

---

FRANCESCA MARTINI

---

## ACCESSO E RISERVATEZZA: DUE VALORI A CONFRONTO

---

**SOMMARIO:** 1. Le due linee di riforma: tendenze e controtendenze. — 2. La protezione dei dati personali e « il suo diritto ». — 3. I diversi livelli e ambiti di protezione: la progressiva oggettivazione. — 4. La legittimazione del trattamento dei dati personali: il vincolo dello svolgimento delle funzioni istituzionali. — 5. Il maggior rigore della « ri » legittimazione dei trattamenti aventi ad oggetto dati sensibili. — 6. I regolamenti conformi al parere espresso dal Garante. — 7. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi. — 8. I regolamenti di attuazione della Legge 241/1990. — 9. L'improcrastinabile bilanciamento degli interessi ... nel caso concreto.

---

### I. LE DUE LINEE DI RIFORMA: TENDENZE E CONTROTENDENZE.

---

La novella del Capo V della L 241 oltre a puntualizzare, recependo alcuni fra i più recenti orientamenti giurisprudenziali, la disciplina sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, provvede a coordinarla, per quanto possibile, con la disciplina relativa « *al diritto alla protezione dei dati personali* » più volte aggiornata e oggi ricomposta all'interno del Codice in materia di trattamento dei dati personali.

La disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, così come coordinata con gli istituti posti a tutela del diritto alla protezione dei dati personali, trova la sua completa sistematizzazione nell'ambito di una riforma ispirata prevalentemente dall'intento di superare una linea di disciplina strettamente legalistico formale del procedimento per tutelare, invece, interessi di tipo « sostanziale » qualificando « risultati » ad oggi indefiniti, ma intuitivamente collegabili a « utilità » per amministrazione e cittadino ai quali deve essere ulteriormente finalizzata l'attività amministrativa<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione problematica dei rapporti fra interesse legittimo e interesse materiale del privato si veda L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 85 ss. Per un'interpretazione della posizione di interesse legittimo quale posizione sostanziale inattiva che, al pari del diritto soggettivo è interesse direttamente protetto

in quanto situazione di vantaggio volta al conseguimento di un risultato favorevole consistente nella conservazione o nella modificazione della realtà si veda L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1987 p. 332. Per un'analisi dei riflessi sulla configurazione dell'interesse legittimo dell'evoluzione dei concetti di responsabilità e risarcimento

Uno dei più significativi punti di emersione di questo innovativo orientamento è dato dal recepimento del principio, già caldeggiato in giurisprudenza, secondo il quale non possono invalidarsi quegli atti che, pur frutto di procedimenti non interamente rispettosi delle disposizioni di legge, sarebbero ciò non di meno stati emanati con uguale contenuto. Questa nuova apertura comporta un ridimensionamento del valore della mera legittimità in favore della ricerca di una correttezza sostanziale dell'attività amministrativa di cui, tuttavia, vanno ancora chiariti i parametri di valutazione e soprattutto l'attribuzione dei relativi poteri di verifica.

La riforma della legge 241/1990 segna una tappa ulteriore dell'evoluzione del sistema verso la ricerca di una qualificazione anche giuridica dei contenuti sostanziali delle situazioni giuridiche soggettive oggetto di garanzia e tutela procedimentale. La rilevanza attribuita all'interesse sostanziale, all'utilità, al bene della vita, all'efficienza dell'azione amministrativa, al « risultato amministrativo », emersa in momenti e contesti diversi<sup>2</sup>, conquista rilevanza in quanto condizione di annullabilità del provvedimento amministrativo. Ed infatti, si esclude la sussistenza di un interesse di tipo sostanziale alla verifica della legittimità di quei provvedimenti che « pur adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, stante la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il loro contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato » ovvero, qualora, pur in mancanza della comunicazione dell'avvio del procedimento, « l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ». Tale evoluzione del sistema riapre il mai risolto problema circa la sufficienza delle garanzie ad oggi costruite dalla procedimentalizzazione che, stante la recente riforma, potrebbero essere considerate potenzialmente pregiudizievole per il conseguimento del « risultato ».

Questa linea evolutiva dell'ordinamento amministrativo, particolarmente segnata dal riconoscimento della risarcibilità delle lesioni sottese alla posizione di interesse legittimo, comporta la necessità di fornire tutela a nuove e ulteriori posizioni sostanziali del cittadino, che prescindono dalla legittimità dell'azione amministrativa, e, perciò, risultano difficilmente tipizzabili senza incorrere nel rischio di utilizzare misure di valutazione sfumate, mutate, o difficilmente distinguibili dall'opportunità politica<sup>3</sup>.

In questa prospettiva si pone un'innovativa proposta di lettura sostanzialistica del principio di trasparenza, anticipato all'art. 1 della Legge 241/1990, in quanto garanzia ulteriore, non già della mera pubblicità-conoscibilità, degli atti amministrativi, ma della effettiva conoscenza dei contenuti di questi<sup>4</sup>. Ciò non senza rilevare come la trasparenza si trasfonda

si veda A. AZZENA, *Aspetti salienti delle attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 2005.

<sup>2</sup> Per una completa ricostruzione degli interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno dato risposta alla « domanda sociale di legalità sostanziale e di effettiva garanzia dei diritti-beni della vita » si veda

L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella Pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57.

<sup>3</sup> Per un'analisi tesa a isolare la politicità delle scelte amministrative si veda A. AZZENA, *op. cit.*

<sup>4</sup> G. ARENA, *Il diritto di accesso*, Rela-

nel risultato, verificabile solo *ex post* secondo criteri che attendono ancora di essere obiettivati in termini di qualità e quantità dell'informazione, ovvero, secondo la parametrizzazione della situazione personale del destinatario o del contesto sociale al quale l'informazione si indirizza<sup>5</sup>.

La riforma della legge sul procedimento amministrativo è palesemente frutto di questo difficile e, per molti aspetti contraddittorio, percorso di affermazione ed emancipazione del « *diritto ad una buona amministrazione* »<sup>6</sup> rispetto al solo controllo di legittimità dell'azione e del provvedimento. La versione attuale della nuova legge sul procedimento amministrativo è la sintesi della problematicità della convivenza fra sistemi di tutela che si basano su presupposti diversi: la fiducia nella positivizzazione legislativa<sup>7</sup>, ovvero nella forza dell'affermazione e del riconoscimento sociale di nuovi diritti di cittadinanza<sup>8</sup>.

Nell'ambito di questo rapporto dialettico fra tutela formale e sostanziale è stato da ultimo effettuato il coordinamento dell'istituto dell'accesso ai documenti con gli istituti e i principi che presiedono alla disciplina in materia di trattamento dei dati personali.

In particolare, quest'ultimo *corpus* normativo, progressivamente affinandosi, trova oggi una completa sistematizzazione all'interno di uno specifico codice di settore che, come tutti i micri-sistemi legislativi di nuova generazione, è improntato a sperimentalismo e incentrato su una logica sua peculiare<sup>9</sup>.

Mentre le recenti modifiche della Legge 241/90 ammorbidiscono i toni di una tutela prevalentemente legalistico-formale che definiva, ma, al contempo, esauriva il riconoscimento e le garanzie della posizione soggettiva del cittadino, lasciando indefinite quelle utilità che oggi faticosamente emergono come nuovi diritti di cittadinanza, la disciplina sul trattamento dei dati personali discende, invece, dal preventivo riconoscimento di una nuova posizione di diritto soggettivo: il diritto alla riservatezza. Rispetto al riconoscimento della posizione sostanziale di diritto l'introduzione di un regime giuridico in materia di trattamento delle informazioni si pone

zione al convegno svoltosi a Parma il 10 giugno 2005, *Le innovazioni della disciplina generale dell'azione amministrativa. Una prima lettura della legge 11 febbraio 2005*, n. 15.

<sup>5</sup> E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 573.

<sup>6</sup> Formulazione da ultimo recepita dall'art. II-41 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

<sup>7</sup> Il problema della certezza del diritto emerge costantemente, si vedano, in proposito, gli atti del convegno « *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare* » svoltosi a Firenze il 2-3 ottobre 1992 i cui atti sono pubblicati nell'omonimo volume, Milano 1993; nonché i più recenti atti del Convegno sul tema « *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole* », Università di Roma Tre, 17-18 marzo

2005 in *www.giustamm.it* ed, in particolare, l'intervento introduttivo di M.A. SANDULLI che, nel rilevare una tendenza all'incertezza del diritto, evidenzia come non costituisca certo una smentita « *la legge che, mentre impone un obbligo di comunicazione di avvio del procedimento ne afferma l'irrilevanza e, mentre prescrive la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, legittima il silenzio assenso* » nonché M. IMMORDINO il quale propende per il recupero della qualità delle regole in virtù della necessità di garantire la prevedibilità dei comportamenti giuridicamente rilevanti.

<sup>8</sup> Vd. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>9</sup> Si veda Parere Consiglio di Stato n. 2 del 2004 nonché L. CARBONE, *Le prospettive*, in atti del Convegno *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit.

come strumento di tutela preventiva di posizioni che, se compromesse, non sarebbero più ripristinabili.

Le disposizioni confluite nel Codice si pongono come attuative di principi e diritti preventivamente riconosciuti a livello internazionale e comunitario. Si deve alla Convenzione di Strasburgo<sup>10</sup> il primo intervento volto a riconoscere, sul territorio di ogni parte, a ogni persona fisica, qualunque sia la sua cittadinanza o residenza, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali ed, in particolare, il diritto alla salvaguardia della vita privata e familiare rispetto ai rischi paventati a fronte delle crescenti possibilità di elaborazione automatizzata dei dati personali. Solo successivamente, stante soprattutto le difficoltà sorte in sede di attuazione della convenzione<sup>11</sup>, la Comunità Europea, con l'emanazione della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 individua, quale obiettivo della Comunità, in modo avventatamente discontinuo rispetto alle competenze economiche sue proprie<sup>12</sup>, il compito di promuovere la democrazia e il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi dei paesi membri, ponendoli come limite alla libera circolazione dei dati fra stati membri<sup>13</sup>.

La necessità di questa operazione, tesa ad armonizzare gli ordinamenti degli stati membri in materia di trattamento delle informazioni, venne, in primo luogo, sostenuta in ragione delle preoccupazioni sollevate dalla potenziale pericolosità delle attività di raccolta e confronto dati effettuate con strumenti informatizzati. Le affermazioni di principio hanno perciò riconosciuto, non solo il diritto alla riservatezza, ma anche e, soprattutto, il diritto alla protezione dei dati personali annoverato fra il patrimonio di libertà individuali riconosciuto ai cittadini della Comunità Europea.

Dalle affermazioni di principio è discesa una fittissima attività di regolazione tesa, non solo a garantire un riconoscimento normativo delle specifi-

<sup>10</sup> Il 28 gennaio 1981 il Consiglio d'Europa emanava una « *Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale* » seguita, lo stesso anno, il 29 luglio, da una raccomandazione della Commissione della Comunità Europea con cui invitava gli stati membri a firmare e a ratificare nel corso del 1982 la Convenzione del Consiglio d'Europa.

<sup>11</sup> L'Italia per molto tempo non ha emanato alcuna norma in tema di protezione dei dati personali e quindi non ha potuto ratificare la Convenzione stessa. Negli anni '80 sono stati discussi 3 disegni di legge, Martinazzoli, Mirabelli-bis e Martelli, ma solo dopo nove anni dalla Convenzione citata viene emanata la legge 21 febbraio 1989 n. 98 con la quale il presidente della Repubblica veniva autorizzato a ratificare la Convenzione di Strasburgo. L'approvazione di tale legge peraltro non sanava il vuoto legislativo italiano in tema di *privacy* informatica e non rispettava le disposizioni degli articoli 4 e 22 della Convenzione che presupponevano la emanazione di una normativa interna conforme ai principi dettati nel testo da ratificare. Negli anni

'90 molto si discusse sulle possibilità di dare attuazione all'Accordo di Schengen, stipulato il 14 giugno 1985, ratificato dall'Italia nel 1993 ed entrato in vigore nel 1995 sulla soppressione graduale dei controlli alle frontiere, il quale espressamente disponeva che ogni paese adottasse una legislazione nazionale in grado di assicurare un livello di protezione dei dati personali almeno pari a quello derivante dalla Convenzione di Strasburgo.

