

Virus in fabula
Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19

a cura di

Gian Paolo Dolso

Maria Dolores Ferrara

Davide Rossi

Il presente volume è stato pubblicato con il finanziamento del Fondo servizi studenti del Corso di studio in Giurisprudenza e con i Fondi del Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università di Trieste.



EUT Edizioni Università di Trieste 2020

ISBN 978-88-5511-179-9 (print)
ISBN 978-88-5511-180-5 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
eut@units.it
<http://eut.units.it>
<https://www.facebook.com/EUTEditioniUniversitaTrieste>

Virus in fabula
**Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19**

a cura di Gian Paolo Dolso,
Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi



Edizioni
Università
di Trieste

INDICE

Introduzione. L'ordinato disordine del diritto ai tempi della pandemia di <i>Gian Paolo Dolso, Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi</i>	9
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

PROFILI STORICI E IMPATTO SULLA SOCIETÀ

Eccezione, emergenze, digitalizzazione di <i>Mauro Barberis, Nicola Muffato</i>	15
Pandemia e numeri globali: la comparazione giuridica quantitativa ai tempi del covid-19 di <i>Marta Infantino</i>	29
<i>Caelum pestilens</i> . Riflessi delle pandemie antiche nel diritto romano di <i>Mario Fiorentini</i>	47
Il morbo e il veleno. Pandemie e violenza sociale nell'Italia del Risorgimento di <i>Pierpaolo Martucci</i>	61
Dall'eccezionalità all'ordinarietà, ossia quando la legislazione d'emergenza si consolida. Il caso del domicilio coatto di <i>Davide Rossi, Alessandro Agrì</i>	75
La rappresentanza politica: dall'accezione autoritaria della rappresentanza istituzionale fascista al voto repubblicano di <i>Nicoletta Laurenti Collino</i>	95

PANDEMIA E ISTITUZIONI

La normativa “speciale” sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali di <i>Paolo Giangaspero</i>	113
I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: ordinanze di necessità ed urgenza di <i>Sandro De Gotzen</i>	131
Tra flessibilità e ortodossia economica: la valutazione di incompatibilità degli aiuti di stato al tempo dell'emergenza covid-19 di <i>Martina Previatello</i>	147
Il D.P.C.M. come inedito strumento di gestione statale dell'emergenza da covid-19 di <i>Antonio Mitrotti</i>	165
Le udienze civili in videoconferenza: un modello permanente? di <i>Lotario Dittrich</i>	183
Le udienze a trattazione scritta ai tempi dell'emergenza sanitaria di <i>Alessandra Frassinetti</i>	193
Il processo del lavoro alla prova dell'emergenza di <i>Luca Iero</i>	207
Il diritto dell'impresa e la sfida del covid-19 di <i>Massimo Bianca, Giulia Serafin</i>	225
Interventi a favore delle imprese per affrontare la crisi causata dalla pandemia da covid-19 di <i>Giuseppe Capurso, Marco Tronti</i>	239
Tutela della salute pubblica e controllo sociale: prove di legalità nel periodo dell'emergenza sanitaria di <i>Maria Cristina Barbieri</i>	249

EMERGENZA E DIRITTI

Emergenza sanitaria e libertà di circolazione di <i>Gian Paolo Dolso</i>	263
Violenza contro donne e minori al tempo del coronavirus: prime riflessioni e primo bilancio (provvisorio) di <i>Natalina Folla</i>	279

L'impatto dell'emergenza economica post covid-19 sui sistemi fiscali di <i>Dario Stevanato, Alessia Sbroiavacca</i>	295
Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità di <i>Maria Dolores Ferrara</i>	311
Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria da covid-19 di <i>Roberta Nunin</i>	329
Bisogni comuni e sostegno universale al reddito da lavoro di <i>Andrea Zubin</i>	343
Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da covid-19 di <i>Angelo Venchiarutti</i>	357
Considerazioni sull'APP Immuni di <i>Giuseppe Citarella</i>	371

SEMINARIO DIDATTICO

La pandemia nelle aule triestine di <i>Paolo Ferretti, Davide Rossi</i>	385
Contributi degli studenti dei corsi di <i>Tutela costituzionale dei diritti fondamentali, Diritto del lavoro avanzato, Storia e tecnica delle codificazioni e costituzioni europee dell'Università degli Studi di Trieste, Anno Accademico 2019/2020</i>	389

CONSIDERAZIONI SULL'APP IMMUNI

GIUSEPPE CITARELLA*

1. Introduzione

La recente uscita dell'app Immuni sul mercato italiano offre allo studioso l'opportunità di riflettere riguardo ai rapporti tra diritto e tecnologia, e in particolar modo riguardo al ruolo svolto dai dati personali, nelle nostre società postindustriali¹.

