

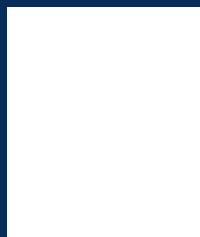
DATI PERSONALI

PROTEZIONE, LIBERA CIRCOLAZIONE
E *GOVERNANCE*

1. Principi

a cura di
Fabio Bravo


Pacini
Giuridica



DATI PERSONALI

PROTEZIONE, LIBERA CIRCOLAZIONE
E *GOVERNANCE*

1. Principi

a cura di
Fabio Bravo



© Copyright sull'Opera 2023 Prof. Avv. Fabio Bravo

Tutti i diritti riservati al Curatore Fabio Bravo, salvo quanto di seguito specificato. All'Editore è stato concesso il diritto esclusivo e senza limiti territoriali (con divieto di cessione a terzi) di pubblicazione a stampa e distribuzione dell'Opera. Gli ulteriori diritti restano in capo al Curatore in via esclusiva. L'Editore e il Curatore, ciascuno per quanto di propria spettanza, rilasciano la presente opera anche in formato digitale (PDF editoriale) ad accesso aperto in licenza Creative Commons CC BY ND 4.0, disponibile per il download gratuito sul sito cris.unibo.it, con il seguente identificativo persistente 11585/948658 | <https://hdl.handle.net/11585/948658>.



ISBN 978-88-3379-672-7

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini

Capitolo XI

Il principio di proporzionalità

Carlo Basunti

SOMMARIO: 1. Inquadramento normativo. – 1.1. La proporzionalità nell’alveo dei principi inerenti al trattamento dei dati personali: nota introduttiva per un inquadramento sistematico. – 1.2. La limitazione secondo proporzionalità dei diritti fondamentali: tra la funzione sociale insita nel *considerando* n. 4 del GDPR e l’apertura dell’art. 1, par. 3, del GDPR. – 2. Portata del principio. – 2.1. Il principio di proporzionalità: radici antiche e nuove prospettive di applicazione. – 2.2. Il test di proporzionalità: il (più) corretto bilanciamento tra interessi concorrenti. – 2.3. Il trattamento dei dati personali alla luce del principio di proporzionalità. – 3. Applicazione del principio nella casistica. – 3.1. Il principio di proporzionalità nei provvedimenti del Garante e orientamenti applicativi. – 3.1.1. Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento al tempo di conservazione dei dati. – 3.1.2. Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alle modalità di trattamento. – 3.1.3. Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alla condizione di liceità del «legittimo interesse» e, segnatamente, con riferimento alla valutazione del bilanciamento proporzionale degli interessi. – 3.1.4. Applicazione del principio di proporzionalità per la valutazione delle deroghe all’esercizio dei diritti dell’interessato e, in particolare, dei casi di esonero dall’obbligo, per il titolare del trattamento, di rendere l’informativa all’interessato. – 3.2. Il principio di proporzionalità in materia di trattamento di dati personali in ambiti specifici. – 3.2.1. Il principio di proporzionalità quale limite al (e garanzia per il) controllo dei lavoratori. – 3.2.2. L’applicazione del principio di proporzionalità nel settore pubblico in seguito alla sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale: dal bilanciamento tra riservatezza e trasparenza, al diritto all’oblio quale “questione di proporzionalità”.

1. INQUADRAMENTO NORMATIVO

1.1. La proporzionalità nell’alveo dei principi inerenti al trattamento dei dati personali: nota introduttiva per un inquadramento sistematico

La tutela dei dati personali, quale diritto della personalità, sancito a livello europeo a partire dall’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dall’art. 16 del TFUE, è circondata e assicurata da diversi principi che vengono previsti all’interno del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)¹. In

¹ Reg. 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 dir. 95/46/CE. In commento a tale Regolamento, senza pretese di esaustività, si vedano, R. D’ORAZIO-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO-G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021; N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019; G. FINOCCHIARO (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; V. CUFFARO-R.

questo ambito, spicca sicuramente il principio di proporzionalità che viene esplicitato all'interno di varie disposizioni del GDPR, permeandolo nella sua interezza.

È infatti quanto mai vero che il trattamento dei dati personali richiede un attento bilanciamento, spesso tutt'altro che facile ed immediato, tra interessi confliggenti, tutti meritevoli di tutela, dal quale può emergere la prevalenza e la priorità attribuita ad uno dei suddetti interessi senza tuttavia creare un eccessivo detrimento per quello soccombente. Nel perseguire lo sviluppo dell'economia digitale nell'ambito del mercato interno, è di fondamentale importanza la creazione di un clima di fiducia, anche attraverso una sempre più ampia libertà nella circolazione dei dati personali². Sono tuttavia necessari principi e garanzie stringenti, volti ad evitare lesioni dei diritti fondamentali della persona. In questo senso, il canone di proporzionalità ha una portata trasversale e una centrale importanza in tutti i settori del diritto e non solo: se ne parla infatti in termini di modello globale³.

L'art. 5 del Regolamento apre il Capo II del testo normativo enumerando i principi applicabili al trattamento dei dati personali e richiamando precisamente i principi di liceità, correttezza, trasparenza [lett. a)]; limitazione delle finalità [lett. b)]; minimizzazione [lett. c)]; esattezza [lett. d)]; limitazione della conservazione [lett. e)]; integrità e riservatezza [lett. f)]; responsabilizzazione o, secondo il più comune e più corretto termine inglese, *accountability*, che, posta al paragrafo 2 della norma, rappresenta una delle novità più rilevanti del Regolamento.

Come si può notare, il principio di proporzionalità non compare nell'elenco di cui all'art. 5 GDPR, ma ciò non perché il Regolamento abbia previsto, seguendo la linea tracciata dalla direttiva c.d. madre (dir. 95/64/CE) di non esplicitare detto principio, ma in quanto dello stesso se ne riscontra il riferimento in molte disposizioni del GDPR. Mentre nella direttiva, infatti, il principio di proporzionalità non trovava spazio, almeno a livello esplicito, nel Regolamento – accanto alla pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali – diventa la chiave di lettura dell'intera normativa, il criterio (esplicito) posto a tutela dei soggetti del trattamento, tracciando i confini entro i quali essi sono tenuti ad operare. Il principio di proporzionalità può essere quindi considerato un cardine della tutela dei dati personali, ove deroghe e limitazioni alla loro protezione devono operare esclusivamente nei limiti dello stretto

D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione, tecnologia e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; G. BUSIA-L. LIGUORI-O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali Bilanci e prospettive*, Roma, 2016; L. BOLOGNINI-E. PELINO-C. BISTOLFI (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, I (Dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo) e II (Il regolamento europeo 2016/679)*, Torino, 2016.

² Cfr. il considerando n. 7 GDPR.

³ Così K. MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford, 2012; v. anche Id., *From constitutional to human rights: on the moral structure of international human rights*, in *Global constitutionalism*, 2014, 3, p. 377 in cui l'A. afferma: «the proportionality principle which dominates that stage has become the by far most important doctrinal principle of constitutional rights law around the world»; ed anche G. HUSCROFT-B.W. MILLER-G. WEBBER, *Introduction*, in EAD. (a cura di), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge, 2014, pp. 1 ss.

necessario, con riguardo ai diritti in gioco. In altri termini, il principio di proporzionalità può fungere da guida per ogni operazione di bilanciamento tra diritti antagonisti e tra questi, quello alla protezione dei dati personali. In tal modo, non si può avere una compressione ingiustificata della tutela dei dati: ciò sarebbe infatti in contrasto con il suddetto principio.

La proporzionalità, all'interno del GDPR, viene richiamata innanzitutto nel *considerando* n. 4 nel quale diventa criterio per bilanciare il diritto alla protezione dei propri dati personali (che, come ricorda la norma, non è una prerogativa assoluta) con gli altri diritti fondamentali che possono venire in considerazione⁴. Nel Regolamento sono inoltre presenti altri richiami che si incentrano sullo sforzo richiesto ad un soggetto del trattamento e sulla difficoltà di attuazione di una determinata misura. La proporzionalità diventa quindi il metro attraverso il quale valutare l'azione da compiersi: e così, ad esempio, l'art. 24 valuta secondo proporzionalità i compiti del titolare del trattamento; l'art. 14, par. 5, lett. b) prevede, quale deroga all'obbligo del titolare di fornire all'interessato l'informativa riguardante il trattamento effettuato, qualora i dati non siano stati raccolti presso quest'ultimo, il caso in cui la comunicazione delle informazioni risultasse impossibile o implicasse uno sforzo sproporzionato; e, similmente, l'art. 34 sancisce che, laddove lo sforzo sia sproporzionato, il titolare non è tenuto a comunicare il *data breach* all'interessato⁵. La proporzionalità viene poi valutata in sede di DPIA ai sensi dell'art. 35, par. 7, lett. b)⁶, e richiesta come criterio per la valutazione delle sanzioni *ex art.* 83, par. 9. Si aggiunga che l'applicazione del legittimo interesse *ex art.* 6, par. 1, lett. f), GDPR sottende un bilanciamento da effettuarsi secondo proporzionalità: tale bilanciamento, nel d.lgs. 196/2003 veniva effettuato dall'autorità Garante ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. g), mentre ora viene rimesso al titolare del trattamento in applicazione del citato principio di *accountability*.

Di particolare rilievo pare essere il *considerando* n. 170 che, nel richiamare le finalità del Regolamento, afferma che il principio di proporzionalità è utile per vagliare la necessità delle azioni intraprese per il raggiungimento di dette finalità. È proprio quest'ultima disposizione che, a parere di chi scrive, racchiude la più ampia espressione del principio in esame applicato alla tematica della tutela dei dati personali: il *considerando* n. 170 potrebbe, infatti, essere astrattamente applicabile a tutte le altre disposizioni contenute all'interno del Regolamento. Se la proporzionalità è il criterio principe per la valutazione del perseguimento della finalità generale del GDPR di garantire un livello equivalente di tutela delle persone fisiche e la libera circolazione dei dati personali nell'Unione europea, allora ogni singola norma del *corpus* normativo nella sua interezza (che sarà sicuramente indirizzata di per sé, a mo' di tassello del mosaico, al raggiungimento di tali finalità) potrà, *rectius*, dovrà, essere valutata alla luce del fondamentale principio di proporzionalità. Il *conside-*

⁴ Sul punto vedi *infra* par. 1.2.

⁵ A ben vedere, la norma prosegue richiedendo però al titolare di procedere ad una comunicazione pubblica o ad una misura simile per informare comunque gli interessati.

⁶ Tra gli elementi che devono essere contenuti nella valutazione di impatto *ex art.* 35, par. 7 GDPR si riscontra, alla lett. b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità.

rando n. 170, richiamando nella sua formulazione “quanto è necessario”, pare poter creare una sovrapposizione tra il principio di proporzionalità e quello di necessità. In realtà, tali principi, seppur strettamente connessi, devono essere tra loro distinti, non formando una semplice endiadi di sinonimi. Riservando riflessioni più dettagliate sul punto alle pagine che seguiranno, ci si limita, in via di prima approssimazione, a sottolineare come detti principi richiedano in realtà due valutazioni distinte delle quali l’una è prodromica all’altra: la valutazione circa la necessità di una misura è antecedente rispetto a quella relativa alla proporzionalità, dal momento che la prima richiama la ricerca della misura, tra le varie idonee, che rechi il minor detrimento per l’interesse concorrente e la seconda, invece, riguarda la valutazione del fatto che il sacrificio imposto ai diritti fondamentali della persona, a causa di una misura volta ad un obiettivo di pubblico interesse, sia ragionevolmente equilibrato⁷.

È stato quindi il GDPR, come si è accennato, ad esplicitare il principio di proporzionalità che non era sancito dalla direttiva 95/64/CE (ad eccezione di un paio di semplici richiami ad uno “sforzo sproporzionato”)⁸. Giova ricordare che nel nostro Paese, la Commissione per i diritti e doveri relativi a Internet ha approvato, nel 2015, la Dichiarazione dei diritti in Internet, *ivi* l’art. 5, co. 4, prevede: «i dati devono essere trattati rispettando i principi di necessità, finalità, pertinenza, proporzionalità (...)», anche se poi si aggiunge che «(...) in ogni caso, prevale il diritto di ogni persona all’autodeterminazione informativa»; ancora, secondo l’art. 6, co. 2, «la raccolta e la conservazione dei dati devono essere limitate al tempo necessario, rispettando in ogni caso i principi di finalità e di proporzionalità e il diritto all’autodeterminazione della persona interessata»⁹.

In epoca ancor antecedente, la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, n. 108 del 1981 – primo atto legislativo disciplinante il trattamento dei dati personali che ha dato impulso alla legislazione della materia a livello comunitario – richiamava, al capitolo II, diversi principi fondamentali per la protezione dei dati personali come quelli di liceità, esattezza, limitazione della conservazione, ma non quello di proporzionalità che viene invece oggi previsto, alla luce delle variazioni, apportate alla Convenzione

⁷ Nella vastissima letteratura sui test di necessità e di proporzionalità (preceduti in realtà da quello di idoneità), ci si limita qui a richiamare M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta presso il Palazzo della Consulta nell’ambito della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in Roma il 24-26 ottobre 2013, in particolare p. 5 in cui l’A., richiamando le quattro fasi del giudizio di proporzionalità, analizza la verifica della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

⁸ Cfr. art. 11, par. 2 e art. 12, lett. c) della direttiva 95/46/CE; come è noto l’attuazione della direttiva nell’ordinamento italiano è avvenuta con la l. 31 dicembre 1996, n. 675 che è stata successivamente sostituita dalla l. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice *privacy*: in nessuno di questi due corpi normativi il legislatore interno ha inteso discostarsi dal dettato europeo introducendo richiami al principio in esame che veniva però ricavato dal Garante dall’art. 11, par. 1, lett. d) del Codice *privacy*, in questo senso vedi GPDP, Prov. 29 aprile 2004, doc. *web* n. 1003482 in merito all’installazione di un impianto di videosorveglianza; sullo stesso tema e con le medesime soluzioni, vedi GPDP, Prov. 8 aprile 2010, doc. *web* n. 1712680.

⁹ Cfr. A. MASERA-G. SCORZA (a cura di), *Internet, i nostri diritti*, Prefazione di S. RODOTÀ, Roma, 2016.

attraverso il Protocollo di modifica del 18 maggio 2018 (anche noto come Convezione 108+)¹⁰, indirizzate ad avvicinare il regime della Convezione con quello del Regolamento. Precisamente, l'art. 7 del Protocollo che modifica l'art. 5 della Convezione, prevede che il trattamento dei dati personali sia proporzionato ai fini perseguiti oltre a richiedere un giusto bilanciamento tra gli interessi considerati e i diritti fondamentali che sono in gioco.

È quindi proprio grazie al Regolamento se gli studiosi sono stati indotti a ripensare alla tutela dei dati personali alla luce delle più moderne logiche di mercato, fondate (soprattutto) sulla globalizzazione degli scambi e sull'evoluzione tecnologica. Si nota come il legislatore europeo abbia inteso porre la proporzionalità come strumento necessario che l'interprete è tenuto ad utilizzare per il difficile bilanciamento che viene sempre richiesto e dal quale non si può mai prescindere quando ci si occupa del trattamento dei dati personali, data l'impostazione duale¹¹ del Regolamento, costituita da «due anime»¹²: da un lato, la piena tutela dell'interessato e del suo diritto alla *privacy* e, dall'altro, la libera circolazione dei dati sul mercato ed il contestuale soddisfacimento degli interessi di stampo economico, relativi all'attività di trattamento.

1.2. La limitazione secondo proporzionalità dei diritti fondamentali: tra la funzione sociale insita nel *considerando* n. 4 del GDPR e l'apertura dell'art. 1, par. 3, del GDPR

Il *considerando* n. 4 del Regolamento, dopo aver premesso che il diritto alla protezione dei dati personali non può essere considerato come prerogativa assoluta del singolo, afferma che esso vada temperato, come si è detto, secondo il principio di proporzionalità, con gli altri diritti fondamentali, aggiungendo che ciò va «considerato alla luce della sua funzione sociale»¹³.

È dato ormai acquisito l'inserimento del diritto alla tutela dei dati personali nel catalogo (aperto) dei diritti della personalità¹⁴ il cui elenco presente nel codice

¹⁰ Ratificata dall'Italia il 5 marzo 2019.

¹¹ In questo senso F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, p. 11 e *passim*.

¹² L'espressione è di N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in EAD. (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, p. 36.

¹³ La versione italiana della norma parla appunto di "funzione sociale", quella inglese invece afferma che il diritto alla protezione dei dati personali deve essere considerato in relazione alla sua "*function in society*". Anche nella prima frase del *considerando* n. 4 si rinviene una traduzione non precisa rispetto alla versione inglese: se in quella italiana si legge che «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo», quella inglese recita «*the processing of personal data should be designed to serve mankind*». Sul punto, pare che la versione inglese in cui si parla di "umanità" e non, più semplicemente di "uomo", sia più efficace nel delineare il fatto che il trattamento dei dati personali si deve esplicare in un'ottica sia economica, sia sociale.

¹⁴ Sul tema v. D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1982, pp. 355 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; V. ZENO ZENOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 430 ss.; G. GIACOBBE, *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in ID., A. GIUFFRIDA, *I diritti della personalità*, Torino, 2000, pp. 23 ss.; sulla preesistenza dei diritti della personalità rispetto

civile risulta attualmente limitato rispetto alle esigenze che emergono nella realtà sociale. Pare allora peculiare la negazione dell'assolutezza della tutela dei propri dati personali che pare essere prospettata dal *considerando* n. 4 del GDPR e che è tuttavia caratteristica fondamentale dei diritti della personalità, canone pratico per sottolineare l'intangibilità della sfera individuale. Tale assolutezza merita però alcune precisazioni ulteriori per evitare di incorrere in veloci e fallaci interpretazioni. A ben vedere, infatti, ai sensi della disposizione, la pretesa di tutela dei propri dati è sì esercitabile *erga omnes*, ma può comunque essere soggetta ad alcune limitazioni. Trattasi, quindi, di un diritto assoluto: l'interessato lo può far evidentemente valere nei confronti di chiunque; ma considerando il suo contenuto che pare potersi qualificare elastico, lo stesso può essere oggetto di previsioni che ne limitano il suo esercizio¹⁵. Ovviamente, simili restrizioni, pur non rendendo relativo il diritto, devono essere oculatamente bilanciate con gli altri diritti fondamentali da un lato e con gli interessi della società dall'altro, seguendo la strada tracciata dal principio di proporzionalità.

Il riferimento a esigenze di carattere superindividuale si rinviene sia nella citata Convenzione 108/1981, e precisamente all'art. 9, par. 2, che ammette restrizioni alla tutela dei dati personali «per la protezione della sicurezza dello Stato, per la sicurezza pubblica, per gli interessi monetari dello Stato o per la repressione dei reati» nonché per la protezione della persona interessata e i diritti e libertà di altri¹⁶, sia al par. 2 dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dove si prevede la possibile ingerenza della autorità pubblica sul diritto al rispetto della vita privata e familiare qualora essa sia «prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Circa il significato e la portata dei diritti presenti nella Convenzione EDU, si richiama la Carta di Nizza (art. 52, par. 3) che ammette limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà *ivi* riconosciuti (e quindi anche con

al loro riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico si rinvia a F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2014, p. 171, che afferma come essi siano «trovati» dal diritto oggettivo.

