



## **Vent'anni di legislazione sulla protezione dei dati**

Retrospective e prospettive

**Convegno pubblico**

Bellinzona, 27 aprile 2012

---

# **La giurisprudenza in materia di protezione dei dati**

## **Bertil Cottier**

Prof. dott. iur; professore ordinario di diritto della comunicazione nell'Università della Svizzera italiana, membro della Commissione cantonale per la protezione dei dati del Cantone Ticino

# *Giurisprudenza: quo vadis?*

Bertil Cottier

Facoltà di Scienze della comunicazione

Università della Svizzera italiana

Faculté de droit

Université de Lausanne

# Il «menu»

- Introduzione
  - gravi violazioni
  - le fonti della giurisprudenza
- Panorama
  - poche sentenze
  - perchè così poche?
- Tre temi centrali
  - Il diritto d'accesso
  - Conflitto con la legislazione sulla trasparenza
  - Nuove tecnologie
- Una parola in conclusione

# Gravi lesioni

- La LPD è un testo astratto, fondato su concetti e principi generali (troppo) spesso vaghi e che richiedono d'essere interpretati.
- Messaggio del CF alla LPD (FF 1988 II 421ss)
  - « la giurisprudenza dovrà determinare a quali condizioni concrete (...) »,
  - « spetta del resto alla giurisprudenza vegliare affinché chi tratta i dati non si appelli abusivamente » alle limitazioni dell'art. 2 cpv. 2,
  - « la giurisprudenza dovrà precisare in che misura gli scambi d'informazione (...). »
  - ecc.

## Commissione federale della protezione dei dati (GAAC 65.48)

Art. 3 LPD

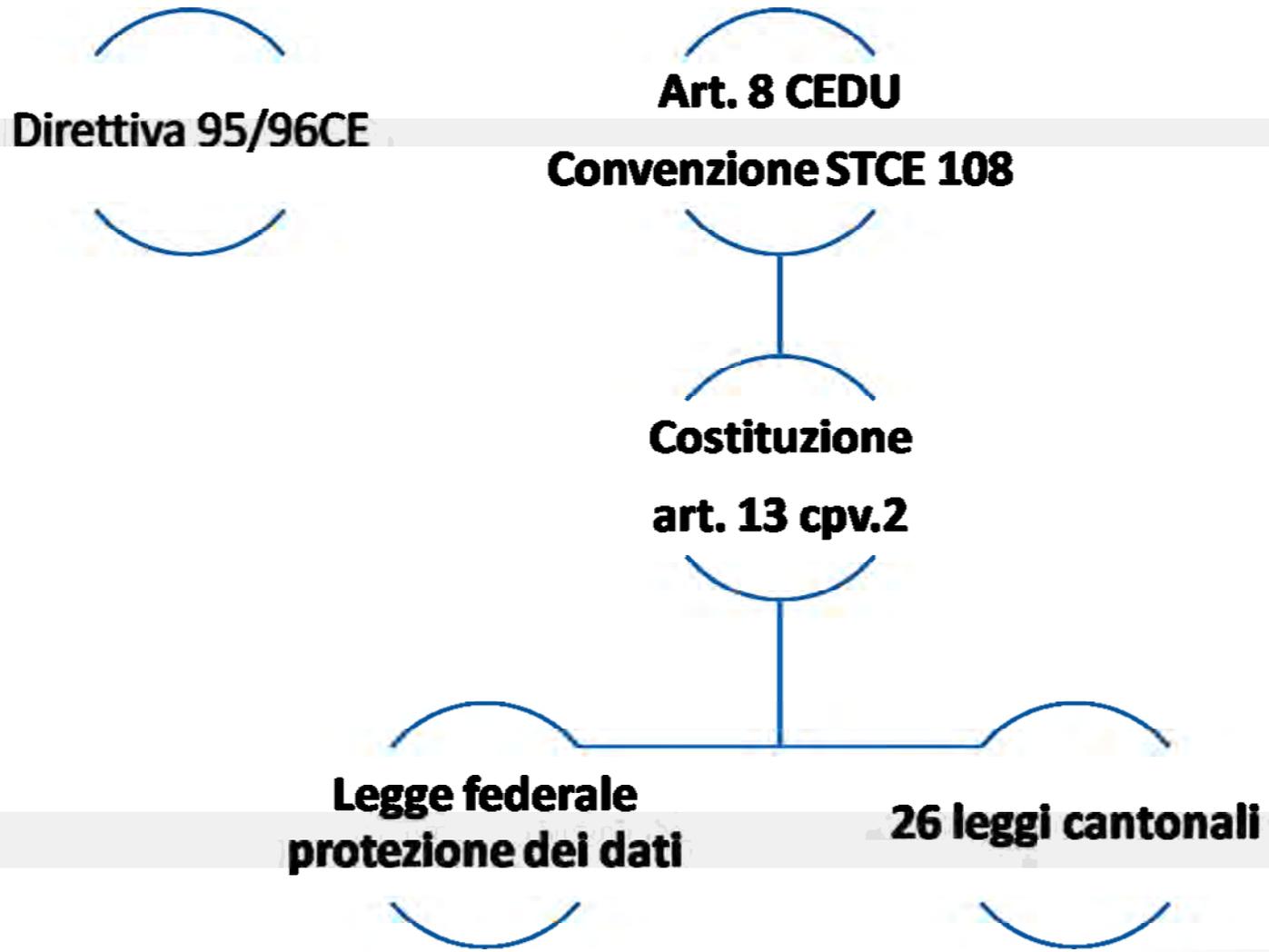
significa:

