

Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy

GIOVANNI DI COSIMO

1. *Principio di legalità*

Le linee guida del Garante per la protezione dei dati personali del 15 maggio 2014 affrontano il delicato tema del bilanciamento fra trasparenza e privacy nella rete Internet¹. Il Garante adotta il provvedimento, che riguarda specificamente i dati pubblicati nei siti web istituzionali di soggetti pubblici, in forza di una disposizione del Codice per la privacy che elenca i compiti affidati all'Autorità. Più precisamente, la delibera si riferisce al compito di «curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità nonché delle misure di sicurezza dei dati»². Come si vede, la disposizione indica il fine da perseguire ma non il mezzo con il quale farlo. Su questo secondo punto il Codice tace. Del resto, neppure prevede che il Garante possa adottare provvedimenti come le linee guida. La decisione di ricorrere a questo strumento per favorire la conoscenza della disciplina

sul trattamento dei dati personali è frutto dell'autonoma determinazione dell'Autorità. Ciò solleva la questione del rapporto delle linee guida con la legge. La mancanza di un preciso fondamento normativo in merito ai poteri esercitati dal Garante suscita interrogativi «in riferimento al sistema delle fonti, alla divisione dei poteri, allo stesso principio democratico»³. Più in generale, la legittimità dell'esercizio da parte delle autorità indipendenti di simili poteri dipende dall'accezione del principio di legalità che si assume, laddove un significato forte del principio porta a ritenere che possano esercitare solo poteri espressamente previsti dal legislatore, mentre un significato debole ammette il ricorso anche a poteri non disciplinati.

Sulla spinosa questione se, in capo agli organi preposti alla regolazione, si debbano riconoscere i soli poteri che gli sono espressamente attribuiti dalla legge o, invece, anche quelli che, sebbene non contemplati, siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati, si possono intravedere due approcci radicalmente diversi-

ficati: il primo è quello che, adottando una concezione rigorosa del principio di legalità in senso sostanziale (declinato, cioè, nel senso che ogni potere autoritativo della pubblica amministrazione deve trovare il proprio fondamento diretto o indiretto in una norma di legge formale espressa e sufficientemente precisa), esclude l'esistenza di poteri impliciti; il secondo approccio, per contro, postula una accezione "debole" del principio di legalità applicato al modello regolativo, propendendo per una lettura "pragmatica e smitizzante" del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e "raffrontabilità" con gli standards desunti dalla tecnica⁴.

Coerentemente al primo approccio, il giudice amministrativo rileva la necessità di un fondamento legislativo del potere esercitato dalle autorità indipendenti. Secondo il Consiglio di Stato, «negli ambiti caratterizzati da particolare tecnicismo [...] le leggi di settore attribuiscono alle singole Autorità amministrative indipendenti [...], per assicurare il perseguimento degli obiettivi legislativamente fissati, non solo poteri amministrativi individuali ma anche poteri normativi e di regolazione in senso ampio»⁵.

Il "policentrismo normativo" che la legislazione italiana è venuta configurando si collega alla sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale. [...] Le autorità indipendenti costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica e, in questo senso, si tratta di soggetti che devono comunque trovare in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di tale potere⁶.

L'altro approccio porta a ritenere che per gli atti del Garante per la protezione dei

dati personali valga il concetto dello svolgimento della legge sulla privacy, al pari di quanto fanno i regolamenti di esecuzione, ragion per cui, più che al principio di legalità che impone la presenza di una previa legge di autorizzazione, essi vanno ricondotti al principio secondo cui l'attribuzione di un potere amministrativo comporta la possibilità di disciplinarne in modo generale e astratto le modalità di esercizio⁷. Il potere regolamentare delle autorità garanti è considerato legittimo se volto alla realizzazione dei fini indicati dalla legge, fermo restando che le autorità possono discrezionalmente determinare i modi con i quali conseguire gli obiettivi fissati dalla legge stessa⁸. In questa prospettiva il fondamento del potere regolamentare delle autorità indipendenti corrisponde alla tutela di interessi generali e si configura come un'ipotesi di conferimento di potere in bianco⁹. Il rapporto fra legge e atti delle autorità indipendenti si articola in termini di complementarità, piuttosto che di sovraordinazione della prima rispetto ai secondi¹⁰.

2. *Al confine fra amministrazione e normativa*

Se si guarda alla prassi, è facile costatare come le autorità indipendenti non si limitino a svolgere attività interpretativa¹¹. In alcuni casi esercitano «poteri normativi di fatto» di cui non è chiara la rilevanza esterna¹². In altre parole, esercitano poteri di regolazione attraverso atti normativi¹³. Soprattutto, ecco il punto, gli spazi d'intervento di cui dispongono sono talvolta usati per «ampliare la sfera di regolamentazione generale e vincolante»¹⁴. I giudizi

su questa prassi divergono. Da un lato, si pensa che l'attività normativa delle autorità costituisca una deviazione dal diritto amministrativo¹⁵. Dall'altro, si sostiene che la potestà normativa delle autorità costituisca «espressione della funzione di regolazione alle medesime assegnata»¹⁶.

