprendere, quindi, l'origine di questa tensione, e muovendo dalle più salienti delibere dell'Authority nel periodo di emergenza sanitaria, con il presente contributo si intende

¹³ D'ora in avanti, per brevità, anche semplicemente "Codice".

¹⁴ Per un approfondimento della questione *infra* par. 2.2.

¹⁵ In tal senso, ad esempio, G. C. Ferroni, Vicepresidente del Garante, la quale, nell'intervista rilasciata per *Key4Biz* il 28 aprile 2021, ha ribadito l'obbligatorietà della consultazione dell'Autorità di controllo da parte (anche) del Governo ogniqualvolta con la sua azione coinvolga il trattamento dei dati personali. La Vicepresidente chiarisce infatti che «il coinvolgimento dell'Autorità su tutti i provvedimenti normativi che coinvolgono dati personali in via preventiva, cioè nel momento di costruzione della norma, non è un mero "accessorio", ma un obbligo di legge. Lo stabilisce il Regolamento europeo» (*doc-web* n. 9580828).

¹⁶ Al tema è dedicato il paragrafo 4 del contributo, vedi *infra*.

indagare se, effettivamente, negli ultimi tempi si sia verificata una trasmutazione del ruolo dell'Autorità di controllo nazionale. Ci chiediamo, insomma, se i nuovi poteri riconosciuti al Garante con l'adozione del GDPR, di cui si è detto prima e, soprattutto, il crescente impiego dei dati personali in ragione dello sviluppo tecnologico e della digitalizzazione, particolarmente accentuato nel contesto attuale dell'emergenza pandemica, abbiano inciso sul ruolo dell'Authority facendole assumere un diverso peso nel panorama delle istituzioni e quanto questo eventuale mutamento possa ritenersi frutto di una contingenza o rispecchi, al contrario, una più stabile ricollocazione del Garante nel quadro istituzionale.

2. Gli interventi del Garante sulle misure di contrasto all'emergenza sanitaria

L'indagine che ci siamo prefissi non può, invero, prescindere da una quanto mai necessaria precisazione metodologica preliminare che dia conto dei criteri seguiti nell'individuazione dei provvedimenti rilevanti ai fini della presente ricerca. Tra le delibere dell'Autorità di controllo nazionale, che hanno visto la luce nel periodo emergenziale, sono state selezionate quelle che ci sono sembrate maggiormente incisive ovvero quelle che hanno mostrato una sempre più attiva partecipazione dell'Authority. Queste ultime sono, perciò, state analizzate e raggruppate, e così saranno riproposte, sulla base della tematica in esse trattata, ordinandole, all'interno di questi insiemi, secondo un criterio cronologico.

Occorre ulteriormente precisare che sono stati presi in considerazione tanto i provvedimenti formali (ad esempio quelli inibitori e sanzionatori) quanto quelli "informali" (ovvero le interviste rilasciate a quotidiani od emittenti radiofoniche/televise, ma anche le FAQ), poiché spesso questi ultimi risultano prodromici ai primi e, seppur con differente cogenza, tutti sono tesi a dare conto delle posizioni e degli orientamenti dell'Autorità di controllo nazionale e quindi contribuiscono a definire il ruolo assunto dalla stessa nell'emergenza pandemica, *fil rouge* del presente contributo. Di ciascun intervento si terrà particolarmente in considerazione il valore giuridico che esso assume nell'ordinamento, il raggio di diffusione e la tipologia di destinatari a cui si riferisce, e questo al fine di evidenziare che la scelta delle modalità e delle tipologie espressive non pare essere casuale ma è, viceversa, un ulteriore elemento che contribuisce a disegnare uno specifico profilo ordinamentale del Garante.

2.1. Il rispetto del distanziamento sociale

Fin dalle prime manifestazioni di Coronavirus, le autorità scientifiche mondiali hanno compreso che, per contrastare la diffusione del contagio occorre osservare un distanziamento sociale, ragioni per cui sono state adottate, come ben noto, misure di vario genere, dai *lockdown* più o meno stringenti, all'incentivo allo *smart working*, alla didattica a distanza, all'osservanza del rispetto della capienza massima nei luoghi pubblici o aperti al pubblico. A tale scopo, sono stati altresì coinvolti anche dispositivi tecnologici sempre più sofisticati – si pensi ad esempio a quelli deputati al conteggio degli ingressi o a quei sensori indossabili che emettono un avviso sonoro o una vibrazione in caso di superamento della soglia di distanziamento prestabilita – che hanno dato luogo a numerosi trattamenti di dati personali, determinando così, un particolare interessamento del Garante, che, sul tema, è intervenuto a più riprese.

A tal proposito, assumono anzitutto rilievo le linee guida “Didattica a distanza: prime indicazioni”¹⁷ del 26 marzo 2020, in cui l'Authority ha approvato quello che si può qualificare come un vero e proprio atto di indirizzo, ossia un provvedimento formale relativo alle implicazioni più importanti dell'attività formativa a distanza sul diritto alla protezione dei dati personali. Ma altrettanto significativi sono i provvedimenti relativi all'impiego dei sistemi tecnologici più avanzati per il controllo del distanziamento sociale: sul tema il Garante è intervenuto dapprima con un'intervista del 29 marzo 2020 ad *Agenda Digitale*¹⁸ in cui l'allora presidente, Antonello Soro, ha fornito avvertimenti sui criteri da seguire sull'utilizzo di sistemi di controllo degli assembramenti, in generale, e, nello specifico, sull'impiego dei droni come sistemi di verifica del rispetto del distanziamento sociale; poi, l'8 aprile 2020, con un'audizione informale alla IX Commissione (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni) della Camera dei Deputati, sull'uso delle nuove tecnologie (e tra queste anche dei droni) e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus¹⁹; e ancora, in tempi più recenti, aprendo tre istruttorie nei confronti di Comune di

¹⁷ *Doc-web* n. 9300784.

¹⁸ Il testo dell'articolo può essere consultato sul sito istituzionale del Garante, *doc-web* n. 9301470.

¹⁹ *Doc-web* n. 9308774.

Bari, Roma Capitale e Azienda Usl di Roma 3, per accertare il corretto trattamento dei dati effettuato mediante l'utilizzo dei dispositivi volanti²⁰.

Allo stesso modo, degne di nota sono le ripercussioni che le misure di contrasto al contagio hanno avuto nell'ambito lavorativo²¹, favorendo, ad esempio, il ricorso allo *smart working*: sul punto l'Authority è intervenuta con un'audizione sulle ricadute occupazionali dell'epidemia, il 13 maggio 2020, presso la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica²². Infine, la selezione dei provvedimenti sul distanziamento sociale non può tacere le FAQ con cui il Garante si è espresso sul possibile utilizzo di tecnologie al fine di assicurare il distanziamento sociale in ambito lavorativo chiarendo che detti strumenti, ancorché consentiti, non possono comportare il trattamento di dati personali riferiti a soggetti identificati o identificabili.

Gli interventi dell'Authority sul distanziamento sociale offrono già un'anteprima del ruolo che l'Autorità di controllo nazionale ha svolto nella ricomposizione dei diversi interessi in gioco: sin dalle origini dell'emergenza sanitaria, infatti, il Garante si è espresso con assiduità, combinando modalità espressive di diversa natura ovvero linee guida, interviste, audizioni, FAQ. A voce spiegata l'Authority ha, dunque, raggiunto un pubblico assai vasto, dalle aule parlamentari ai cittadini, dalle pubbliche amministrazioni agli imprenditori privati, accrescendo la consapevolezza del suo ruolo e dei suoi poteri ma anche, svelando il peso, sempre crescente, che esso ha inteso assumere nel quadro istituzionale.

²⁰ *Doc-web* n. 9696781.