d. *profilo della personalità*: una compilazione di dati che permette di valutare caratteristiche essenziali della personalità di una persona fisica;

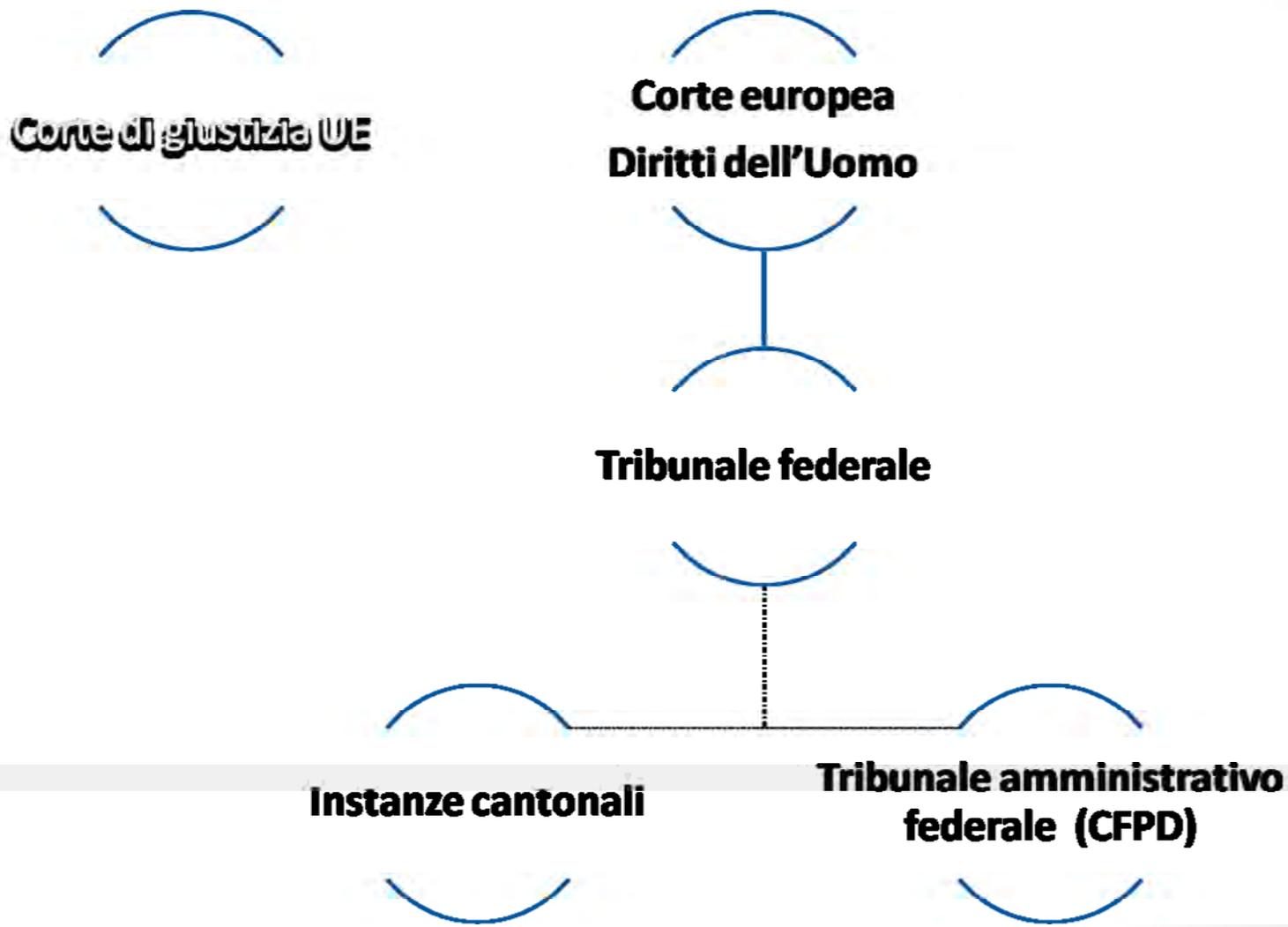


La *nozione di profilo della personalità* non può essere definita in maniera generale. Il numero ed il contenuto delle informazioni personali sono determinanti per sapere se l'assemblamento di diversi dati relativi ad una persona determinata costituisce un profilo della personalità. Dei dati collezionati su un lungo periodo e che danno un'immagine biografica della persona (« *Längsprofil* ») posso più facilmente essere qualificati di profili della personalità piuttosto che dei profili che riflettono solo un'istantanea (« *Querprofil* »).

# Le fonti della protezione dei dati



# Le istanze giudiziarie pertinenti



# Giurisprudenza Corte europea dei diritti dell'Uomo

- Fondata sull'art. 8 CEDU (e non sulla Convenzione 108, che non è self-executing)
- Segnatamente una solida giurisprudenza in materia di creazione di collezioni e di conservazione di dati.
