

Le schede



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

CAROLINA RAIOLA

L'AIR nel Garante per la protezione dei dati personali

febbraio 2011



L'AIR NEL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Variazioni e integrazioni
rispetto alla scheda precedente (giugno 2010)

Non si registrano novità relative all'attività di analisi d'impatto della regolazione del Garante per la protezione dei dati personali.

In questa scheda si approfondisce quanto già delineato nella scheda pubblicata nel giugno 2010 riportando alcuni aspetti dell'attività di valutazione dell'impatto svolta a livello internazionale che investono in modo specifico la materia della privacy (par. 1). Ulteriori approfondimenti sono relativi alle attività di consultazione nella sottoscrizione dei Codici deontologici e di buona condotta (par. 3) e all'applicazione del principio di "bilanciamento degli interessi" (par. 4).

INDICE

1. L'influsso del contesto internazionale.....	6
2. Gli aspetti normativi.....	7
3. Il processo di introduzione dell'AIR	8
4. L'esperienza realizzata.....	9
5. Le prospettive.....	12

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: C. Raiola, L'AIR nel Garante per la protezione dei dati personali, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, febbraio 2011, S 6/2011.

1. L'ingresso del contesto internazionale

Non esistono norme o documenti di indirizzo che, in via diretta, impongano ai garanti per la protezione dei dati di avviare procedure formali di analisi d'impatto della regolazione.

Un'indiretta attenzione ai costi e all'efficienza della normativa sulla privacy è stata però posta, nel 1995, dall'art. 7 lettera b della direttiva n. 95/46/CE. La direttiva quadro comunitaria in materia di protezione dei dati personali mette in luce, con la cosiddetta "clausola del bilanciamento degli interessi", il principio per cui la valutazione della legittimità di un trattamento dei dati debba passare necessariamente attraverso la comparazione tra gli interessi di chi vuole utilizzare i dati e quelli del soggetto a cui i dati si riferiscono. Il rispetto di tale clausola troverebbe un'adeguata realizzazione proprio attraverso la valutazione dei costi e dei benefici e, dunque, attraverso l'analisi di impatto¹.

L'art. 29 della direttiva n. 95/46/CE ha poi istituito l'*Art. 29 Data Protection Working Party* (altrimenti detto *Gruppo articolo 29*), un gruppo di lavoro indipendente e consultivo dell'Unione europea di cui il Garante italiano della protezione dei dati personali è membro, insieme a tutte le altre autorità che, nei Paesi europei, si occupano di tutela della privacy. Il *Gruppo* si occupa, tra l'altro, di verificare gli effetti che la regolamentazione prodotta dall'Unione e dai Paesi membri ha sul diritto alla riservatezza, ma in merito all'analisi degli effetti sociali o economici dei propri provvedimenti o dei provvedimenti dei Garanti, il *Working Party* non ha adottato ancora documenti specifici.

L'analisi di impatto sulla privacy si è invece rafforzata nel tempo. I Garanti dei 50 paesi che hanno partecipato alla 31ma Conferenza internazionale delle autorità di protezione dei dati hanno approvato una risoluzione (cd. Risoluzione di Madrid) sugli standard che ciascun ordinamento giuridico dovrebbe assicurare in materia di privacy; tra questi compare il principio di potenziare le valutazioni preventive di impatto qualora si mettano in atto nuovi sistemi, metodi e tecnologie che intervengano nel trattamento dei dati personali.² La

1 Il rapporto tra la clausola del bilanciamento degli interessi e l'analisi dei costi e dei benefici della regolazione in materia di privacy è preso dall'intervento di Marco Maglio "Analisi economica del diritto alla riservatezza" nella Conferenza Internazionale "Privacy: da costo a risorsa", tenuta a Roma, presso la sede dell'Autorità Garante, nel dicembre 2002. L'intervento è stato pubblicato nel volume "Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive", a cura di Gaetano Rasi, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2003.