²¹ Sulle ricadute che la pandemia ha avuto sul binomio *privacy*-lavoro si vedano, ad esempio, i contributi di A. SITZIA, *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2020, n. 5, 507 ss., E. DAGNINO, *I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della privacy* in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, 2020, n. 1, 156 ss., all'interno del quale l'autore analizza con precisione le numerose problematiche in tema di *privacy* del lavoratore che la pandemia ha accentuato, dando conto anche degli interventi chiarificatori del Garante sul punto; ma ancora di particolare interesse i contributi di I. SENATORI, C. SPINELLI, *(Re-)Regulating Remote Work in the Post-pandemic scenario: Lessons from the Italian experience*, in *Italian Labour Law e-Journal Issue*, 2021, vol. 14, n.1, 219-260 e N. MINISCALCO, *La privacy del lavoratore al tempo delle vaccinazioni*, in R. PINARDI (a cura di) *L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2021, n.1, 71-76.

²² Il contenuto dell'audizione può essere consultato come *doc-web* n. 9341993.

2.2. Il *contact tracing*, l'app Immuni e l'app IO

Tra le strategie messe in campo dal Governo per contenere il contagio da Coronavirus si deve ricordare anche il *contact tracing* digitale, cioè l'impiego di dispositivi per la mappatura ed il tracciamento dei soggetti entrati in contatto con persone infette²³.

Sull'“Uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19” l'Autorità di controllo nazionale si è espressa, nel solo 2020, con una decina di interventi diretti, formali ed informali, e partecipando ad una ventina di delibere promosse dalle istituzioni europee e da organizzazioni internazionali²⁴.

Tra questi, preme dar conto di una significativa intervista rilasciata dal presidente Antonello Soro a *La Repubblica*, il 26 marzo 2020. In quell'occasione il Garante ha chiarito che, affinché potesse considerarsi ammissibile il tracciamento dei contatti, occorre che fosse previsto e disciplinato da uno strumento legislativo *ad hoc*, ovvero il decreto legge, in quanto questo, a suo dire, rappresentava lo strumento più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo, poiché capace di coniugare elementi imprescindibili quali la tempestività della misura e la partecipazione parlamentare²⁵.

Un ulteriore esempio è il parere del 29 aprile 2020²⁶, rilasciato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, sulla proposta normativa relativa all'introduzione di una applicazione volta al

²³ Sull'uso della tecnologia a tutela della salute nel contesto pandemico ovvero sull'arduo bilanciamento tra sicurezza e protezione dei dati in un contesto permeato dalle tecnologie digitali, *ex plurimis* F. PIZZETTI, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, n. 2, 11-33; S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 2021 n. 2, 489-532; M. PLUTINO, “Immuni”. *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *diritti fondamentali.it*, 26 maggio 2020, 553 ss; V. ZENO ZENCOVIVH, *I limiti delle discussioni sulle “app” di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in *Medialaws*, 26 maggio 2020; C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 10 giugno 2020, 704 ss; E. LA ROSA, *App immuni tra tutela della salute e protezione dei dati personali. Bilanciamento dei valori?* in *diritti fondamentali.it*, 30 dicembre 2020, 584 ss; F. VARI, F. PIERGENTILI, “*To no other end, but the... Safety, and public good of the people*”: le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19, in *Rivista AIC*, 2021, n.1, 328-342; N. MINISCALCO, *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell'epidemia di Covid-19: strumento di controllo o di garanzia per i cittadini?*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, 95-115.

²⁴ Il dato può essere rinvenuto al link <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/contact-tracing>, dove l'Authority ha riunito tutti i provvedimenti sul tema emessi nell'anno 2020.

²⁵ *Doc-web* n. 9299193.

Per quanto attiene alla ricostruzione della scelta della base giuridica legittimante l'app Immuni, si vedano 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*, 10 giugno 2020, 780 ss.

²⁶ Cfr. *doc-web* n. 9328050.

tracciamento dei contagi da COVID-19, in cui l'Authority ha approvato il sistema di *contact tracing* proposto poiché assistito dalle specifiche garanzie richieste anche dalle istituzioni europee²⁷ ed, in particolare, dall'*European Data Protection Board* (EDPB) che il 21 aprile 2020 ha elaborato delle specifiche "Linee guida sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19".

Queste ultime, peraltro, meritano attenzione in quanto non si sono limitate a fornire criteri orientativi per il *contact tracing*, bensì, con esse, l'EDPB ha reinterpretato (ampliandole) le funzioni delle Autorità di controllo nazionali, suscitando non poche perplessità in capo agli interpreti. In particolare, la riflessione si è soffermata sulla rivendicazione, da parte delle Autorità di controllo riunite nell'organismo europeo, di un ruolo "nuovo" talvolta smisurato e sovrastante quello dei decisori nazionali, in assenza di una idonea base giuridica legittimante. Addirittura, come è stato constatato da autorevole dottrina, l'EDPB, con le Linee guida in esame, invece di lasciare ai decisori politici europei e nazionali la valutazione circa il "giusto punto di equilibrio" tra diritti fondamentali in tensione nel contesto pandemico, ha consentito al *board* europeo e, soprattutto, alle singole Autorità garanti di operare tale bilanciamento e verificarne il rispetto²⁸.

Non si può dunque che evidenziare, fin da subito, quanto, in effetti, la pandemia abbia favorito una rilettura dei poteri delle Autorità garanti europee, e quindi una nuova interpretazione dei ruoli e delle funzioni a prescindere da qualsiasi etero-riconoscimento e, allo stesso modo, quanto l'Authority nazionale abbia sposato, senza timidezza, la linea dell'EDPB.

Ritornando alla rassegna dei provvedimenti dell'Authority italiana, preme dar conto che, in questa prima fase pandemica, l'Esecutivo non ha maturato, o comunque espresso, alcuna riflessione critica sul ruolo ed i poteri del Garante. Ragion per cui, a seguito della consultazione del 29 aprile, è stata elaborata e quindi distribuita al pubblico l'app Immuni per il tracciamento digitale dei contatti dei contagiati da Covid-19²⁹ e, come evidenziato dal presidente Stanzione il 26 ottobre 2020 in un

²⁷ Tra i plurimi atti di indirizzo dell'UE relativamente ai dati acquisiti dalle app di *contact tracing* si vedano almeno la "Raccomandazione dell'8 aprile 2020 della Commissione europea relativa all'introduzione di un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19, in particolare circa le applicazioni mobili" e la raccomandazione della Commissione rubricata "Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di Covid-19 relativamente alla protezione dei dati" del 17 aprile 2020.

²⁸ Cfr. F. PIZZETTI, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti*, cit. 27.

²⁹ Si fa riferimento al provvedimento di autorizzazione al trattamento effettuato attraverso l'app Immuni (*doc-web* n. 9356568, del 1° giugno 2020). Sul tema l'Authority si è espressa anche in seguito, ovvero il 25 febbraio 2021 con un ulteriore parere favorevole, rilasciato ai sensi degli artt. 36, par. 5, e 58, par. 3, lett. c), del GDPR e dell'art. 2-

intervento su *Domani*³⁰, proprio grazie alla delibera preventiva dell'Authority (rilasciata, come specificato, *ex art. 2-quinquiesdecies* del Codice) la scelta legislativa sul *contact tracing* ha privilegiato l'utilizzo di sistemi fondati sui dati di prossimità piuttosto che sulla più invasiva geolocalizzazione dei modelli asiatici.

