



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Bari



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2019, n. 1

Editoriale

L'incidenza *virtuosa* dei diritti fondamentali nel completamento dello *spazio europeo di giustizia* p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: An Appraisal Twenty Years on from the Tampere European Council p. 11
Eugenio Carli

L'incidenza sulla *Brexit* della sentenza della Corte di giustizia UE del 10 dicembre 2018 p. 30
Maria Cristina Carta

Governing Asylum with (or without) Solidarity? The Difficult Path of Relocation Schemes, Between Enforcement and Contestation p. 55
Luisa Marin

La protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale alla luce della direttiva (UE) 2016/680: frammentazione ed incertezze applicative p. 75
Gabriele Rugani

Sulla im(mobilità) sanitaria transfrontaliera nel contesto della (il)libertà di circolazione e di cura all'interno del territorio europeo: il "caso" inglese del piccolo Alfie Evans p. 93
Sabrina Vannuccini

Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia p. 119
Valentina Zambrano



LA PROTEZIONE DEI DATI NEL SETTORE DELLA COOPERAZIONE
GIUDIZIARIA E DI POLIZIA IN MATERIA PENALE
ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA (UE) 2016/680:
FRAMMENTAZIONE ED INCERTEZZE APPLICATIVE

Gabriele Rugani*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: un quadro giuridico disorganico. – 3. I limiti della Decisione quadro 2008/977/GAI. – 4. I miglioramenti apportati dalla Direttiva (UE) 2016/680: l'estensione dell'ambito di applicazione ai trattamenti *purely domestic*. – 5. Le criticità della Direttiva (UE) 2016/680: la perdurante presenza di numerose regole specifiche sulla protezione dei dati. – 6. Le criticità della Direttiva (UE) 2016/680: la delimitazione dell'ambito di applicazione rispetto a quello del GDPR. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale è contraddistinta da indubbie peculiarità: nell'ambito in questione, infatti, è prioritario operare un bilanciamento tra esigenze tradizionalmente contrapposte¹. Da un lato occorre valorizzare la cooperazione informativa tra le autorità di contrasto, che è stata di recente interessata da un progressivo sviluppo dovuto *in primis* all'evoluzione tecnologica: tale evoluzione ha portato negli ultimi anni ad un incremento esponenziale delle tracce digitali e delle informazioni, che risultano facilmente immagazzinabili in archivi informatici e possono poi circolare per finalità di

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Pisa. Indirizzo e-mail: gabriele.rugani@phd.unipi.it

¹ A. MARANDOLA, *Information sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della Decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, pp. 164-189.

contrasto alla criminalità²; i nuovi strumenti offerti dalla tecnologia devono dunque essere sfruttati al meglio e la circolazione delle informazioni deve essere agevolata. Dall'altro lato, però, è essenziale tutelare i dati, verificare la loro origine e qualità³ e salvaguardare i diritti e le libertà dei singoli che, è bene ricordarlo, non sono solo indiziati e condannati, ma anche, ad esempio, persone offese e testimoni⁴.

Le peculiarità in questione hanno dunque giustificato l'adozione di regole specifiche, che differissero rispetto alla disciplina generale sulla *data protection*. Tali regole sono state volute fortemente dagli Stati, che hanno spesso richiesto più flessibilità proprio alla luce delle particolari problematiche derivanti dal trattamento dei dati nell'ambito del contrasto alla criminalità⁵: a titolo puramente esemplificativo, le autorità di contrasto potrebbero avere la necessità di conservare i dati in perpetuo o comunque per periodi più lunghi rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale⁶.

Tuttavia, se l'adozione di regole specifiche sulla protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale era comprensibile e condivisibile, lo stesso non può dirsi circa il fenomeno, cui si è assistito, della proliferazione di simili regole. Ciò è dipeso essenzialmente dalla struttura a pilastri che caratterizzava l'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: nel settore in questione, infatti, persisteva il voto all'unanimità e il Consiglio in più di un'occasione si è dimostrato incapace di legiferare in tempi ragionevoli⁷. Di conseguenza si sono moltiplicate le iniziative puntuali, spesso promosse dagli Stati membri al di fuori dalla cornice istituzionale dell'Unione e solo successivamente incorporate nel diritto UE⁸.

Il risultato di quanto appena messo in evidenza è che il quadro giuridico dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale si è da sempre distinto per una caratteristica principale: la frammentazione⁹, che rappresenta una criticità di per sé. Da essa, infatti, deriva incertezza sulla corretta normativa da applicare e tale circostanza finisce inevitabilmente per indebolire la posizione dei *data subjects*¹⁰.

Il presente contributo intende verificare quali effetti abbia avuto, sulla soluzione del problema della frammentazione e dell'individuazione delle norme applicabili, la

² M. GIALUZ, *La cooperazione informativa quale motore del sistema europeo di sicurezza*, in PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, cit., pp. 15-33.

³ F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, cit., pp. 9-13.

⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European data protection law – 2018 edition*, Lussemburgo, 2018.

⁵ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, in *IRI Promemoria*, 2012, n. 2, pp. 1-10.

⁶ P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINO, *The Police and Criminal Justice Data Protection Directive: Comment and Analysis*, in *Computers & Law Magazine of SCL*, 2012, n. 6., pp. 21-25.

⁷ F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, cit., pp. 9-13.

⁸ *Ibid.*

⁹ P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, *Study for the LIBE Committee*, Bruxelles, 2014, PE 510.001.

¹⁰ *Ibid.*

Direttiva (UE) 2016/680 relativa al trattamento dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (o LED, *Law Enforcement Directive*)¹¹, che ha sostituito la Decisione quadro 2008/977/GAI¹². Da un lato si evidenzierà come, dal punto di vista in esame, tale strumento abbia apportato degli indubbi miglioramenti rispetto alla disciplina preesistente: ciò è principalmente dovuto all'estensione dell'ambito di applicazione anche ai trattamenti *purely domestic* e non solo ai *cross-border exchanges*¹³. Dall'altro lato, tuttavia, si sottolineerà come le problematiche della frammentazione e dell'incertezza persistano: *in primis* perché la Direttiva non elimina, ma anzi lascia impregiudicate, le regole specifiche in materia di *data protection* contenute negli strumenti precedenti; in secondo luogo perché si pongono dei problemi di delimitazione dell'ambito di applicazione della Direttiva rispetto a quello del Regolamento (UE) 2016/679 (il *General Data Protection Regulation* o GDPR)¹⁴.

