

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Signora
Eveline Widmer-Schlumpf
Consigliera federale
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3003 Berna

Procedura di consultazione concernente l'approvazione e l'attuazione dello scambio di note tra la Svizzera e l'Unione europea concernente il recepimento della decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale

Signora Consigliera federale,

abbiamo ricevuto la Sua lettera in merito alla summenzionata procedura di consultazione, e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le osservazioni seguenti.

1. Considerazioni generali

In virtù di un compromesso, la decisione quadro 2008/977/GAI si applica limitatamente al trattamento dei dati personali trasmessi o resi disponibili tra Stati membri di Schengen e ai soli fini della prevenzione, dell'indagine, dell'accertamento o del perseguimento dei reati o dell'esecuzione delle sanzioni penali (cfr. anche rapporto esplicativo n. 115 pag. 3). Un recepimento di tali disposizioni per il trattamento di dati all'interno della Svizzera (a livello federale e a livello cantonale), quindi non solo alla cooperazione istituita da Schengen, è però auspicabile, nella misura in cui riguardano principi generali della protezione dei dati. Questo rilievo potrebbe trovare un'importante giustificazione per prevenire che per situazioni simili siano applicati standard diversi (cfr. rapporto esplicativo n. 52 pag. 12), e ciò a maggior ragione ove si consideri che alcune disposizioni centrali della decisione quadro – come l'art. 3 (che definisce e precisa i principi di legalità, proporzionalità e finalità), l'art. 4 (che disciplina la rettifica, la cancellazione e il blocco di dati personali) e l'art. 10 (che determina un obbligo di registrazione e documentazione) – sono giustamente qualificate come "direttamente applicabili" (v. rapporto esplicativo n. 51 pag. 8 segg.).

2. Recepimento della decisione quadro nel diritto federale

In generale il recepimento della decisione quadro è condivisibile nell'impostazione e nei contenuti proposti. Aspetti puntuali dell'avamprogetto meritano tuttavia un approfondimento.

2.1.

La revisione del diritto federale presenta alcuni problemi, nella misura in cui interviene nell'assetto costituzionale. La Costituzione federale del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101) non contempla infatti una norma che attribuisca alla Confederazione la competenza espressa di legiferare in materia di protezione dei dati: nel settore del diritto pubblico federale questa competenza è invero tradizionalmente dedotta dalla combinazione delle norme che conferiscono alla Confederazione la prerogativa di disciplinare i rapporti tra autorità e servizi dell'amministrazione (art. 164 cpv. 1 lett. g e art. 173 cpv. 2 Cost.) e quelle attributive di competenza nel diritto speciale (come ad esempio è il caso per il settore delle armi e del materiale bellico – art. 105 Cost. – degli stupefacenti – art. 118 Cost. – e degli stranieri e dell'asilo – art. 121 Cost.). La competenza della Confederazione di emanare disposizioni unitarie sulla protezione dei dati – che potrebbe peraltro inserirsi anche nel quadro dell'art. 43a cpv. 1 Cost. – si estende anche alle elaborazioni di dati effettuate dai Cantoni, ma solo nella misura in cui questi ultimi sono incaricati di applicare il diritto federale in base alle norme attributive di competenza. Le attribuzioni della Confederazione sono quindi limitate solo a questi ambiti, ritenuto che ai Cantoni dev'essere riconosciuta la massima libertà d'azione possibile (art. 46 cpv. 3 Cost.), senza che alla Confederazione sia consentito, in particolare, di sconfinare nel campo delle loro competenze in materia di organizzazione (cfr. al riguardo messaggio n. 03.016 del 19 febbraio 2003 del Consiglio federale concernente la revisione della LPD; FF 2003 1932). In questo senso la Costituzione federale riconosce ai Cantoni una piena autonomia organizzativa. In simili condizioni, e rilevato ch'essi sono autonomi anche per quanto riguarda l'attuazione dei propri compiti (art. 3 e 43 Cost.), spetta a questi ultimi, nell'ambito del diritto pubblico cantonale, legiferare sulla protezione dei dati nei settori di loro competenza. Dal profilo tecnico-giuridico, il diritto generale della protezione dei dati applicabile (federale o cantonale) dipende, sostanzialmente, dal soggetto che elabora i dati: se i dati sono trattati da autorità cantonali, la normativa applicabile – che include principi e i diritti dei cittadini – è pertanto quella cantonale, mentre per le elaborazioni di organi federali è determinante la legge federale sulla protezione dei dati (sul tema in dettaglio: MICHELE ALBERTINI, Protezione dei dati e diritti dei cittadini, Lugano 2004, pag. 60 segg.; BEAT RUDIN, Verfassungswidrige Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, in SJZ 105/2009 pag. 1 segg. e rispettivi riferimenti). Nel settore della protezione dei dati, la Confederazione e i Cantoni dispongono pertanto di *competenze parallele* che devono essere reciprocamente rispettate.