2 Cfr. Risoluzione di Madrid – Conferenza internazionale delle autorità di protezione dati e privacy. Standard internazionali in materia di protezione dei dati personali e privacy, art. 22, lettera f, 5 novembre 2009.

definizione di questo standard formalizza a livello internazionale un'attività già piuttosto praticata. L'attività di consulenza del Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD) è, ad esempio, esercitata soprattutto in funzione dell'impatto che le proposte legislative elaborate dagli organismi europei nei vari settori hanno sul livello della protezione dei dati.³ Il GEPD ha, infatti, il compito di sorvegliare e assicurare che le istituzioni e gli organismi europei rispettino le disposizioni UE in materia di protezione dei dati, anche fornendo pareri e osservazioni sulla normativa d'interesse. Tale funzione è considerata dallo stesso Garante europeo un'attività strategica, che consente di analizzare le implicazioni in materia di tutela dei dati personali e di discutere possibili alternative in una fase precoce del processo di drafting,⁴ Sempre relativamente all'attività di analisi dell'impatto sulla privacy, l'Information Commissioner's Office (l'ICO, il garante per la privacy inglese) ha pubblicato nel 2009 il *Privacy Impact Assessment (PIA) handbook*. Le linee guida ICO illustrano gli step dell'analisi d'impatto sulla privacy e sono indirizzate in prima battuta a tutte le organizzazioni destinatarie delle norme che sviluppano singoli progetti in grado di esercitare implicazioni sulla riservatezza dei cittadini. Il Garante inglese ha però concepito l'*Handbook* come un *framework* utile anche per gli organismi che hanno funzione di regolazione e ha specificato che, in ogni caso, al fine di prevenire conseguenze inaspettate sul diritto alla riservatezza, l'analisi deve avere carattere preventivo.⁵

2. Gli aspetti normativi

L'obbligo per il Garante di condurre l'analisi di impatto dei propri provvedimenti si evince in via interpretativa dall'articolo 12 della legge 229/2003, che impone alle autorità amministrative indipendenti con funzioni di controllo, vigilanza o regolatorie di dotarsi di forme o metodi di AIR.

3 Cfr. le Relazioni annuali del Garante europeo per la protezione dei dati.

4 Per le funzioni del GEPD, si veda il Regolamento (CE) n. 45/2001, artt. 41, 46, 47. Riguardo all'attività di consulenza, cfr. Garante europeo per la protezione dei dati, Relazione annuale 2009, Unione europea 2011, pp. 50 e seguenti e p. 93.

5 Cfr. Information Commissioner's Office, *Privacy Impact Assessment (PIA) handbook*, 2009.

3. Il processo di introduzione dell'AIR

L'analisi di impatto della regolazione non è ancora stata introdotta in modo formale dal Garante della protezione dei dati personali: nessun regolamento concernente l'AIR è stato approvato, nessuna fase di sperimentazione è stata ufficialmente avviata e non esiste un Dipartimento o un Servizio che ufficialmente abbia il compito di analizzare l'efficacia dei provvedimenti formulati. Pur non avendo mai effettuato alcun intervento di AIR nel corso della propria attività di regolazione, il Garante verifica sistematicamente, nel corso della propria consueta attività ispettiva⁶, l'impatto che i provvedimenti adottati dagli altri organismi (o dagli operatori che utilizzano i dati personali) hanno sul diritto alla protezione dei dati.