¹⁵ Sono di sicuro interesse le considerazioni svolte sul tema da A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2017, 2, p. 600, in cui l'A. sostiene: «il diritto alla protezione dei dati personali è assoluto, nella misura in cui è riconosciuto a chiunque, garantito solo nell'interesse della persona cui si riferisce e vantabile nei confronti di tutti; è relativo, nella misura in cui possono presentarsi vincoli esterni, tali da restringere o limitare l'esercizio delle pretese» e precisa che «la relatività va riferita al contenuto del diritto alla protezione dei dati personali, all'insieme delle facoltà e delle pretese esercitabili dal titolare, non al diritto in quanto tale. Il contenuto del diritto è relativo in quanto i poteri del titolare possono subire delle limitazioni, conseguenti alla necessaria operazione di bilanciamento tra interessi individuali e valori collettivi».

¹⁶ Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 11, par. 1 della Convenzione 108+, si ammettono eccezioni alla previsioni del Protocollo stesso qualora siano previste per legge, rispettose dei diritti e delle libertà fondamentali e costituiscano una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per: «a) *the protection of national security, defense, public safety, important economic and financial interests of the State, the impartiality and independence of the judiciary or the prevention, investigation and prosecution of criminal offences and the execution of criminal penalties, and other essential objectives of general public interest*; b) *the protection of the data subject or the rights and fundamental freedoms of others, notably freedom of expression*».

riferimento al diritto alla *privacy* ex art. 7 e alla protezione dei dati personali ex art. 8) qualora siano previste per legge e rispettose del contenuto essenziale di tali diritti e libertà che si vanno a limitare. È ancora il principio di proporzionalità ad essere l'architrate per valutare la necessità e la rispondenza delle limitazioni alle finalità di interesse generale che, riconosciute dall'Unione, vadano a tutelare diritti o libertà altrui (art. 52, par. 1)¹⁷.

La funzione sociale, riferita al diritto alla protezione dei dati personali, rende opportuno il richiamo al diritto di proprietà cui la nostra Carta costituzionale riconosce la medesima funzione oltre a «renderla accessibile a tutti» (art. 42)¹⁸. La funzione sociale riferita alla proprietà – i cui precedenti più noti risalgono alla Costituzione di Weimar e che appare capace di operare soprattutto quando sui beni economici di proprietà di un soggetto si instauri un rapporto che implica la collaborazione altrui – richiede l'adempimento del dovere di solidarietà. La solidarietà è infatti un dovere inderogabile – come previsto dall'art. 2 Cost.¹⁹: norma d'impronta personalistica, generale e aperta ai valori emergenti nella società – posto alla base della costruzione dello stato sociale che ben si adatta alle esigenze in continuo mutamento. La solidarietà è un principio fondante l'ordinamento giuridico che funge altresì da collante, indirizzando l'azione di ogni soggetto sia pubblico sia privato anche in un'ottica di equilibrio tra interessi contrapposti²⁰.

¹⁷ In commento all'art. 52 della Carta di Nizza vedi T. GROPPI, *Commento all'art. 52 Portata dei diritti garantiti*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 351 ss., in particolare pp. 352-353, in cui l'A. sottolinea come «l'art. 52, par. 1, pone una clausola limitativa generale, applicabile a tutti i diritti e le libertà garantiti nella Carta, non ci sono, quindi, diritti il cui esercizio non possa essere sottoposto a limiti, ma le limitazioni debbono avvenire entro il quadro di principi delineato da tale disposizione (...). Riguardo alle tecniche di limitazione dei diritti, la Carta non ha seguito la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e molte costituzioni nazionali (tra le quali anche quella italiana), che prevedono limiti specifici per i singoli diritti, ma ha optato per una clausola limitativa generale».

¹⁸ In commento all'art. 42 Cost., vedi S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, pp. 69 ss.; F. MACARIO, *Art. 42*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, pp. 864 ss.; sulla funzione sociale del diritto di proprietà la letteratura civilistica è sconfinata, v. per tutti F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, cit., pp. 377 ss.

¹⁹ Sull'art. 2 Cost. vedi per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.

²⁰ Nella vastissima letteratura che si è occupata del principio di solidarietà, si fa rinvio a G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022; P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006; F.D. BUSNELL, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, pp. 413 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; M. TAMPRIERI, *La riscoperta del principio di solidarietà*, in *Jus civile*, 2020, 3, pp. 612 ss.; B. BERTARINI, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia. Un nuovo ruolo dell'impresa per uno sviluppo economico inclusivo e sostenibile*, Torino, 2020. Sul principio di solidarietà in materia di protezione dei dati personali si veda inoltre, segnatamente, F. BRAVO, *Il principio di solidarietà*, nel presente volume al Cap. XIV, nonché ID., *Il principio di solidarietà in materia di protezione dei dati personali nelle decisioni del Garante e della Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2023, 2, pp. 405; ID., *Il principio di solidarietà tra data protection e data governance*, in *Dir. inf.*, 2023, 3, p. 481 ss.

La funzionalizzazione sociale della proprietà è servita per superare quella che era l'identificazione totale tra ottimo economico e interesse dei singoli – concetto caratterizzante l'intero titolo relativo ai rapporti economici –, operando così una netta cesura tra il vecchio e il nuovo modo di intendere la proprietà. A ben vedere, laddove un diritto (quale, ad esempio, la protezione dei dati personali) sia qualificato come inviolabile, gli interventi restrittivi del diritto stesso devono essere considerati assolutamente eccezionali e non applicabili per analogia; differente è invece la conclusione se riferiamo al diritto (anche)²¹ una funzione sociale; infatti, la tutela offerta all'interessato (o al proprietario) è, in quest'ultima ipotesi, fortemente depotenziata e aumentano i casi in cui può essere considerato legittimo un intervento restrittivo del diritto, non essendo più presenti nemmeno le strettoie che la disciplina generale dell'interpretazione della legge richiede per le norme di natura eccezionale. Le maglie entro cui sono circoscritte le limitazioni ai diritti fondamentali, per quanto non del tutto inestricabili, sono comunque ben salde, e proprio sul punto interviene il principio di proporzionalità come faro da seguire per bilanciare nella maniera più corretta le opposte esigenze del caso concreto.

I diritti fondamentali, visti nel loro insieme, si inseriscono in un tessuto normativo e sociale complesso all'interno del quale altri diritti o altri interessi possono (legittimamente) limitarne la portata²². La funzione sociale si ravvisa dunque nella possibilità per il contenuto del diritto di subire una compressione al fine di tutelare interessi di cui si afferma la priorità (assoluta o nel caso di specie), senza che ciò comporti però una sua ablazione *tout court*²³. Più precisamente, le limitazioni non paiono essere apportate al diritto in sé, quanto alla sua operatività in determinate circostanze qualificate: la sostanza, e quindi anche la possibile estensibilità del diritto (e non l'estensione nel caso concreto), rimane invariata.

Il privato, pertanto, non rileva unicamente come *singulus*, ma come membro di una *societas* per l'interesse della quale accetta (o comunque subisce) determinate limitazioni ai suoi diritti. La funzionalizzazione del diritto privato avviene principalmente al fine di tutelare determinate categorie di soggetti il cui bisogno di protezione

²¹ In seno all'assemblea costituente fu proposto dall'On. Corbino un emendamento (poi respinto) indirizzato ad aggiungere la parola "anche" legata alla funzione sociale della proprietà, con l'intento di rendere tale funzione un elemento solo eventuale e non caratterizzando in maniera profonda e innovativa l'intera disciplina.

²² Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 9, in cui l'A. afferma che «nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa e argomentativa che consente il necessario ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti».

²³ Si rinvia a E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, pp. 673-674, in cui l'A. richiama anche il pensiero di Radbruch che parla di "*konventionelle Luge*", ossia di menzogna convenzionale rispetto a modelli di ispirazione socialista; sono poi interessanti le considerazioni che l'A. svolge a p. 680 avendo riguardo al pluralismo che caratterizza l'istituto della proprietà: «non solo vi sono alcune proprietà inviolabili, come quella all'abitazione, ma vi sono anche proprietà – come quelle dei beni collettivi e dei beni comuni – che, pur richiedendo ancora un'adeguata ricostruzione sul terreno privatistico, lasciano intravedere un volto radicalmente nuovo della funzione sociale».

assurge ad interesse diffuso di cui si fa carico lo Stato, intervenendo sulla situazione del singolo titolare del diritto²⁴. Quindi, anche con riguardo al trattamento dei dati personali, qualora esso incida su diritti fondamentali altrui o sia strumentale a bisogni generali, le pretese del singolo possono essere proporzionalmente comprese.

Le osservazioni incentrate sul *considerando* n. 4 del Regolamento trovano viepiù conferma nel terzo comma dell'art. 1 del Regolamento stesso: norma alla quale detto *considerando* è strettamente legato al fine di non limitare né, tantomeno, vietare la libera circolazione di tali dati.

Richiamando l'indirizzo, che da sempre ha contraddistinto la politica europea, diretto alla realizzazione di un mercato unico efficiente con riguardo alla libera circolazione di merci (parte terza, titolo II, TFUE), persone, servizi e capitali (parte terza, titolo IV, TFUE) ed ora anche di dati, si precisa come i lavori di Lisbona superino il *focus* di attenzione esclusiva sui diritti fondamentali, non annichilendo in tal guisa gli obiettivi iniziali. L'art. 1 par. 3 del GDPR non vuole fissare un rapporto gerarchico tra i due diritti *ivi* contemplati: ciò vorrebbe dire sottrarsi al vaglio di proporzionalità previsto dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, fonte di rango sovraordinato rispetto al Regolamento. La norma del Regolamento da ultimo richiamata intende solo sottolineare quale tra i due diritti abbia portata limitante nei confronti dell'altro²⁵. Tale disposizione è occasione per il legislatore europeo per confermare l'importanza che i dati personali, e più precisamente la loro libera circolazione, hanno ai fini dell'efficienza del mercato dell'Unione. Si è voluta ribadire la forte dinamicità che caratterizza i dati personali in rapporto al mercato e agli scambi che comunque devono essere circondati da garanzie stringenti al fine di offrire una piena

²⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, p. 370; v. pure M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974.

²⁵ Sul tema vedi F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impr.*, 2018, 1, pp. 205-206, p. 209, e p. 315, in cui l'A. riscontra nell'art. 1, par. 3, GDPR una norma avente il fine di «orientare l'operazione di bilanciamento, nel senso di trarre indicazioni da essa per una valutazione su quale debba essere considerato il diritto o la libertà fondamentale "recessivo" o "limitante" e quale quello "prevalente", in difetto di ulteriori indicazioni emergenti da altre disposizioni di dettaglio. La costruzione della norma *de qua* (art. 1, par. 3, del reg. cit.), là dove impedisce al diritto alla protezione dei dati personali di avere un effetto limitante nei confronti della libertà di circolazione dei dati, conduce ad attribuire a quest'ultima – e non al primo – il ruolo di diritto "limitante" o "recessivo". Ne consegue che l'interprete, nell'operare il bilanciamento, sarà tenuto ad individuare quali siano le condizioni limitanti il diritto alla protezione dei dati personali (assunto come diritto "prevalente") e quale sia l'estensione di tali limiti, sotto il profilo quantitativo (al fine di rendere "proporzionale" la predetta limitazione, che deve operare entro i confini di idoneità, necessità e stretta proporzionalità, rispetto al diritto o alla libertà "limitante"); vedi pure ID., *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., p. 210 ss., in cui l'A. rileva anche come la norma in questione sia piuttosto generica e non circoscriva la fattispecie, non permettendo quindi "ex se" di operare il bilanciamento con la libera circolazione dei dati, secondo i criteri di idoneità, necessità e stretta proporzionalità, per via della mancanza delle c.d. "leggi di collisione", ovvero delle «regole che consentono di valutare quando siano soddisfatti i criteri specifici contenuti all'interno dell'art. 52, par. 1, per condurre il contenimento proporzionale di fronte alla fattispecie concreta, che invece ci si aspetta siano contenute nel più complesso articolato normativo racchiuso nell'intero regolamento».

tutela dei diritti dell'interessato: pare dunque che il principio di proporzionalità sia uno strumento euristico fondamentale per operare questo genere di valutazioni.

Posto quindi che l'interesse del singolo a far valere il diritto alla protezione dei dati personali può essere limitato, si deve aver riguardo al modo in cui ciò può avvenire e quindi alle metodiche che devono essere assunte a tal fine. È proprio la proporzionalità la chiave di volta che aiuta l'interprete nell'incessante sforzo diretto alla ricerca del giusto punto di equilibrio fra l'interesse individuale e quello superindividuale; il mezzo per un corretto bilanciamento tra le pretese dell'interessato, degli altri soggetti del trattamento e della comunità tutta; il principio utile per evitare che sotto il velo del bene comune si possa celare una qualche forma di abuso.

2. PORTATA DEL PRINCIPIO

2.1. Il principio di proporzionalità: radici antiche e nuove prospettive di applicazione

Il principio di proporzionalità viene storicamente collegato alle due immagini metaforiche fornite, la prima dalla dottrina tedesca e la seconda dalla giurisprudenza anglosassone, e rispettivamente: «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni»²⁶; non si deve «utilizzare un martello pneumatico per rompere una noce quando basterebbe uno schiaccianoci»²⁷. Mentre Aristotele, nell'Etica Nicomachea²⁸, aveva già riscontrato un collegamento tra l'idea di proporzione e quella di giustizia, tale principio, è stato probabilmente coniato da Cicerone per tradurre il termine greco, all'epoca oscuro, *ἀναλογία*²⁹.

²⁶ F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354, secondo cui «*die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*»; metafora utilizzata anche da W. JELLINEK, *Gesetz. Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, rist. Aalen, 1964, pp. 289 ss.

²⁷ *House of Lords*, 20 gennaio 1983, *R. v Goldstein*, in *Weekly Law reports*, p. 155, in cui Lord W.J.K. Diplock afferma: «*the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do*». Lord Diplock nel definire metaforicamente il principio di proporzionalità sottolinea come esso derivi dal diritto tedesco.

²⁸ In particolare, ci si riferisce al libro V dell'Etica Nicomachea di Aristotele.

²⁹ Nella traduzione del Timeo di Platone si comprende che il termine non era ancora utilizzato nella lingua latina dal momento che Cicerone, rivendicandone con orgoglio il conio, afferma: «*id optime adsequitur, quod Graece ἀναλογία, Latine (audiendum est enim, quondam haec primum a nobis novantur) comparatio proportiove dici potest*» (Cic., *Tim.*, 13).

Il principio in esame, consolidatosi in area germanica³⁰, è stato caratterizzato da una «irresistibile ascesa»³¹ nel diritto europeo, importante collettore delle esperienze degli ordinamenti interni, ed in quello dei vari Stati membri, soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Le metafore richiamate pongono l'attenzione sul rapporto tra mezzi e fini, base del principio che, in via di prima approssimazione, potremmo definire come il criterio per stabilire il (più) corretto rapporto tra lo scopo che si intende perseguire ed il mezzo da impiegare per raggiungere detto scopo. In realtà, ciò non è sufficiente poiché i mezzi utilizzati non possono essere vagliati unicamente in rapporto al fine perseguito, ma anche (e soprattutto) avendo riguardo agli altri diritti fondamentali la cui tutela può senza dubbio limitare e finanche escludere l'utilizzo di determinati mezzi. Solo laddove il beneficio raggiunto realizzando lo scopo prefigurato sia meritevole di maggior tutela rispetto alla limitazione di un diritto, si potrà affermare che la scelta adottata sia proporzionata³². Il mezzo prescelto deve certamente essere idoneo per il fine, ma deve inoltre consistere nel giusto *mètron* di potere utilizzato, avuto riguardo al sacrificio che si impone al soggetto e agli altri diritti fondamentali concorrenti.

Il principio di proporzionalità che permea i vari settori del diritto, è atto a presiedere l'esercizio della discrezionalità laddove taluni poteri possano incidere negativamente nella sfera giuridica di un soggetto: il rapporto che ne emerge è infatti quello tra il potere pubblico e l'interesse del singolo individuo. Gli interventi dei pubblici poteri devono dunque essere limitati a quanto strettamente necessario per

³⁰ Precedentemente alla metafora di Fleiner, il principio di proporzionalità viene utilizzato in qualità di termine tecnico-giuridico in G.H. VON BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, Hannover, 1802, p. 67; se ne ebbe poi un recepimento nella giurisprudenza nel 1882 per mezzo della sentenza *Kreuzberg* del tribunale amministrativo superiore prussiano, sentenza 14 giugno 1882, in *Entscheidungen des preußisches Oberverwaltungsgerichts*, 9, pp. 353 ss. In tale pronuncia, il principio di proporzionalità diviene un freno all'illimitata discrezionalità dell'autorità di polizia. Per una ricostruzione delle radici del principio di proporzionalità v. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 6, pp. 908 ss., e in particolare, p. 909, in cui l'A. afferma che nella sentenza *Kreuzberg* si «è chiaramente sottolineato come non appaia accettabile l'idea di una discrezionalità priva di limitazioni da parte dell'autorità di Polizia (...): poiché per il perseguimento del bene comune (...) non può operarsi un sacrificio totale dell'individuo e della sua posizione giuridica (...). Ad essa fanno seguito, di lì a poco, due pronunzie successive del Tribunale amministrativo superiore prussiano: a partire dalle quali il ragionamento sulla proporzionalità diviene giurisprudenza costante»; nel caso *Kreuzberg*, la Corte aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare in quanto privo di licenza per la vendita e distribuzione di alcol, senza che fosse stata ponderata, in concreto, la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minor incisività, vedi sul punto A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitation*, Cambridge, 2012, pp. 178 ss.; in argomento cfr. anche M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità: un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015.

³¹ Così P. MARTENS, *L'irresistibile ascension du principe de proportionnalité*, in AA.VV. (a cura di), *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, I, Bruxelles, 1992, pp. 49 ss.

³² A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitation*, Cambridge, 2012, p. 132.

raggiungere l'obiettivo perseguito e devono recare il minor detrimento possibile ai diritti individuali.

È proprio dall'esperienza tedesca del *Bundesverfassungsgericht* che la Corte di giustizia UE ha mutuato il principio di proporzionalità in ambito europeo per poi diffonderlo negli altri ordinamenti interni degli Stati comunitari. A livello normativo, è stato inserito a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, collegato al canone di necessità (art. 3 B, Titolo II), per essere poi disciplinato nel TUE (art. 5) e nella Carta di Nizza (art. 52, par. 1)³³. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di proporzionalità gioca da sempre un ruolo fondamentale per la realizzazione delle politiche socio-economiche, assumendo una funzione trasversale: strumento di controllo dell'azione delle istituzioni dell'Unione nonché della validità degli atti comunitari da un lato e, dall'altro, mezzo per valutare la liceità della condotta degli Stati membri in ottemperanza a misure europee e nell'ambito delle deroghe previste in loro favore sulla base dei Trattati³⁴.

Il principio di proporzionalità, dai confini senz'altro labili, il cui rispetto, in una logica preventiva, richiama anche il principio di precauzione³⁵, è, a maggior ragione nel contesto attuale, un fondamentale criterio di riferimento, un presupposto strutturale dell'ordinamento e dei più recenti approdi dell'evoluzione giuridica. In questa ottica, possiamo notare come tale principio interessi molteplici settori della scienza giuridica e tra questi, sicuramente, l'ambito del trattamento dei dati personali nel quale assurge a principio fondamentale.

Nell'articolata cornice dei principi del trattamento dei dati personali, quello di proporzionalità, quale canone ermeneutico per valutare l'operato del titolare, diviene uno strumento di *private enforcement*, capace di presidiare i plurimi diritti che si fronteggiano nelle operazioni di trattamento, componendo i contrasti che inevitabilmente sorgono in tali fattispecie, con l'obiettivo di garantire un modello di sviluppo sostenibile del mercato dei dati.

³³ Vedi *supra*, par. 1.2.