<sup>12</sup> R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Vol. I, Milano, 1003 p. 36 nota come le motivazioni di introduzione alla direttiva lascino fraintendere che il tema principale dell'iniziativa comunitaria sia la salvaguardia dei diritti fondamentali evidenziando come la direttiva non avrebbe potuto prescindere da obiettivi relativi al funzionamento del mercato interno e come la consapevolezza dell'equivoco e delle sue implicazioni stenti tuttora ad emergere.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione del sistema dei diritti comunitari si veda L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998.

che posizioni sostanziali del cittadino rispetto alle operazioni di trattamento dati, ma, soprattutto, a fissare, con puntuale rigore, il lato organizzativo e procedimentale della tutela. A questo specifico scopo la Comunità Europea ha operato una decisa scelta circa la centralità del ruolo della norma nella tessitura del regime giuridico del trattamento dei dati<sup>14</sup>.

Intrapresa questa scelta, la Comunità Europea ha tuttavia contestualmente rinunciato alla possibilità di graduare il regime di protezione dei dati in base all'effettivo interesse del singolo, così come avrebbe potuto fare adottando, invece, un modello di stampo anglosassone che, in virtù del riconoscimento in capo al cittadino di un *property right* sui dati, affidi all'autonomia dispositiva di quest'ultimo l'intera fissazione del regime giuridico del flusso informativo<sup>15</sup>.

Seguendo la linea evolutiva percorsa dalle scelte comunitarie può essere interessante, ai fini della individuazione della *ratio* che ha condotto all'assetto attuale della disciplina, scandire i diversi passaggi in cui si è articolato lo sviluppo della materia. Dal pieno affermarsi, ancorché in sede pretoria, del diritto alla riservatezza è scaturita la necessità di costruire un sistema di garanzie in grado di proteggere cautelativamente il singolo dalle crescenti insidie paventate a fronte delle operazioni di trattamento dati effettuate soprattutto attraverso strumenti informatici sempre più sofisticati<sup>16</sup>. Tale operazione ha comportato la imposizione di vincoli a chiunque svolga attività di trattamento dati, a fronte dei quali, si è andata progressivamente configurando un'autonoma posizione del singolo, non più derivante dalla protezione del bene-riservatezza o di altri diritti fondamentali, ma, più pragmaticamente, ravvisabile in una specifica utilità garantitagli dall'adozione di specifiche prescrizioni normative. L'emersione di questa nuova posizione soggettiva non ha tardato ad essere autonomamente riconosciuta quale « *diritto di chiunque alla protezione dei dati personali che lo riguardano* » ad opera dell'art. 8 della Carta di Nizza<sup>17</sup>.

Oggi, all'interno della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, trovano quindi parimenti riconoscimento sia il diritto fondamentale

<sup>14</sup> Si veda R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 56 il quale evidenzia come il *corpus* normativo che ne è derivato sia caratterizzato, in virtù dello stretto legame con all'affermazione dei valori fondamentali della persona, da un elevato livello di rigidità.

<sup>15</sup> Un interessante confronto dei due modelli di disciplina della materia alternativamente caldeggiati dalla dottrina si ritrova in R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 46 il quale, nonostante rappresenti in modo estremamente problematico l'evoluzione della disciplina italiana che « *dagli incerti contorni della riservatezza porta agli odierni rigori dell'information privacy* », propende per un regime di responsabilizzazione attraverso il riconoscimento della centralità del ruolo della norma piuttosto che per una libera e incondizionata disponibilità dei propri dati.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione delle pronunce della Corte di Giustizia dell'U.E. e

della Corte Costituzionale tedesca che hanno configurato il diritto all'autodeterminazione informativa si veda G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, p. 23 ss.

<sup>17</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento Europeo, dal Consiglio e dalla Commissione. Per un'interpretazione delle scelte di fondo riguardanti il contenuto, l'estensione, le garanzie giurisdizionali dei singoli diritti all'interno della carta quali scelte di carattere primario politico, fondative di un ordinamento democratico-costituzionale quasi pienamente compiuto e pertanto autoreferenziale si veda S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'U.E.*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2004, p. 23 ss.

al rispetto della vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni<sup>18</sup> che il diritto di ogni individuo alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano, il quale si sostanzia nell'imposizione del dovere di trattare i dati secondo il principio di lealtà per finalità determinate in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge<sup>19</sup>.

Questa scansione in differenti fasi si ritrova anche nella normativa nazionale che ha dato attuazione al dettato comunitario. Mentre la Legge 675/1996 si proponeva di garantire che « *il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale* », ponendo al centro del provvedimento legislativo il rispetto della libertà dell'individuo avverso le crescenti ingerenze di un sistema economico sempre più interessato a raccogliere informazioni, il Codice in materia di trattamento dei dati personali tutela, in primo luogo, il diritto di chiunque alla protezione dei dati personali, cui viene attribuito, dall'art. 2 della legge, un pari rango rispetto al diritto alla riservatezza e agli altri diritti fondamentali della persona.

## 2. LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E « IL SUO DIRITTO ».

Pur essendo storicamente innegabile una diretta riconduzione del diritto alla protezione dei dati personale a quello all'autodeterminazione informativa, proprio di chiunque, a sua volta affermatosi grazie a un'operazione di « *interpretazione dinamica* » del diritto al rispetto della vita privata e familiare ad opera della Corte di Strasburgo<sup>20</sup>, occorre tuttavia chiarire che si tratta di una nuova e più ampia posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento.

Un primo indice di non perfetta coincidenza va rinvenuto nella stessa scelta della formulazione dell'art. 1 del Codice, che anticipa e sovrappone il diritto di chiunque alla protezione dei dati personali rispetto agli istituti che garantiscono l'esercizio del diritto all'autodeterminazione informativa<sup>21</sup>.

Le rigorosissime prescrizioni in materia di protezione dei dati personali, volte a rendere possibile ed effettivo il controllo dell'*interessato* sul flusso informativo dei dati personali che lo riguardano, vengono collocate, nell'ambito del riordino codicistico, in una posizione di strumentalità rispetto alla tutela del diritto alla protezione dei dati.

<sup>18</sup> Formulazione da ultimo recepita dall'art. II-66 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

<sup>19</sup> Formulazione da ultima recepita dall'art. II-67 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

<sup>20</sup> Per una ricostruzione in questo senso delle pronunce della Corte si veda G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il Codice dei dati personali*, Milano, 2004, p. 31 ss.

<sup>21</sup> Respinge invece un modello ricostruttivo dell'art. 2 impostato sulla tesi del-

la tutela in forma oggettiva degli interessi della personalità G. RESTA in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, p. 16 secondo il quale la rilevanza giuridica degli interessi della persona non può trovare unicamente riconoscimento nella predefinizione del valore della persona da parte dell'ordinamento attraverso la sola imposizione di autonomi doveri di condotta in capo a terzi, ma necessita di una, contestuale, configurazione di diritti soggettivi a favore dell'interessato.

La Legge 675/96 e i successivi interventi di integrazione e riordino hanno già chiaramente definito il concetto di protezione dei dati personali<sup>22</sup> prima e, in modo autonomo, rispetto al riconoscimento di una corrispettiva posizione soggettiva del cittadino.

Il sistema di protezione dei dati personali si è, in primo luogo, sostanziato nella imposizione di doveri di condotta in capo ai soggetti che trattano dati i quali sono stati destinatari di severissime prescrizioni, soprattutto in materia di sicurezza, cui l'ordinamento ha ricondotto specifiche ipotesi di responsabilità a prescindere dalla sussistenza di lesioni della posizione dell'interessato al trattamento. In questo sistema la configurazione dei diritti all'autodeterminazione informativa, esplicitato attraverso i nuovi diritti dell'interessato all'accesso, al controllo, alla verifica dei propri dati detenuti e trattati da terzi costituiscono il completamento di un sistema di tutela basato prevalentemente su l'imposizione di doveri di condotta posti in capo a chi compie operazioni di trattamento dei dati personali.

Rispetto a un sistema di tutela così impostato, il successivo riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali mira soprattutto a recuperare una dimensione personalistica, la cui mancanza era denunciata soprattutto dalla dottrina privatistica<sup>23</sup>. Ed infatti, solo in un secondo momento, e quando il sistema di tutela aveva già assunto un elevato livello di oggettivazione, è stata riconosciuta una nuova e specifica posizione di diritto soggettivo sufficientemente ampia, ed, in particolare, più ampia rispetto al solo diritto all'autodeterminazione informativa, da potersi interpretare come corrispettiva rispetto a tutte le posizioni di dovere in precedenza imposte.

Risulta quindi difficile connotare in modo autonomo il diritto alla protezione dei dati personali che, ad oggi, non può che trovare il suo significato più immediato nel rispetto delle prescrizioni poste in capo a chi tratta dati<sup>24</sup>.

In questo senso il riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali si pone in controtendenza rispetto alla denunciata mancanza di un regime attuativo dei diritti fondamentali, spesso enfaticamente procla-

<sup>22</sup> Una esaustiva trattazione del regime di protezione e di sicurezza dei dati personali esula dalle finalità del presente lavoro, per un'analisi approfondita dei profili in materia di sicurezza e protezione alla luce delle disposizioni codicistiche si rinvia a G. CORASANITI, *La sicurezza dei dati personali*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004 p. 112 ss.

<sup>23</sup> Si veda G. RESTA, *Il modello personalistico: diritto generale della personalità e diritto all'autodeterminazione informativa*, op. cit., p. 21 ss.

<sup>24</sup> Intende il diritto alla protezione dei dati personali come «nuovo diritto della personalità» e, segnatamente, come «concretizzazione del diritto generale della personalità» G. RESTA, op. cit., p. 23 evidenziando come intercorra uno stretto legame fra il sistema (civilistico e

pubblicistico) di protezione della personalità e la disciplina del trattamento dei dati. Propende per la natura strumentale del diritto al trattamento dei dati personali rispetto alla «visione procedimentale» della privacy S. SICA, *Le tutele civili*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, p. 562 il quale nota come il diritto alla protezione dei dati personali sia sufficiente a invocare una tutela risarcitoria indipendentemente da lesioni a ulteriori diritti ma come, di fatto, questa, ai fini della liquidazione del pregiudizio non patrimoniale, si risolve nella sola dimostrazione del fatto storico «non-protezione». Conclude, quindi, affermando che il diritto esiste ma la sola forma tangibile di tutela, il risarcimento della sua lesione, per la componente morale, ad oggi, coincide con il fatto in sé.

mati, ma che trovano una concreta attuazione solo in sede di contenzioso. Limitatamente alla affermazione del diritto alla protezione dei dati personali, non è configurabile la crisi della *interpositio legislatoris* essendosi, già precedentemente al riconoscimento dello stesso diritto, provveduto ad assicurare a chiunque, in modo uniforme su tutto il territorio dell'Unione Europea, un elevato sistema di protezione dei dati<sup>25</sup>.

### 3. I DIVERSI LIVELLI E AMBITI DI PROTEZIONE: LA PROGRESSIVA OGGETTIVAZIONE.

In attesa di poter autonomamente connotare il diritto alla protezione dei dati personali non si può che ricostruirne il valore e la portata muovendo dall'analisi delle prescrizioni « *in materia di trattamento dei dati personali* » attraverso la quale il legislatore ha cercato di trovare, nel modo più oggettivo possibile, un punto di equilibrio fra libera circolazione delle informazioni e diritti fondamentali della persona. Il passaggio dal generico riconoscimento dei diritti fondamentali della persona alla puntuale delimitazione in termini univoci dei comportamenti leciti ha incontrato il primo e più consistente ostacolo nella estrema frammentarietà e complessità della società attuale. Questa faticosissima operazione ha costantemente scoperto nuovi vuoti normativi che hanno continuamente indotto il legislatore a recepire gli sforzi specificativi di Garante e interpreti attraverso la formulazione di nuove e sempre più dettagliate previsioni normative.

