

MARCO BOMBARDELLI

**Introduzione: il contesto di riferimento per il trattamento dei dati
in ambito pubblico**

L'Autore è professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Questo contributo fa parte della sezione monografica *I dati in ambito pubblico tra esercizio della funzione amministrativa e regolazione del mercato* a cura di Marco Bombardelli, Simone Franca, Anna Simonati

Nella società moderna il trattamento dei dati personali ha assunto una dimensione nuova sia dal punto di vista quantitativo, sia da quello qualitativo. Sotto il primo profilo, da un lato, gli individui mettono in circolazione quantità sempre maggiori di dati nell'ambito delle proprie relazioni personali e sociali, come pure in quello dei rapporti con le pubbliche amministrazioni. Dall'altro lato, aumentano per numero e dimensioni gli archivi in cui questi dati vengono raccolti e conservati. Sotto il secondo profilo, con la spinta impressa dallo sviluppo delle tecnologie informatiche, questa enorme quantità di dati personali può poi essere analizzata ed elaborata con velocità rapidissima, grazie a sistemi di calcolo molto potenti che ne consentono la correlazione, la combinazione e l'utilizzo per le finalità più disparate. Questo rende sempre più difficile stabilire quali dati possano essere considerati poco rilevanti per la tutela della sfera personale degli individui. Infatti, anche dati apparentemente poco significativi possono diventare importanti nell'ambito di trattamenti che, attraverso la loro combinazione e/o aggregazione con altri dati, consentono di trarre da essi informazioni idonee a condizionare, e talora anche a guidare, i comportamenti dei singoli e l'evoluzione della società.

Questi sviluppi hanno un impatto significativo sul modo con cui il diritto va a disciplinare il fenomeno considerato nella presente sezione monografica. Di esso i principali ordinamenti giuridici hanno cominciato a occuparsi almeno a partire dalla fine dell'Ottocento, in concomitanza con l'accelerazione del progresso economico e tecnologico delle società occidentali. Inizialmente, l'attenzione è stata posta sulle esigenze di riservatezza. Questa viene evidenziata dapprima negli Stati Uniti, secondo l'originale connotazione di *right to be let alone* proposta nel celeberrimo saggio di Warren e Brandeis. Qui la riservatezza è stata configurata come diritto del singolo a evitare intrusioni da parte di altri in una zona intangibile della propria sfera privata, dove vanno salvaguardati, anche nel bilanciamento con la libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, i valori di autonomia e dignità propri della persona, in sé e nell'ambito familiare e sociale in cui essa si colloca. In Europa le stesse esigenze sono venute in evidenza a partire dal secondo dopoguerra, con riferimento però soprattutto all'ingerenza dello Stato nella sfera individuale della persona per finalità di controllo, rispetto alla quale si vogliono porre precise barriere a garanzia dei diritti di libertà, particolarmente avvertita dopo l'esperienza dei regimi totalitari che in diversi Paesi europei avevano posto in essere ampie e ripetute violazioni della stessa. La tutela dell'individuo in relazione ai dati personali che lo riguardano viene così originariamente affermata soprattutto con riferimento alla protezione della sua sfera privata, tramite l'imposizione di limiti all'ingerenza nella stessa da parte sia di poteri privati che di poteri pubblici.

Successivamente, però, da un lato, lo sviluppo economico e la sempre maggiore ampiezza dei mercati e delle relazioni tra gli operatori che operano su di essi, dall'altro, l'aumento dell'attività di prestazione degli Stati e la loro conseguente necessità di conoscere i dati personali per soddisfare i propri obblighi positivi verso i cittadini hanno fatto aumentare in modo considerevole l'esigenza di circolazione dei dati personali, riducendo in modo corrispettivo la possibilità di proteggere questi ultimi in termini di libertà negativa. Al contempo, lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha fatto crescere in modo esponenziale le potenzialità di utilizzo e trattamento dei dati e con esse le occasioni e le modalità di incidenza non solo nella sfera privata dell'individuo, ma in generale nella sua rappresentazione sociale. Ciò ha condotto a individuare accanto al tradizionale diritto alla riservatezza un più generale diritto alla protezione dei dati personali, che comprende anche la garanzia dell'autodeterminazione informativa. Un diritto, cioè, che oltre a implicare il diritto della persona di negare il consenso alla raccolta e all'uso dei propri dati da parte di altri, comporta anche il diritto della stessa di mantenere un

pieno controllo sui propri dati anche quando per le ragioni più diverse ne ha dovuto dare comunicazione all'esterno. Controllo che implica la possibilità della persona di sapere se qualcuno ha raccolto e sta trattando dati che la riguardano, di conoscere esattamente con quali modalità e per quali finalità i propri dati vengono trattati, nonché di chiedere la rettifica o la cancellazione degli stessi dal trattamento effettuato.