³⁴ Già in Corte di giustizia UE, 24 settembre 1984, n. 181, *Man Sugar*, in *Racc.*, 1985, pp. 2889 ss.; sul tema v. *ex multis* M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, pp. 157 ss., e pp. 168-169.

³⁵ In questa sede ci si limita, nella vasta letteratura sul tema, a richiamare E. AL MUREDEN, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008; ID., *Danno da cellulare e doveri di informazione: tra precauzione e autoresponsabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, 3, pp. 73 ss.; C. IPPOLITI MARTINI, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2022; ID., *Gestione del servizio idrico e responsabilità civile della P.A. tra precauzione, prevenzione e risarcimento*, in *Contratto e impr.*, 2016, 3, pp. 663 ss.; M.E. ARBOUR, *A proposito della nebulosa. Principio di precauzione-responsabilità civile*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, vol. I, pp. 513 ss.; G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

2.2. Il test di proporzionalità: il (più) corretto bilanciamento tra interessi concorrenti

Il principio di proporzionalità trova applicazione nel diritto vivente attraverso un test, nato nell'esperienza tedesca³⁶, strutturato in tre fasi a concatenazione progressiva che guidano i giudici nella verifica del rispetto del suddetto principio. Soprattutto quando sono in ballo i diritti fondamentali della persona, alle Corti è richiesto di assicurare un corretto bilanciamento, *rectius*, il più corretto bilanciamento tra l'impatto sui diritti che vengono compressi e lo scopo che i pubblici poteri intendono perseguire. Tale controllo trifasico, utilizzato appunto in Germania per valutare l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto di una misura, non ha tuttavia trovato diffusione in tutti i Paesi: in Italia, ad esempio, non se ne è fatto ampio utilizzo ad opera della Corte costituzionale dove il principio di proporzionalità è perlopiù richiamato insieme a quello di ragionevolezza³⁷.

I tre gradini di giudizio tendono solitamente ad essere tratteggiati con taglio netto e schematico più che altro per ragioni espositive, ma nella realtà tali passaggi sono sfumati e fluidi, pur rappresentando, sul piano concettuale, tappe logiche l'una susseguente all'altra, concatenate in un sistema di interdipendenze ed interferenze³⁸. La mancanza, infatti, del requisito richiesto dal primo *step* (ossia, l'idoneità) renderà inutile l'analisi dei successivi due gradini in merito alla scelta intrapresa.

Il test di idoneità è volto a verificare che la misura che si intende adottare (che va a limitare uno o più diritti fondamentali) sia effettivamente posta in essere per i fini superindividuali perseguiti per la tutela di altri diritti fondamentali (destinati a prevalere nel caso concreto). La valutazione ha quindi ad oggetto la coerenza del mezzo impiegato, la sua idoneità, appunto, a produrre effetti apprezzabili rispetto al risultato che si è prefigurato. È quindi un'analisi atta a comprendere quale strumento sia effettivamente quello più utile, operando così una prima selezione³⁹. Raramente tale prima fase esaurisce il giudizio complessivo di proporzionalità, rappresentando, il più delle volte, un mero presupposto per le fasi successive: affinché un atto sia considerato inidoneo, occorrerebbe infatti che il mezzo utilizzato fosse del tutto inappropriato fin dal piano della sua causalità materiale o perfino dannoso⁴⁰. Si sottolinea come, solitamente, la verifica di idoneità della misura debba aver riguardo al fine che viene espressamente dichiarato dall'autorità pubblica, senza dover approfondire

³⁶ Ne dà contezza, offrendone un'ampia analisi basata sulle pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, N. EMLIOU, *The Principle of proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londra, 1996, pp. 26 ss. Le tre fasi nelle quali, in area tedesca, il principio di proporzionalità si declina sono: "Geeignetheit", "Erforderlichkeit" e "Verhältnismässigkeit im engeren Sinne".

³⁷ V. per tutti Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220, in *Giur. cost.*, 1195, pp. 1642 ss., secondo cui il principio di proporzionalità «rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (ex art. 3 Cost.)».

³⁸ Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, pp. 226 ss.

³⁹ Cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, in particolare p. 368.

⁴⁰ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 250.

quelli che potrebbero essere altri fini, non manifesti, ma realmente ispiratori della misura. Ora, posta la grande improbabilità con la quale la pubblica autorità dichiarerebbe un fine palesemente illegittimo, se il giudizio di idoneità si limitasse realmente a ciò, finirebbe per perdere di concretezza⁴¹. Qualora, comunque, un mezzo idoneo fosse indebitamente oppressivo, si dovrà passare al successivo livello di analisi.

Il test di necessità, che presuppone la precedente valutazione di idoneità, è invece il richiamo alla regola del c.d. mezzo più mite o, secondo la terminologia inglese, il *least restrictive means*. Si tratta di un limite quantitativo all'azione che si intende porre in essere: si ha in questa sede riguardo alla ricerca del mezzo, tra i vari utilizzabili e capaci di raggiungere lo scopo, che arreca un minor detrimento per gli altri diritti o interessi che, seppur soccombenti nel caso concreto, necessitano di una tutela. La ricerca del mezzo più mite può risultare piuttosto complessa in quanto richiede un'indagine di natura prettamente tecnica con apprezzamenti di natura economico relazionale e riflessioni che possono porre in secondo piano l'argomentazione giuridica⁴². Di più, la "necessità" si combina con lo *step* precedente dell'idoneità: esso rileva sia nella scelta sull'*an* dell'esercizio di un potere sia, in caso di risposta positiva, sullo strumento da utilizzare. Si mirerà quindi a seguire la strada che, compatibile con il fine del pubblico interesse, comporterà i minori sacrifici possibili per gli interessi confliggenti⁴³. Laddove però vi sia, nel caso di specie, un solo mezzo adottabile, tale mezzo sarà sicuramente anche necessario, dal momento che non può essere sostituito con un mezzo più mite: si ha così, in una simile circostanza, una sovrapposizione di fatto tra idoneità e necessità⁴⁴. Riprendendo le due metafore utilizzate da Fleiner e Lord Diplock⁴⁵, si nota come in detti casi, le scelte di sparare ai passeri con un cannone o di rompere una noce con un martello pneumatico, siano senz'altro idonee allo scopo, ma non rispettino sicuramente il canone della necessità. Del resto, se da un lato un mezzo necessario è sicuramente idoneo, non per forza è vero anche il contrario: un mezzo idoneo non è infatti sempre anche necessario.

Quando i vari mezzi, tutti aventi il medesimo livello di idoneità, abbiano anche la stessa portata lesiva, si potrà agilmente e indifferentemente scegliere tra loro, data la parità di *pros* e *cons*. Quando invece tali mezzi, tutti aventi lo stesso livello di incidenza negativa, abbiano un differente livello di idoneità, la scelta ricadrà su

⁴¹ Una simile considerazione è offerta da G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 135, nt. 101, dove afferma «particolare curioso: talvolta si dice, come riportato nel testo, che la verifica deve riguardare il fine *dichiarato* della misura impugnata, senza indulgere in speculazioni su eventuali fini reconditi; ebbene, poiché difficilmente l'autorità politica *dichiarerà* di perseguire un fine illegittimo, allora il controllo su quest'ultimo requisito non potrà che essere pleonastico, al limite della farsa».

⁴² Questi rilievi vengono esposti da G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 259.

⁴³ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pp. 372-373.

⁴⁴ J. BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, in *Rev. Administración Públ.*, 1994, 135, p. 506 in cui l'A. afferma: «*el principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad, que es su presupuesto lógico, es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible*».

⁴⁵ Vedi *supra*, par. 2.1.

quello con il più alto coefficiente di idoneità, data la pari efficacia negativa. Casi di problematicità più elevata sono quelli in cui i mezzi selezionati hanno differenti livelli di idoneità e, al contempo, variabili potenzialità di danno: se è infatti vero che si dovrebbe scegliere quel mezzo che risulti più consono per la realizzazione dello scopo perseguito e meno gravoso, non sempre una simile scelta è possibile o agevole. Qualora il mezzo più idoneo non sia infatti anche quello che arrechi il minor detrimento per gli interessi contrapposti, l'indagine della necessità dovrà cedere il passo al successivo *step* della proporzionalità in senso stretto⁴⁶.

Pare potersi affermare che la mitezza del mezzo impiegato non debba solamente aver riguardo agli effetti negativi che subisce il soggetto, ma anche ai costi che vengono impiegati per porre in essere detto mezzo. È quindi necessario, per rispettare il criterio in esame, ricercare il mezzo meno dispendioso, in un'ottica di costi e benefici, nel rispetto del principio di economicità.

L'ultima fase, quella più difficile e di più rara applicazione, è quella della proporzionalità in senso stretto, o come talvolta si preferisce, della adeguatezza, volta all'indagine degli effetti dell'azione: i benefici verranno in questa sede soppesati con i costi richiesti per ottenerli⁴⁷. In questa sede, si opera quindi una valutazione comparativa tra l'incisività dell'intervento pubblico e il detrimento patito dal singolo. Precisamente, si avrà riguardo al rapporto tra frustrazione del diritto e ragioni per le quali tale frustrazione viene operata, ricordando però che non si può incidere sul contenuto essenziale del diritto⁴⁸. Tale terzo gradino del giudizio di proporzionalità richiede che i vantaggi ottenuti ponendo in essere la misura, siano superiori rispetto agli effetti negativi sofferti dal singolo, pretendendo che l'importanza relativa dei mezzi e dei fini, sia equamente bilanciata. Quanto più si riterrà di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse superindividuale che si persegue con l'azione sottoposta al vaglio di proporzionalità⁴⁹. Verrà quindi analizzato il peso che gli obiettivi cui si mira hanno nel caso concreto; se, in altre parole, valga la pena perseguire detti obiettivi o se, piuttosto, il sacrificio che si impone al concorrente interesse non sia eccessivo⁵⁰, intollerabile⁵¹, smisurato, e,

⁴⁶ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 266.

⁴⁷ Vedi M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 5, in cui si afferma: «è in questa dimensione esperienziale che il giudice – rispondendo all'immagine che lo rappresenta nell'iconografia di ogni tempo, con la bilancia in mano – può bilanciare i diritti e gli interessi in gioco, ricerca la soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori».

⁴⁸ Cfr. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, p. 298.

⁴⁹ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 39.

⁵⁰ G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., p. 137.

⁵¹ Il Cons. Stato, 17 aprile 2007, n. 1736 parla, in riferimento alla valutazione di adeguatezza, di «tollerabilità della restrizione che (la misura) comporta per il privato», in *Foro it.*, 2007, 11, cc. 550 ss.; v. anche G. MARTINICO-M. SIMONCINI, *An italian perspective on the Principle of Proportionality*, in S. VOGENAUER-S. WEATHERILL (a cura di), *General Principles of Law*, Portland, 2017, p. 223, in cui, nell'analisi del principio di proporzionalità in senso stretto, si richiede che «*the measure may not impose an intolerable burden on the individuals that it affects*».

come tale, sproporzionato. Sarà perciò recessivo quell'interesse pubblico il cui raggiungimento determina compressioni intollerabili per i diritti dei destinatari.

Si nota come i tre gradini di analisi hanno il comune obiettivo di arrivare alla scelta ottimale per il caso concreto, ma mentre i primi due hanno riguardo alle effettive possibilità, ad alternative nella realtà di fatto, la proporzionalità in senso stretto è un giudizio effettuato tra alternative giuridiche⁵².

La proporzionalità, che fonda il bilanciamento tra fine perseguito e detrimento provocato per raggiungerlo, garantisce che non si vada ad annullare il contenuto essenziale del diritto del singolo che nel caso concreto cede il passo ad interessi e diritti considerati come prevalenti. Anche laddove si richiedesse la compressione di situazioni giuridiche soggettive per fini che travalicano l'interesse individuale, è sempre necessaria un'attenta valutazione, diretta ad un intervento proporzionato che non vada ad incidere negativamente sul contenuto essenziale dei diritti.

2.3. Il trattamento dei dati personali alla luce del principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità, si è detto, è un principio generale, immanente al diritto europeo e, con particolare riguardo all'ambito dei diritti fondamentali della persona, e tra questi al diritto alla tutela dei dati personali, è la chiave per ottenerne la giusta limitazione laddove questa appaia necessaria. La sua applicazione in questo settore è di indubbia utilità, data la conflittualità che si origina a causa della natura stessa del "bene" che circola: *asset* negoziale strategico da un lato, ma, dall'altro, espressione della personalità dell'individuo e quindi non sfruttabile come una qualsiasi merce⁵³.

Il principio di proporzionalità viene sovente richiamato in coppia dialettica con l'affine, ma differente, principio di necessità. Quest'ultimo, che riveste particolare importanza nell'alveo delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali⁵⁴, precede il giudizio in merito alla proporzionalità e sembra rappresentare la

⁵² In questo senso R. ALEXY, *Theorie der grundrechte*, Baden Baden, 1994, p. 101, secondo cui «*der verhältnismässigkeit im engeren Sinne folgt daraus, dass Prinzipien Optimierungsgebote relativ auf die rechtlichen möglichkeiten sind. Die grundsätze der Erfordlichkeit und der Geeignetheitfolgen demgegenüber aus dem Character der Prinzipien als Optimierungsgebote relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten*».

⁵³ Sul principio di proporzionalità in materia di protezione dei dati personali si veda F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 160 ss. e, spec., pp. 188 ss.; nonché ID., *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, cit., pp. 190 ss.; A. CARAVITA DI TORRITO, *La proporzionalità multilivello nel mercato "presidiato" dei dati personali*, in *Media Laws*, 2021, 3, pp. 157 ss.

⁵⁴ Sulle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali v. per tutti l'ampia analisi di F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., p. 110 ss.; con particolare riferimento al consenso, cfr. P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 6, pp. 1054 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; sia poi consentito il rinvio a C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello*

prima cesura a possibili restrizioni del diritto, richiedendo appunto che esse siano limitate a quanto strettamente necessario. Pare quindi potersi affermare che, qualora la misura che si intende porre in essere non superi con esito positivo il sindacato di necessità, ad esso non dovrà far seguito quello di proporzionalità.

L'*European Data Protection Supervisor* (EDPS) ha redatto una breve ed agile guida operativa su come affrontare il test di proporzionalità e quello di necessità nel loro reciproco rapporto⁵⁵. Tale guida consta di otto *steps* consecutivi: i primi quattro dedicati all'*assessment* della necessità, gli altri quattro a quello inerente alla proporzionalità. Seguendo tale percorso, si dovrebbe operare una descrizione fattuale della misura da adottare; identificare quei diritti che, eventualmente, potrebbero subire limitazioni ad opera del trattamento dei dati che si intende porre in essere (in particolare il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali), ricordando però che il nucleo essenziale di tali diritti non potrà, comunque, essere compresso né, tantomeno, annullato; in seguito, definire i fini che si intendono perseguire con la misura e, tra tali fini, sia la tutela di altri diritti fondamentali in gioco sia altri fini di interesse generale, avendo riguardo alla funzione sociale che, ai sensi del *considerando* n. 4 GDPR, viene riconosciuta alla tutela dei dati personali⁵⁶; la scelta ricadrà quindi su quell'opzione che sia al contempo dotata di una maggior efficacia (rispetto al fine) e di una minor intrusività (rispetto ai diritti che vengono limitati).

Avendo poi propriamente riguardo al *proportionality assessment*, si attuerà una valutazione dell'importanza del fine perseguito e dell'idoneità della misura da adottare per perseguirlo: una adeguata analisi degli scopi è infatti fondamentale anche per la *compliance* con l'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza; si dovrà in seguito valutare la portata e l'intensità dell'interferenza, operata dalla misura che si intende adottare, sui diritti dei soggetti coinvolti; si porrà in essere una valutazione circa la *fair balance* della misura e, infine, laddove la misura non risulti proporzionata nel caso di specie, si dovranno introdurre dei *safeguards*, riportando la valutazione entro i canoni della proporzionalità.

Risultano di particolare interesse le linee guida, redatte dall'EDPS sia in riferimento alla necessità sia alla proporzionalità: il primo documento, risalente all'11 aprile 2017⁵⁷ e il secondo, che interessa maggiormente in questa sede, emanato il 19 dicembre 2019⁵⁸. L'EDPS sottolinea come i principi di necessità e proporzionalità siano due requisiti essenziali – strettamente collegati, ma comunque distinti⁵⁹ – da

specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, in *Contratto e impr.*, 2020, 2, pp. 860 ss.

⁵⁵ EDPS, *Quick guide to necessity and proportionality*, del 28 gennaio 2020.

⁵⁶ Sul punto v. *supra*, par. 1.2., nonché F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., pp. 188 ss.

⁵⁷ EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: a Toolkit*, dell'11 aprile 2017.

⁵⁸ EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, del 19 dicembre 2019. Tale documento fornisce (pp. 12 ss.) anche una ampia spiegazione della guida in 8 *steps* di cui si è innanzi parlato richiamando anche importanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁵⁹ EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, cit., p. 5 dove si legge «it is essential to highlight

valutare qualora una misura incida su diritti fondamentali, comprimendoli. Le condizioni alle quali tali diritti possono essere limitati vanno pertanto indagate a fondo, proprio perché sono in grado di determinare l'estensione con la quale essi possono essere goduti.

L'emersione del requisito della proporzionalità, uno degli sviluppi più sorprendenti degli ultimi dieci anni in tema di *data privacy law*⁶⁰, richiede un attento esercizio di bilanciamento, soppesando la portata (negativa) dell'interferenza sui singoli soggetti con l'importanza (presuntivamente positiva) del fine ultimo. Per comprendere però l'effettivo impatto che detta interferenza può avere, e quindi per poterne proficuamente analizzare il peso, si dovranno tenere in considerazione vari fattori, e tra questi, sicuramente: il numero di soggetti che subiscono la compressione dei loro diritti; l'estensione temporale della limitazione; la natura dell'attività sottoposta alla limitazione (se ad esempio si tratta di attività che impongono un obbligo di riservatezza o se il processo prevede l'uso di decisioni automatizzate con un significativo margine di errore); se gli interessati sono persone vulnerabili; ancora, se i diritti fondamentali che vengono limitati nel caso concreto, oltre a quello alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, sono anche altri, inestricabilmente collegati ai primi⁶¹.

Lo scrutinio di proporzionalità risulta quindi essere tutt'altro che semplice, anche e soprattutto quando il caso concreto ha a che vedere con il diritto alla protezione dei dati personali. Il bilanciamento che viene richiesto va al di là di quella che è la ricerca dell'ottimo paretiano, non è neppure sufficiente un semplicistico discorso sul rapporto costi-benefici. I "costi" che un intervento può comportare per un diritto fondamentale vanno infatti analizzati utilizzando anche il metodo *Law and Economics*⁶², tenendo ben presente che non potrà essere considerata ammissibile una misura che incida sul nucleo essenziale del diritto in questione. Il bilanciamento circa l'azione in favore dell'interesse superindividuale, trova quindi un limite nel *quantum* sopportabile, imposto al singolo, a prescindere dall'importanza dell'azione stessa per la società. Il *favor* per l'azione rivolta all'interesse collettivo trova pertanto un limite, non prefissato e da individuare caso per caso, nel "costo" che ogni soggetto può essere ragionevolmente tenuto a sopportare.

Ma c'è di più.

Il trattamento dei dati personali deve necessariamente essere governato da un'idea di giustizia che si espliciti non solo, e non tanto, in astratto, ma anche, e

that necessity and proportionality, even though strictly linked to each other (both conditions must be fulfilled by the legislation), entail two different tests».

⁶⁰ In questo senso si esprime L.A. BYGRAVE, *Data Privacy Law. An International Perspective*, Oxford, 2014, p. 147, riportato in EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, cit., p. 11.

⁶¹ EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, cit., pp. 22-27.