La severità del regime di protezione varia a seconda che il trattamento dei dati abbia ad oggetto dati personali o dati sensibili. L'individuazione del dato personale avviene secondo regole quanto più possibili oggettivate,

<sup>25</sup> Per una lettura problematica degli scarsi meccanismi di attuazione dei diritti fondamentali si veda C. AMIRANTE, *I diritti umani fra legislazione e giurisdizione*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, a cura di S. GAMBINO, *op. cit.*, il quale nota come sempre più spesso tale deficit attuativo sia sostituito dal ruolo creativo delle Corti Costituzionali che esercitano in modo flessibile un ruolo di definizione delle fattispecie complesse secondo il principio del bilanciamento degli interessi e il principio di proporzionalità. In questo senso si veda inoltre G. ZAGRELBESKY, *op. cit.* Segnala una netta prevalenza del momento individualistico e difensivo nelle esperienze di tutela dei diritti della personalità G. RESTA, *op. cit.*, che evidenzia la diversa logica sottesa alla protezione dei dati personali che pone doveri di condotta in capo al responsabile del trattamento indipendentemente dal rischio di un pregiudizio per gli interessi personali. In questo senso si leggano le disposizioni relative agli obblighi di informativa (art. 13) le regole in materia di misure di sicurezza, nonché il diritto di accesso garantito a ciascun interes-

sato a prescindere dalla concreta tipologia dei dati e delle finalità del trattamento. Sempre in un'ottica di specialità, rispetto agli strumenti di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta Europea, si è posta l'istituzione di una peculiare autorità indipendente difficilmente riconducibile agli altri modelli di authority che attualmente operano in campo economico, cui sono stati attribuiti specifiche funzioni di vigilanza affinché « *il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale* ». Si veda in proposito F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 52 ss., i quali spiegano la ragione della separazione dall'esecutivo della riserva di funzioni a favore dell'Autorità Garante in relazione alla necessità di « *proteggere libertà individuali con un'attività di polizia (diversa da altre attività di polizia solo per le implicazioni tecniche) svolta da un organo non strumentalizzabile dall'esecutivo nell'ambito del suo indirizzo politico* ».

si considera dato personale « *qualunque informazione relativa a persona fisica, giuridica, ente o associazione, identificate o identificabili, anche indirettamente mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*<sup>26</sup> ». Stante le prime difficoltà interpretative, il Codice ha successivamente chiarito e distinto i dati che identificano in modo immediato un soggetto da quelli che consentono di risalire allo stesso solo attraverso il collegamento a un'altra informazione riferibile a questi o a terzi, avendo chiaramente presente come quest'ultima categoria sia in continua evoluzione stante la crescente possibilità di risalire con facilità all'identità di un individuo attraverso il trattamento informatico delle informazioni. La necessità di specificare, con la massima chiarezza possibile, gli ambiti di applicazione della legge ha portato il legislatore a definire il dato anonimo che, al contrario, comprende le informazioni che, in origine o a seguito di trattamento non possono essere associate a un interessato identificabile<sup>27</sup>.

Dalla categoria *dato personale* viene distinta, ancorché senza mai definirli, se non attraverso una elencazione tassativa, la sottocategoria dei dati sensibili. Il legislatore ha così individuato i presupposti di applicazione di un regime di protezione più severo nella individuazione delle operazioni di trattamento che potrebbero presentare rischi per i diritti di libertà costituzionalmente garantiti. Non è stato tuttavia possibile individuare i dati sensibili sulla base di un criterio assolutamente univoco essendo necessario valutare caso per caso quando un dato personale sia « idoneo a rivelare » l'origine razziale ed etnica, le opinioni politiche, filosofiche e religiose, le condizioni di salute, l'adesione a partiti sindacati o altre organizzazioni e le abitudini sessuali. Regime ulteriormente differenziati di disciplina si sono resi inoltre necessari per tutelare i diritti fondamentali dell'individuo a fronte del trattamento di dati giudiziari i quali sono stati autonomamente definiti all'interno del Codice e il cui regime di trattamento risulta oggi, in parte, assimilato al trattamento dei dati sensibili.

Ciò non di meno, ancorché con tutte le incertezze interpretative che possono presentarsi nei casi concreti, i dati sensibili, unitamente alla categoria dei dati giudiziari<sup>28</sup>, sono stati considerati « *il nocciolo duro* » della riservatezza<sup>29</sup> la cui protezione è stata, cautelativamente, individuata nel regime cui le rispettive operazioni di trattamento sono sottoposte.

Ma, ancora, ulteriori possibilità di specificare il sistema di tutela e rendere più stringenti le prescrizioni in materia di trattamento dei dati personali si aprono allorché si individuino, rispetto a specifiche operazioni di trattamento, ovvero in relazione alle peculiarità del titolare del trattamento ipotesi di « rischio specifico » per i diritti e le libertà fondamentali nonché per la dignità dell'interessato. Per queste categorie di dati, da in-

<sup>26</sup> Art. 4 Codice lett. d).

<sup>27</sup> Ciò nonostante al Garante sono spesso state sottoposte questioni interpretative in relazione all'individuazione dei dati anonimi, per una panoramica aggiornata delle pronunce del Garante, si veda R. ACCIAI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>28</sup> Categoria oggi definiti all'art. 4 lettera e) del Codice come « *i dati personali idonei a rivelare i provvedimenti di cui al-*

*l'art. 3 comma 1 lettera da a) a o) e da r) a u) del D.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, nonché la qualità di indagato o di imputato ai sensi dell'artt. 60 e 61 del c.p.c.* ».

<sup>29</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

dividuiasi caso per caso ad opera dell'Autorità, pur non comportando lo stesso « *elevato livello di rischio* » che presenta il trattamento dei dati sensibili, il legislatore ha ritenuto opportuno intensificare le prescrizioni relative al regime di protezione demandando all'Autorità Garante il compito di dettare misure e accorgimenti adeguati in aggiunta a quelli previsti per i trattamenti dei dati comuni<sup>30</sup>.

Un'altra linea di progressiva specificazione della normativa codicistica è da individuarsi rispetto alla progressiva differenziazione delle *species* dei soggetti che trattano dati, essendosi di volta in volta rinvenuti ulteriori e distinte ipotesi di rischio specifico per le quali sono state approntate e recepite, in fonte primaria, particolari misure ed accorgimenti.

Ecco perché, nonostante l'ambito di applicazione della disciplina sia individuato nelle operazioni di trattamento dati, all'interno del Codice si rinvia oggi anche una disciplina settoriale individuata per « *ambiti speciali* » di trattamento misurati in base alle caratteristiche peculiari dei soggetti che trattano dati per i quali, alle regole base, si aggiungono prescrizioni più mirate. È, ad esempio, il caso dei trattamenti in ambito giudiziario<sup>31</sup>, in ambito sanitario<sup>32</sup>, nel sistema bancario e finanziario, nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, in relazione all'attività dei mezzi di informazione la cui disciplina di settore è oggi tutta coordinata all'interno del Codice.

Sempre in questa prospettiva di progressiva positivizzazione possono essere lette le prescrizioni codicistiche in relazione all'attività del Garante tesa a promuovere, nell'ambito delle categorie interessate, la sottoscrizione di codici di deontologia e buona condotta i quali in virtù della prescrizione dell'art. 12 entrano a far parte delle prescrizioni normative del codice spiegando i loro effetti anche al di fuori della categoria sottoscrittrice<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Art. 17 *Codice in materia di protezione dei dati personali*. L'individuazione di questa ulteriore disciplina di dettaglio sarà effettuata con provvedimenti di carattere generale diretti a particolari categorie di titolari o trattamenti in rispondenza del principio comunitario del *prior checking* secondo cui le tutele devono essere graduate in funzione della tipologia del dato trattato. Per un approfondimento e un confronto con lo strumento dell'Autorizzazione generale al trattamento si veda R. ACCIAI, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Rimini 2004, p. 46 ss.

<sup>31</sup> Si rinvia a A. MAIETTA, *I trattamenti in ambito giudiziario, da parte delle forze di polizia e per la difesa e la sicurezza dello stato*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENOVICH, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, p. 165 ss.

<sup>32</sup> Il Codice distingue l'ipotesi di trattamento di dato idoneo a rivelare lo stato di salute e perciò sensibile, dall'ipotesi in cui il trattamento del dato personale avvenga in ambito sanitario ossia da parte di esercenti le professioni sanitarie e gli or-

ganismi sanitari pubblici cui è dedicata la disciplina speciale del Titolo V del Codice *Trattamento di dati personali in ambito sanitario* per ulteriori approfondimenti si veda R. ACCIAI, *I trattamenti in ambito sanitario*, in R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Rimini, 2004.

<sup>33</sup> L'art. 12 del Codice dispone che i Codici di deontologie e buona condotta entrino a far parte del corpus normativo del Codice previa pubblicazione in G.U a cura del Garante dopodiché sono riportati con Decreto del Ministro di Grazia e Giustizia nell'allegato A) del Codice. Per approfondimenti in merito ai cd. « codici di seconda generazione » quali fonte di diritto atipiche aventi effetti « ultracategoria » si veda R. ACCIAI, *op. cit.*, p. 81 nonché in relazione al codice deontologico per il trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica U. DE SIERVO, *Prime considerazioni sul diritto di cronaca e nuova legislazione sulla tutela dei dati personali*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazioni*, in

#### 4. LA LEGITTIMAZIONE DEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI: IL VINCOLO DELLO SVOLGIMENTO DELLE FUNZIONI ISTITUZIONALI.

Per i soggetti pubblici il legislatore italiano ha richiesto, quale condizione di liceità del trattamento dei dati, che questo avvenga in « *esecuzione di un compito di interesse pubblico* ». Il trattamento dei dati personali effettuati da soggetti pubblici è consentito perciò, senza la necessità di un previo consenso del soggetto interessato, ancorché soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali proprie dell'ente.

Il legislatore comunitario lasciava liberi i legislatori nazionali di scegliere, quale forma di legittimazione adottare, il consenso dell'interessato ovvero una specifica legittimazione normativa indipendentemente dalla qualificazione pubblica o privata dei soggetti. La scelta del legislatore italiano è stata la logica conseguenza della constatazione che l'intero sistema amministrativo è già retto dal principio di legalità, per cui i soggetti pubblici sono dalla legge preposti alla cura di interessi pubblici, per il solo perseguimento dei quali possono legittimamente esercitare specifici poteri loro attribuiti dalla legge. Ciò nonostante, dagli intereventi successivi del legislatore e del Garante, traspare con chiarezza l'intento di voler mantenere una connotazione, per quanto possibile, autonoma della disciplina in materia di trattamento dei dati personali rispetto alle disposizioni che presiedono al corretto esercizio dei poteri attribuiti alla Pubblica Amministrazione. Ed infatti, la disciplina relativa alla protezione dei dati personali è stata specificamente ricondotta alla finalità di qualificare il comportamento della Pubblica Amministrazione come lecito senza operare un esplicito coordinamento con le disposizioni e i principi che dettano le condizioni di legittimità dell'azione amministrativa.

Nonostante l'intento originario di parificare la P.A. a qualsiasi soggetto che tratta dati il legislatore italiano si è, tuttavia, trovato a sviluppare la disciplina rivolta alla P.A. non già allo scopo di limitare comportamenti potenzialmente lesivi di interessi altrui, quanto allo specifico fine di porre le condizioni legittimanti delle operazioni di trattamento.

Non può quindi dubitarsi che questa impostazione riapra, con specifico riguardo alla disciplina delle attività di trattamento dati in ambito pubblico, le mai risolte questioni relative all'estensione e intensità del principio di legalità ad oggi sollevate con riferimento alla legittimazione dell'attività amministrativa. Le stesse perplessità insorte circa la possibilità e l'opportunità di ricondurre tutta l'attività amministrativa alla predeterminazione normativa<sup>34</sup>, i dubbi in relazione al grado di specificità della fattispecie normativa che lo soddisfi effettivamente<sup>35</sup>, la effettiva rispondenza delle garanzie in cui si traduce l'applicazione formale del principio a posizione di effettivo interesse, nonché la mancata copertura di situazioni di utilità non contemplate né contemplabili dalla norma, si ripropongono con specifico riguardo alla fissazione delle « condizioni di liceità » del trattamento in ambito pubblico.

vol. XXVIII G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999.

<sup>34</sup> Si veda M. NIGRO, *La funzione or-*

*ganizzatrice delle Pubbliche amministrazioni*, Milano, 1966.