- *Khelili c. Suisse (2011): « l'allégation de la requérante selon laquelle elle figure comme "prostituée" dans les dossiers de la police du canton de Genève depuis 1993 soulève **un problème sérieux, car cette inscription s'est étendue sur un laps de temps très long.** (...)« Eu égard [notamment] à l'importance primordiale de la présomption d'innocence dans une société démocratique [...], elle ne saurait accepter que le maintien de la mention "prostituée" comme profession de la requérante, **qui n'a jamais été condamnée pour exercice illicite de la prostitution [...], puisse passer pour répondre à un "besoin social impérieux"** .*

# Giurisprudenza CGCE: fonte che influenza

## ***CGCE Lindquist (2003):***

«non si configura un trasferimento verso un paese terzo di dati ai sensi dell'art. 25 della direttiva 95/46 allorché una persona che si trova in uno Stato membro inserisce in una pagina Internet — caricata presso il suo fornitore di servizi di ospitalità ( web hosting provider), stabilito nello Stato stesso o in un altro Stato membro — dati personali, rendendoli così accessibili a chiunque si colleghi ad Internet, compresi coloro che si trovano in paesi terzi».



## ***Art. 5 OLPD (2008):***

La pubblicazione di dati personali mediante servizi automatizzati di informazione e comunicazione al fine di informare il pubblico non è assimilata a una comunicazione di dati all'estero.