⁶² Sul tema si rinvia alle autorevoli considerazioni di G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, F. FIMMANÒ-V. OCCORSIO (a cura di), trad. ad opera di D. MALTESE, Presentazione di E. AL MUREDEN, Milano, 2018; si rinvia altresì a E. AL MUREDEN, *Il futuro del Law and Economics nel pensiero di Guido Calabresi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 779 ss., e a G. ALPA, *Il futuro di "Law & Economics": le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e impr.*, 2016, 3, pp. 597 ss.

soprattutto nel concreto del suo procedimento applicativo. L'esigenza di giustizia, nella costante tensione dialettica tra *Nomos* e *Dike*, è, infatti, connaturata anche alle operazioni di trattamento⁶³.

Il principio di proporzionalità, nella sua evoluzione, da schema giuridico per la valutazione degli atti amministrativi con valenza sanzionatoria a criterio generale di risoluzione dei conflitti tra diritti, pare poter svolgere un ruolo pregnante nel dare risposta alle nuove questioni che il rapido mutamento sociale pone (e porrà) al diritto. Tale principio è, pertanto, funzionale alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra diritti e principi concorrenti – tra i quali non esiste un ordine gerarchico aprioristicamente stabilito –, la cui composizione può ben mutare nel corso del tempo, proprio come è accaduto nell'ambito della protezione e circolazione dei dati personali. Come si è precedentemente accennato, infatti, se nella vigenza della direttiva 95/46/CE ed in seguito all'emanazione del Codice *privacy*, le istanze personalistiche assumevano una rilevanza preminente, con l'avvento del GDPR, le suddette istanze vengono poste, già all'art. 1 della normativa, sullo stesso piano della libera circolazione dei dati e, dunque, della possibilità di un loro sfruttamento sul mercato.

Un ruolo essenziale in tale cambio di paradigma – nell'ottica di un nuovo bilanciamento, indirizzato al rafforzamento del “diritto” al trattamento⁶⁴ –, è giocato dalla perdita di centralità del consenso⁶⁵ tra le basi giuridiche del trattamento che viene oggi equiparato alle altre condizioni di liceità ad esso equipollenti, privando così l'interessato, in talune circostanze, della valutazione discrezionale in merito alla legittimità del trattamento⁶⁶.

La mutata prospettiva, che caratterizza il fenomeno circolatorio dei dati personali, è espressione della profonda incidenza che l'evoluzione tecnologica ha avuto in questo settore, inducendo il legislatore ad un ripensamento degli equilibri fondanti la disciplina in esame. Del resto, «immaginare che il bilanciamento sia operato una volta per tutte dal legislatore, così definitivamente risolvendo ogni indice valutativo, significherebbe negare l'essenza stessa del diritto come esperienza sociale»⁶⁷.

In questo scenario, il giusto bilanciamento non può che essere ricercato caso per caso ed il mezzo teleologicamente indirizzato a tale fine è senza dubbio il principio di proporzionalità, capace, da un lato, di mostrare di volta in volta quale diritto debba prevalere e, dall'altro, di arginare derive che conducano ad un annichilimento del diritto soccombente: è, dunque, funzionale a calare la giustizia nel caso di specie.

Anche nell'ambito dei dati personali, il principio di proporzionalità si mostra, quindi, vero protagonista: presupposto indefettibile (prima), strumento fondamentale (durante) e metro di giudizio (dopo) per gli operatori del diritto.

⁶³ Le lucide argomentazioni di N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, spec. pp. 59 ss. sembra possano essere proficuamente calate anche nel contesto del trattamento dei dati personali.

⁶⁴ In questo senso, cfr. F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit.

⁶⁵ Sul punto sia consentito rinviare a C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit.

⁶⁶ Lo osserva, in modo condivisibile, N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, cit., pp. 36-37 e nt. 4.

⁶⁷ Così N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., p. 60.

3. APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO NELLA CASISTICA

3.1. Il principio di proporzionalità nei provvedimenti del Garante e orientamenti applicativi

3.1.1. *Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento al tempo di conservazione dei dati*

Il Garante per la protezione dei dati personali ha mostrato di fare ampio ricorso al principio di proporzionalità, nei propri provvedimenti, applicandolo in diverse direzioni.

Una di esse riguarda la valutazione relativa alla congruità del tempo di conservazione dei dati e, in generale, del tempo relativo al trattamento dei dati in riferimento alle finalità perseguite: il Garante mostra di applicare il principio di proporzionalità per adattare i criteri ordinari al caso di specie, apportando deroghe in ragione delle modalità specifiche con cui la fattispecie concreta si presenta, estendendo i tempi di conservazione dei dati trattati per raggiungere le finalità legittime di trattamento.

Con riguardo al tema della fidelizzazione dei clienti, l'autorità Garante aveva preso in esame, con un provvedimento generale⁶⁸, i tempi di conservazione dei dati acquisiti, in applicazione del principio di proporzionalità. In tale occasione, partendo dal presupposto secondo il quale i dati personali dei quali non appare necessaria la conservazione devono essere cancellati o comunque trasformati in forma anonima, il Garante aveva previsto la possibilità di conservare i dati relativi al dettaglio degli acquisti effettuati dal cliente (individuabile), per finalità di profilazione o *marketing*, per un periodo che non eccedesse, rispettivamente dodici e ventiquattro mesi a partire dalla loro registrazione. Si lasciava poi la possibilità di adire l'Autorità per ottenere un *prior check* ai sensi dell'ora abrogato art. 17 Codice *privacy*⁶⁹, in merito alla sussistenza di motivazioni tali da permettere una conservazione dei dati più estesa nel tempo. Numerosi sono stati i provvedimenti⁷⁰ del Garante emessi in seguito alla presentazione di tale istanza di verifica preliminare da parte del titolare del trattamento: il vaglio ha avuto ad oggetto la proporzionalità dell'arco temporale previsto per la conservazione dei dati dei clienti per le sopra citate finalità di profilazione o *marketing* diretto.

Al fine di valutare se il limite temporale di dodici o ventiquattro mesi potesse ridurre in modo significativo l'utilità dell'attività posta in essere dal titolare del

⁶⁸ GPDP, Provv. 24 febbraio 2005, doc. *web* n. 1109624.

⁶⁹ L'art. 17 Codice *privacy* è stato abrogato dal citato d.lgs. 101/2018 che ha quindi limitato sensibilmente la possibilità di consultazione preventiva dell'autorità Garante, ora prevista unicamente ex art. 36 GDPR con riguardo alla valutazione di impatto.

⁷⁰ *Ex multis* v. GPDP, Provv. 22 maggio 2018, doc. *web* nn. 9019902; 9018611; 9019890; 9022048; 9022056; 9019882; 9018628; 9020270; 9020258; 9020250; 9020242; 9018611; vedi, inoltre, GPDP, Provv. 5 luglio 2017, doc. *web* n. 6844421; GPDP, Provv. 18 maggio 2016, doc. *web* n. 5260385; GPDP, Provv. 2 dicembre 2015, doc. *web* n. 4642844.

trattamento, si è presa in considerazione la collocazione del prodotto venduto dal titolare, e precisamente se tale merce si potesse collocare in una fascia medio-alta o meno. Solamente laddove il prodotto sia considerato di livello medio-alto, il Garante ha previsto la possibilità di estendere i tempi di conservazione dei dati personali della clientela proprio perché simili categorie merceologiche presentano una frequenza media di acquisto piuttosto bassa, tale da vanificare le finalità perseguite dal titolare qualora le operazioni di trattamento non si potessero protrarre per un tempo più lungo. Il rispetto dei tempi di conservazione dei dati dei clienti, di dodici o ventiquattro mesi avrebbe reso, invero, di fatto impossibile o, comunque, priva di efficacia qualsiasi attività di profilazione della clientela con riguardo agli acquisti compiuti. Si è pertanto deciso di estendere a sette anni, decorrenti dalla loro registrazione, il tempo massimo di conservazione dei dati personali dei clienti di quelle società-titolari del trattamento che vendono prodotti di fascia medio-alta e obbligare al rispetto dei termini di dodici o ventiquattro mesi gli istanti non in possesso di detto requisito. Va da sé che, allo scadere del tempo previsto, i dati raccolti debbano essere cancellati o trasformati in forma anonima in modo permanente e non reversibile.

Similmente, il Garante per la protezione dei dati personali si è espresso con riferimento al tempo di conservazione dei dati raccolti per mezzo della videosorveglianza. La conservazione delle immagini acquisite deve essere commisurata al tempo necessario in rapporto alle finalità perseguite, nel rispetto del principio di proporzionalità e comunque senza che si eccedano i sette giorni⁷¹. Scopi specifici e determinati sui quali si basa la videosorveglianza, proprio come nel caso della profilazione dei clienti, possono però rappresentare la ragione per (la richiesta al Garante di) una dilazione del periodo di conservazione dei dati di una settimana, stabilito, come si è detto, quale limite massimo. Un'estensione temporale della facoltà di conservare i dati può essere infatti sottoposta ad una verifica preliminare del Garante, ma deve essere ipotizzata dal titolare del trattamento come eccezionale, pur sempre in conformità al principio di proporzionalità. Il titolare dovrà fornire adeguata motivazione in merito alle esigenze di sicurezza perseguite, in aderenza ad eventi concreti e realmente incombenti, che rendono pertanto necessario un più ampio lasso temporale di conservazione dei dati⁷². Tale sistema, del quale si sottolinea l'eccezionalità

⁷¹ GPDP, Provv. 8 aprile 2010, doc. *web* n. 1712680 che, nel riportare i tempi di conservazione, afferma: «la conservazione deve essere limitata a poche ore o, al massimo, alle ventiquattro ore successive alla rilevazione, fatte salve speciali esigenze di ulteriore conservazione in relazione a festività o chiusura di uffici o esercizi, nonché nel caso in cui si deve aderire ad una specifica richiesta investigativa dell'autorità giudiziaria o di polizia giudiziaria. Solo in alcuni casi, per peculiari esigenze tecniche (mezzi di trasporto) o per la particolare rischiosità dell'attività svolta dal titolare del trattamento (ad esempio, per alcuni luoghi come le banche può risultare giustificata l'esigenza di identificare gli autori di un sopralluogo nei giorni precedenti una rapina), può ritenersi ammesso un tempo più ampio di conservazione dei dati che, sulla scorta anche del tempo massimo legislativamente posto per altri trattamenti, si ritiene non debba comunque superare la settimana».

⁷² GPDP, Provv. 8 aprile 2010, doc. *web* n. 1712680, cit. che aggiunge: «il sistema impiegato deve essere programmato in modo da operare al momento prefissato l'integrale cancellazione automatica delle informazioni allo scadere del termine previsto da ogni supporto (...), con modalità tali da rendere non riutilizzabili i dati cancellati. In presenza di impianti basati su tecnologia non digitale o comunque non dotati di capacità di elaborazione tali da consentire la realizzazione di meccanismi

rispetto alla regola, trova pertanto il suo fondamento nel principio di proporzionalità e, precisamente, nel nesso che deve sussistere tra mezzi impiegati e fini perseguiti.

Il richiamato rapporto mezzo-fine viene preso in considerazione dal Garante anche in materia di geolocalizzazione di veicoli aziendali, laddove non ha ritenuto conforme al principio di proporzionalità il trattamento effettuato da una società, da un lato con riguardo al tempo (eccessivo) di conservazione dei dati (365 giorni), dall'altro, come si dirà, con riferimento alle modalità, certo non necessarie, di acquisizione dei dati stessi⁷³.

automatici di *expiring* dei dati registrati, la cancellazione delle immagini dovrà comunque essere effettuata nel più breve tempo possibile per l'esecuzione materiale delle operazioni dalla fine del periodo di conservazione fissato dal titolare»; v. anche, GPDP, Prov. 18 ottobre 2012, doc. *web* n. 2138277 che ha ammesso la conservazione dei dati per un periodo (massimo) di trenta giorni data la «specifica esigenza di sicurezza, in relazione ad una concreta situazione di rischio riguardante un evento realmente incombente» che, nel caso di specie, riguardava la prevenzione e la repressione di azioni atte a sottrarre opere d'arte conservate nel museo archeologico di Ascoli Piceno; in senso conforme GPDP, Prov. 17 novembre 2011, doc. *web* n. 1877929 che ha esteso ad un periodo di venti giorni la possibilità di conservare i dati acquisiti, data la necessità da un lato di garantire la certezza del denaro riscosso, versato presso la cassaforte e giunto alla società incaricata delle operazioni di rendicontazione, dall'altro di tutelare l'interesse dei lavoratori che solo in tal modo possono avere garanzia della corrispondenza tra il versamento effettuato e l'importo rendicontato; e GPDP, Prov. 18 gennaio 2018, doc. *web* n. 7968051 che ha autorizzato la conservazione delle immagini registrate dal sistema di videosorveglianza presente a bordo delle navi da crociera per quattordici giorni, tempo ritenuto necessario per la ricostruzione di eventuali condotte illecite; come pure GPDP, Prov. 7 luglio 2011, doc. *web* n. 1836347 in merito alla videosorveglianza all'interno di un'azienda metalmeccanica al fine di prevenire atti di sabotaggio per cui si è prevista un'estensione temporale di ventiquattro mesi; e GPDP, Prov. 14 dicembre 2017, doc. *web* n. 7450667 relativa all'istanza presentata da una società fornitrice di soluzioni di installazione, manutenzione e assistenza tecnica, con riguardo ad impianti e tecnologie di produzione di energia: si è in tal caso allungato il periodo di conservazione dei dati raccolti a sei mesi dal momento che le tempistiche standard non permetterebbero alla società di accertare eventuali illeciti o ammanchi di materiale; cfr. inoltre GPDP, Prov. 18 aprile 2018, doc. *web* n. 8995078; GPDP, Prov. 8 marzo 2018, doc. *web* n. 8763222 in cui il Garante afferma che in casi in cui non sia solo presente l'esigenza di tutelare il patrimonio dell'azienda, ma anche il personale ed i dati dei clienti, e in cui vi sia un'estrema delicatezza dei servizi gestiti: «una loro eventuale manomissione potrebbe non solo arrecare grave danno al patrimonio aziendale, ma sarebbe anche in grado di mettere in pericolo la gestione e messa in sicurezza di dati, di informazioni e di contenuti fondamentali per la continuità dello svolgimento delle attività degli stessi clienti. Infatti, in alcuni casi, eventuali condotte illecite, compromettendo l'operatività dei clienti, determinerebbero un impatto dannoso anche su alcune rilevanti attività economiche italiane. Tali obiettive circostanze già permettono di ritenere che i siti in questione siano caratterizzati da specificità che giustificano l'adozione di standard di sicurezza di livello superiore alla media»; GPDP, Prov. 9 gennaio 2020, doc. *web* n. 9263597 dove si sottolinea come spetti al titolare del trattamento «individuare i tempi di conservazione delle diverse tipologie di dati personali in relazione a ciascuno degli scopi in concreto perseguiti, facendo riferimento alla finalità principale per la quale il sistema è stato adottato».

⁷³ GPDP, Prov. 28 giugno 2018, doc. *web* n. 9023246; in senso conforme v. anche GPDP, Prov. 19 luglio 2018, doc. *web* n. 9039945; si è invece considerato legittimo e rispettoso del principio di proporzionalità il trattamento sottoposto al vaglio, ad esempio, in GPDP, Prov. 16 marzo 2017, doc. *web* n. 6275314 nel quale, precisamente, si è ritenuto che la previsione di conservare i dati per un periodo di novanta giorni sia conforme ai principi di necessità e proporzionalità; in argomento, cfr. anche GPDP, Prov. 9 gennaio 2020, doc. *web* n. 9263597 in cui viene evidenziato che «l'eventuale implementazione della raccolta e conservazione dei dati di localizzazione deve essere valutato alla

3.1.2. *Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alle modalità di trattamento*

In altra direzione, il principio di proporzionalità è stato utilizzato dal Garante per valutare, sempre con riferimento al caso concreto, le modalità del trattamento dei dati personali impiegate per raggiungere le finalità legittimamente perseguite dal titolare del trattamento.

La geolocalizzazione – che, come si è visto, è stata materia utile per mostrare come il principio di proporzionalità venga utilizzato quale strumento per adattare al meglio le regole generali al caso di specie, con riferimento al tempo di conservazione dei dati – risulta essere un valido punto di riferimento per segnalare come il principio di proporzionalità venga impiegato anche con riferimento alle modalità utilizzate per effettuare il trattamento.

Il Garante ha infatti affermato⁷⁴ che determinate modalità di trattamento utilizzate dal titolare al fine di controllare i veicoli aziendali non siano proporzionate a detto scopo: segnatamente si trattava della raccolta di informazioni eccessivamente particolareggiate sull'attività dei singoli veicoli e quindi, indirettamente, sul lavoro degli autisti di tali veicoli, come ad esempio la precisa ricostruzione su mappa del tragitto percorso sia in tempo reale sia giornalmente, con l'ulteriore ricostruzione puntuale, per ciascuna tratta, non solo del percorso effettuato, ma anche delle modalità (inclusendo quindi anche le pause), utilizzando un intervallo di rilevazione molto ravvicinato (120 secondi). Lo scopo perseguito dall'impresa potrebbe infatti essere raggiunto con l'impiego del *least restrictive means* e quindi di modalità meno invasive, ma comunque pienamente idonee ai fini prefigurati. L'autorità Garante ha evidenziato come, nel caso di specie, ben si sarebbe potuto adottare il dispositivo di disattivazione della geolocalizzazione durante le pause previste nello svolgimento dell'attività lavorativa: l'adozione di un simile dispositivo sarebbe stata in linea con il principio di proporzionalità⁷⁵.

Sul punto, assume particolare importanza l'identificabilità degli autisti geolocalizzati, a partire dalla (ampia) definizione di «dato personale» contenuta nell'art. 4 GDPR. Affinché l'interessato del trattamento possa essere identificabile, infatti, si ha riguardo alla sua identificabilità sia in via diretta quanto in via indiretta. Proprio in base a questo assunto, il Garante non ha considerato dirimente la dichiarazione di una società che aveva sottolineato come i dispositivi GPS, deputati alla geolocalizzazione dei propri autisti, fossero collegati alla targa dell'automezzo e non al singolo conducente. L'associazione del dispositivo al numero di targa, invero, anche qualora la guida dell'automezzo sia affidata a persone diverse che si avvicendano tra loro, consente sicuramente al titolare del trattamento di identificare il guidatore attraverso l'associazione con altre informazioni a disposizione come, ad esempio, i documenti relativi ai turni di servizio⁷⁶.

luce dei principi di proporzionalità e minimizzazione dei dati»; e GPDP, Prov. 17 gennaio 2022, doc *web* n. 9737210.

⁷⁴ GPDP, Prov. 28 giugno 2018, doc. *web* 9023246, cit.

⁷⁵ GPDP, Prov. 28 giugno 2018, doc. *web* 9023246, cit.

⁷⁶ In questo senso, GPDP, Prov. 15 dicembre 2022, doc. *web* n. 9861249.

In un altro provvedimento⁷⁷, relativo al trattamento dei dati personali dei dipendenti di una società attraverso la localizzazione di dispositivi *smartphone* e *tablet*, al fine di ammettere il trattamento, risulta cruciale l'argomentazione del Garante concernente il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità nella scelta delle modalità per effettuare il trattamento.