Se, per un lunghissimo periodo, il diritto ha prevalso (inglobandole volta a volta²) sulle diverse tecnologie, negli ultimi vent'anni (almeno), la relazione tra diritto e tecnologia ha decisamente finito per assumere una duplice direzione³. Da un lato, appare indubitabile la circostanza che il diritto continui a regolare, non senza affanno, la tecnologia; dall'altro, altrettanto vero risulta che la tecnologia si presta ad attuare, regolandolo a "suo modo", il diritto⁴.

Quasi inutile dire che simili considerazioni manchino del tutto dei caratteri della novità e dell'originalità. Dovendo operare una cernita tra i molti autori

* Ricercatore di Diritto privato nell'Università di Trieste.

¹ A riguardo si veda il recentissimo contributo di V. Cuffaro, R. D'Orazio, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Il Corriere Giuridico*, v. VI, 2020, p. 729. Suggestive, in una chiave tanto ampia quanto sociologica, le prospettive aperte da S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

² Potremmo etichettare questa fase come "*Law is Code*".

³ Esemplare in questo senso G. Pascuzzi, *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 13.

⁴ Significativi riscontri in questo senso, ossia dell'idea secondo la quale *Code is Law*, si possono trovare nelle applicazioni legate alla tecnologia *Blockchain*. Si veda a riguardo T. Wu, *The Bitcoin Boom: In code we trust*, *The New York Times*, 18 dicembre 2017. Sulla stessa lunghezza d'onda, circa la fiducia riposta nella tecnologia dopo la vicenda Snowden, Y. Benkler, *We cannot trust our Government, so we trust Technology*, *The Guardian*, 22 febbraio 2016.

che hanno dedicato le loro energie a chiarire i rapporti tra diritto e tecnologia, riteniamo opportuno rivolgere la nostra attenzione a Lawrence Lessig, la cui idea - graficamente rappresentata dalla nota figura della *pathetic dot theory*, inizialmente pubblicata con il titolo di *Chicago new school*⁵, e poi opportunamente “travasata” ed ampliata in *Code*⁶ - verrà da noi rielaborata per comporre gli snodi di questo contributo.

Crediamo infatti fruttuoso non limitarsi a prendere in esame gli aspetti strettamente giuridici dell’App in questione, ma provare a verificare altresì se prassi sociali, mercato e architettura – come nella *quadripartita* struttura del lavoro di Lessig poco sopra citato - si prestino a mettere in evidenza l’impatto sulle fonti dell’applicazione Immuni, le conseguenze della stessa sulla vita dei cittadini per provare, in chiusura, ad immaginare la transitorietà o la permanenza di un siffatto strumento di tracciamento automatico dei contatti.

L’indagine si propone, in altre parole, di esplorare l’inevitabile iato tra *law in books* e *law in action*, iato che rimane tale anche nell’era dell’informazione tra, sia consentito “l’aggiornamento” di Roscoe Pound, *app in the phone* e *app in action*.

2. Regole dell’app Immuni

Dal momento che il centro della nostra indagine è rappresentato dall’App Immuni, appare pressoché obbligatorio prendere le mosse dal suo contenuto normativo⁷.

Questo contenuto, come sempre accade nel mondo delle piattaforme⁸, si può ricondurre a due distinti, ma ovviamente correlati, territori, legati principalmente alla disciplina del contratto, da un lato, e a quella della tutela dei dati personali, dall’altro. I documenti denominati “Termini d’utilizzo” prima e “Informativa privacy”, poi, formeranno quindi l’oggetto della nostra analisi, *strictu sensu*, legale, la quale, anche per ragioni di spazio, si limiterà ad evidenziare gli aspetti salienti e legati alle domande che ci siamo posti nel paragrafo precedente.

⁵ L. Lessig, *The new Chicago School*, in *Journal of Legal Studies*, v. XXVII, 1988, p. 661.

⁶ L. Lessig, *Code version 2.0*, Basics Books, New, York, 2006, p. 130 ss. Il volume è anche liberamente scaricabile in <http://codev2.cc/download+remix>. Forse è appena il caso di ricordare che l’autore è il creatore delle licenze Creative Commons.

⁷ Rinvenibile al seguente URL <https://www.immuni.italia.it/app-tou.html>, aggiornata al 30 maggio 2020; per gli aspetti tecnici il rimando va, in primis, alla F.A.Q. dell’App stessa <https://www.immuni.italia.it/faq.html>. Un valido riassunto operativo del funzionamento è altresì rinvenibile qui <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/immuni-come-funzione-lapp-italiana-contro-il-coronavirus/>.

⁸ Di recente, sul tema piattaforme, concorrenza e tutela del consumatore: G. Resta, *Digital platforms and the law. Contested issues*, in *Medialaws*, v. I, 2018, p. 231.

