



RIVISTA ITALIANA DI
INFORMATICA E DIRITTO

PERIODICO INTERNAZIONALE DEL CNR-IGSG

ISSN 2704-7318 • n. 2/2023 • DOI 10.32091/RIID0113 • articolo non sottoposto a peer review • pubblicato in anteprima il 21 set. 2023

licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Condividi allo stesso modo (CC BY NC SA) 4.0 Internazionale 

MARCO BOMBARDELLI

Recensione a: Benedetto Ponti, *Attività amministrativa e trattamento dei dati personali. Gli standard di legalità tra tutela e funzionalità*, Milano, Franco Angeli, 2023

L'Autore è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Trento

Il libro di Benedetto Ponti considera in modo approfondito l'impatto della disciplina in materia di tutela dei dati personali sull'attività di svolgimento di compiti di interesse pubblico, con lo scopo di individuare i profili di liceità dell'uso di questi dati in tale ambito.

L'Autore muove dalla constatazione di come i trattamenti operati nell'assolvimento dei suddetti compiti rientrino negli spazi di differenziazione che la fonte oggi prevalente in materia – ovvero il Regolamento (UE) n. 2016/679 (GDPR) – lascia ancora alla legislazione nazionale. Spazi che segnalano la peculiarità dell'ambito a cui si riferiscono, essendo invece il GDPR stato adottato proprio per assicurare una disciplina uniforme a livello eurounitario del trattamento dei dati personali, al fine di ridurre quei margini ampi e generalizzati di differenziazione che la precedente direttiva aveva lasciato aperti agli Stati membri, determinando conseguenze negative sia sulla tutela effettiva dei diritti e delle libertà degli individui, sia sulla corretta circolazione dei dati e sulla connessa promozione delle condizioni per lo sviluppo del mercato unico.

In particolare, il GDPR introduce direttamente una base giuridica sufficiente per consentire il trattamento dei dati personali nell'esercizio di funzioni pubbliche, prevedendo all'art. 6, par. 1, lett. e) i presupposti e le condizioni di liceità ad esso corrispondenti. Ma al tempo stesso lascia aperta la possibilità che il legislatore nazionale intervenga per arricchire questi presupposti e queste condizioni, con un proprio intervento, anche di tipo restrittivo. L'Autore attribuisce in parte questa apertura a una tradizione di *deference* della normativa comunitaria rispetto ai legislatori nazionali quando sono in gioco la disciplina dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, ma osserva come la stessa si riveli necessaria anche in relazione alle specificità di questo trattamento e in particolare delle modalità di determinazione delle finalità per cui esso può

essere operato, che per i poteri pubblici sono individuate in base al principio di legalità, in modo sicuramente diverso rispetto a quanto avviene per i titolari privati di trattamenti.

Muovendo dalla considerazione di questo assetto normativo, Ponti avanza la sua proposta teorica, introducendo una categoria interpretativa che definisce con la nozione di *dual legality standard*, alla luce della quale si propone di sviluppare una ricostruzione del vigente quadro di disciplina dei trattamenti dei dati personali per l'esercizio dei compiti di interesse pubblico.

L'Autore osserva innanzitutto come il precedente regime giuridico introdotto dalla Direttiva 95/46/CE in riferimento al trattamento di dati personali per finalità di interesse pubblico desse sicuramente rilievo al presupposto di liceità connesso alla clausola di necessità del trattamento per il perseguimento della finalità di interesse pubblico e come questa operasse sia come vincolo europeo al legislatore statale, sia come parametro di interpretazione. Ma l'efficacia di tale clausola come presupposto di liceità dipendeva dalla disciplina nazionale di recepimento, certo soggetta ai vincoli della direttiva, ma chiamata a disegnare nel concreto, in ambito nazionale, il regime di trattamento dei dati. Ciò finiva per collocare il legislatore nazionale in un ruolo di *dominus* dello standard legale del trattamento dei dati personali a fini di esercizio di compiti di interesse pubblico, standard che quindi risultava essere unico perché in definitiva delineato nella legislazione nazionale, sia pure sotto il regime della direttiva.