Preliminarmente, tuttavia, è essenziale ricostruire l'evoluzione, in seno all'Unione europea, della normativa sulla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, dalle origini fino alla Direttiva (UE) 2016/680. Solo in tal modo sarà possibile comprendere a fondo la problematica della frammentazione e dell'incertezza normativa.

2. La *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: un quadro giuridico disorganico

Innanzitutto, per problemi di competenza, la disciplina in questione è stata per lungo tempo affidata a strumenti adottati dal Consiglio d'Europa: *in primis* la Convenzione del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, meglio conosciuta come Convenzione 108¹⁵; in secondo luogo la Raccomandazione R (87) 15 del 17 settembre 1987 del Comitato dei Ministri tendente a

¹¹ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alla protezione 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, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*, del 27 aprile 2016, in GU L119 del 4 maggio 2016, pp. 89-131.

¹² Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, *sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, del 27 novembre 2008, in GU L350, 30 dicembre 2008, pp. 60-71.

¹³ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, cit., p. 1.

¹⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, del 27 aprile 2016, in GU L119, 4 maggio 2016, pp. 1-88.

¹⁵ *Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)*, del 28 gennaio 1981, entrata in vigore il 1° ottobre 1985. Si ricorda che in data 18 maggio 2018 è stato adottato il *Protocol (CETS No. 223) amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*.

regolare l'uso dei dati di natura personale nel settore di polizia¹⁶. Entrambe, tuttavia, si sono dimostrate carenti, per la mancanza della necessaria precisione (la prima) e del carattere vincolante (la seconda)¹⁷.

Per quanto invece riguarda l'UE, il primo strumento adottato in materia di *data protection*, ovvero la Direttiva 95/46/CE¹⁸, non si applicava ai trattamenti nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: mancava dunque, in senso assoluto, uno strumento sulla protezione dei dati applicabile trasversalmente all'intero settore¹⁹. Si è dunque proceduto con iniziative isolate, inserendo disposizioni specifiche relative alla protezione dei dati nei singoli strumenti giuridici adottati nell'ambito in questione che facevano riferimento ad operazioni di trattamento²⁰. Come già evidenziato, vista l'inerzia del Consiglio, tali strumenti sono stati sovente adottati al di fuori della cornice istituzionale UE e poi incorporati successivamente nell'ordinamento europeo²¹.

Il primo esempio che è opportuno menzionare è quello della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, o più semplicemente Convenzione di Schengen²², che ha istituito il Sistema d'Informazione Schengen o SIS. La Convenzione dedica un intero Capitolo alla "Protezione dei dati personali e sicurezza dei dati nel quadro del Sistema d'Informazione Schengen", Capitolo in cui, all'articolo 117 paragrafo 1, viene sancito l'obbligo gravante sulle parti contraenti di adottare disposizioni interne che assicurino "un livello di protezione dei dati di natura personale almeno uguale a quello derivante dai principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981". Lo stesso paragrafo, inoltre, impone alle parti di conformarsi ai principi della "Raccomandazione R (87) 15 del 17 settembre 1987 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa tendente a regolamentare l'utilizzazione dei dati di natura personale nel settore della polizia"²³.

¹⁶ Council of Europe, *Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to Member States Regulating the Use of Personal Data in the Police Sector*, del 17 settembre 1987.

¹⁷ L. PULITO, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del passenger name record per contrastare il terrorismo e altri reati gravi*, in *Processo penale e giustizia*, 2018, n. 6, pp. 1138-1149.

¹⁸ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, del 24 ottobre 1995, in GU L281, 23 novembre 1995, pp. 31-50.

¹⁹ P. DE HERTE, C. RIEHLE, *Data protection in the area of freedom, security and justice. A short introduction and many questions left unanswered*, in *ERA Forum*, 2010, n. 2, pp. 159-167.

²⁰ *Ibid.*

²¹ F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, cit., pp. 9-13.

²² *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, del 19 giugno 1990, in GU L239, 22 settembre 2000, pp. 19-62.

²³ Secondo l'articolo 117 paragrafo 1 della Convenzione di Schengen: "Per quanto riguarda il trattamento automatizzato di dati personali trasmessi in applicazione del presente titolo, ciascuna Parte contraente prenderà, al più tardi al momento dell'entrata in vigore della presente convenzione, le disposizioni nazionali necessarie per raggiungere un livello di protezione dei dati di natura personale almeno uguale a quello derivante dai principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone nei riguardi del trattamento automatizzato dei dati di natura personale, e nel

Lo stesso approccio che ha caratterizzato la Convenzione di Schengen è stato seguito pure in relazione alla Convenzione istitutiva dell'Europol²⁴; inoltre, anche alcuni suoi articoli (come l'articolo 14)²⁵ menzionano sia la Convenzione 108 che la Raccomandazione R (87) 15: queste ultime, soprattutto la Convenzione, mancando uno strumento giuridico di portata generale nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, sono dunque diventate i principali punti di riferimento in materia di protezione dei dati in tale ambito²⁶.

Altri due esempi sono costituiti dall'Eurojust ("Unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea"), agenzia rispetto alla quale la Convenzione 108 riveste un ruolo chiave²⁷, e dal Trattato di Prüm²⁸, che permette alle parti lo scambio di dati relativi al DNA e alle impronte digitali, firmato nel 2005 al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione europea e incorporato nel diritto UE con la Decisione 2008/615/GAI o Decisione di Prüm²⁹: anch'esso, infatti, menziona tanto la Convenzione 108 quanto la Raccomandazione³⁰. Tali riferimenti da parte degli strumenti in esame, tuttavia, non

rispetto della Raccomandazione R 15 (87) del 17 settembre 1987 del comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa tendente a regolare l'uso dei dati di natura personale nel settore della polizia".

²⁴ *Convenzione basata sull'articolo K3 del Trattato sull'unione Europea che istituisce un Ufficio europeo di Polizia*, del 26 luglio 1995, entrata in vigore il 1° ottobre 1998.

²⁵ Secondo l'articolo 14 paragrafo 1 della Convenzione Europol: "Per quanto riguarda il trattamento di dati di carattere personale in archivi e nel quadro dell'applicazione della presente convenzione ciascuno Stato membro adotta, al più tardi al momento dell'entrata in vigore di detta convenzione, le disposizioni di diritto interno necessarie per assicurare un livello di protezione dei dati almeno pari a quello derivante dall'applicazione dei principi della convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981, tenendo conto della raccomandazione R (87) 15 del 17 settembre 1987 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa relativa all'uso dei dati di carattere personale da parte delle autorità di polizia". Secondo l'articolo 14 paragrafo 3, invece: "Nel rilevamento, trattamento e uso dei dati di carattere personale l'Europol si attiene ai principi della convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 e della raccomandazione R (87) 15 del 17 settembre 1987 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa".