2.1 Regole: i termini di utilizzo⁹

I termini contrattuali tra utente e Ministero della salute – questa è infatti la controparte dell'utente, come si evince implicitamente dai termini di utilizzo ed esplicitamente dall'informativa privacy di cui al paragrafo seguente - contengono, innanzitutto, al Punto 1. Informazioni generali, una clausola di stampo *shrink-wrap license*, generalmente molto comune nei cc.dd. contratti ad oggetto informatico, secondo la quale il *download*, installazione o utilizzo dell'App importa gli effetti di cui all'art. 1341 del codice civile, ossia la conoscenza e l'accettazione del contenuto del contratto stesso (oltre che dei successivi aggiornamenti, estremamente frequenti in questo settore). Si tratta di una statuizione, giova evidenziarlo, tanto ampia, generica e comune, quanto fortemente sbilanciata a favore del predisponente.

Spiccano poi un'ulteriore coppia di clausole di esonero e limitazioni che meritano di essere esplicitamente evidenziate.

In primo luogo, l'attenzione dell'interprete viene infatti attratta, sempre al Punto 1. Informazioni generali, anche graficamente per il corpo nerettato, dalla clausola che esclude la qualificazione dell'App alla stregua di un dispositivo medico. Siamo di fronte ad un'indicazione tutt'altro che marginale, e che si pone nella stessa prospettiva di vantaggio del predisponente, visto che una scelta in senso opposto obbligherebbe il Ministero della Salute ad una procedura di certificazione, con tutte le relative conseguenze in termini di qualità, responsabilità da prodotto e tutela del consumatore.

In secondo luogo, gli utenti minori di quattordici anni, ad affermarlo è il Punto 4. Limiti della licenza, sono totalmente esclusi dall'utilizzo dell'applicazione similmente peraltro a quanto previsto in materia dall'art. 8 del reg. 16/679 UE del 27 aprile 2016 con riguardo all'accesso dei minori di età ai «*servizi della società dell'informazione*»¹⁰. Sono invece ammessi, con il consenso di almeno di un genitore (o del legale rappresentante), gli infradiciottenni. Anche questa delimitazione, a ben guardare, appare tutt'altro che secondaria, dal momento che finisce per incidere su di un aspetto tecnicamente molto importante, quello del coinvolgimento *volontario* della maggior parte possibile della popolazione italiana, e che prenderemo in considerazione - nell'immediato seguito - attraverso le lenti di quello che, nella terminologia di Lawrence Lessig, chiameremo anche noi mercato.

La maggior parte delle rimanenti predisposizioni contrattuali, infine, sembra indugiare su aspetti più vicini all'orbita del diritto industriale, e in particolar

⁹ I termini in questioni sono consultabili al seguente indirizzo <https://get.immuni.gov.it/docs/app-tou-it.html>.

¹⁰ In tema di minori e tutela dei personali, si vedano, innanzitutto, i materiali predisposti dall'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali: <https://protezionedatipersonali.it/minori-e-protezione-dati-personali>.

modo del *copyright*, con delle previsioni estremamente (fin troppo, a parere di chi scrive) dettagliate in materia di manleva a favore di Apple e Google che, come è noto, mettendo a disposizione le proprie A.P.I. dedicate, hanno consentito di mettere a punto un'applicazione con una tecnologia parzialmente decentrata (circostanza questa seguita da praticamente quasi tutti i paesi dell'area Ue¹¹). Un simile dettaglio, secondo noi, fa nuovamente emergere il potere contrattuale di chi controlla il mercato delle applicazioni, questa volta nei confronti delle istituzioni stesse. Si tratta infatti di clausole talmente standardizzate nel mondo della tecnologia, cc.dd. *boilerplate clauses*, da tradire la loro schietta origine nord-americana. Questo “sospetto”, specialmente riguardo la parte Apple¹² è altresì confermato dal fatto che un siffatto dettaglio si ritrova nelle condizioni di uso dell'omologa applicazione di tracciamento dei contatti tedesca¹³.

Con una semplificazione (probabilmente) brutale, potremmo affermare che se dai Termini di utilizzo viene rimosso il Punto 1, ci troviamo di fronte a delle previsioni contrattuali *bonne à tout faire*. Siamo quindi in presenza dell'emblema di contratto standardizzato ed unilateralmente predisposto.

2.2 Regole: *l'informativa privacy*¹⁴

Volendo anticipare le conclusioni del presente paragrafo, possiamo affermare che anche una prima lettura dell'Informativa privacy lascia all'interprete una sensazione di chiarezza, quanto alla forma, e una impressione rassicurante, per ciò che concerne la sostanza¹⁵. Percezioni queste che, come appena

¹¹ <https://www.technologyreview.com/2020/05/20/1002001/apple-and-googles-covid-tracing-tech-has-been-released-to-22-countries>.