Il GDPR, mirando a eliminare la frammentazione delle discipline nazionali conseguente alle diversità con cui gli Stati membri avevano recepito la direttiva, determina il superamento di questa primazia. Pur richiamando (art. 6, par. 1, lett. e), in termini praticamente analoghi a quanto faceva la direttiva (art. 7, lett. e), la necessità del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse

pubblico o l'esercizio di pubblici poteri, il GDPR non richiede che il requisito di necessità del trattamento sia tradotto in disposizioni legislative interne, ma, in virtù della sua natura di Regolamento, lo rende direttamente efficace. Ciò fa sì che l'autorizzazione del trattamento necessario per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico non dipenda più dalle previsioni legislative dell'ordinamento interno, ma direttamente dalle disposizioni del Regolamento.

L'Autore osserva come questo produca una significativa modifica nel rapporto tra l'operatività della clausola di necessità e il principio di legalità. Mentre infatti quest'ultimo impone che il potere sia conferito secondo modalità tipiche per quanto riguarda la tipologia del potere conferito, le forme in cui può essere esercitato e le limitazioni della sfera giuridica che può determinare, nel caso del trattamento dei dati personali ciò che rileva per la liceità del trattamento non sono tanto questi aspetti, non è l'esplicita attribuzione del potere, ma «l'attitudine del trattamento in questione (quali che ne siano le forme, le qualità, le modalità) a consentire il conseguimento di una determinata finalità, secondo un nesso di strumentalità declinato nei termini della *necessarietà*». Ponti ravvisa così come il modo con cui la clausola della necessità assegna il potere ricalchi da vicino lo schema finalistico proprio di un potere implicito e si interroga sulla possibilità di inquadrare la clausola di necessità entro le coordinate di questo tipo di potere. Ma dopo una attenta analisi ravvisa un disallineamento tra i criteri di legittimazione del trattamento dei dati personali ai fini dell'esercizio dei compiti di interesse pubblico, così come identificati nel GDPR, e i criteri di ammissibilità dei poteri impliciti alla luce del principio di legalità, come declinati dalla giurisprudenza amministrativa nazionale.

È anche in ragione di questo disallineamento che l'A. ritiene necessario introdurre una nuova prospettiva di lettura del fenomeno, che appunto viene imperniata sul duplice standard di legalità. Questa lettura viene impostata da Ponti a partire da due considerazioni, una di carattere storico-positivo e l'altra di carattere sistematico-applicativo. In base alla prima, viene rilevata una concomitanza, e una conseguente esigenza di trovare un punto di equilibrio, tra, da un lato, il parametro di legalità elaborato dal legislatore nazionale a partire

dal diritto europeo, e, dall'altro, lo standard legale previsto dal GDPR e idoneo a trovare immediata applicazione negli stessi ordinamenti nazionali nell'ambito di un disegno di progressiva uniformazione. In base invece alla seconda considerazione viene osservato come, anche nella disciplina dettata dal GDPR, a una netta e rigida uniformazione dei presupposti di liceità di trattamento dei dati personali per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico, si sia preferita la presa d'atto della molteplicità di approcci regolatori differenziati sviluppati negli ordinamenti nazionali, riconoscendo agli Stati membri la facoltà – anche se non l'obbligo – di delineare e modulare il proprio standard, nell'ambito di margini di adattamento riconosciuti dallo stesso Regolamento.

Ponti passa quindi ad esaminare nel dettaglio i due standard legali. Dapprima si sofferma sulla clausola di necessità, individuata come standard uniforme/residuale. Questa viene considerata in modo approfondito e sotto vari profili, soffermandosi su questioni come quella relative all'individuazione della base giuridica del trattamento, secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 3 del GDPR; quella relativa al principio di limitazione della finalità del trattamento; quella – svolta anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea – relativa alla definizione del carattere di necessità che deve contraddistinguere il nesso di strumentalità che connette il trattamento dei dati personali con l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o con l'esercizio di pubblici poteri di cui sia investito il titolare del trattamento.

