

La regola, l’eccezione e la tecnologia

Amedeo Santosuosso*

THE RULE, THE EXCEPTION, AND THE TECHNOLOGY

ABSTRACT: This article briefly describes the role of new technologies in the response strategy against the CoViD-19 emergency, focusing on the different instruments implemented to slow down the spread of the disease. Taking the contact tracing app *Immuni*, developed by the Italian government as a case study, the paper reflects on how exceptions to general rules should be designed in order to best ensure the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; technology; contact tracing apps; exception

SOMMARIO: 1. La regola e l’eccezione – 2. Scelte costituzionali – 3. Le tecnologie – 4. Il caso dell’app di tracciamento – 5. Un punto al 3 maggio 2020...più di una conclusione

1. La regola e l’eccezione

Il passaggio dall’eccezione alla regola è sempre molto delicato. Vi è la necessità di smobilitare apparati e comportamenti che la condizione di eccezionalità aveva giustificato e, per altro verso, si avvia, più o meno consapevolmente, un processo di inevitabile sedimentazione di quanto sperimentato nel momento della gravità assoluta (e che è risultato utile) all’interno delle nuove condizioni date. Nulla avviene senza lasciare tracce, si potrebbe dire. Si pensi banalmente ad alcune cautele igieniche introdotte negli ospedali negli anni ’80 del secolo scorso per i pazienti HIV e che poi sono diventate buona regola generale.

La fase dell’eccezione è quella della necessità, dove le scelte sociali e politiche devono essere nette e forti. Ecco allora che, a fronte di un’aggressione virale rispetto alla quale non si hanno conoscenze e difese specifiche, si ricorre all’antica e tradizionale quarantena, come per la peste che a inizio Settecento invase la città di Noia (Puglia), secondo il suggestivo (quanto ovviamente datato) racconto di Pietro Colletta: «[I]a misera città fu chiusa da tre circoli di fossato, l’uno dei quali a sessanta passi; l’altro novanta, il terzo (segno più che ostacolo) a dieci miglia; le scolte guernivano quei ripari, e luminosi fuochi gl’illuminavano nella notte. Era pena la morte a chi osasse di tentare il passaggio; e però un infelice fatto demente per morbo o per paura, fuggendo la infausta terra, e non fermando per avvisi o comandi da molti archibugiate fu ucciso»¹.

* Professore a contratto del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Pavia e autore di *Intelligenza e artificiale e diritto*, edito nel 2020. Mail: amedeo.santosuosso@unipv.it. Il presente lavoro è aggiornato al 3 maggio 2020.

¹ P. COLLETTA, *Storia del Reame di Napoli*, libro VIII, cap. I, 1834, XVIII.

Si tratta di scelte difensive. Il virus è attivo. Noi, invece, ci fermiamo e ci isoliamo, prima chiudendo le frontiere e poi chiudendoci in casa. Il presupposto è che il virus arrivi dall'esterno e non sia endemico.

Nella fase successiva il gioco cambia e noi tiriamo fuori la testa dai rifugi dove eravamo rintanati. Diventiamo parte attiva nelle nuove condizioni date. Torniamo alle regole ordinarie o ne creiamo di nuove. Di queste regole portiamo una responsabilità piena rispetto a quelle introdotte quando l'unico criterio era, *fermi tutti e state a casa*. Siamo noi creatori e parte attiva dello scenario.

Le scelte pubbliche, sia nella condizione di eccezione, sia nella fase successiva, sono rese ancora più difficili dal fatto che le due fasi sono certo distinguibili logicamente, ma sono cronologicamente sovrapposte, visto che la necessità sociale e economica ci dice di ripartire mentre il virus, pur avendo perso forza, è ancora attivo e pericoloso.

Di qui la necessità di risposte ispirate a solidi criteri, che funzionano come bussola per misure sufficientemente flessibili e aperte.

