

AVV. RICCARDO SALOMONE

Il regolamento UE sulla privacy

Aspetti penali

Il 25 gennaio 2012 la Commissione ha proposto un pacchetto completo sulla protezione dei dati comprendente, fra l'altro, una proposta di direttiva concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di **reati** o esecuzione di **sanzioni penali**, e la libera circolazione di tali dati.

La tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, e la libera circolazione di tali dati sono oggetto di uno specifico strumento giuridico a livello di Unione. Il regolamento non dovrebbe pertanto applicarsi ai trattamenti effettuati per queste finalità.

I dati trattati dalle autorità pubbliche in forza del regolamento a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di **reati** o esecuzione di **sanzioni penali** dovrebbero invece essere disciplinati dal più specifico strumento giuridico a livello di Unione.

Gli Stati membri possono conferire alle autorità competenti altri compiti che non siano necessariamente svolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, affinché il trattamento di dati personali per tali altre finali-

tà, nella misura in cui ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, rientri nel campo di applicazione del regolamento.

Con riguardo al trattamento dei dati personali da parte di tali autorità competenti per finalità rientranti nel campo di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati, gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adattare l'applicazione delle disposizioni del regolamento generale sulla protezione dei dati. Tali disposizioni possono determinare con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento di dati personali da parte di dette autorità competenti per tali altre finalità, tenuto conto della struttura costituzionale, organizzativa e amministrativa dei rispettivi Stati membri.

Quando il trattamento dei dati personali effettuato da **organismi privati** rientra nell'ambito di applicazione del regolamento, è opportuno che lo stesso preveda la facoltà per gli Stati membri, a determinate condizioni, di adottare disposizioni legislative intese a limitare determinati obblighi e diritti, qualora tale limitazione costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia di importanti interessi specifici, comprese la sicurezza pubblica e le attività di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di **reati** o l'esecuzione di **sanzioni penali**, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica. Ciò riveste particolare importanza, ad esempio, nel quadro del **riciclaggio di denaro** o di attività di laboratorio forense.

Il diritto dell'Unione o degli Stati membri può imporre **limitazioni** a specifici principi e ai diritti di informazione, accesso, rettifica e cancellazione di dati o al diritto alla portabilità dei dati, al diritto di opporsi, alle decisioni basate sulla profilazione, nonché alla comunicazione di una violazione di dati personali all'interessato e ad alcuni obblighi connessi in

Salomone & Travaglia

s t u d i o l e g a l e

capo ai responsabili del trattamento, ove ciò sia necessario e proporzionato in una società democratica per la salvaguardia della sicurezza pubblica, ivi comprese la tutela della vita umana, in particolare in risposta a catastrofi di origine naturale o umana, le attività di prevenzione, indagine e perseguimento di **reati** o l'esecuzione di **sanzioni penali**, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, o di violazioni della deontologia professionale, per la tutela di altri interessi pubblici dell'Unione o di uno Stato membro, tra cui un interesse economico o finanziario rilevante dell'Unione o di uno Stato membro, per la tenuta di registri pubblici per ragioni di interesse pubblico generale, per l'ulteriore trattamento di dati personali archiviati al fine di fornire informazioni specifiche connesse al comportamento politico sotto precedenti regimi statali totalitari o per la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui, compresi la protezione sociale, la sanità pubblica e gli scopi umanitari. Tali limitazioni dovrebbero essere conformi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o morale, in particolare se il trattamento può comportare discriminazioni, **furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione**, perdita di riservatezza dei dati protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o dell'esercizio del controllo dei dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici o dati relativi alla salute o alla vita sessuale o a **condanne**

penali e a **reati** o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, per creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone vulnerabili, in particolare **minori**; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati.

