



Rivista IUS et SALUS

ISSN 2724-0541

Roma, 15.12.2021

**La protezione dei dati personali, in caso di trattamento effettuato per
l'esecuzione di un compito di interesse pubblico: il rapporto tra
asimmetria informativa, esercizio di un pubblico potere e tutela della
riservatezza, alla luce delle più recenti modifiche legislative**

di **Maria Granillo**

*Avvocato, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Consulente del C.R.I.S.P.E.L. dell'Università Roma
Tre e del C.R.E.A. Sanità dell'Università di Roma Tor Vergata*

ABSTRACT:

La finalità di snellimento del procedimento burocratico, che ha condotto alla recente modifica del codice privacy, di cui al D.L. 139/2021, L. Conv. 205/20121, ha profondamente mutato il rapporto tra trasparenza e riservatezza ed il bilanciamento dei diversi interessi in gioco, in caso di trattamento dei dati personali nell'esecuzione di un compito avente pubblico interesse, anche ad alto rischio.

ABSTRACT:

The desire to simplify the bureaucratic activities led to the recent modification of the privacy code, referred to in Legislative Decree 139/2021, L. Conv. 205/20121. This profoundly changed the relationship between transparency and processing of personal data, where processing – or high-risk processing – is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller.

[SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari - 2. Il trattamento dei dati personali, nell'esecuzione di un compito avente pubblico interesse. - 2.1 L'ampliamento della base giuridica - 2.2 La circolazione dei dati personali - 2.3 L'individuazione delle finalità - 3. L'abrogazione del potere di controllo preventivo da parte del Garante per la protezione dei dati personali, in caso di trattamenti a rischio elevato - 4. I pareri del Garante per la protezione dei dati personali, in merito ai progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 - 5. Considerazioni conclusive]

1. Considerazioni preliminari

Il c.d. decreto capienze¹, avente ad oggetto disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, apporta alcune significative modifiche² al decreto legislativo 10 agosto 2018 n. 101, di adeguamento al regolamento generale sulla protezione dei dati³, con cui venne modificato, a sua volta, il codice in materia di protezione dei dati personali⁴.

Nello specifico, con la novella in esame “...sono state introdotte, in coerenza con il quadro europeo, alcune semplificazioni alla disciplina prevista dal decreto legislativo 196/2003 del trattamento dei dati con finalità di interesse pubblico. Sono stati ridotti a 30 giorni i termini per l'espressione dei pareri del Garante in merito al PNRR. È stata inoltre potenziata la competenza del Garante al fine di prevenire la diffusione di materiale foto o video sessualmente espliciti...”⁵

Da una prima lettura della norma, emerge che la finalità di snellimento del procedimento burocratico, certamente raggiunta, abbia dovuto scontare un mutamento nel bilanciamento degli interessi in gioco, che appare meritevole di approfondimento.

¹ D.L. del 8 ottobre 2021 n. 139, conv. in L. 3 dicembre 2021 n. 205.

² Si tratta, precisamente, dell'art. 9 del decreto-legge 139/2021, costituente il capo IV del decreto e denominato “*disposizioni urgenti in materia di protezione dei dati personali*”.

³ Naturalmente si tratta del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴ Il decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003.

⁵ L'inciso riportato è estratto dal comunicato stampa del Consiglio dei ministri, n. 40/18160. Per una interessante ricostruzione dell'iter legislativo che ha condotto alla legge di conversione del 3 dicembre u.s., si veda Dossier - n. 465 del Senato, *Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali D.L. 139/2021 - A.S. n. 2409*, pp. 44-54.

Un approccio superficiale e dimesso rispetto alla riforma potrebbe sottovalutarne le potenziali fonti di pericolo e, al contempo, non saperne cogliere le reali opportunità⁶.

A grandi linee, le modifiche introdotte con il decreto-legge in esame, si racchiudono in due ambiti⁷.

Da un lato, l'ampliamento della base giuridica⁸ e delle finalità⁹, che possono essere invocate per trattare e comunicare¹⁰ i dati personali, nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico¹¹.

Dall'altro, il mutamento dell'ampiezza dei poteri del Garante per la protezione dei dati personali, che vengono, per un verso compressi e, per l'altro, ampliati.

Precisamente, con la novella viene abrogata la possibilità di controllo preventivo, da parte del Garante, per i trattamenti a rischio elevato¹² e le misure di garanzia per la conservazione dei dati di traffico, telefonico e telematico¹³.

Inoltre, viene individuato un termine perentorio entro cui il Garante è tenuto ad esprimere il proprio parere sui progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, decorso il quale il progetto può avere esecuzione¹⁴.

⁶ Per una comprensione dello scenario in cui si inserisce la riforma, si vedano: S. TOSCHEI, *I trattamenti in ambito pubblico nell'era della digitalizzazione e della trasparenza*, 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*, Editoriale Scientifica, 2017; G. D'acquisto, M. NALDI, *Big Data e privacy by design*, Giappichelli, 2017.

⁷ Gli ambiti di modifica diverranno poi tre in sede di conversione, venendo estesi anche alle categorie particolari di dati.

⁸ Al comma 1, lett. a), n. 1) dell'art. 9 del decreto-legge 139/2021 viene modificato l'art. 2-ter del decreto legislativo 196/2003 (per come modificato dal decreto legislativo 101/2018), prevedendo l'inserimento, dopo il comma 1, del comma 1.bis.

⁹ Al comma 1, lett. a), n. 2) dell'art. 9 del decreto-legge 139/2021 viene modificato l'art. 2-ter del decreto legislativo 196/2003 (per come modificato dal decreto legislativo 101/2018), prevedendo al comma 2, l'inserimento delle parole: "o se necessaria ai sensi del comma 1-bis", mentre il secondo periodo è soppresso.

¹⁰ Al comma 1, lett. a), n. 3) dell'art. 9 del decreto-legge 139/2021 viene modificato l'art. 2-ter del decreto legislativo 196/2003 (per come modificato dal decreto legislativo 101/2018), prevedendo al comma 3, l'inserimento delle parole: "o se necessaria ai sensi del comma 1-bis".

¹¹ Il rapporto tra interesse pubblico e riservatezza è, notoriamente, un difficile connubio. La motivazione deriva dalla circostanza che l'operato della pubblica amministrazione dovrebbe essere connotata dalla trasparenza, principio che dovrebbe governare tutta l'attività pubblicistica. Non a caso, il "pubblico interesse" è già stato invocato quale esimente per giustificare il trattamento dei dati personali, basti pensare al decreto legislativo 33/2013 che, facendo propri i principi del Freedom of information act - l'atto per la libertà dell'informazione, nato in Svezia nel lontano 1766 e riprodotto negli Stati Uniti d'America nel 1966 - consente la pubblicazione di dati relativi a titolari di organi di indirizzo politico, dirigenti titolari degli organi amministrativi o di incarichi di diretta collaborazione, assumendo che la trasparenza pubblica integri una finalità di interesse pubblico nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

Ne è derivato, per il Garante della protezione dei dati personali, la necessità di prendere posizione al riguardo con delle apposite "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", provvedimento 15/05/2014 n. 243. Molti gli apporti dottrinari al riguardo, tra gli altri: S. VACCARI, *Il difficile bilanciamento tra "favor" per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel D.Lgs. 33/2013*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, fasc. 1, pp. 151-178; C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa*, Napoli, 2016; A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale in federalismi.it*, 2019, 5, p. 17.

¹² Al comma 1, lett. b), dell'art. 9 del decreto legge n. 139/2021 viene abrogato l'art. 2-quinquiesdecies del decreto legislativo 196/2003, per come modificato dal decreto legislativo 101/2018.

¹³ Al comma 1, lett. c), d), dell'art. 9 del decreto legge n. 139/2021 viene abrogato il comma 5 dell'art. 132 e viene modificato il comma 2 lett. a) del decreto legislativo 196/2003, per come modificato dal decreto legislativo 101/2018.

¹⁴ Il riferimento è al comma 3 dell'art. 9 del decreto legge 139/2021.

Infine, sono stati concessi nuovi poteri al Garante, in caso di utilizzo improprio di immagini a contenuto sessuale¹⁵.

Successivamente, in sede di conversione del decreto¹⁶, l'articolo è stato significativamente modificato¹⁷.

Per quanto ha ad oggetto il presente elaborato, ovvero la protezione dei dati personali in caso di trattamento effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, la legge di conversione ha mutato solo parzialmente l'impianto descritto, apportando dei correttivi¹⁸, mentre le modifiche più rilevanti si sono avute con riguardo alle categorie particolari di dati,¹⁹ che non erano oggetto dell'originario decreto legge.

Gli interventi in parola, relativi alle categorie particolari di dati, appaiono particolarmente significativi e meritevoli di un autonomo approfondimento, che non può essere dato loro nella presente *sedes materiae* e sui quali, pertanto, ci si riserva una specifica dissertazione futura²⁰.

¹⁵Al comma 1, lett. e), n. 3) dell'art. 9 del decreto legge 139/2021 viene inserito, dopo l'articolo 144 del decreto legislativo 196/2003 (per come modificato dal decreto legislativo 101/2018) l'art. 144 bis.

¹⁶ Si tratta della legge n. 205 del 3 dicembre 2021, di Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali.