²⁶ D. ALONSO BLAS, *First pillar and third pillar: need for a common approach on data protection?*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (eds.), *Reinventing Data Protection?*, Berlin, 2009, pp. 225-237.

²⁷ Secondo l'articolo 14 paragrafo 2 della Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, *che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità*, del 28 febbraio 2002, in GU L063, 6 marzo 2002, pp. 1-13: "L'Eurojust prende le misure necessarie per garantire un livello di protezione dei dati personali almeno equivalente a quello risultante dall'applicazione dei principi sanciti dalla convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 e successive modifiche, che siano in vigore tra gli Stati membri".

²⁸ *Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria riguardante l'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare al fine di lottare contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale*, del 27 maggio 2005.

²⁹ Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera*, del 23 giugno 2008, in GU L210, 6 agosto 2008, pp. 1-11.

³⁰ Secondo l'articolo 34 (1) del Trattato di Prüm: "Per quanto riguarda il trattamento dei dati personali da trasmettere o già trasmessi nell'ambito del presente trattato, ogni Parte contraente garantisce nel proprio diritto nazionale un livello di protezione dei dati corrispondente almeno a quello che risulta dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 relativa alla protezione delle persone nei confronti del trattamento informatizzato dei dati personali, nonché del protocollo aggiuntivo dell'8 novembre 2001 e tiene conto, al riguardo, della raccomandazione n.° R (87) 15 del Comitato dei Ministri

erano di per sé sufficienti a rendere la disciplina più coerente, proprio per la scarsa precisione che contraddistingueva la Convenzione e la Raccomandazione³¹.

3. I limiti della Decisione quadro 2008/977/GAI

Nel 2005 la Commissione ha però avvertito la necessità di uno strumento giuridico di portata generale nel settore in questione e ha dunque presentato una Proposta di Decisione quadro³²; tre anni più tardi è stata approvata la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Tuttavia tale Decisione quadro non ha dettato uno standard comune nel settore³³ e non ha portato ad alcun progresso nell'uniformare l'eterogeneo mosaico di regole³⁴.

In primo luogo, con la Decisione quadro gli strumenti preesistenti che contenevano disposizioni proprie in materia di *data protection* non solo non sono stati modificati³⁵, ma si è disposto in merito alla loro prevalenza³⁶: a prevedere ciò era l'articolo 28, il quale regolava proprio il "rapporto con altri atti dell'Unione adottati in precedenza"³⁷. Secondo il Considerando 39, infatti, tali strumenti disciplinavano la materia "più dettagliatamente" e dunque "la pertinente serie di disposizioni sulla protezione dei dati di detti atti, segnatamente quelle che disciplinano il funzionamento dell'Europol, di Eurojust, del sistema d'informazione Schengen (SIS)" doveva rimanere impregiudicata³⁸. Proprio per questa scelta di mantenere in vita tutti gli strumenti

del Consiglio d'Europa agli Stati membri relativa all'utilizzo di dati personali nel settore di polizia del 17 settembre 1987 e ciò anche quando i dati non vengono trattati in maniera automatizzata".

³¹ L. PULITO, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del passenger name record per contrastare il terrorismo e altri reati gravi*, cit., p. 1138.

³² Proposta di Decisione quadro del Consiglio, *sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, del 4 ottobre 2005, COM/2005/0475 def.

³³ P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, cit.

³⁴ F. BOEHM, *Information sharing and data protection in the Area of Freedom, Security and Justice: Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin, 2012.

³⁵ P. DE HERT, R. BELLANOVA, *Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice: A System Still to Be Fully Developed, Study requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE)*, Bruxelles, 2009, PE 410.692.

³⁶ T. MARQUENIE, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, vol. 33, n. 3, pp. 324-340.

³⁷ Secondo l'articolo 28 della Decisione quadro 2008/977/GAI: "Qualora in atti adottati conformemente al titolo VI del trattato sull'Unione europea anteriormente alla data di entrata in vigore della presente decisione quadro e che disciplinano lo scambio di dati personali tra Stati membri o l'accesso delle autorità designate dagli Stati membri ai sistemi d'informazione creati in virtù del trattato che istituisce la Comunità europea siano state introdotte condizioni specifiche relative all'utilizzo di tali dati da parte dello Stato membro ricevente, queste prevalgono sulle disposizioni della presente decisione quadro relative all'utilizzo dei dati personali trasmessi o resi disponibili da un altro Stato membro".

³⁸ Secondo il Considerando 39 della Decisione quadro 2008/977/GAI: "Diversi atti adottati a norma del titolo VI del trattato sull'Unione europea contengono norme specifiche riguardanti la protezione dei dati personali scambiati o altrimenti trattati conformemente a tali atti. In alcuni casi queste disposizioni costituiscono una serie completa e coerente di regole che coprono tutti gli aspetti pertinenti della protezione dei dati (principi della qualità dei dati, norme sulla sicurezza dei dati, regolamentazione dei

adottati precedentemente, che parrebbe giustificata da un'esigenza di specificità, la Decisione quadro si è rivelata incapace di migliorare l'incoerente panorama della protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale³⁹.

In secondo luogo, un altro aspetto problematico della Decisione quadro 2008/977/GAI è il suo limitato ambito di applicazione. In base alla Proposta della Commissione del 2005, la Decisione quadro doveva applicarsi sia agli scambi transfrontalieri di dati che ai trattamenti effettuati all'interno dei confini nazionali dei singoli Stati membri⁴⁰. Durante l'*iter* di adozione, tuttavia, si manifestava chiaramente la difficoltà di raggiungere un accordo politico che rendesse la Decisione quadro applicabile non solo ai *cross-border exchanges*, ma anche ai trattamenti *purely domestic*⁴¹. Per tale ragione, a partire da una Comunicazione del settembre 2007⁴², il Consiglio, al fine di evitare che la paralisi si protraesse ancora, ha pragmaticamente deciso di aggirare l'ostacolo più difficile da sormontare e di patrocinare la causa di un testo "minimalista", che abdicasse al perseguimento di obiettivi più ambiziosi⁴³. Così, il testo finale della Decisione quadro 2008/977/GAI escludeva del tutto dal proprio ambito di applicazione il trattamento dei dati all'interno dei confini nazionali, cioè quando non vengono in gioco fenomeni di scambio transfrontaliero⁴⁴.

diritti delle persone interessate e delle garanzie previste per le stesse, organizzazione del controllo e responsabilità) e disciplinano queste materie più dettagliatamente della presente decisione quadro. Questa dovrebbe lasciare impregiudicata la pertinente serie di disposizioni sulla protezione dei dati di detti atti, segnatamente quelle che disciplinano il funzionamento dell'Europol, di Eurojust, del sistema d'informazione Schengen (SIS) e del sistema informativo doganale (SID) e quelle che introducono l'accesso diretto delle autorità degli Stati membri a taluni sistemi di dati di altri Stati membri. Lo stesso vale per quanto riguarda le disposizioni di protezione dei dati che disciplinano il trasferimento automatizzato tra Stati membri di profili DNA, dati dattiloscopici e dati nazionali di immatricolazione dei veicoli a norma della decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008 sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera".