# Poche decisioni dei tribunali

- **Una giurisprudenza topica poco abbondante**
  - e inoltre: la LPD è spesso applicata in connessione con la protezione della personalità ex art. art. 28ss CC.
    - Cfr. « *La personnalité de l'intimée n'a pas été atteinte de manière illicite au sens des art. 28 CC, 328 et 328b CO, respectivement 12 LPD.* » (TF 6B\_536/2009)
- **Concerne prima di tutto il diritto d'accesso (8 e 9 LPD)**
  - In una misura minore le azioni di rettifica, distruzione e blocco, menzione del carattere contestato (15/25 LPD)
    - privati: salute (dossier medico; problema del consenso)
    - Organi federali: settori delle assicurazioni, dell'asilo, delle Alte scuole, sorveglianza (problema dell'assenza di una base legale per il trattamento)

*Fonte: Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz, chapitre 9: Anwendung und Konkretisierung des DSG durch die Gerichte (Prof. Epiney, UNIFR) Berna 11 marzo 2011*

# Perchè così poche decisioni?

- Scarsa conoscenza della LPD
- Vittime molto restie ad impegnarsi sole in un processo costoso di lunga durata e dall'esito incerto
- Assenza di azioni collettive «class actions» (cfr. LCSl)
- L'IPD non può intervenire nel settore privato se non in caso di *errore sistematico* (art. 29 LPD)
- La lesione proviene dall'estero /responsabilità diffusa

# Diritto d'accesso: i punti di frizione

---

**Cerchia delle autorità soggette al diritto d'accesso**

---

**Portata limitata delle eccezioni (9 cpv. 2 LPD)**

---

**Modalità di comunicazione delle informazioni**

---

**Gratuità**

---

**Rettifica, modifica, distruzione, blocco**

# Natura dei dati soggetti al diritto d'accesso

- ***Dati interni?*** Il diritto d'accesso obbedisce alle proprie regole e modalità: le regole della procedura amministrativa non sono pertinenti e l'accesso deve essere accordato a quei dati che non avrebbero influenzato la decisione (ATF 125 II 473)
- ***Dati privati?*** La clausola d'eccezione dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LPD deve tuttavia essere interpretata in maniera molto prudente e restrittiva (TF 5C.15/2011)

# Portata delle restrizioni generali (9 LPD)

- Privati e organi pubblici (cpv. 1): interessi preponderanti di un terzo
- Organi pubblici (cpv. 2): interesse pubblico preponderante
- Privati (cpv.4) : interessi propri preponderanti (se nessuna comunicazione dei dati a dei terzi)

# Le precisazioni della giurisprudenza

- Il diritto d'accesso si applica solo ai dati che concernono personalmente il richiedente
  - DTF 120 II 118: nessun accesso ai dossiers relativi alla gestione dell'impresa che non contengono dei dati relativi al dipendente
  - GAAC 62.55: spetta al detentore della collezione dei dati fare in modo di organizzare i dati in maniera tale che la comunicazione non comporti una rivelazione illecita di dati altrui
- Spetta al detentore dei dati provare la preponderanza degli interessi
  - GAAC 62.55
- Protezione dei terzi: il solo fatto che il documento contenga dei dati di terzi non permette di rifiutare l'accesso; in molti casi redere anonimi i dati è sufficiente a permettere l'accesso
  - TF 5C.15/2001

# Interesse pubblico superiore

## DTF 125 II 225

« Bei der richterlichen Prüfung der für und gegen die Einsicht sprechenden Gründe ist den verantwortlichen Behörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, in den weder die Eidgenössische Datenschutzkommission noch das Bundesgericht einzugreifen hat. (...). Das gilt insbesondere für spezifische Bereiche wie die **Diplomatie** mit ihren Gepflogenheiten und Rücksichtnahmen. Gerade der diplomatische Schutz von Personen im Ausland und die Hilfeleistung zu Gunsten künftiger Opfer erfordern für die Behörden einen weiten Handlungsspielraum. »

## 1A.279/2006

« En dépit des objections du recourant, on ne saurait exclure qu'en cas de production de l'intégralité de l'analyse Lingua, certaines données ne puissent être ensuite utilisées par d'autres requérants d'asile pour préparer leurs auditions, et ce bien avant leur arrivée dans les CEP. (...) Un risque de divulgation et d'apprentissage ne pourrait par conséquent être exclu si l'on devait accorder un accès systématique et intégral aux analyses Lingua. »

# Comunicazione dei dati personali (art 19 cpv. 1<sup>bis</sup> LPD)

Nell'ambito dell'informazione ufficiale del pubblico gli organi federali hanno il diritto di comunicare dati personali anche d'ufficio o in virtù della **legge federale del 17 dicembre 2004 sulla trasparenza** se:

- a. i dati personali da comunicare sono in rapporto con l'adempimento di compiti pubblici;
- b. sussiste un interesse pubblico preponderante alla pubblicazione dei dati.