Sempre sul tema, un altro provvedimento su cui è opportuno soffermarsi è la misura tesa a bloccare la funzionalità dell'app IO³¹. Si tratta di un provvedimento di particolare importanza poiché sulla base dei poteri conferitigli dal GDPR e per precisione all'art. 58, par. 2, lett. f), l'Authority ha imposto una limitazione provvisoria dei trattamenti effettuati mediante l'app deputata – tra le altre funzioni – al recupero delle certificazioni verdi. Nel dettaglio, con l'intervento di riferimento l'Autorità di controllo nazionale ha imposto a PagoPa S.p.a – società pubblica che si occupa della gestione dell'app IO – di bloccare temporaneamente alcuni trattamenti di dati che interagivano con servizi di *Google* e *Mixpanel* capaci di ricondurre a soggetti identificati o identificabili specifiche azioni o schemi comportamentali ricorrenti nell'uso dei diversi servizi offerti all'interno dell'app IO, non strettamente necessari per erogare i servizi richiesti dall'utente. Con questo provvedimento l'Authority ha fatto, nel giro di un breve lasso di tempo, nuovamente esercizio di quel potere vincolante (*ex art. 2-quinquiesdecies* del Codice) davanti al quale PagoPa S.p.a. ha reagito con un immediato adeguamento, accertato con provvedimento del 17 giugno, con cui è stata rimossa la limitazione temporanea all'uso dell'app³². Sul tema del *contact tracing* l'Authority è poi intervenuta anche con numerose FAQ, tanto che sul sito istituzionale ne sono consultabili ben dieci.

All'esito della ricostruzione, può, insomma, dirsi che il *contact tracing* abbia interessato particolarmente il Garante che si è, infatti, espresso con un significativo numero di delibere anche “qualitativamente” significative. Tra queste, esemplificativo è l'intervento, di cui si è già parlato, del 26 marzo 2020 dell'allora presidente a *La Repubblica*, in cui il Garante, nell'evidenziare la necessità che l'introduzione di sistemi di tracciamento dei contagi fosse assistita da una idonea base giuridica, ha persino indicato quello che, a suo parere, dovesse essere lo strumento di regolazione

quinquiesdecies del Codice, a seguito dell'aggiornamento della valutazione di impatto effettuata dal Ministero della salute, *doc-web* n. 9555987.

³⁰ *Doc-web* n. 9472219.

³¹ Si veda il provvedimento correttivo nei confronti di PagoPA sul funzionamento dell'app IO del 9 giugno 2021, *doc-web* n. 9668051.

³² *Doc-web* n. 9670670.

prescelto, ossia il decreto legge, mostrando in questo modo, di interpretare estensivamente le proprie attribuzioni, ed addirittura, forse, persino di varcare il limite di esse, per introdursi in campi di non sua stretta competenza. Altrettanto degno di nota è stato l'esercizio, per ben due volte in tempi ravvicinati, di quel potere disciplinato dall'art. 2-*quinquiesdecies* del Codice, oggi abrogato, ma all'epoca idoneo ad inibire l'azione delle pubbliche amministrazioni. Ancora, non possono passare inosservate le Linee Guida adottate dall'EDPB, pienamente sfruttate dal Garante per reinterpretare sostanzialmente il proprio ruolo, rimettendo, in buona istanza, a se stesso la ponderazione sul corretto bilanciamento tra i diritti fondamentali in conflitto nel contesto pandemico.

A tal proposito è plausibile ritenere che questi interventi siano tra le cause che hanno dato avvio ad una riflessione sul ruolo dell'Authority, poi tradottasi in una revisione dei suoi poteri.

2.3. Le certificazioni verdi

Proseguendo con la rassegna, occorre dar conto dei numerosi interventi relativi al cd. *green pass* introdotto per la prima volta con il decreto legge 22 aprile 2021, n. 52, per contenere e contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e inizialmente richiesto per gli spostamenti sul territorio nazionale e la partecipazione ad alcuni eventi, ma poi rapidamente esteso a numerosissimi altri settori della vita sociale³³.

Come noto, le certificazioni verdi sono rilasciate al fine di attestare il completamento del ciclo vaccinale, l'avvenuta guarigione da Covid-19 e/o l'effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo al virus SARS-CoV-2, ragion per cui è indubbio che il certificato verde riguardi il trattamento di dati personali, anche particolari (specificamente, relativi alla

³³ Sul rapporto tra certificazioni verdi, riservatezza ed esercizio di libertà e diritti, cfr. T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-Covid per attraversare i confini dell'Unione Europea?*, in *Rivista AIC*, 2021, n.2, 1 ss.; G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale" – 8 aprile 2021*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 3, 37 ss.; C. BERTOLINO, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in *federalismi.it*, 2021, n. 15, 1-23; M. GIOVANNONE, *La somministrazione vaccinale nei luoghi di lavoro dopo il D.L. n. 44/2021*, in *federalismi.it*, 2021, 14, 103-126.

salute³⁴). A dimostrazione di ciò, il significativo numero delle delibere a firma del Garante: sul tema, infatti, sono rinvenibili ben 24 provvedimenti e 18 comunicati stampa, in continuo aggiornamento, senza considerare i numerosissimi interventi dell'Authority a lavori e studi condotti dalle istituzioni europee o da organizzazioni internazionali³⁵.

Tra questi, preme dare rilievo all'intervento dello scorso 23 aprile, occasione in cui il Garante – dopo avere esaminato il decreto legge 22 aprile 2021 n. 52, che imponeva il possesso della certificazione verde per accedere a numerosi luoghi di vita sociale e per svolgere molteplici attività in luoghi chiusi – si è espresso tramite avvertimento formale, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, lamentando numerose violazioni della normativa *privacy*³⁶: in primo luogo, la sua mancata consultazione preventiva, la quale, a suo parere, avrebbe certamente permesso di risolvere le gravi criticità presenti nell'atto normativo; secondariamente, alcune carenze di merito, tra cui l'assenza di una base normativa idonea per l'introduzione e l'utilizzo dei certificati verdi. A tal proposito, preme rilevare che se le indicazioni di massima contenute nell'avvertimento del 23 aprile sono state recepite – è, infatti, seguito un immediato adeguamento da parte dell'Esecutivo – questo non può dirsi circa la critica relativa alla mancanza di una idonea base giuridica, che infatti è stata mantenuta anche nel successivo parere, rilasciato sul d.P.C.M. di attuazione della piattaforma nazionale DGC per l'emissione, il rilascio e la verifica del *green pass*³⁷. In quell'occasione l'Autorità di controllo nazionale ha richiesto che, in sede di conversione del decreto legge n. 52 del 2021, fosse introdotta inoltre una precisazione per l'individuazione puntuale delle finalità per l'utilizzo delle certificazioni. Secondo l'Authority, come chiarito con il comunicato stampa del 10 giugno³⁸, infatti, le finalità per le quali poteva essere richiesto il *green pass* dovevano essere stabilite con una norma “nazionale” di rango primario. Si consideri, perciò, che il Garante è intervenuto indicando quale

³⁴ È appena il caso di ricordare che i dati relativi alla salute sono soggetti ad un regime più restrittivo. Infatti, l'art. 9 del GDPR, rubricato “Trattamento di categorie particolari di dati personali”, prevede stringenti limiti al loro trattamento. Sul tema, *ex plurimis*, si vedano C. COLAPIETRO, F. LAVIOLA, *I trattamenti in ambito sanitario*, in *Il “nuovo” Codice*, cit., 201 ss.; C. FILIPPI, S. MELCHIONA, *I trattamenti di dati in ambito sanitario*, in G. BUSIA L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali*, cit., 469 ss.; nonché P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 591 ss.

³⁵ Si veda <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/green-pass>, in cui il Garante ha riunito tutti gli interventi sul tema.

³⁶ *Doc-web* n. 9578184.

³⁷ Si fa riferimento al parere sul d.P.C.M. di attuazione della piattaforma nazionale DGC per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021, *doc-web* n. 9668064.

³⁸ *Doc-web* n. 9668146.

potesse essere la fonte gerarchicamente più idonea a prevedere le finalità del *green pass*: una legge dello Stato.

