amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rapporto tra diritto d'accesso e tutela della privacy. Trattamento dei dati sanitari durante lo stato emergenziale da covid-19. Pronunce giurisprudenziali.

di Maria Cerrato

(Specializzata in "Diritto Amministrativo e scienza dell'amministrazione" conseguita presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II")

Sommario

1. Introduzione; - 2. Il diritto d'accesso nell'ambito della trasformazione della Pubblica Amministrazione. Il sistema previgente alle leggi n. 142/1990 e n. 241/1990; - 3. Il diritto d'accesso: inquadramento generale; - 4. Approfondimento del diritto d'accesso nella giurisprudenza; - 5. Evoluzione del diritto alla riservatezza; - 6. Rapporto tra diritto d'accesso e tutela della privacy; - 7. Diritto d'accesso e tutela della privacy in materia sanitaria; - 8. Covid-19: il trattamento dei dati sanitari tra privacy ed interessi pubblici; - 9. Considerazioni finali.

Abstract

The relationship between the right of to administrative documents and the protection of the confidentiality of third parties, whose personal data emerge from the documents requested, was not unknown to the legislator of 1990 who, both in the legislation concerning local authorities (law n. 142/90) and in the general law on the procedure (law n. 241/90) laid down certain principles to balance the two opposing need.

But it must be said that before law n. 675/ 96, there was no organic regulation in our legal system devoted to confidentiality, which consists in the right not to interfere with others in their private sphere, the protection of which, before law n. 675/ 96, gave rise to numerous problems in relation to the opposing emerging interests.

Well, the comparative examination of laws n. 241/90, n. 142/90 and law n. 675/96 before, and the harmonization of Italian Code on Privacy to The European Regulation n. 679/2016 (G.D.P.R.), will allow us to address the problem above all with regard to "sensitive data" and in particular those related to health. They constitute the so-called "hard core" between personal data, both because of their sensitivity and because of the real danger of their use for discriminatory purposes.

With this work we will try to analyze the conflict between the two conflicting interests, access and privacy, in the knowledge that there is no valid solution.

As in all situations in which opposing interest are at stake , equally protected by the law, it is, in fact, the task of the interpreter to carry out " balancing of interests - on a case-by-case basis".

Finally, the analysis of some important jurisprudential ruling will help us to further deepen the more specific issues.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il rapporto che esiste tra la protezione dei dati e, quindi, la tutela della riservatezza dei terzi e l'attività della pubblica amministrazione in tema di accesso ai documenti amministrativi è stato sempre, sin dalle origini, molto delicato.

Ciò non era sconosciuto al legislatore del '90 che, sia nella normativa riguardante gli enti locali (legge 8 giugno 1990, n. 142) che in quella generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), pose alcuni principi atti a bilanciare le due opposte esigenze.

Bisogna dire, però, che prima della legge 31 dicembre 1996, n. 675 , legge sulla privacy, mancava nel nostro ordinamento una disciplina organica sulla "riservatezza" e si avvertiva quasi il timore che il settore pubblico si presentasse (o dichiarasse) impermeabile alle novità legislative.

Sembrava che, in un ambito ricco di problemi per molti versi congeniti (la mancanza di fondi, l'evidenza di altre priorità, la necessità di efficienti e sempre più evoluti servizi ai cittadini, l'avvento della trasparenza) l'attenzione alla protezione dei dati personali passasse in secondo piano.

In realtà, dopo un timido avvio, il tema della protezione dei dati è entrato prepotentemente nel discorso pubblico grazie anche ad interventi ispettivi molto frequenti del Garante per la protezione dei dati personali che hanno cercato di fornire delle linee interpretative importanti.

L'avvento, poi, del Regolamento Europeo 27 aprile 2016, n. 679 (G.D.P.R.), com'era prevedibile, ha ulteriormente connotato questo quadro normativo, per certi versi complicandolo.

Ebbene, l'esame comparato delle l.n. 241/90 e l.n. 142/90, della l.n. 675/96 ed il G.D.P.R. consentirà di individuare la natura del diritto alla protezione dei dati come s'è inserito, nel corso degli anni, in un settore così complesso quale quello pubblico, tentando costantemente di mitigare ed armonizzare tutte le norme che già disciplinano il settore (si pensi al delicatissimo tema dell'accesso, o della trasparenza , o dell'anticorruzione, o dell'obbligo di pubblicità di determinati atti e procedimenti) con quelle che mirano alla protezione del dato. Inoltre ci consentirà di affrontare la problematica soprattutto con riferimenti ai dati sensibili e supersensibili, in particolare con quelli inerenti alla salute .

Si cercherà di analizzare questo conflitto nella consapevolezza che non esiste una soluzione valida in assoluto.

Come in tutte le situazioni in cui vengono in gioco interessi contrapposti, ugualmente tutelati dall'ordinamento, è necessario effettuare operazioni di "bilanciamento d'interessi", caso per caso.

Molto interessante, a questo proposito, il costante riferimento alle decisioni che il Garante ha dovuto prendere , o a quelle linee guida che l'Autorità di controllo ha

ISSN 2036-7821

dovuto elaborare ed emanare per porre dei "paletti" normativi a tutela dei diritti dei cittadini.

2. Il diritto d'accesso nell'ambito della trasformazione della Pubblica Amministrazione. Il sistema previgente alle leggi n. 142/1990 e n. 241/1990.

L'introduzione nel nostro ordinamento del diritto d'accesso ai documenti amministrativi rappresenta, senza dubbio, una delle modifiche normative , adottate negli ultimi anni nell'ambito del processo di modernizzazione dell'apparato pubblico, più significative perché incide direttamente sul rapporto tra istituzione pubblica ed utente.

Quindi si può dire, tranquillamente, che il diritto d'accesso è inserito nel processo di trasformazione della Pubblica Amministrazione.

Ebbene, il tema si presenta particolarmente impegnativo sia perché vasto e complesso (la trasparenza, in senso ampio, interessa tutta l'attività amministrativa e, più in generale, tutti i pubblici poteri) sia perché incentrato su concetti e valori giuridici ed etici talvolta evanescenti che non hanno ricevuto un'adeguata sistemazione.

Una prima considerazione è che, nonostante il clima di incertezza e confusione che caratterizza il rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione in questa delicata fase di transizione, negli ultimi anni, con l'introduzione della l.n. 142/1990 prima e l.n. 241/1990 poi, si sono registrate profonde ed irreversibili trasformazioni nel modo di essere e di agire delle amministrazioni.

Sono profondamente cambiate le regole: dall'esercizio autoritario del potere si è passati all'esercizio partecipato e trasparente delle funzioni amministrative. Si parla, metaforicamente, di costruzione della cosiddetta "casa di vetro".[1]

"Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro".[2] Parole dense di significato. Infatti la metafora suddetta, adoperata da Turati, rimarcava chiaramente come, già all'inizio del Novecento, fosse viva l'esigenza d'introdurre adeguati strumenti per assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa nonché la necessità di garantire un adeguato controllo da parte dei cittadini sull'attività della pubblica amministrazione, al fine di assicurarne la correttezza e l'imparzialità.

L'espressione di Turati, sopra citata, era quella di fissare le basi di un agire chiaro e corretto, rectius trasparente dell'agire dell'amministrazione pubblica il cui involucro

[1] F.TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908. L'espressione è stata poi riportata dalla commissione Nigro nell'ambito dei lavori preparatori della legge n. 241/1990. Così S. Di Pietro, in Amministrativ@mente, fascicolo n. 9-10/2018

[2] F.TURATI, Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 17 giugno 1908. Il testo è consultabile sul sito https://storia.camera.it

ISSN 2036-7821

deve essere vitreo, cioè tale che al suo interno sia tutto costantemente e quotidianamente visibile.
Anticipando di quasi quarant'anni i risultati della Costituzione repubblicana, Turati aveva individuato i motivi della sproporzione dei rapporti tra pubblico e privato.
Solo più tardi si afferma quello spazio istituzionale proprio dell'amministrazione che, con il passare del tempo, conduce ad un progressivo, lento, ma inarrestabile avvicinamento tra parte pubblica e parte privata che costituiscono due poli separati in contrapposizione, a causa della superiorità dell'uno sull'altro.[3]
E' nell'ambito di questa revisione del tradizionale modello dei rapporti tra amministrazione ed amministrati che si colloca la metafora plastica e la trasparenza ideata da Filippo Turati, fondamentale per "colmare la fossa"[4] e riequilibrare il rapporto sproporzionato tra governanti e governati.
Dall'esigenza di conoscere si assiste all'evoluzione della regola tratteggiata nel 1908, con la precisazione secondo cui "non c'è trasparenza senza semplificazione" che non deve essere solo normativa, ma anche strutturale con riferimento al numero di P.A.[5]
Segnali particolarmente significativi di questo diverso modo di amministrare sono la sempre più estesa partecipazione del cittadino all'azione dei pubblici poteri, la tendenziale accessibilità ai documenti amministrativi, una sempre più diffusa utilizzazione di mezzi informatici e telematici da parte delle pubbliche amministrazioni (capaci di semplificare ed accrescere l'efficienza dell'azione amministrativa), la diffusione di codici etici, ma anche l'affermarsi della trasparenza come valore giuridico.
Con la l.n. 241/1990 la trasparenza amministrativa viene considerata, per la prima volta, in modo esplicito ed inequivocabile, come valore giuridico con un suo preciso ed incisivo statuto.
Le norme della l.n. 241/1990, che andremo successivamente ad esaminare, costituiscono l'espressione giuridica dell'esigenza sociale di mutare, con un vero e proprio ribaltamento, l'assetto tradizionale dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, da fondarsi sul dialogo e non sulla soggezione; ribaltamento di cui costituisce applicazione l'introdotta circolazione di informazioni tra pubblica amministrazione ed amministrato, alla luce del criterio secondo il quale la regola è data dalla conoscenza o conoscibilità, ed il segreto è l'eccezione.
Il sistema previgente alla l.n.241/1990 (ed anche alla l.n.142/1990) era basato, infatti, su un'amministrazione di stampo tradizionale, che s'avvaleva di una struttura accentrata e gerarchizzata ed i cui caratteri erano la segretezza, l'unilateralità e l'autoritarietà.

[3] S.CASSESE, La formazione dello Stato Amministrativo, Milano, Giuffrè,1974, p.11 e ss.
[4] 4 L'espressione plastica è di M. S. GIANNINI, apparsa per la prima volta, in Il pubblico potere. Stati e amministrazione pubblica, 1986,p.202.
[5] 5 Per una visione di più ampio respiro, M.BARBIERI, F.TALAMO, Lo Stato aperto al pubblico, 2014, p.114 e ss.

ISSN 2036-7821

Il modello, poi ripudiato, di Stato - Amministrazione era incentrato sulla sistematica esclusione di ogni partecipazione dei cittadini a procedimenti amministrativi in quanto la conoscenza anticipata dell'attività amministrativa era percepita come un fattore destabilizzante della stessa Autorità Statale. Nella seconda metà del XIX secolo, sulla scia delle concezioni del tempo secondo cui lo Stato non poteva che agire in modo autoritario, il diritto amministrativo è andato espandendosi, inglobando prima materie di diritto privato, quale il rapporto di lavoro tra l'amministrazione ed i suoi dipendenti; di conseguenza i relativi rapporti sono divenuti rapporti di diritto pubblico con la P.A. in posizione di supremazia.
Sul finire del XX secolo si è manifestata l'opposta tendenza a restringere l'area dell'agire autoritario della P.A. e quindi del diritto amministrativo che, negli ultimi tempi, è andato ad aprirsi ad una maggiore considerazione degli interessi privati, garantendo ai loro portatori la partecipazione ai procedimenti amministrativi.
In controtendenza con la regola dell'Autorità Statale e progenitrice della l.n. 241/1990, appare a riguardo la legge sul contenzioso amministrativo, legge 20 marzo 1865, n.2248, all.e, che, all'art.3, norma peraltro mai applicata, aveva introdotto un, sia pur larvato, diritto d'accesso.
Pienamente coerente , invece, con la concezione precedente alla l.n. 241/1990 era la norma contenuta nell'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n.3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) ove il diritto d'accesso era previsto solo in via eventuale e poteva essere escluso, anche in presenza di atti non segreti, quando ne poteva derivare un danno per l'amministrazione o per i terzi oppure l'avesse vietato una disposizione del capo dell'ufficio; conferiva, quindi, ai funzionari pubblici ampia discrezionalità in relazione alla comunicazione o meno d'informazioni persino ai soggetti coinvolti nel procedimento.
A chiudere il cerchio era poi l'inesistenza di un obbligo di motivazione generalizzato degli atti amministrativi, introdotto solo con l'art. 3 della l.n. 241/1990.Anche la legislazione successiva, pur dimostrando un'evoluzione era però intervenuta sulla questione solo in modo settoriale ed episodico.
Una notevole inversione di tendenza è costituita dalla l.n. 142/1990, sull'ordinamento degli enti locali, i cui artt. 4 e 7 riconoscono un generalizzato diritto d'accesso ai documenti amministrativi, prescindendo anche dalla previsione di un interesse particolare in capo ai richiedenti.
Passo in avanti: l'accesso trova la sua più compiuta espressione nella l.n. 241/1990, che si prefigge lo scopo di disegnare una disciplina generale che regoli, per tutti i rami della P.A., l'accesso ai
documenti amministrativi. Essa costituisce legge di principio per Regioni, anche a statuto speciale, e per i Comuni e le Città Metropolitane si pone il problema del coordinamento fra le norme sull'accesso introdotte dalla l.n. 142/1990 e quelle

ISSN 2036-7821

contenute nella l.n. 241/1990. Problema che viene risolto in termini di specialità , dando la prevalenza quindi alla legge di riforma delle autonomie locali in caso di conflitti tra disposizioni che comunque regolano la materia dell'accesso (limitatamente a quanto riguarda la conoscibilità di atti e documenti prodotti dalle amministrazioni locali).
Con la promulgazione della l.n. 241/1990, il legislatore ha percepito "l'indispensabilità del grimaldello dell'accesso come strumento di assicurazione democratica della trasparenza dell'agire dei pubblici poteri".[6]
L'analisi dei tratti identificativi più evidenti della normativa italiana in materia d'accesso evidenzia che la scelta del legislatore è stata quella di mediare tra varie esigenze, quella prioritaria di trasparenza e d'imparzialità coniugata ad una configurazione del diritto d'accesso non solo come diritto generale di accedere al documento amministrativo per un mero fine di controllo sociale, ma anche come strumento necessario per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.
Mi sembra opportuno a questo punto, prima di passare ad un approfondimento giurisprudenziale, focalizzare il diritto d'accesso, analizzando la normativa suddetta.

3. Il diritto d'accesso: inquadramento generale.
Il diritto d'accesso, in via di prima approssimazione, può essere definito come la facoltà di accedere a dati e documenti amministrativi per finalità variabili a seconda della tipologia di accesso che di volta in volta viene in rilievo.
Esso configura una delle principali attuazioni del principio di trasparenza, indicato tra i principi generali dell'azione amministrativa dall'art. 1, co. 1, della l.n. 241/1990 e definito "accessibilità totale" a dati e documenti amministrativi detenuti dalla pubblica amministrazione, così da rendere conoscibile all'esterno l'operato di quest'ultima.
Il diritto d'accesso previsto dal capo V della l.n. 241/1990 si lega, quindi, sia ad esigenze di tutela del singolo (il diritto è riconosciuto per salvaguardare posizioni giuridicamente rilevanti che preesistono, quali diritti soggettivi ed interessi legittimi) che a finalità di carattere generale com'è ben manifestato nell'originaria dizione dell'art.22, l.n. 241/1990, che riconosce il diritto d'accesso al fine di assicurare la trasparenza amministrativa.
Il principio di trasparenza è, a sua volta, correlato ad altri principi che sovraintendono al complessivo sistema amministrativo: imparzialità, legalità sostanziale, pubblicità e buon andamento della P.A. Esso, inoltre, più ampiamente,

[6] F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali, Giuffrè, 2007, p.2.

ISSN 2036-7821

soprattutto a fronte dell'introduzione dell'accesso generalizzato, dà attuazione anche al principio democratico , pietra angolare del nostro ordinamento.
Più propriamente, attraverso un controllo diffuso dell'operato della pubblica amministrazione è possibile verificare che questa si attenga ai canoni di imparzialità e persegua effettivamente i fini stabiliti dalla legge, nell'ottica del complessivo buon andamento dell' attività amministrativa.
Altra cosa è l'accesso c.d. endoprocedimentale, disciplinato dall'art.10 della l.n. 241/1990, che è il diritto dei destinatari del provvedimento "di prendere visione degli atti del procedimento" e "di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento". L'istituto ha una vocazione tanto difensiva quanto collaborativa per i soggetti direttamente interessati.[7]
Ebbene, è proprio il caso di dire che dal 1990, anno in cui è entrata in vigore la l.n. 241/1990, che ha riformato il procedimento amministrativo nel suo complesso e ridisciplinato il diritto d'accesso, quest'ultimo ha avuto un'incredibile evoluzione, di pari passo con i principi di trasparenza, pubblicità, legalità e partecipazione all'attività amministrativa[8] che attualmente rappresentano i cardini su cui è stata eretta tutta la legislazione di contrasto alla corruzione e alla cattiva amministrazione (legge 9 gennaio 2019, n.3 recante "misure per il contrasto dei reati contro la P.A., nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"(cd. legge spazzacorrotti).[9]
Oggi il nostro sistema prevede, in via generale, tre tipologie d'accesso cui devono aggiungersi le specifiche ipotesi speciali previste da discipline di settore. [10]
Quanto alle fattispecie generali, secondo una tripartizione ben illustrata dall'ANAC in un parere del 2016,[11] si possono distinguere l'accesso comune ex art. 22 e ss. l.n. 241/1990, l'accesso civico di cui all'art. 5, co.1, decreto legislativo 14 marzo 2013 n.13 e l'accesso generalizzato ex art. 5, co.2, d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n.97.

