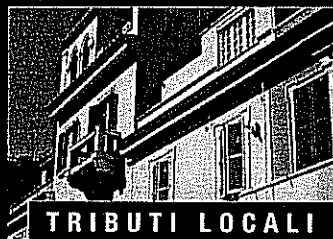
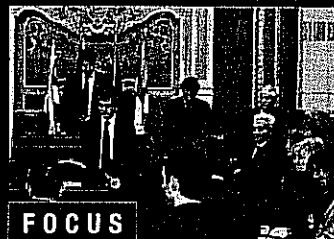


COMUNI D'ITALIA
DAL 1964



TRIBUTI LOCALI

Idi, le competenze
esclusive dello Stato



FOCUS

Il ruolo strategico
del consiglio comunale

PRIVACY

Come individuare
i soggetti responsabili

COMUNI D'ITALIA

IDEE, APPROFONDIMENTI E TECNICHE PER LA GESTIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE LOCALE

ANTONIO LE DONNE* – Segretario generale e direttore generale del Comune di Capannori (LU)
 EUGENIO D'URSO* – Specialista legale presso il Comune di Capannori (LU)

IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEGLI EE.LL.

Chi è il vero titolare?

Le p.a. si trovano in questi giorni a dover conformare la gestione dei dati che quotidianamente trattano alle disposizioni contenute nel d.lgs. 196/2003 recante "Codice in materia di protezione dei dati personali". L'individuazione del titolare, del responsabile e degli incaricati del trattamento dei dati risulta così essere adempimento di grande attualità per tutte le pubbliche amministrazioni che già non vi abbiano provveduto.

L'individuazione delle tre figure deve, infatti, avvenire in esecuzione del disposto, rispettivamente, degli art. 28, 29 e 30 del codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003). Ma chi nominare titolare? E chi, per conseguenza, nominare responsabile? Secondo quali criteri individuare, altresì, gli incaricati del trattamento dei dati?

Le norme contenute nel d.lgs. 196/2003 non aiutano certamente a risolvere quello che, proprio in ragione dell'oscurità legislativa, ben potrebbe definirsi un vero enigma giuridico-organizzativo per gli operatori del diritto nelle pubbliche amministrazioni in genere ed, in particolare, negli enti locali. Si cercherà di seguire di fornire una risposta in merito alle questioni sollevate, interpretando l'intera problematica alla luce del principio della distinzione delle sfere di competenza tra gli organi politici e quelli gestionali dell'ente pubblico. Il presente lavoro, infatti, persegue il raggiungimento di una soluzione che consenta di applicare e coordinare adeguatamente:

- la lettera degli articoli 28, 29 e 30 del "Codice in materia di protezione dei dati personali";
- il citato principio della distinzione delle sfere di competenza fra organi politici e gestionali;
- l'esigenza di attribuire ai diversi membri dell'ente pubblico funzioni e responsabilità in materia di privacy coerenti, proporzionate ed armoniche rispetto agli altri compiti e doveri loro attribuiti in ragione degli atti della programmazione.

(*) Il lavoro è il risultato unitario e condiviso della collaborazione dei due autori. In particolare A. Le Donne ha scritto il primo e il secondo paragrafo; E. D'Urso ha scritto il terzo e il quarto paragrafo.

RESPONSABILITÀ E COMPETENZE

IL SISTEMA DELLE FUNZIONI E DELLE RESPONSABILITÀ IN MATERIA DI PRIVACY DELINEATO DAL D.LGS. 196/2003

L'art. 28 del codice in materia di protezione dei dati personali, rubricato "titolare del trattamento", disciplina, con unica disposizione, la figura del titolare del trattamento dei dati per ogni ente, persona fisica o giuridica, pubblico o privato.