Il Garante assicura indirettamente efficienza al proprio processo decisionale soprattutto attraverso forme di consultazione, che consentono agli interessati di partecipare in via diretta alla formulazione delle *politiche* che costituiscono un passaggio chiave e indispensabile per l'introduzione dell'analisi di impatto della regolamentazione.⁷ Con la consultazione si rende infatti possibile l'individuazione di molte delle esigenze (di tipo giuridico, economico e sociale) da cui l'AIR parte: si perfezionano lo studio del contesto da regolamentare, la rilevazione delle esigenze dei destinatari e, all'occorrenza, anche l'elaborazione delle opzioni alternative di intervento. Nella formulazione dei propri provvedimenti, il Garante assicura agli *stakeholders* la possibilità di intervenire nel processo sia attraverso contatti informali e formali, sia attraverso consultazioni pubbliche telematiche. La consultazione degli *stakeholders* più influenti e degli esperti è in genere funzionale sia al reperimento di informazioni sul contesto da regolare, sia ad una stesura concordata delle prime bozze di provvedimento; la consultazione pubblica dei destinatari dell'intervento, invece, pur lanciate talvolta a sostegno delle fasi istruttorie contribuisce soprattutto a migliorare l'efficienza della bozza finale del documento. Nel caso delle sottoscrizioni di Codici deontologici e di buona condotta, è espressamente previsto dal Garante che il processo di formulazione del provvedimento sia organizzato in modo da incoraggiare "la proficua cooperazione tra i soggetti appartenenti alle categorie interessate e la collaborazione dei soggetti interessati

6 Cfr. Relazione Annuale 2007, p. 151. Anche nelle successive relazioni annuali tale attività ispettiva è ribadita dal Garante, che ne specifica dettagli e programmazione (cfr. Relazione Annuale 2009, p. 239).

7 Cfr. Dipartimento della funzione pubblica (2001), *La consultazione nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Rubbettino, 2001, p. 11.

nell'organizzazione e nello svolgimento dei lavori di redazione del codice, fornendo, salva diversa loro scelta, un supporto anche logistico e tecnico o da parte di esperti, nonché nell'utilizzo di strumenti elettronici, anche per agevolare lo scambio delle informazioni e il confronto e la condivisione delle proposte e dei contributi fra i partecipanti".⁸

E' però interessante segnalare che l'8 gennaio del 2008 sono stati banditi concorsi pubblici finalizzati (tra l'altro) al reclutamento di un dirigente con documentata esperienza in materia di analisi di impatto della regolamentazione⁹, al fine di incrementare l'esiguo organico di cui l'Autorità ha potuto fino a quella data disporre¹⁰ per l'avvio e l'adozione di tecniche di AIR. Le attività di analisi d'impatto, nonostante le procedure di selezione siano andate a buon fine, non sono tuttavia ancora partite per motivi di organizzazione interna e carenza di personale nelle diverse direzioni dell'autorità Garante.

4. L'esperienza realizzata

Pur non conducendo attualmente un'analisi di impatto formalizzata e strutturata sulla propria regolamentazione, il Garante per la Privacy mostra una certa sensibilità alla questione degli effetti sociali ed economici dei provvedimenti più rilevanti che adotta. Oltre agli interventi di consultazione formale e informale prima elencati, il Garante ha ad esempio affrontato nel dicembre del 2002 (in occasione dell'imminente promulgazione del Codice della privacy che poi sarebbe stato adottato con il decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196) il tema del costo della regolamentazione inerente alla protezione dei dati personali. Questa occasione di riflessione *a priori* non ha prodotto alcuna analisi formale sull'impatto economico del Codice sulle imprese o sulle organizzazioni, ma ha costituito l'occasione per il Garante di effettuare uno studio sugli effetti benefici derivanti dall'emanazione del Codice e di riflettere sia sul principio del bilanciamento degli interessi (si veda il paragrafo 1), sia

8 Art. 4, c. 2 del Regolamento n. 2 del 2006.

9 I relativi bandi sono stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale – quarta serie speciale – 8 gennaio 2008, n. 2. (<http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1477556>)