³⁹ T. MARQUENIE, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, cit., p. 324.

⁴⁰ Secondo l'articolo 3 paragrafo 1 della Proposta di Decisione quadro COM/2005/0475 def.: "La presente decisione quadro si applica al trattamento di dati personali, interamente o parzialmente automatizzato, nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi da parte di un'autorità competente ai fini della prevenzione, dell'indagine, dell'accertamento e del perseguimento dei reati penali".

⁴¹ S. CIAMPI, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, cit., pp. 34-100.

⁴² Documento del Consiglio, del 13 settembre 2007, n. 12154/2/07.

⁴³ S. CIAMPI, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*, cit., p. 34.

⁴⁴ Secondo l'articolo 1 paragrafo 2 della Decisione quadro 2008/977/GAI: "Conformemente alla presente decisione quadro, gli Stati membri proteggono i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla vita privata, quando, ai fini della prevenzione, dell'indagine, dell'accertamento e del perseguimento dei reati o dell'esecuzione delle sanzioni penali, i dati personali: a) sono o sono stati trasmessi o resi disponibili tra Stati membri; b) sono o sono stati trasmessi o resi disponibili dagli Stati membri ad autorità o a sistemi d'informazione istituiti in base al titolo VI del trattato sull'Unione europea; o c) sono o sono stati trasmessi o resi disponibili alle competenti autorità degli Stati membri da autorità o sistemi d'informazione istituiti in base al trattato sull'Unione europea o al trattato che istituisce

Fin da subito, tale esclusione è stata oggetto di aspre critiche. Il Garante europeo per la protezione dei dati (GEPD), ad esempio, ha affermato: “*I regret that the Framework Decision only covers police and judicial data exchanged between Member States, EU authorities and systems, and does not include domestic data*”⁴⁵. La principale criticità era che l’operazione di tracciare una linea di confine tra i dati trattati a livello esclusivamente interno (soggetti solo al diritto nazionale) e i dati scambiati tra Stati membri (soggetti alla Decisione quadro) si fondava sul presupposto che tutti gli Stati membri avessero già distinto i dati in tali due categorie, tenendoli ordinatamente conservati in *database* diversi senza che i due gruppi venissero mai in contatto tra di loro⁴⁶. Ma tale presupposto era manifestamente non corretto e in numerose circostanze si rivelava difficile individuare la corretta normativa applicabile: la frammentazione della disciplina risultava acuita e la Direttiva finiva dunque per creare più problemi di quelli che risolveva⁴⁷.

4. I miglioramenti apportati dalla Direttiva (UE) 2016/680: l’estensione dell’ambito di applicazione ai trattamenti *purely domestic*

Come è noto, il 25 gennaio 2012 la Commissione europea, utilizzando la base giuridica dell’articolo 16 TFUE⁴⁸, ha presentato il c.d. Nuovo pacchetto europeo sulla protezione dei dati personali⁴⁹ e, dopo quattro anni di estenuanti trattative in cui è stata presentata la cifra record di 3999 emendamenti⁵⁰, nell’aprile 2016 sono stati adottati da un lato il Regolamento (UE) 2016/679, dall’altro, per l’appunto, la Direttiva (UE)

la Comunità europea”. Inoltre, secondo il Considerando 7: “L’ambito di applicazione della presente decisione quadro si limita al trattamento dei dati personali trasmessi o resi disponibili tra Stati membri”.

⁴⁵ Garante europeo per la protezione dei dati, *Press release* del 28 novembre 2008.

⁴⁶ P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINOY, *The data protection framework decision of 27 November 2008 regarding police and judicial cooperation in criminal matters – A modest achievement however not the improvement some have hoped for*, in *Computer Law and Security Review*, 2009, pp. 403-414.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Secondo l’articolo 16 paragrafo 2 del TFUE: “Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione, nonché da parte degli Stati membri nell’esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell’Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti”.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso: Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo*, del 25 gennaio 2012, COM/2012/09 final; Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *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*, del 25 gennaio 2012, COM/2012/010 final; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, del 25 gennaio 2012, COM/2012/011 final.

⁵⁰ X. TRACOL, *Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel, in Europe: actualité du droit de l’Union européenne*, 2016, n. 10, pp. 5-10.

2016/680. Quest'ultima è entrata in vigore il 5 maggio 2016 e doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 6 maggio 2018, data a decorrere dalla quale è stata abrogata la Decisione quadro 2008/977/GAI; l'Italia ha provveduto al recepimento della Direttiva attraverso il Decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 51⁵¹. Appare subito evidente come la stessa scelta dello strumento presenti delle criticità⁵²: la Direttiva lascia infatti agli Stati un considerevole margine di discrezionalità, con conseguente rischio di divergenze significative tra le normative nazionali di attuazione⁵³.

Comunque sia, sotto il profilo che il presente contributo prende in considerazione, la Direttiva (UE) 2016/680 apporta un evidente miglioramento alla disciplina previgente⁵⁴. Infatti, quando la Commissione ha presentato il Nuovo pacchetto europeo sulla protezione dei dati personali, l'aspetto dell'esclusione dei trattamenti *intra moenia* dall'ambito di applicazione della normativa è stato immediatamente individuato come uno dei principali punti su cui intervenire. Innanzitutto, secondo la Relazione allegata alla Proposta di Direttiva, la decisione quadro 2008/977/GAI aveva “un campo di applicazione limitato”, poiché si applicava “solo al trattamento transfrontaliero dei dati e non alle attività di trattamento effettuate dalla polizia e dalle autorità giudiziarie a livello strettamente nazionale”⁵⁵. Nella Relazione, poi, veniva sottolineato quello che poc'anzi è stato indicato come uno dei principali problemi derivanti da tale circostanza: un simile ambito di applicazione creava “difficoltà per le forze di polizia e le altre autorità competenti nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia”, dal momento che per tali autorità poteva “non essere agevole stabilire il carattere puramente nazionale o transfrontaliero di un trattamento di dati” oppure prevedere se i dati nazionali potessero essere “oggetto di un successivo scambio transfrontaliero”⁵⁶.

