



**IL SISTEMA DELLE RESPONSABILITÀ IN
AMBITO PRIVACY**

di

CRISTIAN ERCOLANO

Estratto dalla Rivista «Il Nuovo Diritto» n. II-III – 2005

www.ilnuovodiritto.com

a cura del Dott. LEO STILO

IL SISTEMA DELLE RESPONSABILITÀ IN AMBITO PRIVACY*

1. *Introduzione*

Nell'ambito delle numerose problematiche sollevate dall'entrata in vigore della legge n. 675/96 ed acuite dalla riorganizzazione del settore operata dal D.Lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) la ripartizione delle responsabilità tra i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati (Titolare, Responsabile, Incaricato) assume una rilevanza di fondamentale importanza.

In primo luogo è da notare come il Codice si riferisca al Titolare come al soggetto (la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo) "cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza". Vari chiarimenti del Garante hanno, inoltre, specificato espressamente come può ben darsi che il Titolare sia una persona giuridica nel suo insieme (nel caso in cui le decisioni competano ad organi collegiali: ad es., il consiglio di amministrazione) ovvero un soggetto determinato (ad es., l'amministratore unico). Con questa figura si è cercato, quindi, di identificare con certezza la persona – fisica o giuridica – che esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle linee strategiche ed organizzative aziendali.

In primis, ed in riferimento a quanto sopra delineato, appare chiaro come il legislatore abbia voluto costruire una gerarchia delle responsabilità che partisse dall'alto, dagli organismi di vertice di un'impresa o di una pubblica amministrazione: a questi soggetti competono, infatti, non solo "le decisioni" in materia di sicurezza dei dati ma anche e soprattutto l'impostazione di una metodologia organizzativa che risponda a criteri di semplicità e chiarezza.

La stessa previsione di sole tre figure (due necessarie – Titolare ed Incaricato – ed una eventuale, il Responsabile) di riferimento, all'interno di un organigramma funzionale, non fa che confermare questa impostazione. Che d'altronde è mutuata, a grandi linee, dalla precedente Legislazione sulla sicurezza e salute dei lavoratori sul luogo di lavoro. Il D.Lgs. n. 626 del 19/09/1994 ha identificato, quali soggetti coinvolti nel "processo sicurezza", il "datore di lavoro", il dirigente ed il preposto. Tra questi, il dirigente è il più stretto collaboratore del datore di lavoro, con il quale condivide le scelte di fondo dell'attività dell'impresa, dirige settori della struttura stessa, ha poteri – delegati – su uomini, mezzi e strumenti finanziari; il preposto, invece, è una figura tecnica operativa con mansioni specifiche, dalla spiccata professionalità ma con più limitati poteri e competenze rispetto al dirigente, in prevalenza di esecuzione e controllo¹. Ai lavoratori spetta, infine, il dovere di prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro su cui possono ricadere gli effetti delle proprie azioni od omissioni, conformemente alla propria formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro².

* Articolo pubblicato sulla Rivista scientifica "Il Nuovo Diritto", n. II-III - 2005, p. 199.

1 Art. 4 ("obblighi del datore di lavoro, del dirigente e del preposto") del D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626.

2 Art. 5 ("obblighi dei lavoratori").

Tornando alle figure del D.Lgs. 196/2003, il primo problema che si riscontra è quello di chiarire come possa conciliarsi la previsione di persone giuridiche quali Titolare del trattamento con la natura penale delle sanzioni previste dalla legge in capo agli stessi soggetti per numerose infrazioni e, quindi, in considerazione della natura personale della responsabilità che ne consegue (come sottolineato dal noto broccardo “*societas delinquere non potest*”). Sorge spontanea, infatti, la considerazione per cui non è ragionevolmente pensabile che le responsabilità fissate dalla legge si estendano, ad esempio, a tutti i soci di una società o ancora, per gli enti pubblici, ad una ipotetica soggettività indefinita. E’ quindi naturale, in queste situazioni, far emergere in ogni caso una persona fisica, direttamente e personalmente responsabile delle attività di propria competenza ovvero delegate.

Nulla specificando il Codice in merito, può affermarsi che tale situazione si risolve solo conferendo la opportuna importanza alla delega di funzioni in capo al Responsabile di trattamento.