10 Cit. Relazione annuale 2008, p. 288.

sullo snellimento degli adempimenti a carico delle aziende.¹¹

Ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. g), del Codice Privacy, il Garante ha, ad esempio, dato attuazione al principio di bilanciamento degli interessi per il provvedimento relativo alla comunicazione, tra intermediari finanziari appartenenti ad un medesimo gruppo, di dati personali relativi alle segnalazioni di operazioni considerate sospette ai sensi della normativa antiriciclaggio. L'attività di richiesta di trattamento dei dati degli interessati per questo tipo di comunicazioni è stato ritenuto dalle banche come un'incombenza *“estremamente gravosa, oltre che sproporzionata, valutata nel giudizio dell'equo temperamento degli interessi coinvolti”*. Il Garante, considerando come “di portata generale” un quesito proveniente dalle banche, ha dunque tenuto conto degli oneri legati all'attività di trattamento dei dati e formulato di conseguenza il proprio provvedimento, ammettendo come lecita la comunicazione infragruppo nella fattispecie considerata.¹² Quindi, sebbene alcune forme di bilanciamento degli interessi trovino un certo spazio nell'attività regolatoria del Garante, nessuna analisi di impatto della regolazione in senso proprio è stata fino ad ora avviata, sperimentata o realizzata.

Sporadiche forme di valutazione *ex post* della propria attività regolatoria sono svolte dal Garante attraverso l'esame di osservazioni e quesiti provenienti dai destinatari della disciplina di protezione dei dati personali. Un esempio di tali valutazioni è il citato provvedimento sulle comunicazioni tra intermediari finanziari appartenenti ad un medesimo gruppo; un altro è la pubblicazione della Guida pratica e misure di semplificazione per le piccole e medie imprese. La stesura della Guida ha fatto seguito alla manifestata esigenza, da parte delle associazioni di categoria, di poter far riferimento a un documento che delineasse con chiarezza orientamenti e linee di comportamento conformi al Codice in materia di protezione dei dati personali.¹³

Il Garante per la protezione dei dati personali ha in ogni caso maturato esperienza nella *better regulation* soprattutto attraverso l'implementazione di forme di consultazione (sia

11 Cit. scheda informativa sul Codice della Privacy, disponibile sul sito web del Garante all'url <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1028065>

12 Si veda il provvedimento *Misure relative alle comunicazioni fra intermediari finanziari appartenenti al medesimo gruppo in materia di antiriciclaggio* - 10 settembre 2009, pubblicato nella G.U. n. 267 del 16 novembre 2009.

13 Si veda la delibera del Garante n. 21 del 24 maggio 2007.

dei principali *stakeholders*, sia del grande pubblico) a sostegno della propria attività di regolazione, avviando (fino ad oggi) sette consultazioni pubbliche telematiche dirette in via preferenziale ai segmenti destinatari dei provvedimenti in esame, con finalità sia esplorative (per le tre consultazioni dal 2004 al 2006), sia di commento alle bozze di provvedimenti stese (per le quattro consultazioni successive).

La prima consultazione (aperta dal 31 dicembre 2004 al 15 gennaio 2005) ha avuto una funzione di ricognizione e ha completato l'istruttoria preliminare su quattro temi su cui l'Autorità era in procinto di adottare provvedimenti: carte di fedeltà; televisione satellitare e interattiva; etichette intelligenti; videotelefonini. I destinatari di queste misure (associazioni di utenti e di consumatori; operatori nei settori interessati; singoli cittadini) sono stati chiamati a far pervenire, nel quadro della consultazione, osservazioni, informazioni e commenti utili in merito ai quattro temi. La stessa finalità è stata perseguita per le due consultazioni pubbliche successive: quella sul trattamento dei dati personali relativi all'affidabilità e puntualità dei pagamenti nel settore della telefonia, aperta dal 1° maggio 2005 al 20 giugno 2005, è stata avviata per raccogliere elementi di valutazione e osservazioni utili al Garante in vista dell'adozione del codice di deontologia per il settore della telefonia (previsto dall'art. 117 del d. lg. 196/2003); quella sulla riservatezza dei dati nell'ambito della gestione dei condomini (8 febbraio 2006 – 27 febbraio 2006) è stata aperta allo scopo di definire un provvedimento in materia che tenesse conto delle principali problematiche emergenti dalla prassi.