# Le premesse

- Una sentenza negativa della Corte di giustizia UE (Bavarian Lager c. Commission, Juin 29, 2010, identità dei partecipanti esterni ad una seduta ufficiale): *“where a request based on Regulation No 1049/2001 seeks to obtain access to documents including personal data, the provisions of Regulation No 45/2001 become applicable in their entirety”*.
- Una decisione negativa del Consiglio di Stato neocastellano (2009), rifiuto d’accesso alla convenzione di partenza dell’ ex-rettore dell’Università di Neuchâtel
- Una decisione piuttosto positiva della Commissione della protezione dei dati del Canton Giura (2004)

# Ponderazione interessi /19 cpv. 1<sup>bis</sup> LPD

## Un «leading case» ed in seguito....

- TAF 17 febbraio 2011 (A3609/2010, Reumann II): accesso a contratti e indennizzi finali di due ex segretari generali del Dipartimento federale di giustizia e polizia)
  - TAF 17 giugno 2011 (A3192/2010, Ufficio federale della sanità pubblica): accesso alle dichiarazioni complete dei conflitti d'interessi dei membri della Commissione federale per le vaccinazioni )
  - TAF 7 dicembre 2011 (A1135/2011, *Synopsis*): prese di posizione individuali dei membri di un gruppo di lavoro di misure d'accompagnamento
    - Raccomandazione dell'Incaricato federale del 22 febbraio 2012 (Beyeler, contratto di lavoro temporaneo dell'ex-procuratore della Confederazione)

# Lezioni da queste sentenze

- L'accesso deve essere consentito quando la pubblicità ha una conseguenza semplicemente sgradevole o minore sulla persona in questione
- Debole interesse alla protezione delle persone in questione tende a predominare quando si tratta di dati sensibili o profili della personalità
- Più la persona toccata esercita alte funzioni nell'amministrazione pubblica, più il suo interesse privato al segreto dei dati personali è debole

# Raccomandazione dell'incaricato caso Beyeler (febbraio 2012)

Gerade weil es beim fraglichen Dokument nicht um einen Arbeitsvertrag mit einem ordentlichen auf 4 Jahre gewählten Staatsanwalt geht, sondern um einen Vertrag mit Spezialkonditionen, der einzig zum Zweck abgeschlossen wurde, alt Bundesanwalt Beyeler eine vorzeitige Pensionierung ohne grössere finanzielle Einbussen zu ermöglichen, besteht in der Öffentlichkeit ein erhebliches Interesse zu erfahren, zu welchen Bedingungen diese Weiterbeschäftigung erfolgt ist. Die Einsichtnahme in den Arbeitsvertrag von alt Bundesanwalt Beyeler für den Zeitraum von Januar 2012 – Februar 2012 verhindert deshalb Spekulationen darüber, ob er darin mit der Einräumung von finanziellen Vorteilen im Hinblick auf eine Frühpensionierung ungebührlich privilegiert worden ist. Durch das Zugänglichmachen dieses Dokuments kann jeglicher Verdacht ausgeschlossen werden, dass es zu Mauseheleien und zu einem Machtmissbrauch bzw. zu einer Bevorteilung durch die Bundesanwaltschaft gekommen ist .