La norma appare pertanto piuttosto generica disponendo unicamente che: "Quando il trattamento è effettuato da una persona giuridica, da una pubblica amministrazione o da un qualsiasi altro ente, associazione od organismo, titolare del trattamento è l'entità nel suo complesso o l'unità od organismo periferico che esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle finalità e sulle modalità del trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza". Si tratta di una disposizione che, seppur di agevole applicazione nel settore privato, nel settore pubblico solleva alcune perplessità. La norma in questione, infatti, si limita ad attribuire la titolarità del trattamento alla persona giuridica senza chiarire chi, materialmente, deve individuarsi quale organo tenuto ad esplicare, in nome e per conto dell'ente, le funzioni di titolare. Non vi è dubbio che, con riferimento al settore privato, dove la normativa che disciplina l'istituto societario opera unicamente una macrodistinzione tra l'assetto proprietario ("sociale") e quello gestionale ("amministrativo"), non sorgono difficoltà interpretative¹.

All'assetto gestionale infatti è attribuita integralmente la responsabilità legale della società e, pertanto, è un mero fatto organizzativo, relegato all'autonomia privatistica, stabilire quale organo sia tenuto ad applicare, in nome e per conto della società, gli adempimenti connessi alla titolarità del trattamento dei dati. Nel caso invece delle pubbliche amministrazioni, e, per quanto qui si approfondirà, in particolare dell'ente locale, l'organizzazione dell'ente pubblico può essere autonomamente definita solo entro specifici limiti fissati dal legislatore. Ogni ente pubblico, come è ben noto, gode infatti di ambiti di autonomia organizzativa racchiusi e legittimati da una apposita cornice normativa.

Nel caso delle amministrazioni statali gli ambiti di autonomia organizzativa sono stabiliti dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Mentre nel caso delle autonomie locali la cornice che delimita e fonda la loro struttura è da individuarsi nel d.lgs. 18.8.2000, n. 267, "Testo unico degli enti locali"².

Alla luce dei tre obiettivi posti in apertura del presente lavoro, occorre trovare così una soluzione che sia dunque coerente con il quadro normativo sopra delineato e che - con riferimento al caso in questione, come già si è anticipato - si espliciti nella tutela e nella corretta applicazione del principio della distinzione tra sfera politica e sfera gestionale. La stessa soluzione dovrà però anche conformarsi alle reali e quotidiane modalità di trattamento dei dati svolte dall'ente.

Quest'ultimo profilo assume ancora maggiore importanza proseguendo l'analisi del sistema delle funzioni e delle responsabilità in materia di privacy delineato dal d.lgs. 196/2003. Infatti, l'art. 29 del codice della privacy istituisce e disciplina una figura, soltanto facoltativa, a cui affidare la responsabilità del trattamento dei dati.

A tal proposito, l'art. 29 del d.lgs. 196/2003, rubricato "responsabile del trattamento", dispone infatti che: il responsabile del trattamento è figura che, in ragione della relazione che la legge istituisce tra questi ed il titolare del trattamento, sembrerebbe in qualche modo essere ad essa sotto ordinata, almeno quanto ai profili di designazione e direzione. La percezione dell'esistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica tra titolare e responsabile del trattamento risulta ancora più marcata se la figura del responsabile del trattamento è analizzata nel contesto di un sistema che prevede un terzo soggetto disciplinato dall'art. 30 del d.lgs. 196/2003, rubricato "incaricati del trattamento". È questa l'unica figura che, a differenza delle due precedenti, è denominata dal codice in forma plurale, facendone supporre l'esistenza di una necessaria molteplicità all'interno dell'organizzazione dell'ente.

"Le operazioni di trattamento" - infatti - "possono essere effettuate solo da incaricati che operano sotto la diretta autorità del titolare o del

(1) Non influendo, anzi, chiarendo viepiù, in questa materia, la riforma del diritto societario varata nel 2003 che, pur tenuto conto dei successivi interventi correttivi, ha mantenuto la finalità riformatrice di accentuare nelle società la netta distinzione tra amministrazione e controllo.