---

[7] M.A. SANDULLI, Accesso alle notizie ai documenti amministrativi, in Enc. Dir., vol. Agg. IV, Milano, 2000, p.6. Sulla valenza garantistica e collaborativa della partecipazione S. TARULLO, Il principio di collaborazione procedimentale, Torino 2008, pp. 294 e ss.

[8] Al co. 2, art.22,l.n. 241/1990, si legge infatti: "l'accesso ai documenti amministrativi, attese le rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza".

[9] Legge 9 gennaio 2019 n. 3 in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.13 del 16 gennaio 2019

[10] Quanto alle ipotesi previste dalla normativa di settore si richiamano, ad esempio, gli accessi previsti agli artt. 10 e 43 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), l'accesso in materia ambientale previsto dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, e quello regolato dall'art.53, decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in tema di atti di gara.

[11] Determinazione ANAC n. 1310 del 28 dicembre 2016, " prime linee guida recante indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal d.lgs.. n. 97/2016", in www.anticorruzione.it.

ISSN 2036-7821

A tal proposito il TAR Lazio[12], dovendo decidere su una richiesta che riguardava tutti i tipi d'accesso, ha ritenuto imprescindibile un'illustrazione delle diverse tipologie d'accesso agli atti amministrativi previsti nel nostro ordinamento.
Con il ricorso introduttivo, del suddetto giudizio, un avvocato presentava richiesta di accesso agli atti con riferimento ad una procedura esecutiva immobiliare ed, in particolare, sul procedimento di frazionamento e trascrizione ai fini dell'esecuzione di un provvedimento di acquisizione.
Nel caso di specie veniva fatta "un'istanza di accesso formulata con un generico riferimento al d.lgs. n. 33 del 2013, al d.lgs. n. 97 del 2016, nonché alla l.n. 241 del 1990".
Ebbene, "a seguito dell'introduzione, con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, dell'accesso civico generalizzato (art.5, co.2, d.lgs. n. 33/2013), la tutela della trasparenza dell'azione amministrativa risulta rafforzata ed arricchita attraverso una disciplina che s'aggiunge a quella che prevede gli obblighi di pubblicazione (articoli da 12 e ss. del d. lgs. n.33/ 2013) e alla più risalente disciplina di cui agli artt. 22 e ss. della l.n. 241 del 1990 in tema d'accesso ai documenti".
La disciplina dell'accesso tradizionale risulta legata strettamente alle specifiche esigenze del richiedente e caratterizzate dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell'istante, il quale vanta il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo.
Oltre alla predetta disciplina, nel nostro ordinamento "si è dapprima introdotto l'accesso civico cd. semplice, imperniato su obblighi di pubblicazione gravanti sulla pubblica amministrazione e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l'adempimento e, poi, l'accesso civico generalizzato, azionabile da chiunque, senza previa dimostrazione circa la sussistenza di un interesse concreto ed attuale in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza alcun onere di motivazione della richiesta, al precipuo scopo di consentire una pubblicità diffusa ed integrale in rapporto alle finalità esplicitate dall'art.5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013.
Il Collegio, pertanto, ritiene imprescindibile una illustrazione delle diverse tipologie di accesso agli atti amministrativi previsti nel nostro ordinamento: accesso ai documenti ed accesso civico, semplice e generalizzato e, sul punto, precisa che:
"pur condividendo lo stesso tipo di tutela processuale, già da quanto esposto sopra, si comprende la significativa differenza tra accesso ai documenti ed accesso civico, semplice e generalizzato, consentendo il primo un' ostensione più approfondita ed il secondo, ove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire una conoscenza più estesa ma meno approfondita, l'accesso ad una larga diffusione di

[12] TAR Lazio, Sez. II-bis, sent. 2 luglio 2018, n. 7326, in Il diritto amministrativo, anno XIV - n.07 - Luglio 2022, www.ildiritttoamministrativo.it.

ISSN 2036-7821

dati, documenti ed informazioni, fermi i limiti che di seguito si andranno ad evidenziare, posti a salvaguardia di interessi pubblici e privati suscettibili di vulnerazione.

Emblematica di tale diversità è del resto, la constatazione che mentre la l.n. 241/1990 esclude espressamente l'utilizzabilità del diritto di accesso per sottoporre l'amministrazione ad un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico".

"Giova precisare altresì, sul piano procedurale, che nei casi di diniego parziale o totale all'accesso o in caso di mancata risposta allo scadere del termine per provvedere, contrariamente a quanto dispone la l.n. 241/1990, non si forma il silenzio-rigetto ma il cittadino può attivare la speciale tutela amministrativa interna dinanzi al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza formulando l'istanza di riesame alla quale deve essere dato riscontro entro i termini normativamente prescritti.

Tale procedura di tutela amministrativa interna trova radice proprio nell'esigenza di assicurare al cittadino una risposta chiara e motivata, attraverso uno strumento rapido e non dispendioso con il coinvolgimento di un soggetto, il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, che svolge un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina di prevenzione della corruzione e nell'attuazione delle relative misure.

L'assenza di una tipizzazione legislativa del silenzio, implica, infatti, onere per l'interessato di contestare l'inerzia dell'amministrazione attivando lo specifico rito di cui all'art. 117 c.p.a. e, successivamente, in ipotesi di diniego espresso a dati o documenti richiesti, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.".

"Chiarito il quadro della disciplina di riferimento, il Collegio non può che evidenziare, in considerazione della domanda di accertamento del diritto a conoscere formulata dal ricorrente e dalle conseguenti pretese dal medesimo avanzate, l'assenza dei presupposti prescritti per la stessa ammissibilità all'accesso, sia ordinario che civico, generalizzato e non (c.d. accesso civico "semplice")".

Poi, "per quanto la legge non richieda l'esplicitazione delle motivazioni della richiesta d'accesso generalizzato, il TAR Lazio conclude che "deve intendersi implicita la rispondenza della richiesta al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o, peggio, emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico,

ISSN 2036-7821

rischierebbe di compromettere la stessa istanza alla base dell'introduzione dell'istituto".[13]

Sul punto c'era un contrasto interpretativo fra contrapposti orientamenti delle Sezioni III[14] e V[15].

La dialettica tra i due orientamenti giurisprudenziali, sui caratteri che deve possedere la richiesta d'accesso generalizzato, sembra aver trovato sintesi nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2 luglio 2020, a favore dell'insindacabilità della motivazione da parte dell'amministrazione destinataria dell'istanza.[16]

L'evoluzione del pensiero giuridico emerge, in modo evidente, nel testo della sentenza dell'Adunanza Plenaria suddetta, che, riattualizzando quella prima timida manifestazione di esigenza di cambiamento, fornisce coordinate ermeneutiche che conducono ad affermare oggi, meno timidamente, che la casa della P.A. deve essere di vetro e deve essere fondata su basi solide, costituite dai principi costituzionali d'imparzialità e di buon andamento[17] rispetto ai quali la trasparenza, elevata anch'essa a principio fondamentale dell'agire pubblico, diventa lo strumento imprescindibile per l'attuazione dei primi.[18]

Perfettamente calzanti, al riguardo, sono le parole del Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema del d.lgs. 25 maggio n. 97, introduttivo dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 e modificativo dell'art. 5 del medesimo decreto, il quale precisa come la trasparenza abbia assunto il ruolo di "valore-chiave" della P.A. italiana,

[13] Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza, 13 agosto 2019 n. 5702, in https://dirittoaccesso.it.Si sottolinea che l'accesso civico generalizzato soddisfa un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo sul funzionamento dei pubblici poteri e di fedeltà alla Repubblica, onde tale accesso non può mai essere egostico perché è finalizzato al controllo e alla verifica della gestione del potere pubblico.

[14] Cons. di Stato, Sez. III, sentenza, 5 giugno 2019, n.3780 in www.giurisprudenzaappalti.it.

[15] Cons. di Stato, Sez.V, sentenza, 2 agosto 2019, n.5502 e 2 agosto 2019, n.5503, in https://foia.gov.it.

[16] Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza, 2 aprile 2020 n. 10, in federalismi.it, n.16 del 27 maggio 2020. Viene affermato che l'assenza di un interesse qualificato non inficia la legittimità della richiesta di accesso, considerate le differenze dell'istituto rispetto all'accesso documentato: "la circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22 della l.n. 241/1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale". Inoltre, si rammenta che la ragion d'essere dell'accesso generalizzato deve essere mantenuta distinta dall'interesse del richiedente, elemento quest'ultimo che non può essere sottoposto al vaglio di un giudizio di valore: " non si deve confondere, da questo punto di vista la ratio dell'istituto con l'interesse del richiedente che non necessariamente deve essere altruistico né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede".

[17] M.R. SPASIANO, Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico, in www.juspublicum.com, 2011; M.R. SPASIANO, Il principio di buon andamento, in M.A. SANDULLI, Principi e regole dell'azione amministrativa (a cura di), Milano, 2020, 63 e ss..

[18] G.AURIEMMA, Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici, in www.rivistagiuridicaeuropea.edicampus-edizioni.it; S. MASTROIANNI, L'integrazione tra la disciplina del diritto d'accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no ai buchi neri nel principio di trasparenza, in www.giustamm.it, n.4/2020.

ISSN 2036-7821

come "modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri", al fine di risolvere il problema di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa.
Garanzie ed efficienza che possono realizzarsi solo "rendendo visibile" ai componenti della comunità, il modo di formazione dell'interesse pubblico (inteso come causa dell'atto e del potere amministrativo), nonché rendendo conoscibile i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. In altri termini, la trasparenza "viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e più conforme ai canoni costituzionali e come obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa".[19]
Il principio così espresso, in maniera generale, necessita di essere verificata in maniera specifica ed approfondita, considerando che, spesso, le esigenze della riservatezza hanno prevalso sul bisogno di conoscenza.
E questo approfondimento verrà effettuato nel paragrafo successivo.

4. Approfondimento del diritto d'accesso nella giurisprudenza.
Nella sentenza del TAR Campania, Sez. VI, 9 maggio 2019, n.2486,[20] si trattano alcune questioni particolarmente rilevanti concernenti l'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 33/2013, istituto che, contrariamente all'accesso documentale[21] (art. 22 e ss l.n. 241/1990) non ha ancora trovato una sistemazione nel nostro ordinamento.[22]

[19] Cons. di Stato, Commissione speciale, parere del 24 febbraio 2016, n.515; cfr. S. CASSESE, Evoluzione della normativa sulla trasparenza, in Gior.dir.amm., 2018, 2; M. BOMBARDELLI, Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza, in Ist.Fed, 3/4, p.657 e ss., per una critica allo sbilanciamento della normativa di cui al dlgs. n.33/2013 di contrasto alla corruzione.

[20] TAR Campania, Sez.VI, sentenza, 9 maggio2019,n.2486, in www.dirittoaccesso.it. L'entrata in vigore dell'art. 5bis, d.lgs. n. 33/2013, ha valorizzato il principio della massima ostensione nell'ambito del nuovo modo di concepire il rapporto tra cittadini e potere pubblico, improntato a trasparenza e accessibilità dei dati e delle informazioni; tuttavia ciò non vuol dire che tale principio possa estendersi fino al punto da legittimare un controllo generalizzato, generico ed indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione. Ne consegue che qualora la tipologia di dati e documenti non possa essere nota perché si provocherebbe la conoscenza indiscreta, mettendo a repentaglio gli interessi pubblici o privati, l'ostensione di quel dato o documento sarà resa possibile solo in favore di una ristretta cerchia di interessati in quanto titolari, secondo la tradizionali e più restrittive regole recate dalla l.n. 241/1990.

[21] Qualche mutamento nel corso del tempo ha riguardato l'accesso ex l. 241/1990, disciplinato artt. 22 e ss. (accesso esoprocedimentale o informativo) ove lo stesso è qualificato come "principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza". Sul punto V. CERULLI IRELLI, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990 – I Parte, in www.giustamm.it, 2005, p.2, evidenzia che in realtà la previsione normativa del testo novellato introdurrebbe "un'innovazione non significativa, anzi superflua". Più in generale cfr. M. CLARICH, Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa, relazione al Convegno su Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, Roma, Palazzo Spada, 11 febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it. In questo senso anche F. ROTA,

ISSN 2036-7821

La pronuncia affronta, tra l'altro, alcuni aspetti dell'accesso generalizzato sui quali la giurisprudenza s'è pronunciata in maniera vaga e la dottrina ha offerto letture diversificate.

Si tratta, tuttavia, com'è emerso anche in un convegno tenutosi all' Avvocatura Generale dello Stato,[23] di questioni che giocano un ruolo fondamentale per assicurare l'effettività della riforma sulla trasparenza avviata nel 2013, affinchè il diritto di conoscere, sancito dal d. lgs. n. 97/2016, non rimanga sulla carta, ma consenta alla collettività di venire a conoscenza del patrimonio informativo della P.A.

Come esplicitato nel ricorso e riportato nella sentenza, il ricorrente era stato destinatario di un provvedimento di sospensione della propria attività commerciale, a causa dell'assenza del certificato di agibilità, che, a detta del Comune, non poteva essere rilasciato in via provvisoria, fino a che l'immobile in cui veniva esercitata l'attività non fosse stato condonato.

Emerge, dunque, che il motivo sotteso all'istanza d'accesso, proposto sia ai sensi della l.n. 241/1990 che del d.lgs. n. 33/2013, era quello di sapere se il Comune aveva applicato alla generalità dei cittadini le regole per cui l'esigibilità è negata in pendenza di una domanda di condono edilizio, non ancora evasa dall'amministrazione, e se lo stesso Comune aveva rilasciato agibilità provvisoria ad esercizi commerciali la cui attività si svolge in immobili oggetto di domanda di condono. Tutto ciò anche per meglio difendersi in sede giudiziale, avendo il ricorrente impugnato il provvedimento comunale di sospensione dell'attività; contenzioso giunto nel frattempo in grado d'appello, pena il rigetto della domanda in primo grado.

Ricevuta la suddetta istanza il Comune negava l'accesso, sia documentale sia civico generalizzato, ritenendo che la richiesta di ostensione: 1) era volta ad esercitare un inammissibile controllo generalizzato; 2) comportava un carico insostenibile per l'amministrazione (cd. istanza massiva); 3) era diretta ad esercitare un bisogno conoscitivo privato ed egoistico.

Il TAR campano ha ,innanzitutto, respinto il ricorso nella parte relativa all'accesso documentale, in quanto la mole di documenti indicata nell'istanza, sebbene collegata ad uno specifico interesse del ricorrente , sostanzia, per la sua ampiezza, un accesso rivolto ad esercitare un controllo diffuso sul buon andamento e sull'efficienza del Comune, come noto non consentito dall'art. 24, co.3 l.n. 241/1990.

Diritto d'accesso e soggetti privati, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Torino, 2005 pp.89 e ss.

[22] U.D. GALETTA, Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del decreto Foia: la trasparenza de "le vite degli altri?", in federalismi.it, 9 maggio 2018, n.10.

[23] Convegno presso l'Avvocatura dello Stato, 18 febbraio 2019 "Il diritto d'accesso agli atti amministrativi tra vuota retorica e garanzia di trasparenza", in www.aipda.it. Durante il convegno è stato consegnato il Premio A. M. Sandulli 2018.

ISSN 2036-7821

Viceversa il Collegio ha ritenuto meritevoli di accoglimento le censure riferite al diniego dell'accesso di cui all'art. 5, co.2, d.lgs. n. 33/2013, con conseguente annullamento, in parte, del provvedimento impugnato, per difetto di motivazione .
Annullato il provvedimento impugnato, il Collegio ha altresì precisato che, per effetto dell'annullamento, il Comune dovrà riattivare il procedimento senza indugi, permettendo al ricorrente, ove l'istanza sia veramente massiva, di specificare e/o limitare la richiesta con il coinvolgimento di eventuali potenziali controinteressati[24] tenendo conto solo di eventuali specifiche ragioni di riservatezza , puntualmente motivate e circostanziate.
Nel giungere a tale conclusione la sentenza compie una profonda ed ampia premessa di carattere normativo-interpretativo sull'accesso civico generalizzato, toccando alcuni aspetti cruciali dell'istituto.
Di particolare attenzione è l'aspetto legato al dialogo cooperativo tra amministrazione e privato. L'accesso civico massivo, corrispondente alla richiesta di una grande quantità di documenti, non può essere semplicemente rigettato perché tale dall'amministrazione, la quale deve invece dimostrare l'eccessiva mole di lavoro per eseguire la richiesta, o comunque proporre al privato delle soluzioni alternative, magari rimodellando la richiesta, come indicato anche dalle linee guida ANAC (n.1309/2016).[25]L'accesso generalizzato, quindi, non può diventare "causa di intralcio al buon funzionamento dell'amministrazione"[26] o "un boomerang per l'efficienza dell'amministrazione"[27]; tuttavia l'insostenibilità della richiesta d'accesso, deve essere adeguatamente motivata dall'amministrazione che lo nega.[28]
Il principio del dialogo cooperativo con i richiedenti "deve ritenersi un valore immanente delle previsioni della legge istituiva del FOIA e della finalità di condividere con la collettività il patrimonio d'informazioni in possesso della P.A."[29]

---

[24] I controinteressati da coinvolgere dai procedimenti, avviato con l'istanza d'accesso, sono coloro che, in base ad una prima e sommaria valutazione, potrebbero subire un pregiudizio (astratto e potenziale).
Nel corso del procedimento poi si dovrà valutare la concretezza di tale pregiudizio, ai fini dell'applicazione dei limiti di cui all'art. 5 bis, d.lgs. n. 33/2013.