Il testo finale della Direttiva recepisce la proposta della Commissione. Infatti, i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 2 della Direttiva (UE) 2016/680 recitano semplicemente: “La presente direttiva si applica al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1”⁵⁷ e “La presente direttiva si

⁵¹ Decreto legislativo 51/2018, *Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione 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, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 18 maggio 2018*, in GU Serie Generale n. 119, 24 maggio 2018, pp. 1-17, entrato in vigore il 8 giugno 2018.

⁵² C. GAYREL, R. ROBERT, *Proposition de règlement sur la protection des données: Premiers commentaires*, in *Journal de droit Européen*, 2012, n. 6, pp. 173-181.

⁵³ T. MARQUENIE, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, cit., p. 324.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *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*, cit.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Secondo l'articolo 1 paragrafo 1 della Direttiva (UE) 2016/680: “La presente direttiva stabilisce le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte

applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi”. La Direttiva, dunque, si applica a tutte le attività di trattamento effettuate dalle autorità competenti, indipendentemente dal fatto che siano *cross-border exchanges* o trattamenti *purely domestic*⁵⁸. Questo può essere visto come un notevole miglioramento rispetto al quadro giuridico preesistente, dal momento che saranno superate le tante difficoltà che la polizia e le altre autorità avevano incontrato nel distinguere tra trattamenti transfrontalieri e nazionali; la conseguenza ulteriore è che tale modifica mitigherà parzialmente la frammentazione e assicurerà una più coerente applicazione della disciplina in tutta l’Unione europea⁵⁹.

5. Le criticità della Direttiva (UE) 2016/680: la perdurante presenza di numerose regole specifiche sulla protezione dei dati

Le problematiche della frammentazione e dell’incertezza circa la corretta normativa da applicare, tuttavia, continuano a caratterizzare la disciplina della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, nonostante la Direttiva (UE) 2016/680.

Come è già stato evidenziato, sia prima che dopo l’adozione della Decisione quadro 2008/977/GAI vari strumenti giuridici adottati nell’ambito in questione contenevano disposizioni proprie relative alla protezione dei dati. E tali disposizioni, a loro volta, facevano spesso riferimento ad ulteriori strumenti, adottati in seno al Consiglio d’Europa: la Convenzione 108 e la Raccomandazione R (87) 15⁶⁰. La normativa del settore era dunque collocata in innumerevoli sedi ed appariva complessa da ricostruire.

Orbene, contrariamente a quanto ci si potesse aspettare, la Direttiva (UE) 2016/680 non risolve la criticità in esame. Infatti, da un lato, secondo l’articolo 2 paragrafo 3 lettera b) la Direttiva non si applica ai trattamenti di dati personali “effettuati da istituzioni, organi, uffici e agenzie dell’Unione”. Dall’altro, in base all’articolo 60, riguardante gli atti giuridici già in vigore, “rimangono impregiudicate le disposizioni specifiche per la protezione dei dati personali contenute in atti giuridici dell’Unione che sono entrati in vigore il o anteriormente al 6 maggio 2016 nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, che disciplinano il trattamento tra Stati membri e l’accesso delle autorità nazionali designate ai sistemi d’informazione istituiti ai sensi dei trattati, nell’ambito di applicazione della presente

delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica”.

⁵⁸ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, cit., p. 1.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Dordrecht, 2014.

direttiva”⁶¹. A onor del vero, l’Articolo 62, paragrafo 6, prevede che la Commissione riesamini, entro il 6 maggio 2019, gli atti giuridici adottati dall’UE a cui fa riferimento l’Articolo 60, proprio per valutare la necessità di allinearli alla Direttiva 2016/680 e formulare, eventualmente, le proposte per modificarli⁶². Ma nonostante ciò, attualmente, le diverse normative, la cui coesistenza aveva stimolato la riflessione sull’opportunità di una revisione della Decisione quadro 2008/977/GAI⁶³, non rientrano nell’ambito di applicazione della Direttiva (UE) 2016/680⁶⁴ e rimangono impregiudicate.

In particolare, rimangono pienamente in vigore le regole in materia di *data protection* contenute nella Decisione 2007/533/GAI⁶⁵, che attualmente disciplina il SIS e il cui Capo XII (articoli 56-65) riguarda la “Protezione dei dati”, nonché quelle contenute nella Decisione di Prüm, il cui Capo 6 (articoli 24-32) è dedicato alle “Disposizioni generali relative alla protezione dei dati”. Inoltre, entrambe le citate Decisioni fanno ancora riferimento tanto alla Convenzione 108 quanto alla Raccomandazione R (87) 15: la Decisione 2007/533/GAI menziona al Considerando 19 e agli articoli 56-57 la Convenzione, mentre al Considerando 20 la Raccomandazione; la Decisione di Prüm, invece, menziona entrambe ai Considerando 19-20 e all’articolo 25 paragrafo 1. Tuttavia gli strumenti del Consiglio d’Europa in questione, come già evidenziato, difettano sul piano della precisione⁶⁶; far riferimento ad essi, di conseguenza, contribuisce a rendere ancor più incerta e confusa la disciplina della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

Ancor più interessante è notare come anche gli strumenti giuridici adottati successivamente rispetto alla Direttiva (UE) 2016/680 continuino a mantenere la stessa impostazione, contenendo disposizioni proprie relative alla protezione dei dati. Innanzitutto, occorre menzionare il Regolamento (UE) 2016/794⁶⁷, adottato meno di un

⁶¹ Di tenore analogo anche l’articolo 61 della Direttiva (UE) 2016/680, dedicato al “Rapporto con gli accordi internazionali precedentemente conclusi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia”, secondo cui: “Restano in vigore, fino alla loro modifica, sostituzione o revoca, gli accordi internazionali relativi al trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali che sono stati conclusi dagli Stati membri anteriormente al 6 maggio 2016 e che sono conformi al diritto dell’Unione applicabile anteriormente a tale data”.

