

**UFFICI DI PRESIDENZA CONGIUNTI  
DELLE COMMISSIONI SPECIALI PER L'ESAME  
DEGLI ATTI URGENTI PRESENTATI DAL GOVERNO DI CAMERA E  
SENATO  
NELL'AMBITO DELL'ESAME DELL'ATTO DEL GOVERNO N. 22**

*Adeguamento normativa nazionale  
circa la protezione delle persone fisiche  
con riguardo al trattamento dei dati personali*

**AUDIZIONE**

**31 MAGGIO 2018, ORE 14.30**

Avv. Massimiliano Cesali

Avv. Alberto A. Vigani

Avv. Edoardo Ferraro



**Movimento Forense**

**Entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679**  
**(Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali)**  
**Problematiche di coordinamento e di costituzionalità**

Il 25 maggio u.s. è entrato in vigore il Regolamento UE 2016/679 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali, anche GDPR), che è di immediata applicazione in Italia, data la natura stessa dell'atto.

Sussistono però evidenti problematiche di coordinamento tra gli obblighi imposti dal GDPR e l'attuale normativa nazionale, nonché palesi dubbi di costituzionalità (in particolare riguardo le sanzioni previste dalla norma europea).

Innanzitutto è da dirsi che, se è vero che i regolamenti UE sono direttamente applicabili, ciò non toglie che essi stessi possano richiedere un adeguamento legislativo interno, e comunque in tema di gerarchia delle fonti va precisato che non possono essere in contrasto ai principi costituzionali. Questo è il caso che ci interessa.

## **1. In merito alle problematiche di coordinamento**

Vi sono norme del GDPR che rimandano espressamente ad una attività di adeguamento da parte del legislatore dello stato membro UE, che possono comportare problematiche di applicazione della norma.

### **1.1. L'individuazione dell'Autorità di controllo**

Una prima questione riguarda l'individuazione dell'Autorità di controllo ai sensi del GDPR (art. 51) che prevede che “Ogni Stato membro dispone che una o più autorità

*pubbliche indipendenti siano incaricate di sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione".*

Infatti l'Atto di governo n. 22, nelle norme di riforma del Codice della Privacy italiano, prevede la designazione del Garante per la protezione dei dati personali quale autorità di controllo ai sensi del Regolamento.

Ma senza tale previsione, non vi è alcuna norma che possa far ritenere che sia proprio il Garante l'ente da individuarsi quale autorità di controllo, in quanto, come visto, lo stesso GDPR attribuisce ad un atto dispositivo dello Stato la scelta, sebbene tale circostanza sia data per scontata.

Le conseguenze della mancanza di tale indicazione potrebbe comportare una serie di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori o comunque dei controlli disposti per carezza di legittimazione attiva da parte del Garante, e ciò proprio alla luce del GDPR e del 1° comma dell'art. 51.

### **1.2. La garanzia del giusto processo nell'applicazione delle sanzioni**

Altra implementazione richiesta dal GDPR riguarda le garanzie in relazione ai poteri dell'Autorità di controllo, disciplinati dall'art. 58, che prevede al 4° comma *“L'esercizio da parte di un'autorità di controllo dei poteri attribuiti dal presente articolo è soggetto a garanzie adeguate, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo, previste dal diritto dell'Unione e degli Stati membri conformemente alla Carta”*.

Analoga disposizione e garanzia è prevista dall'art. 83 del GDPR, che individua le sanzioni nella misura edittale.

Se non vi sono dubbi sulle garanzie del giusto processo per il “ricorso giurisdizionale”, lo stesso non si può dire per quanto riguarda la tutela amministrativa come oggi prevista dal Codice della Privacy.

Tale normativa sarà in prospettiva abrogata proprio dall'Atto di governo n. 22, ma nelle more dell'approvazione sarebbe l'unico procedimento di tutela amministrativa applicabile.

Ad oggi, tale procedimento si svolgerebbe ai sensi degli artt. 145-151 del Codice della Privacy, secondo questo schema:

#### *PROCEDIMENTO*

*Esaminata la documentazione ricevuta dal Garante, può verificarsi che:*

*1. il ricorso sia dichiarato:*

*a. inammissibile;*

*b. manifestamente infondato;*

*2. il ricorso sia comunicato al titolare /responsabile del trattamento. Possono verificarsi i seguenti casi:*

*a. adesione spontanea del titolare/responsabile del trattamento entro 10 gg. dalla comunicazione del ricorso - NON LUOGO A PROVVEDERE;*

*b. in caso di mancata adesione spontanea del titolare/responsabile del trattamento, entro 60 gg. dalla presentazione del ricorso, provvedimento del Garante di:*

*• RIGETTO;*

*• ACCOGLIMENTO (Il Garante ordina al titolare con decisione motivata la cessazione del comportamento illegittimo, indicando misure necessarie a tutelare i diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione);*

*c. in caso di mancata pronuncia del Garante entro 60 giorni dalla presentazione del ricorso, rigetto tacito.*

*Il titolare o l'interessato possono impugnare il provvedimento del Garante con ricorso al giudice ordinario entro 30 giorni:*

*• dalla comunicazione della decisione del Garante (rigetto o accoglimento);*

*• entro 90 giorni dalla presentazione del ricorso in caso di mancata pronuncia del Garante.*

*In caso di mancata opposizione, il provvedimento costituisce titolo esecutivo ai sensi degli artt. 474 e 475 c. p. c.*

Appare evidente come un procedimento di questo genere, che non prevede esplicitamente elementi quali la **difesa tecnica** (essenziale per il giusto processo), il **contraddittorio** tra le parti e la possibilità di presentare **deduzioni**, non sia rispondente ai principi richiesti sia dalla normativa europea che dalla Costituzione Italiana.