2. *La delega di funzioni dal Titolare al Responsabile di trattamento*

E’ chiaro, in base a quanto detto, che al Titolare del trattamento spetta un obbligo di *facere*, vale a dire di attivarsi affinché si proceda all’adeguamento della struttura organizzativa e tecnica dell’Ente o società ai contenuti generali stabiliti dalla legge. In buona sostanza, il Titolare deve impegnarsi ad assicurare e garantire che vengano adottate idonee e preventive misure di sicurezza “in modo da ridurre al minimo i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta”³. Se tale organizzazione non viene data o è insufficiente, non vi sono dubbi che sarà sempre il Titolare ad essere considerato responsabile delle violazioni.

In alcuni casi (ad es., in realtà aziendali di grandissime dimensioni o anche solo nel caso in cui il Titolare non abbia particolari ed apposite competenze in materia) non è, invece, ipotizzabile che il Titolare possa entrare nel merito della organizzazione del lavoro sui dati o dei trattamenti stessi. L’importanza dell’individuazione di un Responsabile di trattamento – che, si ribadisce, è figura per legge solo eventuale⁴ – è, in queste circostanze, essenziale.

Appare evidente, peraltro, che una eventuale delega di responsabilità in capo al Responsabile non esonera, comunque, il Titolare da responsabilità: in primo luogo egli deve *effettuare* una valutazione dei rischi che incombono sui dati e, conseguentemente, *progettare* l’adozione o l’adeguamento di una serie di misure di sicurezza che tengano in considerazione gli standard imposti dalla legge (artt. 33 e 34 del D.Lgs. 196/2003, che rimandano in proposito al disciplinare tecnico di cui all’Allegato B). Deve, inoltre, *programmare* la stesura di un aggiornato Documento programmatico sulla Sicurezza (art. 34), effettuare l’individuazione delle figure coinvolte nel trattamento dei dati (artt. 29 e 30) ed *ottemperare* agli adempimenti nei confronti del Garante che la normativa pone espressamente in capo a questo soggetto (ad es., notificazione del trattamento). Infine, egli deve

3 Art. 31 del D.Lgs. 196/2003.

4 Art. 29, comma 1, del D.Lgs. 196/2003: “Il responsabile è designato dal titolare facoltativamente”.

comunque operare in base ai criteri generali di diligenza e buona fede, continuando a risponde sia delle scelte effettuate (*culpa in eligendo*) sia del controllo sull'operato (*culpa in vigilando*) di tutti i soggetti coinvolti nel trattamento.

Con l'esclusione degli adempimenti citati il Titolare ha, quindi, la "libertà" di scegliere un soggetto *qualificato* al quale delegare poteri e funzioni al fine di realizzare il completo adeguamento dell'azienda/ente alla normativa in questione. La stessa legge, infatti, prescrive che il Responsabile sia "individuato tra soggetti che per esperienza, capacità ed affidabilità forniscano idonea garanzia del pieno rispetto delle vigenti disposizioni in materia di trattamento, ivi compreso il profilo relativo alla sicurezza" e che egli debba operare attenendosi alle istruzioni impartite analiticamente e per iscritto dal Titolare "il quale, anche tramite verifiche periodiche, vigila sulla puntuale osservanza delle disposizioni di legge e delle proprie istruzioni"⁵.

L'articolo 29 del D.Lgs. 196/2003 è, come accennato, piuttosto schematico.

Facendo ricorso a nozioni generali di diritto si può integrare la portata dello stesso articolo fino a poter configurare la nomina del Responsabile quale una "delega di funzioni". In realtà, la delega di funzioni è un istituto di creazione dottrinale e giurisprudenziale, utilizzato in alcuni ambiti quale equivalente dell'istituto civilistico del "mandato" che trova la sua disciplina negli artt. 1703 e 1709 del Codice Civile. Il mandato è il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra. Nel nostro caso, il mandante è il Titolare, garante originario del corretto trattamento di dati, che identifica con atto formale (lettera di incarico) il Responsabile quale il soggetto (mandatario) che gestisce, tutela e rappresenta un proprio interesse (che può essere un diritto, una facoltà, una potestà o, come nel nostro caso, una serie di funzioni).