Di particolare rilievo ai fini del discorso che si sta svolgendo, sono altresì le considerazioni espresse dal Garante in relazione al trattamento dati effettuato dall'ormai nota *app* Immuni⁷⁸. L'autorità Garante si è soffermata sulla possibilità di considerare come proporzionato il sistema di allerta operato attraverso tale *app*, proprio in ragione delle modalità utilizzate, «volte a garantire in misura sufficiente il rispetto dei diritti e le libertà degli interessati attenuandone i rischi derivanti dal trattamento»⁷⁹. Posta infatti l'esigenza di avviare un sistema di *contact tracing*, ba-

⁷⁷ GPDP, Provv. 30 novembre 2017, doc. *web* 7522639 secondo cui «le modalità di trattamento dei dati personali da parte del sistema tecnologico prospettato, così come rappresentate dalla società, in particolare la pseudonimizzazione dei dati dei *controller* e la circostanza che il trattamento dei dati relativi alla sua posizione geografica non sia effettuato ad intervalli predeterminati né continuativamente, bensì esclusivamente al momento dell'attivazione da parte del *controller* (di fronte ad un numero civico o in un punto determinato della verifica a campione) risultano conformi ai principi di necessità, pertinenza e non eccedenza in relazione alle finalità perseguite dalla società»; sul tema, conformemente, v. pure GPDP, Provv. 24 maggio 2017, doc. *web* 6495708 per il caso di un trattamento derivante dalla rilevazione di coordinate satellitari relative alla geolocalizzazione di apparati elettronici; e GPDP, Provv. 11 settembre 2014, doc. *web* 3474069 nonché GPDP, Provv. 9 ottobre 2014, doc. *web* 3505371, entrambi relativi al trattamento dei dati personali dei dipendenti attraverso la localizzazione di dispositivi *smartphone*; si richiama inoltre, in tema di videosorveglianza GPDP, Provv. 8 aprile 2010, doc. *web* 1712680, cit. secondo cui risulta necessario che «l'attività di videosorveglianza venga effettuata nel rispetto del c.d. principio di proporzionalità nella scelta delle modalità di ripresa e dislocazione (es. tramite telecamere fisse o brandeggiabili, dotate o meno di zoom), nonché nelle varie fasi del trattamento che deve comportare, comunque, un trattamento di dati pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità perseguite»; v. pure GPDP, Provv. 22 luglio 2021, doc. *web* n. 9685994 e GPDP, Provv. 10 giugno 2021, doc. *web* n. 9675440.

⁷⁸ Il riferimento è al *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid 19- App Immuni*: GPDP, Provv. 1° giugno 2020, doc. *web* 9356568; tale provvedimento è stato poi seguito da GPDP, Provv. 25 febbraio 2021, doc. *web* n. 9555987 per l'aggiornamento della valutazione d'impatto effettuata dal Ministero della salute; e da GPDP, Provv. 24 novembre 2022, doc. *web* n. 9837022 per l'autorizzazione a continuare il trattamento relativo al sistema di allerta Covid-19. Sulle problematiche sollevate dal tracciamento effettuato dall'*App Immuni* con particolare riferimento al diritto alla protezione dei dati personali v. C. CAMARDI-C. TABARRINI, *Contact Tracing ed emergenza sanitaria. "Ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm., Speciale digitale*, 2020, 3, pp. 32 ss.; D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza, in Persona e Mercato*, 2020, 2, pp. 65 ss.; A. CELOTTO, "Immuni" e la Costituzione, in *Giust. civ. com.*, 29 aprile 2020; P. TEREZA, *Immuni e tracciamento digitale: fra protezione dei dati personali, problemi di efficacia e qualche prospettiva futura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, pp. 1134 ss.; M. PLUTINO, "Immuni". Un'"exposure notification app" alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2, p. 553 ss.; sul bilanciamento degli interessi e sulle misure adottate per la protezione dei dati personali al tempo della pandemia vedi le considerazioni di G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giust. civ.com.*, 5 maggio 2020; V. CUFFARO-R. D'ORAZIO, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Corr. giur.*, 2020, 6, pp. 729 ss.

⁷⁹ Così GPDP, Provv. 1° giugno 2020, doc. *web* 9356568, cit.

sato sulle moderne tecnologie digitali, finalizzato al contrasto della diffusione del virus Sars-Cov-2 (responsabile della pandemia da Covid-19), si è assicurato che detto sistema, pur dotato di adeguate misure di prevenzione e diagnosi per facilitare la presa in carico ad opera del Sistema Sanitario Nazionale, delle persone contagiate, nonché la rapida individuazione di focolai di infezione, rispettasse i diritti e le libertà degli interessati.

L'esclusione di ogni obbligatorietà nell'utilizzo dell'*app*⁸⁰, la confinazione del trattamento ai soli dati di prossimità, resi tra l'altro anonimi o almeno pseudonimizzati, la circoscrizione della raccolta dei dati unicamente a quelli utili per avvisare gli altri utenti dell'avvenuto contatto con un soggetto risultato positivo, l'automatica cancellazione delle TEK (*temporary exposure key*) e degli RPI (*rolling proximity identifier*) dopo quattordici giorni, l'esclusione del ricorso alla geolocalizzazione dei dispositivi degli utenti, sono tutti elementi che denotano il rispetto del principio di proporzionalità, rispetto ai fini perseguiti, nelle modalità di impostazione e funzionamento dell'*app* Immuni e quindi del trattamento dei dati da questa effettuato.

La *data protection law* è stata chiamata ad affrontare una nuova sfida che deve necessariamente essere fronteggiata bilanciando attentamente il diritto alla salute, inteso anche come interesse della collettività *ex art. 32 Cost.* e quindi anche in una prospettiva solidaristica, con gli altri diritti fondamentali della persona come il diritto alla protezione dei propri dati personali. Un siffatto bilanciamento non può certo prescindere dal puntuale rispetto dei principi fondamentali del trattamento, e tra questi, sicuramente, quello di proporzionalità.

3.1.3. Applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alla condizione di liceità del «legittimo interesse» e, segnatamente, con riferimento alla valutazione del bilanciamento proporzionale degli interessi

Altra direzione in cui il Garante mostra di adottare il principio di proporzionalità del trattamento ha riguardato le valutazioni in ordine alla sussistenza del bilanciamento proporzionale tra gli interessi riconducibili all'interessato e al titolare del trattamento (o a soggetti terzi), da porre a base dell'accertamento del legittimo interesse, quale condizione di liceità del trattamento dei dati personali, alternativa rispetto al consenso⁸¹.

⁸⁰ Affrontano efficacemente il tema di questa soluzione C. CAMARDI-C. TABARRINI, *Contact Tracing ed emergenza sanitaria. "Ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, cit., pp. 37-38; G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit., pp. 10 ss.; D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, cit., p. 70; L. D'ARCANGELO, *Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in *Giust. civ. com.*, 8 maggio 2020.

⁸¹ Sull'inadeguatezza del consenso a costituire sempre idonea base giuridica del trattamento dei dati personali, sia consentito il rinvio a C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., spec. p. 873, in cui si afferma che: «non si deve infatti ritenere che il consenso costituisca sempre il fondamento più adeguato perché svariati possono essere i casi nei quali questo risulti solo apparente, non capace pertanto di legittima-

Sul punto giova ricordare, seppur in via di massima sintesi, che il GDPR chiude il novero delle condizioni di liceità del trattamento con la previsione di un concetto piuttosto indeterminato: quello di legittimo interesse (art. 6, par. 1, lett. f))⁸². Si tratta di una base giuridica la cui valutazione, sulla scorta del principio di *accountability*, viene sottratta ad una verifica dell'interessato nonché ad una valutazione preventiva del Garante, mentre spetta all'autonoma valutazione del titolare del trattamento, restando quindi possibile per l'interessato e per il Garante unicamente un vaglio successivo⁸³. La responsabilità del bilanciamento che viene in questa sede richiesto ricade, pertanto, sul titolare che sarà tenuto a valutare con prudenza gli interessi del *data subject*, in rapporto con i suoi, in modo da poter dimostrare come gli interessi facenti capo a lui (o a un terzo) siano tali da superare quelli dell'interessato, senza, tuttavia, porre in pericolo i diritti e le libertà dell'interessato con riguardo alla protezione dei dati personali, prestando poi particolare attenzione all'interessato minore di età. In questo quadro, il Regolamento viene in aiuto del titolare con le indicazioni previste nei *considerando* nn. 47-50.

Nei provvedimenti del Garante relativi alla valutazione del menzionato bilanciamento tra interessi, la proporzionalità del trattamento si ritiene assicurata dalla previsione di indicazioni limitative del trattamento, poste a garanzia dell'interessato, per rendere effettiva la protezione dei dati personali nella fattispecie concreta, salvaguardando al contempo il raggiungimento delle finalità legittime perseguite dal titolare del trattamento.

Un esempio in tal senso si può rinvenire in un provvedimento⁸⁴ del Garante relativo alla verifica preliminare del trattamento dei dati connesso all'adozione di un sistema di dispositivi indossabili (c.d. *body cam*) per la raccolta e trasmissione di

re il trattamento; casi in cui avrebbe un effetto distorsivo in quanto prestato senza contezza di tutte quelle informazioni che al soggetto sarebbero necessarie».

⁸² Cfr. F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, cit., p. 185, che afferma: «i confini della norma sono piuttosto labili»; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 12, pp. 2787 ss., che descrive tale condizione di liceità come la «più problematica».

⁸³ *Amplius* sul tema F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, *supra cit.*, pp. 185 ss., che sottolinea la differenza dell'attuale assetto normativo con quello del Codice *privacy* prima dell'intervento di riforma avutosi con il d.lgs. 101/2018 e ricorda che l'abrogata disposizione codicistica (art. 24, co. 1, lett. g)) richiedeva che l'operatività di tale condizione di liceità fosse ammessa nei soli casi previsti dall'autorità Garante, «sicché il vaglio di meritevolezza degli interessi sottesi al trattamento dei dati, ai fini dell'accertamento della liceità, e la loro ponderazione rispetto ad altri interessi concorrenti o confliggenti veniva rimessa all'autorità di controllo e non al titolare del trattamento, che ben avrebbe potuto approfittare altrimenti della propria posizione e delle proprie prerogative per tralasciare irrimediabilmente le esigenze di tutela volute dall'ordinamento a salvaguardia dei diritti dell'interessato».

⁸⁴ GPDP, Provv. 22 maggio 2018, doc. *web* 8995107; simile ragionamento viene offerto anche, ad esempio, nel provvedimento GPDP, Provv. 18 aprile 2018, doc. *web* 9358266, relativo a un sistema di localizzazione geografica di dispositivi aziendali; come pure GPDP, Provv. 18 aprile 2018, doc. *web* 8987133, relativo ad un sistema di registrazione, trascrizione ed analisi di chiamate *inbound*; e GPDP, Provv. 16 febbraio 2017, doc. *web* 6164054, relativo all'installazione di apparecchiature di rilevazione audio-video su navi da crociera; in argomento v. anche GPDP, Provv. 11 novembre 2021, doc. *web* n. 9725891; e GPDP, Provv. 11 gennaio 2023, doc. *web* n. 9861827.

immagini nell'ambito del trasporto ferroviario. La società di trasporti manifestava l'esigenza di ricorrere ad un sistema di videosorveglianza per ragioni di sicurezza e tutela del patrimonio aziendale e presentava la necessità di servirsi di tale sistema di *body cam* dal momento che non era possibile installare videocamere nelle numerose vetture ferroviarie più datate.

L'autorità Garante, nel caso di specie, ha ritenuto il trattamento proporzionato, in quanto la società, per raggiungere i fini perseguiti, si prefigurava, in un tempo congruo, concretamente, la tipologia di eventi in presenza dei quali si sarebbe dovuto attivare il sistema di *body cam* il cui numero sarebbe stato comunque limitato e le cui immagini raccolte sarebbero state visionate unicamente dal personale autorizzato. Il ragionamento del Garante si spinge però oltre nell'applicazione del principio di proporzionalità, analizzando il bilanciamento di interessi tra titolare e interessati, con particolare riguardo alle misure previste a tutela di questi ultimi⁸⁵. Poste infatti le finalità rappresentate, sono proprio gli accorgimenti volti a garantire una piena tutela degli interessati, e quindi per altro verso a limitare l'invasività del trattamento effettuato, a vestire, in un certo qual modo, di legittimità l'interesse del titolare.

Il principio di proporzionalità esprime pertanto la sua importanza quale principio fondamentale del trattamento dei dati personali, anche nel bilanciamento di interessi che postula l'ultima (in ordine meramente espositivo) condizione di liceità. Si mostra quale guida indirizzata sì a permettere che il titolare raggiunga gli scopi (legittimi) che si è prefigurato, ma anche, ad un tempo, ad arginare le superflue, *recitius*, sproporzionate intrusioni nella sfera dell'interessato.

⁸⁵ Tali misure previste dal Garante sono, nel caso di specie: l'individuazione «all'interno di un disciplinare relativo all'uso consentito delle 'body cam', le specifiche condizioni che legittimano l'attivazione dei dispositivi (...) nonché le modalità di utilizzo dei dispositivi stessi, con particolare riferimento alle cautele da adottare nel caso in cui le riprese video coinvolgano soggetti "deboli" (...) specifiche istruzioni devono altresì essere fornite ai soggetti autorizzati in servizio presso la centrale operativa»; «l'effettuazione da parte dei soggetti autorizzati (...) di attività di verifica sulle immagini al fine di accertarne l'effettiva rilevanza rispetto alle finalità perseguite», anche qualora se ne effettuasse una conservazione superiore a sette giorni; il tracciamento degli accessi e delle estrazioni di dati effettuati dai soggetti autorizzati; la predisposizione di «misure idonee affinché la funzionalità audio non sia attiva»; l'oscuramento di immagini relative a soggetti terzi qualora tali immagini vengano inviate alla compagnia di assicurazione; la predisposizione di «idonee misure affinché gli operatori che hanno in dotazione i dispositivi non possano effettuare operazioni di modifica, cancellazione e duplicazione delle immagini raccolte»; la conservazione delle «registrazioni video in forma cifrata»; la cancellazione irreversibile delle registrazioni alla scadenza del tempo di conservazione; la predisposizione di «adeguati strumenti di comunicazione per avvisare gli utenti anche a bordo delle vetture, con linguaggio semplice e sintetico, della presenza del sistema di videosorveglianza mobile e le sue caratteristiche, specificando anche che una spia accesa sul dispositivo indossabile indica che la funzionalità di videoripresa è attiva».

3.1.4. Applicazione del principio di proporzionalità per la valutazione delle deroghe all'esercizio dei diritti dell'interessato e, in particolare, dei casi di esonero dall'obbligo, per il titolare del trattamento, di rendere l'informativa all'interessato

Un ulteriore ambito in cui il Garante ha applicato il principio di proporzionalità riguarda i diritti dell'interessato, ed in particolare il diritto a ricevere un'informativa da parte del titolare sia qualora i dati vengano raccolti presso quest'ultimo sia qualora non siano stati raccolti presso di lui (artt. 13 e 14 GDPR).

Precisamente, l'art. 14 del Regolamento, al par. 5, nel sancire deroghe ulteriori rispetto a quella contenuta nel precedente art. 13, par. 4 (ossia il caso in cui le informazioni siano già note all'interessato), prevede, giusta la lett. *b*), la fattispecie in cui la comunicazione di tali informazioni risulti impossibile o implichi uno sforzo sproporzionato per il titolare. È pertanto il principio di proporzionalità a fungere da metro per la valutazione dell'obbligo di fornire all'interessato le informazioni previste dall'art. 14, parr. 1 e 2 GDPR e con le tempistiche di cui all'art. 14, par. 3 GDPR, e quindi ad essere la chiave per dispensare il titolare da tale obbligo.

In questo senso, il Garante si è espresso in un provvedimento in materia di propaganda elettorale e comunicazione politica⁸⁶, ribadendo l'esonero dall'obbligo in capo al titolare, sottolineando però, sempre ai sensi del Regolamento, come il titolare stesso sia comunque tenuto ad adottare le misure idonee alla tutela dei diritti, libertà e legittimi interessi dell'interessato anche, laddove risultasse utile in tal senso, rendendo pubbliche le informazioni. Si tratta di una espressione del principio di *accountability* che rimette al titolare, nell'ottica di una sua responsabilizzazione, l'adozione di adeguate misure tecniche ed organizzative al fine di risultare sempre *compliant* con la normativa vigente.

Nel caso di specie, l'autorità Garante ha previsto che laddove rendere l'informativa risulti impossibile o rappresenti uno sforzo sproporzionato per il titolare, spetta ai partiti, movimenti politici e comitati di promotori e sostenitori oltre che ai candidati, scegliere di non adempiere a detto obbligo purché si individuino con rigore le misure appropriate⁸⁷.

Sempre nell'ambito del provvedimento in questione, il Garante ha richiamato alcuni suoi precedenti⁸⁸, anch'essi riferiti all'esonero dall'obbligo di informativa e

⁸⁶ GPDP, Prov. 18 aprile 2019, doc. *web* n. 9105201.

⁸⁷ Secondo GPDP, Prov. 18 aprile 2019, doc. *web* n. 9105201, *supra cit.*, si potrebbe prescindere «dall'obbligo di rendere l'informativa individuale, a partire dal sessantesimo giorno precedente la data delle consultazioni fino al sessantesimo giorno successivo al termine delle stesse (o dell'eventuale ballottaggio), a condizione che: – nel materiale inviato sia indicato un recapito (...) al quale l'interessato possa agevolmente rivolgersi per esercitare i diritti di cui agli artt. 15 e ss. del Regolamento; e – l'informativa recante tutti gli elementi di cui all'art. 14, paragrafi 1 e 2 del Regolamento sia resa mediante pubblicazione della stessa sui propri siti web di riferimento o tramite annunci pubblicati su quotidiani a diffusione nazionale o locale (a seconda della consultazione)».

⁸⁸ Il riferimento è a GPDP, Prov. 6 marzo 2014, doc. *web* n. 3013267; GPDP, Prov. 12 febbraio 2004, doc. *web* n. 634369; GPDP, Prov. 7 settembre 2005, doc. *web* n. 1165613; GPDP, Prov. 24 aprile 2013, doc. *web* n. 2404305; si vedano inoltre GPDP, Prov. 26 novembre 1998, doc. *web* n. 39624; GPDP, Prov. 4 aprile 2001, doc. *web* n. 40763; GPDP, Prov. 18 gennaio 2007, doc. *web* n.

relativi al tema della propaganda elettorale, ma adottati in vigenza della precedente normativa (quindi sulla base dell'art. 13, co. 5, lett. c) del Codice *privacy*), al fine di guidare il titolare del trattamento nella ricerca dei presupposti di applicabilità dell'art. 14, par. 5, lett. b) del Regolamento e, nel caso, aiutarlo nell'adozione delle misure più opportune. In seguito all'entrata in vigore del GDPR, è infatti sul titolare, giova ribadirlo, che grava la valutazione sull'eventuale sproporzione dello sforzo a lui richiesto per adempiere all'obbligo di informativa e può pertanto risultare di particolare utilità per lui stesso fondare le proprie decisioni, sulla base del percorso tracciato negli anni dal Garante. Nei menzionati provvedimenti, il Garante, premettendo la possibilità di inviare un'informativa sintetica benché efficace, aveva già puntualmente bilanciato il diritto degli interessati con l'obbligo (sproporzionatamente gravoso) del titolare e, in questo senso, aveva ritenuto di esonerare dall'obbligo di informativa i soggetti politici che utilizzano, per esclusivi fini di propaganda elettorale e comunicazione politica, dati personali estratti dalle liste elettorali, elenchi o atti conoscibili da chiunque senza il bisogno di contattare tutti gli interessati e quindi da intendersi quali "fonti pubbliche", per il circoscritto periodo di tempo connesso a consultazioni politiche, amministrative o referendarie, nonché a iniziative volte alla selezione di candidati (c.d. primarie). Il titolare veniva altresì dispensato da detto obbligo nel caso di invio di materiale propagandistico di dimensioni ridotte che, a differenza di una lettera o di una *email*, non renda possibile fornire con efficacia un'idonea informativa, anche di carattere sintetico.