¹⁷ Gli emendamenti maggiori si sono avuti nel corso dell'esame in Senato: si veda al riguardo Fascicolo emendamenti n. 1 del 11 novembre 2021 e n. 2 del 18 novembre 2021 del Senato della Repubblica XVIII Legislatura - Conversione in legge del decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali (2409).

¹⁸ Si vedano le modifiche apportate agli articoli: 2-ter, 132 co. 5 e 166 del codice della privacy, di cui si approfondirà *infra*.

¹⁹ Si tratta, ai sensi dell'art. 9 del regolamento (UE) 2016/679, di dati che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale dell'interessato, nonché dati genetici, biometrici, relativi alla salute o alla vita sessuale dell'interessato, il cui trattamento è disciplinato dal citato art. 9 del GDPR e dall'art. 2-sexies del codice della privacy.

²⁰ Al solo fine di esautivi si richiamano brevemente le modifiche *de quibus*

In primo luogo, l'ampliamento della base giuridica è stata estesa anche al trattamento delle categorie particolari di dati, al trattamento di dati personali per fini di sicurezza nazionale o difesa (la cui disciplina è all'art. 58 del codice della privacy e che viene novellata con l'art. 9 della L. 205/2021) e per fini di perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali (Il richiamo è al comma 3 dell'art. 9 della legge 205/2021, che modifica il decreto legislativo 51 del 2018, di attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.). Inoltre, è stata introdotta una disciplina specifica per il trattamento di dati personali relativi alla salute, quando gli stessi siano "privi di elementi identificativi diretti" (il riferimento è all'art. 2-sexies del codice, modificato dal comma 1-bis della L. 205/2021); nonché per il trattamento di dati personali da parte del Ministero della salute (si fa riferimento al neonato comma 4 dell'art. 9, che interviene sull'art. 7 del decreto-legge n. 34 del 2020 per modificare ed integrare la disciplina concernente il trattamento di dati personali da parte del Ministero della salute. Tale disciplina, nella versione vigente, concerne i dati personali - anche relativi alla salute degli assistiti - raccolti nei sistemi informativi del Servizio sanitario nazionale ed autorizza il suddetto Ministero al relativo trattamento, al fine di sviluppare metodologie predittive dell'evoluzione del fabbisogno di salute della popolazione, demandando ad un decreto di natura regolamentare del Ministro della salute - adottato previo parere del Garante per la protezione dei dati personali - la definizione delle norme attuative. Le novelle in esame prevedono che il decreto sia invece di natura non regolamentare - fermo restando il parere del suddetto Garante -, estendono, con riferimento a dati personali non sanitari, l'ambito delle norme di rango legislativo in esame e del relativo decreto attuativo e pongono una norma transitoria, valida nelle more dell'emanazione del medesimo decreto) e per i dati biometrici (il riferimento è ai commi da 9 a 12 dell'art. 9, che prevedono una sospensione, eccezion fatta per la prevenzione e la repressione dei reati, della installazione e utilizzazione di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale operanti attraverso l'uso dei dati biometrici in luoghi pubblici o aperti al pubblico, da parte di autorità pubbliche o soggetti privati. Tale moratoria è prevista "fino all'entrata

2. Il trattamento dei dati personali, nell'esecuzione di un compito avente pubblico interesse

2.1 L'ampliamento della base giuridica

Come noto, il trattamento dei dati personali presuppone, ai fini della sua liceità, che possa essere invocata una valida base giuridica a suo supporto.

La normativa unionale²¹ individua, con elencazione tassativa e non estendibile con interpretazione estensiva o analogica, le basi giuridiche che giustificano - facendo diventare legittimo - il trattamento dei dati personali²².

Precisamente, per la generalità dei dati - ovvero i c.d. dati personali comuni - il trattamento è lecito in presenza di una delle due condizioni che seguono: il trattamento è "necessario", oppure l'interessato ha espresso il proprio consenso al trattamento²³.

La necessità del trattamento può avere derivazione negoziale, quindi essere volontaria e consensuale, oppure natura legale e, pertanto, prescindere dagli interessi dell'interessato, poiché il trattamento è volto a tutelare altri interessi, ritenuti dall'ordinamento degni di maggior tutela rispetto a quelli dell'interessato, che soccombono.

La legittimazione legale si ha laddove il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo al quale è soggetto il titolare del trattamento *ex lege*, oppure nei casi in cui il trattamento sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Pertanto, l'esecuzione di un compito di interesse pubblico - o connesso all'esercizio di pubblici poteri - legittima il trattamento, prescindendo dal consenso dell'interessato²⁴.

in vigore di una disciplina legislativa della materia", e comunque non oltre il 31 dicembre 2023. La violazione della moratoria comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie).

²¹ Il riferimento è al regolamento (UE) 2016/679, di cui alla nota n. 3, comunemente noto come GDPR.

²² Il richiamo è all'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679, quanto ai dati comuni ed all'articolo 9 del medesimo regolamento per le categorie particolari di dati.

²³ Così recita il testo del paragrafo 1, dell'art. 6 del regolamento 2016/679: "...il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti..."

²⁴ In merito: G. CARULLO, *Trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni e natura del rapporto giuridico con l'interessato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, 1-2, pp. 131-163.

Quindi, la norma prevede che prevalgano gli interessi collettivi su quelli dell'interessato²⁵: lo squilibrio che ne deriva viene validamente mitigato con l'assunzione di alcuni correttivi, e, precisamente, con la previsione della riserva di legge.

In altri termini, la legittimazione legale al trattamento deve trovare fondamento o nel diritto dell'unione o nel diritto dello stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento²⁶.

La *ratio* è quella di assicurare che i trattamenti eseguiti da pubbliche autorità siano conformi a delle previsioni di legge, che siano espresse e che chiariscano, altresì, le finalità del trattamento e le sue limitazioni, che individuino il titolare del trattamento, il tipo di dati trattati, gli interessati, i soggetti cui possono essere comunicati i dati, il periodo di conservazione e tutte le altre misure idonee a garantire un trattamento lecito e corretto²⁷.

A conferma di tale finalità, la circostanza che l'autorità pubblica che tratta i dati nell'esecuzione dei suoi compiti non può invocare, quale condizione di liceità, il perseguimento di un legittimo interesse, dovendosi necessariamente far riferimento ad una norma di legge²⁸.

La normativa nazionale di adeguamento al regolamento²⁹, recependo le previsioni dell'Unione, prevedeva che la base giuridica per il trattamento di dati personali, effettuato per l'esecuzione di un compito di

²⁵ La difficoltà del rapporto tra i termini in questione è ben nota alla dottrina. Tra gli altri: E. FAMELI, A. SITZIA, *Diritto alla riservatezza e trasparenza: la Corte costituzionale e il "test di proporzionalità"*, *Nota a sent. C. Cost. 21 febbraio 2019 n. 20*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2020, 1, pp. 203-210.

²⁶ Si sta richiamando il paragrafo n. 3 dell'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679.

²⁷ Si legga, al riguardo, il considerando n. 45 del regolamento (UE) 2016/679, che così recita: “...E' opportuno che il trattamento effettuato in conformità a un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri sia basato sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro. Il presente regolamento non impone che vi sia un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento. Un atto legislativo può essere sufficiente come base per più trattamenti effettuati conformemente a un obbligo legale cui è soggetto il titolare del trattamento o se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri. Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire la finalità del trattamento. Inoltre, tale atto legislativo potrebbe precisare le condizioni generali del presente regolamento che presiedono alla liceità del trattamento dei dati personali, prevedere le specificazioni per stabilire il titolare del trattamento, il tipo di dati personali oggetto del trattamento, gli interessati, i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali, le limitazioni della finalità, il periodo di conservazione e altre misure per garantire un trattamento lecito e corretto. Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire se il titolare del trattamento che esegue un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri debba essere una pubblica autorità o altra persona fisica o giuridica di diritto pubblico o, qualora sia nel pubblico interesse, anche per finalità inerenti alla salute, quali la sanità pubblica e la protezione sociale e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, di diritto privato, quale un'associazione professionale...”

²⁸ Il riferimento è all'ultimo capoverso del paragrafo primo dell'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679, nonché al considerando n. 47 che testualmente recita “...Posto che spetta al legislatore prevedere per legge la base giuridica che autorizza le autorità pubbliche a trattare i dati personali, la base giuridica per un legittimo interesse del titolare del trattamento non dovrebbe valere per il trattamento effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti...”

²⁹ Il richiamo, come già chiarito, è al decreto legislativo 101/2018.

interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, fosse costituita esclusivamente da una norma di legge³⁰ o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento³¹.

Inoltre, la normativa individuava, in modo puntuale, le materie i cui trattamenti - ove effettuati da soggetti che svolgessero compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri - potessero rientrare nella normativa *de qua*³².

³⁰ Si pensi all'applicazione cd *Immuni* o all'istituto del cd *Green Pass*, per i quali è stata necessaria l'emanazione di un'apposita norma di legge, che giustificasse quello specifico trattamento dei dati personali degli interessati, indicandone espressamente le finalità - rinvenute ovviamente nella necessità di prevenire la diffusione del contagio da Coronavirus e, quindi, con fine di protezione della salute. Gli apporti dottrinali al riguardo sono molteplici, tra gli altri: D. POLETTI, "Contact tracing" e "app" *Immuni: atto secondo Relazione al Seminario Webinar dei Docenti del Dottorato "Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19"*, Pisa, 12-13 giugno 2020 in *Persona e Mercato*, 2021, fasc. 1, pp. 92-101; F. VARI, F. PIERGENTILI, *To no other end, but the... Safety, and publick good of the People* : le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19 in *Rivista AIC*, 2021, fasc. 1, pp. 328-342; F. PIZZETTI, *Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti (Contact tracing in the context of the Covid-19 pandemic: the safeguards under the GDPR and the shifting role of data protection authorities)* in *Rivista di diritto dei media*, 2020, fasc. 2, pp. 11-33.