[25] 25 Determinazione ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016 in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 10 gennaio 2017, n. 7

[26] Il buon andamento della Pubblica Amministrazione rappresenta, in qualunque forma d'accesso, un valore cogente, la cui sussistenza, tuttavia, non può essere genericamente affermata bensì adeguatamente dimostrata da parte dell'amministrazione che nega l'accesso. Circolare della Funzione Pubblica, 30 maggio 2017, n.2, Attuazione delle norme delle norme sull'accesso civico generalizzato (cd. FOIA) in www.funzionepubblica.gov.it.

[27] TAR Campania, Sez.VI, 22 maggio 2019, n. 2486; più recentemente TAR Campania, Sez. VI, 4 marzo 2021 n. 1496, in https://foia.gov.it.

[28] Così nella Circolare Funzione Pubblica, sopra citata.

[29] TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10, in Foro amministrativo (II) 2020, 1, 76. In quest'ultima pronuncia l'accesso civico generalizzato, introdotto nel nostro ordinamento, giusta delega di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, dall'art. 6 del d.lgs. n. 97/2016 che ha novellato l'art. 5, d.lgs. n. 33/2013 (cd. decreto trasparenza), nonostante alcuni punti di contatto di tipo "testuale", si pone su un piano diverso rispetto all'accesso documentale (di cui alla l.n. 241/1990), che rimane caratterizzato da un rapporto qualificato del

ISSN 2036-7821

Seguendo la logica della buona fede e correttezza che oramai caratterizza il rapporto tra privato e P.A. , se da un lato, il privato non può presentare richieste d'accesso insostenibili, dall'altro la P.A. deve evitare atteggiamenti ostruzionistici, lesivi sia degli interessi del singolo che di quello generale della trasparenza. A questo proposito c'è da segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici.[30]

In essa si evidenzia che se esiste l'interesse ad una conoscenza diffusa dei cittadini nell'esecuzione dei contratti pubblici, volta a sollecitare penetranti controlli da parte delle Autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o fenomeni di cattiva amministrazione e l'adempimento delle prestazioni dell'appaltatore deve rispecchiare l'esito di un corretto confronto in sede di gara, a maggior ragione gli operatori economici che abbiano partecipato alla gara sono interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione[31], ma anche con riferimento alla sua esecuzione per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con possibilità di aggiudicarsela.

Ma tale interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un ben che minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, come accade nel caso in esame in cui viene solo ipoteticamente prospettata l'esistenza di una difformità tra il contratto e l'esecuzione del servizio, pena rappresentare un inutile intralcio all'esercizio delle funzioni amministrative e un'appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi.

Emerge poi sproporzionata ed onerosa l'istanza di accesso, qualificata "inammissibile" dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020: "sarà così possibile e doveroso evitare e respingere richieste manifestamente onerose e sproprozionate…… che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti, ma comunque riconducibile ad uno stesso centro d'interesse;

---

richiedente con i documenti che si intendono conoscere, derivante proprio dalla titolarità in capo al soggetto richiedente di una posizione giuridica qualificata tutelata dall'ordinamento. Il nuovo accesso civico, che attiene alla cura dei beni comuni a fini di interesse generale si affianca, senza sovrapposizioni, alle forme di pubblicazione on line di cui al "decreto trasparenza" del 2013 e all'accesso agli atti amministrativi del 1990, consentendo, del tutto coerentemente con la ratio che l'ha ispirato, l'accesso alla generalità degli atti e delle informazioni, senza onere di motivazioni, e tutti i cittadini singoli o associati, in modo da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della "cosa pubblica", oltrechè mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione.

[30] Cons. di Stato, Sez. III, 25 gennaio 2022 in www.gazzettaamministrativa.it.

[31] Cons. di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, in P. SESTINI, www.ammministrativ@mente.com, fascicolo 2-3 del 2009.

ISSN 2036-7821

richieste vessatorie e pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente con parametri oggettivi".[32]

Un'altra pronuncia che merita di essere menzionata è quella del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202,[33] dalla cui lettura si evidenzia che l'accesso civico generalizzato, da un lato, è soggetto a limitazioni di ordine esclusivamente oggettivo, tali per cui ove non si ricada in una "materia " esplicitamente sottratta, possono esservi soltanto "casi" in cui sussistono limitazioni, modalità e limiti, e dall'altro, proprio nel settore degli appalti, è diretto a rafforzare la trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione, da implementarsi sia prima sia dopo l'aggiudicazione.

Conseguentemente, a fronte di un'istanza d'accesso agli atti di una procedura negoziata, formulata ai sensi degli artt. 53 e ss. del decreto legislativo 2016, n. 50 e art. 22 ss. l.n. 241/1990, devono essere escluse dall'ostensione solamente quelle informazioni che costituiscono, secondo comprovate e motivate dichiarazioni dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, salvo che non siano necessari per la difesa in giudizio a favore dell'impresa ricorrente. L'accesso generalizzato si deve applicare ad ogni atto che riguarda gli appalti pubblici. Così il Consiglio di Stato[34] nella sentenza del 2019.

A pochi anni dalla sua introduzione , si vanno delineando i caratteri innovativi dell'istituto dell'accesso civico generalizzato. In particolare, sulla questione dell'applicazione dell'accesso civico agli appalti, e su quella del diritto del terzo non partecipante alla procedura di accedere agli atti, il Consiglio di Stato apre all'orientamento più estensivo: l'accesso ai documenti relativi alle procedure di appalto aperto a tutti senza condizioni, pur essendovi alcuni limiti.

Secondo il Consiglio di Stato, proprio la materia degli appalti è un settore dove l'esigenza di forme di controllo diffuso dell'attività amministrativa è più forte, al fine di garantire procedure d'appalto trasparenti anche con riguardo alla prevenzione ed al contrasto alla corruzione.

In particolare l'accesso civico deve essere particolarmente incisivo dopo l'aggiudicazione dell'appalto, non essendoci più esigenze di par condicio da rispettare.

Rimangono, in ogni caso, i limiti previsti all'accesso in materia di procedure d'appalti, in cui l'accesso è posticipato o, in alcuni casi, vietato del tutto.

---

[32] Sul punto, Circolare FOIA, 30 maggio 2017,n. 2 par. 7, in https//.foia.gov.it; Cons. di Stato Sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702, in www.sentenzeappalti.it.

[33] TAR Lazio Roma Sez. III, 27 aprile 2020, n. 4202, in https://lamministrativista.it, 28 aprile 2020.

[34] Cons. di Stato Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in www.mediappalti.it , R. DONATI Ammesso accesso civico agli atti di esecuzione del contratto. La svolta del Consiglio di Stato, in www.giurisprudenzappalti.it, 5 giugno 2019.

ISSN 2036-7821

Nella pronuncia del Consiglio di Stato , in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) n. 10/2020[35], i giudici amministrativi intervengono in relazione alla possibilità di applicare, in tutto o in parte, la disciplina dell'accesso civico generalizzato (FOIA) di cui al d. lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici.
Secondo la Plenaria 10/2020, i contratti pubblici assumono una particolare e più pregnante connotazione perché costituiscono la "fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve essere anche pubblicamente conoscibile".
In conclusione, i giudici di Palazzo Spada, ritengono che argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico depongono nel senso di un'accessibilità totale degli atti di gara, se pure sempre nel rispetto degli interessi- limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5-bis cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 33/2013.
Il Collegio ,poi, con la sentenza in esame, pone fine ad un dibattito giurisprudenziale sorto e segnato da contrapposti orientamenti delle sezioni del Consiglio di Stato[36] enunciando i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'art. 99 c. 5, c.p.a.:
a)"la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza d'accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulate in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua dell'accesso civico generalizzato , a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l.n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo , adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del provvedimento";
b) "è ravvisabile un interesse concreto ed attuale, ai sensi dell'art 22 l.n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente della gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purchè tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale";

[35] Cons. di Stato,Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, sopra citata. Tale pronuncia emessa ai sensi dell'art. 99, co.5, c.p.c., è molto importante perché offre la corretta interpretazione delle norme in oggetto. Va, infatti, ricordato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, quale massimo organo della Giustizia Amministrativa, svolge una funzione nomofilattica, ovvero provvede ad individuare i principi di diritto che, in una data materia, sono volti a dissipare particolari dubbi ermeneutici, rendendo il "precedente" in qualche modo vincolante per le sezioni semplici del Consiglio di Stato.

[36] Cons. di Stato, Sez, III, 5 giugno 2019, n. 780 in www.appaltilegali.it; Cons. di Stato, Sez. IV, sentenze gemelle, 2 agosto 2019, n. 5502 e n. 5503, sopra citate.

ISSN 2036-7821

c) "la disciplina dell'accesso civico generalizzato , fermi restando i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara ed, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici , non ostandovi in senso assoluto l'eccezione dell'art. 5 bis, co.3, del d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art.53 e con la previsione della l.n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dell'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art 5 bis, comma 1 e comma 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza".

Tra le questioni sollevate suscita particolare interesse la seconda in quanto:

1) interviene a risolvere il contrasto giurisprudenziale relativo all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alle informazioni e documenti che, in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ineriscono al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva;

2) stimola una riflessione sulla natura giuridica del diritto d'accesso generalizzato .

Si ribadisce, nella pronuncia in oggetto, la convinzione relativamente alla possibilità del concorso tra l'accesso documentale ex art. 24, l.n. 241/1990 e l'accesso civico generalizzato ex art. 5, co. 2 d.lgs. n. 33/2013.

Ne consegue che la P.A., di fronte ad una richiesta generica, ovvero non riconducibile all'alveo della disciplina dell'accesso documentale né a quello dell'accesso FOIA, ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza dei presupposti dell'una o dell'altra forma d'accesso , laddove essi siano stati "comunque e sostanzialmente, rappresentati sull'istanza".

Si può dire che, senza dubbio, la pronuncia valorizza le finalità di un controllo democratico nell'attività della P.A., nel quale il cd. right to know , l'interesse individuale alla conoscenza è protetto se ed in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, esterne alle cc .dd. eccezioni relative di cui all'art.5 –b, co. 1 e del d.lgs. n. 33/2013[37].

L'Adunanza Plenaria , cita a proposito la Corte Costituzionale,[38] ha rimarcato che il diritto del cittadino ad accedere a "dati" in possesso della P.A. , nel modello FOIA

[37] Sull'importanza delle eccezioni nel sistema informativo dettato dal d.lgs. n. 33/2013, M. FILICE, I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi , dove si afferma: " le eccezioni….. rappresentano un punto cruciale dell'architettura normativa della libertà d'accesso in Italia come in tutti i sistemi FOIA; giacchè servono a garantire quel difficile equilibrio tra la conoscibilità delle informazioni pubbliche e la tutela di alcuni interessi qualificati" in Diritto amministrativo anno XXVII – fasc. 4 – 2019, Giuffrè Francis Lefevre, p. 861 e ss.

[38] Corte Costituzionale, 21 febbraio 2019, n. 20, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la disposizione (art. 14 1-bis) del cd. Codice della trasparenza (d.lgs. n.33/2013) che imponeva l'obbligo di pubblicare nella sezione dei siti istituzionali rubricata "Amministrazione trasparente" una serie di dati, indicati nel co.1, lett. f) dello stesso art.14, riferiti ai redditi e alla situazione patrimoniale di tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferito, compresi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche

ISSN 2036-7821

(Freedom of information act) risponde ai principi di trasparenza e pubblicità, riferiti non solo quale principio democratico ex art.1 Cost., a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, oltre che al buon funzionamento della P.A.[39]
Con la Plenaria n. 6/2006[40] si qualifica l'accesso documentale come "un mezzo di tutela di situazioni giuridiche che possono avere la consistenza di diritti o interessi giuridicamente rilevanti che non assurgono al rango né di diritti soggettivi né di interessi legittimi"; l'accesso civico generalizzato, invece, viene qualificato dalla Plenaria n. 10/2020 come "diritto fondamentale, sul presupposto che l'accesso significa conoscenza e la conoscenza è alla base di tutto, anche dei diritti fondamentali della persona".[41]

---

di selezione. Per un approfondimento: V. FANTI, La trasparenza amministrativa a margine di Corte Cost. n.20/2019, in federalismi.it, 4 marzo 2020 n. 5; A.CORRADO, Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale, in federalismi.it, n.5/2019; I. A. NICOTRA, Privacy e trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte, in federalismi.it n. 7/2019; G. BRONZINI, La sentenza n. 20/2019 della Corte Costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?, in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; T. TESSARO e M.BERTIN, Pubblicazione dei dati ai sensi dell'art.14 del d.lgs. n. 33/2013, tra questioni di costituzionalità e compatibilità comunitaria: profili di danno da diffusione anche per i comuni?, in LexItalia, n.3/2017. La devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di trasparenza stabilita dall'art. 50 del Codice della trasparenza non è stata una scelta condivisa da una parte della dottrina. Così S.TOSCHEI, Accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, due volti del nuovo sistema amministrativo Italia, in Comuni d'Italia, 2013, n. 3.

[39] Per una analisi approfondita della disciplina speciale sull'accesso nel settore degli appalti pubblici si rimanda a L. MINERVINI, Accesso agli atti e procedure di affidamento ed eccezioni di contratti pubblici in Foro amministrativo fasc. n. 5 del 2019.

[40] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 18 aprile 2006, n. 6, in www.ambientediritto.it, in cui "il diritto sembra assumere, in particolare, a seguito della novella legislativa introdotta dalle richiamate leggi n. 15, 11 febbraio 2015 e n. 80, 14 maggio 2005, consistenza di un diritto soggettivo e non di interesse legittimo, come in passato ritenuto dall'Adunanza Plenaria, decisione 24 giugno 1999, n. 16. Con la decisione n. 6 del 18 aprile 2006, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato non ritiene utile (né opportuno), ai fini della questio sottoposta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del cd. diritto d'accesso agli atti amministrativi. Che sia interesse legittimo o diritto soggettivo, l'azione deputata al suo esercizio soggiace al termine decadenziale previsto dalla legge sul procedimento (l.n. 241/1990, art. 25): la decadenza di cui all'art. 25 della l.n. 241/1990 ha ad oggetto non il singolo provvedimento ma la decisione sostanziale assunta. Ad avviso della Plenaria, la soluzione da dare alla fattispecie concretamente presa in esame, non richiede una pregiudiziale di analisi sulla natura giuridica fatta valere. Sul tema si veda anche Cons. di Stato, Ad. Pl.,sentenza 25 settembre 2020,n .21, che ha riportato "il fondamentale approdo al quale è pervenuta l'Adunanza plenaria nella sentenza n.6 del 18 aprile 2006, che ha costruito l'istituto come situazione giuridica strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo". In questo senso si veda, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Diritto d'accesso e interesse pubblico, Napoli, 2006, p.97; G. VIRGA, Il diritto d'accesso dei cittadini agli atti della p.a. e la sua tutela giurisdizionale (nota C.G.A., sent. 28 luglio 1988 n. 130), in Foro amministrativo 1989, fasc. 3, p.661 e ss.; id., Trasparenza della p.a. e tutela giurisdizionale del diritto d'accesso agli atti amministrativi (comunicazione al XXXV Convegno organizzato dalla Provincia di Como sul tema:" L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza", Varenna, 21-23 settembre 1989), in Atti del convegno, 786; tale comunicazione è stata pubblicata in Nuova Rassegna 1989, fasc.19-20, p. 2118 e ss.

[41] Si parla di un diritto costituzionale "emergente" da far ricadere " nel patrimonio irretrattabile della persona umana" da ricondurre ai diritti inviolabili dell'individuo. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, Diritti e libertà, in Diritto pubblico, a cura di F. MODUGNO, Torino 2017, p. 592 ss.

ISSN 2036-7821

Se di diritto fondamentale si può parlare , sarebbe più corretto qualificarlo come interesse legittimo fondamentale perché viene in rilievo una situazione d'interesse legittimo, considerato che l'esito positivo dell'istanza, soggiace ad un potere di bilanciamento della P.A. che può decidere che l'interesse dell'istante sia specificabile rispetto ad altri interessi limite.[42]
Dopo questa approfondita analisi giurisprudenziale, il lavoro prosegue con un accurata disamina dei passaggi ideologici e giuridici del principio della trasparenza amministrativa, essenziale per il buon funzionamento dell'attività della pubblica amministrazione.