Come affermato nei menzionati provvedimenti più risalenti, i casi di esonero dall'obbligo di informativa risultano anche utili ad evitare che in un breve arco temporale un elevato numero di interessati riceva una messe di informative tra loro analoghe inviate da diversi soggetti che, impegnati nella stessa campagna elettorale, utilizzano le stesse fonti conoscitive⁸⁹.

Quindi, nel caso di propaganda elettorale, l'adempimento agli obblighi di informativa deve essere considerato, a parere del Garante, come sproporzionato rispetto al diritto dell'interessato qualora ricorrano le circostanze che si sono esposte.

Ancora, un altro caso di esonero dall'obbligo di fornire un'informativa individualmente a tutti gli interessati, si rinviene, a parere del Garante, laddove il titolare provveda a pubblicarla sul proprio sito *web*⁹⁰.

Da tali provvedimenti emerge la rilevanza del principio di proporzionalità anche con riferimento all'informativa da fornire all'interessato, dal momento che al titolare, non si può richiedere ovviamente il raggiungimento di un fine impossibile, ma, qualora detto fine fosse astrattamente realizzabile, non può parimenti essere ri-

1392461; GPDP, Prov. 19 febbraio 2015, doc. *web* n. 3864423; GPDP, Prov. 19 aprile 2019, doc. *web* n. 9105208; simili considerazioni si rinvengono anche, con riguardo a finalità di ricerca scientifica, *ex multis*, in GPDP, Prov. 24 novembre 2022, doc. *web* n. 9842737.

⁸⁹ Cfr., in particolare, GPDP, Prov. 12 febbraio 2004, doc. *web* n. 634369, *supra cit.*

⁹⁰ Cfr. GPDP, Prov. 5 luglio 2017, doc. *web* n. 6845231; GPDP, Prov. 9 novembre 2017, doc. *web* n. 7489156; GPDP, Prov. 11 giugno 2015, doc. *web* n. 4169456; GPDP, Prov. 14 maggio 2009, doc. *web* n. 1616828, tutti conformi nel ritenere la possibilità di a) pubblicare l'informativa sul sito *web* della società titolare del trattamento; b) affiggerla presso i locali della società; c) comunicarla agli interessati in occasione della prima circostanza utile di contatto.

chiesto un impiego di mezzi manifestamente sproporzionati. È quindi necessario bilanciare correttamente, secondo proporzionalità, lo sforzo richiesto al titolare con il rispetto del diritto tutelato, stante la forte eco del considerando 4 GDPR che non pone il diritto alla protezione dei dati personali come prerogativa assoluta.

3.2. Il principio di proporzionalità in materia di trattamento di dati personali in ambiti specifici

3.2.1. Il principio di proporzionalità quale limite al (e garanzia per il) controllo dei lavoratori

Un profilo di primaria rilevanza del principio di proporzionalità nell'ambito della protezione dei dati personali è sicuramente quello dei controlli che, attraverso Internet o altri strumenti tecnologici *ad hoc*, il datore di lavoro può effettuare sui lavoratori dipendenti. L'ontologica inscindibilità tra il lavoro e la persona che lo svolge, determina un inevitabile conflitto tra il datore di lavoro – le cui ingerenze, legate alla vigilanza sull'attività di lavoro, rappresentano un fondamentale strumento per coordinare e valutare il lavoro prestato nonché per esercitare il potere disciplinare – e la persona del lavoratore i cui diritti fondamentali prestano il fianco a profonde lesioni⁹¹.

Emerge, in simili situazioni, l'esigenza di un attento bilanciamento tra due istanze sì contrapposte, ma entrambe meritevoli di tutela: quella del datore di lavoro alla sicurezza e alla salvaguardia dei propri interessi connessi all'esercizio dell'impresa da un lato, e quella del lavoratore al rispetto della propria riservatezza nonché ad un legittimo trattamento dei propri dati personali dall'altro.

Pertanto, al fine di salvaguardare la persona umana da (quella che sarebbe) una smodata deriva dei poteri datoriali, l'incisività dei controlli cui possono essere sottoposti i lavoratori devono trovare una precisa giustificazione che necessariamente

⁹¹ V., *ex pluribus*, A. PIZZOFRERATO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *Argomenti dir. lav.*, 2018, 4-5, pp. 1034 ss.; P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, pp. 9 ss.; C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, pp. 485 ss.; A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013; A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013; J. MILAJ, *Privacy, surveillance, and the proportionality principle*, in *Int. Rev. of Law, comp. & Tech.*, 2016, 3, pp. 115 ss.; V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018; S. SANDULLI, *Controlli a distanza e privacy dei lavoratori*, in *Corr. giur.*, 2019, 11, p. 1337 ss.; M. TUFO, *Potere di controllo datoriale "vs. privacy" del lavoratore: alla ricerca delle coordinate di ammissibilità dei controlli occulti*, in *Studium iuris*, 2020, 7-8, pp. 846 ss.; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020; M. DE LUCA, *Potere di controllo del datore di lavoro fra tradizione e innovazione: dal codice civile al codice della "privacy", passando per lo statuto dei lavoratori ed il Jobs Act*, in *Variazioni sul tema di dir. lav.*, 2022, 4, pp. 781 ss.; C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022; C. CARDARELLO-G. LIPARI, *La privacy ed il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2022.

te troverà la sua base nel principio di proporzionalità e nel bilanciamento valoriale sotteso a tale principio.

L'impiego, sempre più ampio, delle nuove tecnologie ha incrementato il potere di controllo datoriale, già immanente al rapporto di lavoro e propaggine del potere direttivo. Questo anche attraverso l'utilizzo di strumenti nuovi, più penetranti, funzionali alla prestazione lavorativa e che, ad un tempo, consentono il controllo di colui che li utilizza. Un ruolo tutt'altro che marginale è, in questo senso, rivestito dagli strumenti dotati di intelligenza artificiale che, operando attraverso l'utilizzo di ingenti quantità di dati (*Big Data*), elaborati con grande rapidità da complessi algoritmi⁹², e grazie alla loro capacità di raccogliere, catalogare, custodire e trasmettere informazioni, intensificano i rischi per la dignità e la *privacy* del prestatore di lavoro⁹³.

Nell'attuale società informatizzata, il datore di lavoro ha gli strumenti per controllare la posta elettronica dei dipendenti⁹⁴, l'utilizzo dei *social networks*⁹⁵, i loro accessi al luogo di lavoro⁹⁶, finanche la loro posizione geografica⁹⁷ e, le attività che,

⁹² Ne evidenzia l'impatto A. PIZZOFRERATO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, *supra cit.*, spec. pp. 1034-1035 e p. 1059.

⁹³ Cfr. S. MAINARDI, *Intelligenze artificiali e diritto del lavoro*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 378 ss.; e A. SITZIA-B. LOPEZ, *Le più avanzate modalità di controllo sul lavoratore: machine learning e social media*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 358 ss.

⁹⁴ Trib. Roma, 26 marzo 2019, in *Red. Giuffrè*, 2019 distingue in particolare tra *account* personale e *account* aziendale di posta elettronica: con riguardo al primo, il datore di lavoro ha il divieto categorico di accesso, il controllo del secondo invece, a determinate condizioni, è legittimo; Trib. Milano, 13 maggio 2019, n. 17778, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 4, pp. 639 ss., nel sottolineare l'importanza dell'informativa da fornire circa i controlli della posta elettronica, afferma che «il controllo della posta elettronica aziendale può anche avvenire senza un espresso consenso del dipendente, al quale comunque deve essere data adeguata informativa» cosicché le informazioni eventualmente acquisite siano utilizzabili anche per fini disciplinari.

⁹⁵ V. Cass., 27 maggio 2015, n. 10955, in *Giust. civ. mass.*, 2015 in merito a controlli effettuati sui *social networks* per verificare sospetti comportamenti illeciti del dipendente; v. anche Cass., 31 gennaio 2017, n. 2499, in *Giust. civ. mass.*, 2017; e Cass., 12 novembre 2018, n. 28878, in *De Jure* sul licenziamento di un dipendente che aveva pubblicato tramite *social network*, un contenuto che il datore di lavoro aveva ritenuto offensivo; si richiama inoltre A. INGRAO, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 1, p. 115 secondo cui: «il *Social network*, data la sua eclettica polivalenza, rappresenta un paradigma perfetto di come la funzione di lavoro e la funzione di controllo possano condensarsi e aggrovigliarsi in un medesimo programma informatico»; sulle nuove funzionalità che i *social networks* hanno nel contesto lavorativo vedi anche GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29, Parere 2/2017 sul trattamento dei dati sul posto di lavoro, dell'8 giugno 2017.

⁹⁶ Cass., 14 luglio 2017, n. 17531, in *De Jure* sull'utilizzo del *badge* quale strumento per effettuare controlli a distanza sul lavoratore; v. inoltre Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *Giust. civ. mass.*, 2016, sulla possibilità di realizzare tramite il *badge*, in concreto, un controllo costante a distanza dell'attività lavorativa.

⁹⁷ Cass., 12 ottobre 2015, n. 20440, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 2, pp. 249 ss.; Cass., 5 ottobre 2016, n. 19922, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, pp. 26 ss., che non ritiene possa essere considerato alla stregua di controllo difensivo quello effettuato tramite un *gps* installato «*ex ante* ed in via generale ben prima che si potessero avere sospetti su una eventuale violazione da parte del lavoratore».

in generale, possono svolgere per mezzo degli strumenti digitali forniti dall'azienda. Di più, i controlli possono anche avvenire occultamente permettendo così al datore di carpire, anche accidentalmente, informazioni, magari di carattere strettamente privato, sul lavoratore, senza che questi ne sia a conoscenza⁹⁸. Oppure, possono avvenire in modo indiretto, come nel caso di impiego di algoritmi in grado di risalire, indirettamente, al singolo lavoratore, utilizzando dati biometrici⁹⁹. L'uso di *devices* aziendali capaci di controllare a distanza (in senso spaziale, ma anche temporale) i lavoratori ha quindi posto sotto una nuova luce i controlli datoriali creando nuovi confini per il libero esercizio di una simile pratica che non può certo essere indistintamente configurata come condotta illegittima del datore di lavoro.

Tali intrusioni nella sfera del lavoratore richiamano un tema già noto, ma che attualmente assume nuovi contorni: la necessità di regole e di principi in grado di garantire una opportuna tutela al soggetto controllato e che limitino l'attività del controllore.

Non si deve tralasciare sul punto il ruolo che riveste l'art. 4 Stat. Lav., così come novellato dall'art. 23, co. 1, del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, norma che, nel nostro ordinamento, si occupa degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti di controllo sui lavoratori e che va letta insieme alle disposizioni del Codice *privacy* data l'inevitabile intersecazione delle discipline. La *privacy* entra infatti «di diritto»¹⁰⁰ nella normativa giuslavoristica, rappresentando un importante corollario per la libertà del singolo lavoratore.

Non di secondaria importanza è, in questo contesto, il principio di proporzionalità che appare, ancora, come cardine fondante le decisioni dei giudici. Tra l'altro, lo scenario tecnologico è caratterizzato da rapidi mutamenti il cui precipitato sui diritti fondamentali della persona, visti in rapporto con altri diritti e interessi concorrenti, è innegabile. Pertanto, in un quadro che, anche sotto il profilo del formante giurisprudenziale, risulta un percorso in continua evoluzione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU), ha efficacemente sottolineato che «*the competing interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possible by new, more sophisticated technologies*»¹⁰¹, evidenziando quindi il carattere tutt'altro che definitivo delle conclusioni raggiunte in seguito agli arresti giurisprudenziali sul tema.

⁹⁸ Cfr. C. COLAPIETRO, *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, cit., pp. 24-25; v. anche Cass., 11 giugno 2018, in *Giust. civ. mass.*, 2018 in merito ai controlli occulti effettuati dal datore di lavoro per mezzo di una agenzia investigativa: tali controlli, per la Corte, non possono riguardare l'adempimento o l'inadempimento della prestazione del lavoratore, ma solo illeciti compiuti (o che si sospettano in esecuzione) da parte del prestatore non riconducibili all'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del prestatore; in senso conforme Cass., 14 febbraio 2011, n. 3590, in *Guida al dir.*, 2011, 12, pp. 48 ss.

⁹⁹ In tema vedi Cass., 15 ottobre 2018, n. 25686, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 4, pp. 1225 ss.

¹⁰⁰ L. CALIFANO-V. FIORILLO, *Videosorveglianza*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2015, p. 528.

¹⁰¹ Corte EDU, *Fifth Section*, 5 ottobre 2010, *Case Köpke v. Germany*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, pp. 1972 ss.; sottolineano l'importanza di tale monito della Corte, P. PINTO DE ALBUQUERQUE-A SITZIA, *Lavoro e monitoraggio: il "test di proporzionalità" nella giurisprudenza della CEDU*, in C. PISANI-

Di particolare rilievo, in merito alla protezione dei dati dei lavoratori, è una sentenza della Grande Camera della Corte EDU¹⁰² che si è espressa, in senso contrario alla decisione emanata in precedenza dalla terza sezione della stessa Corte¹⁰³, dimostrando come il principio di proporzionalità sia sempre il filo da seguire (anche) nelle controversie in tema di *privacy* in ambito lavorativo.

Il caso riguardava l'ammissibilità dell'installazione di telecamere nascoste, realizzata al fine di risolvere un problema di sospetti furti all'interno di un supermercato. Nella specie, il direttore del supermercato aveva fatto installare un sistema di videosorveglianza composto da alcune telecamere visibili, riguardo alle quali veniva fornita un'appropriate informativa, e da altre che erano state appositamente nascoste senza che ne venisse data alcuna notizia ai dipendenti: proprio grazie ai filmati di queste ultime, era stato possibile individuare e licenziare i responsabili dei furti.

Tra i profili su cui verteva il ricorso dei lavoratori, quello che interessa maggiormente ai fini del presente studio, è quello relativo alla violazione dell'art. 8 CEDU e, segnatamente, quello del diritto alla riservatezza. Tale censura era stata accolta dalla Camera semplice che, sottolineando l'ampiezza del concetto di vita privata, aveva affermato che la videosorveglianza occulta di un dipendente nel luogo in cui presta il proprio lavoro, configurasse una considerevole intrusione nella sua vita privata. La decisione aveva prestato particolare attenzione al principio di proporzionalità che, nel caso in questione, secondo la terza sezione, non si era ritenuto rispettato, stante l'estesa durata della videosorveglianza operata e la sua potenzialità di controllo indiscriminato dell'intero gruppo dei dipendenti. Di più, sarebbe stato, a parere della Corte, possibile, *rectius*, preferibile adottare mezzi differenti e meno intrusivi per i lavoratori: l'interesse datoriale poteva essere efficacemente conseguito anche fornendo una adeguata informativa ai lavoratori.

La pronuncia della Camera semplice si poneva in linea con altre due¹⁰⁴, precedenti, in cui il giudice di Strasburgo, rimarcando l'ampiezza di significato racchiusa nella disposizione giusta l'art. 8 CEDU – non relegabile al solo *inner circle* dal quale l'individuo può decidere di escludere il mondo esterno, ma concetto nel quale devono essere ricompresi tutti gli aspetti idonei a sviluppare l'identità sociale di ogni

G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 61-62.

¹⁰² Corte EDU, *Grand Chamber*, 17 ottobre, 2019, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 1, pp. 193 ss.

¹⁰³ Corte EDU, *Third Section*, 9 gennaio, 2018, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, in *Guida al dir.*, 2018, 6, pp. 41 ss.

¹⁰⁴ Il riferimento è a Corte EDU, *Grand Chamber*, 5 settembre 2017, *Case of Bărbulescu v. Romania*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 4, pp. 1201 ss. che a sua volta aveva ribaltato la precedente decisione Corte EDU, *Fourth Section*, 12 gennaio 2016, *Case of Bărbulescu v. Romania*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, pp. 209 ss.; e a Corte EDU, 28 novembre 2017, *Second Section*, *Case of Antovič e Mirkovič v. Montenegro*, in *Guida al dir.*, 2018, 2, pp. 92 ss. Il primo caso riguardava la richiesta fatta da una società datrice ai propri dipendenti di attivazione di un *account* personale su *Yahoo messenger* da utilizzare per assistere i clienti, ma che non poteva essere utilizzato dai lavoratori per conversazioni di carattere personale durante l'orario di lavoro. Ne derivava il licenziamento di chi avesse contravenuto a detto divieto. Il secondo caso aveva invece ad oggetto la legittimità della decisione di sottoporre a videosorveglianza i locali universitari a fini di sicurezza.

individuo –, riteneva, appunto, sproporzionata la sorveglianza operata. La concezione di vita privata non può essere, infatti, limitata unicamente alla sfera personale del soggetto, ma ricomprende ogni aspetto indirizzato a permettergli di sviluppare la propria identità sociale (includendo quindi la possibilità di comunicare con il mondo esterno): per tali ragioni risulta importante, e ciò viene sottolineato nella sentenza, la previsione di una *policy* aziendale che regoli i controlli datoriali¹⁰⁵. Le attività svolte nel contesto lavorativo, anche se pubblico, rientrano, come affermato dai giudici, nella concezione di vita privata, costituendo una dimensione in cui il soggetto esplica la propria personalità, e godono pertanto della protezione accordata *ex art. 8 CEDU*. Le aule universitarie (che interessano il caso *Antovič*) ne sono un esempio: non sono infatti solamente il luogo in cui i docenti fanno lezione agli studenti, ma un contesto in cui i primi interagiscono con i secondi «*developing mutual relations and constructing their social identity*»¹⁰⁶.

In queste decisioni, il giudice non riscontrava un corretto bilanciamento tra gli interessi perseguiti attraverso i controlli posti in essere ed il diritto alla *privacy* dell'interessato. In particolare, la registrazione delle attività lavorative deve essere considerata come forte ingerenza nella vita privata del lavoratore. Inoltre, seppure le ragioni datoriali fossero legittime, il test di proporzionalità non è stato approfondito nella ricerca del *least restrictive means*, dal momento che, si ricorda, il principio di proporzionalità viene sempre affiancato a quelli di pertinenza e non eccedenza rispetto allo scopo, principi relativi alla proiezione dinamica dei dati personali.

Diversamente, nel caso *Köpke*¹⁰⁷, anch'esso riferito alla valutazione sulla legittimità di una sorveglianza occulta operata all'interno di un supermercato, i giudici hanno considerato la misura intrapresa dal datore di lavoro, proporzionata, in quanto limitata ad un ridotto arco temporale e ad una ristretta area di ripresa nonché diretta unicamente nei confronti di due soggetti, sospettati di essere responsabili di alcuni furti. L'accesso alle registrazioni era stato, nelle specie, consentito ad uno stretto numero di operatori dell'agenzia investigativa.

Nel caso *López Ribalda*, la Grande Camera, tuttavia, approda ad un'opposta soluzione, e nega la fondatezza del ricorso in quanto la videosorveglianza si poteva considerare limitata nello spazio e nel tempo: precisamente, da un lato, le telecamere (nascoste) non riprendevano l'intero negozio, ma solo la zona delle casse e, dall'altro, l'attività di monitoraggio era durata solo il tempo necessario per scoprire i responsabili dei furti.

¹⁰⁵ Sul punto cfr. A. PIZZO FERRATO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, cit., p. 1054, in cui l'A., commentando la sentenza *Bărbulescu v. Romania*, afferma: «in tale quadro, le comunicazioni per *e-mail* rientrano nella nozione di corrispondenza, protetta dall'articolo 8 CEDU. Il datore di lavoro può quindi effettuare un controllo sulle *e-mail* inviate da un dipendente dal computer aziendale per fini personali solo nel rispetto di precisi parametri, quali un'informazione preventiva, l'impossibilità di ricorrere a misure meno intrusive, l'esistenza di gravi motivi che spingono l'azienda al controllo medesimo».