Nonostante le rimostranze del Garante, appena illustrate, possano essere ritenute particolarmente ardite nella misura in cui siano sollevate da un'Autorità preposta ad altri compiti, nel merito non potevano che essere condivisibili, tanto che, dapprima in sede di conversione in legge del decreto n. 52 del 2021 e poi con la legge n. 126 del 16 settembre 2021, il Legislatore ha ottemperato a tutte le richieste ed anche all'ultima, introducendo una riserva di legge per ogni nuovo o diverso utilizzo delle certificazioni verdi: è dunque incontrovertibile che i diversi ammonimenti del Garante abbiano sortito l'effetto sperato.

2.4. La consegna del *green pass* al datore di lavoro

Sul tema dei controlli del *green pass*, e più in generale – prima ancora dell'introduzione del certificato verde – sul controllo delle vaccinazioni nell'ambito lavorativo, l'Authority si è espressa con il provvedimento n. 198 del 13 maggio 2021 “Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento di dati personali”³⁹ e con il documento del giorno successivo “Protezione dei dati - Il ruolo del medico competente in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale”⁴⁰, chiarendo che il datore di lavoro non può acquisire, neanche con il consenso⁴¹ del dipendente o tramite il medico competente, i nominativi del personale vaccinato o la copia delle certificazioni vaccinali. Il Garante si è poi pronunciato sulla possibilità di creare un *database* che conservasse i dati relativi ai soggetti vaccinati e, prima il 25 agosto con

³⁹ *Doc-web* n. 9585356.

⁴⁰ Cfr. *doc-web* n. 9585263.

⁴¹ Più in generale e ben prima dell'emergenza pandemica, era già intervenuto nello stesso senso il Gruppo di lavoro *ex art. 29* nel 2017 con le “Linee guida sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679”, poi modificate da ultimo il 10 aprile 2018. In questa occasione si era chiarito che affinché i dati possano essere trattati sulla base del consenso, questo deve essere libero, situazione che difficilmente si verifica nel mondo del lavoro tipicamente basato sulla subordinazione del lavoratore al datore. Quest'ultimo infatti può trattare i dati personali dei dipendenti sulla base del consenso solo a condizione che sia in grado di dimostrare che questo è stato espresso liberamente. Per un approfondimento specifico sul tema del consenso del lavoratore, si vedano, ad esempio, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. F. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 101 ss.; e M. C. DEGOLI, *I trattamenti in ambito lavorativo*, in *Il “nuovo” Codice*, cit., 243 ss.

un'intervista a *La Repubblica* del presidente Stanzone⁴², poi il 3 settembre, con un intervento di Guido Scorza componente del collegio a *CyberSecurity360*⁴³, ha ribadito che non è possibile conservare copia del certificato verde né registrarne la data di scadenza poiché ciò determinerebbe una lesione della tutela della protezione dei dati personali.

In seguito, il 21 settembre è stato pubblicato il decreto legge n. 127 del 2021, il quale ha previsto dal 15 ottobre 2021, l'obbligo di possedere (ed esibire a richiesta del datore di lavoro) la certificazione verde per accedere ai luoghi di lavoro. Alla luce di tale provvedimento, nel volgere di pochissimi giorni, l'Authority è quindi intervenuta per esprimere, in via d'urgenza, parere favorevole sullo schema di d.P.C.M, attuativo della nuova previsione normativa, con il quale sono state introdotte specifiche modalità di verifica del *green pass* in ambito lavorativo pubblico e privato.

In merito alle modalità di controllo del certificato verde, a fronte della richiesta di alcune organizzazioni datoriali di prevedere, in sede di conversione del decreto legge, la possibilità per il datore di lavoro di acquisire copia dei certificati verdi, purché consegnati liberamente e volontariamente dai lavoratori, al fine di agevolare l'attività di verifica, il Garante è intervenuto con plurimi interventi chiarificatori – ossia la segnalazione al Parlamento e al Governo sul Disegno di legge di conversione del decreto legge n. 127 del 2021⁴⁴, ma anche la memoria del presidente del Garante, destinata alla I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica del 7 dicembre 2021⁴⁵ – in cui ha ribadito la propria contrarietà alla consegna del certificato al datore di lavoro. L'Authority ha sottolineato come il superamento dei controlli continuativi avrebbe rischiato di determinare la sostanziale elusione delle finalità di sanità pubblica sottese al sistema del *green pass* e ha giustificato i propri interventi affermando che la mancata realizzazione delle esigenze sanitarie sottese a questo sistema avrebbe reso anche il trattamento dei relativi dati non del tutto proporzionato, perché non pienamente funzionale rispetto alle finalità perseguite.

Orbene, quest'ultimo punto merita forse una riflessione particolare, perché fa emergere più di altri l'espansione subita (*rectius*, ricercata) del ruolo dell'Authority. A nostro avviso, infatti, le considerazioni del Garante, per quanto meritevoli, esulano, anche in questo caso, dalle sue strette

⁴² A tal proposito, *doc-web* n. 9692807.

⁴³ *Doc-web* n. 9696596.

⁴⁴ Cfr. *doc-web* n. 9717878.

⁴⁵ Si consulti *doc-web* n. 9725434.

competenze: dietro il principio di proporzionalità del trattamento si nascondono, infatti, valutazioni inerenti esigenze di sanità pubblica che non paiono rientrare nella *mission* istituzionale dell’Autorità.

Non solo, ma, a nostro parere, le valutazioni del Garante non prendono neppure in considerazione la necessità che, in questo caso, il diritto alla protezione dei dati personali ceda il passo ad altri diritti ed interessi. È nostra opinione – ma, come si vedrà sul finire di questo paragrafo, a quanto pare, non solo nostra – che, negli ultimi tempi, il bilanciamento abbia operato in modo talora preponderante a favore della riservatezza e, a tal proposito, riteniamo che qualche responsabilità vada ascritta allo stesso Garante, che se, da un lato, ha avuto il merito di avere puntualmente vigilato sulla corretta osservanza della disciplina in tema di *data protection*, dall’altro ha contribuito, secondo una tendenza già rilevata in dottrina⁴⁶, ad alimentare, anche in un contesto di emergenza sanitaria, una sensibilità specularmente alquanto marcata per la riservatezza⁴⁷, aspetto questo che certamente non è passato inosservato agli occhi dei decisori politici.

Nel caso di specie, il Garante avrebbe, infatti, potuto prendere in considerazione l’opportunità di contemperare il diritto alla protezione dei dati personali con un altro diritto tutelato dalla Costituzione: la libertà di iniziativa economica. Orbene, se il *favor* accordato al diritto alla riservatezza, rispetto a quello tutelato dall’art. 41 della Costituzione, può essere giustificato, nella maggior parte delle ipotesi, in ragione della tendenziale prevalenza del diritto alla protezione dei dati personali rispetto alle libertà economiche, può tuttavia accadere che vi siano situazioni o ragioni che giustifichino, ed anzi rivendichino, una lettura in senso contrario. A tal proposito, parte della dottrina⁴⁸ ha già affermato che la libera iniziativa economica possa fungere da limite al diritto

⁴⁶ Sempre attuali le considerazioni di S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti*, Roma, 2013, 16 ss.

⁴⁷ Come sostiene autorevole dottrina, l’esistenza di limiti al diritto alla riservatezza ed il suo bilanciamento con altri interessi costituzionali sono indicatori non di un minore rilievo e riconoscimento del diritto alla *privacy* bensì di una corretta conciliazione tra autorità e libertà. In questo senso si vedano, A. PIZZORUSSO, *Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana*, in *Prassi e teoria*, 1976, 32 ss.; C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 1999, 180; F. PIZZETTI, *Considerazioni conclusive. La legge sulla privacy dieci anni dopo*, in G. F. FERRARI (a cura di) *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, 248; ma anche S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Dir.*, 1991, 532; S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti*, cit., 212 ss., in cui si evidenzia, negli ultimi anni un «eccesso di valorizzazione del diritto alla riservatezza».