Ciò, in particolare, data la natura delle **sanzioni amministrative** che, per dottrina uniforme, sono **da considerare di tipo para-penale** e, pertanto, devono prevedere forme di tutela più incisive.

Eventuali procedimenti che iniziassero con tale struttura sarebbero suscettibili di ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione del diritto a un giusto processo o, comunque, ad un incidente di costituzionalità.

## **2. In merito a problematiche di costituzionalità**

Sussistono poi problematiche di tipo più strettamente costituzionale, che comunque inficerebbero una applicazione immediata dell'impianto sanzionatorio del GDPR.

### **2.1. La differenza tra il procedimento a seguito di ricorso/reclamo e quello a seguito di attivazione di poteri di ispezione.**

Altra problematica legata ad una eventuale immediata applicazione del GDPR è quella delle difformità tra l'attuale procedimento amministrativo (a seguito di ricorso/reclamo) e quello che è l'esito di una sanzione a seguito dell'esperimento di un potere ispettivo dell'Autorità di controllo.

Come già esposto, l'attuale procedimento amministrativo prevede la possibilità concessa al titolare del trattamento, di un "ravvedimento" che porterebbe ad un provvedimento di "non luogo a provvedere".

Ciò, al contrario, potrebbe non succedere (considerata la discrezionalità lasciata all'Autorità di controllo) in caso di ispezioni o verifiche effettuate d'ufficio, in relazione alle quali potrebbero essere emesse sanzioni senza una preventiva richiesta di adeguamento al titolare del trattamento.

Tale circostanza appare evidentemente in violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto due fattispecie analoghe (l'accertamento di una violazione a seguito di procedimento per ricorso/reclamo, e l'accertamento a seguito di esercizio del potere ispettivo) sarebbero trattate in modo diverso, non concedendo in uno dei casi un termine per l'adeguamento.

La soluzione potrebbe essere quella di individuare (da parte del legislatore o da parte dell'Autorità di controllo stessa) un procedimento che comporti la possibilità di una sorta di "ravvedimento operoso".

Ciò ovviamente, implica una moratoria nell'ambito della trattazione dei ricorsi/reclami, delle ispezioni e delle sanzioni, in vista dell'adeguamento della normativa.

## **2.2. Ragioni di incostituzionalità per mancanza del minimo edittale delle sanzioni previste dal GDPR.**

Altra problematica di rilievo costituzionale riguarda l'eccessiva discrezionalità lasciata all'Autorità di Controllo nell'applicazione delle sanzioni, la cui disciplina rientra - peraltro - nelle piene attribuzioni del legislatore italiano, che anzi eserciterebbe così il suo dovere, senza andare contro il regolamento comunitario.

A norma del GDPR (art. 83), “Ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo in relazione alle violazioni del presente regolamento di cui ai paragrafi 4, 5 e 6 siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive”.

Viene poi fornita una serie di parametri cui l’Autorità di controllo dovrà far riferimento per emettere tali sanzioni.

Inoltre, a seconda delle violazioni, vengono individuate sanzioni con indicazione di un massimo edittale (*fino a 10.000.000 di euro o fino al 2% del fatturato mondiale, ovvero fino a 20.000.000 di euro o al 4% del fatturato mondiale*) ma non nel minimo edittale.

Come già dedotto, nell’ordinamento italiano le sanzioni amministrative hanno natura “para-penalistica” e quindi quindi soggiacciono ai medesimi principi, tra cui, in particolare il principio di legalità, avente natura costituzionale.

Anche in relazione all’art. 132 c.p. venne posto il problema di una eccessiva discrezionalità del giudice, ma la Corte Costituzionale ha escluso che il principio di legalità sia di ostacolo all’attribuzione all’organo giudicante di un adeguato ambito di discrezionalità laddove però ricompreso nella cornice edittale. In ogni caso, i limiti edittali non devono essere né eccessivamente dilatati, cosa che consentirebbe di eludere nella sostanza il principio di legalità, né indeterminati, sia pure solo nel massimo.

Appare evidente come la carenza assoluta del minimo edittale comporti la violazione del principio di legalità come individuato dalla giurisprudenza costituzionale, con il rischio che un’applicazione non adeguata ai principi costituzionali del GDPR possa portare ad incidenti di costituzionalità.

Andranno individuate a livello legislativo o (a seguito dell’indicazione dell’Autorità di controllo di cui al punto 1.1. che si ribadisce non essere ancora stata effettuata) da

parte dell'Autorità, delle linee di indirizzo, come peraltro previste dall'art. 14 dell'Atto di governo n. 22 in relazione all'art. 154 bis del nuovo Codice della Privacy, che consentano di adeguare al principio di legalità il sistema sanzionatorio del GDPR.

### **3. In merito all'esperienza francese e la “moratoria”**

In ogni caso, a prescindere dalle valutazioni di cui sopra, giova sottolineare come l'autorità di controllo francese (CNIL) abbia concesso una sorta di *grace period* per i primi mesi dall'entrata in vigore del GDPR: ha annunciato, infatti, l'istituzione di un periodo transitorio durante il quale non saranno sanzionate le aziende che, a seguito di ispezioni, dovessero risultare inadempienti rispetto ai nuovi obblighi.

Un'opzione analoga non è da escludersi nemmeno in Italia.