¹² <https://www.apple.com/covid19/contacttracing>.

¹³ <https://www.coronawarn.app/assets/documents/cwa-eula-de.pdf>.

¹⁴ <https://get.immuni.gov.it/docs/app-pn-it.html>, l'informativa risulta aggiornata al 15 giugno 2020.

¹⁵ Che non si tratti solo di una sensazione è suffragato altresì dal fatto che, a livello nazionale, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali è intervenuta, sin dall'inizio, sull'intero procedimento, attraverso un parere sulla proposta normativa prima (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050>); seguito da un provvedimento di autorizzazione dell'App il 1 giugno 2020 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356568>) e mediante la valutazione d'impatto del 3 giugno 2020, accompagnata dal suggerimento di adozione di ulteriori miglioramenti tecnici, (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9357972>). Da ultimo il garante ha fornito indicazioni pratiche, in forma di FAQ, il 17 luglio 2020 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9435552>). A riguardo si veda anche F. Pizzetti, *Pandemia, Immuni ed app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei garanti*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 11-33. A livello Europeo, prima ancora, vi è stata una presa di

rilevato, non siamo riusciti ad ottenere dalla lettura dei Termini d'uso. Ma andiamo con ordine.

Innanzitutto, l'informativa appare divisa in due ben distinte parti: la prima, di stampo decisamente discorsivo, si articola in cinque snodi - non numerati - volti a spiegare, in termini estremamente semplificati e comprensibili, il funzionamento dell'App; la seconda parte del documento, invece, si articola in otto punti dal contenuto decisamente più prescrittivo ed analitico.

Venendo alla prima parte, ciò che appare di centrale importanza per l'intero nostro ragionamento è che l'App sia basata su un modello di dati pseudonimizzati (art. 4, n. 5, reg. 16/679/UE)¹⁶. Siamo in uno spazio intermedio, con tutto quello che una simile zona grigia comporta¹⁷, tra un'associazione univoca di dispositivo ed utente, tipica ad esempio delle applicazioni commerciali comunemente adoperate nella vita quotidiana, e quello dell'utilizzo di dati anonimi, che renderebbe superflua la sottoposizione dell'App stessa alla disciplina relativa alla tutela dei dati personali e del reg. 16/679/UE.

Chiarito questo punto, lo ribadiamo nuovamente, assolutamente centrale dell'intera struttura dell'App, possiamo passare a considerare gli snodi numerati dell'Informativa, che raggrupperemo in: a) Titolarità, finalità e base giuridica del trattamento; b) Tipologie dei dati; c) Flusso e conservazione dei dati; d) Responsabili dei dati; e) Diritti dell'interessato.

Quanto al punto a), le circostanze appaiono estremamente chiare e puntuali. I dati che permettono all'App di fornire un'indicazione del rischio di contagio – di questo si tratta infatti – vedono nella veste del Titolare del trattamento (ai sensi dell'art. 4, n.7, reg. 16/679/UE) il Ministero della Salute, il quale persegue le finalità di allerta delle persone e di tutela della loro salute, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 6 del D.L. 30 aprile 2020 n.28. convertito con modificazioni in L. 25 giugno 2020, n.70.

Venendo al punto b), relativo alla Tipologia dei dati, il sistema opera un'ulteriore disaggregazione tra: elenco A, concernente i dati riguardanti tutti i titolari (provincia di domicilio, indicatori di corretto funzionamento, *token* temporanei e indirizzo I.P.); elenco B, dati specificamente attinenti ai titolari risultati esposti al rischio, (ricezione notifica di esposizione, data dell'ultimo contatto a rischio); ed infine elenco C, dati dei soggetti risultati positivi (chiavi di esposizione, in-

posizione dell'Epdb (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316030>).

¹⁶ Sulla pseudonimizzazione: G. D'Acquisto, *Pseudonymization as a data protection by design instrument*, 2019, <https://www.enisa.europa.eu/events/uld-enisa-workshop/giuseppe-d2019acquisto-garante-italian-dpa>.

¹⁷ Esempio, sul punto E. Pellicchia, *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, v. II, 2020, pp. 360-373.

dicatori di rischio di precedenti contatti, codice O.T.P., data di comparsa dei sintomi o di prelievo del tampone). Preme sottolineare che, per ognuna di tali sub-categorie di dati sono specificatamente indicate definizioni, finalità e soprattutto – siamo qui veramente al cuore del sistema - la durata massima di conservazione dei dati in questione, che spazia dalla cancellazione pressoché immediata degli indirizzi I.P. (una volta connessi temporaneamente al *server* centrale del Ministero) entro la fine dell'emergenza, in ogni caso fissata al più tardi al 31 dicembre 2020. Siamo in presenza, detta in altre parole, ad una vera e propria *sunset rule*, che ben va a bilanciare la possibile invasività dell'App nella vita delle persone¹⁸.