In questa sua analisi l'Autore affronta e mette in luce molte questioni rilevanti relative al trattamento dei dati personali operato per l'esecuzione di compiti di interesse pubblico. Fra queste quella relativa alle contraddizioni che emergono, e devono essere superate, quando l'applicazione delle norme poste a tutela dei dati personali interferisce con il quadro normativo altrettanto rilevante che prevede «un uso strategico, sistematico ed integrato delle banche dati pubbliche»; quella relativa alla relazione che deve essere individuata tra necessità del trattamento ed efficacia nello svolgimento dei compiti pubblici; quella relativa alla proporzionalità che deve sempre essere assicurata tra l'ampiezza della limitazione sofferta dalla tutela dei dati personali – specie in relazione alla quantità dei dati trattati e alle modalità di comunicazione

e diffusione degli stessi – e quella del margine di manovra riconosciuto all'amministrazione «nel *desumere* in modo *implicito*, alla stregua del solo criterio della *strumentalità necessaria*, i trattamenti lecitamente realizzabili».

Operata quindi l'analisi dello standard uniforme, Ponti passa a considerare questo margine di manovra, da cui deriva la definizione da parte dei legislatori nazionali di standard legali ulteriori, che nella ricostruzione dell'Autore vanno a definire il secondo polo del *dual legality standard*.

Viene esaminata in primo luogo la questione dell'ampiezza attribuibile a questo margine, per la quale Ponti nota come possano essere individuate due diverse estensioni. Si può cioè considerare lo stesso come uno spazio in cui il legislatore nazionale può solo ampliare o completare il quadro dei presupposti e delle condizioni deducibili dallo standard legale definito dal GDPR, che dunque va considerato come una soglia minima sotto cui non è possibile scendere. Oppure si può intendere l'adattamento come «adeguamento», ammettendo anche la possibilità di adottare misure idonee a derogare *in peius* il livello di garanzia stabilito dalla corrispondente disciplina del GDPR. L'Autore ritiene preferibile la prima impostazione, ma osserva come il quadro effettivo delle concrete scelte operate dagli Stati membri nell'utilizzo dei margini di manovra concessi, e in generale delle oggettive condizioni di contesto, contenga anche segnali che vanno nella direzione opposta.

Ponti passa quindi all'esame degli ordinamenti di alcuni Stati europei, volta a verificare come il margine di adattamento previsto dal GDPR sia stato effettivamente utilizzato. Viene rilevato come le discipline effettivamente adottate in materia di trattamento dei dati personali nell'esercizio di compiti di interesse pubblico seguano essenzialmente due schemi. Sono cioè individuabili normative interne *verticali*, che disciplinano, spesso con alto grado di dettaglio, il trattamento dei dati personali nell'esercizio di funzioni specifiche o compiti determinati, e normative interne di carattere *trasversale*, che invece, con previsioni più generali e meno dettagliate, risultano applicabili a intere classi di funzioni pubbliche. L'Autore concentra l'analisi su questo secondo tipo di normative e mette in rilievo, da un lato, come dai casi considerati emerga la presenza di stili regolatori disomogenei nell'utilizzo dei margini di adattamento, indice di un perdurante rilievo degli

standard nazionali accanto a quello dettato dal GDPR, e, dall'altro, che le integrazioni introdotte a livello nazionale al *legal standard* del GDPR vanno generalmente nel senso dell'alleggerimento di alcuni dei vincoli derivanti dal Regolamento europeo. Ponti giunge così alla conclusione che le scelte operate dai legislatori nazionali si presentano come regimi regolatori di carattere «composito e modulare» e, nel concreto, confermano l'ipotesi interpretativa del *dual legality standard*.

Ottenuta questa prima convalida della tesi sostenuta, l'Autore passa quindi a considerare in modo più specifico l'ordinamento italiano, richiamando la disciplina nazionale di recepimento della direttiva 95/46/CE nella parte in cui questa dedica alcuni specifici articoli ai trattamenti effettuati dai soggetti pubblici e poi soffermandosi sui cambiamenti intervenuti a seguito dell'entrata in vigore del GDPR.

