

Osservatorio sulle fonti

NOTA ALLE LINEE GUIDA DEL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI “IN TEMA DI TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI PER FINALITÀ DI PUBBLICAZIONE E DIFFUSIONE NEI SITI WEB ESCLUSIVAMENTE DEDICATI ALLA SALUTE”

di *Antonietta Rubino*

Nella presente nota si analizzerà il provvedimento a carattere generale del Garante contenente le “Linee guida in tema di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute” del 25 gennaio 2012¹. L’art. 154, lett. c) del Codice in materia di protezione dei dati personali prevede tra i compiti del Garante quello di “prescrivere anche d’ufficio ai titolari del trattamento le misure necessarie o opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti, ai sensi dell’articolo 143”.

Il primo nodo da sciogliere è quello del valore delle linee guida. L’art. 154 del Codice definisce i compiti del Garante, le attività, quindi, che l’Autorità deve svolgere per rispondere alla sua missione. La norma fa un espresso riferimento all’art. 143 del Codice riguardante i reclami proposti dagli interessati al fine di ottenere l’intervento del Garante per sanzionare un trattamento illecito di dati personali. Per cui da una lettura in combinato disposto delle due norme, risulta che l’intervento del Garante ex art. 154 dovrebbe comunque riguardare ipotesi specifiche.

A ciò si aggiunge che l’art. 170 del Codice prevede che “Chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante ai sensi degli articoli 26, comma 2, 90, 150, commi 1 e 2, e 143, comma 1, lettera c), è punito con la reclusione da tre mesi a due anni”. Il rinvio all’art. 143 comporta che la sanzione prevista dall’art. 170, la reclusione da tre mesi a tre anni, si dovrebbe estendere ai provvedimenti adottati dal Garante ex art. 154, comma, lett. c).

Dalla giurisprudenza del Garante emerge che l’Autorità, sulla base della suddetta norma, ha adottato una serie di provvedimenti generali con contenuto prescrittivo erga omnes². Tutti i provvedimenti generali, infatti, prescrivono “ai titolari di trattamenti di dati personali oggetto del [...] provvedimento, ai sensi dell’art. 154, comma 1, lett. c), del Codice, di adottare le misure necessarie ed opportune ivi indicate al fine di rendere i trattamenti medesimi conformi alle disposizioni vigenti”.

Il Garante quindi, detta le regole per il trattamento dei dati, effettuando il bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei singoli e gli interessi contrastanti

¹ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 42 del 20 febbraio 2012 e reperibile alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1870212>

² A titolo meramente esemplificativo si vedano: “Provvedimento in materia di videosorveglianza - 8 aprile 2010”, “Fidelity card e garanzie per i consumatori. Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione - 24 febbraio 2005” “Sistemi di localizzazione dei veicoli nell’ambito del rapporto di lavoro - 4 ottobre 2011”, in cui il Garante definisce le regole per il corretto trattamento dei dati personali, stabilendo ex art. 154, comma lett. c) le prescrizioni cui i titolari di trattamento di dati personali devono adeguarsi.

Osservatorio sulle fonti

meritevoli di tutela, ed esercita così un potere che nella sostanza è normativo³. In questo modo l'Autorità riempie il vuoto normativo o completa nel dettaglio la disciplina di settore, esercitando un potere assimilabile a quello regolamentare⁴, da cui differisce nella legittimazione⁵.

I provvedimenti comportano deroghe alla legge, perché limitano il diritto alla protezione dei dati personali in ragione di altri interesse, pur in assenza di una norma ad hoc, che autorizzi il Garante a dettare disciplina astratta e pur in assenza di limiti a tale potere, come invece previsti per il regolamento⁶.