Più specificamente, sul “potere” delle Autorità garanti di bilanciare i diritti fondamentali in conflitto nel contesto pandemico cfr. F. PIZZETTI, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti*, cit. 27.

⁴⁸ In tal senso A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d’informazione*, Napoli, 1969, 347-348; che, implicitamente, ammette che l’art. 41 possa rappresentare un limite alla riservatezza, e S. RODOTÀ, *Persona*,

alla riservatezza quando ciò consenta di sfuggire a forti, ed altrimenti ineludibili, ripercussioni in tema di costi imprenditoriali, onde evitare un *vulnus* al corretto funzionamento del mercato, anche sotto l'aspetto concorrenziale. Può infatti capitare – ed è accaduto – che la *compliance privacy*, incidendo sulle modalità organizzative e sulle strutture gestionali dell'impresa, aggravi le procedure e, di conseguenza, i costi di gestione ed organizzazione, laddove, come ovvio, questo può dirsi ammissibile se ragionevole e proporzionato. Nel caso di specie, invece, il *favor* riconosciuto alla *privacy* non pare proporzionato, poiché i costi (imprenditoriali) superano di gran lunga i benefici in punto di diritto alla riservatezza derivanti dal controllo costante del *green pass*. È innegabile, infatti, che l'impossibilità di ammettere una consegna volontaria del *green pass* al datore di lavoro possa avere sensibili – e, a nostro avviso, sebbene ragionevoli, non proporzionate – ripercussioni sui costi aziendali, già fortemente toccati dalla crisi economica che la pandemia ha causato e sui quali hanno già inciso numerosissime altre misure volte a contrastare la diffusione del contagio (si pensi, ad esempio, all'acquisto di igienizzanti e sanificanti, di strumenti per il controllo della temperatura corporea, di dispositivi informatici per lo svolgimento del lavoro a distanza *etc*).

Ebbene, proprio queste considerazioni sembrano essere state condivise dal Legislatore che, il 19 novembre scorso, nel procedere alla conversione con emendamenti del decreto legge n. 165 del 2021, ha riconosciuto la possibilità di consegnare la certificazione verde al datore di lavoro, al fine di semplificare e velocizzare i controlli nei confronti dei lavoratori del settore pubblico e privato, di modo che, nella ricerca di un equilibrio degli interessi, la libertà di iniziativa economica sembra essere prevalsa sul diritto alla protezione dei dati personali. Con questa scelta Governo e Parlamento, superando le valutazioni espresse in più occasioni dal Garante, hanno evidenziato ulteriormente quella tensione tra Garante e decisori politici, già espressa col “Decreto capienze”, di cui si dirà più ampiamente più avanti nel testo, che sembra ormai avere portato ad una frattura tra le istituzioni.

riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali, in *Riv. crit. dir. priv.*, Bologna e Napoli, 1997, 592 ss, che invece lo afferma espressamente.

3. Gli interventi del Garante sulle iniziative regionali

Non sono peraltro mancati interventi del Garante anche su iniziative autonomamente avviate dalle Regioni.

Sul punto preme anzitutto dar conto del comunicato stampa del 10 agosto 2020 con cui il Garante si è espresso sulla proliferazione delle app di *contact tracing* regionali, affermando che gli unici trattamenti di dati personali che potevano vantare un'adeguata base giuridica erano quelli che trovavano il proprio fondamento in una norma di legge nazionale⁴⁹. Peraltro, proprio su quest'ultimo punto è interessante rilevare che nell'avvertimento formale del 23 aprile⁵⁰, del quale si è già parlato in precedenza, l'Autorità ha osservato che il decreto legge n. 52 del 2021 – ammettendo che la Conferenza delle Regioni, le Province autonome, ed anche il Sottosegretario in materia di sport, potessero adottare linee guida volte ad introdurre il requisito del possesso del *green pass* per accedere a determinati luoghi od attività – non potesse rappresentare una idonea base giuridica, secondo l'Authority, infatti, soltanto una fonte primaria dello Stato poteva dirsi adeguata a tal fine. Quest'ultima valutazione, caposaldo della riflessione del Garante, è stata ribadita in più occasioni: precedentemente con la memoria dal titolo emblematico “Profili *costituzionali* dell'eventuale introduzione di un passaporto vaccinale per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS COV2” dell'8 aprile 2021⁵¹; successivamente in sede di audizione informale del presidente Stanzone presso le commissioni riunite I, II e XII della Camera dei Deputati, il 6 maggio 2021⁵²; poi nel provvedimento di avvertimento adottato il 25 maggio 2021 nei confronti della Regione Campania⁵³; ancora nella nota del presidente del 21 giugno⁵⁴; e infine nel provvedimento di avvertimento del 22 luglio, nei confronti della Regione Siciliana⁵⁵. A tal proposito giova ricordare che, in sede di audizione informale alla Camera, il 6 maggio 2021 a sostegno della propria riflessione, il Garante ha richiamato a gran voce le sentenze della Corte costituzionale n. 271 del 2005 sulla riserva di legge statale in materia di protezione dati e n. 37 del 2021 in cui è ribadita la competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale.

⁴⁹ Si veda il comunicato del Garante *doc-web* n. 9447462.

⁵⁰ *Doc-web* n. 9578184.

⁵¹ *Doc-web* n. 9574242. Il corsivo nel titolo è nostro.

⁵² Cfr. *doc-web* n. 9583365.

⁵³ *Doc-web* n. 9590466.

⁵⁴ Si consulti *doc-web* n. 9681670.

⁵⁵ A tal proposito si veda il *doc-web* n. 9683814.

L'interventismo dell'Autorità di controllo nazionale si è poi manifestato anche in relazione alla significativa interlocuzione con la Regione Siciliana: il 14 agosto scorso, l'Authority ha inviato alla Regione una richiesta di informazioni in merito all'ordinanza presidenziale n. 84 del 13 agosto 2021⁵⁶ che precludeva l'accesso agli uffici pubblici ed agli edifici aperti al pubblico alle persone sprovviste della certificazione verde. Anche in questo caso il Garante ha ricordato che le misure che implicano il trattamento di dati personali ricadono nelle materie assoggettate alla riserva di legge statale e non possono pertanto essere introdotte con un'ordinanza regionale ma solo attraverso una disposizione di rango primario ovviamente, non serve ripeterlo, previo parere del Garante.

Orbene, traendo le fila di questa pur sintetica ricostruzione, si può affermare che, nel sostenere l'esistenza di una riserva di legge statale in materia di trattamento di dati personali, il Garante abbia finito per interferire in campi non riconducibili a quelli suoi propri, attribuitigli dalla legge, come ad esempio il riparto di attribuzioni tra Stato e Regione, sul quale, la parola spetta, ovviamente, ad altri organi dello Stato.