<sup>35</sup> A. AZZENA, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in *op. cit.*, p. 56 ss.

Pur non essendo state introdotte, all'interno del Codice, speciali distinzioni in ordine agli strumenti di tutela del cittadino avverso i trattamenti illeciti, poiché non consentiti, da parte delle pubbliche amministrazioni, non possono non sollevarsi dubbi in relazione alla effettiva natura sostanziale della posizione tutelata.

L'alternativa fra il sistema di autorizzazione dei soggetti privati e dei soggetti pubblici può infatti considerarsi equivalente ai fini della costruzione di un sistema di trattamento dati completamente trasparente che consenta sempre e comunque all'interessato di conoscere chi tratta i dati personali, come e a quale scopo. È altresì equivalente al fine dell'esplicitazione del vincolo di scopo, sia che trovi la sua fonte nel consenso o, invece, nella legge. Mentre non altrettanto può dirsi in relazione al potere dell'interessato di disporre liberamente dei propri dati, che è pressoché illimitato solo verso i soggetti privati, ma che risulta, invece, interamente sacrificato nei confronti delle pubbliche amministrazioni in virtù della necessità, esplicitata dalla legge, di trattare dati per una finalità di cura di interessi pubblici<sup>36</sup>.

L'interessato vede soddisfatto il suo « diritto alla protezione dei dati personali » unicamente attraverso il rispetto delle prescrizioni di legge che autorizzano, indipendentemente dalla sua volontà, i soggetti pubblici a trattare dati personali per il perseguimento di finalità di interesse pubblico coincidenti con quelle alla cui cura è preposto l'ente. Se, infatti, i pubblici poteri hanno facoltà di trattare dati solo per il perseguimento delle finalità istituzionali loro proprie è quindi, in primo luogo, nel rispetto del vincolo teleologico che risulta *ex lege* sufficientemente tutelato il diritto dell'interessato alla protezione dei dati personali; per cui si può ragionevolmente ritenere che l'autorizzazione al trattamento dei dati possa considerarsi implicita nell'attribuzione alla stessa amministrazione del potere autoritativo finalizzato all'esercizio delle funzioni di cura di interessi pubblici<sup>37</sup>. Il sacrificio del diritto di disporre dei propri dati personali non è stato invece esteso, nonostante le innumerevoli incertezze iniziali<sup>38</sup>, ai concessionari di servizio pubblico che ancorché operanti per il perseguimento di una fi-

<sup>36</sup> Sulla rilevanza del consenso in quanto funzionale alla libera costruzione della libertà individuale, nonché quale strumento che consente all'interessato di stabilire le modalità di svolgimento del trattamento si veda E. PELLECCIA, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 499 ss.

<sup>37</sup> Sulla configurabilità dell'attività conoscitiva della P.A. come potere implicito « in quanto attività automaticamente compresa nel potere amministrativo principale » si veda F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. MERLONI, Rimini, 2001; sul nesso di strumentalità che lega l'informazione all'esercizio delle competenze si veda M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e*

*sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico*, in *Dir. pubb.*, 2005, p. 525 ss.

<sup>38</sup> Per una ricostruzione critica che mira a superare le argomentazioni in virtù delle quali parte della dottrina intendeva comprendere nella nozione di enti pubblici dell'art. 18 della Legge 675/1996 anche i concessionari di pubblico servizio si veda F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 214. Si veda, in proposito, nota Autorità Garante 9 giugno 1998 ove si considera il rapporto di concessione ai fini della legittimazione dell'attività di trattamento dati alla stregua di un rapporto di collaborazione esterna per cui il trattamento avverrà secondo le regole previste per gli enti pubblici salvo che il concessionario disponga di una riconosciuta autonomia decisionale nel qual caso sarà considerato un autonomo titolare e soggetto alle regole proprie dei privati.

nalità di interesse pubblico giuridicamente qualificata sono tenuti a richiedere il consenso dell'interessato.

La qualificazione giuridica della finalità di interesse pubblico rileva quindi su due fronti: da un lato è la misura in base al quale un'operazione di trattamento dati si connota come lecita o meno, dall'altro contribuisce a fissare i parametri di legittimità dell'attività amministrativa nell'ambito della quale vengono trattati i dati.

La nuova formulazione dell'art. 18 impone che il trattamento di dati personali sia effettuato solo per lo svolgimento delle funzioni istituzionali osservando i presupposti e i limiti stabiliti dal Codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti. La constatazione della impossibilità di assoggettare ogni « *atto e momento* » alla legge formale<sup>39</sup> ha prodotto un ridimensionamento del principio per ciò che concerne il trattamento dei dati comuni e, infatti, l'art. 19 chiarisce che, ferme le prescrizioni dell'art. 18, « *il trattamento di dati diversi da quelli sensibili e giudiziari è consentito, anche in mancanza di una norma di legge o di regolamento che lo preveda espressamente* » così che le amministrazioni rimangono libere di definire discrezionalmente le specifiche operazioni di trattamento in virtù delle quali si intende perseguire la finalità dell'ente. Resta tuttavia da chiarire che tipo di controllo l'interessato potrebbe esigere in sede di ricorso su tali scelte operate in relazioni alle operazioni di trattamento ai fini di ottenere, non già la sola tutela risarcitoria, ma, in particolare, in sede di ricorso all'Autorità Garante, il blocco o la cancellazione dei dati trattati ovvero « *qualunque altro provvedimento il Garante ritenga utile ai fini della soddisfazione dei diritti dell'interessato* »<sup>40</sup>; il che potrebbe presumibilmente comportare l'annullamento di un provvedimento amministrativo.

L'intero impianto codicistico si regge sulla chiara esplicitazione del vincolo teleologico ricavabile dall'ordinamento amministrativo<sup>41</sup> e sulla previ-

<sup>39</sup> F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969 che nota come il principio di legalità nella sua concezione più rigorosa « *è irrealizzabile e probabilmente non è stato mai realizzato* ».

<sup>40</sup> Il contenuto dei provvedimenti emanati dall'Autorità Garante in sede di ricorso sono stati più volte oggetto di specifici studi soprattutto in considerazione degli ampi poteri discrezionali riconosciuti all'Autorità, da un punto di vista strettamente privatistico sono invece rari i contributi che ne evidenziano i profili problematici allorché si ricorra avverso un'attività di trattamento posta in essere « *illegittimamente* » da una Pubblica Amministrazione, si veda in proposito D. SIMEOLI, *La tutela dell'interessato*, in R. ACCIAI, *op. cit.*, p. 319 il quale, partendo dal presupposto che i parametri di valutazione dell'illiceità delle operazioni di trattamento siano tutti dati dal sistema, che, a tal fine, ha operato gli opportuni bilanciamenti di interessi con specifico riguardo alle pretese potestative

di opposizione al trattamento, circo-scrive, in un primo momento, l'accertamento del giudice unicamente sull'avvenuta integrazione dei presupposti della fattispecie legale attributiva del potere aggiungendo tuttavia che « *particolare importanza avrà la verifica del corretto bilanciamento degli interessi* ».

<sup>41</sup> Per un'interpretazione estensiva del vincolo teleologico posto alle attività di trattamento si veda A. BARBIERO, *Per un regolamento sulla tutela della riservatezza di dati personali contenuti in archivi e banche dati comunali*, in *Nuova rassegna*, 1997, p. 1626, nonché parere Garante 22 luglio 1997 in *Bollettino Cittadini e società dell'informazione*, 1997, n. 1, p. 44 ss.; in relazione alla legittimità di attività di videosorveglianza poste in essere dagli enti locali si veda parere Garante 14/15 ove si evidenzia come la finalità di « *prevenzione dei reati* » sia propria esclusivamente degli enti cui esplicitamente la legge la attribuisce espressamente. L'Autorità Garante, provvedimento 26 maggio

gente determinazione dei criteri di individuazione degli enti pubblici<sup>42</sup> riaprendo, ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di trattamento dati, problematiche interpretative già note al diritto amministrativo.

In particolare, stante la preminenza riconosciuta alla fonte normativa statale, in materia di trattamento dei dati occorrerà valutarne la compatibilità con il progressivo assestamento dei criteri di riparto della potestà legislativa e regolamentare. A questo fine risulta determinante stabilire se sia più congruo attribuire a una fonte legislativa, nazionale o regionale la funzione di individuazione e attribuzione della funzione istituzionale in virtù della quale « diventa legittimo » il trattamento dei dati effettuato da un soggetto pubblico<sup>43</sup>. Quest'ultima questione va affrontata alla luce della non ancora assorbita riforma del Titolo V della Costituzione in considerazione del livello di incisività che possono avere le fonti regolamentari in base al riconoscimento di una maggiore autonomia degli enti territoriali.

Su questo specifico punto si scontrano una concezione centralista<sup>44</sup> della potestà regolamentare in materia di diritti fondamentali della persona, pa-

---

2000, in Bollettino 13, p. 15, ha censurato la Legge del Friuli Venezia Giulia 97/2000 che, nel riordinare la disciplina della banca dati regionale sulle agevolazioni finanziarie ha, troppo genericamente, legittimato tale attività in relazione alle « altre finalità di carattere istituzionale ».

Rileva come gli enti locali, successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, ai fini della legittimazione delle operazioni di trattamento, debbano essere considerati enti pubblici a fini generali T. TESSARO e F. TROJANI, in *Privacy e accesso ai documenti dell'Ente Locale*, Rimini, 2004, p. 48 ss.

<sup>42</sup> L'art. 18 del Codice si riferisce ai soggetti pubblici esclusi gli enti pubblici economici mentre altre disposizioni del Codice si riferiscono alle Pubbliche Amministrazioni. In primo luogo si è inteso interpretare la disposizione come riferita alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 2 del D.Lgs. 165/2001 anche se non sono mancate interpretazioni che hanno esteso l'applicabilità della disciplina anche ai soggetti privati che svolgono attività di interesse pubblico facendo leva sul concetto di organismo di diritto pubblico richiamato dal disposto della Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (91) 10 del 19 settembre 1991 sulla comunicazione di dati personali a terzi da parte di organismi pubblici. Altre correnti interpretative ritengono invece estendibile la disciplina di cui al capo II ai concessionari riproponendo la teoria dell'organo indiretto della pubblica amministrazione nonché sul disposto del D.Lgs. 135/1999 in relazione alla qualificazione di rilevante interesse pubblico « delle attività dei soggetti pubblici dirette all'applicazione, anche tramite i loro concessionari,

*delle disposizioni in materia di tributi... omissis* ». Per una ricostruzione puntuale del dibattito dottrinale sul punto si veda F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 215 in quale propende per l'individuazione dei soggetti pubblici attraverso il rinvio alle disposizioni del T.U. sul pubblico impiego. Si vedano, inoltre, le pronunce del Garante ivi citate il quale ha inteso risolvere i problemi interpretativi insorti riportandoli sul piano organizzativo interno ed, in particolare, configurando il rapporto ente-concessionario come titolare-responsabile.

<sup>43</sup> Specifica, a tal proposito, F. CARDARELLI, *op. cit.*, i diversi ruoli che potrebbero rivestire a tal fine leggi e regolamenti. In particolare conclude ritenendo che, dato che l'intera materia è articolata sulla tutela di diritti soggettivi, spesso in contrasto fra loro debba essere una fonte primaria a definire i limiti dell'attività, salvo deleghi l'intervento di successive fonti regolamentari. La legge regionale Toscana 30 gennaio 2004 *Promozione dell'amministrazione elettronica e della società dell'informazione e della conoscenza nel sistema regionale. Disciplina della « Rete telematica regionale toscana »* all'art. 5 dispone in relazione al trattamento dei dati personali che « La realizzazione di servizi informativi pubblici per la promozione e lo sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza costituisce svolgimento di funzioni istituzionali ai fini del trattamento di dati personali da parte della Regione e degli enti del sistema regionale delle autonomie locali ».

<sup>44</sup> In questo senso si veda sentenza Corte Cost. 23 giugno 2005, n. 271 ove, a seguito del ricorso avverso la Legge della Regione Emilia-Romagna, si riconduce la

rallela alla competenza legislativa statale esclusiva, con il nuovo assetto policentrico delle competenze legislative e regolamentari<sup>45</sup>.