Quando effettuata, la nomina del Responsabile di trattamento deve, comunque, rispondere a requisiti ben determinati. Questi sono stati individuati dalla dottrina ma soprattutto dalla Corte di Cassazione in numerose sentenze:

- a) *Dimensione dell'organizzazione: la delega esclude la responsabilità del Titolare solo quando l'azienda ha notevoli dimensioni e si articola in varie branche.* E' chiaro che nel caso di entità di grandi dimensioni è più difficile che un soggetto possa eseguire contemporaneamente tutti i numerosi adempimenti previsti dal D.Lgs. 196/2003. In realtà, questa constatazione è stata ritenuta non rilevante ai fini dell'operatività della delega⁶. Lo stesso Codice (art. 29, comma 1), infatti, non lega la nomina del Responsabile alla dimensione dell'impresa ma solo ad una libera scelta del Titolare. La dimensione dell'organizzazione può, quindi, essere un fattore decisivo ma non vincolante.
- b) *Certezza e forma scritta della nomina: la delega deve essere conferita per iscritto ed avere contenuto chiaro e determinato.* Anche questo secondo punto è stato attenuato dalla Cassazione, la quale ha stabilito la non

⁵ Art. 29, commi 2, 4 e 5, del D.Lgs. 196/2003.

⁶ Corte di Cassazione – sez. III Penale – sent. n. 22931 del 2003.

obbligatorietà della forma scritta confermando solo il requisito della forma espressa con contenuto chiaro e determinato. Il Codice (art. 29, comma 4), in proposito, prevede espressamente la forma scritta solo nella parte in cui si specificano i compiti affidati al Responsabile, evidentemente per “accertare che non si tratti di delega apparente o di un mezzo artificioso per scaricare la responsabilità a livelli mansionali inferiori o comunque inadeguati a sopportarli”⁷. È ovvio, quindi, che tutte le competenze e gli obblighi non delegati si intendono conservati nelle mani del Titolare.

- c) *Effettivo passaggio di mansioni dal Titolare al Responsabile*. Il Responsabile non è un mero esecutore del Titolare; deve bensì avere autonomia gestionale, collaborare con il Titolare nel definire le scelte strategiche, avere poteri e mezzi sufficienti per imporne l’adempimento all’interno dell’azienda. Deve essere in grado, quindi, di far fronte, anche con idonea capacità di spesa, alle necessità urgenti che possano presentarsi.
- d) *Effettiva capacità ed idoneità professionale e tecnica del Responsabile*. E’ questo un requisito soggettivo richiesto dallo stesso articolo 29, comma 2, del D.Lgs. 196/2003: deve quindi trattarsi di soggetti individuati tra quelli che, per esperienza, capacità, affidabilità nonché competenze tecniche, forniscono idonea garanzia del pieno rispetto delle vigenti disposizioni in materia di dati personali.
- e) *Accettazione della delega*. Il Responsabile, infine, deve accettare consapevolmente le responsabilità e gli obblighi derivanti dalla delega.

3. *La nomina degli Incaricati*

L’articolo 30 del D.Lgs. 196/2003 stabilisce che “le operazioni di trattamento possono essere effettuate solo da incaricati che operano sotto la diretta autorità del titolare o del responsabile, attenendosi alle istruzioni impartite”.

In questo caso, la nomina ad Incaricato al trattamento dei dati personali non configura un caso di delega di funzioni assumendo, invece, il significato di *condizione formale per svolgere le normali attività di trattamento dei dati*. Ciò non implica, inoltre, l’affidamento di nuove mansioni o nuovi incarichi per i quali dovrebbe essere riconosciuta una nuova retribuzione, bensì la formalizzazione a norma di legge di quelli già assegnati e svolti. Ulteriore conseguenza è la constatazione che un eventuale rifiuto della nomina comporterebbe il venir meno della possibilità di trattare i dati personali e, in alcuni casi, il venir meno dello stesso presupposto oggettivo del rapporto di lavoro.

Ma qual è la ragione che ha indotto il Legislatore alla previsione della necessaria formalizzazione per iscritto della nomina ad Incaricato al trattamento? Anche senza lettera d’incarico, infatti, il dipendente che tratta dati personali può farlo in piena sicurezza, come d’altronde già accadeva nella maggior parte delle aziende dotate di ferree *policy* di sicurezza prima della introduzione della normativa sulla “privacy”.

La formalizzazione degli incarichi per il trattamento dei dati ha, invero, un paio di significati importanti.

⁷ Corte di Cassazione – sez. III Penale – sent. n. 22931 del 2003.

- a) A seguito della lettera di nomina, l'incaricato è inserito in una struttura ben determinata, nella quale ognuno agisce con compiti ed ambiti di attività individuati e ben delimitati, appunto, per iscritto (necessità confermata, oltre che dagli artt. 29 e 30 del D.Lgs. 196/2003, anche dal punto 19.2 del Disciplinare tecnico⁸).