4. Il “Decreto capienze” ed il “braccio di ferro” tra Governo e Garante

L'8 ottobre 2021 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto legge n. 139, meglio conosciuto come “Decreto capienze”, con cui è stato introdotto un allentamento delle restrizioni per la frequentazione di discoteche, teatri, cinema e altri luoghi della cultura, ma che soprattutto, all'art. 9, ha previsto “disposizioni in materia di protezione dei dati personali”, con forti impatti in punto di *privacy*. Il decreto è intervenuto, infatti, sull'articolo 2-ter del Codice con una nuova disposizione (comma 1-bis) a mente della quale il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica è sempre consentito se necessario all'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri, a prescindere dall'esistenza di una norma che, di volta in volta, determini l'interesse specifico. Inoltre, il Governo ha previsto che la finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una legge, possa essere indicata

⁵⁶ Si richiama il provvedimento “Green pass e accesso degli utenti agli uffici pubblici: il Garante privacy chiede informazioni alla Regione Siciliana” *doc-web* n. 9691702.

dall'amministrazione. Al comma 3 della medesima disposizione, poi, è stata introdotta la possibilità che le P.A. diffondano o comunichino i dati a soggetti che intendono trattarli per altre finalità non più soltanto nell'ipotesi in cui la base giuridica del trattamento sia una legge od un regolamento, ma anche ogni qualvolta la Pubblica Amministrazione lo ritenga necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri. Di particolare rilevanza è stata poi l'abrogazione, cui si è già fatto cenno, dell'articolo 2-*quinqüesdecies* del Codice, ovvero di quello specifico potere ispettivo. Ancora, il decreto legge ha specificato che i pareri richiesti al Garante – con riguardo a riforme, misure e progetti del Piano nazionale di ripresa e resilienza, del Piano nazionale per gli investimenti, nonché del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 – siano resi nel termine non prorogabile di trenta giorni dalla richiesta, decorso il quale si è autorizzati a procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere stesso.

Fin da una prima lettura delle citate previsioni normative, appare manifesto come il decreto rispecchia quel “braccio di ferro” in atto tra Governo e Garante a cui si è fatto riferimento nell'introduzione a questo contributo, rappresentando una sorta di “rappresaglia” a fronte del cumularsi di interventi sempre più pervasivi da parte dell'Authority e volti a dare un'interpretazione estensiva del suo ruolo e delle sue competenze.

In primo luogo, infatti, l'Esecutivo è intervenuto sul contemperamento del diritto alla protezione dei dati personali: con l'ampliamento della base giuridica dei trattamenti operati dalle P.A., il Governo ha, invero, voluto superare quel *favor* ultimamente accordato alla *privacy* e consentire più facilmente all'Amministrazione di bilanciare la riservatezza con altri interessi pubblici (come il buon andamento della pubblica amministrazione, o l'efficienza dell'amministrazione della giustizia) ritenuti, evidentemente, in questo periodo storico prevalenti ai fini dell'attuazione del PNRR. La stessa *ratio* pare giustificare la facilitazione introdotta circa la diffusione o la comunicazione dei dati trattati dalle P.A.

In secondo luogo, il Governo è voluto intervenire sui poteri ispettivi e consultivi del Garante, abrogando i primi e limitando i secondi. Se infatti sui poteri ispettivi introdotti con legge nazionale in fase di coordinamento con il Regolamento (UE) 2016/679 si poteva incidere anche radicalmente, sui secondi, che trovano espressione all'art. 36 par. 4 GDPR, l'intervento poteva solo limitarsi ad un loro ridimensionamento, attuato per l'appunto con l'introduzione di un termine perentorio particolarmente breve per le delibere del Garante relative alle misure disposte in attuazione, tra gli altri, del PNRR.

Ora, questi interventi, decisamente drastici, non risultano granché apprezzabili e rappresentano, ad avviso di chi scrive, un'oscillazione del pendolo in direzione opposta alla tutela della protezione dei dati personali, che pecca in eccesso non meno di quanto potesse in ipotesi imputarsi al Garante nell'opposta direzione⁵⁷.

L'introduzione, ad esempio, del comma 1-*bis* all'art. 2-*ter* del Codice fa sorgere seri dubbi dal momento che l'innesto normativo pare aver provocato un cortocircuito: se l'art. 2-*ter* del Codice, al comma 1, richiama la necessità che il trattamento di dati personali – effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri – trovasse la base giuridica nella legge o nei casi in cui la legge lo prevedeva, nei regolamenti, il comma 1-*bis* introdotto con il “Decreto capienze”, al contrario, ha previsto un netto ampliamento della base giuridica che sembra contraddire quanto stabilito dal comma che lo precede. Ad onor del vero, la novità normativa si pone in conflitto anche con l'ordinamento europeo che – come affermato dal Garante, in occasione dell'audizione presso la I Commissione (Affari costituzionali) – esige sempre e comunque, a prescindere dalla scelta del singolo ordinamento in punto di fonte giuridica legittimante il trattamento, che questo, «nella sua finalità e nelle sue modalità, sia trasparente, prevedibile, noto ai cittadini»⁵⁸, obiettivo difficilmente perseguibile se i dati trattati dalle PA trovano giustificazione in una fonte diversa dalla legge.

Queste contraddizioni sono state percepite anche dal Legislatore che, in fase di conversione, ha coordinato la disciplina, modificando, tuttavia, non tanto il comma 1-*bis*, bensì il comma 1: sopprimendo il riferimento “esclusivo” alla legge come base giuridica per i trattamenti disciplinati dall'art. 2-*ter* ed introducendo, a fianco della legge e dei regolamenti, anche gli atti amministrativi

⁵⁷ A tal proposito, M. BASSINI, *Audizione del 2 novembre 2021 presso la prima commissione permanente – Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, 5, ove lo studioso sostiene che per quanto il cd. “Decreto capienze” apporti novità non confliggenti con la fonte sovranazionale esso comporta un «complessivo indebolimento di una serie di “contrappesi”».

L'audizione trascritta è consultabile al [link](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil/es/000/421/753/Prof._Marco_BASSINI.pdf) https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil/es/000/421/753/Prof._Marco_BASSINI.pdf.

Invece, in merito all'abrogazione dell'art. 2-*quinquiesdecies* del Codice, l'Authority, anch'essa consultata in occasione della conversione in legge del cd. “Decreto Capienze” con asprezza ha affermato che «l'efficacia semplificatoria dell'abrogazione è [...] dubbia, nella misura in cui non incide (né potrebbe incidere) sull'obbligo di consultazione preventiva in caso di trattamenti a rischio elevato ma, anzi, impone valutazioni individualizzate anche laddove esse potrebbero essere condotte su modelli tipo o, comunque, con provvedimenti ad efficacia generale». L'intervento è consultabile al [link](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil/es/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf) https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil/es/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf, 4.

⁵⁸ *Ibidem*, 2.

generali il Parlamento ha dato credito alla scelta del Governo ovvero ha convalidato l'allargamento della base giuridica introdotto con il decreto legge. Per mediare, tuttavia, ha eliminato quella previsione secondo cui le finalità del trattamento potevano essere liberamente indicate dall'amministrazione, sostituendola, invece, con un, seppur vago e generico, richiamo al necessario rispetto dei diritti e delle libertà degli interessati e quindi del Regolamento (UE) 2016/679. La legge di conversione, poi, è intervenuta anche sul comma 3, ridimensionando la diffusione dei trattamenti, ovvero prevedendo che questa possa avvenire solo se necessaria (ai sensi del comma 1-*bis*) e comunque dandone notizia al Garante almeno dieci giorni prima della diffusione.

A tal proposito, è quindi possibile affermare che se, da un lato, la legge n. 205 del 2021 è intervenuta rafforzando il diritto alla riservatezza, nei trattamenti effettuati dalle Pubbliche Amministrazioni, che, come illustrato, aveva subito una non secondaria compressione ad opera del "Decreto capienze", dall'altro lato, esso pare aver condiviso la filosofia di fondo che contraddistingue le scelte dell'Esecutivo sul nuovo ruolo offerto al Garante⁵⁹. La legge di conversione, infatti, non ha inciso né sul termine perentorio (assai breve) introdotto per i pareri rilasciati dal Garante sul PNRR e neppure sull'abrogazione dell'articolo 2-*quinquiesdecies* del Codice⁶⁰. Il Legislatore sembra insomma aver assunto consapevolezza che, come intuibile anche dalla rassegna proposta, la tutela dei dati personali coinvolge con sempre maggiore frequenza i più disparati settori dell'ordinamento e dunque le consultazioni e le ispezioni preventive dell'Autorità di controllo possono avere anche effetti diversi rispetto a quelli desiderati. Da un lato possono, infatti, rallentare l'operatività del sistema, mentre, dall'altro lato, possono al contempo determinare un'interferenza significativa in settori di competenza di altri organi dello Stato⁶¹. Nella stessa direzione, del resto, sembra essere indirizzata anche l'opinione di Franco Pizzetti, *ex* presidente

⁵⁹ Garante che, come afferma M. BASSINI, *Audizione del 2 novembre*, cit., 1, a seguito del nuovo assetto configuratosi per effetto delle modifiche apportate dall'art. 9 del decreto n. 139 del 2021 ha subito un visibile "depotenziamento".