⁶² Secondo l’articolo 62 paragrafo 6 della Direttiva (UE) 2016/680: “Entro il 6 maggio 2019, la Commissione riesamina gli altri atti giuridici adottati dall’Unione che disciplinano il trattamento da parte delle autorità competenti per le finalità di cui all’articolo 1, paragrafo 1, in particolare quelli di cui all’articolo 60, al fine di valutare la necessità di allinearli alla presente direttiva e formulare, ove opportuno, le proposte necessarie per modificarli in modo da garantire un approccio coerente alla protezione dei dati personali nell’ambito della presente direttiva”.

⁶³ M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, n. 1, pp. 1-39.

⁶⁴ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, cit., p. 1.

⁶⁵ Decisione 2007/533/GAI del Consiglio, *sull’istituzione, l’esercizio e l’uso del sistema d’informazione Schengen di seconda generazione (SIS II)*, del 12 giugno 2007, in GU L205, 7 agosto 2007, pp. 63–84.

⁶⁶ L. PULITO, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l’uso del passenger name record per contrastare il terrorismo e altri reati gravi*, cit., p. 1138.

⁶⁷ Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce l’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione nell’attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI*, dell’11 maggio 2016, in GU L135, 24 maggio 2016, pp. 53-114.

mezzo dopo rispetto alla Direttiva, che attualmente disciplina l'Europol e che dedica il Capo VI (articoli 28-46) alle "Garanzie in materia di protezione dei dati". Di particolare rilievo è il Considerando 40, secondo cui "le norme di protezione dei dati applicabili presso Europol dovrebbero essere autonome e nel contempo coerenti con quelle di altri strumenti pertinenti di protezione dei dati applicabili nel settore della cooperazione di polizia nell'Unione"⁶⁸. Tra tali strumenti vengono menzionate, ancora una volta, la Convenzione 108 e la Raccomandazione R (87) 15; allo stesso tempo, si fa riferimento anche alla stessa Direttiva (UE) 2016/680, rispetto alla quale, dunque, il Regolamento (UE) 2016/794 aspirerebbe a conformarsi quanto possibile. Delle discrepanze, tuttavia, esistono⁶⁹.

Considerazioni analoghe possono essere svolte anche in relazione al recente Regolamento (UE) 2018/1727⁷⁰ che, a decorrere dal 12 dicembre 2019, sostituirà la Decisione quadro 2002/187/GAI e disciplinerà l'Eurojust. Così come nel Regolamento (UE) 2016/794, anche nello strumento in questione troviamo un Considerando secondo cui "è opportuno che le norme per la protezione e la libera circolazione dei dati personali operativi trattati da Eurojust siano coerenti con la direttiva (UE) 2016/680" (Considerando 28)⁷¹. Ma indipendentemente da ciò, occorre sottolineare come il Regolamento (UE) 2018/1727 presenti a sua volta disposizioni proprie relative alla protezione dei dati: esse sono contenute nel Capo IV, dedicato per l'appunto al "Trattamento delle informazioni".

La frammentazione, dunque, permane e produce confusione nel settore, poiché rimangono forti dubbi su quale sia la norma da applicare in determinate situazioni

⁶⁸ Secondo il Considerando 40 del Regolamento (UE) 2016/794: "Onde garantire un livello elevato di tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali, è opportuno che le norme di protezione dei dati applicabili presso Europol siano rafforzate e informate ai principi su cui si basa il regolamento (CE) n. 45/2001. Poiché la dichiarazione n. 21 relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, allegata al TUE e al TFUE, riconosce la specificità del trattamento dei dati personali nel contesto dell'attività di contrasto, le norme di protezione dei dati applicabili presso Europol dovrebbero essere autonome e nel contempo coerenti con quelle di altri strumenti pertinenti di protezione dei dati applicabili nel settore della cooperazione di polizia nell'Unione. Tali strumenti comprendono, in particolare, la direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione delle persone riguardo al trattamento automatizzato di dati a carattere personale e la sua raccomandazione n. R(87)15".

⁶⁹ C.C. COCQ, *EU Data Protection Rules Applying to Law Enforcement Activities: Towards an Harmonised Legal Framework?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, n. 3, pp. 263-276.

⁷⁰ Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio*, del 14 novembre 2018, in GU L295, 21 novembre 2018, pp. 138-183.

⁷¹ Secondo il Considerando 28 del Regolamento (UE) 2018/1727: "La direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce norme armonizzate per la protezione e la libera circolazione dei dati personali trattati a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia dalle minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse. Al fine di garantire lo stesso livello di protezione per le persone fisiche mediante diritti giuridicamente tutelati in tutta l'Unione e di prevenire disparità che possano ostacolare lo scambio di dati personali tra Eurojust e le autorità competenti degli Stati membri, è opportuno che le norme per la protezione e la libera circolazione dei dati personali operativi trattati da Eurojust siano coerenti con la direttiva (UE) 2016/680".

concrete⁷². In altri termini, si viene a creare un quadro giuridico complesso da ricostruire e incerto, specialmente quando viene in rilievo il trattamento di dati che potrebbero essere soggetti a più di una di queste normative in materia di *data protection*⁷³. Ciò è particolarmente vero alla luce del crescente scambio di dati tra Stati membri, Europol e altri organismi dell'UE in ossequio al principio di disponibilità⁷⁴. La soluzione del problema, dunque, dovrebbe essere quella prospettata dal Gruppo di lavoro articolo 29 già nel Parere 01/2012, il quale si sofferma proprio sulle norme specifiche per il trattamento dei dati nell'ambito di quello che in passato era denominato "Terzo pilastro" dell'UE e menziona esplicitamente Europol ed Eurojust. Infatti il Gruppo di lavoro, da un lato, non ignora le difficoltà pratiche che possono derivare dal proporre una riforma generale dell'*acquis* esistente⁷⁵. Dall'altro, tuttavia, ritiene che lo stesso elevato livello di protezione dei dati dovrebbe essere applicabile a *tutti* i trattamenti di dati in questo settore⁷⁶.

6. Le criticità della Direttiva (UE) 2016/680: la delimitazione dell'ambito di applicazione rispetto a quello del GDPR

Il fatto che le numerose regole specifiche in materia di *data protection* contenute negli strumenti precedenti non siano state eliminate non è l'unica criticità della Direttiva (UE) 2016/680. Un'altra problematica riguarda la delimitazione tra l'ambito di applicazione della Direttiva e quello del GDPR⁷⁷.