La voce c), Trasmissione e flusso dei dati, descrive il *flow chart*, sia consentita questa espressione, dall'App al Dipartimento di prevenzione dell'Asl competente. È forse appena il caso di ricordare che l'applicazione di tracciamento dei contagi in questione rappresento solo una tessera del più ampio mosaico costituito dalle misure di contenimento, tracciamento e intervento riguardo la pandemia. Essendo il flusso dei dati l'aggregato di quanto visto *supra* al punto b), rimangono validi i relativi limiti temporali. Non oltre il 31 dicembre 2020, se non auspicabilmente prima, il destino di tutti questi dati appare la cancellazione o aggregazione/anonimizzazione, con conseguente uscita dal raggio di operatività del reg. 16/679/UE.

Nell'operare quanto previsto sopra, siamo ora al punto d), il Ministero potrà avvalersi, ai sensi dell'art. 28 reg. 16/679/UE. dei cc.dd. *responsabili del trattamento*. In ogni caso, in virtù della particolarità dei dati l'accesso è consentito solamente a soggetti autorizzati e a tal proposito istruiti.

Infine, ed eccoci veramente alla parte vitale relativamente alla tutela dei dati personali, il punto 8 dell'Informativa privacy, che abbiamo sub-catalogata con la lettera e). Questa detta delle regole operative le quali, proprio in virtù della pseudonimizzazione di partenza, si riflettono sui diritti dell'interessato di cui agli artt.15-20 reg. 16/679/UE (in materia di diritti di rettifica, cancellazione, limitazione di trattamento, e portabilità dei dati) non tanto derogandoli, quanto rendendoli sostanzialmente inapplicabili. Stante la non semplice riconducibilità dell'identificativo alla persona interessata, infatti, il diritto di cancellazione dei dati, volendo fare un esempio, viene praticamente svuotato di portata pratica. Sono questi, da un lato, gli effetti di una *privacy by design* come da art. 25 reg. 16/679/UE. Dall'altra, siamo di fronte all'ennesima conferma di come le scelte tecnologiche (in questo caso, lo ripetiamo, pseudonimizzazione) si riflettano sui diritti.

¹⁸ Particolarmente attenta al bilanciamento G. Finocchiaro, *Il punto sull'app Immuni. Bilanciamento tra i diritti*, <http://www.medialaws.eu/il-punto-sullapp-immuni-bilanciamento-tra-diritti/>. Nella medesima prospettiva si veda anche M. Plutino, "Immuni". *Un exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 173-193.

3. *Prassi sociali e mercato*

Esplorata la parte più familiare alla sensibilità del privatista, costituita da regole scritte (nel caso di specie, unilateralmente predisposte) in materia di contratto e tutela dei dati personali, è il momento ora di cercare di mettere a fuoco gli aspetti legati ai comportamenti sociali, prima, e quelli influenzati da scelte – *lato sensu* – di mercato, poi. È bene però chiarire che - come spesso accade alle costruzioni teoriche, allorquando queste vengano messe a confronto con la realtà operativa - andremo sicuramente incontro a delle sovrapposizioni. Detto in altri termini, sarà deluso chi si aspetti di trovarsi di fronte ad un serie di categorie costituite quali compartimenti stagni e non comunicanti tra di loro. Nel mondo reale, o *law in action* se si preferisce - le regole giuridiche, sociali, di mercato e tecnologiche (architettura) finiscono fatalmente per sovrapporsi e a dare luogo ad interazioni tra di loro. Di questa circostanza è conscio, ovviamente, anche l'autore della teoria che abbiamo presa a prestito per svolgere le presenti considerazioni¹⁹.

La principale interferenza tra regole sociali, sprovviste quindi di una sanzione in senso strettamente giuridico, e quelle strettamente giuridiche, emerge allorquando si vada a considerare la non obbligatorietà dell'installazione dell'applicazione stessa. Questa basilare circostanza²⁰, rinvenibile sin dal fondamento normativo del trattamento dei dati costituito dall'art. 6, co. 4, D.L. 30 aprile 2020 n. 28 (convertito con modifiche in L. 25 giugno 2020 n.70), fa quindi sì che la mancata installazione - o utilizzo, si pensi a chi installi sì l'applicazione, ma la tenga poi costantemente disattivata - del programma di tracciamento non vada a pregiudicare non solo i dati personali del cittadino, ma, ancor prima, la più ampia sfera costituita dai propri diritti fondamentali. In altre parole, un'applicazione la cui installazione (ed utilizzo) venga configurata alla stregua di un obbligo per poter fruire dell'intero raggio della proprie prerogative personali si porrebbe in rotta di collisione con i nostri precetti costituzionali, europei ed internazionali in materia di libertà e dignità delle persone.²¹ Senza considerare poi la compromissione delle libertà dei minori, vista sopra, esclusi dall'utilizzo dall'applicazione di tracciamento e di chi si trovi ad essere, per le più svariate

¹⁹ L. Lessig, *Code version 2.0*, cit., p. 124.