³¹ La modifica è apportata con l'art. 2, numero 1, lettera f) del decreto legislativo 101/2018 che prevede che, dopo l'art. 2-bis del decreto legislativo 196/2003 sia inserito l'art. 2-ter.

³² Il riferimento è all'art. 2, lettera 2 del decreto legislativo 101/2018 che elenca le seguenti materie: a) accesso a documenti amministrativi e accesso civico; b) tenuta degli atti e dei registri dello stato civile, delle anagrafi della popolazione residente in Italia e dei cittadini italiani residenti all'estero, e delle liste elettorali, nonché rilascio di documenti di riconoscimento o di viaggio o cambiamento delle generalità; c) tenuta di registri pubblici relativi a beni immobili o mobili; d) tenuta dell'anagrafe nazionale degli abilitati alla guida e dell'archivio nazionale dei veicoli; e) cittadinanza, immigrazione, asilo, condizione dello straniero e del profugo, stato di rifugiato; f) elettorato attivo e passivo ed esercizio di altri diritti politici, protezione diplomatica e consolare, nonché documentazione delle attività istituzionali di organi pubblici, con particolare riguardo alla redazione di verbali e resoconti dell'attività di assemblee rappresentative, commissioni e di altri organi collegiali o assembleari; g) esercizio del mandato degli organi rappresentativi, ivi compresa la loro sospensione o il loro scioglimento, nonché l'accertamento delle cause di ineleggibilità, incompatibilità o di decadenza, ovvero di rimozione o sospensione da cariche pubbliche; h) svolgimento delle funzioni di controllo, indirizzo politico, inchiesta parlamentare o sindacato ispettivo e l'accesso a documenti riconosciuto dalla legge e dai regolamenti degli organi interessati per esclusive finalità direttamente connesse all'espletamento di un mandato elettivo; i) attività dei soggetti pubblici dirette all'applicazione, anche tramite i loro concessionari, delle disposizioni in materia tributaria e doganale; l) attività di controllo e ispettive; m) concessione, liquidazione, modifica e revoca di benefici economici, agevolazioni, elargizioni, altri emolumenti e abilitazioni; n) conferimento di onorificenze e ricompense, riconoscimento della personalità giuridica di associazioni, fondazioni ed enti, anche di culto, accertamento dei requisiti di onorabilità e di professionalità per le nomine, per i profili di competenza del soggetto pubblico, ad uffici anche di culto e a cariche direttive di persone giuridiche, imprese e di istituzioni scolastiche non statali, nonché rilascio e revoca di autorizzazioni o abilitazioni, concessione di patrocini, patronati e premi di rappresentanza, adesione a comitati d'onore e ammissione a cerimonie ed incontri istituzionali; o) rapporti tra i soggetti pubblici e gli enti del terzo settore; p) obiezione di coscienza; q) attività sanzionatorie e di tutela in sede amministrativa o giudiziaria; r) rapporti istituzionali con enti di culto, confessioni religiose e comunità religiose; s) attività socio-assistenziali a tutela dei minori e soggetti bisognosi, non autosufficienti e incapaci; t) attività amministrative e certificatorie correlate a quelle di diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale, ivi incluse quelle correlate ai trapianti d'organo e di tessuti nonché alle trasfusioni di sangue umano; u) compiti del servizio sanitario nazionale e dei soggetti operanti in ambito sanitario, nonché compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro e sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica; v) programmazione, gestione, controllo e valutazione dell'assistenza sanitaria, ivi incluse l'instaurazione, la gestione, la pianificazione e il controllo dei rapporti tra l'amministrazione ed i soggetti accreditati o convenzionati con il servizio sanitario nazionale; z) vigilanza sulle sperimentazioni, farmacovigilanza, autorizzazione all'immissione in commercio e all'importazione di medicinali e di altri prodotti di rilevanza sanitaria; aa) tutela sociale della maternità ed interruzione volontaria della gravidanza, dipendenze, assistenza, integrazione sociale e diritti dei disabili; bb) istruzione e formazione in ambito scolastico, professionale, superiore o universitario; cc) trattamenti effettuati a fini di archiviazione nel pubblico interesse o di ricerca storica, concernenti la conservazione, l'ordinamento e la comunicazione dei documenti detenuti negli archivi di Stato negli archivi storici degli enti pubblici, o in archivi privati dichiarati di interesse storico particolarmente importante, per fini

Questa doverosa ricostruzione circa il quadro normativo vigente all'entrata in vigore della recente novella, ne chiarisce la portata rivoluzionaria: con l'inserimento del comma 1-bis, all'interno dell'articolo 2-ter del codice privacy, i soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico - o connessi all'esercizio di pubblici poteri - possono trattare i dati degli interessati, per fini di interesse pubblico, senza che sia più necessaria la legittimazione di una norma primaria, che preveda il trattamento.

La novella, quindi, consente che esso avvenga non soltanto nei casi in cui vi sia una norma di legge a fondamento, ma anche laddove il pubblico interesse sia valutato sussistente dal medesimo soggetto che tratta i dati, a mezzo di un provvedimento avente natura meramente amministrativa.

Il tenore letterale del comma di recente inserimento non lascia adito a dubbi circa l'intendimento di consentire, da parte delle pubbliche amministrazioni o delle società a controllo pubblico statale³³, il trattamento di dati personali di un qualsivoglia soggetto, purché il trattamento sia necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri³⁴.

La norma non delinea il concetto di necessità, sicché il disposto lascia alla singola amministrazione il potere - e, in linea astratta, l'arbitrio - di poter valutare i limiti e gli ambiti dei compiti assegnategli, prescindendo integralmente da una regolamentazione di fondo che, per mezzo di norme primarie, indichi fini, mezzi e tutele³⁵.

di ricerca scientifica, nonché per fini statistici da parte di soggetti che fanno parte del sistema statistico nazionale (Sistan); dd) instaurazione, gestione ed estinzione, di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva.

³³ Da intendersi nel senso del novellato comma 1bis, per cui i soggetti a cui il disposto fa riferimento sono quelli di cui all'articolo 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione, per le società a controllo pubblico, dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, per i quali - in altri termini - non vi è un interesse pubblico o un pubblico servizio.

³⁴ Questa la formulazione originaria del comma 1-bis, il cui significato appare cristallino: “...il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione per le società pubbliche dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, è sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti. La finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano...”

³⁵ Acutamente Corso: “...l'interesse pubblico (...) è spesso scambiato con l'interesse generale (...) l'interesse generale funge da criterio di legittimazione dell'interesse pubblico, ossia delle scelte politiche che dichiarano di proteggerle (...) l'interesse

Inoltre la riforma, come meglio vedremo *infra*³⁶, elimina la riserva di legge anche per l'individuazione delle finalità e la comunicazione dei dati, consentendo alla pubblica amministrazione di rintracciare autonomamente le finalità del trattamento e decidere, *sponte sua*, di comunicare i dati personali ad altro ente pubblico, purché ciò sia ritenuto necessario e coerente all'esecuzione del compito di interesse pubblico, in base ad una valutazione svolta dal medesimo ente.

Dunque, la riforma muta - in modo sostanziale - il rapporto tra il soggetto pubblico/titolare del trattamento e gli individui/interessati, poichè permette il trattamento dei dati personali di un individuo, a prescindere da una norma di legge che lo consenta e che ne individui le finalità, le garanzie ed il regime di circolazione dei dati medesimi.

In sede di conversione del decreto legge, *melius re perpensa*, all'impianto sopra esposto, sono stati introdotti alcuni correttivi.

In primo luogo, viene previsto che il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico possa trovare fondamento e base giuridica, oltre che nella legge e - nei casi previsti dalla legge - nel regolamento, soltanto in un atto amministrativo *generale*³⁷.

pubblico è l'interesse che viene reso pubblico dai pubblici poteri..." G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2020, p. 31.

³⁶ Si vedano i paragrafi 2.1 e 2.2 del presente elaborato.

³⁷ La modifica è all'art. 2-ter del codice della privacy, per mezzo dell'art. 9 n. 1), lett. a) n. 1 della legge di conversione n. 205/2021.

Quindi, la base giuridica non può essere individuata in un qualsivoglia atto amministrativo, bensì in un atto amministrativo avente valore generale^{38, 39}: il passaggio è rilevante, poiché obbliga all'impiego di criteri generali che governino l'operato del soggetto pubblico⁴⁰.

Inoltre, viene consentita l'omissione della notifica preventiva della violazione contestata nei confronti dei soggetti pubblici che trattano i dati, quando il loro trattamento abbia già arrecato pregiudizio agli interessati⁴¹ e viene previsto che il trattamento dei dati, relativi al traffico telefonico e telematico, sia effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti prescritti dal Garante della protezione dei dati personali, a garanzia dell'interessato, con provvedimento "di carattere generale"⁴².