2. Scelte costituzionali

Su questo sfondo si innestano le scelte giuridiche e anche quelle che riguardano l'uso delle tecnologie, come si vedrà più avanti.

Come è noto l'Italia, a differenza di altri paesi (come, ad esempio, la Francia), non ha nel proprio armamentario costituzionale la possibilità che sia dichiarato lo stato di eccezione, che crea una nuova, pur temporanea, condizione giuridica. Tuttavia, indipendentemente dalla costruzione giuridica, la situazione materiale di eccezionalità accade ugualmente, costringendo gli organi dello Stato a piegare, in qualche modo, gli strumenti ordinari alle esigenze straordinarie. Ecco allora l'uso dei discutibilissimi Decreti del Presidente del Consiglio, in forza del Decreto-legge che conferisce poteri speciali al Presidente del Consiglio². Oltre la polemica politica, il Presidente della Repubblica ha provveduto a dare una copertura da *moral suasion* a quello che appena il giorno prima la Presidente della Corte costituzionale aveva, con il garbo istituzionale del ruolo ricoperto, stigmatizzato con chiarezza: «[l]a Corte costituzionale ha affermato in varie occasioni che più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano secondo il test di proporzionalità che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo? Si è usato il mezzo meno restrittivo tra i vari possibili? Nel suo insieme, la norma limitativa è proporzionata alla situazione?».

Tuttavia, quale che sia il sistema costituzionale, una cosa è chiara, anche laddove lo stato di eccezione sia formalizzato e formalizzabile: gli istituti e le istituzioni di garanzia devono essere attive e svolgere la loro funzione di controllo, in primis il Parlamento e la magistratura, così come la libera stampa. E tale controllo deve essere esercitato ed esercitabile anche durante la situazione eccezionale. Limitare la funzionalità del Parlamento a causa dei rischi di contatto non solo è un cattivo esempio per tutti quei cittadini che professionalmente sono esposti a rischio (si pensi al personale sanitario o

² Decreto-Legge del 23 febbraio 2020 n.6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, che all'art. 3 prevede «[l]e misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, [...] con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri».

a quello dei supermercati), ma è pericoloso anche sul piano politico/istituzionale, perché rischia di alimentare le tentazioni extraparlamentari di un'opposizione che si sente autorizzata a dire di non avere voce nel circuito politico e istituzionale³. E non è un bene neanche la condizione di chiusura come nel periodo feriale dei Tribunali e delle Corti.

3. Le tecnologie

Le tecnologie si sono guadagnate una popolarità inattesa, nell'insegnamento e in tutti gli aspetti delle attività economiche e nella vita di relazione. Se si fa l'esercizio mentale di immaginare i mesi dello *stare a casa* senza avere a disposizione internet, si comprendono immediatamente due cose. I diffidenti, se non nemici, delle tecnologie sembrano spariti, sciolti come neve al sole, insieme ai no vax. Il livello di accettazione sociale è diventato altissimo. Persino molti giudici, fino a ieri guardinghi o riotosi a usare nuove tecnologie, hanno preso così gusto al lavorare da remoto, tanto da fare a meno, talora indelicatamente, degli avvocati, suscitando così comprensibili reazioni da parte di costoro, che si sentono tecnologicamente emarginati e privati della possibilità di svolgere la loro funzione costituzionale.

La seconda cosa che appare evidente è il *divide* tecnologico esistente in Italia, sia sotto il profilo della mancanza di un'ampia copertura del territorio nazionale con una connessione adeguata (vi sono ampie zone del Paese che non hanno una copertura degna di tal nome), sia sotto il profilo dell'esistenza di una parte di popolazione che non ha, per limiti economici o culturali, computer e strumenti per connettersi o contratti per l'accesso a Internet.