5. Evoluzione del diritto alla riservatezza.
"Noi pensiamo di discutere soltanto di protezione dei dati, ma in realtà ci occupiamo del destino delle nostre società, del loro presente e soprattutto del loro futuro….
….senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano le persone rischiano sempre di più di essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la privacy si presenta così come elemento fondamentale della "società dell'eguaglianze". Senza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l'appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano di essere esclusi da processi democratici: così la privacy diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella "società della partecipazione". Senza una forte tutela "del corpo elettronico", dell'insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo, diventa così evidente che la privacy è uno strumento necessario per difendere la "società della libertà", e per opporsi alla spinta verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale…..
…..ma il titolo di questa Conferenza ci ha soprattutto proposto un'associazione assai impegnativa, quella tra privacy e dignità. Ci obbliga così a considerare tutti i problemi specifici in un contesto caratterizzato dalla preminenza della persona e dei suoi valori, della sua libertà e autonomia ".

[42] Sul concetto di interesse pubblico fondamentale, M. MAZZAMUTO, La discrezionalità come criterio di riparto di giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali, in www.giustiziamministrativa.it, 13 gennaio 2020; id., Il tramonto dottrinale del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara, in www.giustizia-amministrativa.it , 2019; F. FOLLIERI, Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Padova, 2017. Negli anni sessanta del secolo scorso Norberto Bobbio evidenziava che " sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengono in concorrenza con altri diritti, limitandosi ad esemplificare tra i diritti "privilegiati" cioè suscettibili di bilanciamento, il solo "diritto a non essere resi schiavi e a non essere torturati", in N. BOBBIO, Sul fondamento dei diritti dell'uomo, 1965; ora in id., L'età dei diritti, Torino, 1990, 11. Per quanto anche questi diritti privilegiati sembrano oggi subire menomazioni, A. ALGOSTINO, Il ritorno della tortura e la fragilità dei diritti, in Dir.pubbl.comp.eur., 2015, 167 e ss.

ISSN 2036-7821

Queste le parole introduttive, pronunciate da Stefano Rodotà, nel discorso conclusivo della conferenza internazionale sulla protezione dei dati del settembre 2004.[43]
Ed ancora: "…noi dobbiamo dimenticare che la semplice disponibilità di una tecnologia non legittima qualsiasi sua utilizzazione , che deve essere valutata in base a valori diversi da quelli offerti dalla tecnologia stessa. La privacy non è un ostacolo, ma la via grazie alla quale le innovazioni scientifiche e tecnologiche possono legittimamente entrare nella nostra società e nelle nostre vite….ma sono convinto che la riflessione sulla protezione dei dati, su privacy e dignità, sia un passaggio ineludibile per comprendere la condizione dell'uomo in questo millennio e per definire i caratteri che la democrazia sta assumendo…le Autorità per la protezione dei dati personali lavorano sulla sottile frontiera che separa gli interventi corretti di bilanciamento tra la privacy e gli altri valori dalle limitazioni che possono snaturare i caratteri della democrazia".
Privacy, libertà, dignità, democrazia…..questi sono i valori che emergono dagli interventi di Stefano Rodotà che, com'è noto, è stato il primo Garante della privacy.[44]
Con quest'ultima aveva una tale affinità elettiva che gli permise di concretizzare idee ed ideali, introducendolo a " una delle prove più belle della sua vita e che faceva parte del suo universo che era quello dei diritti civili".[45]
E' stato, nel cogliere e valorizzare la "dimensione costituzionale" dei diritti fondamentali, che Rodotà si è fatto uno dei più alti "guerriglieri dei diritti civili", secondo un'espressione da lui stesso coniata nel 1978[46], portando avanti, in questa peculiare veste, una vera e propria "rivoluzione dei diritti di libertà". Fu fondamentale l'apporto offerto, nella sua veste di "normatore" dei diritti fondamentali, alla redazione della famosa "legge sulla privacy (legge 31 dicembre 1996 n. 675)". Si pensi, soprattutto, alla valorizzazione del concetto di privacy intesa

[43] S. RODOTA', Privacy, libertà, dignità, 26° Conferenza internazionale dei Garanti per la privacy, Wroclaw, Polonia, 14-16 settembre 2004, in GPDP, 16 settembre 2004, doc-web 1046937. Alla Conferenza erano presenti rappresentanti delle Autorità per la protezione dei dati di tutti i Paesi UE e di altri continenti, esperti del settore, esponenti del mondo universitario, giuristi, associazioni per la difesa dei diritti civili. Il Garante italiano ha partecipato a quattro interventi distribuiti in quattro sessioni; a S. Rodotà, Presidente del Garante, è stato affidato l'intervento finale di sintesi sui lavori della Conferenza.

[44] Egli fu, il primo Presidente di quella che amava affettuosamente denominare, quasi si trattasse di una creatura, la "giovane istituzione", cioè, per l'appunto, l'Autorità Garante per la protezione dati personali, dal 17 marzo 1997 al 18 aprile 2005. S.RODOTA', Discorso come Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (relazione 2004), del 9 febbraio 2005, in GPDP, 9 febbraio 2005, doc-web 1093776.

[45] Così G. NAPOLITANO, Funzione di garante privacy una delle cose più bella della sua vita, in Corriere TV, 24 giugno 2017.

[46] S. CASSESE, Il ruolo attivo di un grande studioso. "La politica delle libertà" per cui Rodotà si è impegnato, Corriere della Sera, 25 giugno 2017, 28.

"Consapevole del fatto che non basta garantire le libertà della Costituzione, Rodotà verrà ricordato come un combattente sul fronte dei diritti, la cui voce non era diretta solo al mondo dei giuristi (un mondo nel quale occupava un ruolo di primo piano), ma al più vasto mondo della società civile, sensibile alla tutela e al progresso dei diritti sociali e delle libertà".

ISSN 2036-7821

al di là della storica definizione del diritto "ad essere lasciato solo"[47], con la messa a fuoco di due autonomi profili: "riservatezza" ed "identità personale", da un lato, e tutela dei "dati personali", dall'altro. Da qui il superamento di quella miopia culturale che vedeva nella riservatezza un privilegio riconosciuto a gruppi ristretti di persone a favore di una considerazione quale "affare di tutti" involgendo il destino della nostra società presente e, soprattutto, futura.

Insomma, una concezione universale ed universalizzante della privacy, quale "muscolatura" nell'attuale società dell'information and communication technologies (ICT) degli stessi diritti fondamentali della persona.[48]

Nel discorso tenuto alla sessione conclusiva, dedicata al tema "un mondo una privacy", della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati svoltasi a Parigi dal 24 al 26 settembre 2001,[49] dirà che v'è bisogno di uniformità, dunque certezza del diritto, espresso sia dai singoli che dalle imprese; l'identità personale, diventando elettronica , assume una dimensione planetaria.

La l.n. 675/1996, in recepimento della direttiva europea 95/46 CE, "tutela della persona e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" ha dato sistemazione normativa alla riservatezza e all'identità personale, che mancava di una disciplina organica.

Questi diritti sono stati inquadrati nella categoria dei diritti "della personalità" e la loro esistenza è stata desunta dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.[50]

Il dato personale è considerato dalla legge come un bene delle persone , la cui disponibilità, al pari di tutti i beni di questo genere, è sia limitata dal punto di vista sostanziale sia soggetta a regole procedurali.

Ebbene, come già detto nei capitoli precedenti, la trasparenza identifica una relazione tra amministratori ed amministrati, e proprio nell'ambito di questa relazione, non è

[47] S. RODOTA', Tecnologie e diritti, Bologna, 1995, 23 e ss.

[48] In tale prospettiva può essere considerata la propenzione di Rodotà a mantenere la propria attenzione sui diritti fondamentali, al di là della privacy, S. RODOTA', Il diritto di avere diritti, Laterza, 2013.

[49] S. RODOTA', Uno statuto giuridico globale della persona elettronica, in www.interlex.it , 11 ottobre 2001.

[50] 50 Riconosciuta come diritto fondamentale dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la protezione dei dati personali vedrà confermata e rafforzata questa sua natura dal futuro Trattato costituzionale dell'Unione Europea. Discorso del Presidente S. Rodotà, relazione 2002, Roma, 20 maggio 2003. Per un approfondimento: AA.VV., Codice della disciplina privacy, a cura di L. BOLOGNINI, E. PELINO, Milano, 2019, 97 e ss.; F.PIZZETTI (a cura di), Protezione dei dati personali tra GDPR e codice novellato, Torino, 2021; F.CARDARELLI, Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico: i soggetti ed i rapporti tra le fonti, in AA.VV., Il codice dei dati personali. Temi e problemi, a cura di CARDARELLI, SICA, ZENO ZENCOVICH, Milano, 2004, 229 e ss.; F.CARDARELLI, (commento) Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, in AA.VV., Codice della privacy e data protection, a cura di R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Giuffrè, Milano, 2021, p.1011 e ss.

ISSN 2036-7821

da sottovalutare il nodo della riservatezza, ossia il diritto di non intrusione che ciascuno esercita nell'ambito della propria sfera personale ed oggettiva.
Ne emerge un complesso rapporto che intercorre tra la disciplina dettata dal legislatore in materia di trasparenza dell'attività amministrativa, di cui l'istituto dell'accesso agli atti costituisce la principale applicazione e la normativa in materia di tutela dei dati personali (legge sulla privacy). Ma di questo si parlerà nel prossimo paragrafo.

6. Rapporto tra diritto d'accesso e tutela privacy.
La problematica relativa al bilanciamento tra diritto d'accesso agli atti amministrativi e diritto alla riservatezza ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento in età relativamente recente.
Più precisamente, se ne può far risalire la nascita all'art. 24, co.2, lett. d, l.n. 241/1990 , come formulato in origine , che inseriva la riservatezza di terzi, persone , gruppi ed imprese, tra le altre che l'esecutivo era chiamato a salvaguardare, tolto il caso in cui la stessa fosse d'intralcio alla cura o alla difesa d'interessi giuridici.
E' necessario ricordare, a questo proposito, come la l.n. 241/1990 si prefigesse il fine di ribaltare il rapporto tra segretezza e pubblicità dell'azione amministrativa, consentendo al privato di partecipare attivamente al procedimento amministrativo e di contribuire a promuovere e ad assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa . Tutto ciò è stato realizzato mediante la partecipazione del privato al procedimento ed il diritto d'accesso ai documenti posseduti dall'amministrazione.
Ebbene, considerata la chiarezza della norma, essa non ha dato particolari grattacapi alla prassi amministrativa, stante la circostanza che il regolamento di attuazione è stato emanato solo due anni dopo con il d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352[51] e che i casi di contrasto tra diritto d'accesso e privacy non hanno avuto una frequenza elevata.
Ci si è limitati a considerare, infatti, che la formulazione dell'art. 24 l.n. 241/1990, laddove garantisce la visione degli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere interessi giuridici, sembra risolvere il problema a vantaggio del diritto d'accesso in caso di conflitto con le esigenze di riservatezza, configurando quest'ultimo come un limite tassativo.
A sollevare prepotentemente la questione è stata la l.n. 675/1996 che all'art. 43, co. 2, ha previsto che restassero ferme, in quanto compatibili, le norme in materia d'accesso ai documenti amministrativi.

[51] 51 d.P.R., 27 giugno 1992, n. 352 " Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, co.2, l.n. 241/1990, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti amministrativi", in Gazzetta Ufficiale, 29 luglio 1992, n. 177. Le previsioni in esso contenute sono state poi portate direttamente nel testo della legge con la riforma attuata con la legge 11 febbraio 2005 n. 15.

ISSN 2036-7821

Quindi, l'art. 24, co. 2, lett. d) , non conteneva alcun criterio per risolvere il conflitto tra i due diritti, mentre il rinvio implicito ad esso effettuato dall'art. 43, co.2, impone di contemperare il diritto d'accesso, nella stessa legge configurato, con la vecchia esigenza di tutela della riservatezza , adesso elevata al rango di vero e proprio diritto soggettivo dalla l.n. 675/1996: il nuovo diritto alla privacy.
Il quadro normativo così aggiornato vede il contestuale operare di principi alquanto diversi e, quindi, due differenti modi di tutela; il primo contenuto nella l.n. 675/1996 che offre una protezione generalizzata della riservatezza, il secondo di carattere eccezionale nella l.n. 241/ 1990, che consente il superamento del diritto alla privacy di fronte al diritto di difesa, mentre la l.n. 675/1996 stabilisce una graduazione dei livelli di tutela da una soglia minima inerente i dati personali ad una soglia massima di inaccessibilità inerente i cd. dati sensibili.
Come interpretare ora l'art.24, co.2, lett. d) davanti alle differenti ipotesi che un documento contenga dati personali o dati sensibili? Per quanto riguarda i primi, l'art. 27, co.3, della l.n. 675/1996 stabiliva che i dati personali potessero essere comunicati e diffusi da parte di soggetti pubblici a privati o a enti pubblici economici soltanto nell'ipotesi previste da norme di legge o di regolamento. E' stato, a proposito, osservato[52] che, sulla base di questa riserva di legge, nell'area dei dati personali non ritenuti sensibili avrebbero dovuto continuare ad essere operativi i principi di accesso definiti dalla l.n. 241/1990 e dal d.P.R. 352/1992, e questo perché tali principi ben potevano rientrare in tale riserva, essendo contenuti proprio all'interno di norme rispettivamente di rango primario e secondario.
Questa interpretazione ha avuto come conseguenza che l'eccezione contenuta nell'art. 27 della l.n. 675/1996 è divenuta la regola in materia d'accesso agli atti in virtù del fatto che è una legge a stabilire che tutti gli atti sono conoscibili salvo eccezioni e che in difetto di un'espressa sottrazione di particolari categorie se ne deve consentire la conoscibilità da parte di soggetti privati.
Va comunque sottolineato come un'eventuale sottrazione di tipologie di documenti da parte di singole amministrazioni sarebbe destinata a non avere comunque effetti a fronte di una richiesta d'accesso per esigenze di tutela giuridica dato che una norma secondaria, come un regolamento, soccomberebbe dinanzi alla fonte primaria dell'art.24, l.n. 241/1990. Discorso diverso merita il caso dei cd. dati sensibili e supersensibili. Ma di questo se ne parlerà nel prossimo paragrafo.
Merita una considerazione particolare la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n.19 del 2020,[53] che è chiamata ad affrontare una problematica, tra le più attuali, oggetto di

[52] R.FERRARA, Premesse ad uno studio sulle banche della Pubblica Amministrazione: fra le regole della concorrenza e tutela della persona, in AIDA, Annali italiani del diritto di autori, della cultura e dello spettacolo, 1997, vol. 6, pagg. 271-294, parte 1.
[53] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020 n. 19, R. DONATI, I documenti dell'anagrafe tributaria sono documenti amministrativi ai fini dell'accesso difensivo degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990!,in

ISSN 2036-7821

dibattito giurisprudenziale e inerente l'applicazione della disciplina del diritto d'accesso amministrativo: quella che attiene al rapporto tra accesso (difensivo) e diritto alla riservatezza.
Quanto alla riservatezza, la legge, e, di riflesso, l'interpretazione del giudice amministrativo, identifica tre livelli di tutela.
Il livello di protezione più elevato riguarda i dati cd. supersensibili (stato di salute e vita sessuale).
Il Consiglio di Stato, sez.V, 28 settembre 2010, n. 7166,[54] sul punto ha confermato la giurisprudenza dei TAR, ritenendo ostensibili anche dati supersensibili, se coinvolgono un diritto della personalità ritenendolo di rango pari alla tutela del diritto alla riservatezza.
Di poco inferiore è la protezione che riguarda i dati sensibili (idonei cioè a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, politiche o l'appartenenza a organizzazioni o associazioni di tal genere).
In tali ipotesi l'accesso è consentito nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile", per curare o difendere i propri interessi giuridici.
Infine, al terzo livello di intensità, si pone la protezione di dati comuni. Per l'accesso a questi ultimi la legge richiede che la conoscenza sia "necessaria" per la difesa dei propri interessi.
Sull'equilibrio, tutt'altro che scontato, tra esercizio del diritto d'accesso e tutela della riservatezza, i giudici hanno avuto modo di affrontare casi tra di loro molto diversi.
La regola generale ai fini dell'esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi è che le esigenze di tutela della segretezza e riservatezza previste dalla l.n. 241/1990, sono recessive rispetto al diritto d'accesso difensivo disciplinato dall'art.24, co. 7, della l.n. 241/1990, ma non in modo assoluto.
In questa materia esistono, infatti, due indirizzi ermeneutici contrastanti che propongono soluzioni diametralmente opposte, in ragione del diverso rilievo (complementare o prevalente) riconosciuto agli strumenti di acquisizione documentale probatoria previsti dall'ordinamento processualcivilistico.
Nel novero delle pronunce che affrontano tale tematica, s'inserisce, appunto, l'interessante pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 19/2020,[55] la cui decisione, anche se inserita nella consolidata giurisprudenza ampliativa con riguardo ai soggetti

www.giurisprudenzaappalti.it, 25 settembre 2020. Sentenze "storiche" quelle odierne dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Perché le sentenze sono tre: Adunanza Plenaria 19/2020, Adunanza Plenaria 20/2020, Adunanza Plenaria 21/2020. Sentenze che , sebbene prendano le mosse da una vicenda legata al diritto di famiglia, fissano in maniera puntuale i principi dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, estendendoli anche ai documenti dell'anagrafe tributaria.