Tra l'altro, sempre in sede di conversione, viene ampliata la platea dei soggetti a cui la normativa può essere applicata, estendendola anche ai gestori di servizi pubblici locali⁴³.

³⁸ "...Il citato articolo 2-ter del Codice della privacy italiano prevede, al comma 1, che la base giuridica per il trattamento dei dati personali oggetto di quel medesimo articolo, sia costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento. La novella modifica tale generale previsione. Aggiunge infatti la previsione - per quanto riguarda la base giuridica del trattamento dei dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri - che siffatta base giuridica possa essere costituita anche da "atti amministrativi generali", nei casi previsti dalla legge. Così la riscrittura della disposizione, quale operata dall'emendamento 9.100 approvato in sede referente. Si determinerebbe fin qui sì un'estensione rispetto al dettato dell'articolo 2-ter, comma 1 del decreto-legislativo n. 196 del 2003 quale previgente rispetto al decreto-legge n. 139 del 2021 - il quale prevedeva come base legale esclusivamente una norma di legge o nei casi previsti dalla legge, di regolamento - tuttavia essa è meno ampia di quella posta dal testo originario di questo articolo del decreto-legge n. 139, dal momento che si viene a richiedere, comunque, un atto amministrativo generale. ..." (cfr. Dossier - n. 465 del Senato, Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali D.L. 139/2021 - A.S. n. 2409, pp. 50-51).

³⁹ Vi è da chiedersi se possa ritenersi incluso il regolamento che, nella versione previgente, poteva essere una valida base giuridica soltanto nei casi previsti dalla legge. Sulla differenza tra i due, non sempre intuibile valga: "...i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò: mentre quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili, i regolamenti sono espressione di una potestà amministrativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono..." (cfr. Sent. Consiglio di Stato sez. VI[^], 18/02/2015, n. 823).

⁴⁰ Il riferimento è all'art. 9 n. 1 lett. a), n. 1 della L. 205/201, che modifica l'art. 2-ter del codice privacy ed all'art. 9 n. 5, che introduce disposizioni di coordinamento relative alla previsione che ha esteso agli atti amministrativi generali la base giuridica del trattamento dati.

⁴¹ La modifica all'art. 166 del codice della privacy è arrecata dall'art. 9 numero 1, lett. m), n. 2 della L. 205/2021.

⁴² Il richiamo è all'art. 132, co. 5, del codice della privacy.

⁴³ "...Continua a trattarsi, come già nel testo originario, di trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica nonché da parte di una società a controllo pubblico statale o locale (limitatamente ai gestori di servizi pubblici), con esclusione, per le società pubbliche, dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato. I soggetti pubblici qui considerati sono le amministrazioni pubbliche (quali enumerate dall'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001), ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nel conto economico consolidato ai sensi della legge di contabilità e finanza pubblica, il cui elenco è fornito annualmente dall'Istat (cfr. articolo 1, comma 3, della legge n. 196 del 2009), nonché le società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo n. 175 del 2016 (con esclusione - per le società pubbliche - dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato). Si viene ad includere peraltro, con l'emendamento, menzione delle società a controllo pubblico locale, limitatamente ai gestori di servizi pubblici..." (cfr.

L'ampliamento conforta quanto emergeva in sede di decreto: il *favor* nel trattamento non è riconosciuto per la soggettività pubblicistica dell'ente, bensì in rapporto al compito svolto dal medesimo e per migliorare l'efficienza del detto compito.

Altra novità di rilievo, sempre in sede di conversione, è l'inciso, che apre il comma 1-bis e che precisa che “...è fermo ogni altro obbligo previsto dal regolamento e dal presente codice....”⁴⁴

Sebbene l'inciso chiarisca, in modo inequivocabile, i dubbi interpretativi che potrebbero sorgere nell'applicazione della norma, in rapporto alle altre fonti, di pari rango o superiore⁴⁵, tuttavia la rilevanza dell'innovazione obbliga a verificare se la modifica introdotta al Codice Privacy sia inapplicabile per incompatibilità e violazione del regolamento (UE) 2016/679⁴⁶, ovvero se sia con essa compatibile.

Come già chiarito, nel regolamento, i dati personali del singolo possono essere trattati solo in talune condizioni e, nel caso in cui si tratti di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, il regolamento prevede espressamente che la base su cui si fonda il trattamento deve essere stabilita dal diritto dell'unione o dal diritto dello Stato membro a cui è soggetto il titolare del trattamento.

Tale chiave di lettura, presente nell'articolato⁴⁷, è ribadita anche nei considerando⁴⁸ del regolamento, rendendo impossibile dubitare del significato della norma.

Pertanto, se è pur vero che, a norma del regolamento, non pare sostenibile assumere che si possa invocare un qualsivoglia provvedimento emanato da una pubblica amministrazione, quale base giuridica per i trattamenti svolti nel contesto pubblico, poichè questo potrebbe non essere idoneo ad individuare, con la dovuta chiarezza e precisione, le finalità, le garanzie e le modalità del trattamento, d'altro canto, è altrettanto vero il regolamento non individua una specifica tipologia di atti, né analizza la gerarchia delle fonti per indicare quali siano idonei a fondare il trattamento, interessandosi, più che dell'aspetto formale dell'atto,

Dossier - n. 465 del Senato, *Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali D.L. 139/2021* – op. cit).

⁴⁴ Questo il testo finale del comma 1-bis: “...Fermo restando ogni altro obbligo previsto dal Regolamento e dal presente codice, il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale o, limitatamente ai gestori di servizi pubblici, locale, di cui all'articolo 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione, per le società a controllo pubblico, dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, è anche consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti. In modo da assicurare che tale esercizio non possa arrecare un pregiudizio effettivo e concreto alla tutela dei diritti e delle libertà degli interessati, le disposizioni di cui al presente comma sono esercitate nel rispetto dell'articolo 6 del Regolamento ...”

⁴⁵ Sebbene il regolamento 2016/679, quale norma di rango superiore direttamente applicabile, conduca *ex se* alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto, la ratio è quella di interpretare la norma nell'alveo del regolamento e non in opposizione ad esso.

⁴⁶ Trattandosi di norma di rango superiore.

⁴⁷ Il riferimento è il già noto art. 6 del regolamento 2016/679.

⁴⁸ Si vedano i considerando: 8, 10, 41, 45 e 51 del regolamento 2016/679.

del suo *nomen juris*, del suo contenuto sostanziale, che deve essere sufficientemente specifico, chiaro e preciso, nell'indicazione delle finalità, della tipologia del trattamento e delle relative garanzie⁴⁹.

Invero, nel regolamento, la limitazione alla discrezionalità degli stati membri, nel caso di trattamento dei dati per pubblico interesse, è limitata all'assunzione di disposizioni più specifiche, che determinino con maggiore precisione, i requisiti specifici per il trattamento e le misure atte a garantire che esso avvenga in modo lecito e corretto⁵⁰, senza alcuna connessione con la scelta della tipologia di atto che lo stato membro decida di utilizzare.

In altri termini, ciò che rileva, affinché l'atto sia in accordo con quanto previsto dal regolamento, è che le finalità siano determinate, esplicite e legittime⁵¹.

D'altra parte, nel difetto di una definizione univocamente applicabile di "pubblico interesse", laddove l'interpretazione della dicitura divenisse ondivaga e variegata, ovvero differente a seconda della pubblica amministrazione che lo applicasse, ciò condurrebbe al perseguimento di una finalità generica, dai contorni ambigui, non esplicitamente delineata e, quindi, con un trattamento illecito, poichè non determinabile a priori.

Pertanto, la disposizione non appare inconciliabile con il regolamento (UE) 2016/679, tuttavia occorre che venga mantenuta quella necessaria specificità, prevista e richiesta dal regolamento, eliminando il rischio di trattamenti generici ed ambigui.

Non può essere sottaciuto che la novella rievoca l'impianto previsto nel previgente Codice privacy⁵²: in tale normativa, era espressamente prevista una condotta di *favor* per gli enti pubblici, che erano di fatto esonerati dalla disciplina del consenso⁵³.

Era una prospettiva soggettiva e non oggettiva: al centro non vi era il dato e la sua tutela, bensì il titolare, quindi la tutela era fluida e mutava in rapporto al soggetto che eseguiva al trattamento.

⁴⁹Al riguardo di particolare interesse il considerando 41 del GDPR, che chiarisce: "...Qualora il presente regolamento faccia riferimento a una base giuridica o a una misura legislativa, ciò non richiede necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro interessato. Tuttavia, tale base giuridica o misura legislativa dovrebbe essere chiara e precisa, e la sua applicazione prevedibile, per le persone che vi sono sottoposte, in conformità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (la «Corte di giustizia») e della Corte europea dei diritti dell'uomo..."

⁵⁰ Si veda il già noto art. 6, al paragrafo 2, del regolamento 2016/679.

⁵¹ Cfr. art. 5, paragrafo 1, del GDPR.