Dedichiamoci ora al caso in esame delle linee guida. Esse rientrano nella categoria dei provvedimenti a carattere generale, ma invece di orientare il comportamento dei destinatari (così come ci si aspetterebbe dalle linee guida), definiscono anche in questo caso le regole da rispettare⁷. Così ad esempio nelle "linee guida del Garante per posta elettronica e internet"⁸, l'Autorità "prescrive ai datori di lavoro privati e pubblici, ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. c), del Codice, di adottare la misura necessaria a garanzia degli interessati, nei termini di cui in motivazione, riguardante l'onere di specificare le modalità di utilizzo della posta elettronica e della rete Internet da parte dei lavoratori [...], indicando chiaramente le modalità di uso degli strumenti messi a disposizione e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli".

I dettami del Garante sono vincolanti per i destinatari del provvedimento che, in caso

³ Si veda sul punto G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, p. 45, dove trattando delle autorizzazioni generali, ma il discorso è ripetibile per i provvedimenti a carattere generale, afferma "è evidente che il potere in esame, salvo il nome, non ha nulla a che vedere con il concreto provvedere, contribuendo piuttosto alla creazione del diritto, perché introduce norme speciali che sottraggono all'operatività delle disposizioni generali ipotesi astratte di trattamenti, meritevoli di disciplina a sé, per atipicità dalla fattispecie madre".

⁴ Sui vari tipi di regolamento si veda G. PUCCINI, *La potestà regolamentare del Governo nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti dell'amministrazione. Profili comparatistica*, Bologna, 1991, p. 228 ss.

⁵ Sul problema sulla compatibilità costituzionale del potere normativo delle Autorità indipendenti estraneo al circuito politico-rappresentativo, la dottrina si è a lungo dibattuta. Si rinvia, *ex multis*, G. DE MINICO, cit., A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008. M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/Manetti_AIC.pdf, in particolare "Deve pertanto ritenersi che laddove il potere normativo esercitato dalle autorità indipendenti risulti attribuito in relazione ad obiettivi generici, e risulti in ultima analisi soggetto a principi generici e conflittuali tra loro (come di regola avviene nella formulazione della mission, tanto in sede nazionale che comunitaria), la legalità e la riserva di legge non possono ritenersi soddisfatte. Come vedremo, l'integrazione della disciplina mancante potrebbe semmai avvenire "dal basso", grazie alla partecipazione degli interessati".

⁶ Si veda ancora G. DE MINICO, cit. p. 46, "La mancanza di precetti primari degrada ad attributo meramente potenziale la secondarietà del regolamento verso la legge. Questo, infatti, pur non scegliendo le norme primarie da derogare, elabora in assoluta autonomia di giudizio la disciplina sostitutiva di quella primaria data l'assenza di indicazioni nella norma delegificante, il che lo colloca ai di fuori della legalità costituzionale.

⁷ Sul punto si veda R. ZALLONE, *Ma il Garante può legiferare? Ovvero, chi ci garantirà dal Garante?*, in <http://www.medialaws.eu>.

⁸ Pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007.

Osservatorio sulle fonti

di inosservanza, realizzano un trattamento illecito, punibile con la sanzione prevista dall'art. 170 Codice privacy.

Attraverso le linee guida, quindi, il Garante, piuttosto che indirizzare, vincola l'attività dei titolari di trattamento i quali sono tenuti a rispettare i suoi precetti. L'obbligo che ne consegue, di ottemperare alle misure prescrittive, fa sì che il provvedimento del Garante non possa essere considerato meramente orientativo.

L'unico fine delle linee guida dovrebbe essere quello di agevolare la corretta applicazione della normativa vigente in materia, il d.lgs. 196/03. Il Garante, invece, non si limita a un'attività di indirizzo ma detta le regole del trattamento dei dati. In questo caso, oltre alla questione già affrontata della legittimazione del Garante ad adottare atti a contenuto normativo, si pone quindi l'ulteriore problema del potere in capo al Garante di vincolare, con delle linee guida, l'attività di trattamento stabilendo oneri ulteriori rispetto a quelli previsti dal Codice della privacy.