²⁰ È interessante riportare anche il punto di vista etico a riguardo J. Morley, J. Cowls, M. Taddeo, L. Floridi, *Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps*, in *Nature*, v. DLXXXII, 2020, pp. 29-31.

²¹ Si veda a riguardo O. Pollicino, *Fighting Covid-19 and protecting privacy. A proposal in the light of the roots of European Constitutional law*, <http://www.medialaws.eu/fighting-covid-19-and-protecting-privacy-a-proposal-in-the-light-of-the-roots-of-european-constitutional-law/> e G. Della Morte, *Necessità e proporzionalità in "Immuni"*, <http://www.medialaws.eu/necessita-e-proporzionalita-in-immuni/>.

circostanze, vittima di un *digital divide*, che finirebbe per escludere completamente anche una minima partecipazione alla vita sociale.

Riassumendo, la volontarietà, imposta dalla legge stessa, dell'installazione e utilizzo dell'App immuni, configura tale atto alla stregua di una regola sociale, sprovvista di una sanzione giuridica.

Venendo ora alla prospettiva di ciò che possiamo chiamare *mercato*, tema del quale si inizia oramai a discutere - recentemente - sempre di più allorché lo scambio venga a coinvolgere i dati personali²², sembra opportuno osservare che, a parità di sostrato giuridico, spicca il caso della Germania, la quale, pur avendo rilasciato l'applicazione in questione ben più tardi del nostro paese, è tuttavia riuscita ad innestare un "circolo virtuoso", documentato non solo in termini di numero di *download*, ma anche dal ruolo giocato dalla app stessa nel contenimento e tracciamento della pandemia²³.

Nel nostro paese, invece, sembra che al numero di utilizzatori ben al di sotto delle aspettative si stia altresì accompagnando un numero di contagi rilevati a mezzo App piuttosto limitato²⁴.

Quali la ragione di questa *débâcle*? Appare probabile che, di fronte al rischio di una notifica di avvenuta esposizione al rischio, che l'App quantifica attraverso un contatto prolungato almeno 15 minuti ad una distanza inferiore ai 2 metri, e alla conseguente necessità di autoisolamento in attesa del dato risolutivo del test, una significativa parte dei cittadini italiani preferisca non installare l'App in questione, rinunciando in tal modo a contribuire ad una sorta

²² Sull'importantissima questione, da ultimo, in termini critici circa la configurabilità di un *mercato dei dati* V. Zeno-Zencovich, *Do data markets exist?*, in *MediaLaws*, v. II, 2019, pp. 22-38 e V. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, v. IV, 2018, pp. 689-726.

²³ Interessanti i dati rinvenibili in <https://www.wired.it/internet/web/2020/07/27/app-contact-tracing-italia-germania/>. L'Istituto Robert Koch, l'ente del Governo tedesco incaricato della ricerca e prevenzione delle malattie infettive, per parte sua, ha di recente (28 luglio 2020) pubblicato un riassunto dei *download*/chiamate al call center e numero di casi sospetti https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/WarnApp/Kennzahlen.pdf?__blob=publicationFile. Per una panoramica globale, circa l'impiego di *digital trackers*, si veda il sito (costantemente aggiornato) <https://www.top10vpn.com/research/investigations/covid-19-digital-rights-tracker/>.

²⁴ Fonti giornalistiche (<https://www.wired.it/attualita/tech/2020/07/23/pisano-wired-next-fest-immuni/>) riportano che il Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione quantifica, alla data del 20 luglio 2020, 43 casi positivi segnalati a mezzo App Immuni, con un numero di *download* sotto i quattro milioni e mezzo, pari al 12% della popolazione. Potremmo certo anche consolarci pensando a chi - la Norvegia - <https://www.technologyreview.com/2020/06/15/1003562/norway-halts-coronavirus-app-over-privacy-concerns/>, ad esempio, ha deciso, di fatto, di uscire da siffatto "mercato", per decisione della propria Autorità per la tutela dei dati, per lo sbilanciamento tra compressione dei diritti personali e rischio rappresentato dal Covid-19.

di solidarietà digitale²⁵ rappresentata dalla condivisione, controllata e confinata, dei propri dati.