(2) Nell'economia argomentativa del presente lavoro non ha immediato rilievo la normativa parzialmente attuativa della riforma del titolo V della Costituzione contenuta nella legge 131/2003 (cd. "legge La Loggia").

responsabile, attenendosi alle istruzioni impartite". "La designazione [degli incaricati] 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". Gli incaricati appaiono così essere coloro che materialmente eseguono il trattamento dei dati; pertanto ad essi dovrebbero essere imputate funzioni meramente operative. Ed, in effetti, il secondo comma del citato articolo 30 sembra confermare questa tesi laddove dispone che la loro designazione, da effettuarsi per scritto, delimiti puntualmente anche l'ambito del trattamento. Il problema interpretativo di maggiore rilevanza, come si può già intuire, è costituito dalla lettura unitaria delle tre disposizioni che sono state sopra richiamate. Infatti, nel tentativo di correlare i ruoli, gli ambiti operativi e le funzioni dei tre soggetti, non si può non porre attenzione sull'oscurità del combinato disposto che può trarsi dagli art. 28, 29 e 30 del d.lgs. 196/2003. Da un'interpretazione letterale dei tre articoli in questione, infatti, emerge soltanto quanto segue:

- "titolare del trattamento è l'entità nel suo complesso" (art. 28, comma 1);
- "il responsabile è designato dal titolare" (art. 29, comma 1);
- "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" (art. 30, comma 1).

Dunque, dalla correlazione delle tre citate disposizioni sembrerebbe discendere che il responsabile del trattamento è designato dall'"entità nel suo complesso". Per conseguenza si dovrebbe ritenere che gli incaricati operino sotto la diretta autorità dell'"entità nel suo complesso" (del titolare cioè) o di colui che dall'"entità nel suo complesso" è stato designato (il responsabile). Davvero l'individuazione delle tre figure, mantenendo l'analisi al livello della lettera legislativa, resta estremamente incerta, soprattutto alla luce dell'esigenza di sciogliere

il problema permanente proprio dell'ordinamento pubblico, che è quello della "personificazione dell'entità" o "incardinamento organico" (cioè, chi è la persona fisica che rappresenta la persona giuridica?).

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI DISTINZIONE FRA SFERA POLITICA E SFERA BUROCRATICA COME LINEA INTERPRETATIVA DEGLI ARTICOLI 28, 29 E 30 DEL D.LGS. 196/2003

Come già è stato sopra anticipato, l'interpretazione dei citati articoli che in questo lavoro è proposta avverrà eleggendo ad elemento interpretativo cardine il principio di distinzione fra sfera politica e sfera burocratica all'interno della p.a., ed in particolare all'interno dell'ente locale. In specifico - per rimanere ancora nel più generale ambito delle amministrazioni statali - si vogliono anzitutto qui richiamare tre disposizioni, contenute nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che fondano la linea interpretativa adottata:

art. 4, comma 1. "Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati";

art. 5, comma 2. "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro";

art. 70, comma 6. "A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o di provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti".

L'analisi congiunta delle tre disposizioni consente, a parere di chi scrive, di affermare che sia la materia della titolarità dei dati, sia quella della sua responsabilità (ed a *fortiori* le competenze proprie degli incaricati del trattamento), debbono essere ricomprese nella sfera di competenza burocratica propria di ciascuna pubblica amministrazione.

Appare infatti indubitabile che la materia della privacy debba essere catalogata fra le attribuzioni proprie della gestione amministrativa cui fa riferimento il soprarichiamato art. 4, comma 2, del d.lgs. 165/2001. L'applicazione delle misure tese a garantire la riservatezza dei dati trattati si pone, infatti, per il soggetto pubblico, quale adempimento accessorio rispetto al materiale utilizzo dei dati stessi per le finalità proprie della pubblica amministrazione. Pertanto l'ente pubblico deve curare la legittimità del trattamento

(3) Come disposto dall'art. 2104 ("Diligenza del prestatore di lavoro") del codice civile che così recita: "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende".

(4) Ai sensi dell'art. 2105 ("Obbligo di fedeltà") del codice civile che dispone: "Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio".

(5) Dei possibili risvolti di quest'ultima soluzione si darà conto nel successivo paragrafo con specifico riferimento alla realtà degli enti locali.