Soffermiamoci ora sul contenuto delle prescrizioni delle linee guida rivolte ai gestori dei siti web dedicati alla salute. I destinatari sono piuttosto eterogenei, perché sono inclusi oltre ai blog, ai forum e ai portali che trattano informazioni sanitarie, anche i social network che “si occupano di tematiche sulla salute attraverso specifici profili, aperti da soggetti privati con finalità di sensibilizzazione e confronto in tale ambito”. Volendo immaginare i social network come dei grandi contenitori in cui i privati possono manifestare il proprio pensiero o comunicare con altri soggetti, non sembra chiaro se le prescrizioni saranno destinate ai gestori dei social network, che dovrebbero controllare le pagine create dai privati, o a quest'ultimi che quindi dovrebbero adottare specifiche misure per l'adeguamento alle regole imposte dal Garante. Escludendo questa seconda lettura della norma, resta comunque difficile immaginare un controllo da parte del gestore dei profili creati dagli utenti. In questo caso, infatti, si dovrebbe realizzare un controllo ex ante sui contenuti immessi dagli utenti che i gestori, alla stregua degli ISP, non possono e non devono realizzare, così come previsto dalla Direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE⁹.

Il passo successivo compiuto dall'Autorità è quello distinguere i siti che richiedono la registrazione da quelli che non la prevedono. Sulla base di questo dato formale, solo i primi sono considerati “titolari del trattamento” e quindi tenuti al rispetto della disciplina del Codice e delle linee guida del Garante. Ai secondi, invece, è solo raccomandato di conformare il proprio comportamento “a profili di sicurezza idonei ad evitare i rischi connessi alla pubblicazione e diffusione nel web di dati relativi alla

⁹ L'articolo 15 della Direttiva 2000/31/CE, intitolato “Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza” prevede:

“1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.”

Osservatorio sulle fonti

salute degli utenti”. Viene quindi raccomandato ai gestori di questi siti di avvertire l’utente dei rischi connessi all’inserimento dei propri dati sul sito.

Stante la distinzione realizzata dall’Autorità, la tutela della privacy, e in particolare dei dati relativi alla salute dei cittadini, dipenderebbe da un dato meramente formale: la richiesta di registrarsi o meno al sito. Se non vi è registrazione, quindi, il gestore del sito non è titolare del trattamento e, di conseguenza, non è tenuto a cancellare i dati; a garantire l’accesso ai dati; ad adottare le misure di sicurezza previste dal Codice. Il gestore dovrà solo avvertire l’utente della presenza del rischio legato all’inserimento dei propri dati personali sul sito. La conseguenza della distinzione formale effettuata dal Garante non sembra volgere nella direzione di un maggiore tutela della protezione dei dati personali.

Ritorniamo all’elenco di destinatari fatto in premessa dal Garante (blog, forum, portali, social network). La categoria dei social network ci porta a una nuova riflessione. Nella maggior parte dei casi, l’uso di questi sistemi presuppone una registrazione per cui, data la distinzione del Garante, ci troveremo nella prima ipotesi. Il gestore del social network, in cui esistono pagine dedicate esclusivamente alla salute, deve attenersi ai consigli del Garante, avvertire dell’esistenza del rischio legato all’inserimento di dati relativi alla salute, garantire l’esercizio dei diritti dell’interessato, adottare particolari misure di sicurezza. Considerando la varietà di contenuti presenti in un social network, ma soprattutto le diverse modalità con cui si può accedere o condividere contenuti, risulta difficile immaginare il modo in cui i gestori possano ottemperare alle prescrizioni del Garante.

A ogni buon conto, nel bilanciamento effettuato dal Garante tra il diritto alla riservatezza dei cittadini e gli altri diritti esistenti (il diritto di iniziativa economica e quello di manifestazione del pensiero, ad esempio), non sembra prevalere il diritto alla privacy, che anzi esce ridimensionato soprattutto in ragione di quella formalistica distinzione basata sulla registrazione. Così il Garante interviene per colmare il vuoto dovuto alla mancanza di una normativa di dettaglio riferita al settore specifico, ma lo fa tradendo la sua missione di tutore della privacy per un ossequio letterale alla norma. L’assenza del provvedimento avrebbe comportato invece, l’applicazione della disciplina del Codice e, conseguentemente, una tutela maggiore di quella “consigliata” dalle linee guida.