[54] Cons. di Stato, Sez. V, 28 settembre 2010, n. 7166, D. COMITO, Accesso difensivo: per il Consiglio di Stato non è sufficiente il generico riferimento alle esigenze probatorie e difensive, in www.salvisjuribus, 14 aprile 2021.

[55] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19, sopra citata.

ISSN 2036-7821

tenuti a garantire l'ostensione dei documenti amministrativi[56], ad un più attento esame, offre l'occasione per alcune riflessioni sui confini dell'accesso difensivo nell'ambito speciale di rapporti tra la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo con particolare riferimento a procedimenti in materia di famiglia (art. 492 bis, cod. proc. civ. e art. 155 sexies, disp. att. cod. proc. civ.).

La disamina operata dal Supremo Consesso si conclude, quindi, sancendo , ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., con i seguenti principi di diritto:

1) le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti dagli uffici dell'amministrazione primaria, contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi dell'art. 22 ss., l.n. 241/1990;

2) l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio di poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile e ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.;

3) l'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio di poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies, disp. att. cod. proc. civ. e 492 bis, cod. proc. civ. nonchè, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio di poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia;

4) l'accesso difensivo ai documenti contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti all'anagrafe tributaria, ivi compreso l'ambito dei rapporti finanziari può essere esercitato mediante estrazione di copia.

La vicenda trae origine da un ricorso avverso il diniego opposto da una Direzione Provinciale dell'Agenzia delle Entrate ad una richiesta d'accesso agli atti formulata in pendenza di un giudizio di separazione giudiziale volta ad accedere ed estrarre copia della documentazione fiscale, reddituale e patrimoniale dei coniugi, conservata all'anagrafe tributaria. Nella specie, la richiesta riguardava l'accesso alle comunicazioni inviate dagli operatori finanziari all'anagrafe tributaria e conservate nella sezione archivio dei rapporti finanziari.

Il TAR accoglieva il ricorso, rilevando che in pendenza di separazioni o di divorzio l'accesso alla documentazione fiscale, reddituale, patrimoniale e finanziaria dell'altro coniuge doveva ritenersi "oggettivamente utile" al perseguimento del fine di tutela e

[56] Ex multis, Cons. di Stato, 22 aprile 1999, n. 4, in www.fiscooggi.it, 27 settembre 2006.

ISSN 2036-7821

ordinando, di conseguenza, all'amministrazione resistente di esibire la documentazione richiesta consentendo di estrarne copia.

Avverso tale sentenza l'amministrazione soccombente promuove appello fondato su un unico motivo, con il quale censurare l'erroneità dell'impugnata sentenza nella parte in cui aveva ritenuto accessibile i dati dell'anagrafe tributaria , ivi compresi quelli contenuti nella sezione archivio dei rapporti finanziari, senza l'autorizzazione del giudice della causa principale, ai sensi dell'articolo 492 bis, cod. proc. civ., avendo il TAR omesso di considerare il rapporto di specialità intercorrente tra la normativa contenuta negli artt. 492 bis, cod.proc.civ. e 155 sexies disp. att. cod. proc. civ. e la disciplina dell'accesso documentale di cui alla l.n. 241/1990, ostativo all'applicazione di quest'ultima disciplina , e dovendo l'indispensabilità del documento ai fini della tutela giurisdizionale essere intesa, anche come impossibilità di acquisire il documento attraverso le forme processuali tipiche già previste dall'ordinamento.

Pertanto, la sezione IV del Consiglio di Stato, con ordinanza 890/ 2020, ha rimesso gli atti all'Adunanza Plenaria, che, ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., ha disposto quanto detto prima.

Al fine di evidenziare in maniera diretta il senso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene chiesto l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale , fa da tramite, l'esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art.25, co.2, l.n. 241/1990, ai sensi del quale la richiesta d'accesso deve essere documentata.

La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad esempio: corrispondenza, diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e fatti oggetto di prove, ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrice del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa.

In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite ad un processo già pendente o ancora da instaurare.

Relativamente al rapporto tra diritto d'accesso difensivo ed i metodi di acquisizione probatoria previsti da disposizioni del codice di procedura civile, la sentenza sottolinea il fatto che si deve desumere il senso della complementarietà tra i due istituti, anziché nel senso della loro reciproca esclusione.

Deve, pertanto, escludersi, ha puntualizzato la Plenaria, che la previsione, negli artt. 210, 211 e 213 c.p.a., di strumenti di esibizione istruttoria aventi ad oggetto documenti detenuti dalla pubblica amministrazione possa includere l'esercizio

ISSN 2036-7821

dell'accesso documentale difensivo secondo la disciplina di cui alla l.n. 241/1990, né prima né in pendenza del processo civile.

In sostanza, ai fini del bilanciamento tra diritto d'accesso difensivo (preordinato all'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale in senso lato) e tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica), secondo la previsione dell'art.24, co. 7, l.n. 241/1990, non trova applicazione il criterio della stretta indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso difensivo.

Infatti, l'art.5, co. 1, lettera a) e d), d.m. 29 ottobre 1996, n. 603[57], emanato dal Ministro delle Finanze, ai sensi dei cc. 2 e 4 dell'art.24 l.n. 241/1990 nella versione anteriore alla sua sostituzione ad opera dell'art.16, l.n. 15/2005, nell'individuazione dei documenti inaccessibili per motivi attinenti alla riservatezza, esclude dall'accesso documentale la "documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica e attività amministrativa", nonché "gli atti e documenti allegati alla dichiarazione tributaria", garantendo tuttavia "la visione" nei casi in cui la relativa "conoscenza sia necessaria per la cura e difesa degli interessi giuridicamente rilevanti proprio di coloro che ne fanno motivata richiesta", pertanto in aderenza alla previsione della norma disciplinante l'accesso difensivo, dapprima contenuta nell'art.24, co. 2, lett. d) l.n. 241/1990 ed oggi nel co. 7, dell'art.24 come sostituito dall'art.16, l.n. 15/2005.

La previsione, nell'ordinamento processualcivilistico, di strumenti di esibizione istruttoria di documenti (anche) amministrativi ai sensi degli artt. 210, 211, 213 cod. proc. amm., nonché, nell'ambito dei procedimenti di famiglia, dello strumento di acquisizione di documenti, contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari dell'anagrafe tributaria di cui agli artt. 155 sexies, disp. att. c.p.c. e 492 bis, c.p.c., ivi compresi i documenti conservati nell'archivio dei rapporti finanziari, non esclude l'esperibilità dell'accesso documentale difensivo.

A questo proposito, più recentemente, in materia d'accesso difensivo, l'Adunanza Plenaria n. 4 2021[58], affronta la questione sottesa al tipo di valutazione che deve investire il collegamento tra esigenze di ottenere l'ostensione del documento ed esigenze difensive dell'istante.

[57] Decreto Ministero delle Finanze, 29 ottobre 1996, n. 603, Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto d'accesso in attuazione dell'art. 24, co.4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante: "Nuove norme in materia d'accesso al procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi" in Gazzetta ufficiale, Serie Generale, n. 278 del 27/11/1996.

[58] Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza, 18 marzo 2021, n.4, in https://dait.interno.gov.it.

ISSN 2036-7821

Più nel dettaglio, l'ordinanza di rimessione della Sez. IV del Consiglio di Stato, n. 7514/2020,[59] poneva la questione in questi termini: se fosse sufficiente indicare il collegamento in modo generico, o, se l'istante dovesse allegare in modo puntuale, i motivi a fondamento della necessarietà o indispensabilità della richiesta.
La Plenaria 19/2020 aveva già toccato il tema, affermando che l'accesso documentale supera i limiti che la legge prevede per il partecipativo,[60] ma che questa attitudine espansiva debba controbilanciarsi con un più gravoso onere per la parte che intende incorrervi e, cioè, l'indicazione in maniera puntuale del collegamento fra il documento del quale si chiede l'ostesione e le proprie esigenze difensive.
A questo orientamento si contrapponeva quello che individuava in capo alla P.A. un potere valutativo solo generico sul collegamento addotto nell'istanza di ostensione; insomma, chiedere di specificare in modo puntuale i motivi dell'istanza d'accesso, varrebbe a menomare il diritto di difesa dell'istante.
Il contributo interpretativo è stato risolto dall'Adunanza Plenaria n. 4/2021che aderisce al primo degli orientamenti, come accolto già dalla Plenaria n. 19/2020.[61]
Ai fini, poi, del bilanciamento tra il diritto d'accesso difensivo, preordinato all'esercizio della tutela giurisdizionale, in senso lato, e la tutela alla riservatezza, secondo la previsione dell'art. 24, co.7, della l.n. 241/1990, per l'Adunanza Plenaria non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenendosi dal legislatore

[59] Cons. di Stato Sez. IV, ordinanza, 30 novembre 2020, n. 7514, in www.ratioiuris.it, 30 marzo 2021.

[60] Sulla nozione di partecipazione si veda G. TERRACCIANO, La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione, in Amministrativ@mente, 7-9, 2015, p.6, il quale, dopo aver messo in rilievo "come la trasparenza sia evidentemente prodromica alla partecipazione al procedimento amministrativo di formazione degli atti e provvedimenti amministrativi, ed, ancor più rilevante è la finalità complessiva che tutto detto strumentario dovrebbe perseguire: la partecipazione della collettività alla formazione della volontà amministrativa. In altri termini dovrebbe finalmente passarsi dalla partecipazione "all'esercizio" della funzione pubblica, alla partecipazione "alla determinazione" della funzione pubblica".

[61] Cons. di Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4, sopra citata; si afferma il seguente principio di diritto: " in materia d'accesso difensivo ai sensi dell'art.24, co.7, l. n. 241/1990, si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza d'accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare; la pubblica amministrazione detentrice del documento o il giudice amministrativo adito nel giudizio d'accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio d'accesso, salvo il caso di un evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241/1990".

ISSN 2036-7821

tendenzialmente la prevalenza della riservatezza sulla tutela, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali nell'accesso documentale di tipo difensivo.
Ed allora, infine, solo attraverso l'esame della motivazione che la P.A. ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso, è possibile comprendere se il collegamento, tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, esiste effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento dei valori in gioco.[62]

7. Diritto d'accesso e tutela della privacy in materia sanitaria.
Dopo aver approfondito il tema del rapporto tra diritto d'accesso e privacy, un'attenzione particolare bisogna rivolgerla alla protezione dei dati personali e "sensibili" degli utenti che usufruiscono dei servizi di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione in ambito sanitario.
La necessità di proteggere i loro dati e renderli consapevoli della tutela della propria privacy come tutela dello stesso diritto alla libertà di cura e di salute, ha innescato un processo culturale di cambiamento negli atteggiamenti e nei comportamenti degli operatori sanitari e nell'organizzazione stessa dell'erogazione dei servizi che ha determinato un nuovo corso virtuoso del modo di erogare sanità.
Oggi, la P.A. è inesorabilmente indirizzata verso l'informatizzazione dei suoi servizi ed, in particolare, le strutture del servizio sanitario nazionale sono legate sempre più all'evoluzione della telemedicina e della sanità elettronica: si pensi al fascicolo sanitario elettronico del cittadino (FSE), alla certificazione on-line di malattia e alla ricetta elettronica.
Le opportunità offerte dalla sanità elettronica e dai suoi strumenti e applicazioni sono molti: tutti i cittadini possono mettere le proprie informazioni personali a disposizione di tutti gli operatori sanitari di loro scelta e beneficiare di prestazioni.
A fronte delle tante opportunità vi sono molti rischi per la protezione e sicurezza dei dati.

[62] A. SIMONATI, Gli accessi "a contenuto generale" e la trasparenza amministrativa, in V. PARISIO (a cura di), I diritti d'accesso davanti al giudice amministrativo, in Il diritto dell'economia, 31 marzo 2022, n. 107 (1-2022). Per un approfondimento si veda anche Cons. di Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2022, n. 1387, in www.giustiziaamministrativa.it, ove si chiarisce che l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si esercita il diritto d'accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio, C. COLAPIETRO, Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla "privacy": la disciplina delle diverse forme d'accesso e obblighi di pubblicazione, in federalismi.it, n. 14, 13 maggio 2020, 64 e ss.; A. SIMONATI, M. CALABRO', Le modalità di esercizio del diritto d'accesso e la relativa tutela, in M.A. SANDULLI (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2017, 1320 e ss.; C. PAGLIAROLI, Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza Plenaria n.4/2021, V. PARISIO (a cura di), I diritti d'accesso davanti al giudice amministrativo, in Il diritto dell'economia, 2022, 1, 2019 e ss.

ISSN 2036-7821

In questo delicato contesto la protezione dei dati deve assumere un ruolo guida nella definizione di standards e regole di comportamento, oltre ad essere scelta come indicatore essenziale della qualità dei servizi sanitari e del livello di soddisfazione degli utenti.

Ebbene, la l.n. 675/1995, di recepimento della direttiva europea 95/46 CE, ha avuto il merito di aver elevato la tutela dei dati personali a principio dell'attività amministrativa al pari della pubblicità[63] e di aver introdotto la categoria dei "dati sensibili" per i quali è prevista una tutela rafforzata.

Sono "dati personali" le informazioni che identificano o rendono identificabili, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni, il suo stato di salute, la sua situazione economica, ecc….

Una delle categorie più delicate rientrante all'interno della nozione di dato personale, spesso protagonista del contrasto tra diritto d'accesso e privacy, è quella dei "dati sensibili" , cioè quelli che rivelano l'origine razziale o etnica , le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, relativi alla salute o alla vita sessuale.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati n. 679/2016, (G.D.P.R.), all'art. 9, ha incluso anche i dati genetici, i dati biometrici e quelli relativi all'orientamento sessuale. In particolare i dati relativi alla salute ed alla vita sessuale sono detti anche "supersensibili", in quanto sono gli unici per i quali non sussiste alcuna esenzione che ne consenta l'uso in assenza di un consenso.

La ratio di tale tutela rafforzata risiede nella considerazione che si tratta di dati riguardanti gli aspetti più intimi della vita di un individuo.

Figura preposta ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché il rispetto della dignità dell'individuo in caso di contrasto tra diritto d'accesso e privacy è il Garante per la protezione dei dati personali, noto anche come Garante della privacy, al quale l'interessato può rivolgersi con tre tipologie di strumenti: reclamo, segnalazione, ricorso.[64]

I dati inerenti la salute sono informazioni assai peculiari che, avendo ad oggetto gli aspetti più intimi della persona e, quindi, in grado di incidere sulla sua dignità e sul suo diritto alla riservatezza, necessitano di una particolare tutela sotto il profilo giuridico.

Essi costituiscono il "nucleo duro" tra i dati personali, sia per la delicatezza che li contraddistinguono, sia per il concreto pericolo di una loro utilizzazione a fini discriminatori.

---

[63] Art. 22, co.3, l. n. 675/1995.

[64] Per un approfondimento sull'Autorità di controllo indipendenti, F. CARDARELLI (commento), Autorità di controllo indipendenti, in AA.VV., Codice della privacy e data protection, a cura di R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Giuffrè, 2021, p. 693 e ss.

ISSN 2036-7821

E' quindi motivata una disciplina giuridica più severa attraverso ampie limitazioni ed un rigido assoggettamento delle raccolte delle informazioni sanitarie e la loro comunicazione.

Il Regolamento UE n. 679/2016, G.D.P.R., che va ad integrare la normativa nazionale del Codice privacy 2003,[65] pur non avendo stravolto la disciplina della protezione dei dati personali in ambito sanitario, ha tuttavia dettato alcune significative innovazioni.

La necessità della sua emanazione è derivata dalla progressiva evoluzione del concetto di privacy alla luce dei continui mutamenti indotti dal processo tecnologico ed informatico.[66] Pertanto è chiaro che , in una materia delicata com'è quella del trattamento dei dati sanitari , il legislatore europeo abbia dedicato particolare attenzione alla salvaguardia del diritto alla tutela dei dati personali, che è stato elevato a diritto fondamentale di ciascun individuo.

In Italia, il 10 agosto 2018, è stato approvato il decreto legislativo n. 101/2018[67] che, entrato in vigore, non ha abrogato il "vecchio" Codice della privacy (d.lgs. 196/2003), limitandosi a modificarlo per armonizzare le normative nazionali alle nuove disposizioni europee[68].

---

[65] Codice per la protezione dei dati personali, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, aggiornato da ultimo, con le modifiche apportate dal d.lgs. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito con modificazione, dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205, Codice protezione dati personali, G.D.P.R., consolidato dicembre 2021, in www.certifico.com/id/6745, 10 febbraio 2022.

[66] Così F. PIZZETTI, Presidente garante per la privacy, dal 18 aprile 2005 al giugno 2012, all'annuale Conferenza di primavera, di Edimburgo, delle Autorità europee per la protezione dei dati, il 23 aprile 2009: " lo scenario nel quale opera la direttiva europea sulla protezione dei dati è in questi anni profondamente cambiato e questo ha posto, pone e porrà problemi complessi di ridefinizione del significato della protezione dei dati, del tipo di regole di cui abbiamo bisogno, del ruolo che devono svolgere le Autorità per la privacy", in GPDP, 22 aprile 2009, doc-web 1607056.