Come già evidenziato, secondo l'articolo 2 paragrafo 1 la Direttiva si applica al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti per le finalità di cui all'articolo 1 paragrafo 1, ovvero a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica. È poi l'articolo 3, dedicato alle definizioni, che al n. 7) definisce il concetto di "autorità competente" come "a) qualsiasi autorità pubblica competente in materia 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; o b) qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla

⁷² L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, cit., p. 1.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Opinion 01/2012 on the Data Protection Reform Proposals*, del 23 marzo 2012, 00530/12/EN WP 191.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017.

sicurezza pubblica”. Fin dalla lettura di tale disposizione si può osservare come alla fine sia prevalsa una definizione molto ampia di “autorità competente”: ciò soprattutto su spinta del Consiglio⁷⁸. Secondo il GEPD, invece, sarebbe stato opportuno che tale nozione fosse rimasta più limitata possibile⁷⁹. Le tradizionali autorità di contrasto (polizia e autorità di giustizia penale) sono indubbiamente ricomprese alla lettera a); la definizione di cui alla lettera a) però, include anche altre autorità pubbliche come le Unità di informazione finanziaria (*Financial Intelligence Units*). La lettera b), inoltre, fa rientrare nell’ambito di applicazione della Direttiva anche organizzazioni e soggetti privati, come, a titolo esemplificativo, le compagnie di sicurezza private (*private security contractors*)⁸⁰. Un ambito di applicazione tanto esteso rende incerto il confine tra la Direttiva (UE) 2016/680 e il GDPR⁸¹.

Innanzitutto, l’articolo 3 lettera a), come appena evidenziato include non solo le autorità di polizia e giudiziarie, ma anche altre autorità pubbliche: a tal proposito occorre segnalare che gli Stati membri definiscono le attività delle rispettive autorità, come azioni di contrasto o meramente amministrative, in modo diverso a seconda delle proprie tradizioni; di conseguenza, le stesse operazioni di trattamento potrebbero essere disciplinate in un Paese membro dal Regolamento (UE) 2016/679, in un altro dalle norme nazionali di attuazione della Direttiva⁸². Ad esempio, si può notare che in alcuni Stati le Unità di informazione finanziaria istituite in ossequio alla Direttiva antiriciclaggio sono autorità amministrative, mentre in altri sono considerate autorità di contrasto⁸³: la differenza non è di poco conto, dal momento che i trattamenti nel contesto degli illeciti amministrativi rientrano nell’ambito di applicazione del GDPR, mentre i trattamenti nel contesto degli illeciti penali rientrano in quello della Direttiva⁸⁴. Tale situazione, a sua volta, si rivela particolarmente problematica dal momento che i due strumenti non sono coerenti tra di loro⁸⁵. Come dunque sostiene anche il Gruppo di lavoro articolo 29, servirebbe da un lato maggior coerenza tra la Direttiva e il Regolamento, dall’altro maggior chiarezza riguardo alla definizione di “autorità competenti”⁸⁶.

Per quanto invece riguarda l’articolo 3 lettera b) sarebbe stato opportuno che l’esercizio di funzioni di contrasto alla criminalità da parte di organizzazioni e soggetti

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Garante europeo per la protezione dei dati, *Opinion 6/2015, A Further Step Towards Comprehensive EU Data Protection, EDPS recommendations on the Directive for data protection in the police and justice sectors*, del 28 ottobre 2015.

⁸⁰ M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, cit.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Opinion 01/2012 on the Data Protection Reform Proposals*, cit.

⁸³ *Minutes of the third meeting of the Commission expert group on the Regulation (EU) 2016/679 and Directive (EU) 2016/680*, del 7 novembre 2016.

⁸⁴ M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, cit.

⁸⁵ Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Opinion 01/2012 on the Data Protection Reform Proposals*, cit.

⁸⁶ *Ibid.*

non pubblici rientrasse non nell'ambito di applicazione della Direttiva, ma in quello del Regolamento, come affermato anche dal GEPD⁸⁷. Ad esempio, le compagnie aeree e gli operatori di telecomunicazioni, che sono obbligati dalla legge a raccogliere e consegnare dati, non dovrebbero mai essere soggetti alla disciplina della Direttiva: lo scopo principale e originario della raccolta di tali dati, infatti, è completamente differente dalla prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati⁸⁸.

Oltre all'ampia definizione di "autorità competente", c'è poi un altro elemento che potrebbe determinare un'indebita estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva (UE) 2016/680: il fatto che l'articolo 1 paragrafo 1 includa "la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica"⁸⁹. Questo aspetto, che non rientrava nell'ambito di applicazione della Decisione quadro 2008/977/GAI e che non era previsto neppure nell'originaria Proposta di Direttiva della Commissione, è stato aggiunto su iniziativa del Consiglio, nonostante il parere contrario del GEPD⁹⁰. Il Considerando 12 fornisce poi alcuni esempi, come "le attività di polizia in occasione di manifestazioni, grandi eventi sportivi e sommosse"⁹¹. In questo modo, si finisce per espandere l'applicabilità della Direttiva rispetto al nucleo fondamentale delle attività di contrasto alla criminalità, dal momento che manifestazioni, grandi eventi sportivi e sommosse solo in alcuni casi conducono alla commissione di reati⁹². Tale estensione avviene, ancora una volta, a discapito del GDPR e soprattutto determina, anche in questo caso, una situazione di incertezza circa la corretta normativa da applicare⁹³.

7. Considerazioni conclusive

⁸⁷ Garante europeo per la protezione dei dati, *Opinion 6/2015*, cit.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, cit.

⁹⁰ Garante europeo per la protezione dei dati, *Opinion 6/2015*, cit.

⁹¹ Secondo il Considerando 12 della Direttiva (UE) 2016/680: "Le attività svolte dalla polizia o da altre autorità preposte all'applicazione della legge vertono principalmente sulla prevenzione, l'indagine, l'accertamento o il perseguimento di reati, comprese le attività di polizia condotte senza previa conoscenza della rilevanza penale di un fatto. Tali attività possono comprendere anche l'esercizio di poteri mediante l'adozione di misure coercitive quali le attività di polizia in occasione di manifestazioni, grandi eventi sportivi e sommosse. Esse comprendono anche il mantenimento dell'ordine pubblico quale compito conferito alla polizia o ad altre autorità incaricate dell'applicazione della legge ove necessario per la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica e agli interessi fondamentali della società tutelati dalla legge che possono dar luogo a reati. Gli Stati membri possono conferire alle autorità competenti altri compiti che non siano necessariamente svolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, cosicché il trattamento di dati personali per tali altre finalità, nella misura in cui ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, rientra nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2016/679".