Queste tre consultazioni pubbliche telematiche hanno sostenuto il Garante nell'approfondimento della materia da regolare, prima che questi adottasse le proprie decisioni; le quattro successive, lanciate dal settembre 2007 al luglio 2009, sono state al contrario promosse allo scopo di acquisire riscontri sull'adeguatezza di provvedimenti già definiti, e hanno dunque supportato non già la fase di elaborazione, quanto quella di verifica delle misure adottate e dell'intervento correttivo delle stesse. Se le prime ponevano quindi questioni aperte sulle caratteristiche dell'ambito da regolare, le seconde hanno adottato la forma del *notice and comment* (pubblicazione della bozza del provvedimento allo scopo di ottenere commenti su di essa) e (come espressamente è riportato in taluni casi)¹⁴ sono state

14 Si veda ad esempio il sistema di consultazione che ha accompagnato la stesura delle Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico (doc. web n. 1598313, pubblicato sul sito del Garante per la protezione dei dati personali). Dopo aver svolto approfondimenti istruttori sulle iniziative di trattamento dei dati personali

precedute da forme di consultazione non telematiche, chiuse al grande pubblico e aperte solo ai principali *stakeholders*.

Le quattro consultazioni di questo ultimo tipo finora lanciate dal Garante hanno raccolto le osservazioni relative ad altrettante bozze di provvedimenti correttivi di decisioni già adottate: misure e accorgimenti in tema di conservazione di dati di traffico telefonico per finalità di accertamento e repressione dei reati (consultazione aperta dal 19 settembre 2007 al 31 ottobre 2007); linee guida relative al trattamento dei dati personali effettuati per promuovere studi clinici e sperimentare medicinali (dal 29 novembre 2007 al 15 febbraio 2008); linee guida in tema di fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario (5 marzo 2009 – 31 maggio 2009); linee guida in tema di referti on-line (avviata il 15 luglio 2009 e chiusa il 30 settembre 2009). Altre forme di consultazione degli *stakeholders* si affiancano all'attività di consultazione pubblica: tavoli e incontri sono organizzati ai fini della stesura di provvedimenti di carattere generale per raccogliere dati e informazioni e per definire di stime di vantaggi e svantaggi associati all'introduzione dell'atto regolatorio nell'ordinamento.

5. Le prospettive

Nel Garante per la protezione dei dati personali l'analisi degli effetti della regolazione in forma preventiva non è né sistematica né formalizzata, e la valutazione *ex post* è compiuta sporadicamente attraverso lo svolgimento dell'attività di gestione dei quesiti provenienti dalle parti interessate e legati ai provvedimenti emanati. Le consultazioni pubbliche on line e quelle formali e informali attraverso la tecnica dei gruppi di lavoro sono attività perseguite dal Garante soprattutto allo scopo dichiarato di acquisire informazioni e stimolare l'intervento degli interessati nel processo decisionale, ma non appartengono ad alcuna procedura formale di analisi di impatto; è indubbio però che rappresentino un buono

attraverso il Fascicolo sanitario elettronico promosse da organismi sanitari pubblici e privati, il Garante ha adottato il 22 gennaio 2009 un provvedimento recante le Linee guida, che è stato sottoposto alla consultazione di un gruppo di lavoro costituito presso il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali. Dopo questa consultazione chiusa, il 5 marzo del 2009 è stata avviata la consultazione pubblica dei soggetti e delle categorie interessate, al fine di acquisire gli ultimi riscontri prima della prescrizione delle misure indicate nelle Linee Guida.

strumento di *better regulation* da cui partire per l'avvio di una sperimentazione dell'AIR. L'influenza del contesto internazionale, in cui sta crescendo l'attenzione per l'analisi dell'impatto potrebbe costituire per il Garante un'ulteriore spinta per compiere ulteriori passi sulla strada del miglioramento della qualità della regolazione.