Ciò rileva sia in relazione al consistente trasferimento della potestà regolamentare dallo Stato alle regioni, che in relazione al pieno riconoscimento della potestà regolamentare degli enti locali in relazione all'esercizio e all'organizzazione delle funzioni loro attribuite. La prassi seguita fino ad oggi dal Garante sembra assecondare questo nuovo assetto delle fonti normative e regolamentari in quanto si è ritenuto sufficiente che vi sia una specifica attribuzione all'ente di potestà regolamentare ad « efficacia esterna » da parte di una norma di legge perché questi possa autonomamente disporre la comunicazione o la diffusione dei dati<sup>46</sup>.

La concreta possibilità che il rinvio a successivi interventi di disciplina secondaria mini ulteriormente il centralismo statale si ripropone in relazione alla disciplina della comunicazione fra soggetti pubblici e fra soggetti pubblici e privati. Il rispetto del vincolo teleologico è infatti sufficiente ai soli fini della copertura autorizzatoria delle operazioni di trattamento aventi ad oggetto dati comuni, mentre si richiede espressamente che sia una norma di legge o di regolamento ad autorizzare la comunicazione da parte di un soggetto pubblico ad altri soggetti pubblici ovvero da parte di soggetti pubblici a privati. Stante il pericolo di blocco delle attività di comunicazione interamministrativa, il Codice prevede che, qualora manchi una previsione normativa espressa, la comunicazione è ammessa, quando necessaria per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, imponendo, tuttavia, all'ente titolare del trattamento di effettuare un'apposita comunicazione al Garante qualunque sia la forma della comunicazione alla quale si intende procedere, anche se mediante convenzione. In tal caso i trattamenti oggetto di comunicazione possono essere iniziati trascorsi 45 gg dal ricevimento della comunicazione, salvo diversa determinazione, anche successiva, del Garante.

## 5. IL MAGGIOR RIGORE DELLA « RI » LEGITTIMAZIONE DEI TRATTAMENTI AVENTI AD OGGETTO DATI SENSIBILI.

Per il trattamento dei dati sensibili già prescrizioni comunitarie prevedevano un regime maggiormente garantista per i diritti fondamentali del cittadino. L'art. 8 della direttiva 95/46/CE pone un divieto generale di trattamento dei dati sensibili salvo che gli Stati membri « *per motivi di interesse pubblico rilevante* » autorizzino espressamente deroghe con un puntuale

materia della tutela dei dati personali alla potestà legislativa e regolamentare esclusiva dello Stato in quanto di stretta derivazione comunitaria, nonché attinente alle materie dell'ordinamento civile, alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernete i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale nonché attinente al coordinamento informativo informatico e statistico dei dati dell'amministrazione statale regionale e locale. Si veda altresì provvedimento Autorità Ga-

rante 26 maggio 2000 in relazione Legge regionale Friuli-Venezia Giulia cit.

<sup>45</sup> Per un approfondimento del tema si veda A. RUGGERI, *Il parallelismo « redi-vivo » e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però soltanto in parte soddisfacente) pronuncia. Nota a Corte Cost. 303 del 2003 in Forum dei quaderno costituzionali [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>46</sup> Si veda F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 231 e pronunce Autorità Garante ivi cit.

intervento legislativo, ovvero, sulla base di una decisione dell'Autorità di controllo.

Il legislatore nazionale ha quindi seguito la stessa logica del trattamento dei dati personali (che possono essere trattati prescindendo dal consenso dell'interessato là dove una norma di legge legittimi l'attività di trattamento), ma ha anche inteso mantenere un maggior livello di autonomia della disciplina rispetto all'ordinamento amministrativo, facendo affidamento sulle maggiori garanzie offerte da una concezione rigidamente legalistico-formale del principio di legalità.

Perché il trattamento dei dati sensibili sia legittimo deve esistere una espressa disposizione di legge che *autorizzi* il trattamento dei dati, specificando *i tipi di dati* che possono essere trattati nonché *i tipi di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite*.

Ciò ha reso necessario compiere una imponente operazione di qualificazione normativa di tutte le operazioni di trattamento poste in essere nell'ambito delle attività dei pubblici poteri, non ritenendosi, a questo fine, sufficientemente garantista per i diritti e le libertà fondamentali la sola disciplina attributiva e regolativa delle funzioni istituzionali. Stante, quindi, la paventata pericolosità di tutte le operazioni di trattamento aventi ad oggetto dati sensibili, se ne vieta in toto il compimento salvo non esistano « speciali » ragioni di prevalenza.

A questo punto pare necessario sottolineare che queste disposizioni si sovrappongono a un sistema che non aveva mai messo in dubbio la legittimità delle singole operazioni di trattamento di dati sensibili effettuate dalle Pubbliche Amministrazioni nell'ambito delle attività amministrative e di diritto privato, né conosceva, prima del riconoscimento della piena risarcibilità anche delle lesioni sottese a una posizioni di interesse legittimo, alcun tipo di distinzione fra legittimità dell'attività e liceità delle singole operazioni effettuate, non già con documenti ma con dati, per cui non poche difficoltà sono sorte in relazione alle reali possibilità della messa a regime del sistema di garanzie.

In questo si è mostrata una forse eccessiva fiducia nella capacità del legislatore di aggiornare l'ordinamento inteso nel senso più formale possibile e, per contro, una contestuale sfiducia nella possibilità di reinterpretare in questo senso la normativa preesistente<sup>47</sup>. Stante, inoltre, la finalizzazione della disciplina così introdotta alla tutela di diritti e libertà fondamentali dell'individuo, non pare sussistere dubbio che si ricada in una materia di competenza esclusiva statale. Proprio dopo che, constatata l'impossibilità di aggiornare in tempo utile la disciplina dell'attività amministrativa con disposizioni di rango primario e scelta, quindi, la via della delegificazione, una legge ha contestualmente imposto di provvedere, invece, con fonti primarie alla disciplina di tutti i trattamenti astrattamente effettuabili con dati sensibili, da qualsivoglia ente pubblico, per interessi da riconoscersi, a tal proposito, come finalità di « *rilevante interesse pubblico* »<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Tale difficoltà fu chiaramente tenuta presente dal legislatore già nel 1996 ed, infatti, venne prevista l'apposizione di un termine transitorio per l'applicazione di tale norma ai trattamenti iniziati prima del 1996.

<sup>48</sup> È stato altresì notato come il concetto di rilevante interesse pubblico rimanga giuridicamente indeterminato conseguentemente non definendo l'estensione della potestà legislativa statale autorizzatoria.

Se la Legge 675/96 non fosse stata in gran parte disattesa, in sede di prima applicazione, avrebbe sicuramente determinato una paralisi di tutte le attività amministrative, che per la maggior parte, consistono, quasi esclusivamente, in operazioni di trattamento dei dati sensibili in quanto l'amministrazione risultava sprovvista del necessario potere di sacrificare gli interessi confliggenti con la conoscenza e l'utilizzo dei dati per il perseguimento delle finalità istituzionali.

Riscontrata, quindi, l'assoluta irrealizzabilità delle condizioni prescritte, il legislatore nazionale ha semplificato il sistema delle fonti di disciplina delle operazioni di trattamento dei dati sensibili, devolvendo alla potestà regolamentare dei singoli enti il compito di integrare la normativa statale<sup>49</sup>.

Fra le tre condizioni inizialmente individuate perché la PA possa trattare legittimamente i dati (esplicitazione delle finalità di rilevante interesse pubblico perseguite, nonché analitica previsione delle tipologie di dati che possono essere trattati e delle tipologie di operazioni eseguibili) è stato considerato irrinunciabile esplicitare, all'interno di una fonte primaria, le specifiche indicazioni relative alle rilevanti finalità di interesse pubblico. Se esiste una norma di legge che qualifica una funzione istituzionale come di « *rilevante interesse pubblico* » è allora possibile demandare ai singoli enti la possibilità di esplicitare i tipi di operazioni eseguibili e tipi di dati trattati.

Il rigore iniziale è stato quindi mantenuto solo per ciò che concerne l'esplicitazione delle « *finalità di rilevante interesse pubblico* », senza tuttavia chiarire che linea di discriminazione si ponga fra funzione istituzionale « semplice », non sufficiente di per sé a legittimare le operazioni di trattamento, e sue rilevanti finalità di interesse pubblico. Anche se il D.Lgs. 135 del 1999 ha provveduto a fornire un'elencazione di molte finalità di rilevante interesse pubblico, operando un diretto rinvio alle attività amministrative nell'ambito delle quali la P.A. tratta dati sensibili, non ha di fatto contribuito a individuare i diritti « di pari rango », ovvero « di rango prevalente », rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali per la cui tutela si è ritenuto di dover porre un generale divieto alle operazioni di trattamento.

L'elencazione contenuta nel Decreto Legislativo, oggi aggiornata e integrata all'interno del Codice<sup>50</sup> sembra invece il risultato di un riscontro em-

Se, comunque, il legislatore applicasse estensivamente la deroga, in violazione del principio di ragionevolezza o proporzionalità, la legge sarebbe sottoponibile al controllo della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE, in questo senso si veda F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 238.

<sup>49</sup> Modifica introdotta dal D.Lgs. 135/99 in virtù della Legge delega 676/1996.

<sup>50</sup> Si vedano articoli da 59 a 74 del Codice i quali riportano l'elencazione delle rilevanti finalità di interesse pubblico riconosciute ad opera del D.Lgs. 135/1999. Sono quindi di rilevante interesse pubblico « *le attività finalizzate all'applicazione*

*della disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi* », le finalità « *relative alla tenuta degli atti dei registri dello stato civile, delle anagrafi della popolazione residente in Italia e dei cittadini italiani residenti all'estero, delle liste elettorali, nonché relative al rilascio di documenti di riconoscimento o al cambiamento delle generalità* », le finalità di « *applicazione della disciplina in materia di cittadinanza, di immigrazione, di asilo, di condizione dello straniero e del profugo e sullo stato di rifugiato* », le finalità « *di applicazione della disciplina in materia di esercizio dei diritti politici e di pubblicità dell'attività di organi* », le finalità « *di applicazione delle disposizioni in materia di tributi e*

pirico delle attività nell'ambito delle quali la P.A. tratta dati sensibili volto a « autorizzare » operazioni « a rischio di blocco » difficilmente riconducibile a qualsiasi classificazione funzionale<sup>51</sup>.

L'elenco delle finalità di rilevante interesse pubblico non sembra presentare particolari relazioni neanche con principi costituzionali posti a tutela delle libertà fondamentali, né rinviare a diritti fondamentali dell'individuo, limitandosi a operare un rinvio alle concreta attività che « legittimano ». È il caso ad esempio, della categoria residuale di « *altre finalità in ambito amministrativo e sociale* »<sup>52</sup> che censisce come finalità di rilevante interesse pubblico attività amministrative affatto omogenee, come la gestione degli asili nido, delle mense scolastiche, ma anche le attività dei difensori civici regionali e locali.

In sintesi, da una valutazione *ex post* appare evidente che là dove, a seguito di un censimento empirico delle attività, è stata messa in discussione la sussistenza di uno specifico potere dell'amministrazione di trattare dati sensibili, prescindendo dal consenso dell'interessato, è prontamente intervenuto il legislatore che ha elevato l'attività a finalità di rilevante interesse pubblico senza, tuttavia, esplicitare anche la scala di garanzie e valori sottesi alla scelta fatta<sup>53</sup>.

## 6. I REGOLAMENTI CONFORMI AL PARERE ESPRESSO DAL GARANTE.

In tutti i casi in cui la legge specifichi le rilevanti finalità di interesse pubblico e non i tipi di dati sensibili trattati e le operazioni eseguibili « *il trattamento è consentito solo in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento, nel rispetto delle finalità perseguite nei singoli casi, con atto di natura regolamentare, adottato in conformità al parere espresso dall'Autorità Garante* ».

La disposizione ammorbidisce, con una soluzione di compromesso, i toni di un rigido centralismo legislativo e regolamentare, nel rispetto delle disposizioni comunitarie, in virtù delle quali le operazioni di trattamento dei dati sensibili sono consentite solo in forza di atti legislativi o di provvedimenti dell'autorità di controllo. Sebbene la normativa comunitaria imponesse la sostanziale indisponibilità, da parte del Parlamento, del potere di disciplinare la materia in ragione della riconosciuta necessità di assicurare un elevato livello di democraticità alle scelte comportanti il sacrificio di interessi fondamentali della persona, grazie all'intermediazione del parere dell'Autorità di controllo, è stato tuttavia possibile porre i presupposti per la costruzione di un sistema di legittimazione assolutamente dettagliato in grado di « autodifferenziarsi ».