⁵² Si fa riferimento al testo in vigore antecedentemente alle modifiche introdotte con il D.Lgs. 101/18 per il quale le amministrazioni pubbliche erano legittimate a trattare dati personali soltanto per svolgere funzioni istituzionali, rispettando gli eventuali altri presupposti e limiti stabiliti da disposizioni normative estranee al Codice ed astenendosi dall'acquisire il consenso degli interessati, specie per rendere lecito un trattamento altrimenti non ammesso. Per avere un focus al riguardo, si veda *La privacy nelle pubbliche amministrazioni. Relazione annuale - anno 2003*, Garante per la protezione dei dati personali, 28 aprile 2004. Si veda anche: B. PONTI, *Il regime dei dati pubblici*, Maggioli, 2008.

⁵³ Il riferimento è agli artt. 18 e 19 del D.Lgs. 196/96, ora abrogati in forza del D.Lgs. 101/18, che permettevano "...il trattamento da parte di un soggetto pubblico riguardante dati diversi da quelli sensibili e giudiziari anche in mancanza di una norma di legge o di regolamento che lo preveda espressamente" e che prevedevano che "qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici fosse consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali..."

Il regolamento (UE) 2016/679 ha formalizzato quel cambio di prospettive che, modificando l'asse portante, ha posto al centro della tutela il dato personale⁵⁴.

Da quanto sopra discende che, per quanto la riforma sia legittima, è indubbio che essa non possa limitarsi ad essere un *revivement* dell'impostazione ante-regolamento, dovendo trovare un nuovo equilibrio nei mutati assetti della tutela dei dati personali.

2.2 La circolazione dei dati personali

Un'ulteriore e significativa modifica apportata alla disciplina in esame dall'inserimento del comma 1-bis del decreto legge n. 139/2021, riguarda la circolazione dei dati personali.

Infatti, la novella legittima l'interscambio di dati, tra soggetti che li trattano per finalità pubbliche, purché la comunicazione sia necessaria per il raggiungimento delle loro finalità.

In base alla normativa previgente, la comunicazione tra titolari differenti era possibile soltanto in forza di norma di legge che espressamente lo consentisse.

L'ipotesi che la comunicazione avvenisse perché ritenuta necessaria per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico o di funzioni istituzionali, scontava il decorso di un termine di quarantacinque giorni dalla preventiva comunicazione al Garante della protezione dei dati personali, senza che questi avesse adottato delle misure a garanzia degli interessati⁵⁵.

Per l'effetto della novella, invece, la comunicazione dei dati diviene legittima, senza riserva di legge e senza preventiva comunicazione al Garante, permanendo esclusivamente la limitazione del perseguimento del "pubblico interesse" che, tuttavia, come già sopra accennato, difetta di una definizione univocamente applicabile ed invocabile⁵⁶.

⁵⁴Le ragioni che hanno condotto a tale mutamento sono varie: il valore assunto dai dati e la loro possibilità di utilizzo, derivante dal progresso tecnologico, fa sì che essi non sia più solo un limite, ma una finalità. Il bene è un bene in sé e in quanto tale meritevole di tutela (e con valore economico, ovvero utilizzabile come "prezzo di scambio" come dimostra la Direttiva n. 2019/770), ma è anche uno strumento, che può essere impiegato per il raggiungimento di altri fini (ad es. migliorare le prestazioni sanitarie ed il livello di assistenza sanitaria, contrastare la pandemia). Il passaggio dato limite al dato finalità conduce dalla tutela negativa/passiva/successiva della prima privacy (che si può racchiudere nel *right to be alone*) alla tutela positiva/attiva/preventiva che oggi viene richiesta, basti pensare all'art. 8 della convenzione EDU, alla sentenza Yonchen c/ Bulgaria, all'art. 32 del GDPR. Per un approfondimento su questo passaggio, si leggano: S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, CEDAM, 2006; Califano L. *Il Regolamento (UE) 2016/679 e la costituzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali*, in (a cura di) L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; G.M. SALERNO, *Le origini ed il contesto*, *ibid.*

⁵⁵ Si veda l'art. 2-ter, co. 2, del previgente Codice privacy.

⁵⁶ In linea generale l'interesse pubblico è "tutelato dalla pubblica amministrazione, mediante lo svolgimento di un'attività che sia espressione di potere politico", così V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2020, p. 222.

Per una ricostruzione dell'evoluzione storica del concetto di pubblico interesse si veda: M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010; L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Inoltre, la stessa diffusione dei dati o la comunicazione a soggetti che intendano trattarli per finalità diverse da quelle per cui originariamente sono stati raccolti - che prima della riforma era lecita esclusivamente laddove previsto da norma di legge⁵⁷ - diviene adesso possibile, alle medesime condizioni sopra esposte; in sede di conversione del decreto legge, per tal caso, è stato introdotto un correttivo, che prevede che sia data notizia al Garante, almeno dieci giorni prima dell'inizio della comunicazione o diffusione⁵⁸.

Se, da un lato, la facilità nello scambio dei dati potrebbe favorire l'efficienza dell'operato della pubblica amministrazione e la giustificazione della riforma si potrebbe rintracciare nell'evidenza che la pubblica amministrazione dovrebbe agire nell'interesse dei cittadini⁵⁹, d'altro canto, la norma legittima una circolazione dei dati personali incontrollabile, potenzialmente infinita ed, in quanto tale, priva di qualsivoglia garanzia.

Pur non rintracciandosi uno specifico divieto a tali condotte, tuttavia, *prima facie*, esse rischiano di non essere congrue e coerenti con i principi fondamentali sul trattamento dei dati espressi nel regolamento europeo 2016/679⁶⁰.

In primo luogo, con il principio di finalità, che dovrebbe essere espressa e manifesta, venendo invece legittimata finanche la comunicazione dei dati per finalità diverse e, quindi, aprioristicamente non conoscibili⁶¹.

Inoltre, potrebbe esserci incoerenza con i principi di proporzionalità e di minimizzazione⁶², poichè la novella, favorendo la moltiplicazione delle medesime informazioni in diversi database, non garantisce la minimizzazione dei dati, né un loro uso proporzionato.

La moltiplicazione delle comunicazioni dei dati, inoltre, potrebbe avere conseguenze nocive.

⁵⁷ Per capire il cambiamento si prenda a comparazione, la *Nota* del Garante per la protezione dei dati personali del 13 febbraio 2004, denominata: *Osservazioni sullo schema di regolamento di gestione dell'Indice nazionale delle anagrafi (INA)*. Nella nota, il Garante, in merito allo schema di regolamento relativo alla gestione dell'Ina, sottolineava la necessità di individuare la fonte normativa legittimata a disciplinare l'utilizzo dei servizi Ina, non essendo adeguato il riferimento alle competenze attribuite dalla legge agli enti interessati, rilevando che la possibilità di accedere ai servizi per i soggetti diversi dagli enti pubblici titolari del trattamento doveva essere stabilita da una norma di legge o di regolamento, ove espressamente previsto dalla legge, e non da mere determinazioni amministrative.

⁵⁸ Si raffronti l'art. 9, lett. a) n. 3) del decreto legge n. 139/2021 e l'art. 9, lett. a), n. 4) della legge di conversione n. 205/2021.

⁵⁹ La conferma che questa sia la *ratio* e la stella polare che ha mosso la riforma si rinviene nell'esclusione delle società a controllo pubblico, i cui trattamenti di dati personali siano *correlati ad attività svolte in regime di libero mercato*. Il riferimento è l'art. 9 n. 1 lett. a) n. 2) della legge 205/2021.

⁶⁰ Si pensi al considerando 31, per il quale: "...le richieste di comunicazione inviate dalle autorità pubbliche dovrebbero sempre essere scritte, motivate e occasionali e non dovrebbero riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi. Il trattamento di tali dati personali da parte delle autorità pubbliche dovrebbe essere conforme alle norme in materia di protezione dei dati applicabili secondo le finalità del trattamento..."

⁶¹ Si vedano il considerando 41 e l'art. 5, paragrafo 1, let. b del regolamento (UE) 2016/679.

⁶² Il riferimento è al considerando 4 ed all'art. 5 paragrafo 1, let. C del GDPR.

La prima potrebbe essere l'aumento (statistico) dei *data breach* - che, tra l'altro, proprio in forza della circolazione dei dati, potrebbe anche riguardare soggetti che ignorano che un determinato ente fosse in possesso dei loro dati.

Inoltre, facilitando la circolazione di dati, si potrebbe incrementare una comunicazione di dati "vecchi", non aggiornati, non accurati o addirittura errati, con violazione del principio di esattezza del dato⁶³.

E' innegabile che lo scenario descritto dimidi le garanzie ed i diritti degli interessati.

Inoltre, esso potrebbe favorire trattamenti discriminatori ed errori di giudizio: il moltiplicarsi di dati, magari non aggiornati o inesatti, utilizzati in processi decisionali automatizzati⁶⁴ avrebbe l'effetto di condurre a decisioni errate, partendo da falsi presupposti.

Ne deriva, sotto il versante del soggetto pubblico titolare del trattamento, un'assoluta mancanza in termini di trasparenza del suo operato⁶⁵ e, sotto il versante del soggetto privato, l'interessato, la perdita del controllo sui propri dati.

La consapevolezza di questi rischi ha condotto all'esplicita indicazione, in sede di conversione del decreto legge n. 139/2021, che tale potere debba essere esercitato con modalità che non possano arrecare un pregiudizio effettivo e concreto alla tutela dei diritti e delle libertà degli interessati e che, quindi, le disposizioni siano esercitate nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 6 del regolamento (UE) 2016/679⁶⁶. Sebbene l'inciso in esame sia meramente "procedurale", poichè non impedisce, né limita in alcun modo, la possibilità di procedere al trattamento e, di fatto, si concreta in un richiamo che nulla aggiunge, poichè esso era già previsto e necessario in forza dell'applicazione diretta del regolamento (EU) 2016/679, tuttavia sottolinea l'importanza di inquadrare tali operazioni nell'ambito dei confini fissati dal regolamento e non ai suoi margini.