⁶⁰ Questa valutazione non ha tenuto conto dei pareri forniti dagli esperti in occasione delle audizioni informali svoltesi presso la I Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica. Tra questi, E. PELINO, nella *Sintesi delle proposte formulate in audizione protezione dati personali*, al link https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil.es/000/421/783/Avv._Enrico_PELINO.pdf, 4, suggeriva di ripristinare l'abrogata formulazione dell'art. 2-*quinquiesdecies*.

⁶¹ Per usare le parole di Enrico Grosso «l'azione del Garante diretta alla protezione dei dati da un lato tutela le persone, dall'altro potrebbe talvolta mettere in crisi il funzionamento di interi settori dello Stato-apparato: attività di polizia, attività giudiziaria, attività parlamentare [...]», Cfr. E. GROSSO, *Autorità indipendente o Autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001, 141.

dell’Autorità garante per la protezione dei dati personali, il quale, in un’intervista rilasciata a *La Repubblica* il 10 ottobre, ha definito la funzione ispettiva del Garante che è stata abrogata dal cd. “Decreto capienze” come «un potere molto utile, *che va però usato con cautela*»⁶².

5. Il ruolo del Garante nel periodo emergenziale: qualche considerazione conclusiva di sintesi

Al termine delle riflessioni sin qui condotte possiamo cercare di trarre qualche considerazione conclusiva sul quesito evidenziato nell’introdurre la presente indagine, ovvero se il ruolo del Garante sia mutato nel periodo emergenziale, provocando una reazione di contrapposizione da parte delle altre istituzioni, Governo e Parlamento *in primis*.

Nel corso degli ultimi tempi, la riservatezza si è fatta sempre più strada sia nella scienza giuridica che nella coscienza sociale e la nuova sensibilità sul punto, accelerata dai numerosi trattamenti di dati personali causati dalla pandemia, ha indotto a ritenere la protezione dei dati personali un bene di tale importanza da prevalere, molto spesso, rispetto ad altre situazioni giuridiche di pari rango. Come già sostenuto, una responsabilità in questo senso la ha certamente avuta, nel corso degli anni, anche il Garante, che ha contribuito ad alimentare una marcata, e talvolta eccessiva, sensibilità per la riservatezza a discapito di altri interessi costituzionalmente protetti⁶³: situazione certamente facilitata anche dall’adozione del GDPR che di fatto ha introdotto in capo all’Authority funzioni sempre più penetranti e partecipative. I suoi poteri consultivi ed ispettivi, previsti dal Regolamento europeo e dal “nuovo” Codice, insieme all’esplosione del

⁶² L’intervista di A. LONGO è consultabile sulla pagina *Economia* de *La Repubblica*, al link https://www.repubblica.it/economia/2021/10/10/news/privacy_e_decreto_capienze_le_critiche_degli_esperti_intervento_pesante_tolto_il_potere_al_garante_-321476299/. Il corsivo nel testo è nostro.

⁶³ A tal proposito si veda S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti*, cit., 16, in cui l’Autore testualmente afferma «Tale Autorità, infatti, se ha indubbiamente avuto il grosso merito di avere consentito un’effettiva attuazione della legge ed un suo adattamento, nel corso degli anni, al mutare dei contesti tecnologici e di settore, tuttavia, nella pur comprensibile esigenza di affermare *ex novo* una cultura della *privacy* [...], con il vigore delle proprie affermazioni e dei propri interventi, in più occasioni, pur sollevando questioni di per sé non certo infondate, ha tuttavia contribuito, per converso, ad alimentare una sensibilità specularmente troppo marcata per la riservatezza, che ha determinato un rovesciamento nel bilanciamento tra gli interessi provocando uno squilibrio a vantaggio di questa».

Più in generale sulla tendenza del diritto alla riservatezza a sovrastare altri diritti meritevoli di protezione, sono interessanti le osservazioni proposte da M.G. LOSANO, *Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy*, Roma-Bari, 2001, V ss.; e F. DE LEO, *Due o tre cose su dati di traffico e tutela della privacy*, in *Quest. giust.*, 2004, 843.

trattamento dei dati personali vissuta nell'ultimo periodo, hanno fatto sì che il dialogo tra Garante ed istituzioni divenisse condizione essenziale per l'attuazione della stragrande maggioranza degli interventi di natura pubblica⁶⁴. Lo dimostra la rassegna dei provvedimenti descritti in precedenza, ma non solo: a conferma di quanto affermato si può citare lo studio internazionale condotto dal GPEN (*Global Privacy Enforcement Network*, di cui fa parte anche il Garante italiano) nel quale si rileva che le *Data Protection Authority* hanno svolto un ruolo particolarmente attivo nel periodo emergenziale.

In particolare, lo *Sweep* 2020-21 di questo Rapporto ha offerto un contributo finalizzato a verificare se, e in quale misura, i profili legati alla protezione dei dati personali siano stati tenuti in considerazione dalle istituzioni, ma anche quale sia stato il coinvolgimento delle Autorità di controllo nei singoli Paesi, e quali siano state le reciproche influenze fra queste ultime ed i governi nazionali. Ebbene, nel nostro Paese quest'ultimo aspetto, ovvero l'interazione tra Autorità di controllo nazionale ed Esecutivo, sembra essersi tradotto, come s'è visto, in un "tiro alla fune" che ha raggiunto il suo apice nel "Decreto capienze"⁶⁵. Se infatti, da un lato, la crisi sanitaria ha evidenziato l'importanza della tutela dei dati personali intesi come baluardo di libertà, dall'altro ha favorito l'emersione di esigenze di bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali ed altri diritti costituzionalmente garantiti. Ed allora sul palcoscenico dell'emergenza sanitaria si affacciano per un verso un Garante che ribadisce con vigore sempre crescente le proprie competenze, per l'altro un Governo che tenta di arginare i poteri più incisivi e pervasivi dell'Authority. Ne sono un esempio la già richiamata introduzione di un termine perentorio molto breve per il rilascio dei pareri del Garante relativi al PNRR, ma anche l'eliminazione della funzione

⁶⁴ L'importanza del ruolo consultivo assunto dall'Authority è ben espressa dalle parole di Licia Califano secondo la quale oggi «il Garante è anzitutto un interlocutore in grado di orientare le politiche dell'ente» cfr. L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, cit., 134.

⁶⁵ Se, infatti, di questo rapporto conflittuale si è già dato conto nei precedenti paragrafi del contributo, appare di particolare interesse osservare come esso riemerge con vigore nell'intervento del Garante, in persona del suo presidente Pasquale Stanzone, presso la I Commissione (Affari costituzionali) in occasione della conversione in legge del cd. "Decreto capienze". Si osservi, in special modo, il passaggio a pagina 3 della relazione in cui l'Authority, riferendosi al tentativo dell'Esecutivo di ispirare l'intervento di riforma in materia di *privacy* al modello tedesco, lamenta che, qualora si intenda fare ciò, occorre rafforzare le risorse dell'Autorità di controllo nazionale nettamente inferiori rispetto a quella delle Autorità Garanti tedesche.