Quando un responsabile del trattamento o un incaricato del trattamento **non stabilito nell'Unione** tratta dati personali di interessati che si trovano nell'Unione e le sue attività di trattamento sono finalizzate all'offerta di beni o alla prestazione di servizi a tali interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato, o al controllo del loro comportamento, quest'ultimo inteso all'interno dell'Unione, è opportuno che tale responsabile del trattamento o incaricato del trattamento designi un **rappresentante**, tranne se il trattamento è occasionale, non include il trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, o il trattamento di dati relativi alle **condanne penali** e ai **reati** di cui all'articolo 9 bis¹, ed è improbabile che presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche, tenuto conto della natura, del contesto, del campo di applicazione e delle finalità del trattamento, o se il responsabile del trattamento è un'autorità pubblica o un organismo pubblico. Il rappresentante dovrebbe agire per conto del responsabile del trattamento o dell'incaricato del trattamento e può essere interpellato da qualsiasi autorità di controllo. Il rappresentante dovrebbe essere esplicitamente autorizzato mediante mandato scritto del responsabile del trattamento o

¹ **Trattamento dei dati relativi a condanne penali e reati.** - Il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, può avvenire soltanto sotto il controllo dei pubblici poteri o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda adeguate garanzie per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali può essere tenuto soltanto sotto il controllo dei pubblici poteri.

dell'incaricato del trattamento ad agire per conto di questi ultimi con riguardo agli obblighi che a questi derivano dal regolamento. La designazione di tale rappresentante non incide sulla responsabilità generale del responsabile del trattamento o dell'incaricato del trattamento ai sensi del regolamento. Tale rappresentante dovrebbe svolgere i suoi compiti nel rispetto del mandato conferitogli dal responsabile del trattamento dei dati, anche per quanto concerne la cooperazione con le autorità di controllo competenti per qualsiasi misura adottata al fine di garantire il rispetto del regolamento. Il rappresentante designato dovrebbe essere oggetto di **misure coercitive** in caso di inadempienza da parte del responsabile del trattamento.

Una valutazione di impatto sulla protezione dei dati prima del trattamento dovrebbe applicarsi ai trattamenti su larga scala, che mirano al trattamento di una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale e che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati e che potenzialmente presentano un rischio elevato, ad esempio, data la loro sensibilità, laddove, in conformità con il grado di conoscenze tecnologiche raggiunto, si utilizzi una nuova tecnologia su larga scala, nonché ad altri trattamenti che presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente nei casi in cui tali trattamenti rendono più difficoltoso, per gli interessati, l'esercizio dei propri diritti. È opportuno altresì effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati nei casi in cui i dati sono trattati per prendere decisioni riguardanti determinate persone fisiche in seguito a una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi alle persone fisiche, basata sulla profilazione di tali dati, o in seguito al trattamento di categorie particolari di dati personali, dati biometrici o dati relativi a **condanne penali e reati** o a connesse misure di sicurezza. Una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati è altresì richiesta per la sorveglianza di zone accessibili al pubblico su larga scala, in parti-

colare se effettuata mediante dispositivi optoelettronici, o per altri trattamenti che l'autorità di controllo competente ritiene possano presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente perché impediscono a questi ultimi di esercitare un diritto o di avvalersi di un servizio o di un contratto, oppure perché sono effettuati sistematicamente su larga scala. Il trattamento di dati personali non dovrebbe essere considerato un trattamento su larga scala qualora riguardi dati personali di pazienti o **clienti** da parte di un singolo medico, operatore sanitario o **avvocato**. In tali casi non dovrebbe essere obbligatorio procedere ad una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati.

In linea con i valori fondamentali su cui è fondata l'Unione, in particolare la tutela dei diritti dell'uomo, è opportuno che la Commissione, nella sua valutazione del paese terzo che offre un livello adeguato di protezione dei dati, o di un territorio o di un settore specifico all'interno di un paese terzo, tenga conto del modo in cui tale paese rispetta lo stato di diritto, l'accesso alla giustizia e le norme e gli standard internazionali in materia di diritti dell'uomo, nonché la legislazione generale e settoriale riguardante segnatamente la sicurezza pubblica, la difesa e la sicurezza nazionale, come pure l'**ordine pubblico** e il **diritto penale**. L'adozione di una decisione di adeguatezza nei confronti di un territorio o di un settore specifico all'interno di un paese terzo dovrebbe prendere in considerazione criteri chiari ed obiettivi come specifiche attività di trattamento e il campo di applicazione delle norme giuridiche e degli atti legislativi applicabili in vigore nel paese terzo. Il paese terzo dovrebbe offrire garanzie atte ad assicurare un adeguato livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione, segnatamente quando i dati sono trattati in uno o più settori specifici. In particolare, il paese terzo dovrebbe assicurare un effettivo controllo indipendente della protezione dei dati e dovrebbe prevedere meccanismi di cooperazione con autorità di protezione dei dati europee e agli interessati

dovrebbero essere riconosciuti diritti effettivi e azionabili e di ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziale.