Non importa qui stabilire quale lettura sia più convincente. Basterà rilevare che tali fenomeni, contraddistinti dall'esercizio di poteri normativi in carenza di attribuzione legislativa, s'inscrivono nel quadro di un più o meno accentuato indebolimento del principio di legalità¹⁷. Il principio pare sostanzialmente eluso quando le previsioni legislative conferiscono alle autorità indipendenti poteri normativi «vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore»¹⁸. Soprattutto, va rilevato che tutto ciò introduce un elemento d'incertezza. La citata sentenza del Consiglio di Stato osserva come «sovente la regolazione dei fenomeni collettivi da parte delle Autorità di settore non consenta di distinguere in modo agevole fra atti normativi in senso proprio e atti di regolazione collettiva che restano confinati nell'ambito degli atti amministrativi generali»¹⁹. Talvolta gli atti delle autorità indipendenti si collocano nella zona grigia fra amministrazione e normazione. Ne nascono delicati problemi di classificazione poiché l'inclusione in un ambito o nell'altro comporta precise conseguenze. La labilità della linea di confine tra atti amministrativi e atti normativi emerge chiaramente con il più discusso dei provvedimenti del Garante per la privacy, le autorizzazioni generali, che costituiscono una categoria di atti sostanzialmente normativi, letteralmente inventata dall'Autorità²⁰.

3. *Soft law – hard law*

Problemi analoghi si pongono per le linee guida che in qualche caso assumono valore normativo. In effetti, le autorità indipendenti esercitano poteri normativi sia facendo ricorso a regolamenti, sia ad atti che non hanno formalmente una veste regolamentare²¹. Ciò vale anche per il Garante per la privacy che, in più occasioni, forzando il dato legislativo, ha adottato atti sostanzialmente normativi²². Fra questi rientrano le stesse linee guida, che talvolta anticipano soluzioni normative rispetto al dettato legislativo²³. Per esempio, le linee guida del 25 giugno 2009 sul fascicolo sanitario elettronico e sul dossier sanitario dichiarano espressamente di fissare alcune regole in attesa dell'intervento del legislatore²⁴. Pure le linee guida del 25 gennaio 2012 sulla pubblicazione dei dati sanitari su siti web non si limitano a indirizzare ma dettano regole²⁵. In altri casi le linee guida del Garante per la privacy non hanno valore precettivo²⁶. Come si legge in una pronuncia di un tribunale, questi provvedimenti costituiscono un «mero strumento interpretativo non vincolante»²⁷. In simili ipotesi le linee guida sono assimilabili agli atti di *soft law*²⁸.

Il provvedimento del 15 maggio 2014 rientrerebbe in questo secondo gruppo. Si stima che non abbia contenuto precettivo e dunque costituisca espressione di *soft law*²⁹. In effetti, l'esame dei contenuti del provvedimento mostra che il Garante svolge una funzione essenzialmente interpretativa (salvo l'eccezione di cui dirò fra un attimo). L'argomento formale dell'avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non sembra, di per sé, provare il contrario, ossia la natura normativa del provvedimento. È noto che gli atti qualificabili come *soft*

law non implicano obbligo di applicazione da parte degli operatori³⁰. Il rispetto delle linee guida sui siti web istituzionali di soggetti pubblici è dunque rimesso alla spontanea adesione dei destinatari, circostanza che non favorisce il raggiungimento dell'obiettivo del provvedimento, consistente nell'assicurare l'osservanza della disciplina sul trattamento dei dati personali. In compenso, l'assimilazione alla *soft law* ridimensiona il problema del fondamento legislativo e quindi del rispetto del principio di legalità. C'è tuttavia almeno un passaggio del provvedimento che va distinto dal resto perché sembra porsi in contrasto con la disciplina legislativa. Nel punto in cui le linee guida affrontano la questione dell'obbligo di pubblicazione dei dati in "formato di tipo aperto", limitano una previsione del d.lgs. 33/2013 sugli obblighi di trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni, relativamente alla possibilità che chiunque riutilizzi liberamente i dati³¹. Se si riconduce alla *soft law* anche questo contenuto, il contrasto con il decreto legislativo sugli obblighi di trasparenza determina margini d'incertezza che interferiscono con l'obiettivo del provvedimento di migliorare la conoscenza della disciplina sul trattamento

dei dati personali. Se invece si considera che in questo punto il Garante abbia esercitato un potere normativo, come sembra più verosimile, resta – sia pure in forma diversa – il fattore d'incertezza, e in più sorgono tensioni sul fronte del principio di legalità. Per attenuare il secondo problema sarebbe stato opportuno avviare una consultazione durante l'iter approvativo del provvedimento, così come avvenuto per l'adozione delle precedenti linee guida sullo stesso tema del 2 marzo 2011³². Si sarebbe così concretato uno dei fattori che fanno parlare di un nuovo modello di produzione normativa caratterizzato dal dialogo tra il pubblico potere e gli interessati al provvedimento³³. Come ha osservato il giudice amministrativo,

«[...] l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»³⁴.