(6) D'altronde, per la generale attribuzione dei poteri gestionali e di organizzazione alla dirigenza, non serve altro che richiamare ancora una volta il disposto dell'art. 70, comma 6, dello stesso d.lgs. 165/2001 che ha rafforzato la distinzione delle competenze fra le due sfere, anche con riferimento alla normativa previgente.

dei dati che quotidianamente utilizza. La tutela della privacy assume, quindi, il ruolo di un onere collegato ed accessorio rispetto alla ragione principale che sottende, caso per caso, il trattamento dei dati. La responsabilità e, in particolare, l'incarico al trattamento dei dati sono, dunque, vere e proprie mansioni accessorie assegnate al dipendente in ragione delle sue mansioni e funzioni principali. Si tratta, pertanto, di specifici doveri in capo al lavoratore posti in ragione e per gli effetti del contratto di lavoro che lega il dipendente pubblico all'ente e lo sottopone all'osservanza delle disposizioni per l'esecuzione

impartite dal datore di lavoro e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende³. Disposizioni che il lavoratore è tenuto ad osservare in ragione dei doveri di obbedienza e fedeltà⁴.

Accertato che – quanto al responsabile e agli incaricati del trattamento – l'ottemperanza alle disposizioni in materia di trattamento dei dati debbano ritenersi comprese fra le mansioni proprie del dipendente della pubblica amministrazione in relazione alle funzioni da questi ricoperte, è dunque indubitabile che tali mansioni debbano essere conferite al lavoratore attraverso atti organizzativi. Poiché gli atti organizzativi ricadono, in conformità a quanto dispongono le norme del d.lgs. 165/2001 sopracitate, fra gli atti la cui competenza è attribuita ai dirigenti, si deve perciò ritenere che la designazione del responsabile del trattamento (o direttamente degli incaricati, laddove si preferisca non istituire alcun responsabile del trattamento) debba sussumersi nella categoria degli atti di competenza dirigenziale. Tale assunto conduce dunque a ritenere che il titolare del trattamento debba personificarsi nell'organo di vertice burocratico dell'amministrazione. La soluzione consente di coordinare efficacemente la disciplina legislativa in materia di titolarità del trattamento dei dati, di cui all'art. 28 del d.lgs. 196/2003, con le sopracitate disposizioni del d.lgs. 165/2001. Da un lato è così possibile rimanere aderenti alla lettera dell'art. 28 del d.lgs. 196/2003, in quanto certamente l'"entità nel suo complesso" non può che essere personificata dall'organo di vertice del soggetto pubblico. Dall'altro lato, dovendo scegliere se imputare le funzioni del titolare del trattamento all'organo di vertice burocratico o, invece, all'organo di vertice politico⁵ si propende per una soluzione, quella a favore dell'organo burocratico appunto, che sia conforme alla *voluntas* legislativa di attribuire le funzioni datoriali alla dirigenza pubblica (e non invece al soggetto politico)⁶.

Norme analoghe a quelle assunte per le amministrazioni statali dal d.lgs. 165/2001 il legislatore ha disposto anche con riferimento al panorama delle autonomie locali. Si vedano a tal fine le seguenti norme del d.lgs. 267/2000 "Testo unico degli enti locali".

art. 97, comma 4: "Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina la attività";

art. 108, comma 1: "Il sindaco (...) e il presidente della provincia (...) possono nominare un direttore generale (...) che sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia ed efficienza. (...) Al direttore generale rispondono, nell'esercizio delle funzioni loro assegnate, i dirigenti dell'ente, ad eccezione del segretario del comune e della provincia";

art. 107, comma 2: "Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108".

Ed analogamente al disposto dell'art. 70, comma 6, del d.lgs. 165/2001, sopracitato, il testo unico degli enti locali prevede, all'art. 107, comma 5, che, a garanzia dell'integrità del principio di distinzione delle sfere di competenza, "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti (...)".