Secondo una fonte giornalistica solitamente affidabile «i maggiori operatori telefonici segnalano che il traffico dati sulle linee fisse è aumentato [a metà marzo 2020] in media del 20% con picchi del 50%. È il più grande esperimento di lavoro a distanza mai attuato nel nostro Paese. [...] oggi gli immobili che sono connessi in fibra ottica e wireless alla nuova rete a banda ultralarga sono 2,2 milioni, e per altro la fibra si ferma a una distanza che va dai 10 ai 40 metri dalle abitazioni. In pratica più di 11 milioni di residenti in quelle aree restano scoperti. Parliamo di zone montane, campagne, periferie, ma anche singoli quartieri di grandi città. Solo nelle tre regioni più colpite dall'emergenza, cioè Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto, i comuni o le frazioni in cui non è possibile svolgere uno smart working o un telelavoro efficiente sono ben 2.349»⁴.

Non si può allora non pensare ai tanti giovani studenti che si trovano in questa condizione di povertà relativa, magari perché tutti in casa, genitori e fratelli, fanno lavoro agile o devono seguire corsi scolastici e universitari. Il diritto allo studio e l'art. 34 della Costituzione vanno riletti alla luce di questa nuova realtà: «[l]a scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze [...]». Così come anche la libertà dell'arte e della scienza e del loro insegna-

³ Avevo dedicato a questo aspetto una lezione aperta nel mio corso presso il Dipartimento di giurisprudenza di Pavia, con la partecipazione di Alison Clarkson, Oliver Goodenough, Sara Azzini, Barbara Bottalico e Giulia Pinotti, disponibile presso <https://www.unipv-lawtech.eu/ai---tech---covid.html>.

⁴ M. GABANELLI, R. QUERZÈ, *Il test (improvvisato) dello smart working*, in *Corriere della Sera*, 16 Marzo 2020 Digital Edition

mento (art. 33) e l'impegno della Repubblica di promuovere «lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» (art. 9). Senza contare il lavoro, in tutte le sue forme, che è oggetto non solo di dichiarazioni generali, come negli artt. 1 e 4, comma 1, Cost., ma anche di un impegno a promuovere «le condizioni che rendano effettivo questo diritto», oltre alle norme dedicate alle donne e alla retribuzione.

Ma come fanno a essere effettivi questi diritti se la connettività è scarsa o discontinua e se i mezzi per accedervi (connessione e computer) sono costosi? Su quest'ultimo aspetto è necessario essere molto chiari. Il lavoro lo crea la libera attività di impresa e non la Repubblica. Ma qui si sta discutendo di altro, della creazione di infrastrutture, che consentano le attività di libera scuola, libera ricerca, libera arte e libero lavoro. L'impegno per le infrastrutture non può che essere pubblico, o nella forma diretta o stabilendo incentivi per i privati laddove la remuneratività sia scarsa. Il che vale in modo simile anche per le provvidenze che rendano effettivo il diritto allo studio.

Si scopre così che, a questo punto (e anche grazie al CoViD-19!), il problema non è tecnologie *sì* o *no*, ma tecnologie *come*.

4. Il caso dell'app di tracciamento

Che un tracciamento dell'evoluzione della pandemia sia cosa utile è fuori discussione. Il problema è come il tassello *App* si inserisce all'interno di una strategia che tenga conto della particolarità della situazione come la abbiamo descritta sopra (sub 1): è difficile fare scelte che riguardano due fasi distinguibili logicamente ma cronologicamente sovrapposte. Da questo punto di vista può essere utile definire alcuni criteri che tengano conto di tale sfondo e dell'intreccio tra fase 1 e fase 2.

Nella fase 1 si reagisce a un'invasione (isolamento degli stati, frontiere e isolamento delle persone) e l'obiettivo di uno strumento come l'app di tracciamento risponde alla logica di *vedere* cosa il virus fa, come si comporta, come si propaga, dove ecc. Si tracciano i contagi per tracciare il virus.

Nella fase 2, invece, si esce dall'isolamento e si è attivi: allora diventano rilevanti tamponi, test sierologici per chi va al lavoro, e la telemedicina per seguire attivamente chi contrae l'infezione e ha bisogno di cure a casa piuttosto che in ospedale, e altri strumenti di medicina sul territorio⁵.