¹⁰⁶ Corte EDU, 28 novembre 2017, *Second Section, Case of Antovič e Mirkovič v. Montenegro*, cit., par. 44.

¹⁰⁷ Corte EDU, *Fifth Section*, 5 ottobre 2010, *Case Köpke v. Germany*, cit.

Il perno utilizzato dai giudici è rappresentato dal principio di proporzionalità che, nel caso di specie, è stato ritenuto, dalla Grande Camera, applicato. Posta l'importanza, in via generale, di una informativa fornita preventivamente, essa costituisce solo uno dei criteri da considerare per valutare la proporzionalità di una misura, motivo per cui un *overriding requirement* relativo alla protezione di un ulteriore interesse significativo può giustificare la mancanza di detta informativa. Nella fattispecie, il datore di lavoro aveva a che fare con una grave condotta, per la quale il sospetto ricadeva non su un isolato soggetto, ma su una pluralità di lavoratori: proprio per tali ragioni, l'istallazione di telecamere nascoste, seppur non preceduta da adeguata informativa, è stata comunque ritenuta una misura proporzionata e giustificata¹⁰⁸.

Il bilanciamento, tra i diritti dei dipendenti e quelli del datore, cui addiuvano la Corte si riferisce al rispetto dell'art. 8 CEDU. La *ratio decidendi* tiene in considerazione i due nuclei che compongono la norma: il diritto tutelato (par. 1) e le *interferences* (par. 2) che possono causare una restrizione di un diritto che, come quello al rispetto della vita privata e familiare, non ha carattere assoluto. Restrizione che può trovare giustificazione laddove sia atta al raggiungimento di un ulteriore e legittimo fine e rispettosa del principio di proporzionalità.

Del resto, non ammettendosi uno svuotamento dei diritti fondamentali del lavoratore, ma non potendosi permettere neppure una smodata compressione della tutela del patrimonio aziendale, si deve evidenziare come appaia nettamente diverso, (anche) alla luce del canone di proporzionalità, un controllo dei lavoratori posto in essere *ex post*, e quindi rispetto a condotte illecite già avvenute o delle quali vi è un concreto ed attuale timore, rispetto ad un controllo *ex ante*, diretto ad una vigilanza non specifica ed occasionale, ma continua. I controlli difensivi, se realmente fondati su una necessità di tutela dei beni aziendali (e quindi, più in generale, dell'iniziativa economica) a causa di comportamenti illeciti o di un concreto sospetto di tale genere di condotte, potrebbero infatti risultare, nel caso di specie, legittimi se proporzionati rispetto alle istanze del lavoratore che, mai annullate, possono essere ragionevolmente comprese.

L'allora presidente dell'autorità Garante per la protezione dei dati personali, data l'eco del caso *López* e le sue possibili ripercussioni sulla successiva giurisprudenza anche interna, in un suo comunicato¹⁰⁹, ha affermato che la videosorveglianza occulta non deve essere intesa come possibile prassi ordinaria, ma come *extrema ratio*, aggiungendo che la Corte EDU ha ritenuto legittima la misura nel caso di specie solo perché ricorrevano i presupposti e le circostanze di cui si è detto in precedenza.

¹⁰⁸ Corte EDU, *Grand Chamber*, 17 ottobre, 2019, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, cit., in particolare par. 131-133-134 in cui la Corte, d'altro canto, afferma che: «*it cannot accept the proposition that, generally speaking, the slightest suspicion of misappropriation or any other wrongdoing on the part of employees might justify the installation of covert video-surveillance by the employer*»; in merito agli obblighi di trasparenza e informazione in caso di videosorveglianza v. EDPB, *Linee guida 3/2019 sul trattamento dei dati personali attraverso dispositivi video, versione 2.0*, del 29 gennaio 2020, pp. 26-27. Sul tema cfr. pure Cass., 22 settembre 2021, n. 25732, in *Dir. relaz. ind.*, 2022, 1, pp. 271 ss.; e Cass., 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Foro it.*, 2012, 1, cc. 1421 ss.

¹⁰⁹ Telecamere sul luogo di lavoro: dichiarazione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la *privacy*, su sentenza Corte di Strasburgo, Roma, 17 ottobre 2019.

Una simile dichiarazione pare potersi intendere come monito per i datori di lavoro affinché questi non ritengano legittimo qualsivoglia controllo sui lavoratori, ma comprendano come un'eventuale sorveglianza (anche difensiva) debba essere riconducibile entro binari che ne limitino la possibile adozione e ne disciplinino le modalità attuative. Il comunicato ha inoltre rappresentato l'occasione per ribadire l'assoluta importanza del principio di proporzionalità quale caposaldo del diritto alla protezione dei dati personali e cardine fondamentale su cui basare ogni giudizio in merito alla legittimità dei controlli sul lavoro, tema per il quale il bilanciamento tra diritti deve essere particolarmente attento, al fine di coniugare riservatezza ed iniziativa economica, libertà e sorveglianza, in forza della funzione sociale che caratterizza la tematica della *data protection*.

Certamente, l'innovazione tecnologica, anche in ambito lavorativo, non può essere frenata o scoraggiata, alla luce della sua importanza quale fattore di crescita sociale. Non sembrano infatti condivisibili considerazioni che diano rilievo ai soli aspetti negativi del fenomeno: pare invece più opportuno affrontare il tema nell'ottica di una regolazione delle nuove sfide poste dall'avanzamento tecnologico, al fine di correggere possibili dinamiche distorsive¹¹⁰. Sembra infatti più corretto ritenere che non siano le innovazioni tecnologiche a disposizione in sé considerate a creare possibili squilibri sul luogo di lavoro e rischi per i diritti fondamentali del lavoratore, ma le loro applicazioni, spesso sproporzionate.

A causa dei controlli che, ormai, appaiono possibili in modo incessante, delocalizzato ed indiscriminato, si manifesta con rinnovato vigore la necessità di tutelare il singolo soggetto ed ai suoi diritti fondamentali. È pertanto doveroso ricercare quel corretto bilanciamento che consenta di trovare un equilibrio tra la vita privata del lavoratore e le esigenze aziendali. Nonostante la prevenzione di illeciti e la salvaguardia del patrimonio (materiale ed immateriale) siano interessi di primaria importanza, adeguata tutela deve essere garantita ai lavoratori, alla loro riservatezza e alla loro autodeterminazione informativa.

Un simile equilibrio deve essere condotto – e così accade alla luce delle pronunce che si sono richiamate – in base al principio di proporzionalità, architrave per dirimere le controversie scaturenti dalle nuove declinazioni dell'art. 8 CEDU, dovute alle applicazioni tecnologiche.

3.2.2. L'applicazione del principio di proporzionalità nel settore pubblico in seguito alla sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale: dal bilanciamento tra riservatezza e trasparenza, al diritto all'oblio quale "questione di proporzionalità"

La nota decisione 20/2019¹¹¹ rappresenta per la Corte costituzionale, oltre che l'occasione per pronunciarsi sul tema della doppia pregiudizialità, tornato in auge

¹¹⁰ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. relaz. ind.* 2018, 4, p. 1043.

¹¹¹ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, tra le altre in *Giur. cost.*, 2019, 1, pp. 226 ss. con nota di G. REPETTO; e in *Giuda al dir.*, 2019, 12, pp. 90 ss., con nota di D. PONTE; in commento v. anche A.

con rinnovato interesse e nuove prospettive¹¹², l'opportunità di esprimersi sul rapporto e sul bilanciamento tra diritti e principi di interesse costituzionale ed europeo¹¹³,

AVERARDI, *La Corte costituzionale e gli obblighi di pubblicazione dei redditi dei dirigenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 5, pp. 601 ss.; sull'analisi delle questioni sottese alla pronuncia in esame e, in particolare, in rapporto al principio di proporzionalità, sia consentito rinviare a C. BASUNTI, *Il proporzionale bilanciamento tra diritto di accesso alle informazioni della p.a. e privacy dei singoli*, in *Contratto e impr.*, 2021, 4, pp. 1085 ss.

¹¹² A margine delle tematiche che si affrontano in questa sede, pare opportuno ricordare che la sentenza in oggetto riprende il tema della doppia pregiudizialità il cui percorso è stato storicamente tracciato dalla sentenza *Simmenthal* (Corte di giustizia UE, 9 marzo 1978, c. 106/77) e *Granital* (Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170). Sul punto, la pronuncia in commento segue l'altrettanto noto *obiter dictum*, contenuto in Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, tra le altre in *Giur. cost.*, 2017, 6, pp. 2925 ss., con nota di G. SCACCIA, nella quale, in via di estrema sintesi, si afferma come non debbano essere i giudici interni a disapplicare le norme nazionali in contrasto con la Carta di Nizza, ma che debba essere la Corte costituzionale ad intervenire, operando un controllo *erga omnes*, secondo il modello accentratore di costituzionalità (punto 5.2). Si tratta, in altri termini, di un incoraggiamento al giudice comune a preferire la formulazione di una questione di legittimità costituzionale anziché operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (facoltà sempre possibile che tra l'altro diviene obbligo nel caso di giudice di ultima istanza) laddove i diritti ed i principi sanciti dalla Carta di Nizza si intersechino con quelli tutelati dalla Costituzione: è infatti possibile che «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione». Tutto ciò comunque in un'ottica di «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (...), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico». Sul punto si inserisce il timore, avanzato da autorevole dottrina, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni cost.*, 2018, 1, p. 157, che l'asse tra i giudici comuni e la Corte di giustizia rischi di «erodere, per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali, ruolo e poteri della giurisdizione costituzionale». Tali preoccupazioni, seppur condivisibili, non devono comunque condurre a legittimare la Corte costituzionale ad una interpretazione unilaterale della Carta, che abbia riguardo unicamente alle proprie tradizioni costituzionali, dal momento che il dialogo con la Corte di Giustizia può offrire un importante contributo al fine di rendere i valori della Costituzione, tradizioni comuni. Nella vastissima letteratura che si è occupata di analizzare la sentenza 269/2017 ed i suoi risvolti sul tema, si richiamano inoltre, per tutti, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quad. cost.*, 2018, pp. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2018, 1, pp. 194 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, 3, pp. 1 ss. Con la sentenza 20/2019, la Corte costituzionale torna a riflettere, sul tema, operando delle «significative messe a punto» ed un «complessivo riassetto dell'equilibrio precedente» come afferma G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Riv. aic.*, 2019, 4, pp. 6., lasciando libertà di scelta per il giudice comune in merito al rimedio pregiudiziale da attivare, rendendo la doverosità della preventiva rimessione alla Corte costituzionale una «opportunità» (punto 2.1); prevedendo inoltre, con l'esclusione di «ogni preclusione» (punto 2.3), la facoltà di rinvio pregiudiziale sulla stessa disciplina oggetto del sindacato di costituzionalità e non più solo, come si era affermato nella decisione del 2017, «per altri profili». Il giudice comune dovrà, pertanto, calarsi direttamente nel rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, il cui funzionamento deve necessariamente essere improntato al meta-principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE.

¹¹³ Si fa riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come afferma Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, cit., è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di

che necessitano di un'opportuna valorizzazione e che non sono suscettibili di una compressione che esuli dai binari del principio di proporzionalità. Precisamente, mi riferisco alla riservatezza nelle sue più moderne declinazioni e alla trasparenza quale corollario del principio democratico ed intesa come diritto dei cittadini al libero accesso alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione nonché criterio guida per il buon funzionamento della stessa.

Posto che uno dei principi fondamentali dello stato costituzionale è quello secondo cui «la pubblicità è la regola, il segreto l'eccezione, e a ogni modo è un'eccezione che non deve far venir meno la regola»¹¹⁴, le esigenze di controllo del potere pubblico hanno reso sempre più difficile operare un attento e corretto bilanciamento tra gli opposti interessi di accesso alle informazioni e di riservatezza delle stesse¹¹⁵, entrambi rilevanti e meritevoli di tutela. Devono infatti esistere dei limiti alla trasparenza la quale si sostanzia nel passaggio da mera conoscibilità a conoscenza effettiva, finalizzata alla formazione di una opinione strutturata, ed il cui approdo finale consiste nel controllo diffuso sull'agire amministrativo¹¹⁶. È quindi necessario comprendere quali siano questi limiti della trasparenza amministrativa, dal momento che aree di segretezza nella pubblica amministrazione vi devono necessariamente essere e permanere a salvaguardia di altri diritti o interessi costituzionalmente tutelati¹¹⁷.

impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana».

¹¹⁴ L'espressione è di N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1980, 2, p. 184.

¹¹⁵ Sul tema v. 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, 14, pp. 64-65, in cui l'Autore sottolinea come *privacy* e trasparenza siano «elementi essenziali per mantenere in buona salute la vita democratica di uno Stato (...) la cui azione combinata permette allo stesso tempo di preservare la libertà dei privati dagli abusi del potere e di favorire la libera partecipazione dei cittadini, i quali possono informarsi sull'azione della pubblica amministrazione, celando però gli aspetti della propria vita privata che, se rivelati, potrebbero potenzialmente condurre a conseguenze indesiderate e talvolta discriminatorie».

¹¹⁶ Cfr. C. COLAPIETRO, *Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere*, in L. CALIFANO e ID. (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014, pp. 21 ss.

¹¹⁷ Sul punto v. M. CAPORALE, *Trasparenza, accesso civico e riutilizzo dei dati pubblici. I limiti a tutela di interessi pubblici giuridicamente rilevanti*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di informazioni. Commento sistematico al D.Lgs. 33/2013 dopo le modifiche apportate dal D.Lgs 25 maggio 2016, n. 97*, Rimini, 2016, p. 135, in cui l'A. sottolinea correttamente come molto si sia detto sull'estensione della trasparenza, ma poco ci si sia soffermati sul suo perimetro esterno, e quindi «sulle necessarie aree di segretezza che permangono nella nostra amministrazione a tutela di altri diritti costituzionalmente riconosciuti»; v. inoltre ID., *Segreto di Stato, segreto amministrativo e sistema di classificazione delle informazioni*, Bologna, 2013, in particolare pp. 123 ss., per i richiami e le riflessioni in merito alla distinzione tra trasparenza e pubblicità, e pp. 126-127, in cui si evidenzia come le riforme della pubblica amministrazione siano state indirizzate alla massima trasparenza «imponendo limiti più puntuali alla discrezionalità della pubblica amministrazione nell'utilizzo del segreto, strumento che costituisce sempre più un'eccezione laddove pubblicità e trasparenza diventano la regola». In argomento, vedi anche la differenza tra limiti della trasparenza e limiti alla trasparenza prospettata da F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 13-16, secondo il quale, i primi sono quelli che mostrano le «insufficienze della trasparenza nel raggiungere i risultati ai quali essa è strumentale»; i secondi, invece, si sostanziano principalmente nella riservatezza privata e nella riservatezza pubblica. Nella vasta letteratura sul tema, cfr. pure

Proprio sul perimetro che si deve tracciare attorno agli obblighi di pubblicazione, soprattutto in rapporto alla tutela della riservatezza, la sent. 20/2019 offre un prezioso punto di vista, capace di spiegare importanti effetti sul rapporto in questione. Si fronteggiano, da un lato, l'esigenza di trasparenza amministrativa che si manifesta anche quale forma di controllo dell'azione pubblica con particolare riguardo all'uso delle risorse e all'integrità personale dei soggetti responsabili del loro utilizzo; dall'altro, invece, l'esigenza di tutelare la riservatezza, intesa non solo come esclusione del prossimo dalla propria sfera privata, ma anche quale diritto al controllo della circolazione delle proprie informazioni: all'autodeterminazione informativa.

Il caso prendeva le mosse da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar del Lazio¹¹⁸, con riguardo all'art. 14, co. 1-*bis* e 1-*ter*¹¹⁹, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 giusta i quali, a fini di trasparenza amministrativa, si imponevano obblighi di pubblicazione a titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e a titolari di incarichi dirigenziali. L'incidente di costituzionalità sollevato dal Collegio si incentrava sulla violazione degli artt. 2, 3, 13 e 117, co. 1 Cost., nonché degli artt. 7, 8 e 52 della Carta di Nizza e di varie norme della direttiva 95/46/CE, oggi sostituita dal GDPR.

Nella specie, il ricorso veniva proposto da alcuni dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali avverso un provvedimento del Segretario generale dell'Autorità, che imponeva ad un ampio numero di soggetti (oltre 140.000) la pubblicazione *online* di informazioni patrimoniali che li riguardavano. In particolare, quelle previste *ex art. 14, co. 1, lett. c) ed f) d.lgs. 33/2013*. Da un lato, veniva criticata la totale equiparazione dei dirigenti pubblici con i titolari di incarichi politici, senza che venissero puntualizzate differenziazioni tra le figure dirigenziali, compiendo così una «erronea assimilazione di condizioni non equiparabili fra loro» che inoltre prescindeva «dall'effettivo rischio corruttivo insito nella funzione svolta»¹²⁰; dall'altro si metteva in discussione l'obbligo di pubblicazione delle informazioni senza alcun filtro in grado di scongiurare la diffusione di dati non necessari (per i fini della normativa) o comunque suscettibili di interpretazioni distorte.

Cruciale, nell'argomentazione del Tar, era il contrasto delle norme impugnate con il principio di *proporzionalità*, soprattutto nella sua prospettiva legata alla *privacy*, che, insieme a quelli di pertinenza e non eccedenza, al primo strettamente connessi, costituisce «il canone complessivo che governa l'equilibrio del rappor-

I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2015, 11, pp. 2 ss.; C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa*, Napoli, 2016; A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018.

¹¹⁸ TAR Lazio, 19 settembre 2017, n. 9828, in *Federalismi.it*, 2017.

¹¹⁹ Il ricorso avverso il co. 1-*ter* della norma (limitatamente alla prescrizione dell'ultimo periodo secondo cui «l'amministrazione pubblica sul proprio sito istituzionale l'ammontare complessivo dei suddetti emolumenti per ciascun dirigente») è stato aggiunto d'ufficio dal Tar dopo aver valutato come non manifestamente infondate le questioni sollevate in merito al co. 1-*bis*.

¹²⁰ Così TAR Lazio, 19 settembre 2017, n. 9828, cit. che aggiunge: «la previsione in contestazione assimila condizioni che, all'evidenza, non sono equiparabili fra loro, stante l'enorme diversità tra le condizioni giuridiche facenti capo, nel vigente ordinamento nazionale, da un lato, ai titolari di incarichi politici e, dall'altro, ai titolari di incarichi dirigenziali».

to tra esigenza, privata, di protezione dei dati personali, ed esigenza, pubblica, di trasparenza»¹²¹.

Nel nuovo scenario digitale, il principio di proporzionalità assume una nuova centralità con riguardo alla decisione di legittimità inerente alla diffusione dei dati personali: nel caso in esame, infatti, oltre ad essere la natura dei dati di cui si chiedeva la pubblicazione a sollevare interrogativi circa l'ammissibilità della richiesta, Internet e le nuove tecnologie permettono una diffusione quanto mai capillare dei dati la cui circolazione può avvenire in modo indiscriminato se, come in questa vicenda, non vengono introdotte misure che ne impediscano l'indicizzazione generalizzata da parte dei motori di ricerca. Posto infatti che è proprio la più ampia circolazione possibile dei dati a permettere una maggiore possibilità di informazione da parte dei cittadini (e quindi una maggior trasparenza della pubblica amministrazione), non può certo «riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali»¹²². La trasparenza non può essere considerata un valore assoluto, ma deve essere soggetta ad un attento bilanciamento, che abbia riguardo primariamente al principio di proporzionalità e agli altri diritti e valori costituzionali, e tra questi, quello alla riservatezza.