# Nuove tecnologie

- Spamming /indirizzo IP:
  - Commissione federale protezione dei dati, GAAC 69 / 106
- Logistep: Traccia privata sul Net /indirizzo IP
  - DTF 136 II 508 (TAF A-3144/2008)
- Google Street View: trasparenza nella raccolta dei dati / diritto all'immagine
  - TAF A-740/2009 (in attesa TF)

# Lezioni da queste sentenze

- Riportano il dibattito sui grandi principi
  - Art. 4ss LPD / 12 LPD
- Richiedono una conoscenza funzionale delle tecnologie contestate
- Ricorso al diritto comparato è necessario (evitare decisioni contraddittorie)
- Google riconosciuta come società svizzera

# Una parola in conclusione: Alla fine una legge conosciuta

- I tribunali saranno portati sempre più ad applicare la LPD in quanto tale
  - La legge è ormai oggetto di insegnamento
  - La legge è utilizzata dagli addetti ai lavori

# Una parola in conclusione (bis)

## La sfida tecnologica

- I tribunali dovranno essere creativi (e sostituirsi ad un legislatore lacunoso in materia)
- Per rispondere a questa sfida:
  - Conoscere meglio le tecnologie e loro implicazioni
  - Appoggiarsi di più sulle esperienze provenienti dall'estero (sforzo di diritto comparato)

# Una velata proposta al legislatore: esempio recente

*« On s'étonne que la matière délicate et difficile de la surveillance des travailleurs sur le lieu de travail soit simplement réglée dans une ordonnance du Conseil fédéral, soit dans une ordonnance qui se fonde sur la Loi sur le travail, qui elle-même ne contient pas du tout le terme de surveillance. Une réglementation de la surveillance des travailleurs sur le lieu de travail par une loi au sens formel, au moins dans les grandes lignes, mériterait d'être saluée. »*

Tribunal fédéral, 12 nov. 2009 (6B\_536/2009)

# Ed ancora....

## TF DTF 136 II 508 (Logistep)

6.3 (in fine): Unter diesen Umständen kann **offengelassen werden**, ob und inwiefern das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung anwendbar ist, und insbesondere, ob die Strafverfolgungsbehörden die von der Beschwerdeführerin erlangten Daten verwenden dürften (...).

**Offengelassen werden kann zudem**, ob auch das Verhältnismässigkeitsprinzip für die Unterlassung der Datenbearbeitung spricht, zumal sich die Eruiierung des Urheberrechtsverletzers in vielen Fällen als schwierig oder unmöglich erweisen würde, etwa wenn ein Drahtlosnetzwerk verwendet wird oder ein Computer mehreren Personen zur Verfügung steht.

6.4 Anzumerken ist, dass Gegenstand des vorliegenden Falls einzig die Datenbearbeitung durch die Beschwerdegegnerin ist und es nicht darum geht, dem Datenschutz generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen. **Es ist Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters, die allenfalls notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten.**

# Commissione della protezione dei dati (spamming)

5.10.1. Ein Blick über die Grenze auf die datenschutzrechtlichen Regelungen der Europäischen Union (EU) führt zum gleichen Ergebnis. Seit Inkraftsetzung der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 gilt, dass das unaufgeforderte Versenden von Werbung per E-Mail bei fehlender Geschäftsbeziehung grundsätzlich unzulässig ist, sofern nicht eine vorherige Einwilligung des Empfängers vorliegt (Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG).

Im europäischen Rechtsraum lässt sich ein eindeutiger Trend zu dieser so genannten «Opt-In»-Lösung feststellen. Bereits bei der Umsetzung der Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation hatten sich mehrere europäische Länder für das «Opt-In»-Modell entschieden, welches E-Mail-Werbung nur bei ausdrücklicher vorheriger Zustimmung des Empfängers zulässt (Österreich, Dänemark, Finnland, Italien).

# Una parola in conclusione (l'ultima, promesso, lo giuro!): una sfida che tocca la società

I tribunali sono chiamati a pronunciarsi su strumenti popolari (Google Street View, Google Cloud, Facebook).

Rischiano di essere percepiti più come dei censori che disturbano la libertà di navigare nel web, che delle istituzioni intente a porre rimedio a situazioni illecite.

# Campagna «pubblicitaria» : Et votre Street View (2011)



Urban Kägi,  
en fauteuil roulant,  
ne recule devant rien.