A questo punto, crediamo di poter avanzare una prima conclusione interlocutoria: a determinare il riscontro di mercato dell'applicazione, da parte dei cittadini/utilizzatori, concorre non solo il formante giuridico e tecnologico - con le loro, lo ripetiamo, innegabili interazioni e sovrapposizioni - ma anche ciò che potremmo più genericamente chiamare *fiducia* nel sistema complessivo, che crediamo sia possibile misurare²⁶ attraverso il numero di installazioni dell'applicazione.

4. *Architettura*

È ora giunto il momento, avvicinandosi la chiusura, di andare a considerare quali siano gli elementi strutturali della tecnologia impiegata e quali i loro riflessi, nella prospettiva indicata in apertura, sugli effetti dell'App in questione nella nostra vita quotidiana.

Della pseudonimizzazione si è già detto *supra sub 2.2*, dalla prospettiva legata alla tutela dei dati personali. Si tratta ora di andare a considerare un ulteriore aspetto tecnico, ossia all'impiego della tecnologia B.L.E. (*Bluetooth Low Energy*), che permette ai dispositivi mobili di riconoscersi tra di loro, senza necessariamente utilizzare altri strumenti di tracciamento, quali i segnali G.P.S, Wi-Fi, reti mobili e sensori o interpolazioni tra questi segnali²⁷. Questa scelta tecnica appare di fondamentale importanza per l'equilibrio complessivo tra circolazione di dati personali e prevenzione/contenimento/tracciamento del contagio. Questa tecnologia, in effetti, permette senza dubbio di tracciare i movimenti delle persone, e di segnalare l'avvenuto raggiungimento di una soglia di rischio, qualora i dispositivi sui quali viene installata l'App Immuni permangano prolungatamente in prossimità. Ma, nel fare ciò, grazie alla ridotta invasività della tecnologia scelta, questo avviene in uno spazio svincolato da una precisa locazione geografica. Siamo di fronte, in altre parole, sì ad un grafo di contatti, ma tale

²⁵ Interessante, a riguardo, la categoria della *privacy cooperativa* di C. Camardi, C. Tabarrini, *Contact tracing ed emergenza sanitaria. "ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, in corso di pubblicazione.

²⁶ Consci della complessità dei problemi connessi dalla misurazione di fenomeni sociali, ed in particolar modo del diritto (A. Gambaro *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Aa. Vv., Esi, Napoli, 2012, pp. 17-47, crediamo comunque utile rimandare al più recente aggiornamento dell'*Edelman Trust Barometer* in materia di COVID-19 <https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2020-05/2020%20Edelman%20Trust%20Barometer%20Spring%20Update.pdf>.

²⁷ Si tratta della soluzione tecnica, ad esempio, seguita dal sistema Android, per ottenere dati maggiormente precisi dal punto di vista geografico (<https://support.google.com/accounts/answer/3467281?hl=it>).

grafo appare (sufficientemente) svincolato rispetto ad una mappa geografica vera e propria, in modo da garantire la tutela dei dati personali degli interessati. Adoperando un altro termine tecnico, oramai entrato nel linguaggio pressoché comune, manca la *georeferenziazione* dei dati e soprattutto manca il riferimento geografico della mappa dei contatti che tali dati contribuiscono a creare.

Questo aspetto strutturale/tecnologico, unito al fatto che la mappa dei contatti viene conservata localmente²⁸, garantisce che il tracciamento vada ad invadere il meno possibile la sfera personale²⁹, riflettendosi altresì sui diritti del titolare che, come visto *supra* al par. 2.3, non ha la possibilità di ottenere, volendo fare un esempio, la cancellazione/rettifica/integrazione dei propri dati.

5. Conclusioni

Volendo concludere, possiamo affermare di essere al cospetto di un'applicazione che, senza stravolgere il consolidato sistema delle fonti, finisce per coinvolgere tutte, da quelle più tradizionali e consolidate a quelle più recenti e meno facilmente classificabili, come – ad esempio quel *soft law* rappresentato dai pareri delle autorità amministrative indipendenti nazionali e dell'Unione Europea³⁰.

Per ciò che concerne la vita dei cittadini, le circostanze empiriche attuali indicano una portata limitata, circostanza questa in qualche modo prevista oltreoceano non solo da giuristi³¹, ma anche da esperti di sicurezza informatica³².

Quanto all'ultimo e più interessante - dal punto di vista operativo - aspetto, relativo alla permanenza/transitorietà dell'App stessa, la recente decisione del Governo (Delibera del Consiglio dei ministri 29 luglio 2020), di prorogare lo stato di emergenza al 15 ottobre 2020, rappresenta una vera e propria cartina

²⁸ È questa la caratteristica saliente del sistema *semidecentralizzato* introdotto con le A.P.I. Apple/Google e il modello P.P.C.T. (*Privacy-Preserving Contact Tracing*).