La trascrizione è consultabile al [link](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil.es/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf)
https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil.es/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf.

ispettiva che esso prima poteva esercitare sui provvedimenti ad alto rischio delle pubbliche amministrazioni.

La severità di questa reazione dell'Esecutivo risulta ancor più evidente se si considera che nel periodo pandemico le Autorità amministrative indipendenti diverse dal Garante non hanno subito alcuna limitazione delle proprie prerogative, anzi, al contrario, hanno visto un rafforzamento dei propri poteri. Si fa riferimento al recentissimo decreto legislativo n. 185 del 2021 attuativo della direttiva (UE) 2019/1 che, è intervenuto sulla disciplina nazionale antitrust (legge n. 287/1990) con l'obiettivo di rendere più incisivi ed efficaci i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, scopo che è stato raggiunto sia aumentando le risorse ad essa destinate (dal punto di vista dell'organico, finanziario e tecnico, risorse, tra l'altro, già nettamente superiori rispetto a quelle del Garante), sia intervenendo sui suoi poteri ispettivi e sanzionatori, oggi sensibilmente accresciuti. Certo, si potrebbe obiettare che tali scelte non siano state tanto discrezionali quanto "obbligate" dalla fonte unionale, tuttavia, non si può dimenticare che la direttiva è un atto legislativo vincolante nel "fine" da realizzare, non anche nel "modo" in cui tale obiettivo deve essere perseguito. Ebbene, nel caso di specie, si ritiene che oltre ad essere stati pedissequamente rispettati gli scopi imposti, le modalità impiegate, come la scelta di implementare le risorse dell'AGCM, dimostrino la volontà di sposare appieno il rafforzamento dei poteri dell'Antitrust.

Emerge, insomma, in modo piuttosto evidente che l'insofferenza del Governo abbia riguardato solo il Garante, fatto, questo, che può essere stato acuito, oltre che dai numerosi interventi formali dell'Authority, anche dal largo utilizzo che si è fatto di quell'attività più informale di esternazione, da un lato, e di *moral suasion*, dall'altro, che, sebbene non vincolante, assume comunque un alto valore persuasivo in ragione anche delle competenze tecniche che la legge ha attribuito al Garante in materia di diritto alla protezione dei dati personali⁶⁶. Infatti, l'Authority negli ultimi tempi, e con decisamente maggiore frequenza dall'inizio della pandemia, ha rivendicato l'osservanza della disciplina in materia di *data protection* con numerosissimi interventi informali, tra i quali compaiono ad esempio le FAQ che, seppur prive di valore giuridico, si impongono nella coscienza

⁶⁶ E. GROSSO, *Autorità indipendente o Autorità onnipotente?* cit, 154, 172-174, ma anche A. SIMONCINI, *Il sistema delle fonti normative* in V. RICCIUTO-V. CUFFARO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999, vol. II-profilo applicativi, 36.

collettiva⁶⁷, a maggior ragione in contesti caratterizzati da una rapida evoluzione, come certamente può essere ritenuto quello relativo alla protezione dei dati personali. Si tratta infatti di un settore che, per la costante innovazione tecnologica, oltre che per le esigenze sociali ed economiche⁶⁸, nonché per l’alta specializzazione tecnica, necessita di continui strumenti di correzione ed adattamento⁶⁹. Questo aspetto pare aver provocato una tendenziale direzione verso un’atipicità del sistema delle fonti che induce a preferire tecniche di normazione che consentano una maggior elasticità del risultato, con un *soft (law)*, che tuttavia assume un valore sempre più *hard*⁷⁰. Le osservazioni, o meglio le “regole”, espresse dal Garante sono infatti divenute parametro valutativo per le autorità giurisdizionali, determinando, talvolta, un abbandono del rapporto legge-giurisdizione in favore di una relazione più complessa che coinvolge un trinomio più incerto: legge-regole-giurisdizione⁷¹. A dimostrazione del valore sempre più cogente riconosciuto alle regole contenute nelle delibere del Garante, si cita una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che – nell’affermare la mancata violazione della normativa *privacy* a danno di chi esibiva il *green pass* rilasciato dopo la vaccinazione – motiva sostenendo l’assenza della violazione in quanto recepite ed osservate le indicazioni del Garante⁷². Questa pronuncia è particolarmente interessante perché nel negare la riforma dell’ordinanza del T.A.R. Lazio in tema di obbligo di *green pass* per il personale docente, i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che le censure relative alle ipotizzate violazioni della disciplina in materia di *data protection*, a danno di chi esibiva il certificato verde rilasciato dopo la vaccinazione, erano contraddette dall’avvenuto pieno recepimento delle indicazioni del Garante in proposito. Non della legge, dunque, ma del Garante.

Per concludere, quindi, non si può negare che gli strumenti messi a disposizione dal GDPR, la proliferazione dei trattamenti causati dalla pandemia, la naturale “vocazione espansionistica” del

⁶⁷ Nonostante, infatti, queste ultime non siano fonti del diritto hanno acquisito nel tempo un implicito valore “giuridico” per l’affidamento che su di esse fanno i cittadini. Sul valore delle FAQ si veda la recente pronuncia del Consiglio di Stato, I sezione del 16 giugno 2021, n. 01275 del 2021, 8 ss., in <https://dejure.it/>.

⁶⁸ Sul punto, di particolare interesse le osservazioni di M. CARTABIA, *Le norme sulla privacy come osservatorio sulle tendenze attuali delle fonti del diritto*, in M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy*, cit., 67-68.

⁶⁹ Come già evidenziava S. RODOTÀ, *Prefazione alla Relazione per l’anno 1997 del Garante per la protezione dei dati personali*, Roma, 1997, 13.

⁷⁰ La realtà odierna - come incisivamente evidenziato da Natalino Irti - vive una transizione dalle “leggi” alle “regole”; Cfr. N. Irti, *Prefazione*, in G. LEGNINI, D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell’età del disincanto. L’unità perdurata tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, 2019, 10-11. Sul tema anche G. DI COSIMO, *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, n.1, 3.

⁷¹ Cfr. N. Irti, *Prefazione*, cit., 10.

⁷² Consiglio di Stato, decreto presidenziale n. 5950, del 30 ottobre 2021, in <https://www.quotidianogiuridico.it/>.

Garante, abbiano favorito l'assunzione, da parte dell'Authority, di un ruolo sempre più attivo. Valendosi – occorre rilevarlo, ma solo in alcuni momenti e sotto alcuni profili – di una legittimazione in qualche modo derivante dall'interpretazione che anche i colleghi europei hanno dato del ruolo e delle funzioni delle Autorità garanti nazionali nel periodo pandemico. Come evidenziato, infatti, da autorevole dottrina «la decisione di sostituire con indicazioni date dallo EDPB e dai Garanti nazionali [...] le indicazioni che invece [...] sarebbero spettate caso mai al decisore unionale o a quelli statali, costituisce un salto in avanti molto forte rispetto alla lettura finora data della flessibilità del GDPR e del ruolo delle Autorità di Garanzia»⁷³.

Ebbene se questa “lettura” flessibile del ruolo dell'Authority nel primo periodo emergenziale è stata tollerata ed anche apprezzata, ben presto si è rivelato un *boomerang* per la stessa Autorità di controllo e, in ultima analisi, per le situazioni soggettive che, sul piano sostanziale, si volevano tutelare. I decisori politici, infatti, hanno sentito l'esigenza di ricollocare il Garante nel quadro istituzionale, rischiando però, di fatto, di far retrocedere il diritto alla riservatezza rispetto ad altri diritti costituzionalmente protetti. Con buona pace, appunto, delle pur nobili intenzioni di partenza.

⁷³ F. PIZZETTI, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti*, cit., 30.