⁶³ Previsto dall'art. 5, paragrafo 1, lett. d) del regolamento ue 2016/679.

⁶⁴ Per una lucida disamina al riguardo: C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 3, pp. 318-354; O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in (a cura di) L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei "big data" (Risks and opportunities of public administration recourse to big data predictions)* in *Diritto Pubblico*, 2019, 1, pp. 43-70.

⁶⁵ Il rapporto tra trasparenza e riservatezza non è nuovo, poichè esse sono due facce della stessa medaglia, dunque non possono configurare, dovendo necessariamente armonizzarsi per esistere. Per un approfondimento: A. CAPRIO, *Trasparenza e segretezza: regole ed eccezioni tra principi normativi e applicazioni pratiche*, in *Cultura e diritti*, 2014, fasc. 3, pagg. 69-79. Si veda anche, per un approfondimento del concetto di trasparenza come obbligo di motivazione e diritto di accesso agli atti: V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit.

⁶⁶ In altri termini, il soggetto pubblico deve assicurare un'adeguata pubblicità a tutti gli elementi distinti del trattamento (*id est*: identità del titolare del trattamento e finalità del trattamento), fornendo ogni informazione necessaria a garantire un trattamento corretto e trasparente, nonchè il diritto degli interessati di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano.

Quindi, al fine di evitare i rischi sopra esposti e rispettare i diritti degli interessati⁶⁷, dovranno essere individuate specifiche procedure che consentano a questi ultimi di essere edotti della comunicazione dei loro dati personali a terzi soggetti, affinché sappiano i soggetti che li trattano, quali dati trattano, con quali finalità e operazioni.

Tale attività, seppur complessa e di difficile realizzo, dovrà trovare necessaria esecuzione fattiva poichè, in difetto, il conferimento di dati personali ad una pubblica amministrazione potrebbe condurre ad uno scenario nel quale l'interessato sia inconsapevole dei soggetti che trattano i propri dati e per quali fini, con la conseguenza che tali attività sfuggano totalmente al suo controllo ed alle tutele previste dall'ordinamento. Pertanto, se l'incrocio delle diverse banche dati della pubblica amministrazione può consentire una maggiore efficienza dell'apparato burocratico, velocizzandone le procedure, tale passaggio dovrebbe essere assunto con cautela, senza dimidiare le garanzie in favore degli interessati e con apposite procedure a garanzia.

2.3 L'individuazione delle finalità

Concludendo l'analisi delle riforme conseguenti all'introduzione del comma 1-bis della novella⁶⁸, è d'uopo sottolineare che, nel testo originario del decreto legge n. 139/2021, era espressamente previsto che la finalità del trattamento potesse essere individuata dalla stessa amministrazione pubblica, o dalla società a controllo pubblico, che eseguiva il trattamento.

La norma poneva come limite che il trattamento apparisse coerente con il compito svolto o con il potere esercitato e che fosse assicurata sia un'adeguata pubblicità a tutti gli elementi distinti del trattamento⁶⁹, sia il diritto degli interessati di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano.

Tuttavia la decisione di legittimare un qualsivoglia trattamento purché esso fosse coerente - e non sovrapponibile o coincidente, ma meramente *coerente*⁷⁰ - con il compito svolto o con il potere esercitato, lasciava ampio margine di manovra alla pubblica amministrazione.

Il rischio era che la fluidità del concetto di coerenza, conducesse all'indeterminazione e che qualsivoglia ente pubblico potesse decidere in modo arbitrario quali trattamenti fossero coerenti con il compito svolto.

⁶⁷ Espressamente previsti dal capo III del regolamento (UE) 2016/679.

⁶⁸ Il riferimento è sempre al comma 1-bis dell'art. 9 n. 1 della L. 205/2021 di conversione del Decreto Capienze.

⁶⁹ *Id est*: identità del titolare del trattamento e finalità del trattamento.

⁷⁰ *Mutatis mutandis*, è inevitabile il raffronto con l'art. 22 del Decreto Legislativo n. 196/2003 che, in ossequio al principio di proporzionalità nel trattamento dei dati, riteneva legittimo il trattamento dei soli dati sensibili e giudiziari "*indispensabili*" allo svolgimento di attività che non potevano essere adempiute mediante il ricorso a dati anonimi o a dati personali di diversa natura.

La possibile indeterminazione a cui poteva condurre questo scenario si poneva chiaramente in contrasto con i già citati principi di cui all'art. 5 del regolamento (UE) 2016/679⁷¹.

In sede di conversione del decreto legge, il paragrafo è stato eliminato⁷² sostituendolo con un inciso che prevede la possibilità, per una pubblica amministrazione, di effettuare una attività di trattamento, “anche” laddove ciò sia necessario all'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse, ovvero per l'esercizio di pubblici poteri ad essa attribuiti⁷³.

In altri termini, il titolare del trattamento non avrà necessità di rintracciare la finalità del medesimo, essendo legittimato al suo svolgimento, laddove questo sia necessario per il raggiungimento della sua finalità istituzionale.

3. L'abrogazione del potere di controllo preventivo da parte del Garante per la protezione dei dati personali, in caso di trattamenti a rischio elevato

La falciatura maggiore⁷⁴ della novella⁷⁵ è certamente quella abbattuta sull'articolo 2-quinquies-decies del Codice della privacy, integralmente abrogato⁷⁶.

Questo aveva ad oggetto i trattamenti svolti nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico, che potessero comportare rischi elevati per i diritti e le libertà fondamentali⁷⁷.

La norma in esame prevedeva l'obbligo, per i detti trattamenti, di procedere a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali.

⁷¹ Per celerità, si richiamano le note da n. 53 a n. 56.

⁷² Il riferimento è alla già citata legge di conversione n. 205 del 3 dicembre 2021.

⁷³ “... *Peraltro, la distinzione sopra ricordata tra nuova emendata ed originaria previsione del presente articolo 9 si assottiglia, giacché l'emendamento (al suo comma 1, lettera a), numero 2) introduce (ancora nell'articolo 2-ter del decreto legislativo n. 196 del 2003) un comma 1-bis, in cui si prevede che il trattamento dei dati personali sia "anche" consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti (...) Non è ribadita - rispetto al testo originario del decreto-legge - la prescrizione che il soggetto pubblico abbia l'obbligo di indicare la finalità del trattamento - se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento - "in coerenza al compito svolto o al potere esercitato..."* (cfr. Dossier - n. 465 del Senato, *Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali D.L. 139/2021 - A.S. n. 2409*, pp. 50-51)

⁷⁴ Così il prof. Franco Pizzetti, ex Garante per la protezione dei dati personali, professore emerito di diritto costituzionale all'Università di Torino, che ha sostenuto che l'abolizione del potere di ispezione preventiva del Garante sia la novità più grave del decreto (cfr. www.cybersecurity360.it).

⁷⁵ Arretrata dall'art. 9 n. 1 let. C del decreto legge n. 139/2021 non mutato in sede di legge di conversione n. 205/2021.

⁷⁶ L'articolo abrogato stabiliva che “...*con riguardo ai trattamenti svolti per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico che possono presentare rischi elevati ai sensi dell'articolo 35 del Regolamento, il Garante può, sulla base di quanto disposto dall'articolo 36, paragrafo 5, del medesimo Regolamento e con provvedimenti di carattere generale adottati d'ufficio, prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto ad adottare...*”.

⁷⁷ Il rischio derivava dalla natura del trattamento dei dati, prevedendo l'uso di una nuova tecnologia.

Sotto altro profilo, la norma conferiva al Garante il potere di prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che le pubbliche amministrazioni erano tenute ad assumere, per poter intraprendere il trattamento.

In tale tipologia di trattamento, dunque, permane la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati⁷⁸, ma viene eliminata la consultazione preventiva.

La norma era di brillante lungimiranza: nella consapevolezza che i trattamenti di pubblico interesse erano sottratti al consenso, poiché legittimati dalla (riserva di) legge, essa voleva impedire che il trattamento inerente dati di particolare rilievo, sebbene munito di valida base giuridica, potesse venire - *de facto* - eseguito senza il rispetto delle cautele necessari e dei giusti accorgimenti⁷⁹.

Il potere di natura preventiva del Garante rendeva effettiva e concreta la tutela dei dati personali degli interessati, nei confronti dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione, impedendo l'avvio di trattamenti eseguiti in difetto di idonee misure cautelative, con l'emanazione di provvedimenti, che prescrivevano ed individuavano gli accorgimenti e le misure obbligatorie, di volta in volta necessarie, a garanzia dei diritti dei cittadini.

L'abrogazione della norma occorre in un momento cruciale, di passaggio, verso la "c.d. transizione digitale"⁸⁰, per cui essa va valutata ed analizzata con cautela.

Certamente, così come gli altri interventi qui in esame, essa consente una risposta più rapida della pubblica amministrazione⁸¹ - non più sottoposta a pareri e vincoli preventivi - e, in questo senso, più performante ad una realtà liquida ed in continuo mutamento. Tuttavia, viene da chiedersi se essa non possa incentivare quello che in economia è noto come *moral hazard*⁸².