Ne deriva quindi che, per l'esercizio del cosiddetto *diritto di accesso* nei confronti di elaborazioni di dati da parte di autorità cantonali, le disposizioni determinanti sono quelle cantonali (per il Cantone Ticino disciplinate agli art. 23 segg. della legge sulla protezione dei dati personali del 9 marzo 1987; LPDP; RL 1.6.1.1) e non quelle federali. Ora, per l'esercizio del diritto di accesso, le legislazioni speciali LStr (art. 111f e 111g), LAsi (art. 102e e 102f), LArm (art. 32g e 32h) e LStup (art. 18c e 18d) contemplano, a nostro avviso impropriamente, un rinvio alla *soia* LPD federale, indistintamente dall'autorità che elabora i dati. Nel contesto del recepimento della decisione quadro, l'avamprogetto prevede un diverso disciplinamento del dovere di informazione, che comporta anche una modifica dei citati disposti. L'occasione è quindi propizia per ripristinare l'ordine costituzionale, nella misura in cui dati personali dovessero essere trattati da autorità cantonali.

Si suggerisce pertanto di modificare i disposti citati concernenti il diritto di accesso indicando – in modo generale – che tale prerogativa è disciplinata dalle pertinenti disposizioni della legge sulla protezione dei dati applicabile nel caso specifico. Analogamente all'art. 2 cpv. 3 LSIS, si potrebbe

formulare il disposto nei termini seguenti: "Il diritto di accesso ai sensi della presente legge è retto dalle leggi sulla protezione dei dati della Confederazione e dei Cantoni".

2.2.

La decisione quadro 2008/977/GAI non contiene solo disposizioni specifiche strettamente inerenti alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, bensì anche principi generali della protezione dei dati. Nell'ambito del recepimento di tali disposizioni nel diritto federale occorre pertanto determinare con accuratezza ciò che deve essere preferibilmente trasposto nella *legislazione generale* sulla protezione dei dati (in concreto la LPD) oppure, piuttosto, nella *legislazione settoriale* (specificamente nella LSIS e nel CP).

Con l'avamprogetto, il Consiglio federale propone di trasporre nel diritto settoriale (nella specie la LSIS e il CP) gli art. 13, 14 e 16 n. 2 della decisione quadro, ritenendo il loro campo di applicazione circoscritto a tali materie. Sull'impostazione e sul contenuto non abbiamo considerazioni particolari da formulare.

L'avamprogetto prevede invece di trasporre nella LPD gli art. 4 n. 3 e 16 n. 1, siccome trattasi, a suo avviso, di principi generali. Non avendo rilievi specifici riferiti al primo disposto, le presenti osservazioni si limitano all'obbligo di informazione della persona interessata (art. 16 n. 1 della convenzione quadro). La LPD prevede, nella versione vigente, un *obbligo di informazione attiva* in caso di elaborazione di dati degni di particolare protezione e di profili della personalità; a questo obbligo sono astretti sia i privati che gli organi federali. Con il disegno (abrogazione dell'art. 7a) si prevede di mantenere sostanzialmente immutato questo obbligo a carico dei privati (nuovo art. 14), mentre agli organi federali incomberebbe un obbligo d'informazione attiva esteso a tutte le categorie di dati personali (nuovi art. 18a e 18b).