*in materia doganale* », le finalità proprie di « *attività di controllo e ispettive* », le finalità relative al conferimento di « *onorificenze, ricompense e riconoscimenti* », le attività di « *volontariato e obiezione di coscienza* », le attività volte allo *svolgimento dei rapporti istituzionali con enti di culto*, nonché le « *altre finalità in ambito amministrativo e sociale* ».

<sup>51</sup> Si veda *Le funzioni* in S. CASSESE (a

cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 16 ss.

<sup>52</sup> Art. 73 del Codice.

<sup>53</sup> Significativo in questo senso è l'art. 85 il quale considera di rilevante interesse pubblico le finalità che rientrano nei compiti del Servizio Sanitario Nazionale e degli altri organismi sanitari pubblici relative a una serie di specifiche attività dalla stessa norma analiticamente riportate.

Qualora, invece, manchi anche l'esplicitazione legislativa della rilevante finalità di interesse pubblico, i soggetti pubblici possono richiedere al Garante l'individuazione delle attività, fra quelle demandate ai medesimi soggetti dalla legge, che perseguono finalità di rilevante interesse pubblico<sup>54</sup>, dopo di che potranno proseguire legittimamente il trattamento esplicitando, con un atto di natura regolamentare, i tipi di dati trattati e le modalità di trattamento.

Il legislatore ha affidato a una fonte di diritto amministrativo il compito di rendere conoscibile al privato i tipi di dati sensibili trattati e le operazioni eseguibili, mantenendo l'uniformità della disciplina attraverso l'omologazione del parere, obbligatorio e vincolante, espresso dall'Autorità Garante « *se del caso anche attraverso schemi di regolamento-tipo* ».

Rispetto alle attività di trattamento aventi ad oggetto dati comuni, il potere di incidere sui diritti e le libertà individuali del cittadino, autorizzando puntualmente operazioni di trattamento in relazione a dati specificamente individuati, non è lasciato alla determinazione discrezionale dell'amministrazione caso per caso, ma è stato riservato alla potestà regolamentare. Sono, quindi, competenti a predisporre detti regolamenti solo gli enti cui la legge attribuisce espressamente una potestà regolamentare con efficacia esterna secondo le procedure di approvazione rispettivamente previste dalla legge. Si è quindi voluto mantenere l'originale impostazione garantista riservando a un livello decisionale direttamente legittimato dalla legge il compito di autorizzare, nell'ambito delle attività indicate dalla legge, le singole operazioni potenzialmente incidenti in modo ulteriore e più specifico sulla libertà dell'individuo. A questo proposito lo stesso Garante ha riferito la previsione del comma 2 dell'art. 20 ai soli regolamenti che presentino i caratteri formali espressamente previsti dalla legge<sup>55</sup>.

Questa precisa individuazione dell'assetto delle competenze autorizzatorie in relazione alle tipologie di dati e alle operazioni eseguibili è il risultato di un processo di progressiva specificazione della disciplina. Alla chiara formulazione di questa disposizione si è pervenuti solo in sede di riordino codicistico accogliendo gli apporti interpretativi dell'Autorità Garante.

La prima formulazione contenuta nel D.Lgs. 135/99 metteva preminentemente in evidenza l'esigenza di pubblicizzare, « *secondo i rispettivi ordinamenti* », le specificazioni relative ai tipi di dati trattati e alle operazioni eseguibili, non compiendo a priori scelte in merito alla tipologia di atto cui affidare la relativa operazione<sup>56</sup>. La stessa formulazione della norma

<sup>54</sup> F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 245 nota come, in questo caso, l'autorizzazione al trattamento data dal Garante sostituisca il parere sull'atto di natura regolamentare in quanto comprende anche indicazioni relative ai tipi di dati e operazioni eseguibili rilevando altresì che il Garante non invade, in questo caso, una sfera di competenza legislativa statale in materia di attribuzione della funzione e di individuazione della relativa finalità di interesse pubblico, egli riscontra, infatti, che il Garante si limita a qualificare o meno la funzione istituzionale come di « rilevante » interesse pubblico.

<sup>55</sup> Si veda comunicato stampa dell'Au-

torità Garante 15 novembre 1999 in Cittadini e società dell'informazione n. 10, p. 112 ove, prima della riformulazione attuale della norma l'Autorità Garante, data la natura della materia riguardante i diritti fondamentali ritenne impossibile procedere con meri amministrativi, con regolamenti interni o con disposizioni puramente organizzative.

<sup>56</sup> La precedente versione aveva sollevato non poche perplessità in ordine alla natura giuridica del provvedimento da adottare, tanto che si riteneva che i provvedimenti individuativi di dati e operazioni dovessero essere atti amministrativi rico-

evidenziava come obiettivo preminente quello di rendere effettivamente trasparenti, e quindi controllabili da parte del cittadino, tutti i processi aventi ad oggetto trattamenti di dati sensibili non prendendo posizione in relazione al tipo di potere cui attribuire la relativa scelta.

Anche la formulazione attuale, nonostante faccia espresso riferimento all'atto di natura regolamentare, pone ancora chiaramente l'accento sulla funzione di pubblicità che ha l'attività dell'ente in quanto rende conoscibile a chiunque il provvedimento attraverso il quale si specifica, nel modo più concreto possibile, quali dati personali l'ente detenga, quali operazioni esegua e per quali finalità<sup>57</sup>.

La scelta di attenersi a criteri rigidamente formali di individuazione dell'atto comporta, in questo senso, la maggior garanzia data dalla possibilità di avvalersi di un regime di pubblicità normativamente predeterminato, assistito dalla presunzione di conoscenza che l'ordinamento riconosce agli atti normativi.

Da un punto di vista strettamente sostanzialistico alcuni dubbi possono invece essere avanzati in merito alla effettiva innovatività riconosciuta agli emanandi regolamenti<sup>58</sup>. Tali dubbi sono alimentati prevalentemente dalla constatazione che sono state qualificate di rilevante interesse pubblico specifiche attività amministrative, già disciplinate dall'ordinamento, rispetto alle quali gli emanandi regolamenti saranno ulteriormente specificativi delle singole operazioni che le compongono e dei tipi di dati trattati.

Sono altresì sintomatiche di una presunta natura ricognitiva dei regolamenti anche le metodologie di analisi elaborate, con l'ausilio dell'Autorità Garante, ai fini della determinazione del contenuto dei regolamenti che presuppongono un'attenta mappatura dell'attività e dell'organizzazione dei processi dei singoli enti<sup>59</sup>. La formulazione dei disegni di regolamento si basa, infatti, su uno specifico lavoro di studio dell'organizzazione e di censimento dei dati trattati nell'ambito delle differenti attività dell'ente i

gnitivi e non regolamenti. Successivamente il Garante, con nota 17 gennaio 2002, Bollettino Cittadini e società dell'informazione n. 24, p. 41, ha stabilito che doveva darsi attuazione alle disposizioni in materia di trattamento dei dati sensibili attraverso un atto di natura regolamentare posto che i provvedimenti da adottare non hanno un carattere meramente ricognitivo di prassi preesistenti, ma producono effetti innovativi e significativi sui diritti fondamentali della persona rendendo lecite alcune operazioni di trattamento che, se effettuate su dati comuni, richiederebbero una norma di legge o di regolamento. A queste argomentazioni si aggiunga che è lo stesso ordinamento comunitario a disporre che sia una fonte primaria o una decisione dell'autorità di vigilanza a prevedere condizioni e limiti al trattamento dei dati sensibili. In precedenza la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva ritenuto l'attività meramente ricognitiva e aveva provveduto con atto non normativo, nota DAGL/643 Pres. 98, 1 dicembre 1998.

<sup>57</sup> Si veda F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 242.

<sup>58</sup> Si veda, in questo senso, F. CARDARELLI, *op. cit.*, p. 243, in senso contrario Autorità Garante parere 17 gennaio 2002 *ivi cit.*

<sup>59</sup> La stessa Autorità Garante, pur sostenendo che gli emanandi regolamenti non hanno natura meramente ricognitiva, ma incidono in maniera ulteriore su aspetti sostanziali della tutela dei diritti del singolo, propone, ai fini della individuazione del contenuto delle norme regolamentari, un metodo di analisi di fatto ricognitivo delle attività di competenza degli enti. La formulazione degli schemi di regolamento dovrà, infatti, prevedere norme che espressamente denominino le varie attività di trattamento, riconducendole a una delle rilevanti finalità esplicitate indicando contestualmente, la fonte normativa legittimante. Si veda Provvedimenti a carattere generale del 30 giugno 2005 *Trattamento dei dati sensibili nella pubblica amministrazione* (G.U. n. 170 del 23 luglio 2005).

cui risultati sono schematizzati all'interno della fonte regolamentare, conformemente allo schema di parere tipo predisposto dal Garante.

Queste perplessità paiono acute dalla previsione dell'art. 20 comma 3 dal quale si deduce una certa instabilità temporale della fonte regolamentare destinata ad essere periodicamente aggiornata e integrata e che sembra pertanto inadeguata a garantire l'affidabilità delle disposizioni ivi contenute. Ciò risponde indubbiamente all'esigenza di garantire flessibilità a un sistema di disciplina che si sovrappone a quello, molto meno dettagliato a livello normativo, che presiede al corretto esercizio dei pubblici poteri, stante soprattutto la realistica possibilità di continui cambiamenti organizzativi e funzionali. Pare in sostanza di poter concludere che la formulazione di questi regolamenti possa essere considerata una buona occasione per analizzare e riorganizzare periodicamente i processi<sup>60</sup>, anche se la soluzione formale accolta potrebbe rappresentare un fattore frenante dovendosi sempre provvedere, anche per modifiche parziali, con delibera degli organi di indirizzo politico dotati di potestà regolamentare<sup>61</sup>.

Specifiche perplessità vanno, in particolare, sollevate in relazione all'interferenza delle disposizioni codicistiche con le disposizioni costituzionali che hanno riconosciuto agli enti locali piena potestà regolamentare in relazione all'esercizio e organizzazione delle funzioni loro attribuite. Dati i rilievi in relazione alle modalità seguite per dare contenuto alle norme regolamentari (che viene, come detto, rinvenuto attraverso il censimento delle operazioni eseguite con i dati sensibili nell'ambito delle attività legittimate), potrebbe, infatti, verificarsi il caso in cui l'esercizio della potestà regolamentare dell'ente locale abbia una qualche connessione con la materia del trattamento dei dati, così da far dubitare che l'ente possa comunque godere di una piena potestà regolamentare indipendentemente dalla richiesta di parere conforme dell'Autorità Garante<sup>62</sup>.

Ciò non di meno è prevalso l'orientamento favorevole a un rinvio alla disciplina legalistico-formale della potestà regolamentare in ragione della considerazione che le scelte compiute in relazione all'individuazione dei tipi di dati e delle operazioni eseguibili non sono meramente esecutive di prescrizioni legislative, ma incidono, in modo ulteriore e autonomo, ri-

<sup>60</sup> Non i procedimenti giacché la relativa disciplina segue logiche parallele, ma non coincidenti.