[67] D. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, 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 C.E. (regolamento generale sulla protezione dei dati). (18G0029) in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 205, 4 settembre 2018.

Il testo del d.lgs. n. 196/2003 (Codice privacy) è stato ulteriormente coordinato e aggiornato dalla l. n. 205/2021, in www.infoparlamentari.it, 8 dicembre 2021: legge 3 dicembre 2021, n. 205-testo coordinato- conversione in legge, con modificazione del decreto legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubblica amministrazione e in materia di protezione di dati personali. (Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 291 del 7 dicembre 2021).

[68] Come è noto il G.D.P.R., che è un Regolamento e non una Direttiva UE, si applica direttamente negli Stati membri dell'Unione Europea, i quali sono intervenuti con atti normativi interni solo per abrogare eventuali norme nazionali in contrasto con la nuova disciplina ed integrare alcuni aspetti che sono stati lasciati alla discrezionalità del legislatore statale. Per un approfondimento sul tema: B. CONFORTI, M. IOVANE, Diritto internazionale, XII edizione, 2021, Editoriale Scientifica; R. ADAM – A. TIZZANO, Lineamenti del diritto dell'Unione europea, Giappichelli, marzo 2022.

ISSN 2036-7821

Il G.D.P.R. obbliga a garantire la privacy sui dati sensibili e, al tempo stesso, prevede la possibilità di usarli per un superiore interesse pubblico, ad esempio per l'analisi di determinate patologie e la scoperta di nuove cure.[69]
E', allora, necessario trovare un bilanciamento tra interesse pubblico e privato, quindi tra diritto d'accesso e riservatezza, sui dai "sensibili", intervenendo sul dato in modo da introdurre un quadro più flessibile di tutele, che non sacrifichi questo valore d'interesse collettivo del dato, difficile da "estrarre" in un quadro rigido di tutele come quello a cui siamo stati abituati in passato.
A questo fine gli artt. 24 e 25 del nuovo Regolamento U.E., in materia di protezione dei dati personali, prevedono che il titolare del trattamento, ossia il soggetto che ne determina i mezzi e le finalità, mette in atto misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire, sin dalla fase della progettazione (by design) queste tutele alla persona, offrendo al tempo stesso alla collettività un insieme d'informazioni "residuali", a valle della tutela, per così dire, che possono essere utili a finalità d'interesse collettivo.
Tale approccio porta al principio innovativo secondo cui non è più soltanto necessario "difendere" la persona dal trattamento dei dati che la riguardano, ma si possono integrare le tutele nel trattamento stesso.
Affinchè ciò sia possibile occorre intervenire sui dati privandoli di alcune componenti identificative mediante l'utilizzo di tecniche di pseudonimizzazione, procedimento che comporta la possibile attribuzione di determinate qualità ad un interessato specifico solo attraverso l'utilizzo di informazioni con l'impiego di chiavi crittografiche, di cui il titolare del trattamento dovrà rispettare pienamente i principi della disciplina privacy vigente.
Distinta, poi, dalla pseudonimizzazione è la minimizzazione, che consiste nella raccolta dei soli dati pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati.
Grazie allo sviluppo di queste tecniche ed altre ancora, delle quali non entriamo nei dettagli in questa sede, che hanno ridotto significativamente il rischio per la privacy

[69] Tra le maggiori novità introdotte dal Regolamento n. 679/2016 c'è l'obbligo di tenere i registri delle attività di trattamento, deputati a contenere tutte le informazioni relative ai trattamenti di dati personali svolti dai Titolari o, per loro conto, dai Responsabili del trattamento. La tenuta del registro dei trattamenti è prevista dall'art. 30 del Regolamento n. 679/2016 ed è considerata indice di una corretta gestione dei trattamenti. Essa costituisce uno dei principali elementi di accountability del Titolare, in quanto è utile per una completa ricognizione e valutazione dei trattamenti svolti, e quindi finalizzato anche all'analisi del rischio e ad una corretta pianificazione dei trattamenti. Altra novità di rilievo è l'introduzione del Responsabile per la protezione dei dati (R.D.P. o D.P.O.), previsto dall'art. 37 del Regolamento UE n. 679/2016. Si tratta di un esperto che ha il compito di supervisionare ed agevolare l'osservanza della disciplina sulla protezione dei dati personali. La sua nomina è obbligatoria per tutte le aziende sanitarie pubbliche appartenenti al servizio sanitario nazionale e per la strutture private che effettuano il trattamento dei dati personali su larga scala; non è invece obbligatoria per i singoli professionisti sanitari che operano in regime di libera professione a titolo individuale, in G.P.D.P., Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, normativa e provvedimenti.

ISSN 2036-7821

degli interessati, abbiamo assistito negli ultimissimi anni al moltiplicarsi di servizi che impiegano i dati per fini di utilità sociale.
Ad esempio, nel settore medico si parla di "digital health" per riferirsi a quelle tecnologie che si propongono di contribuire al miglioramento della salute delle persone grazie all'uso di dati anonimatizzati.
Alcune ricerche dimostrano che, in un paese come gli Stati Uniti, considerando solo 4 patologie, ossia il diabete , riabilitazione cardiaca, riabilitazione polmonare, asma, si potrebbero prevenire crisi acute in molti casi ed evitare il ricorso a cure d' emergenza permettendo lo sviluppo di cure più efficaci, consentendo di risparmiare sulla sanità pubblica.[70] Un esempio concreto viene dalla Francia, dove l'art 193 della l. n. 41 del 26 gennaio 2016, sulla modernizzazione del sistema sanitario ha esteso e regolamentato l'utilizzo di tutte le banche dati pubbliche per progetti di ricerca volti al perseguimento di un interesse pubblico.[71] Per garantire la privacy degli interessati sono stati utilizzate tecniche di anonimizzazione.
Dall'approvazione di questa legge[72], molti sono stati i progetti di ricerca proposti in Francia e, in alcuni casi già portati a termine.
Alcuni hanno riguardato l'efficacia e il confronto fra diversi medicinali o le correlazioni fra determinate patologie o l'uso di farmaci o vaccini.
Questi benefici "sociali" non sono prerogativa del solo campo medico.
Vi sono già molti esempi d'impieghi di dati anonimizzati per promuovere politiche di efficienza energetica, l'imparzialità dei test di ammissione all'istruzione superiore, nonché le politiche governative in tema di mercato e di lavoro.
Si tratta di esempi significativi di come l'applicazione della privacy (by design) ai trattamenti di dati possa garantire risultati importanti per la ricerca e per lo sviluppo di nuove tecnologie in grado di migliorare la vita delle persone.
Ritornando al Regolamento europeo n. 679/2016 si attesta che instaura un doppio sistema di tutela, basato sulla massima accessibilità e fruibilità dei dati personali ed una tutela rafforzata per quelli "sensibili".
Infatti l'art. 9 del Regolamento UE è dedicato proprio al trattamento dei dati sensibili per conseguire un sistema, già in parte previsto dall'art 8 della direttiva 46/95 CE, la cui regola generale è il divieto, attenuato da una serie d'eccezioni.
Sotto questo profilo, l'ordinamento italiano ha predisposto un sistema di limiti e divieti che offre agli interessati garanzie addirittura maggiori rispetto al dettame

[70] "The Growing Valve of digital health-Evidence and impact on human health and health care system", www.healthcare.digitalsingle-post2017/2018/thegrowing-value-of-digital-health-in-the-uk, novembre 2017.
[71] La legge sulla modernizzazione del sistema sanitario francese, n. 41/2016, chiamata anche "legge sanitaria", è una legge organizzata lungo tre assi: 1) promuovere la prevenzione, 2) facilitare l'accesso alle cure, 3) consolidare il sistema sanitario, in https://it.frwiki.wiki.
[72] "La Sniiram puor le Recherche en Sante", www.rennes-donnes-sante-2017.fr/

ISSN 2036-7821

europeo[73], come dimostra la previsione per cui il trattamento dei dati sensibili è subordinato non solo al consenso dell'interessato, bensì anche alle previe autorizzazioni del Garante della privacy.

A questo proposito voglio ricordare quanto ha detto il Presidente Antonello Soro, nella relazione del 2019[74]…."la traslazione, mai così totalizzante della nostra esistenza individuale e collettiva nella dimensione immateriale del web espone ciascuno di noi, in primo luogo attraverso i propri dati, alle sottili ma pervasive minacce di una realtà, quella digitale, tanto straordinaria quanto poco presidiata….

….la devoluzione alla dimensione immateriale di pressocchè tutte le nostre attività non è un processo neutro, ma comporta, se non assistito da adeguate garanzie, l'esposizione ad inattese vulnerabilità in termini non solo di sicurezza informatica ma anche di soggezione ed ingerenze e controlli spesso più insidiosi perché meno percettibili di quelli tradizionali….

….l'emergenza sanitaria ha evidenziato la necessità del ricorso alla tecnologia in funzione ausiliaria alla scienza e la corrispettiva esigenza di valorizzare il digitale quale spazio immateriale in cui ritrovarsi….

….e la protezione dati, regolando le condizioni per la circolazione di ciò che, come il dato, rappresenta l'elemento costitutivo del digitale, in questo scenario si è rivelato un presupposto ineludibile di ogni possibile equilibrio tra l'uomo e la tecnica, la libertà e il determinismo algoritmico….

…. la duttilità del diritto, la sua capacità di adeguarsi al contesto riconoscendo gli adattamenti necessari e proporzionati alle specifiche esigenze , pur senza intaccare il "nucleo duro" , dei diritti fondamentali è la più grande forza della democrazia.

Qualche pronuncia giurisprudenziale.[75]

---

[73] Il regolamento UE, all'art.10, precisa che gli Stati membri possono istituire sistema di tutela e garanzia più stringenti, affermando che "il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisce le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore decisione le condizioni alle quali il trattamento dei dati personali è lecito" in www.agendadigitale.eu, G.D.P.R., Tutto ciò che c'è da sapere per essere in regola, 21 gennaio 2022.

[74] Vedi relazione annuale 2019, Protezione dati, emergenza, democrazia, discorso del Presidente Antonello Soro, Roma, 23 giugno 2020, in www.astrid-online.it.

[75] Corte App., Roma, Sez. lav., 25 febbraio 2019, n. 620: "il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da un espressa disposizione di legge e per finalità di rilevante interesse pubblico". La Corte ha infatti affermato che " il Codice della privacy non introduce un divieto assoluto a carico delle pubbliche amministrazioni di diffusione di dati idonei a rivelare lo stato di salute senza eccezioni e senza clausole di salvezza. In tale contesto il soggetto pubblico è autorizzato ad effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito (art. 20 – co.9); il trattamento può anche comprendere la diffusione quando ciò sia indispensabile per la trasparenza per le attività indicate nel perseguimento delle attività medesime, fermo restando il divieto di diffusione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute (art. 68, co.1) sia in quanto finalizzato a l'istaurazione e gestione da parte della p.a. di rapporti di lavori"; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 16 aprile 2020, n. 3985. Il TAR Lazio, con la sentenza citata si occupa della delicata questione del bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti amministrativi contenenti anche dati personali relativi a terze persone, ed il diritto alla riservatezza dei terzi cui tali dati ineriscono. "Nell'ambito dell'esercizio del diritto d'accesso agli atti, le necessità difensive, riconducibili all'effettività delle

ISSN 2036-7821

8. Covid-19 : il trattamento dei dati sanitari tra privacy ed interesse pubblico.

"La pandemia ha dimostrato, emblematicamente, quanto stretto possa essere il legame tra salute (anche nella sua declinazione metaindividuale di sanità pubblica), privacy e digitale. Se il distanziamento fisico non è divenuto anche sociale lo dobbiamo infatti alla potenza geometrica delle nuove tecnologie che hanno consentito di ricreare nello spazio virtuale persino il più fisico dei rapporti, ovvero quello tra medico e paziente, grazie alla telemedicina, ai consulti on-line, all'intelligenza artificiale, all'e-health.

Nulla più della pandemia ha reso, dunque, evidente la duplice dimensione del diritto alla salute, quale prerogativa individuale ma anche d'interesse collettivo …….. emerge, dunque, in maniera quanto mai inequivoca la tensione che caratterizza i dati sanitari meritevoli, da un lato, di una massima protezione e riservatezza e, dall'altro, di una (sia pure circoscritta e calibrata) circolazione per esigenze di sanità pubblica".[76]

Ebbene, queste parole dell'attuale Garante della privacy, Prof. Pasquale Stanzione, mi danno l'opportunità di collegare, logicamente e giuridicamente, gli argomenti trattati nei paragrafi precedenti con quest'ultimo, in tema di covid-19 e privacy; come e dove s'intrecciano tutela della salute e tutela del dato personale.

La pandemia di covid-19 ha messo in luce, fin dal suo esordio, la pressante esigenza di gestire in modo corretto i dati personali relativi alla salute dei pazienti qualora possa essere utile un loro utilizzo ai fini della ricerca scientifica e della raccolta di dati statistici.

Il tema è così rilevante che il 21 aprile 2020 è intervenuto il Comitato Europeo per la protezione dati (European Data Protection Board) (E.D.P.B.), adottando specifiche linee guida finalizzate ad affrontare gli aspetti fondamentali della questione.[77]

---

tutele di cui all'art. 24 Cost., devono ritenersi prevalenti rispetto a quelle della riservatezza, dovendo tuttavia considerarsi determinati limiti allorchè vengono in considerazioni dati sensibili o sensibilissimi, ossia i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale degli individui. In questi casi l'accesso è consentito a particolari condizioni disciplinati dall'art. 60 d. lgs. n. 196/2003. Il TAR, con due distinte sentenze pubblicate il medesimo 16 aprile 2020 (nn.3985 e 3988), ha accolto due ricorsi aventi ad oggetto il diritto d'accesso previsto dall'art. 22 e ss. l. n. 241/1990, in www.dirittoegiustizia.it, 29 aprile 2020; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 533: "ai sensi dell'art.24, ultimo comma, l. n. 241/1990, l'interesse ad ottenere l'ostensione dei documenti fatti valere ai fini difensivi, deve prevalere sull'opposto interesse alla riservatezza e ciò anche tenuto conto che neppure sussiste l'esigenza di evitare la divulgazione di dati sensibili o giudiziari dei controinteressati, posto che i dati cui si vuole avere conoscenza hanno natura meramente economica, in Foro amministrativo (II), 2020, 3, 449.

[76] Intervento del Prof. Pasquale Stanzione, Presidente per la protezione dei dati personali del 29 luglio 2020, Panorama, 18 febbraio 2022, in GPDP, 18 febbraio 2022, doc-web 9747071.

[77] Nuove linee guida dell'E.D.P.B. Sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini della ricerca nel contesto dell'epidemia di covid-19, 21 aprile 2020, n.3, in www.privacy.it, 27 aprile 2020.

ISSN 2036-7821

La ricerca scientifica ed, in particolare, quella dedicata alla sperimentazione sanitaria si conferma essere la tematica rilevante nel contesto europeo, tanto che la Commissione Europea ha chiesto ed ottenuto un nuovo intervento[78] dall'E.D.P.B., volto a chiarire le numerose tematiche legate alla protezione dei dati personali.
Come già detto il Comitato Europeo è già intervenuto sul tema della ricerca sanitaria con parere n.3/2019 relativo alle faq (frequently asked questions) sull'interazione tra il regolamento sulla sperimentazione clinica (CTR) ed il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (G.D.P.R.)[79], e con le linee guida per chiarire i primi dubbi legati all'applicazione del G.D.P.R. nell'ambito della ricerca sanitaria legato alla lotta contro il sars-cov2,[80] , inoltre è intervenuto su numerose tematiche rilevanti nel contesto della ricerca sanitaria, come ad esempio sulle condizioni di validità del consenso.
Scopo di questo nuovo intervento del E.D.P.B., del 2 febbraio 2021, sopra citato:
1) fornire ai Titolari maggiori certezze sulle modalità di trattamento e scelte da operare, con l'evidente finalità di incoraggiare le attività di ricerca scientifica in ambito sanitario ed evitare che incertezze del diritto potessero, al contrario, scoraggiarle;
2) cercare di dar risposte univoche al panorama dei Titolari del trattamento del contesto europeo, per cercare di armonizzare le scelte che questi andranno ad operare; ciò chiaramente, per evitare che le normative nazionali emanate dagli Stati membri negli ambiti lasciati aperti dal G.D.P.R. possano concretamente portare a degli effetti anticompetitivi tra nazioni (si immagini, infatti, quali potrebbero essere gli effetti nel caso in cui uno Stato membro preveda un alleggerimento degli obblighi dei Titolari o se interpreti talune eccezioni all'applicazione del G.D.P.R. in maniera estensiva).
Malgrado gli sforzi compiuti per fornire delucidazioni il Comitato rimanda, su queste tematiche, ad ulteriori approfondimenti.
Le questioni sulle quali s'è pronunciato sono: 1) la base giuridica del consenso; 2) la base giuridica da invocare nelle ricerche; 3) utilizzo dei medesimi dati per un ulteriore scopo e obbligo di informativa; 4) anonimizzazione; 5) data protection impact assessment (DPIA).