Questi vengono a loro volta considerati nelle due diverse fasi in cui finora si sono realizzati. Una prima fase, seguita all'emanazione del d.lgs. 101/2018, in cui il legislatore italiano ha utilizzato i margini di manovra secondo una direzione di «netto irrigidimento» – rispetto sia alla disciplina interna precedente, sia allo standard legale del GDPR – dei presupposti per il trattamento dei dati personali nello svolgimento di compiti di interesse pubblico. Ponti sottolinea al riguardo come in questa fase, anche in base all'interpretazione restrittiva che il Garante ha dato della nuova normativa introdotta, «il *dual legality standard* prende corpo mediante una quasi integrale sostituzione (dei termini oggettivi) del regime del GDPR – modulato sulla *necessary clause* – con uno standard legale caratterizzato piuttosto in termini di *strict legality*». Una seconda fase – innescata anche dall'esigenza di superare alcune rilevanti difficoltà che l'approccio restrittivo ora descritto ha determinato in ambiti importanti di cura dell'interesse pubblico, come il contrasto della crisi sanitaria da Covid 19 o la gestione delle banche dati pubbliche – che con le modifiche normative introdotte dal d.lgs. n. 139/2021 vede introdurre una serie di misure tutte rivolte a rendere più agevole l'uso dei dati personali nello svolgimento di compiti di interesse pubblico.

Ponti individua nel passaggio tra le due fasi una modifica nell'impostazione dello standard legale adottato nel nostro ordinamento, che «smette di caratterizzarsi nei termini della *stretta legalità*» e

«risponde invece in modo del tutto fedele al modello della *necessary clause*». L'Autore ritiene questo passaggio particolarmente rilevante e svolge in relazione ad esso alcune importanti considerazioni. Innanzitutto, sgombra il campo dall'equivoco per cui questa modifica nella configurazione dello standard legale potrebbe portare a una diminuzione della tutela dei dati personali. Viene infatti chiarito che anche nella nuova disciplina introdotta con il «decreto capienze» rimane affidato alla legge il compito di individuare le finalità generali e i compiti di interesse pubblico e rimangono fermi, ed anzi vengono accresciuti, i presupposti per il rispetto del principio di trasparenza del trattamento; dei requisiti di chiarezza, precisione, e prevedibilità di applicazione fissati al considerando (41) del GDPR; del principio di responsabilizzazione del titolare di cui all'art. 5, par. 2 dello stesso Regolamento; delle esigenze di tutela, soddisfatte sia con la previsione di verifiche da parte dell'autorità nazionale di controllo, sia con la precisazione del punto di riferimento per l'attivazione della tutela giurisdizionale.

Poi, osserva che il passaggio a uno standard legale riconducibile alla *necessary clause* contribuisce a migliorare la capacità dell'amministrazione nell'assolvimento dei compiti di cura dell'interesse pubblico, favorendo, da un lato, l'autonomia operativa, l'efficacia e l'efficienza dei titolari del trattamento nello svolgimento dei compiti di interesse pubblico ad essi assegnati e, dall'altro, un migliore coordinamento tra i diversi soggetti pubblici, reso possibile dalla riduzione delle barriere prima fraposte alla circolazione tra di essi dei dati personali comuni e all'integrazione delle banche dati pubbliche.

L'Autore sviluppa poi ulteriormente queste sue considerazioni e si sofferma su tre casi di studio particolarmente significativi per il passaggio dalla prima alla seconda fase di attuazione del GDPR in Italia, riguardanti in particolare gli interventi di lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione, il contrasto dell'evasione fiscale e la gestione delle visite medico-fiscali da parte dell'INPS. L'analisi riprende e conferma le considerazioni prima richiamate, mettendo in luce come l'opzione per l'uno o per l'altro dei modelli regolatori oggetto dello studio conduca a profonde differenze sia nel modo di operare che nel ruolo che l'amministrazione assume nello svolgimento dei compiti di interesse pubblico.