Se è vero, e pare evidente, che le fasi 1 e 2 si sovrappongono cronologicamente, allora vuol dire che abbiamo bisogno di entrambe le visioni e di entrambi i tipi di mezzi di intervento. Di questo mostrava di essere consapevole il Governo quando ha lanciato la *fast call* su questo tema: «individuare [...] le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad app di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti e a tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il monitoraggio "attivo" del rischio di contagio, e coordinare a livello nazionale l'adozione e l'utilizzo di queste soluzioni e tecnologie, al fine di migliorare i risultati in termini di monitoraggio e contrasto alla diffusione del Covid-19»⁶ Si cercavano, dunque, idee di soluzioni informatiche e di connettività per la «teleassistenza per pazienti

⁵ D.M. STUDDERT, M.A. HALL, *Disease Control, Civil Liberties, and Mass Testing — Calibrating Restrictions during the Covid-19 Pandemic*, in *The New England Journal of Medicine*, April 9, 2020.

⁶ Ministero dell'Istruzione, Ministero della Salute, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, Istituto Superiore di Sanità e, in collaborazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità: <https://innovazione.gov.it/telemedicina-e-sistemi-di-monitoraggio-una-call-per-tecnologie-per-il-contrasto-alla-diffusione-del-covid-19/> (visitato il 2 aprile 2020).

domestici, sia per patologie legate a Covid-19 sia per altre patologie, anche di carattere cronico», per «tecnologie e soluzioni per il tracciamento continuo, l’alerting e il controllo tempestivo del livello di esposizione al rischio delle persone e conseguentemente dell’evoluzione dell’epidemia sul territorio». Il tutto allo scopo di «agire in modo coordinato a livello nazionale».

Un lettore in buona fede avrebbe potuto vedere in questo scenario una sorta di concorso di idee. Come quando, per esempio, per realizzare un nuovo quartiere o un nuovo ponte, non si parte dal bando per l’assegnazione dei lavori, ma si chiede alla comunità scientifica di riferimento (architetti e ingegneri) di proporre idee per quella realizzazione: la migliore viene selezionata! E seguono i bandi. Poi, però, le cose prendono una piega tutta diversa, che, tra comunicazioni riluttanti o poco chiare, arriva a una scelta fondamentale del Governo che pare essere quella di assicurare: nessun dato personale in gioco, solo codici anonimi, no geolocalizzazione⁷, solo tecnologia Bluetooth, dati (codici alfanumerici) che rimangono sugli *smartphone*, nessun obbligo (né diretto né indiretto) di scaricare l’app (quindi centralità del consenso), nessuna centralizzazione dei dati, cancellazione di tutti i dati a data fissa.

Tutto sembra inteso a dire che non sia necessario attivare la deroga al trattamento dei dati che il GDPR prevede all’art. 9, comma 2, per motivi di sanità pubblica. Il Garante per la privacy, per parte sua, prende atto di questo progetto, pur ribadendo che sarebbe necessario un provvedimento di legge⁸ per introdurre un sistema del genere, pur a basso impatto (vien da chiedersi se qualcuno abbia mai pensato che con il Bluetooth si potesse procedere per atti amministrativi!).

Tra alti e bassi, si arriva, così, al decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, che, tra altre misure urgenti, contiene anche quelle «per l’introduzione del sistema di allerta Covid-19». Il Garante per la privacy italiano ha espresso parere favorevole sul testo, con un parere del 29 aprile, che chiede solo lievi modifiche e si riserva la valutazione delle modalità di attuazione tecnica.