Per quanto riguarda l'art. 14 del disegno LPD, si osserva che il capoverso 5 è nuovo (siccome non contemplato dal vigente art. 7a): non si tratta quindi di un mero adeguamento redazionale, come indicato nel rapporto esplicativo nel commento all'art. 7a (pag. 15), bensì di un adeguamento formale, come giustamente precisato nel commento all'art. 14 (pag. 16). Si segnala poi – ed è più importante – un errore nella (sola) versione in lingua italiana: l'art. 14 capoverso 5 del disegno contiene il termine "Incaricato", mentre quello corretto è "detentore della collezione di dati".

Per quel che concerne gli art. 18a e 18b del disegno LPD, occorre rilevare che la revisione va ben oltre quanto richiesto dalla trasposizione dell'atto europeo: in effetti, essa introduce un obbligo di informazione attiva a carico di *tutti* gli organi pubblici federali e per *tutte* le categorie di dati personali (non solo per quelli meritevoli di particolare protezione e i profili della personalità), indipendentemente che siano elaborati nel contesto della cooperazione Schengen. Seppur con le relativizzazioni dell'art. 18a cpv. 2, la revisione è di ampia portata ed aveva già suscitato (con peculiare riferimento ai privati) numerose critiche nell'ambito della precedente revisione della LPD. Una revisione di questo rilievo potrebbe avere, a cascata, effetti sul diritto cantonale e meriterebbe, a mio giudizio, ulteriori e importanti approfondimenti in sede separata, quindi fuori dal mero contesto Schengen, approfondimenti intesi anche e soprattutto a verificare le conseguenze pratiche della novella per le autorità federali chiamate a informare in modo attivo. Si propone quindi al Consiglio federale di riconsiderare questa proposta ed esaminare se, per lo scopo della trasposizione della decisione quadro nel diritto nazionale, non sia sufficiente disciplinare un obbligo di informazione attivo solo nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, e quindi nella legge sullo scambio di informazioni con gli Stati Schengen e nel Codice penale.

Reputiamo inoltre opportuno sottolineare che l'avamprogetto mira a conferire piena autonomia e indipendenza all'Incaricato federale della protezione e della trasparenza, come del resto è già il caso per l'Incaricato della protezione dei dati del Cantone Ticino.

Ci permettiamo infine di formulare un'osservazione riguardo all'art. 17 della convenzione quadro (intitolato "Diritto di accesso") e limitata unicamente alla sua trasposizione nel diritto federale. Come già esposto in precedenza, nell'ambito dell'esecuzione delle leggi federali LStr, LAsi, LArm e LStup e della conseguente elaborazione di dati personali da parte di autorità cantonali e comunali, è determinante il diritto di accesso disciplinato nella legislazione cantonale sulla protezione dei dati (nello specifico gli art. 23 segg. della LPDP ticinese). Ciò non implica una modifica del diritto cantonale, quanto piuttosto, a nostro parere, e come già si è detto al punto 2.1., un adeguamento delle disposizioni federali pertinenti.

3. Recepimento della decisione quadro nel diritto cantonale

Prendiamo atto che il recepimento della decisione quadro 2008/977/GAI implica conseguenze anche per i Cantoni, che – analogamente a quanto descritto per la Confederazione – dovranno determinare attentamente ciò che deve essere trasposto e, in caso affermativo, se deve esserlo preferibilmente nella *legislazione cantonale generale* sulla protezione dei dati oppure, piuttosto, nella *legislazione cantonale settoriale*, per quanto è di rilievo solo nell'ambito della cooperazione Schengen.

4. Conclusioni

In conclusione, concordiamo con il principio e l'impostazione della revisione, che tuttavia risulta, a nostro giudizio, perfettibile in alcuni suoi punti, come illustrato nella nostra risposta.

Voglia gradire, signora Consigliera federale, l'espressione della massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Presidente:

G. Gendotti

Il Cancelliere:

G. Gjanella

Copia p.c. a:

- Incaricato cantonale della protezione dei dati, Residenza;
- Divisione della giustizia, Residenza;
- Deputazione ticinese alle Camere federali, Residenza.