L'acuito contrasto tra trasparenza e protezione dei dati personali, sintomo del preponderante impiego delle nuove tecnologie, è il fulcro della sentenza in esame ed il principio di proporzionalità è la chiave per approdare ad una soluzione del caso concreto.

La macroscopica differenza di *status* tra le categorie in esame per genesi, funzioni, struttura e poteri, non rende ragionevole la loro riconduzione nell'ambito dello stesso regime. La loro totale (forzata) equiparazione non può infatti giustificarsi (in quanto non proporzionata) in vista dei fini di trasparenza amministrativa.

La Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità sollevata in relazione all'obbligo, imposto a carico di ciascun titolare di incarico dirigenziale di pubblicare i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica, nonché gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici [art 14, co. 1, lett. c) d.lgs. 33/2013]. Un regime di piena conoscibilità così previsto viene giudicato proporzionato rispetto alle finalità perseguite, in quanto ragionevolmente connesso all'esercizio di un controllo riguardante la corretta esecuzione degli incarichi istituzionali e le giuste modalità di impiego delle risorse pubbliche. Appare convincente la Corte nel ritenere che non ci sia fondato motivo di considerare la

¹²¹ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit., punto 1.6.

¹²² Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit., punto 3.1 in cui la Corte richiama la Corte di giustizia UE (Grande Sezione), 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, in cui al par. 85 si afferma che: «si deve ricordare che le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l'interesse dell'Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta. Orbene, non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali (...), anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici»; sul punto, per la Corte costituzionale, punto 2.2, il nuovo contesto digitale rappresenta «un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare».

pubblicazione di tali dati come rischio per la sicurezza o la libertà degli interessati, o come fonte di una lesione alla dignità personale degli stessi. Si tratta infatti di dati direttamente collegati allo svolgimento dell'incarico dirigenziale e alle spese pubbliche a ciò destinate. Ben si comprende, quindi, la ragione profonda (qui assolutamente presente) su cui si basa il diritto dell'intera *societas* alla conoscenza di tali informazioni senza che, d'altra parte, si possa addurre la violazione del diritto alla riservatezza degli incaricati.

Diverse sono, invece, le conclusioni della Corte costituzionale in merito alle pubblicazioni previste *ex art.* 14, co. 1, lett. *f*) d.lgs. 33/2013 che, ai sensi del censurato co. 1-*bis* della norma, vengono imposte a tutti i titolari di incarichi dirigenziali senza alcuna distinzione. Uguale però è il principio alla base del giudizio: quello di proporzionalità. Ad essere sproporzionato, a parere della Corte, è infatti il mezzo in rapporto al fine: la richiesta di pubblicazione di tali dati non trova giustificazione, *rectius*, non è proporzionata al perseguimento del fine di contrastare la corruzione della pubblica amministrazione¹²³. Questo dal momento che tali informazioni non consentono, in concreto, né di avere contezza della organizzazione e delle attività svolte dalle pubbliche amministrazioni né di poter effettuare un controllo sulla spesa pubblica. Ne deriva che il detrimento della tutela offerta (e legittimamente attesa) con riguardo al diritto alla riservatezza, non comporta, in questo caso, un corrispondente incremento né del diritto dei cittadini ad una adeguata informazione sul punto né dell'interesse pubblico alla repressione dei fenomeni corruttivi. La norma viene pertanto dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui prevede l'obbligo a carico della P.A. di pubblicare i dati *ex art.* 14, co. 1, lett. *f*), d.lgs. 33/2013, riguardanti tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti¹²⁴. La richiesta di pubblicare le informazioni in questione non può prescindere da una differenziazione fondata sul ruolo, sulle responsabilità e sulla carica ricoperta dal dirigente, al fine di comprendere il concreto livello di potere decisionale e gestionale del soggetto, così da decidere in merito alla pervasività e completezza dei dati da pubblicare. Il menzionato livello di potere, infatti, non può che influenzare profondamente la gravità del rischio corruttivo e le conseguenti necessità di trasparenza e informazione.

L'indiscriminata conoscibilità dell'ampio ventaglio di dati personali di cui si impone la pubblicazione non risulta essere il *least restrictive means* adottabile.

Nell'ottica di un bilanciamento solo parzialmente effettuato, secondo la Consulta, in riferimento a due categorie di dirigenti pubblici, non pare irragionevole il mantenimento dei suddetti obblighi di pubblicazione *ex art.* 14, co. 1, lett. *f*), d.lgs. 33/2013: il Segretario generale dei ministeri, di direzione di strutture articolate al

¹²³ Precisa Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit., punto 5.3, che tali dati non sono necessariamente in diretta connessione con l'espletamento dell'incarico. Quello che deve essere valutato è se quel «ventaglio di informazioni e dati personali di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione appaia necessaria e proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione sulla trasparenza».

¹²⁴ Sono invece dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza le questioni di legittimità sollevate con riferimento al co. 1-*ter* dell'art. 14 del citato d.lgs. dal momento che i provvedimenti impugnati nel giudizio principale sono stati adottati solamente in applicazione del co. 1-*bis*.

loro interno in uffici dirigenziali generali; e coloro che sono deputati alla direzione di uffici di livello dirigenziale generale. Sono proprio i compiti svolti da tali soggetti, indicati rispettivamente all'art. 19, co. 3 e 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che possono giustificare un obbligo così incisivo.

Si sottolinea come, ad aggravare la frustrazione del diritto alla riservatezza, siano le modalità previste per la pubblicazione dei dati. La libera rintracciabilità delle informazioni sulla rete, che per di più non sembrano connesse funzionalmente al controllo (del corretto espletamento) dell'incarico affidato ai dirigenti, pare infatti incorrere nel rischio di stimolare ricerche basate sulla mera «*public's thirst for information about the private life of others or to an audience's wish for sensationalism or even voyeurism*»¹²⁵. Di più, la massa di dati pubblicata, senza un previo controllo a monte (basato sui criteri di ragionevolezza e proporzionalità) rischia di creare una sorta di «opacità per confusione»¹²⁶ tale da ostacolare la ricerca delle informazioni realmente utili per i fini perseguiti. La digitalizzazione dei più svariati aspetti della vita di ogni individuo, anche nella sua forma associata, rende ancora più centrale, per le politiche pubbliche, bilanciare gli interessi giuridici, di natura individuale o metaindividuale, in gioco con il diritto alla riservatezza, sempre nell'ottica della natura "non tiranna" di quest'ultimo¹²⁷.

Da qui il monito al legislatore, lanciato dal Giudice delle leggi, in una prospettiva *de iure condendo*, di attuare una revisione complessiva, definita urgente, della materia, in modo tale da soddisfare le esigenze di trasparenza in relazione alle differenti tipologie di incarico dirigenziale, senza violare, *rectius*, limitare sproporzionatamente la *privacy* dei singoli. In attesa del necessario intervento legislativo in materia, la Corte costituzionale ha inteso quindi garantire un nucleo, seppur minimo, di tutela per questi due diritti per i quali i termini di bilanciamento appaiono senz'altro mobili. Pare opportuno che il legislatore affronti il compito cui è stato chiamato, oltrepassando i limitati parametri forniti dalla Corte costituzionale, dal momento che tali parametri originano da mere questioni processuali, ossia dalla risposta alla (circoscritta) questione sollevata dal Tar Lazio sulla base dell'impugnativa dei ricorrenti. Il legislatore dovrebbe, infatti, soffermarsi anche sulle modalità di pubblicazione dei dati, e precisamente sulla possibilità, in capo ai motori di ricerca, di operare un'indicizzazione dei dati, senza ostacoli o filtri di sorta (art. 9 d.lgs. 33/2013) e di riutilizzarli (art. 7 d.lgs. 33/2013). La revisione dovrebbe, quindi, essere complessiva: puntuale sulla richiesta (diretta) della Corte costituzionale e avere, al contempo, riguardo al quadro d'insieme, all'interno del quale non sono mancate note critiche della Consulta in merito alle suddette modalità di pubblicazione, in quanto esse accrescono la rigidità della norma impugnata. Bisogna infatti chiedersi se tali modalità possano rappresentare un *quid pluris*, risultando davvero necessarie per le finalità di trasparenza amministrativa, anche in rapporto alla (indiscutibile) compres-

¹²⁵ Così, Corte EDU, *Grand Chamber*, 8 novembre 2016, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, par. 162.

¹²⁶ L'immagine è offerta dalla stessa Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit., punto 5.3.1.

¹²⁷ O. POLLICINO-F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda digitale*, 25 febbraio 2019.

sione del diritto alla riservatezza degli interessati, con il quale, si è detto, le esigenze di trasparenza devono comunque porsi in equilibrio. Non potendosi, a parere di chi scrive, prospettare una risposta positiva, è anche su questi aspetti che si dovrebbe concentrare l'attenzione del legislatore.

Di più, pare che il "riutilizzo" dei dati, sancito *ex art.* 7 d.lgs. 33/2013 e recentemente promosso dal *Data Governance Act*¹²⁸, non sia propriamente legato ai doveri di trasparenza amministrativa quanto, piuttosto, allo sfruttamento (anche) economico dei dati stessi. Da questa angolazione, il bilanciamento da effettuarsi dovrà tenere in considerazione diversi fattori: il diritto alla *privacy* e la possibilità di sfruttare i dati personali, senza che la trasparenza giochi un ruolo di rilievo.

La sentenza 20/2019 rappresenta, quindi, un'ulteriore conferma di quanto la proporzionalità costituisca un principio fondamentale che «dovrebbe guidare ogni operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali antagonisti»¹²⁹ e che riveste una importanza particolare nell'ambito del diritto alla protezione dei dati personali. Nel ragionamento dei giudici, il principio di proporzionalità rappresenta il cuore, lo strumento attraverso il quale tratteggiare correttamente i confini relativi agli obblighi di pubblicazione gravanti sui dirigenti amministrativi. Anche se animate da fini indiscutibilmente nobili, come la repressione del fenomeno corruttivo all'interno della pubblica amministrazione e, più in generale, il buon andamento della stessa, le limitazioni ai diritti fondamentali della persona, e segnatamente quello alla riservatezza, devono sempre operare entro i binari dello stretto necessario, assicurandosi di utilizzare il mezzo che ne determini la minor compressione.

All'orizzonte pare, inoltre, potersi scorgere il ruolo, di una certa importanza, che il diritto all'oblio riveste nell'ambito della trasparenza amministrativa, specialmente laddove la massima reperibilità delle informazioni venga perpetrata attraverso motori di ricerca esterni ai siti *web* istituzionali. Infatti, un simile metodo – ribadito dal legislatore all'art. 9 d.lgs. 33/2013 giusta il quale l'amministrazione non può disporre filtri o altro genere di soluzioni idonee ad impedire ai motori di ricerca di indicizzare ed effettuare ricerche sul materiale pubblicato –, senza rappresentare un *quid pluris* in favore della trasparenza amministrativa, rischia di divenire la fonte di pregiudizi per la *privacy* degli interessati. A fronte di ciò, il Garante per la protezione dei dati personali ha da tempo prospettato, come soluzione più opportuna, l'utilizzo di funzionalità di ricerca interne al sito stesso, in modo da assicurare accessi più selettivi e coerenti con le finalità sottese alla pubblicazione¹³⁰.

¹²⁸ Reg. UE 868/2022 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il Reg. UE 1724/2018 (regolamento sulla *governance* dei dati). Il «riutilizzo», cui il *Data Governance Act* dedica l'intero capo II, viene definito *ex art.* 2 del regolamento stesso come «l'utilizzo di dati in possesso di enti pubblici da parte di persone fisiche o giuridiche a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo iniziale nell'ambito dei compiti di servizio pubblico per i quali i dati sono stati prodotti, fatta eccezione per lo scambio di dati tra enti pubblici esclusivamente in adempimento dei loro compiti di servizio pubblico».

¹²⁹ In questo senso Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, cit., punto 5.4.

¹³⁰ Cfr. le 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, del GPDP, Provv. 28 maggio 2014, doc. *web*. n. 3134436 secondo cui è infatti preferibile «evitare, ove possibile, la reperibilità dei dati personali da parte dei motori di ricerca

Si prospetta come possibile (o forse probabile) il rischio di una “cristallizzazione” dei dati nel *web*, aggravata dalla loro indicizzazione massiva: è infatti facile che un documento informatico possa essere copiato, riprodotto o alterato anche solo parzialmente, rendendo quanto mai ardua la possibilità di ottenerne una cancellazione effettiva, anche dopo che sia decorso il termine di pubblicazione, travalicando così le garanzie approntate dal d.lgs. 33/2013¹³¹. Sul punto si inserisce l’art. 1, co. 7-ter del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 8, recante «disposizioni urgenti in materia di proroga dei termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica». Secondo tale disposizione, non è consentita l’indicizzazione delle informazioni oggetto di un regolamento di delegificazione (di adeguamento alla sentenza 20/2019) la cui adozione, prevista per il 31 dicembre 2020, e posticipata al 30 aprile 2021, risulta al momento in cui si scrive, ancora inattuata¹³². Tale regolamento dovrebbe essere finalizzato a ridefinire gli obblighi di trasparenza e pubblicità, a carico delle P.A., con riguardo ai compensi e ai dati reddituali e patrimoniali dei titolari amministrativi di vertice, dei titolari di incarichi dirigenziali, nonché dei dirigenti sanitari e di coloro che rivestono posizioni organizzative ad essi equiparate, nel rispetto di criteri indicati dal decreto legislativo stesso *ex art.* 1, co. 7¹³³.

esterni»; sul collegamento tra diritto all’oblio e trasparenza amministrativa v. L. FEROLA, *Conservazione, indicizzazione e rintracciabilità dei dati, tra diritto all’oblio e dovere di trasparenza*, in L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, cit., pp. 243 ss.; *ivi* anche il contributo di L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, pp. 57-58 nonché pp. 64-65, con riferimento anche alla giurisprudenza del Garante.

¹³¹ Cfr. il *Parere su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza*, del GPDP, Prov. 3 marzo 2016, doc. *web* n. 4772830; e V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell’ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *Federalismi.it*, 2020, 5, pp. 55-56.

¹³² La proroga della data di adozione del regolamento è stata effettuata con il d.l. 183/2020 (art. 1, co. 16).

¹³³ I criteri individuati dalla legge nell’adozione del regolamento sono: «a) graduazione degli obblighi di pubblicazione (...) in relazione al rilievo esterno dell’incarico svolto, al livello di potere gestionale e decisionale esercitato correlato all’esercizio della funzione dirigenziale, tenuto anche conto della complessità della struttura cui è preposto il titolare dell’incarico (...); b) previsione che i dati di cui all’articolo 14, co. 1, lettera f), del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, possano essere oggetto anche di sola comunicazione all’amministrazione di appartenenza; c) individuazione, anche in deroga all’obbligo di pubblicazione per i titolari di incarichi dirigenziali (...), dei dirigenti dell’amministrazione dell’interno, degli affari esteri e della cooperazione internazionale, delle forze di polizia, delle forze armate e dell’amministrazione penitenziaria per i quali non sono pubblicati i dati di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in ragione del pregiudizio alla sicurezza nazionale interna ed esterna e all’ordine e sicurezza pubblica, nonché in rapporto ai compiti svolti per la tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell’ordine e della sicurezza interna ed esterna». Fino all’entrata in vigore del regolamento di adeguamento alla pronuncia della Corte costituzionale, la norma dispone che non si applicano le misure di responsabilità di cui all’art. 46 (a carico delle pubbliche amministrazioni obbligate alla pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali) e delle sanzioni *ex art.* 47 (per i dirigenti chiamati a comunicare i dati) del d.lgs. 33/2013, ad eccezione dei titolari di incarichi dirigenziali *ex art.* 19, co. 3 e 4 del d.lgs. 165/2001 per i quali, invece, le misure in questione trovano, appunto, applicazione. Sul punto cfr. la Circolare n. 12 del 22

Il diritto all'oblio è strettamente connesso alla qualità dei dati di cui si occupa l'art. 6 d. lgs. 33/2013: la presenza di dati risalenti e non aggiornati, ma nei quali ci si può comunque facilmente imbattere in rete, tramite la ricerca di parole chiave, mal si concilia con l'esigenza di garantire una amministrazione trasparente, dal momento che informazioni di tal genere non presentano certo il carattere tecnico della qualità.

Internet, massimo collettore di dati, fa dunque sorgere il problema relativo alla protezione dei dati personali che vengono indicizzati dai motori di ricerca, restando disponibili per l'utente per un tempo tutt'altro che limitato. Ad essere criticabile – oltre l'eccessività in sé della richiesta di pubblicazione di determinati dati, come nel caso prospettato nella sentenza 20/2019 – può essere anche il fatto che determinati dati, legittimamente pubblicati *ab origine*, relegati poi in una dimensione atemporale, possono divenire obsoleti e non più attinenti alla attualità dei fatti, creando così una discrasia tra la realtà *online* e quella *offline*.

Partendo dall'assunto secondo il quale non si può intendere il diritto all'oblio come un diritto della personalità, come tale assoluto e inviolabile (oltre che imprescrittibile ed inalienabile)¹³⁴, le fondamentali esigenze di trasparenza a tutela di interessi individuali e generali¹³⁵, richiedono un proporzionale bilanciamento con le esigenze del singolo, non solo a non veder pubblicati i suoi dati personali perché non funzionalmente connessi alle finalità di controllo dell'operato amministrativo, ma anche a che i suoi dati pubblicati siano aggiornati e contestualizzati.

È pertanto indubbiamente necessario ricercare un giusto equilibrio, soppesando le opposte esigenze del caso concreto, utilizzando senz'altro il principio di proporzionalità, in modo da comprendere se l'interesse pubblico alla memoria sia quello preminente.

In quest'ottica sembra quindi possibile parlare del diritto all'oblio quale “questione di *proporzionalità*” perché è proprio il principio di proporzionalità a permearlo e ad indicare la strada da intraprendere per bilanciare correttamente la libera circolazione delle informazioni con il diritto a non veder travisata la propria immagine sociale.

marzo 2023 del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Secondo A. CORRADO, *Gli obblighi di trasparenza dei dirigenti amministrativi: il lento e “incerto” incedere del legislatore*, in *Federalismi. it*, 2021, 20, p. 103, data l'attuale inattuazione del decreto di delegificazione, comincia «una fase di interregno nella quale i principali protagonisti della trasparenza amministrativa (...) cercheranno di individuare, con faticosa interpretazione, la portata degli obblighi di pubblicazione (a fini di trasparenza) previsti per i dirigenti amministrativi, con particolare riguardo alla situazione reddituale degli apicali di tutte le amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparate».

¹³⁴ In questo senso, v. G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, 4-5, p. 600, ove, secondo l'A., «non pare che il diritto all'oblio costituisca un diritto in sé e che si debba ampliare il catalogo dei diritti della personalità, dal momento che esso appare comunque strumentale, o al diritto all'identità personale o al diritto alla protezione dei dati personali. Da un punto di vista metodologico, non serve in questo caso procedere alla creazione e alla formulazione di un nuovo diritto, dal momento che i diritti già consolidati sono idonei ad accogliere le esigenze nuove»; dello stesso avviso M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 3, p. 1018.

¹³⁵ Cfr. F. BRAVO, *Software di intelligenza artificiale e istituzione del registro per il deposito del codice sorgente*, in *Contratto e impr.*, 2020, 4, p. 1412, in cui l'A. sottolinea come il principio di trasparenza configuri un «baluardo della democrazia così come di insopprimibili esigenze di tutela della persona, nei suoi diritti e nelle sue libertà fondamentali».

Finito di stampare anno 2023
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.
Via A. Gherardesca • 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacineditore.it





€ 70,00