Ricapitolando. A leggere il d.l. sembra che le promesse di basso impatto siano rispettate. Il Garante ha dato un suo parere positivo. Vi è, quindi, un provvedimento legislativo che cita l’art. 9, comma 2 del GDPR e che fissa una data di distruzione dei dati. Si può allora dire che tutto si sia ricalcato nei giusti percorsi istituzionali? Forse sì, anche se è necessaria una lettura più attenta del d.l. e un esame dei risvolti tecnici, ivi compresa la lettura del decreto ministeriale attualmente in stesura.

Tuttavia, alcune cose rimangono, diciamo così, in sospeso.

In termini generali un motivo di perplessità, che viene avanzato da una prospettiva certo non ostile all’uso di queste tecnologie e che non si riferisce solo all’Italia, riguarda il fatto che le app in questione non dovrebbero essere implementate senza la pubblicazione di studi-pilota o valutazioni del rischio: «[s]peed is, of course, of the essence, but so is due diligence and due process»⁹.

Quanto all’App italiana l’efficacia del sistema è ancora incerta. Il Governo ha, in un primo momento, dichiarato che il sistema sarebbe stato utile se vi avessero aderito il 60% degli italiani, una percentuale che si scontrava con il dato di fatto che solo il 66% degli italiani (così pare) sia dotato di uno

⁷ Come il gruppo di consulenti presieduto da Vittorio Colao aveva invece suggerito.

⁸ Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull’uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l’emergenza epidemiologica da Coronavirus Commissione IX (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni) della Camera dei deputati (8 aprile 2020)

⁹ *COVID-19 digital apps need due diligence*, in *Nature*, 580, 30 April 2020, 563, in un editoriale che non è dedicato solo all’Italia

smartphone. Il che comporterebbe che il 90,9% dei possessori di *smartphone* aderisse, senza contare che secondo calcoli fatti da studiosi di tutto rispetto «per essere davvero utile nel tracciare i contagi la app dovrebbe essere utilizzata almeno dal 70% degli italiani»¹⁰. Queste preoccupazioni sono in linea con i rilievi sull'efficacia di questi sistemi formulati dalla rivista *Nature*, secondo la quale, «in any encounter between two randomly chosen people, there is only a 4% chance that both will have the app»¹¹.

A questo punto arriva la sconcertante affermazione di alcuni esponenti di Governo, secondo la quale anche un'adesione del 20 o 30% sarebbe utile.

Questo aspetto della questione mette in luce una correlazione ovvia, ma forse sottovalutata: a una minore intensità/invasività del sistema corrisponde una minore utilità del sistema stesso, utilità relativa che, se si assottiglia molto, finisce con il non giustificare più neanche un sistema meno invasivo.

Vero è che il sistema meno invasivo è stato, per così dire, patrocinato dalla Commissione EU con una raccomandazione dell'8 aprile scorso ispirata esattamente a questa filosofia¹², ma questo non ci esime dal tenere conto di alcuni dati di realtà che emergono dalle esperienze fatte in altre parti del mondo.

Infatti, come fa notare ancora *Nature*, la risposta CoViD-19 di Singapore e della Corea del Sud si è basata su una strategia di test completa, sostenuta da una rete nazionale di tracciatori che intervistano le persone infette e tracciano i loro contatti. La strategia include l'utilizzo di avvisi telefonici e si basa su un alto grado di sorveglianza delle persone: quando una persona risulta positiva a CoViD-19, viene visualizzato un avviso di testo inviato a tutti coloro che vivono nelle vicinanze. L'avviso in genere include un collegamento a un registro dettagliato dei movimenti della persona infetta che vengono ricostruiti da dati pubblici, come le telecamere a circuito chiuso. E al governo è anche permesso di accedere a registri riservati, come le transazioni con carta di credito. I dati vengono quindi archiviati centralmente dalle agenzie governative¹³.