Pertanto, data la conformità dei principi fra le due normative, le stesse considerazioni formulate con riferimento alle amministrazioni statali, relativamente all'attribuzione delle funzioni organizzative agli organi dirigenziali, possono in questa sede ribadirsi. Conseguentemente, nell'ente locale l'organo di vertice burocratico, titolare del trattamento dei dati, deve individuarsi nella persona del segretario generale o del direttore generale, laddove si sia provveduto alla nomina del secondo. Alle considerazioni già formulate si

aggiungono in questa sede gli esiti di un'attenta analisi comparatistica di istituti analoghi per allocazione delle responsabilità e incidenza sulla struttura organizzativa dell'ente. Gli esiti di detta analisi, infatti, come esposto di seguito, non conducono a conclusioni diverse, ma - al contrario - corroborano la tesi qui sostenuta. Se si sofferma l'attenzione sull'impianto delle responsabilità costituito dal d.lgs. 626/1994⁷, in materia di salute e sicurezza del lavoratore, si evince come tanto la titolarità quanto le funzioni di responsabilità intermedia istituite dalla normativa siano state collocate dal legislatore in capo ai soggetti che costituiscono la struttura burocratica della pubblica amministrazione e, con riferimento specifico all'analisi qui svolta, dell'ente locale. La normativa contenuta nel citato d.lgs. 626/1994, proprio con riferimento al profilo delle responsabilità, è stata infatti oggetto di un'importante integrazione operata dal d.lgs. 242/1996⁸.

Il nuovo decreto legislativo ha inteso esplicitare, conformemente al principio della distinzione delle sfere di competenza sopra richiamato, le attribuzioni proprie dell'organo burocratico di vertice dell'amministrazione in materia di salute e sicurezza del lavoratore. Così il comma 4-bis dell'art. 1 del d.lgs. 626/1994, come novellato dal d.lgs. 242/1996, ha espressamente disposto che: "Il datore di lavoro che esercita le attività di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 e, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, i dirigenti e i preposti che dirigono o sovrintendono le stesse attività, sono tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente decreto". E nel successivo art. 2, comma 1, lett. b), dello stesso d.lgs. 626/1994 è chiarito, a fugare ogni dubbio, che: "Nelle p.a. di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, per datore di lavoro si intende

(7) D.lgs. 19.9.1994, n. 626 - Attuazione della direttiva 89/391/Cee, della direttiva 89/654/Cee, della direttiva 89/655/Cee, della direttiva 89/656/Cee, della direttiva 90/269/Cee, della direttiva 90/270/Cee, della direttiva 90/394/Cee, della direttiva 90/679/Cee, della direttiva 93/88/Cee, della direttiva 95/63/Ce, della direttiva 97/42/Ce, della direttiva 98/24/Ce, della direttiva 99/38/Ce, della direttiva 2001/45/Ce e della direttiva 99/92/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

(8) Decreto legislativo n. 242/1996 - Modifiche e integrazioni al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 recante "Attuazione di direttive comunitarie riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro".

RESPONSABILITÀ E COMPETENZE

il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale". In coerenza con le competenze attribuite, il d.lgs. 626/1994, all'art. 4, ha poi individuato i materiali adempimenti cui gli organi della gestione sono tenuti⁹. Le affinità strutturali tra la materia della tutela della salute e della sicurezza del lavoratore e la materia del trattamento dei dati personali, con riguardo al sistema delle responsabilità, sono dunque molteplici. Al fine di disciplinare le materie, il legislatore ha dovuto, in entrambi i casi, istituire una

(9) L'art. 4 del d.lgs. 626/1994 dispone infatti che: "Il datore di lavoro, in relazione alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, valuta tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro. (...) Il datore di lavoro: a) designa il responsabile del servizio di prevenzione e protezione interno o esterno all'azienda secondo le regole di cui all'art. 8; b) designa gli addetti al servizio di prevenzione e protezione interno o esterno all'azienda secondo le regole di cui all'art. 8; c) nomina, nei casi previsti dall'art. 16, il medico competente".

(10) A differenza di quanto accaduto con l'entrata in vigore del d.lgs. 196/2003

(11) L'art. 50 del d.lgs. 267/2000 ("Competenze del sindaco e del presidente della provincia") al secondo comma così dispone: "Il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l'ente, convocano e presiedono la giunta, nonché il consiglio quando non è previsto il presidente del consiglio, e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti".