Fino a tempi recenti, comunque, il diritto alla protezione dei dati personali ha continuato a essere considerato principalmente con riferimento alla dimensione individuale. Le preoccupazioni maggiori hanno continuato ad essere rivolte verso la concentrazione di grandi quantità di dati che si viene a creare presso i soggetti che li raccolgono, sempre più grandi e potenti, e la conseguente possibilità di profilazione e di controllo del singolo di cui gli stessi si trovano a disporre. Gli strumenti di tutela sono stati modellati in riferimento ad esse, al fine di consentire agli interessati di sapere che il trattamento esiste, di controllare come viene effettuato ed eventualmente, almeno in alcuni casi, di chiederne l'interruzione. Si è così finora in prevalenza cercato di garantire la tutela dei dati sottponendo i titolari del trattamento a due obblighi: far sapere che il trattamento esiste e poi riconoscere agli interessati il diritto di accedere ai dati che li riguardano e, nel caso, di chiedere un intervento di modifica del loro trattamento.

Questo approccio alla tutela dei dati personali è quello attualmente prevalente nella normativa nazionale ed europea, che però si trova di fronte a due fenomeni che in parte gli sfuggono e ne richiedono quindi in prospettiva un adeguamento.

Il primo è quello del diffondersi sempre più rapido ed esteso della *big data analytics*, che consente di combinare non solo i dati inerenti alla singola persona, ma anche quelli relativi a grandi gruppi di individui, in base a caratteristiche selezionate come l'età, il genere, il reddito, la professione, la condizione sociale, l'origine etnica e via dicendo, o anche a intere comunità. Oltre che come diritto individuale la tutela dei dati personali richiede così di essere considerata anche come interesse collettivo, da garantire non solo proteggendo il singolo individuo dai rischi di accesso arbitrario ai suoi dati e dalla possibilità di profilazione, ma preoccupandosi anche dei gruppi omogenei di individui e della società nel suo insieme. Si comincia così a considerare l'esigenza di contrastare i rischi che dai trattamenti di dati possono derivare in termini di controllo sociale, di nuove tecniche di sorveglianza, di discriminazione delle minoranze, di condizionamento dell'opinione pubblica e via dicendo.

Il secondo fenomeno è quello del progressivo emergere di una dimensione "patrimoniale" dei dati personali. Sempre più spesso, infatti, la loro cessione ad altri non si configura più soltanto come il presupposto per impostare rapporti di scambio commerciale, ma diventa direttamente l'oggetto di questo scambio, quale corrispettivo che l'utente corrisponde a chi gli fornisce un servizio, soprattutto di natura digitale. Al diritto alla protezione dei dati personali si comincia così a guardare anche secondo una prospettiva diversa, non più solo in termini di diritto fondamentale, ma anche in termini di diritto relativo, inserito in un rapporto di scambio economico, e dunque anche con riferimento agli schemi propri della tutela del consumatore.

È in questo scenario che si collocano le questioni trattate dai diversi contributi raccolti nella presente sezione monografica. Viene preso in esame il ruolo della pubblica amministrazione nel trattamento dei dati personali. Un ruolo che si presenta secondo una duplice connotazione. Da un lato, infatti, l'amministrazione compare come titolare del trattamento dei dati che sono necessari per lo svolgimento delle funzioni che sono ad essa attribuite doverosamente dall'ordinamento per la cura concreta di interessi pubblici. Dall'altro essa assume una dimensione ulteriore, quale soggetto a cui spettano competenze di regolazione, di vigilanza e di controllo dei trattamenti dei dati personali, da chiunque effettuati, finalizzata a garantire la corretta applicazione della normativa in materia. Le due parti della sezione monografica sono dedicate appunto a considerare in modo distinto questi due diversi ruoli, soffermandosi in particolare, per quanto riguarda il secondo, sulla regolazione del mercato.

Per quanto riguarda il ruolo dell'amministrazione come titolare del trattamento, è da osservare come oggi essa sia chiamata a raccogliere, a gestire e a comunicare una quantità di dati molto maggiore che in passato, al trattamento dei quali deve dedicare un'attenzione che un tempo era sconosciuta. Nell'effettuare questo trattamento, le pubbliche amministrazioni devono operare interventi adeguati in materia di protezione dei dati, nei quali va tenuto conto da un lato della natura, dell'ambito di applicazione, del

contesto e delle finalità del trattamento e, dall'altro, del diverso grado di probabilità e di gravità dei rischi che questo può avere per i diritti e le libertà delle persone fisiche. A tal fine esse devono mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento sia effettuato in modo conforme alla disciplina dettata dal GDPR. Ciò richiede interventi molto rilevanti sulla definizione dell'assetto dell'organizzazione amministrativa e anche sulla "proceduralizzazione" di molte attività. Al tempo stesso, però esse devono assicurare lo svolgimento delle funzioni rispetto a cui il trattamento dei dati è strumentale, nell'ambito del quale sono chiamate a raggiungere in modo efficiente ed efficace i risultati di cura degli interessi che a loro sono affidati.