Ancora prima della entrata in servizio o nel momento della formalizzazione della nomina dell'Incaricato, deve essere predeterminato "quello che può fare" e "in che modo lo deve fare" attraverso la lettera di nomina⁹, la formazione obbligatoria¹⁰ e la formalizzazione delle *policy* di sicurezza attraverso regolamenti interni che, diffusi e illustrati agli Incaricati, consentono un'adeguata presa di coscienza delle norme e degli strumenti che l'azienda/ente ha posto a disposizione degli stessi. Seguendo queste regole, "in astratto", l'Incaricato è posto in grado di operare in piena sicurezza. Questo sistema non è in grado di prevenire solo il rischio derivato da *carenza di consapevolezza, disattenzione, errore o incuria nel trattamento dei dati*.

- b) Ed è proprio in questo contesto che si inserisce l'ulteriore significato della lettera di nomina dell'Incaricato. La sua forma scritta presuppone che il suo contenuto sia "sancito" legalmente; e la necessità di una controfirma "per presa visione" della stessa lettera vale quale sottoscrizione ed accettazione del suo contenuto. Questo *formalismo* pone in grado l'Incaricato di soffermarsi e di comprendere il contenuto e la portata di tale incarico: in questo modo si può presumere, a ragione, che il dipendente abbia preso consapevolezza della delicatezza e della criticità del bene "dato personale". Solo così l'azienda in cui lavora e la società intera potrà fidarsi dell'Incaricato, affidandogli i dati personali affinché li tratti nel modo più appropriato possibile.

In questo contesto, le sanzioni e l'attribuzione delle responsabilità civili e penali, previste dal Codice possono configurarsi quale elemento ulteriore e solo eventuale del trattamento dei dati.

In materia di teoria generale del reato, si spiega che la norma penale serve *prima* ad educare e *poi* a reprimere: così la lettera d'incarico serve *prima* a sensibilizzare l'Incaricato sull'importanza della propria adesione consapevole alle politiche di sicurezza e *poi* ad individuare le sue responsabilità.

Solo una partecipazione consapevole dell'Incaricato alle politiche di sicurezza aziendali accresce la sicurezza complessiva del trattamento.

8 Il quale prevede che il Documento programmatico sulla Sicurezza contenga "la distribuzione dei compiti e delle responsabilità nell'ambito delle strutture preposte al trattamento dei dati".

9 "La designazione è effettuata per iscritto e individua puntualmente l'ambito del trattamento consentito. Si considera tale anche la documentata preposizione della persona fisica ad una unità per la quale è individuato, per iscritto, l'ambito del trattamento consentito agli addetti all'unità medesima": art. 30, comma 2, D.Lgs. 196/2003.

10 la previsione di interventi formativi degli incaricati del trattamento è prevista come obbligatoria dal punto 19.6 del Disciplinare tecnico allegato al D.Lgs. 196/2003. Essa non deve avere ad oggetto, però, solo i contenuti della normativa sul trattamento dei dati ma anche e soprattutto la realtà in cui l'Incaricato svolge il proprio lavoro quotidiano: prevedere un'adeguata informazione sui rischi che incombono sui dati, sulle misure disponibili per prevenire eventi dannosi e sulle modalità per aggiornarsi sulle misure minime adottate dal titolare.

4. *Conclusioni*

Le argomentazioni fin qui esposte portano a concludere che la responsabilità per il trattamento di dati all'interno dell'azienda (o ente pubblico) dipende dalla funzione e dal ruolo svolto da ogni soggetto coinvolto nel trattamento di dati personali. In particolare, le responsabilità sono graduate in relazione all'autonomia decisionale di ciascuno ed ai compiti che gli sono propri o che gli sono affidati.

Pertanto, è chiaro che il Titolare e/o il Responsabile risponderanno delle decisioni adottate al fine di tutelare i dati personali (per l'adeguamento organizzativo alla legge, per l'adozione strutturale di misure di sicurezza, per particolari altri adempimenti di cui sia prevista esplicitamente l'obbligatorietà – ad es., l'effettuazione della notifica del trattamento al Garante, etc.). L'incaricato risponderà, invece, esclusivamente per l'esercizio e nei limiti delle mansioni assegnate, eseguite nel rispetto di fondamentali criteri di diligenza e prudenza.

CRISTIAN ERCOLANO