(12) Ciò secondo l'assunto per cui "il sindaco, per effetto di quanto dispone l'art. 50 del t.u.e.l. rappresenta il comune. A nessun altro organo o soggetto l'ordinamento attribuisce la funzione di rappresentante generale dell'ente e conferisce la capacità giuridica per esercitarla". Cfr. Firenze Narocci, *Guida Normativa 2006-Vol. I*, pag. 89, Editrice Cel.

vera e propria gerarchia delle responsabilità nelle quali il superiore è tenuto alla designazione e al controllo del soggetto ad esso immediatamente subordinato. Analogamente a quanto disciplinato dal d.lgs. 196/2003, anche il d.lgs. 626/1994, come modificato e integrato, aveva infatti previsto un soggetto da porre al vertice del sistema delle responsabilità in materia di salute e sicurezza del lavoratore; tuttavia in quel caso¹⁰ aveva altresì provveduto, come risulta dall'art. 2, comma 1, lett. b), dello stesso d.lgs. 626/1994, alla sua personificazione, per le p.a., nel "dirigente cui spettano i poteri di gestione". Ebbene, sembra che nulla osti ad una strutturazione analogica del sistema delle responsabilità in materia di privacy da ricavarsi in

via interpretativa, stante quello che sembra un "assordante silenzio" in merito del d.lgs. 196/2003. Rimandando alla conclusione del presente lavoro l'analisi dei meriti propri della soluzione qui proposta, nel prossimo paragrafo si soffermerà l'attenzione su una diversa tesi, da molti sostenuta.

L'OPPOSTA TESI: L'ATTRIBUZIONE ALL'ORGANO POLITICO DI VERTICE DELLE FUNZIONI IN MATERIA DI TITOLARITÀ DEL TRATTAMENTO DEI DATI

La generica dizione utilizzata dal legislatore in materia di tutela del trattamento dei dati, che individua, come detto, il titolare del trattamento dei dati nell'"entità nel suo complesso", potrebbe suggerire una determinazione del titolare del trattamento diversa da quella operata nel paragrafo precedente. Se ne esaminano qui le fondamenta con esclusivo riferimento all'ente locale, soggetto in cui – forse in forza della più stretta interrelazione fra soggetto politico ed organi gestionali – una diversa soluzione è sembrata ad alcuni maggiormente plausibile. La dizione "entità nel suo complesso" richiama istintivamente, con riferimento ad una p.a., l'organo che di essa detiene la rappresentanza generale. Pertanto, sempre istintivamente, con riferimento all'ente locale si potrebbe pensare al sindaco o al presidente della provincia quale soggetto personificante la titolarità del trattamento dei dati. L'assunto potrebbe poggiare su un'interpretazione, a parere di chi scrive, non corretta dell'art. 50 del testo unico degli ee.ll. L'art. 50 del d.lgs. 267/2000, rubricato "competenze del sindaco e del presidente della provincia", attribuisce all'organo politico di vertice dell'autonomia locale "la rappresentanza dell'ente"¹¹. Secondo interpretazioni, peraltro, a quanto risulta, non ufficiali, emerse anche attraverso il confronto con altre realtà comunali, è stato prospettato che il titolare del trattamento venga individuato nella persona, rispettivamente, del sindaco o del presidente della provincia, organo di vertice e "responsabile dell'amministrazione" ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 267/2000. Ciò in quanto questi, ai sensi del predetto articolo, assume, secondo la miglior dottrina, il ruolo di "rappresentante generale dell'ente"¹².

In tale "rappresentanza generale" dovrebbe essere inclusa – secondo i sostenitori di questa tesi – anche la titolarità del trattamento.