⁹² J. SAJFERT, T. QUINTEL, *Data Protection Directive (EU) 2016/680 for Police and Criminal Justice Authorities*, in M. COLE, F. BOEHM (eds.), *Commentary on the General Data Protection Regulation*, Cheltenham, 2019, in corso di pubblicazione.

⁹³ *Ibid.*

Come attualmente ci ricorda anche la Dichiarazione 21 allegata al Trattato di Lisbona⁹⁴, delle norme specifiche sulla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale possono rivelarsi necessarie alla luce delle peculiarità del settore in questione. Ad essere problematica, dunque, non è tanto l'esistenza di tali disposizioni specifiche, quanto la loro proliferazione, risultato della struttura a pilastri che contraddistingueva l'Unione prima del Trattato di Lisbona⁹⁵ e delle conseguenti difficoltà incontrate dalle istituzioni UE nel normare trasversalmente la materia. Infatti, i singoli strumenti giuridici adottati nell'ambito del contrasto alla criminalità, che facevano riferimento ad operazioni di trattamento, si sono dotati di proprie disposizioni specifiche relative alla protezione dei dati e né la Decisione quadro 2008/977/GAI, né soprattutto la Direttiva (UE) 2016/680 sono riuscite a modificare tale scenario.

La disciplina della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale risulta dunque contraddistinta da grande frammentazione, la quale rappresenta un fattore problematico in sé: il fatto che esistano ancora norme specifiche sulla protezione dei dati negli strumenti che disciplinano i sistemi Europol, Eurojust, SIS, Prüm, comporta inevitabilmente che, in ultima istanza, il livello di tutela garantito agli individui si riduca⁹⁶. Indipendentemente dal contenuto delle singole disposizioni, se un individuo entra in contatto con la normativa UE in materia di giustizia penale e con i sistemi appena menzionati, impiegherà un considerevole sforzo anche solo per comprendere quale, tra la moltitudine di regole sulla *data protection*, debba essere applicata al suo caso concreto⁹⁷. A ciò, inoltre, si aggiunge il fatto che una disciplina frammentata comporta difficoltà nella cooperazione e nella supervisione⁹⁸.

Inoltre, la frammentazione e l'incertezza circa la normativa applicabile non dipendono solo dalla perdurante presenza di disposizioni specifiche oltre alla Direttiva (UE) 2016/680, ma ancor prima dal rapporto tra la stessa Direttiva e il Regolamento (UE) 2016/679: infatti, come evidenziato, alcuni elementi della Direttiva (la definizione troppo ampia di "autorità competente", il riferimento alla "sicurezza pubblica") rendono incerto il confine tra la stessa e il GDPR e si creano dunque dei problemi di coordinamento tra i due strumenti⁹⁹.

⁹⁴ Dichiarazioni allegatae all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, 21. *Dichiarazione relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia*, in OJ C115, 9 maggio 2008, p. 345, secondo cui: "La conferenza riconosce che potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, in base all'articolo 16 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

⁹⁵ T. MARQUENIE, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, cit., p. 324.

⁹⁶ P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, cit.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, cit.

Probabilmente la soluzione ideale per risolvere tali problemi sarebbe stata quella, suggerita anche dal GEPD¹⁰⁰, di includere l'intero settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale all'interno dell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) 2016/679, aggiungendo poi disposizioni addizionali o eccezionali relative all'ambito del contrasto alla criminalità. Un simile approccio avrebbe garantito maggior linearità nonché un più alto livello di protezione dei dati dei singoli, tenendo conto allo stesso tempo delle specificità del settore¹⁰¹.

L'auspicio è che un quadro coerente e di applicazione generale per la *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale possa realizzarsi in futuro. Nel frattempo, sarebbe quantomeno importante giungere ad un'interpretazione condivisa di determinate nozioni chiave¹⁰²: ad esempio, sarebbe auspicabile intendere l'espressione "autorità competenti" in modo da far rientrare in tale categoria solo le autorità che hanno come loro *compito principale* la prevenzione, l'indagine, l'accertamento o il perseguimento di reati¹⁰³. In questo modo, quantomeno, la linea di demarcazione tra gli strumenti normativi in questione sarebbe più netta e la frammentazione risulterebbe, ancorché molto parzialmente, mitigata.

ABSTRACT: La protezione dei dati nel settore del contrasto alla criminalità è caratterizzata da peculiarità che giustificano l'adozione di regole specifiche. Esse tuttavia sono proliferate, soprattutto a causa delle difficoltà nel regolare l'ambito in questione causate dalla precedente struttura a pilastri dell'UE. Ciò determina frammentazione della disciplina, incertezza circa la normativa da applicare ed indebolimento della tutela degli individui. La Direttiva (UE) 2016/680 non è riuscita a risolvere tali criticità, poiché mantiene le regole preesistenti e non delimita in modo chiaro il proprio ambito di applicazione rispetto a quello del GDPR. In attesa di un quadro coerente e di applicazione generale, sarebbe importante un'interpretazione condivisa di alcuni concetti chiave, quantomeno per mitigare la frammentazione.

KEYWORDS: Protezione dei dati – Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale – Decisione quadro 2008/977/GAI – Direttiva (UE) 2016/680 – Regolamento (UE) 2016/679.

¹⁰⁰ Garante europeo per la protezione dei dati, *Press Release* del 7 marzo 2012.

¹⁰¹ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, cit., p. 1.

¹⁰² M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, cit.

¹⁰³ *Minutes of the fifth meeting of the Commission expert group on the Regulation (EU) 2016/679 and Directive (EU) 2016/680*, del 18 gennaio 2017.

DATA PROTECTION IN THE FIELD OF POLICE AND JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS IN THE LIGHT OF DIRECTIVE (EU) 2016/680: FRAGMENTATION AND LEGAL UNCERTAINTY

ABSTRACT: Data protection in the context of law enforcement requires specific rules because of the particular nature of the field. However, such rules have proliferated, especially as a result of the problems of the EU institutions in the regulation of the area, which were caused by the pre-Lisbon pillar-based system in the EU. The consequences are fragmentation of the legal framework, uncertainty on the rules to apply and a weaker protection for data subjects. Directive (EU) 2016/680 does not solve such issues, since it leaves prior rules unaffected and it gives rise to problems regarding the delimitation between its scope and the scope of the GDPR. While waiting for a consistent and broadly applicable framework, it's important to achieve a common interpretation of some key concepts, at least to mitigate the fragmentation.

KEYWORDS: Data protection – Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters – Framework Decision 2008/977/JHA – Directive (EU) 2016/680 – Regulation (EU) 2016/679.