Ciò richiede un adeguato contemperamento tra questa esigenza e quella di tutela dei dati personali, che non deve mai essere presa in considerazione come fine a sé stessa, stando attenti a che gli adempimenti in materia di trattamento dei dati non diventino un ostacolo allo svolgimento della specifica missione affidata all'amministrazione e alla concreta attuazione del principio costituzionale di buon andamento. Non va mai dimenticato, infatti, che l'attività amministrativa è già di per sé sottoposta al principio di legalità, il che consente di individuare con maggiore facilità la base giuridica per il trattamento dei dati personali (v. in tal senso l'art. 2-ter, c. 1-bis, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), del quale comunque deve sempre essere tenuto presente il nesso di strumentalità esistente con il perseguimento delle finalità di interesse pubblico affidate all'amministrazione.

Ma il trattamento dei dati personali nell'ambito delle funzioni svolte dall'amministrazione pone le relative operazioni anche in riferimento ad altri principi dell'attività amministrativa, per l'attuazione dei quali la circolazione dei dati non deve essere impedita, ma al contrario favorita e resa più dinamica. Si tratta in particolare dei principi di trasparenza amministrativa (art. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) e di comunicazione interna ed esterna fra le amministrazioni pubbliche (art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 50, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Per l'attuazione del principio di trasparenza le amministrazioni sono tenute a comunicare i dati di cui sono in possesso a chi li richiede e, quando si tratta di dati personali, a operare un bilanciamento tra gli interessi di coloro a cui questi dati si riferiscono, la cui tutela diventa particolarmente rilevante in presenza di dati particolari come ad esempio quelli sanitari, e i contrapposti interessi di coloro che invece vogliono conoscerli e che per questo motivo richiedono l'accesso documentale o l'accesso civico. Situazione analoga viene a determinarsi anche quando si considera il modo con cui le pubbliche amministrazioni devono formare, raccogliere, conservare e rendere disponibili e accessibili i propri dati con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che secondo l'art. 50 del d.lgs. n. 82/2005 deve avvenire in modo da consentirne la fruizione e il riutilizzo da parte dei privati e delle altre pubbliche amministrazioni, per queste ultime anche attraverso l'interconnessione e la condivisione delle banche dati. Anche qui l'osservanza della disciplina normativa sulla tutela dei dati personali può introdurre dei limiti a questa possibilità di fruizione, ma certo non può essere intesa come un ostacolo all'attuazione del principio di comunicazione interna ed esterna dei dati stessi.

Risulta quindi evidente che in riferimento all'amministrazione come titolare del trattamento dei dati non si può adottare un approccio all'applicazione delle regole sulla tutela degli stessi che parta dal diniego della possibilità della loro comunicazione: quest'ultima va sempre intesa come prioritaria, anche se le esigenze di tutela dei dati personali possono richiedere adeguate cautele nella sua realizzazione.

Per quanto riguarda invece il ruolo della pubblica amministrazione come autorità di regolazione e di controllo dei trattamenti dei dati personali, da chiunque effettuati, questo pone prima di tutto un'esigenza di definizione delle competenze delle istituzioni chiamate a intervenire. Va tenuta in considerazione la natura trasversale che la raccolta, la gestione e la comunicazione dei dati hanno sulle diverse attività dei soggetti, privati e pubblici, che operano come titolari del trattamento. Questa fa sì che il potere di intervenire sulle modalità con cui i dati vengono trattati dia alle autorità di controllo la possibilità di ingerirsi su un campo di attività molto ampio, strettamente connesso al perseguimento delle finalità imprenditoriali o istituzionali proprie dei titolari. Ciò, da un lato, richiede che l'intervento delle autorità di controllo non si espanda oltre i limiti connessi alle sue competenze specifiche e tenga conto delle ripercussioni che le modalità di trattamento dei dati imposte ai titolari può avere sul perseguimento

delle loro finalità. Dall'altro, quando l'attività nel cui ambito i dati vengono trattati è già di per sé sottoposta a regolazione e controllo da parte di altre amministrazioni, richiede di evitare che la presenza del trattamento dei dati personali nel campo di rilevazione di due diversi sistemi di controllo faccia sorgere interferenze reciproche. Per questo è importante che l'ambito di competenza dell'autorità di controllo sul trattamento dei dati venga coordinato con quello delle altre amministrazioni indipendenti. Occorre che nel loro complesso queste agiscano in modo che i loro interventi risultino coordinati secondo una logica di complementarità, volta ad assicurare la leale collaborazione tra esse e a realizzare nel modo più efficace, al contempo, l'obiettivo della protezione dei dati personali e quello del corretto svolgimento delle attività sottoposte a regolazione pubblica. Questo vale in particolare quando il trattamento dei dati viene a svolgersi nel mercato, nell'ambito di scambi commerciali in cui il trasferimento dei dati non rileva solo in modo accessorio rispetto a transazioni che riguardano altre tipologie di beni e servizi, ma costituisce l'oggetto dello scambio commerciale. In quest'ambito, in relazione all'esigenza di dare protezione ai dati personali sorgono numerosi problemi, legati ad esempio al consenso al trattamento o alle attività di intermediazione dei dati, che risultano particolarmente rilevanti nei mercati digitali. A questi aspetti, in particolare, pongono attenzione gli scritti raccolti nella seconda parte di questa sezione monografica.