In realtà, però, anche a voler prescindere dalle considerazioni formulate sopra in merito ad una corretta applicazione del principio di distinzione delle sfere di competenza, ulteriori ordini di ragioni, di seguito esposte, consigliano di rivedere un'interpretazione tanto suggestiva. Infatti, se si dovesse personificare nel sindaco¹³ il titolare del trattamento, si dovrebbe ritenere che questi debba alternativamente, secondo quale delle tesi si voglia sposare:

a) designare il segretario generale e/o direttore generale quale responsabile del trattamento, dovendo questi poi individuare alternativamente:

aI) come sotto-responsabili (figura peraltro non prevista nel codice) i dirigenti (che a loro volta dovrebbero individuare gli incaricati che trattano operativamente i dati);

aII) direttamente gli incaricati del trattamento (oltrepassando di fatto i dirigenti, salvo concertare con questi la designazione);

b) designare il segretario generale e/o il direttore generale ed i dirigenti quali responsabili pariordinati, avendo questi ultimi l'onere di designare gli incaricati per ciascun servizio di loro rispettiva competenza.

La soluzione aI) ha il difetto di creare due distinti gradi di responsabilità (non previsti dal codice).

La soluzione aII), attribuendo al segretario generale e/o direttore generale le attività di individuazione di tutti gli incaricati ed il controllo degli stessi, finirebbe per disallineare la filiera delle responsabilità, con gravi riflessi sull'organizzazione gestionale dell'ente.

La soluzione b) attribuirebbe al sindaco, in qualità di titolare, il potere/dovere di controllo sul segretario generale e su tutti i dirigenti in materia di trattamento dei dati.

In entrambi i casi – *a)* e *b)* – al sindaco spetterebbe direttamente il controllo dell'attività del responsabile,

funzione che parrebbe però tipicamente gestionale e, in specie, di rilievo datoriale, attenendo di fatto alla verifica della corretta esecuzione delle prestazioni attribuite. Inoltre, a tal proposito, parrebbe porsi eventuali profili di incompatibilità rispetto a quanto disposto dalla direttiva esplicativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica dell'11 febbraio 2005¹⁴.

Nella direttiva della Presidenza del Consiglio, nella quale – purtroppo – non possono che rinvenirsi elementi soltanto indiziari utili alla soluzione della problematica qui affrontata¹⁵, si sostiene, infatti, che gli incaricati del trattamento dei dati debbono essere individuati con ordine di servizio.

L'ordine di servizio è un tipico atto gestorio riservato all'esclusiva competenza del soggetto burocratico; pertanto anche la direttiva, nel suo silenzio sugli altri profili che stiamo trattando, sembra contenere elementi utili a sostenere la tesi dell'attribuzione delle funzioni proprie del trattamento dei dati agli organi burocratico-gestionali e, con riferimento alla titolarità del trattamento, in specifico datoriali.

In conclusione, dunque, l'eventuale attribuzione della titolarità del trattamento all'organo di vertice politico dell'ente locale, oltre a violare il principio della distinzione delle sfere di competenza, non consentirebbe un'efficace applicazione delle disposizioni del d.lgs. 196/2003, cagionando gravi problemi organizzativi in materia di attribuzione e controllo dei vari gradi di responsabilità previsti dal codice della privacy. E ben si noti, inoltre, come la

tesi – sostenuta nel presente lavoro – dell'attribuzione all'organo di vertice burocratico delle funzioni di titolarità del trattamento non nega, ma anzi, come si dirà di seguito, valorizza, il principio della rappresentanza dell'amministrazione contenuto nell'art. 50 del d.lgs. 267/2000.

(13) Il medesimo ragionamento vale ovviamente per il presidente della provincia.

(14) Direttiva n. 1/2005, 11 febbraio 2005, G.U. n. 97 del 28 Aprile 2005: "Misure finalizzate all'attuazione nelle pubbliche amministrazioni delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante codice in materia di protezione dei dati personali, con particolare riguardo alla gestione delle risorse umane".

(15) Con riferimento al punto in questione, infatti, la circolare si limita a riprodurre testualmente il contenuto del testo legislativo senza avanzare interpretazione alcuna.