¹ Cfr. L. Califano, *Le nuove Linee guida del Garante privacy sulla trasparenza nella PA*, in «www.forumcostituzionale.it».

² Dlgs. 196/2003, art. 154 comma 1 lett. h).

³ E. Grosso, *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali*, in M.G. Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio*

dei primi cinque anni, Roma-Bari, Laterza, 2001 p. 140.

⁴ Tar Lombardia, sez. III, sent. 683/2013.

⁵ Sez. VI, sent. 4874/2014.

⁶ Cons. St., sez. Cons. Atti normativi, parere 11603/2005.

⁷ M. Dogliani, *Diritto di accesso e diritto alla riservatezza: le tecniche di regolazione*, in Losano (a cura di), *La legge italiana sulla privacy cit.*, p. 28.

⁸ A. Barbera, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 90.

⁹ S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 119.

¹⁰ M.A. Cabiddu, D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «Amministrare», n.

- 1/2, 2000, p. 39.
- ¹¹ M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in «Rivista di diritto costituzionale», 2002, p. 20. Sulla tendenza delle autorità indipendenti a esercitare poteri di normazione non previsti dal legislatore cfr. F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1995, p. 11.
- ¹² Cabiddu, Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti* cit., p. 26.
- ¹³ V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in «www.astrid-online», p. 15.
- ¹⁴ S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, p. 207.
- ¹⁵ V. Angiolini, *Le «autorità» alla ricerca dell'«indipendenza»?», in «Amministrare», n. 1/2, 2000, p. 9.*
- ¹⁶ R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 69.
- ¹⁷ L'osservazione è frequente. Si veda, per esempio, G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 218.
- ¹⁸ P. Caretti, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2005, p. XV.
- ¹⁹ Sez. VI, sent. 4874/2014.
- ²⁰ R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 252. Le autorizzazioni generali svolgono una funzione «paranormativa» (M. Clarich, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 16).
- ²¹ M. Foglia, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Quaderni regionali», 2008, p. 569.
- ²² Grosso, *Autorità indipendente o autorità onnipotente?* cit., p. 159. Al Garante si rimprovera inoltre di svolgere un ruolo di governo della produzione normativa (A. Simoncini, *Autorità indipendenti e costruzione dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per la protezione dei dati personali*, in «Diritto pubblico», 1999, pp. 854 e 860) e un ruolo sostanzialmente normativo nella sollecitazione e formazione dei codici di deontologia (P. Bilancia, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in «Diritto e società», 1999, p. 263).
- ²³ A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 83 ss.
- ²⁴ «Nelle more di un possibile intervento normativo che regoli alcuni aspetti di fondo, il Garante ritiene pertanto opportuno individuare un primo quadro di cautele, al fine di delineare per tempo specifiche garanzie e responsabilità, nonché alcuni diritti».
- ²⁵ A. Rubino, *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"*, in «www.osservatoriosullefonti.it», fasc. 1/2012, p. 3, la quale osserva che il Garante esercita un «potere assimilabile a quello regolamentare».
- ²⁶ Trib. civ. Roma, sez. I, sent. 2 ottobre 2009; trib. Trento, sez. civ., sent. 153/2011 secondo cui «si tratta di indicazioni pacificamente prive di valore precettivo».
- ²⁷ Trib. Bassano del Grappa, 12 maggio 2009.
- ²⁸ S. Morettini, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? I paper dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, «www.osservatorioair.it», luglio 2011, P. 4/2011.
- ²⁹ A. Frosini, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2014, p. 3704.
- ³⁰ A. Pizzorusso, *Alcuni problemi da affrontare per lo studio delle fonti del diritto nell'epoca contemporanea*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, vol. III, p. 2594; R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 31 ss.
- ³¹ F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2015, pp. 271 ss.
- ³² Il testo fa solo riferimento a «segnalazioni e quesiti pervenuti». Nel 2011 lo schema di provvedimento era stato «sottoposto a consultazione previa pubblicazione sul sito web dell'Autorità».
- ³³ M. Manetti, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, vol. I, pp. 219 ss.
- ³⁴ Cons. St., sez. VI, sent. 7972/2006, secondo cui «[...] in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale».