[78] E.D.P.B., 2 febbraio 2021, in ttps://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_replyec_questionnaireresearch_final.pdf.
[79] Parere 3/201 in EDPB, 23 gennaio 2019, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_opinionctrq_a_final_it.pdf.
[80] Linee-guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al covid-19, in E.D.P.B., 21 aprile 2020, in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_it.pdf

Sul primo punto il Comitato ha precisato che "non necessariamente il consenso è la base giuridica da preferire per il trattamento dei dati sanitari e, ciò nonostante, nelle dichiarazioni e convenzioni etiche e bioetiche si parla espressamente di consenso.
Infatti, il Comitato precisa che il c.d "consenso informato" cui si riferiscono tali testi è cosa ben diversa dal consenso come base giuridica del trattamento; il primo, infatti, è finalizzato a creare la c.d "alleanza terapeudica" tra i partecipanti e gli sperimentatori, il secondo è il fondamento legale che legittima il trattamento. Il Comitato, quindi, invita ad usare altre basi giuridiche, ove disponibili, precisando che in questi casi l'ottenimento del consenso informato come requisito etico può anzi considerarsi alla stregua di una garanzia ulteriore, ai sensi dell'art. 89, par. 1, G.D.P.R.; inoltre ribadisce (come aveva già fatto nelle linee guida per chiarire i primi dubbi legati all'applicazioni del G.D.P.R. nell'ambito della ricerca sanitaria legata alla lotta contro il sars-cov-2, già citate[81], che il consenso non è una base giuridica appropriata in tutte le situazioni in cui nella relazione tra il Titolare e l'interessato vi è uno squilibrio, come, ad esempio, se l'interessato è in una condizione di salute tale per cui non esiste un trattamento terapeudico alternativo alla sperimentazione clinica.
Tale situazione di evidente pressione sull'interessato non consentirebbe a quest'ultimo di fornire liberamente il proprio consenso, che di conseguenza sarebbe invalido.
Tuttavia, precisa che ogni situazione deve essere valutata singolarmente e non deve essere esclusa, in via di principio, l'utilizzabilità del consenso come base giuridica.
Sul secondo punto il Comitato ha specificato che "è molto importante cercare coerenza e armonizzazione nella scelta della base giuridica quando la sperimentazione clinica o il progetto di ricerca si svolge in più Paesi membri. E' evidente, infatti, l'influenza che il diritto degli Stati membri può esercitare, legiferando negli spazi lasciati aperti dall'art. 9, par.4, G.D.P.R., alleggerendo o appesantendo gli obblighi imposti al Titolare".
Tale circostanza, unita alla constatazione dell'estrema differenza normativa sino ad oggi riscontrata tra le leggi nazionali in materia di trattamento di dati sanitari, porterà inevitabilmente all'uso di basi giuridiche diverse, pur nel medesimo progetto di ricerca.
A tal proposito il Comitato osserva che da ciò potrebbe derivare un potenziale impatto negativo per gli interessati che si troverebbero in situazioni di disparità di trattamento e riconosce che, eventualmente, potrebbe invocarsi come base giuridica il diritto dell'Unione; tuttavia solo il Regolamento per la sperimentazione clinica

[81] Linee-guida 3/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute ai fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al covid-19, in E.D.P.B., 21 aprile 2020, in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_it.pdf.

ISSN 2036-7821

(C.T.R.) può dirsi in senso stretto "diritto dell'Unione" in questo settore e il Regolamento dispone normative volte a garantire la sicurezza e l'affidabilità dei farmaci, quindi potrebbe essere una base giuridica solo per quei trattamenti che vengono posti in essere in osservanza del C.T.R..
Ben diverso, e forse risolutiva, sarebbe l'ipotesi di adottare normativa specifica come quella attualmente pendente dinanzi al Parlamento Europeo, la creazione di uno spazio europeo dei dati[82], nel quale possono fiorire studi multinazionali con basi giuridiche armonizzate.
E' noto che il Garante della privacy, con l'adozione del Regolamento n. 679/2016, ha vissuto in tempi recenti una significativa espansione del proprio raggio di azione e competenza.[83]
A tal proposito occorre sottolineare come il coinvolgimento dell'Autorità di controllo nella redazione di atti normativi e amministrativi così come, più in generale, l'attività del Garante ha vissuto un ulteriore significativa espansione del periodo emergenziale, causato dalla pandemia di covid-19.
La crisi sanitaria ha, infatti, stimolato l'adozione da parte del Governo di misure volte a contrastare la diffusione del virus con interventi che hanno avuto, inevitabilmente, importanti ripercussioni sul trattamento dei dati personali (a puro scopo esemplificativo, basti ricordare i provvedimenti sul distanziamento sociale, quelli sul contact tracing, quelli con la verifica del green pass.[84] Ragion per cui, attraverso la consultazione o l'ispezione preventiva, o ancora tramite delibere successive, il Garante per la privacy nazionale si è espresso con grande frequenza.
Il Presidente, prof. Pasquale Stanzione, in un'intervista: "la privacy permea la vita quotidiana di tutti….. soprattutto delle persone meno protette, cui dedichiamo massima attenzione".[85]
Quindi, se è certamente vero che nel compiere il bilanciamento tra il diritto alla salute collettivo e quello alla protezione dei dati personali di ognuno di noi e possibile limitare, anche in maniera importante, il diritto alla privacy, tale misura deve essere

[82] La creazione di uno spazio europeo dei dati, che comprenda anche il settore sanitario, è una delle priorità della Commissione per il periodo 2019-2025, per maggiori informazioni consultare European Halth Data Space|Salute pubblica (https://ec.europa.eu/health/ehealth/dataspace_it).

[83] I compiti ed i poteri dell'Autorità di controllo sono definiti nel G.D.P.R. rispettivamente agli artt. 57 e 58, nonché nella normativa interna, dal Codice della protezione dei dati personali dagli artt. 154, 154-bis e 154-ter. Per un approfondimento sull'evoluzione delle funzioni del Garante della privacy si veda: L. CALIFANO, Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali, in federalismi.it, 2020, n. 33, 1-27; A. PATRONI GRIFFI, L'indipendenza del Garante, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Innovazione tecnologica e valore della persona:il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679, Napoli, 2017, 268 e ss.

[84] Raccolte delle principali disposizioni adottate in relazione allo stato di emergenza epidemiologica aventi implicazioni in materia di dati personali, in www.privacy.it. Nel caso di specie si fa riferimento a doc-web n.9304313.

[85] Intervista a Pasquale Stanzione, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, E. LORITO, Il garante privacy non prerogativa per i ricchi, ma presidio di democrazia, in Panorama, 18 settembre 2020.

ISSN 2036-7821

sempre proporzionata alla necessità di tutela della salute collettiva e deve essere limitata da un punto di vista temporale.
A dimostrazione di ciò, i più di duecento interventi adottati in relazione al solo contesto emergenziale, in un arco temporale di 21 mesi: segnalazioni, audizioni, pareri, ammonimenti, esercizio di poteri inibitori o sanzionatori, elaborazioni di numerosissimi faq, comunicati stampa.
Ovviamente non si può negare la coerenza con cui il Garante della privacy abbia operato avendo ben chiaro lo scopo della sua missione, ovvero controllare la conformità dei trattamenti dei dati personali alla disciplina nazionale ed europea.
Nell'intervista, di cui sopra,[86] il prof. Stanzione ha detto: "l'Autorità è un istituzione sempre più centrale nella società: spazio di un irrinunciabile diritto fondamentale ma, allo stesso tempo, presidio di democrazia e di un governo sostenibile del digitale".
Ciononostante, il significativo numero delle delibere, ma anche il favore riconosciuto in esse al diritto alla protezione dei dati personali rispetto ad altri diritti costituzionalmente tutelati, hanno provocato una reazione da parte dell'Esecutivo, il quale, non casualmente, ha rivisto le funzioni del Garante abrogando, con l'art. 9, co.1 lett.b) del decreto legge n. 139 del 2021 (cd. Decreto Capienze),[87] l'art. 2-quinquiesdecies del Codice in materia dei dati personali. Il contenuto di questa disposizione, non espressamente previsto dal Regolamento (UE) n. 679/2016, ma introdotto dal legislatore italiano in sede di adeguamento della normativa interna, pare richiamare l'art.57, par.1, lett. c) del Regolamento europeo, senza tuttavia sovrapporvisi. Se, infatti, quest'ultimo disciplina la funzione consultiva che l'Autority svolge nei confronti delle Autorità pubbliche, l'art. 2- quinquiesdecies prevedeva un più incisivo potere ispettivo (e inibitorio) esercitabile sugli atti ad alto rischio delle pubbliche amministrazioni. Si trattava di una funzione particolarmente penetrante che è stata, anche di recente, esercitata con il blocco dell'app IO.[88]
Ebbene, se il Governo è risultato infastidito dall'interventismo dell'Autority, come dimostrano i recenti interventi, dal canto suo il Garante non è pienamente soddisfatto

[86] Così il prof. Pasquale Stanzione nell'intervista, sopra citata.
[87] Decreto legge n. 139 del 8 ottobre 2021 (Decreto Capienze), M. NAVACCI, Decreto Capienze, niente privacy siamo P.A.: ecco perché il nuovo testo spaventa gli esperti, in www.agendadigitale.eu, 22 novembre 2020.
[88] Si veda: Provvedimento correttivo nei confronti di PagoPa sul funzionamento dell'app IO, in G.P.D.P., 19 giugno 2021, doc-web n. 9668051; sull'uso della tecnologia a tutela della salute nel contesto pandemico ovvero sull'arduo bilanciamento tra sicurezza e protezione dei dati in un contesto permeato dalle tecnologie digitali ex plurimis: F. PIZZETTI, Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra G.D.P.R. ed evoluzione del ruolo dei Garanti, in www.medialows.eu, 29 giugno 2020; S. SCAGLIARINI, La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologiche in ConsultaOnline, 2021, n. 2, 489-532; V. ZENO ZENCOVICH, I limiti delle discussioni sull' "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale, in www.medialows.eu, 26 maggio 2020; C. BERGONZINI, Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e i diritti fondamentali, in www.dirittifondamentali.it, 10 giugno 2020, 704 e ss.; E. LA ROSA, App immuni tra tutela della salute e protezione dei dati personali. Bilanciamento dei valori?, in www.dirittifondamentali.it, 30 dicembre 2020, 584 ss.

ISSN 2036-7821

del ruolo riconosciutogli dalle istituzioni nazionali, tanto che, in questi mesi, ha lamentato, pubblicamente ed in più occasioni, oltre alle numerosi violazioni della disciplina in tema di data protection da parte delle autorità pubbliche, di non essere stato costantemente coinvolto nell'elaborazione di proposte normative o di atti aventi forza di legge, come imposto dal Regolamento (UE) n. 679/2016.[89]

Sembra, dunque, che tra Governo e Garante della privacy sia in atto un vero e proprio "braccio di ferro" che vede, da un lato, l'Autorità di controllo rivendicare con forza il rispetto delle proprie funzioni e, dall'altro, un Esecutivo che tenta di porre un freno al proliferare degli interventi che vengono letti come un ostacolo alla, già di per se complessa, gestione di un emergenza sanitaria e per consentire più facilmente all'amministrazione di bilanciare la riservatezza con altri interessi pubblici, come il buon andamento della pubblica amministrazione o l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, ritenuti prevalenti in questo periodo storico, ai fini dell'attuazione del PNRR.

Inoltre, il Governo è voluto intervenire sui poteri ispettivi e consultivi del Garante, abrogando i primi e limitando i secondi. Su questi ultimi, che trovano espressione all'art. 36, par.4, G.D.P.R., l'intervento poteva limitarsi solo ad un loro ridimensionamento, attuato per l'appunto, con l'introduzione di un termine perentorio particolarmente breve per la delibere del Garante relative alle misure disposte in attuazione del PNRR.

Questi interventi, decisamente drastici,[90] non risultano granchè apprezzabili e vanno in una direzione opposta alla tutela dei dati personali che pecca in eccesso non meno di quanto potesse imputarsi al Garante nell'opposta direzione.[91]

---

[89] In tal senso, ad esempio, G. CERRINA FERRONI, Vicepresidente del Garante, la quale ha ribadito l'obbligatorietà della consultazione e dell'Autorità di controllo da parte (anche) del Governo ogni qual volta con la sua azione coinvolga il trattamento dati personali. La Vicepresidente chiarisce, infatti, che "il coinvolgimento dell'Autorità su tutti i provvedimenti normativi che coinvolgono dati personali in via preventiva, cioè nel momento di costruzione della norma, non è un mero "accessorio" ma un obbligo di legge. Lo stabilisce il Regolamento europeo." L. GAROFALO, intervista rilasciata per Key4biz, in G.P.D.P., doc-web 9580828.

[90] Il "Decreto capienze" ha previsto, tra l'altro, all'art. 9, disposizioni in materia di protezione dei dati personali, ed è intervenuto sull'art. 2-ter del Codice privacy con una nuova disposizione, il comma 1-bis, a mente della quale il trattamento dei dati personali da parte di una amministrazione pubblica è sempre consentito se necessario all'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri, a prescindere dall'esistenza di una norma che, di volta in volta, determini l'interesse specifico. Al co. 3 della medesima disposizione, poi, è stata introdotta la possibilità che le P.A. diffondano o comunichino i dati a soggetti che intendono trattarli per altre finalità non più soltanto nell'ipotesi in cui la base giuridica del trattamento sia una legge o un regolamento, ma ogni qualvolta la P.A. lo ritenga necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri. Di particolare rilevanza è stata l'abrogazione dell'art.2-quinquiesdecies del Codice d.l. 8 ottobre 2021, n. 139 in Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2021, n. 241.

[91] A tal proposito, M. BASSINI, Audizione del 2 novembre 2021 presso la prima commissione permanente - Affari costituzionali del Senato della Repubblica, 5, ove lo studioso sostiene che per quanto il cd. "Decreto capienze" apporti novità non confliggenti con la fonte sovranazionale esso comporta un "complessivo indebolimento di una serie di "contrappesi" in www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/fil

ISSN 2036-7821

Emerge, insomma, l'insofferenza del Governo verso il Garante che, con una maggiore frequenza dall'inizio della pandemia, ha rivendicato l'osservanza della disciplina in materia di data protection anche con numerosissimi interventi informali, tra i quali compaiono le faq che, seppure prive di valore giuridico, si impongono nella coscienza collettiva[92], a maggior ragione in un contesto come quello relativo alla protezione dei dati personali che, per la costante innovazione tecnologica, oltre che per esigenze sociali ed economiche, nonché per l'alta specializzazione tecnica necessita di continui strumenti di correzione ed adattamento.

A dimostrazione del valore sempre più cogente riconosciuto alla regole contenute nelle delibere del Garante, si cita una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che, nell'affermare la mancata violazione della normativa privacy a danno di chi esibiva il green pass rilasciato dopo la vaccinazione, motiva l'assenza della violazione in quanto recepite ed osservate le indicazioni del Garante[93].

Questa pronuncia è particolarmente interessante perché nel negare la riforma del TAR Lazio in tema di obbligo di green pass per il personale docente, i giudici del Palazzo Spada hanno sostenuto che le censure alle ipotizzate violazioni in materia di data protection, a danno di chi esibiva il certificato verde rilasciato dopo la vaccinazione, erano contraddette dalle indicazioni del Garante in proposito.

Non della legge, dunque, ma del Garante.

Per concludere, quindi, un ruolo sempre più attivo dell'Autority, che si è avvalsa anche della legittimazione in qualche modo derivante dall'interpretazione che anche i colleghi europei hanno dato del ruolo e delle funzioni delle Autorità garanti nazionali nel periodo pandemico.

Ebbene, se questa "lettura" flessibile del ruolo dell'Autority è stata apprezzata del primo periodo emergenziale, si è rilevata un boomerang per la stessa Autorità di controllo perché i decisori politici hanno sentito l'esigenza di ricollocare il Garante nel quadro istituzionale, rischiando, però, di far retrocedere il diritto alla riservatezza rispetto ad altri diritti costituzionalmente protetti.

Concludendo, si può tranquillamente affermare che G.D.P.R., Codice privacy, regole deontologiche, linee guida europee e nazionali, sono solo alcuni esempi di come oggi

---

es/000/421/753/Prof._Marco_BASSINI.pdf. In merito all'abrogazione dell'art.2-quinquiesdecies del Codice, l'Autority, anch'essa consultata in occasione della conversione in legge del cd. "Decreto capienze" ha affermato che "l'efficacia semplificativa dell'abrogazione è……. dubbia, nella misura in cui incide sull'obbligo di consultazione preventiva in caso di trattamenti a rischio elevato ma, anzi, impone valutazioni individualizzati anche dove esse potrebbero essere condotte su modelli tipo o, comunque, con provvedimenti ad efficacia generale", in www.senato.it/applicationapplication/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/675/Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali.pdf.4.

[92] Nonostante queste ultime non siano fonti del diritto, hanno acquisito un implicito valore "giuridico" per l'affidamento che su di esso fanno i cittadini. Sul valore delle faq si veda la pronuncia del Cons. di Stato, Sez.I, 16 giugno 2021, n.01275, 8 e ss., in https://dejure.it.

[93] 93 Cons. di Stato Sez.III, decreto presidenziale, 30 ottobre 2021, n.5950, in www.quotidianogiuridico.it.