Viene così sottolineato come il riferimento alla clausola di necessità del trattamento aumenti lo spazio di iniziativa effettivamente assegnato all'amministrazione titolare del trattamento, sia valorizzando il suo ruolo di guida dei processi di innovazione organizzativa e operativa delle funzioni e dei servizi gestiti, sia migliorando la sua capacità di interlocuzione nel rapporto con l'ambiente esterno e in particolare con i fornitori degli apparati hardware e software mediante cui si realizza in pratica il trattamento dei dati. In questo contesto l'Autore sottolinea anche come tale assetto, proprio nella misura in cui assegna una maggiore autonomia operativa e di iniziativa, comporti anche maggiore responsabilità, e sia quindi una sfida per le amministrazioni che intendano approfittarne.

Ponti ricava poi dalla sua analisi anche ulteriori interessanti e non scontate notazioni, sotto il profilo della effettività della tutela dei dati personali. L'Autore infatti, da un lato, osserva come sotto le condizioni della *necessary clause* la presa del principio di limitazione della finalità del trattamento sia più forte, perché rimuove la possibilità che la legge operi come "schermo" degli elementi oggetto di legislazione da un più approfondito esame/sindacato alla stregua del principio di necessità e consenta, autorizzandoli espressamente, di derogare al divieto di trattamenti successivi di per sé incompatibili con la finalità originaria di raccolta dei dati. Dall'altro, evidenzia come il fatto che la disciplina del trattamento sia operata non solo con legge ma anche con atto amministrativo generale finisce per aumentarne lo spazio di sindacabilità e di raffrontabilità con il parametro costituito dal GDPR.

Ponti conclude quindi la sua analisi soffermandosi sulle implicazioni che l'introduzione della *dual legality standard* viene ad avere sulla portata del principio di legalità. In primo luogo, legge la effettiva vigenza della *necessary clause* come una concreta manifestazione di una crisi della legalità, intesa in senso formale, come esclusivo criterio di legittimazione del potere amministrativo. Poi, sottolinea come l'adozione di questo standard legale, nella misura in cui alleggerisce e semplifica i presupposti di liceità del trattamento dei dati personali per l'esercizio di compiti di interesse pubblico, dia un peso più rilevante, come criteri di legittimazione dell'amministrazione, alle esigenze di funzionalità e buon andamento rispetto a quelle di rispetto della predeterminazione formale in legge della

funzione amministrativa. Ancora, e più in generale, l'analisi svolta conduce l'Autore ad interrogarsi, con riflessioni che paiono sicuramente interessanti e da sviluppare, sulla nozione stessa di legalità, che oltre che misura della corrispondenza degli atti di esercizio del potere (sentenze o provvedimenti) alla sostanza della legge andrebbe letta anche in una ulteriore dimensione di conformità allo scopo.

Il libro di Ponti, con un'impostazione originale e convincente, offre quindi una prospettiva nuova e interessante per la lettura delle disposizioni in materia di tutela dei dati personali nei trattamenti operati nello svolgimento di compiti di interesse pubblico. La sua lettura consente effettivamente di individuare, secondo quanto l'Autore si era prefisso di fare con l'introduzione della categoria del *dual legality standard*, delle coordinate domestiche utili a tratteggiare i caratteri e le dinamiche della legalità, per come questa si presenta con

riferimento al suddetto tipo di trattamenti. Al contempo, offre alle pubbliche amministrazioni delle indicazioni utili per un uso corretto ed efficace dei margini di adattamento che il Regolamento ha reso disponibili, tale fra l'altro da dare concretezza alle previsioni relative alla *privacy by design* (art. 25 del GDPR) e al principio di *accountability* del titolare (art. 5, par. 2 e art. 24 del GDPR). Appare particolarmente condivisibile, a quest'ultimo riguardo, il collegamento finale che l'Autore individua tra l'affermazione dello standard legale della *necessary clause*, la possibilità di "assecondare un rinnovato protagonismo del settore pubblico" e, trattandosi di "uno standard esigente e impegnativo", la necessità che "si torni a investire in modo consistente e appropriato in amministrazioni forti, motivate, innovative e protagoniste, nel governo della società".