In vigenza della normativa abrogata, infatti, qualora il titolare del trattamento avesse disatteso tali prescrizioni, ne avrebbe risposto penalmente, integrandosi il reato di trattamento illecito di dati⁸³, il che costituiva un valido elemento di dissuasione.

⁷⁸ Si fa riferimento all'art. 35 del regolamento europeo 2016/679.

⁷⁹ Basti citare gli interventi del Garante per la protezione dei dati personali sulla app *Immuni* e sul *Green pass*: trattamenti legittimi in via di principio, poichè svolti con idonea base giuridica, ma *de facto*, ovvero nella loro applicazione concreta, irrispettosi della normativa sulla tutela dei dati personali. Si richiama sul punto la nota n. 30.

⁸⁰ Sull'importanza dei dati, in questa fase storica: S. CALZOLAIO, "*Ubi data, ibi imperium*": il diritto pubblico alla prova della localizzazione dei dati in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 1, pp. 7-11; V. PAGNANELLI, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della "(big) data governance" pubblica alla luce delle nuove sfide globali* in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 1, pp. 13-28.

⁸¹ La recente pandemia ci ha insegnato l'importanza di poter godere di tempistiche ristrette nell'assunzione delle decisioni e, soprattutto, nella loro messa in atto. Al riguardo si veda: E. MONTAGNANI, *La comunicazione pubblica on-line e la digitalizzazione delle Pubbliche amministrazioni tra pandemia e infodemia: quali prospettive future?* in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 1, pp. 105-139.

⁸² Il cd rischio morale si concreta nella tendenza ad avere comportamenti maggiormente spregiudicati, confidando nella circostanza che le conseguenze di tali azioni non ricadono sui soggetti o non siano facilmente ad essi imputabili.

⁸³ Si veda l'art. 167 del Codice privacy. In dottrina: B. BORRILLO, *La tutela della "privacy" e le nuove tecnologie: il principio di "accountability" e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*,

Attualmente, invece, le pubbliche amministrazioni potrebbero essere oggetto soltanto di un intervento a posteriori del Garante, con l'inevitabile rischio che l'intervento dell'Autorità non sia sufficiente ad impedire la generazione di danni, *medio tempore* venuti ad esistenza.

In sostanza, la normativa di recente emanazione, nel ridurre l'ambito di azione del Garante per la protezione dei dati personali ha l'effetto di ridurre il ruolo *dell'accountability*, principio cardine del regolamento (EU) 2016/679⁸⁴, restringendo il ruolo della cd tutela preventiva, volta ad evitare la generazione del danno⁸⁵.

Il timore è, quindi, quello di una de-responsabilizzazione⁸⁶ dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione, con riferimento alla correttezza dei trattamenti di dati personali, integrandosi una gestione priva di controlli e verifiche antecedenti al trattamento⁸⁷ e, dunque, l'abolizione sostanziale dell'obbligo della *privacy by design*, che della tutela preventiva era espressione manifesta⁸⁸.

In tale ottica, occorre valutare se l'abrogazione in esame si ponga in contrasto con il citato regolamento europeo, il cui approccio prevedeva espressamente la valutazione della protezione dei dati fin dalla progettazione e che rischierebbe una disapplicazione nel caso in cui il titolare fosse un soggetto che agisce per pubblico interesse.

Per comprendere se tale caducazione sia legittima alla luce della normativa unionale, occorre verificare se l'articolo oggetto di abrogazione sia emanazione diretta - e quindi necessaria - del regolamento, ovvero se esso sia frutto della discrezionalità concessa agli stati membri.

Intervento programmato predisposto per il Convegno "*Tecnologie digitali, protezione dei dati personali e diritto del lavoro*", Università degli studi del Sannio, Benevento in *dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, pp. 326-356.

⁸⁴ La responsabilizzazione è un cardine del GDPR, poichè funge da nesso tra progresso tecnologico e protezione dinamica del dato.

Si vedano i considerando da 74 a 79, art. 5 e art. 24 e, in dottrina, F. PIZZETTI, *Privacy ed il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, vol. I, Torino, 2016; Gruppo di lavoro dei Garanti europei, *Documento relativo al Future of privacy* (WP 168 del dicembre 2009).; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di) *Diritto alla riservatezza e progresso tecnologico: coesistenza pacifica o scontro di civiltà?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015; B. SIRGIOVANNI, *Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2020, 4, pp. 1010-1031.

⁸⁵ Sul punto: AA.VV., *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in (a cura di) L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, op. cit.

⁸⁶ L'unione è orientata alla responsabilizzazione del soggetto agente non solo nel contesto della tutela dei dati personali: si pensi anche al regolamento sui dispositivi medici e medico in vitro: 2017/745 e 2017/746. In ambito privacy, la necessità di incentrare il sistema sulla responsabilizzazione del titolare del trattamento è questione nota e risalente nel tempo: Gruppo di lavoro art. 29 (WP29), *Parere 3/10 sul principio di responsabilità*, WP173 del 13 luglio 2010.

⁸⁷ "...Ma è un potere diverso, sanzionatorio, esercitabile su violazioni di norme. Il potere eliminato dal decreto è diverso, è di indirizzo alle norme stesse. La differenza è sostanziale. Nel primo caso è come il potere del "poliziotto", nell'altro è come quello del "legislatore": a monte..." (cfr. Prof. Franco Pizzetti, ex Garante Privacy, professore emerito di diritto costituzionale all'università di Torino. Pizzetti intervista a *repubblica* del 10.10.2021).

⁸⁸ Il riferimento è all'art. 25 del regolamento (UE) 2016/679. Si legga, in merito: G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Già data e privacy by design*, Giuffrè, Torino, 2017.

Dalla lettura del regolamento, emerge che il titolare del trattamento, prima di procedere al medesimo, consulta l'autorità di controllo *qualora* la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati indichi che il trattamento presenta un rischio elevato, in assenza di misure adottate dal titolare per attenuarlo⁸⁹.

E' altresì specificato che gli stati membri *possono* prevedere che i titolari del trattamento debbano consultare l'autorità di controllo e ottenere un'autorizzazione preliminare, in relazione ad un trattamento svolto per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, tra cui la protezione sociale e la sanità pubblica⁹⁰.

Pertanto, non è revocabile in dubbio che il margine di flessibilità concesso dalla normativa europea - e, paradossalmente, derivante dalla volontà di favorire un'applicazione uniforme e coerente sul vasto territorio dell'unione - abbia ad oggetto l'adozione di regole più stringenti in merito all'autorizzazione preventiva.

Il regolamento, dunque, concedeva la facoltà agli Stati membri di conferire alle proprie autorità poteri autorizzativi maggiormente incisivi⁹¹: tale ambito di discrezionalità è stato, nel nostro ordinamento, utilizzato dapprima per favorire l'estensione dei poteri del Garante per la protezione dei dati personali⁹² ed ora per la sua riduzione.

La *ratio*, nell'ambito della discrezionalità dei singoli stati, doveva rintracciarsi nel principio di proporzionalità, espressione di quel tentativo di dimidiare l'asimmetria informativa di cui si dirà *infra*⁹³, essendo necessario che il trattamento fosse proporzionato, necessario e finalizzato all'obiettivo perseguito⁹⁴.

Premessa, quindi, la legittimità formale della norma, che non impatta negativamente con il regolamento europeo, è innegabile che essa si inserisca perfettamente nella *ratio* della novella, di "snellimento" dell'attività della pubblica amministrazione⁹⁵.

Infatti, l'abolizione della riserva di legge e del parere preventivo del Garante si concretano in una sorta di "nulla osta preventivo" sull'attività della pubblica amministrazione, che potrà trattare e comunicare dati,

⁸⁹ Il disposto fa riferimento all'art. 35 par. 1 del regolamento (UE) 2016/679.

⁹⁰ Il disposto fa riferimento all'art. 35 par. 5 del regolamento (UE) 2016/679.

⁹¹ Si veda l'art. 36, par. 5 Regolamento Europeo 679/2017. Per una rilettura analitica degli articoli in esame si rimanda a: A. MANTELEO, *Il nuovo approccio della valutazione del rischio della sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva* (artt. 32-29), in G. FINOCCHIARO (a cura di) *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, 2019, p. 813.

⁹² Venendo sottoposti ad autorizzazione preventiva anche i trattamenti non sottoposti a valutazione d'impatto o che, se sottoposti, presentavano un rischio elevato, purché aventi ad oggetto compiti di interesse pubblico, tra cui il trattamento con riguardo alla protezione sociale e alla sanità pubblica.

⁹³ Si veda l'ultimo paragrafo del presente elaborato.

⁹⁴ Laddove ciò non avvenga, la norma nazionale è di fatto incompatibile con quella unionale che, essendo di rango superiore, è l'unica a dover essere applicata. Per un'analisi delle fonti e dei loro rapporti, si veda: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit.

⁹⁵ Poiché, come chiarito, con l'abrogazione di tale norma, il titolare del trattamento svolto per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico, prima di procedere al trattamento stesso, non è più tenuto a consultare l'Autorità di controllo.

senza specifica norma di legge e senza parere necessità di ottenere un parere preventivo, anche in caso di trattamenti ad alto rischio.