RESPONSABILITÀ E COMPETENZE

IL PRINCIPIO DELLA RAPPRESENTANZA DELL'AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 50 DEL T.U.E.L. COME ELEMENTO FONDANTE L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DELLE SFERE DI COMPETENZA FRA ORGANI POLITICI E GESTIONALI

In conclusione del presente lavoro, si vuole brevemente dimostrare come la tesi in esso sostenuta non risulta lesiva del principio della responsabilità della amministrazione ai sensi dell'art. 50 del testo unico degli enti locali. Al contrario, la corretta applicazione del principio della distinzione dei poteri permette di porre il sindaco in posizione di vertice dell'intero sistema di responsabilità qui delineato, non attraverso la sua diretta assunzione delle funzioni proprie della titolarità del trattamento, ma attraverso l'esplicazione dei suoi poteri di nomina dell'organo di vertice della struttura burocratica. Se infatti nell'ente locale si individuano gli incaricati del trattamento negli impiegati che elaborano materialmente i dati, si deve riconoscere che coloro che possono su di essi effettuare direttamente operazioni gestionali e di controllo sono i loro rispettivi dirigenti. Convenuto che ciascun dirigente assume le funzioni di responsabile del trattamento per il proprio servizio, è necessario ora individuare il titolare del trattamento nel soggetto ad ognuno di essi immediatamente sovraordinato. Il soggetto immediatamente sovraordinato, per le ragioni sin qui esposte, è il segretario generale o il direttore generale, ed è questi che deve assumere dunque le funzioni proprie del titolare del trattamento.

In cosa dunque si esplica il potere di rappresentanza del sindaco o del presidente della provincia?

I poteri di rappresentanza generale del capo dell'amministrazione si esplicano nel conferimento, attraverso la nomina, dei poteri datoriali al segretario generale e/o al direttore generale (poteri propri, cioè connaturati, dell'organo di vertice burocratico) e, con essi, delle responsabilità attinenti la titolarità del trattamento dei dati. Ecco dunque che la figura del capo dell'amministrazione, all'interno del sistema di tutela del trattamento dei dati, assume ruolo centrale, imprescindibile ed insostituibile di rappresentante dell'amministrazione; ma, appunto, assume tale ruolo

nel proprio ambito di competenza, che è quello di indirizzo politico e non, invece, quello organizzativo-gestionale proprio della dirigenza.

In ultimo pare opportuno osservare che nel disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza (allegato B del d.lgs. 196/2003) si rinviene un ulteriore fondamentale elemento a sostegno della tesi sopra espressa. La regola 19 dispone infatti che il titolare del trattamento rediga – questa è la parola che il legislatore ha utilizzato – anche attraverso il responsabile, se designato, il documento programmatico per la sicurezza (D.p.s.). Dunque, stando alla lettera del disposto dei successivi punti della regola 19, è il titolare del trattamento che redige il D.p.s. contenente, fra l'altro, idonee informazioni riguardo: l'elenco dei trattamenti di dati personali, la distribuzione dei compiti e delle responsabilità, l'analisi dei rischi che incombono su tali dati, le misure da adottare per garantire la protezione e la disponibilità dei dati, nonché la protezione delle aree e dei locali rilevanti per la loro custodia, la previsione di interventi formativi degli incaricati del trattamento. La regola 19 dispone, con estrema chiarezza, che il titolare del trattamento in un documento obbligatorio assuma le disposizioni di carattere prettamente gestorio in materia di sicurezza dei dati.

Chi dunque è soggetto legittimamente deputato alla formale adozione delle misure elencate nella regola 19 se non l'organo di vertice burocratico dell'amministrazione, che proprio nell'espletamento dei propri poteri gestori assume le determinazioni idonee per la sicurezza dei dati trattati istituzionalmente dall'ente? La regola 19 non consente soluzioni interpretative divergenti. Debole risulterebbe la tesi di chi individuasse nel sindaco il titolare del trattamento dei dati: come potrebbe questi – organo politico – redigere il D.p.s. ed esercitare i poteri gestori, caratterizzanti i contenuti di questo documento tipico ed obbligatorio?

Coerente – ancora una volta – risulterebbe invece la tesi secondo cui il titolare del trattamento è il segretario generale, avendo il sindaco od il presidente della provincia pienamente esperito i propri poteri rappresentativi attraverso la nomina dello stesso in piena conformità all'art. 50 t.u.e.l.