La comunicazione delle autorità pubbliche e del Governo italiano è malferma e reticente. Solo così si spiega come, a tre giorni dal d.l. tutto centrato, pare, sulla tecnologia leggera del Bluetooth, si scopre che il Ministro della salute ha firmato lo stesso 30 aprile un decreto ministeriale che definisce i «criteri di monitoraggio», che avrebbe impostato un «solido sistema di sorveglianza» su dati aggregati che porta al reclutamento di 6.000 esperti tracciatori chiamati, secondo fonti giornalistiche, a fare un lavoro che sarebbe simile a quello della Corea del Sud¹⁴. Forse è questo uno dei motivi all'origine della notizia secondo la quale pare si stia lavorando a una seconda app¹⁵.

¹⁰ Enrico Bucci (professore di Biologia alla Temple University di Philadelphia). intervistato da *La Repubblica* del 21 Aprile 2020.

¹¹ *COVID-19 digital apps need due diligence*, cit.

¹² Brussels, 8.4.2020, C(2020) 2296 final, Commission Recommendation of 8.4.2020, *On a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*.

¹³ *COVID-19 digital apps need due diligence*, cit.

¹⁴ G. DI FEÒ, *Coronavirus, è il tracciatore di contatti la figura più richiesta in Occidente*, in *La Repubblica*, 2 maggio 2020, reperibile in: <https://bit.ly/3d13Rr6>.

¹⁵ M. PENNISI, *Coronavirus, App Immuni: ecco come funziona (e i dubbi che restano). La corsa per essere pronti il 18 maggio*, in *Corriere della sera*, 30 aprile 2020, disponibile in <https://bit.ly/3e7zFKS>.

E cosa dire poi del fatto di usare la tecnologia Apple e Google, e alle condizioni imposte da queste *big companies*? La risposta di chi sottovaluta il problema, *tanto sanno già tutto di noi*, non convince. Vi sono almeno due aspetti: da un lato, la totale mancanza di controllo su come Apple e Google incroceranno i nuovi dati (anche solo quantitativi) con tutti gli altri dati che sono in loro possesso¹⁶ fino a non potersi escludere che i dati aggregati possano trasformarsi con relativa facilità in dati personali. Ma anche se restassero ancora aggregati, il drenaggio di una tale grande quantità di dati avrebbe comunque un valore economico enorme. Era proprio necessario fare questo *cadeaux*? La Francia sembra muoversi su una via diversa, si dirà improntata a un *sovranoismo digitale*, ma che non ha avuto spazio nel dibattito italiano (almeno finora). Mentre le scelte della Germania non sono ancora note.

5. Un punto al 3 maggio 2020... più che una conclusione

Tutto fa pensare che non si sia intesa adeguatamente la possibilità offerta dal Regolamento sulla privacy (GDPR) all’art. 9, dove prevede la possibilità di una deroga al divieto di trattamento di dati per ragioni di sanità pubblica: una legge che interrompa la regola, con limiti chiari e dichiarati e per il tempo strettamente necessario. Questo doveva essere il fulcro del Decreto-Legge del 30 aprile, piuttosto che una fugace citazione.

Solo una chiara e temporanea interruzione della regola rende possibile una altrettanto chiara cessazione dell’eccezione e il ritorno alla regola. La confusione istituzionale di cui il governo è stato capace costringe a ricordare alcuni punti irrinunciabili. La regola fondamentale, che non ha bisogno di giustificazioni, è la libertà (quella personale, di movimento, di riunione), mentre le limitazioni sono solo eccezioni, che devono essere sottoposte a rigoroso scrutinio e giustificazione. Parlamento e magistratura devono tornare alla piena attività al più presto!

Solo in un contesto simile si potrà aprire una seria discussione sui dilemmi che derivano dalla frizione tra il nostro essere tutti biologicamente interconnessi e il meraviglioso “artificio” della libertà individuale.

¹⁶ P.D. LELOUP, *Application StopCovid: la France isolée dans son bras de fer avec Apple et Google*, in *Le Monde*, 28 Avril 2020, disponibile in https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/28/application-stopcovid-la-france-isolee-dans-son-bras-de-fer-avec-apple-et-google_6038015_4408996.html.