ISSN 2036-7821

l'ambito della ricerca scientifica sia regolamentato in modo stratificato, poco chiaro, da un corpo normativo che, su alcuni punti, a volte pare contraddirsi.
Tale complessità si ripercuote, spesso, direttamente sulle strutture sanitarie e sui ricercatori che faticano in questo labirinto di norme.
Tanto il legislatore, quanto il Garante italiano, sembrano far fatica ad abbandonare quell'approccio conservatore che vede il consenso come "base di liceità" e presupposto principale per lo svolgimento di attività di ricerca.
Possiamo dire, però, che G.D.P.R. e la normativa, anche nazionale, intervenuta successivamente, hanno consegnato nelle mani del Titolare del trattamento nuovi strumenti per osservare, studiare e costruire un sistema di gestione dei dati personali che consenta il conseguimento di qualsiasi finalità, purché in modo lecito, legittimo, sicuro e dimostrabile.
Non c'è dubbio che applicare in modo audace il principio di accountability potrebbe esporre il Titolare del trattamento a rischi interpretativi e, di conseguenza, sanzionatori; ma, l'anno 2022 si è aperto con un contributo fondamentale, "le linee guida sul diritto di accesso ai dati personali dell'E.D.P.B.", che chiariscono una serie di problematiche ricorrenti e forniscono indicazioni pratiche.
Sono trattati temi come: i limiti della portata del diritto d'accesso, il tipo d'informazioni che un Titolare del trattamento ha l'obbligo di fornire all'interessato, le modalità del diritto d'accesso e fornitura dello stesso.
Le linee guida dei Garanti europei sono state eleborate nella piena consapevolezza della centralità che i dati (e dunque non solo i dati personali) hanno nella società digitale e di quanto importante sia il possesso dei dati stessi. Ecco perché si tratta di un documento di estrema importanza.[94]
Le "linee guida", sopra citate, costituiscono un documento organico dedicato al diritto d'accesso mai prima predisposto, neppure dall'ex Gruppo di lavoro "art. 29".[95]
La vera costante nel testo dell'E.D.P.B. e la valorizzazione di un favor per l'interessato e il rifiuto di frapporre ostacoli capziosi al pieno esercizio di un diritto chiaramente essenziale.
Inoltre, le linee guida rendono consigliabile una revisione delle procedure in essere presso i Titolari del trattamento.
A conclusione di questo paragrafo, mi sembra doveroso menzionare la Relazione Annuale, presentata il 7 luglio 2022 al Senato, dal Garante della privacy.[96]

[94] 94 F. PIZZETTI, Le linee guida E.D.P.B. uno snodo cruciale. Ecco perché, in www.agendadigitale.eu, 7 febbraio 2022.

[95] 95 Il Gruppo di lavoro "art.29" (art.29 wp) era il gruppo di lavoro europeo indipendente, che fino al 25 maggio 2018 (entrata in vigore del G.D.P.R.) aveva lo scopo di occuparsi di questioni relative alla protezione della vita privata e dei dati personali, in https://edpb.europa.eu.

[96] 96 G.P.D.P., Il Garante privacy presenta la Relazione Annuale. Il 7 luglio al Senato. Il bilancio dell'attività 2021 e le prospettive future, in G.P.D.P., 5 luglio 2022, doc-web 9785113. Autorità Garante per la protezione dei dati personali composta da: Pasquale Stanzione, Ginevra Cerrina Feroni, Agostino Ghiglia, Guido Scorza.

ISSN 2036-7821

La Relazione è stata esposta dal Presidente, prof. Pasquale Stanzione, che ha illustrato i punti salienti dell'attività svolta dal Garante in un anno particolarmente significativo come quello in cui l'Autority celebra i suoi 25 anni.
"La varietà dei contesti in cui il contributo del Garante viene richiesto, fa capire come le Istituzioni stanno guardando ad un'innovazione inclusiva ed antropocentrica. Si pensi alla disciplina del green pass che, grazie all'intervento dell'Autorità, ha consentito di delineare un equilibrio ragionevole tra sanità pubblica e riservatezza…la protezione dei dati svolge, quindi, un ruolo baricentrico, imprimendo un indirizzo al Paese, grazie ad un costante dialogo tra l'Autorità e la Istituzioni.

9. Considerazioni Finali.
Il nostro ordinamento prevede norme che coordinate tra loro compongono un sistema di protezione della persona umana.
I principi fondamentali a cui s'ispira tale sistema sono contenuti nella nostra Costituzione (artt. 2 e 3, co. 2).
In tale sistema di protezione s'inserisce, l'art. 32 Cost. che tutela la salute come "fondamentale diritto dell'individuo" oltre che come "interesse della collettività" ed anche l'art. 36 Cost. che sancisce il diritto del lavoratore e della sua famiglia ad "un'esistenza libera e dignitosa".
L'interesse fondato sull'art. 32 Cost. attiene al diritto alla salute, inteso come diritto del cittadino a vedersi tutelato non solo mediante la "cura" ma anche attraverso l'obbligo dello Stato di attuare misure idonee preventive.
Con l'istituzione del servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833) è stato proclamato l'inscindibile collegamento tra tutela della salute ed il rispetto della dignità (art. 1, cc. 1 e 2).
In un processo evolutivo il cittadino, abbandonato il ruolo di suddito , di amministrato , diventa attore sociale. La persona viene posta al vertice, prima di tutto.
L'idea sottesa dei padri costituenti era quella di costruire le fondamenta dello Stato partendo dalla persona, non vedendo nella persona lo strumento dello Stato.
L'individuo viene in considerazione attraverso i suoi molteplici status e ai tradizionali valori di legalità, imparzialità, buon andamento, s'aggiungono altri principi e valori dell'agire amministrativo quali l'economicità, l'efficienza, la semplificazione delle procedure, la trasparenza.
"Essa è insieme una qualità intrinseca dell'agire amministrativo e parte integrante del principio costituzionale fondamentale della buona amministrazione, ma anche un

ISSN 2036-7821

valore essenziale per la realizzazione della vita democratica e uno strumento della democrazia stessa".[97]

Consente, altresì, la circolazione delle informazioni sia all'interno del sistema amministrativo , sia fra quest'ultimo ed il mondo esterno, e "dovrebbe essere diretta non tanto a consentire ai cittadini di poter osservare dal di fuori ciò che accade nella casa di vetro, ma a garantire una maggiore consapevolezza dei cittadini al fine di partecipare all'elaborazione delle politiche pubbliche e degli stessi obbiettivi dell'azione pubblica in generale: strumento di democrazia partecipativa, dunque, è non mera occasione di accesso a dati".[98]

Sul versante opposto c'è la privacy di cui, soprattutto negli ultimi mesi tanto si dice e si sente.

La nozione di privacy facendosi carico di molteplici aspetti della vita delle persone e del loro agire, veicola la caratterizzazione tipica e principale delle società liberali.

Nella lingua italiana la privacy s'identifica con la riservatezza contemplabile tra diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. , che è il fondamento del diritto alla riservatezza che assicura alla persona un habitat nel quale si sviluppa la sua personalità che si configura come un potere di regolare l'accesso alla propria sfera d'intimità, ma fa riferimento anche al controllo sulle informazioni che riguardano la nostra persona, in tutte le sue espressioni: fisiche, affettive, morali, di opinione, patrimoniali.

La privacy, secondo l'accezione attuale , non è più da individuare nella libertà ad "essere lasciati soli", ma quale diritto delle persone fisiche alla protezione dei dati e, dunque, anzitutto, ad un trattamento corretto, lecito, trasparente nel rispetto delle prescrizioni della normativa europea di cui al G.D.P.R. e della normativa nazionale che ha fatto seguito al Regolamento.

Ed ora, anche, alle linee guida E.D.P.B. sull'accesso ai dati.

Le norme appena citate sono di fondamentale importanza per la P.A. perché rappresentano una valvola di sfogo, idonea a dirimere, a chiare lettere, eventuali conflitti tra interessi contrapposti, ma al contempo meritevoli di tutela.

Va, inoltre, tenuto in debito conto l'apporto fornito dalle pronunce giurisprudenziali, considerato l'indiscutibile ruolo poietico dei giudici, posto che il diritto non è solo quello positivo, quello scritto dal legislatore di turno.

E' opportuno rammentare, infine, il punto di vista del Garante per la privacy italiano, il quale non ha esitato a rimarcare, in tante occasioni, l'importanza della vita privata e della dignità delle persone interessate, imponendo di tenere sempre in debito conto i rischi che ad esse potrebbero essere cagionati dal rafforzamento dell'obbligo di

[97] Così, G. TERRACCIANO, in Amministrativ@mente, art. cit., p. 4.
[98] G. TERRACCIANO, in Amministrativ@mente, art. cit., p. 5.

ISSN 2036-7821

pubblicazione, ormai sempre più ampio, in ambito pubblico: "sì all'informazione scientifica ma attenzione alla privacy dei pazienti".[99]

E' necessario prestare particolare attenzione a pubblicazioni o divulgazioni scientifiche di studi clinici, accertandosi che il paziente sia stato preventivamente informato, abbia dato il suo consenso e che i suoi dati siano stati opportunamente anonimizzati.

Ancora, mi piace sottolineare che proprio nel giorno del terzo compleanno del G.D.P.R., la Cassazione[100], applicando la disciplina previgente all'entrata in vigore del G.D.P.R., ha indicato come principio centrale delle nuove regole europee in materia di dati personali, che il consenso, che si chiede ad una persona, a trattare i propri dati perché siano consegnati ad un algoritmo, non è valido se la persona non è adeguatamente informata sulle logiche alla base dell'algoritmo.

I giudici della Cassazione, nell'accogliere il ricorso del Garante della privacy, hanno stabilito che non si può dire di si al trattamento dei dati personali attraverso un algoritmo del quale il Titolare del trattamento non abbia preventivamente informato gli interessati sulle logiche e dinamiche del funzionamento.

La disciplina sulla protezione dei dati personali sembra rappresentare, oggi, il presidio più prezioso nel governo dell'intelligenza artificiale che, di fatto, applica il metodo G.D.P.R. sottolineandone la modernità e la centralità nel governo futuro , in una società di algoritmi.

Un'ottima base di partenza per l'applicazione di intelligenza artificiale in arrivo.

La giurisprudenza amministrativa, in tante pronunce, ha precisato che il diritto alla riservatezza recede di fronte al diritto d'accesso, qualora quest'ultimo sia esercitato per la tutela di interessi giuridici del richiedente.

Una volta "usciti dal segreto" quattro sono i passaggi fondamentali in cui si concretizza la trasparenza amministrativa: conoscenza, conoscibilità, comprensione e controllo.

"Se si vuole che i cittadini possano esercitare la propria sovranità anche nei confronti dell'amministrazione si tratta allora di affermare il diritto a comprendere, non solo a conoscere.

Il diritto a conoscere, ossia ad essere informati, è oramai riconosciuto sotto forma di affermazione generalizzata del principio dell'azione amministrativa".

Si tratta della condizione di coloro che vogliono conoscere la verità, affinchè l'uomo stesso non rimanga segregato nell'oscurità perché prigioniero di una caverna, rinchiuso ed incatenato nel mondo delle ombre e delle apparenze, ma possa "vedere

[99] G.D.P.B., Newsletter 19 maggio 2021, Garante, si all'informazione scientifica ma attenzione alla privacy dei pazienti – Garante: i dati dei beneficiari vanno protetti – Lavoro: informazioni corrette ai dipendenti sui sistemi aziendali in uso, in www.garanteprivacy.it ,19 maggio 2021.

[100] Corte di Cassazione, Sez. Un., 27 maggio 2021, n.14381, Cessazione e trasparenza dell'algoritmo, in https://privacyitaliana.com, 27 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

la luce" e perciò procedere alla scoperta della realtà delle cose che lo circondano: -Come no?-. Alla fine, credo, potrà osservare e contemplare qual' è veramente il sole, non la sua immagine nelle acque o su altra superficie, ma il sole in se stesso, nella ragione che gli è propria ……..[101]

Il viaggio per approdare alla "casa di vetro", ha preso le mosse dal mito platonico della caverna che impedisce al suo ingresso di vedere e conoscere. Ci si deve fermare dietro un muro attraverso il quale è possibile scorgere gli oggetti, ma non coloro che li trasportano che restano invisibili agli occhi degli abitanti della caverna.

Gli uomini conosceranno soltanto immagini e ombre che sono solo un pallido simulacro della realtà vera. Così Platone nella "Repubblica".

Con Aristotele arriviamo ad una evoluzione ardita del livello di partecipazione del singolo alla vita comunitaria, attraverso una buona organizzazione politica che permetta a ciascuno di essere parte di un collettivo, così da creare le basi per una sana felicità pubblica.

L'uomo è un'anima sociale che vive e si integra in una comunità associata. Difatti, per lo Stagirita: " l'uomo è quindi un essere socievole molto più di un ape e di ogni capo d'armento. Poiché la natura, come diciamo, non fa niente senza scopo e l'uomo, solo fra gli animali, ha la parola: la voce indica quel che è doloroso e gioioso e pertanto l'hanno anche gli altri animali….. ma la parola è fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto: questo è, infatti, proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, di avere, egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e degli altri valori: il possesso comune di questi costituisce la famiglia e la polis……..

Per natura, è in tutti la spinta per siffatta comunità, e chi, per primo, la costituì fu causa di grandissimi beni".

Così Aristotele nella "Politica".[102]

Lo sviluppo del pensiero e della ricerca ermeneutica e politica rinvigorisce e dà sostanza a questa concezione, dandole nuova linfa sociale: nel corso dei secoli, infatti, passando in rassegna la filosofia politica stoica e quella più moderna e rinascimentale, acquista sempre più il peso del singolo che, dotato di ragione e di voglia di partecipare alla costruzione e buona organizzazione della polis, chiede ai pubblici poteri la concretizzazione visibile del bene pubblico.

Dando fondamento alla matrice illuministica, Kant dice: "sapere aude!, abbi coraggio di servirti della tua propria intelligenza".[103]

E' in questo saggio che Kant afferma che "l'illuminismo consiste nell'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso e che alla base

[101] PLATONE, La Repubblica, in G. PRETEROSSI, Potere, 2007 p. 9 e ss.

[102] ARISTOTELE, Politica, I, 1253 in www.filosofico.net.

[103] I. KANT, Sapere aude. Che cos'è l'illuminismo, pubblicato sul Berlinishe Monatsschrift,1784, in https://disf.org., P. MARTINETTI, Antologia kantiana, Paravia, Torino, 1944, pagg. 212-214.

ISSN 2036-7821

dell'illuminismo sta la più semplice di tutte le libertà, la libertà di fare uso pubblico della propria ragione. "Il pubblico uso della ragione deve essere libero, ed esso solo può attuare l'illuminismo tra gli uomini".
Conducendo alle logiche conseguenze di questa affermazione, si scopre che vengono a cadere i divieti tradizionali posti a garanzia degli arcana imperi. Per l'uomo uscito di minorità, il potere non ha, non deve più avere segreti. Perché l'uomo diventato maggiorenne possa far uso della propria ragione è necessario che egli abbia una conoscenza piena degli affari di Stato.
Perché egli possa avere una piena conoscenza degli affari di Stato è necessario che il potere agisca in pubblico.
Spetta a Kant, dunque, il merito di aver posto con la massima chiarezza il problema della pubblicità del potere e di averne dato una giustificazione etica.
Affinchè questo principio della pubblicità possa essere non solo del filosofo ma attuato dal politico, occorre, che il potere pubblico sia controllabile.
A tal proposito mi piace, infine, citare Norberto Bobbio che diceva: "è essenziale che tutte le decisioni e più in generale gli atti dei governanti devono essere noti al popolo sovrano".[104] Per altro l'opzione di rendere edotto il popolo delle decisioni prese da coloro che sono al governo "è stato sempre considerato uno dei cardini del regime democratico".[105]
In altri termini, la pubblicità degli atti del potere rappresentava materia essenziale per distinguere lo Stato costituzionale dallo Stato assoluto.[106]
Prendendo spunto dalle parole di Norberto Bobbio "la democrazia consiste nell'esercizio del potere pubblico in pubblico", se ne deduce che la trasparenza amministrativa è un principio essenziale applicato all'amministrazione.
Tuttavia, chiedere che un'amministrazione sia "trasparente" è qualitativamente diverso dal chiedere che l'esercizio del potere amministrativo avvenga, in quanto potere pubblico in pubblico.
In realtà, quando si dice che l'amministrazione deve essere trasparente si dice qualcosa di più che non semplicemente che devono essere pubbliche le informazioni che essa detiene. La pubblicità è fondamentale ma è solo il passaggio intermedio per uscire dal segreto ed arrivare alla trasparenza. Il segreto è infatti non conoscibilità, non conoscenza e non comprensione. La pubblicità è conoscibilità ma non necessariamente conoscenza. La trasparenza è insieme conoscenza e comprensione.
Pertanto, assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa vuol dire assicurare la conoscenza reale, vera di tale attività, quella che consente la comprensione e di conseguenza anche il controllo.

[104] N. BOBBIO, La democrazia e il potere invisibile, in Riv. It. di scienza pol., Bologna, 2, 1980, 182, 183.
[105] ibidem
[106] ibidem

ISSN 2036-7821