²⁹ Il Garante per la protezione dei dati personali si mostra conscio dei rischi e, in tal senso, segnala la possibile vulnerabilità del modello scelto ad un cc.dd. “*Paparazzi attack*”, nella sua Valutazione d'impatto del 3 giugno 2020, cit.

³⁰ Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati Personali, successore dell'*Article 29 Working Party* a seguito dell'entrata in vigore del reg. 16/679/UE, è intervenuto, con delle linee guida a riguardo il 21 aprile 2020 (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_en.pdf).

³¹ J. Zittrain, *Is digital tracking over before it began?*, in <https://medium.com/berkman-klein-center/is-digital-contact-tracing-over-before-it-began-925c72036ee7>.

³² Estremamente *tranchant* il giudizio, in generale, sull'efficacia delle app di tracciamento di B. Schneier, secondo il quale gli errori, di prima e seconda specie (rispettivamente falsi positivi e falsi negativi), rendono sostanzialmente inutili questi programmi. Cfr. B. Schneier, *Me on Covid-19 contact tracing apps*, https://www.schneier.com/blog/archives/2020/05/me_on_covid-19_.html.

al tornasole per l'App stessa. L'intera operazione di raccolta e di utilizzo dei dati a mezzo App Immuni, infatti, è soggetta ad una vera e propria *sunset rule* intravista *supra* al par. 2.2. Ci auguriamo tutti, come cittadini prima ancora che studiosi, che il Paese possa tornare alla normalità e che con questa i dati raccolti a mezzo App. vengano completamente *anonimizzati*, se mostreranno di poter contribuire alla conoscenza scientifica, o definitivamente cancellati.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Benkler Y., *We cannot trust our Government, so we trust Technology*, The Guardian, 22 febbraio 2016.

Camardi C., Tabarrini C., *Contact tracing ed emergenza sanitaria. "ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, in corso di pubblicazione.

Cuffaro V., D'Orazio R., *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Il Corriere Giuridico*, v. VI, 2020, pp. 729-739.

D'Acquisto G., *Pseudonymization as a data protection by design instrument*, 2019, <https://www.enisa.europa.eu/events/uld-enisa-workshop/giuseppe-d2019acquisto-garante-italian-dpa>.

Della Morte G., *Necessità e proporzionalità in "Immuni"*, <http://www.medialaws.eu/necessita-e-proporzionalita-in-immuni/>.

Finocchiaro G., *Il punto sull'app Immuni. Bilanciamento tra i diritti*, <http://www.medialaws.eu/il-punto-sullapp-immuni-bilanciamento-tra-diritti/>.

Gambaro A., *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Aa. Vv., Esi, Napoli, 2012, pp. 17-47.

Lessig L., *Code version 2.0*, Basics Books, New, York, 2006.

Lessig L., *The new Chicago School*, in *Journal of Legal Studies*, v. XXVII, 1988, pp. 661-691.

Morley J., Cows J., Taddeo M., Floridi L., *Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps*, in *Nature*, v. DLXXXII, 2020, pp. 29-31.

Pascuzzi G., *Introduzione*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di G. Pascuzzi, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 13-39.

Pellecchia E., *Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, de-identificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, v. II, 2020, pp. 360-373.

Pizzetti F., *Pandemia, Immuni ed app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei garanti*, in *Rivista di Diritto dei Media*, v. II, 2020, pp. 11-33.

Plutino M., "Immuni". *Un exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *MediaLaws*, v. II, 2020, pp. 173-193.

Pollicino O., *Fighting Covid-19 and protecting privacy. A proposal in the light of the roots of European Constitutional law*, <http://www.medialaws.eu/fighting-covid->

19-and-protecting-privacy-a-proposal-in-the-light-of-the-roots-of-european-constitutional-law/

Resta G., *Digital platforms and the law. Contested issues*, in *MediaLaws*, v. I, 2018, pp. 231-248.

Ricciuto V., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, v. IV, 2018, pp. 689-726.

Schneier B., *Me on Covid-19 contact tracing apps*, https://www.schneier.com/blog/archives/2020/05/me_on_covid-19_.html.

Wu T., *The Bitcoin Boom: In code we trust*, *The New York Times*, 18 dicembre 2017

Zeno-Zencovich V., *Do data markets exist?*, in *MediaLaws*, v. II, 2019, pp. 22-38.

Zittrain J., *Is digital tracking over before it began?*, <https://medium.com/berkman-klein-center/is-digital-contact-tracing-over-before-it-began-925c72036ee7>.

Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.