<sup>61</sup> Solleva questa specifica problematica con riguardo ai nuovi obblighi deliberativi degli organi di indirizzo politico degli enti locali F. CARDARELLI, *op. cit.*

<sup>62</sup> Nel senso di una non configurabilità di una potestà regolamentare piena nel caso di specie si veda F. CARDARELLI, *op. cit.* il quale solleva altresì il problema in relazione alle materie di competenza legislativa esclusiva statale le cui corrispondenti funzioni sono però delegate agli enti locali (cittadinanza stato civile ed anagrafi) per le quali lo stato conserva una potestà regolamentare esclusiva. In tale ipotesi l'Autore evidenzia come l'adozione da parte degli enti locali di regolamenti che potrebbero

incidere sulla materia confliggerebbe con il riparto delle competenze. Si veda inoltre TESSARO F. TROIANI, *op. cit.*, p. 87 i quali lamentano l'assenza di potere regolamentare in ordine alle aziende sanitarie locali e agli organismi sanitari pubblici per i quali non deve essere ritenuta ammissibile la possibilità di procedere alla determinazione dei dati e delle operazioni a meno che non si consideri l'atto regolamentare sotto il profilo del *nomen iuris* e non della sua efficacia. Dovrebbe quindi spettare ai soggetti cui è ascrivibile la titolarità del servizio pubblico l'adozione dei regolamenti ivi considerati. Spetterà quindi alle Regioni, per il servizio sanitario, e ai Comuni, per i servizi sociali, disciplinare le attività di trattamento dei dati sensibili da svolgersi da parte dei soggetti gestori.

spetto alle disposizioni legislative che qualificano le diverse attività amministrative come di rilevante interesse pubblico, sui diritti di libertà della persona<sup>63</sup>.

Stante l'indiscussa impraticabilità di una analisi ricostruttiva che miri a individuare il tipo di provvedimento più adeguato partendo dall'analisi del contenuto che si intende dargli, rimane comunque interessante ricostruire le scelte compiute in materia di bilanciamento di interessi al fine di valutare se il formalismo con cui si è attenuti abbia effettivamente comportato anche la totale predeterminazione delle scelte incidenti sui diritti fondamentali garantisticamente affidate a un sistema democraticamente legittimato o se, invece, sia ancora possibile individuare, per esclusione, ambiti di scelta devoluti alla potestà provvedimentale amministrativa.

Anticipando quanto verrà esposto più estesamente in seguito, la soluzione accolta nel Codice pare indirizzarsi più sulla predeterminazione di aspetti procedurali, al fine di far emergere e rendere conoscibili aspetti organizzativi del trattamento delle informazioni, piuttosto che dirimere definitivamente il contrasto fra diritti parimenti riconosciuti dall'ordinamento. Se infatti lo scopo dell'intero riparto di competenze normative e regolamentari è quello di stabilire *ex ante* priorità e soccombenze fra diritti in contrasto, fornendo garanzie di democraticità delle scelte da compiersi, allora si potrebbe verificare la correttezza del processo normativo individuato anche in base al risultato dato dalla misura in cui il legislatore ha affrontato e risolto direttamente i conflitti di interessi, ed, in primo luogo, il diritto alla segretezza dei propri dati sensibili rispetto ai rilevanti interessi pubblici la cui cura non può prescindere da operazioni di trattamento.

## 7. IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI.

Il punto di maggior emersione dei conflitti fra interessi contrapposti è dato dal coordinamento della disciplina in materia di trattamento dei dati con l'istituto dell'accesso ai documenti. In particolare, dal confronto delle due discipline emergono con chiarezza sia i punti di sovrapposizione, che i profili che sono stati sviluppati in modo parallelo. Da un lato, il legislatore ha meticolosamente qualificato giuridicamente le specifiche operazioni materiali di trattamento dati nonché le rispettive finalità di trattamento al duplice fine di autorizzarne il compimento, sacrificando *ex lege* l'asserito interesse del singolo al segreto, ma connotando, nel modo più vincolante possibile i profili di illiceità del trattamento, dall'altro ha dato rilievo giuridico alla posizione soggettiva del cittadino a fronte dell'esercizio del potere amministrativo. Ad entrambi gli interventi normativi è sottesa

<sup>63</sup> Il Garante ha chiarito che il provvedimento che i soggetti pubblici devono adottare esige, anzitutto, una scrupolosa ricognizione di tutte le attività materiali che il soggetto pubblico intende proseguire in relazioni a dette finalità. La ricognizione, che presuppone il necessario coinvolgimento delle articolazioni interne del sog-

getto pubblico interessato permette a quest'ultimo di effettuare anche un'ulteriore verifica circa la rispondenza dei trattamenti ai principi del Codice nonché di adeguare prontamente le procedure in atto eventualmente non conformi a legge. Provvedimento 30 giugno 2005 (G.U. n. 170 del 23 luglio 2005).

la necessità di ricomporre posizioni sostanziali confliggenti, che per la delicatezza dei diritti cui attengono, dovrebbe comportare l'avocazione al legislatore dell'incombenza di operare il bilanciamento stesso. Mentre tuttavia alla logica che presiede alla disciplina sul trattamento dei dati personali è sottesa un'indiscussa fiducia nella capacità di positivizzazione del legislatore, le scelte compiute dalla Legge 241, prima, e dalla Legge 15/2005, recentemente, sembrano estremamente titubanti, fino al punto di devolvere le specifiche attribuzioni all'amministrazione. Ed infatti dalla stratificazione normativa e giurisprudenziale relativa al diritto di accesso ai documenti amministrativi emerge che il delicato compito di individuare rapporti di prevalenza e soccombenza fra i diversi diritti viene, in parte assolto, in parte rimbalzato, fra potestà legislativa, regolamentare e discrezionalità amministrativa.

Nessuno avrebbe mai dubitato, stante anche la prescrizione dell'art. 43 della Legge 675/1996 e successive interpretazioni giurisprudenziali<sup>64</sup>, che ci potessero essere motivi di effettiva interferenza fra la disciplina in materia di trattamento dei dati personali e l'istituto dell'accesso ai documenti fino al momento in cui non si qualificarono le operazioni in cui consiste l'accesso, ossia comunicazione, presa visione e estrazione di copia dei documenti quali operazioni di trattamento dati che, come tali, richiedono una copertura legislativa autorizzante<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Una delle prime e più significative pronunce successive all'entrata in vigore della L. 675/96 è quella del TAR Abruzzo, sez. Pescara 5 dicembre 1997, n. 681 che, richiamando il disposto dell'art. 43 comma 5 della L. 675/96 nella parte in cui dispone « restano ferme... le vigenti norme in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi ed agli archivi di stato » ha ritenuto che tale norma faccia salva tutta la normativa vigente sul diritto di accesso, poiché la norma non anteponga a tal richiamo l'inciso « in quanto compatibili » premesso invece al richiamo ad altre disposizioni. Lo stesso Garante in sede di risposta 22/10/97 in *Cittadini e Società dell'informazione* n. 2, p. 23 ha ribadito che « l'accesso ai documenti amministrativi, riconosciuto a chiunque vi abbia un interesse personale e concreto in relazione alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti non è pregiudicato dall'entrata in vigore della legge 675/96 » posizione successivamente ribadita in data 10/12/97. Si veda altresì Cons. Stato, Ad. Plenaria, 4 febbraio 1997, n. 5 e risposta 10 dicembre 1997, in *Cittadini e Società dell'informazione*, n. 2, p. 50.

<sup>65</sup> Si veda in proposito Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26 gennaio 1999 n. 59, che ha annullato la sentenza del TAR Abruzzo, n. 681/1997 ritenendo che l'art. 43 della Legge 675/96 non può modificare quelle parti della disciplina del diritto di accesso che trovano una compiuta re-

golamentazione nella L. 241/90, non condividendo, tuttavia, la conclusione che la L. 675/96 non apporti nessun'innovazione alla disciplina del rapporto riservatezza-diritto di accesso. In tale sede si ribadisce che la L. 675/96 non fornisce alcuna descrizione del concetto di riservatezza che ne delimiti il contenuto, ma individua i dati personali, riguardanti la riservatezza degli individui dei gruppi e delle imprese e ne disciplina il trattamento e la loro comunicazione a terzi, specificando altresì quando essa possa avvenire. Il Consiglio di Stato ritiene doveroso considerare che sono attività strumentali al diritto di accesso volte a garantire la visione dei documenti e l'ottenimento di copia di essi la raccolta, la conservazione, il raffronto e l'estrazione della documentazione scelta nonché la consegna del materiale al privato e che tali operazioni rientrano nella definizione di trattamento e comunicazione di dati di cui alla Legge 675/96. Per tali motivi, in presenza di una domanda di accesso, la comunicazione dei dati sensibili contenuta nei documenti richiesti deve avvenire nel rispetto delle condizioni previste dalla legge. Per i soggetti pubblici il trattamento dei dati sensibili « è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge, nella quale siano specificati i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite » mentre la comunicazione fatta a soggetti privati di dati comuni è consentita

Il logico corollario è stato quindi di richiedere, per queste operazioni, le stesse condizioni legittimanti la comunicazione o la diffusione di dati da parte di soggetti pubblici a privati, per cui è sempre e comunque necessaria una norma di legge specificativa delle tre condizioni sopra analizzate che autorizzi le operazioni di accesso ai documenti contenenti dati sensibili nonché una norma di legge o di regolamento che consenta la comunicazione o diffusione di documenti contenenti dati personali.

Stante l'invalidità delle prescrizioni in materia di trattamento dati si creò una situazione di stallo, non tanto per il trattamento di dati personali per i quali bastava la previsione dell'art 22 L. 241/90 a colmare il presunto vuoto normativo creato dalla riserva di legge o di regolamento contenuta nell'art. 27 comma 3 della Legge 675/96, quanto per il trattamento dei dati sensibili. Per questi ultimi il legislatore delegato ha sbloccato la situazione ammorbidendo i toni delle prescrizioni in materia di trattamento di dati sensibili a condizione della esplicitazione normativa della rilevante finalità di interesse pubblico. Il D.Lgs. 135/1999 ha contestualmente provveduto a qualificare come « *di rilevante interesse pubblico* » i trattamenti effettuati in conformità alle leggi e ai regolamenti per l'applicazione della disciplina del diritto d'accesso<sup>66</sup>.

Attraverso tale disposizione, coordinata con il disposto dell'art. 43 della Legge 675/1996, la disciplina in materia di trattamento dati e l'istituto dell'accesso riconquistano una reciproca indipendenza. A ben vedere i profili di sovrapposizione, nel caso di specie, attenevano esclusivamente a profili di legittimità dell'attività amministrativa prodromica all'accesso, non implicando alcun tipo scontro in merito a valutazioni strumentali rispetto all'ormai improcrastinabile bilanciamento fra l'interesse alla libera disponibilità dell'informazione e al segreto. In virtù del chiarimento legislativo non viene più messa in discussione la sufficienza delle garanzie offerte dalla disciplina procedimentale e dalla normativa attuativa contenuta nei relativi ordinamenti.

*Ad abundantiam* residua una qualificazione di rilevante interesse pubblico dell'attività esercitata per l'applicazione della disciplina del diritto di accesso da cui, tuttavia, è piuttosto difficile cercare di raggiungere un qualche criterio di bilanciamento di interessi. Il significato della qualificazione in termini di interesse rilevante legittima l'attività a fronte dell'impossibilità di trattare dati posta a tutela della riservatezza del singolo, ma non connota in nessun modo l'interesse dell'istante rispetto all'interesse del soggetto cui i dati contenuti nel documento si riferiscono. La sopravvenuta copertura normativa, a ben vedere, non pregiudica neanche le relazioni, ad oggi, individuate fra interesse dell'istante e interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa che non viene invece espressamente considerato in quanto la rilevanza dell'interesse viene collegata esclusivamente all'attività materiale senza offrirne nessuna ulteriore connotazione in termini di valore<sup>67</sup>.

---

purché sia prevista da norme di legge o di regolamento.

<sup>66</sup> Art. 16 comma 1 c) D.Lgs. 135/1999.

<sup>67</sup> Si veda per tutti G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1994.

Un ulteriore profilo di potenziale interferenza fra disciplina in materia di accesso e trattamento dei dati si può rinvenire fra le disposizioni che concernono l'oggetto dell'accesso ai documenti e l'oggetto dell'accesso dell'interessato all'informazione. Quest'ultimo aspetto è stato espressamente considerato in sede di riforma della disciplina dell'attività amministrativa recuperando una reciproca indipendenza delle due disposizioni. Ed infatti la Legge 15/2005 riconosce parallelamente entrambi gli istituti con la precisazione che solo l'accesso dell'interessato ai dati personali che lo riguardano previsto dal Codice può avere ad oggetto informazioni mentre il diritto di accesso ex art. 22 della Legge 241/1990 ha esclusivamente ad oggetto i documenti amministrativi<sup>68</sup> chiarendo che « *non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo* »<sup>69</sup>.