In sede di conversione del decreto legge *de quo*, pur mantenendosi intatto l'impianto generale -e, dunque, l'abrogazione del disposto - sono stati introdotti due correttivi.

Con il primo, viene consentita l'omissione della notifica preventiva della violazione contestata nei confronti dei soggetti pubblici che trattano i dati, quando il loro trattamento abbia già arrecato pregiudizio agli interessati. Con il secondo, viene prevista l'ingiunzione a realizzare campagne di comunicazione istituzionale volte alla promozione della consapevolezza del diritto alla protezione dei dati personali⁹⁶.

Infine, in merito al trattamento dei dati relativi al traffico telefonico e telematico, viene previsto che esso sia effettuato nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante della protezione dei dati personali con provvedimento "di carattere generale"⁹⁷.

4. I pareri del Garante per la protezione dei dati personali, in merito ai progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030

Nella medesima direzione sino ad ora analizzata, si colloca anche la norma che prevede, in materia di snellimento delle procedure⁹⁸, che i pareri del Garante per la protezione dei dati personali, richiesti con riguardo a riforme, misure e progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza⁹⁹ e del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030¹⁰⁰ siano resi nel termine non prorogabile di trenta giorni dalla richiesta, decorso il quale può procedersi, indipendentemente dall'acquisizione del parere del garante.

Il termine - perentorio, obbligatorio e non prorogabile - viene configurato come una sorta di silenzio assenso, atteso che, inutilmente decorso, il governo potrà comunque procedere a prescindere dall'acquisizione del parere.

L'articolazione e la complessità dei progetti legati ai piani in esame, necessiterebbero sicuramente di tempistiche maggiori che, tuttavia, avrebbero di fatto impedito la messa in esecuzione dei medesimi, sicché - nuovamente - la decisione si è orientata verso uno snellimento dei procedimenti.

⁹⁶La modifica all'art. 166 del Codice della privacy è arrecata dall'art. 9, comma 1, lett. m), n. 2 e n. 3 della L. 205/2021.

⁹⁷ Il richiamo è all'art. 132, co. 5, del Codice della privacy.

⁹⁸ Il riferimento è l'abrogazione dell'art. 22 del D. Lgs. 101 del 2018 e al co. 3 dell'art. 9 del citato D.L.139/2021.

⁹⁹Si veda il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, nonché il Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101.

¹⁰⁰ Si veda il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tuttavia, la circostanza che le riforme in esame siano, per loro natura, volte alla digitalizzazione del Paese rende le stesse particolarmente pericolose¹⁰¹, proprio nell’accezione del citato art. 35 del regolamento europeo per la protezione dei dati personali, potendo favorire discriminazioni ed errori.

E’ evidente che la modifica *de qua* non incide in maniera diretta sui diritti dei cittadini, purtuttavia essa limita l’ampiezza della sfera del potere di controllo preventivo del Garante, riducendo quell’approccio orientato *all’accountability* ed alla *privacy by design* di cui si è detto e che è a base del Regolamento.

5. Considerazioni conclusive

Dopo aver analizzato le novità introdotte con la novella ed i mutamenti a cui esse conducono, nell’ambito dei trattamenti collegati alla sfera “pubblicistica”¹⁰², appare scontata una breve riflessione sul ruolo che la normativa relativa alla tutela dei dati personali debba avere all’interno del nostro ordinamento, stante il “cambio di passo” che la riforma ha introdotto.

Con essa, infatti, si svolge un bilanciamento *aprioristico* degli interessi in gioco, ritenendo che, in qualsivoglia caso, laddove i dati siano trattati per un dichiarato “pubblico interesse”, esso, in qualche modo, possa superare e soverchiare quello degli interessati alla tutela dei loro dati personali: il pubblico interesse viene ritenuto, a priori, bene degno di maggior tutela dei dati personali, con noncuranza del grado costituzionale del diritto alla protezione della propria riservatezza¹⁰³.

Ferme le perplessità circa la *sedes materiae* utilizzata per l’inserimento della modifica¹⁰⁴, la sostanziale possibilità di trattare, comunicare e finanche divulgare i dati personali, in capo ai soggetti che agiscono con finalità di pubblico interesse, è indicativa del ruolo che la normativa di settore sembra avere all’interno del nostro ordinamento.

Se la finalità manifesta della riforma è quella di “semplificare” ne deriva, per conseguenza sillogistica, che la disciplina in esame¹⁰⁵ è sostanzialmente un appesantimento per l’apparato burocratico.

¹⁰¹ Val la pena rammentare che “...I diritti fondamentali si pongono a presidio della vita, che in nessuna sua manifestazione può essere attratta nel mondo delle merci...” tratto da G. RODOTÀ, S. ALPA, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 2021.

¹⁰² Laddove i dati personali debbano essere trattati per motivi di pubblico interesse o nel caso di pareri resi nell’ambito del P.N.R.R. e del P.N.I.E.C.

¹⁰³ Si pensi al passaggio dall’*habeas corpus* all’*habeas data*, per cui la tutela dei propri dati personali rientra nell’ambito del principio di autodeterminazione. Sul punto, molteplici gli interventi: F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 20; S. Rodotà, *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. Dir.* 1974, 552; C. COLAPIETRO, I. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in (a cura di) L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

¹⁰⁴ Difficile comprendere, per le modifiche in esame, dove si possa ravvisare l’urgenza tipica del decreto legge. Parimenti difficile è definire le innovazioni analizzate come mere semplificazioni, poichè esse mutano gli assetti istituzionali ed i derivanti equilibri tra pubblico e privato, in materia di privacy.

¹⁰⁵ Per una ricostruzione dell’impatto che il GDPR ha avuto nel nostro ordinamento L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016.

Eppure tale conclusione è, tanto evidente, quanto paradossale.

Una nota teoria economica sostiene che il nostro sistema sia imperfetto poichè governato da asimmetria informativa, che non consente un'ottima ed efficiente allocazione delle risorse¹⁰⁶.

La necessità di diminuire detta asimmetria, soprattutto nei rapporti tra pubblico e privato, governa gli ordinamenti moderni: ne sono un'espressione chiara il principio di trasparenza¹⁰⁷ e quello di proporzionalità¹⁰⁸.

Pertanto, la tutela dei dati personali assurge a fattore essenziale per promuovere l'uguaglianza fra i cittadini¹⁰⁹.

La possibilità, fornita dallo sviluppo tecnologico, di raccogliere, elaborare e divulgare grandi quantità di dati in un lasso di tempo ridotto, può ridurre questa asimmetria, favorendo l'efficienza del sistema.

In quest'ottica, la tutela della riservatezza è elemento utile a supportare e concretizzare il principio di trasparenza dell'attività amministrativa: difatti, solo dalla corretta applicazione del primo, discende il miglioramento del secondo e, per converso, anche un alleggerimento dell'attività amministrativa¹¹⁰.

Infatti, una corretta applicazione della normativa sulla tutela dei dati personali, necessitando previamente della separazione tra le informazioni necessarie e quelle superflue, consente di ridurre al minimo le informazioni condivise e, per l'effetto, il tempo necessario per l'adempimento dell'attività amministrativa¹¹¹.

In tale contesto, la normativa sulla tutela dei dati personali non può essere inquadrata come un inutile orpello, bensì come un pilastro essenziale per giungere a quella simmetria informativa che consentirebbe una società equa ed efficiente.

¹⁰⁶ Il riferimento è a Friedrich August von Hayek.

¹⁰⁷ Si pensi alla L. 241/1990 ed al D.Lgs. 267/2000 (per gli enti locali), all' art. 97 Cost, ma anche all'art. 41 della Carta di Nizza, nonché alla legge n. 24/17 per le strutture sanitarie pubbliche, le cui prestazioni sono soggette all'obbligo di trasparenza. Inoltre, si ritrova il principio di trasparenza anche nel Regolamento EU 2016/679 e precisamente, tra i principi e nella previsione che l'interessato sia informato dei principali elementi del trattamento, in modo chiaro e semplice, al fine di essere consapevole delle sue caratteristiche (cfr. artt. 5 e 12). Per una interessante ricostruzione di ciò che è da intendersi come trasparenza si veda: S. TOSCHEL, *I trattamenti in ambito pubblico nell'era della digitalizzazione e della trasparenza*, 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*, op. cit., p. 397-408.

¹⁰⁸ Solo la proporzionalità (da intendersi come ai tempi dei *Polizeirecht* tedesco del XIX secolo), consente il rispetto del principio di minimizzazione, ovvero non superare il trattamento di quanto appaia strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo.

¹⁰⁹ Si Veda: R. D'ORAZIO, G.D. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, 2021.

¹¹⁰ Per una disamina sul rapporto tra privacy e trasparenza: C. COLAPIETRO, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla "privacy": la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 14, pp. 64-91; C. DELLA GIUSTINA, *Alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra principio di trasparenza e tutela della riservatezza* in *Nomos*, 2020, fasc. 1, p. 29; D. Di Sabato, *I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria* in *Il Foro napoletano*, 2020, fasc. 2, pp. 367-387.

¹¹¹ A conferma e supporto di quanto dedotto, si leggano i seguenti atti del Garante per la protezione dei dati personali: *Provvedimento* n. 1054649 del 9 dicembre 2003; *Provvedimento* n. 1054640 del 17 aprile 2003; *Nota* 16 maggio 2003.