Al fine di garantire un monitoraggio e un'applicazione coerenti del regolamento in tutta l'Unione, le autorità di controllo dovrebbero avere in ciascuno Stato membro gli stessi compiti e poteri effettivi, fra cui poteri di **indagine**, poteri correttivi e sanzionatori, e poteri autorizzativi e consultivi, segnatamente in caso di reclamo proposto da persone fisiche, e fatti **salvi** i poteri delle autorità preposte all'**esercizio dell'azione penale** ai sensi del diritto interno, il potere di intentare un'azione e/o di agire in sede giudiziale o stragiudiziale in caso di violazione del regolamento. Tali poteri dovrebbero includere anche il potere di imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento. Gli Stati membri possono precisare altri compiti legati alla protezione dei dati personali ai sensi del regolamento. È opportuno che i poteri delle autorità di controllo siano esercitati nel rispetto di garanzie procedurali adeguate previste dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale, in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole. In particolare ogni misura dovrebbe essere appropriata, necessaria e proporzionata al fine di assicurare la conformità al regolamento, tenuto conto delle circostanze di ciascun singolo caso, rispettare il diritto di ogni persona di essere **ascoltata** prima che nei suoi confronti sia adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio ed evitare costi superflui ed eccessivi disagi per le persone interessate. I poteri di indagine per quanto riguarda l'**accesso ai locali** dovrebbero essere esercitati nel rispetto dei requisiti specifici previsti dal diritto processuale nazionale, quale l'**obbligo di ottenere un'autorizzazione giudiziaria preliminare**. Ogni misura giuridicamente vincolante dell'autorità di controllo dovrebbe avere forma scritta, essere chiara ed univoca, riportare l'autorità di controllo che ha adottato la misura e la relativa data di adozione, recare la

firma del responsabile o di un membro dell'autorità di controllo da lui autorizzata, precisare i motivi della misura e fare riferimento al diritto ad un ricorso effettivo. Ciò non dovrebbe precludere requisiti supplementari ai sensi del diritto processuale nazionale. L'adozione di tale decisione giuridicamente vincolante implica che essa può essere soggetta a controllo giurisdizionale nello Stato membro dell'autorità di controllo che ha adottato la decisione.

Gli Stati membri possono stabilire disposizioni relative a **sanzioni penali** per violazioni del regolamento, comprese violazioni di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti del regolamento. Tali sanzioni penali possono altresì autorizzare la **sottrazione dei profitti** ottenuti attraverso violazioni del regolamento. Tuttavia, l'imposizione di sanzioni penali per violazioni di tali norme nazionali e di sanzioni amministrative non dovrebbe essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* quale interpretato dalla Corte di giustizia.

Se il regolamento non armonizza le sanzioni amministrative o se necessario in altri casi, ad esempio in caso di gravi violazioni del regolamento, gli Stati membri dovrebbero attuare un sistema che preveda sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. La natura di tali sanzioni (penali o amministrative) dovrebbe essere determinata dalla legislazione nazionale.

Nonostante la materia penale costituisca l'ultimo baluardo della sovranità statale all'interno dell'Unione europea, è noto il ruolo delle fonti internazionali e sovranazionali nelle scelte di criminalizzazione dei singoli legislatori nazionali, e del legislatore italiano in particolare. Il trend che caratterizza l'azione legislativa interna si connota per una sorta di ipertrofia sanzionatoria: alle fattispecie penali (i cui limiti edittali tendono sempre più a di-

latarsi) si sovrappongono spesso e volentieri sanzioni amministrative, dando vita al fenomeno del **c.d. “doppio binario” sanzionatorio**.

Trattasi di ipotesi in cui il compimento del medesimo fatto illecito è all’origine di una doppia risposta sanzionatoria, penale ed amministrativa, da parte dell’ordinamento e, ancor prima (logicamente e cronologicamente), dell’instaurazione di due procedimenti paralleli, uno penale ed uno amministrativo.

Il c.d. “doppio binario” è caratteristico della disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato, di origine comunitaria, nonché dei reati fiscali, anch’essi legati a doppio filo al diritto dell’Unione Europea (almeno per quanto riguarda la materia dell’IVA).

Per quanto concerne, nello specifico, i fatti di c.d. market abuse, è proprio in attuazione di una direttiva comunitaria (la 2003/6/CE) che il legislatore italiano ha previsto, all’esito di distinti e paralleli procedimenti, l’irrogazione di sanzioni sia penali sia amministrative.

Onde evitare drammatici cortocircuiti normativi, occorre che le risposte sul piano sanzionatorio del legislatore nazionale, rispetto alle istanze provenienti dall’Europa, non diventino esse stesse causa di violazioni di ulteriori obblighi, a loro volta, di matrice europea.

È ciò che è avvenuto in Italia proprio nel settore del market abuse. Il sistema sanzionatorio del “doppio binario” è stato recentemente dichiarato in contrasto con l’art. 4, prot. 7, Cedu dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, per violazione del principio – assurto a diritto fondamentale dell’uomo – del *ne bis in idem*. Più nel dettaglio, nel caso Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, la Corte europea ha ritenuto che la sanzione amministrativa adottata dalla Consob (e divenuta definitiva in esito ad appello e ricorso per cassazione) ai sensi dell’art. 187 *ter* del D.Lgs. n. 58 del 1998 (c.d. T.U.F.), è da considerarsi sostanzialmente penale, a causa del carico afflittivo che la connota (in applicazione dei c.d.

criteri “Engel”). Ne deriva che il procedimento penale instaurato nei confronti della medesima persona per lo stesso fatto, sanzionato altresì dalla fattispecie penale di cui all’art. 185 del predetto testo legislativo, costituisce, di fatto, un secondo processo penale per lo stesso fatto materiale: un *bis in idem*.

Sulla scorta di una giurisprudenza ormai consolidata, la Corte europea ha adottato (e continua ad adottare) una concezione di “**medesimo fatto**” svincolata dalla fattispecie astratta e, viceversa, ancorata alla materialità della condotta posta in essere.

A nulla rileva, dunque, che la giurisprudenza interna qualifichi le due fattispecie astratte come distinte, poiché non perfettamente coincidenti nei propri elementi strutturali (l’una qualificandosi come ipotesi di pericolo astratto, l’altra di pericolo concreto).

Nella prospettiva sostanzialistica della Corte europea, è sufficiente ad integrare il presupposto dell’*idem* la medesimezza del fatto posto in essere *hic et nunc* dall’agente. Per quanto concerne il *bis*, è la qualificazione come sostanzialmente penale del provvedimento amministrativo (definitivo), emesso nei confronti del medesimo soggetto imputato nel processo penale, a determinare la sovrabbondanza di quest’ultimo e la conseguente violazione dell’art. 4, prot. 7, Cedu.

Nel caso Grande Stevens, in particolare, la Corte europea ha condannato l’Italia a disporre l’immediata caducazione del procedimento penale in corso nei confronti dei ricorrenti. Peraltro, a soccorso del nostro Paese è intervenuta la prescrizione del reato, che ha permesso, seppur in via indiretta, di ottemperare al *dictum* di Strasburgo.

Il problema resta, tuttavia, in tutta la sua pregnanza con riguardo ai casi analoghi, disseminati nell’ordinamento, di doppia punibilità in via amministrativa e penale del medesimo fatto (inteso in senso materiale). L’attenzione si rivolge, da un lato, alle identiche ipotesi di violazioni della normativa sul market abuse (non solo per fatti di manipolazione del mer-

Salomone & Travaglia

s t u d i o l e g a l e

cato, ma anche per il c.d. *insider trading*, sanzionato penalmente dall'art. 184 T.U.F. ed amministrativamente dall'art. 187 *bis* T.U.F), dall'altro, all'area dei reati tributari, ove è altresì previsto il c.d. “doppio binario” sanzionatorio².

² Vedi A. BIGIARINI, Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica, in *Dir. Pen. e Processo*, 2/2016, 262.