### 8. I REGOLAMENTI DI ATTUAZIONE DELLA LEGGE 241/1990.

L'art. 59 del Codice espressamente esclude qualsiasi interferenza fra la disciplina relativa ai presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali e la relativa tutela giurisdizionale previsti dalla Legge 241/1990 e successive modificazioni, escludendo altresì qualsiasi interferenza con i relativi regolamenti di attuazione anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso.

Non pare quindi di poter ravvisare alcun tipo di interferenza fra la disciplina regolamentare in materia di trattamento dei dati sensibili e i regolamenti attuativi della disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi che continuerà a seguire i criteri di competenza indicati dalla Legge 241/1990, così come recentemente modificata dalla Legge 15/2005,

<sup>68</sup> In senso opposto si era pronunciata, in più occasioni, la giurisprudenza amministrativa sostenuta da parte autorevole della dottrina, si veda per tutti M. BOMBARDELLI nota a sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 10 ottobre 2000, n. 207, in *Giorn. dir. amm.* n. 11/2001, p. 1141. Per specifici approfondimenti in merito alla sovrapposizione del concetto di documento e di informazione si veda M.P. GUERRA, *Statistica pubblica e funzione conoscitiva*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. MERLONI, Rimini, 2001, p. 95 ss.

<sup>69</sup> Esulano dalle finalità del presente lavoro le ulteriori questioni interpretative relative al coordinamento dell'art. 22 della L. 241/1990 con l'art. 52 del Codice dell'amministrazione digitale per i cui profili si rinvia a M.P. GUERRA, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico*, op. cit., p. 559 ss. Per un confronto con la disciplina dell'ac-

cesso interamministrativo telematico ai fini dell'individuazione dell'oggetto dell'accesso non già nel mero atto, ma nel contenuto documentale si veda sempre M.P. GUERRA, *op. cit.* la quale pone in evidenza come la nuova formulazione dell'art. 22 non tenga conto del recepimento normativo del fenomeno dell'informatizzazione della documentazione amministrativa che ha affiancato alla nozione di documento amministrativo il concetto di documento informatico in cui si riflette il rilievo autonomo assunto anche dal singolo dato. Per una differenziazione fra atto e documento amministrativo alla luce delle previsioni legislative in materia di documento informatico si veda A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, Bologna, 2000 nonché A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993. Si veda altresì G. CAMMAROTA, *Circolazione cartacea e circolazione telematica delle certezze pubbliche*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 3527 ss.

senza la necessità del previo parere dell'Autorità Garante. In particolare preme notare che anche all'interno delle prescrizioni in materia di attuazione dell'istituto dell'accesso ai documenti è dato riscontrare una certa fiducia nella possibilità di una progressiva oggettivazione delle ipotesi di esclusione dell'accesso in ragione della salvaguardia dell'interesse alla riservatezza. Tale orientamento permane anche nella versione recentemente riformata della legge che sembrerebbe, ancora una volta, contare su un successivo intervento regolamentare al fine di colmare eventuali lacune in merito all'individuazione di chiari criteri di preferenza allorché la posizione del titolare del diritto di accesso vada a scontrarsi con il diritto alla riservatezza del terzo.

Su questo specifico aspetto però la recente riforma si inserisce introducendo principi fortemente innovatori che hanno contestualmente tracciato un nuovo assetto delle competenze in materia di regolamentazione dei casi di esclusione. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi risulta oggi individuato quale « *principio generale dell'attività amministrativa* » al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza e « *attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio* » così che la relativa competenza legislativa e regolamentare risulta pienamente coperta dalla riserva legislativa statale e regolamentare disposta dall'art. 177 m). Saranno quindi i prossimi regolamenti governativi, emanati ex art 17 della Legge 400/1998, a dover individuare, fra gli altri, specifici casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi « *quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi imprese e associazioni con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano stati forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono* » .

Quest'ultima previsione pare, ancora una volta, prospettare la concreta possibilità di dirimere attraverso la concreta predeterminazione all'interno di una fonte regolamentare di tutti i possibili contrasti fra interessi confliggenti esaurendo attraverso l'individuazione puntuale, questa volta non dei tipi di dato, ma dei tipi di documento, l'intera gamma dei possibili contrasti fra posizioni di diritto parimenti riconosciute. Le aspettative circa gli esiti della prossima regolazione paiono particolarmente rafforzate dalla stessa disposizione dell'art. 23, comma 3 della l. 11 febbraio 2005, n. 15 della Legge che subordina l'efficacia delle nuove norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi proprio all'entrata in vigore dei regolamenti governativi.

Già la legge del 1990 aveva confidato in un successivo intervento regolamentare al fine di fissare con maggior chiarezza i casi di esclusione dell'accesso con specifico riguardo alla riservatezza di terzi persone, gruppi ed imprese, contestualmente fissando un parametro di ponderazione degli interessi allorché si disponeva che dovesse comunque essere garantita la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere interessi giuridici. La legge del 1990 prevedeva altresì che ogni amministrazione provvedesse a puntualizzare ulteriormente la disciplina dei casi di esclusione con uno o più regolamenti indicanti le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella propria disponibilità sottratti all'accesso con specifico riguardo, fra le altre, ad esigenze di tutela della riservatezza della persona.

La regolamentazione che ne seguì disattese tuttavia le aspettative riposte, lo stesso regolamento emanato con il D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 si limitò di fatto a rinviare ai regolamenti delle singole amministrazioni il compito di sottrarre specifici documenti dall'accesso limitandosi a precisare che queste potranno escludere un documento dall'accesso solo quando sia suscettibile di recare un pregiudizio concreto agli interessi individuati dall'art 24 della Legge 241/1990 e sia strettamente connesso a tali interessi dovendosi procedere a fissare altresì, per ogni categoria di documento, anche l'eventuale periodo di tempo di sottrazione dall'accesso.

La indeterminatezza della scelta fatta in sede regolamentare risulta ancora più evidente se si nota che la stessa formula riproposta per l'individuazione dei documenti amministrativi sottratti all'accesso è oggi ripetuta all'interno dell'art. 24 della Legge 241/1990 allo specifico scopo di individuare l'ambito di intervento degli emanandi regolamenti attuativi.

Non è stato possibile procedere a una puntuale individuazione dei documenti sottratti all'accesso per motivi di tutela della riservatezza neanche da parte delle singole amministrazioni le quali hanno spesso inserito clausole generali di rimando a un più puntuale bilanciamento nel caso concreto<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> La Commissione per l'accesso ai documenti è stata più volte chiamata a pronunciarsi in relazione ai regolamenti predisposti dalle amministrazioni secondo quanto stabilito dall'art. 10 del D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 all'interno dei quali sono spesso state inserite formule meramente ripetitive di disposizioni legislative senza tuttavia recare un effettivo contributo alla oggettiva individuazione dei casi da sottrarre *ex ante* all'accesso. In particolare ha stabilito che « il regolamento deve prevedere, in autonomo articolo tutte le categorie di documenti soggetti a differimento » (parere 167/R/VII in Commissione per l'Accesso ai documenti amministrativi, *L'accesso ai Documenti amministrativi* 2002/2003) ha invece considerato superflua l'esclusione operata da alcuni regolamenti di documenti relativi ad attività processuale, pareri riservati e corrispondenza di liberi professionisti in quanto già coperti dal segreto professionale (169/R/VIII) disponendo altresì che « oltre le categorie di documenti indicate nel regolamento emanato ex art. 24 comma 4 della legge 241 del 1990 non residua all'amministrazione alcun margine di discrezionalità nell'individuare altri documenti qualificabili come riservati » (169/R/VIII). Ha, inoltre, avuto occasione di chiarire che « è superflua, quindi va espunta dal regolamento, la previsione dell'esclusione dall'accesso di documenti relativi ad attività di studio, ricerca e consulenza svolte su commissione... (omissis) in quanto il loro contenuto trova comunque tutela nei principi dell'ordina-

mento che regolano il diritto d'autore » (170/R/VIII) e che « i documenti sottratti dall'accesso possono essere solo quelli indicati un pregiudizio concreto agli interessi indicati dall'art. 24 della legge 241 del 1990 e vanno raggruppati per categoria individuate con criteri di omogeneità indipendentemente dalla loro denominazione specifica » (171/R/VIII). Ha, inoltre, chiarito che l'esclusione dall'accesso deve essere disposta « garantendo comunque ai richiedenti la visione dei documenti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici » (173/R/VIII) mentre non ha giustificato « la previsione regolamentare che, nel disciplinare i casi di esclusione dal diritto di accesso, stabilisce che, a seguito del bilanciamento con l'interesse alla riservatezza di altri soggetti l'esercizio del diritto di accesso è limitato alla sola visione dei documenti, escludendo la facoltà di estrarre copia degli stessi » (174/R/VIII). Ha inoltre chiarito che « le norme riguardanti l'accesso ai dati sensibili sono già contenute in fonti normative superiori in materia, in ogni caso prevalenti, e dunque sono superflue » (175/R/VIII) e che « la mancata adozione del regolamento da parte dell'amministrazione comporta l'impossibilità per l'amministrazione di sottrarre temporaneamente o definitivamente i documenti all'accesso » (180/R/VIII) oltre che « i regolamento deve contenere indicazioni dei documenti formati o comunque rientranti nella disponibilità dell'amministrazione sottratti all'accesso

In sintesi, anche da una parziale analisi effettuata sulle fonti che hanno in concreto attuato la disciplina dell'accesso, non pare emergere un significativo contributo in merito alla delimitazione del diritto alla riservatezza rispetto al diritto di accesso né, tanto meno, pare possibile ravvisare la concreta possibilità di escludere *ex ante* dall'accesso specifici documenti indipendentemente da una concrete ponderazioni dei diritti confliggenti, oggi parimenti riconosciuti come diritti fondamentali della persona, nel caso concreto.

#### 9. L'IMPROCRASTINABILE BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI ... NEL CASO CONCRETO.

Nonostante i continui rinvii a successivi interventi integrativi né le norme poste a salvaguardia del diritto alla protezione dei dati personali, né le norme in materia di accesso ai documenti hanno fissato parametri univoci in base ai quali articolare rapporti di priorità soccombenza fra diritti tutti parimenti riconosciuti dall'ordinamento nazionale e comunitario. Rispetto all'imponente apparato di regolazione i diritti potenzialmente confliggenti, accesso e riservatezza godono comunque di una consistenza giuridica autonoma non strutturabile in rapporti di gerarchia<sup>71</sup>.

Il bilanciamento degli interessi si pone su un diverso piano rispetto al sistema legalistico formale che disciplina il trattamento dei dati e legittima l'attività amministrativa. Ne è stata confermata il pronto intervento del legislatore allorché, posto che a seguito dell'entrata in vigore della Legge 675/1996, le istanze di accesso ai documenti contenenti dati sensibili venivano sistematicamente rigettate per carenza dei presupposti legalistici formali, in quanto non sostenute da una norma di legge che autorizzasse le operazioni di estrazione e presa visione dei documenti, ha provveduto a integrare le prescrizioni in materia di trattamento dei dati sensibili. Ne è altresì confermata l'espressa esclusione dalle prescrizioni procedurali dell'art. 20 del Codice dei regolamenti attuativi della disciplina dell'accesso ai documenti ancorché disciplinanti operazioni di trattamento di dati sensibili.

Di contro non si può negare come proprio il processo di maturazione dei rispettivi istituti di attuazione abbia contribuito a promuovere il reciproco riconoscimento delle posizioni in contrasto, e a definire, pur senza obiettivare in modo assoluto, con maggior precisione i diversi livelli di interferenza.

Una certa autoreferenzialità poteva infatti riscontrarsi, prima dell'avvento del « sistema *privacy* », anche dal lato della disciplina in materia di diritto di accesso ai documenti, allorché la giurisprudenza amministra-

ai sensi dell'art. 24 comma 2 della 241 del 1990 e dell'art. 8 del D.P.R. 352/92 » (181/R/VIII).

<sup>71</sup> Paventa espressamente il rischio di strutturare gerarchicamente principi e valori G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 170 il quale sostiene l'impossibilità di un formalismo dei principi « se i principi si struttu-

rassero secondo una gerarchia di valori si determinerebbe un'incompatibilità con il carattere pluralista della società...in caso di conflitto il principio più elevato previrebbe di valore tutti i principi inferiori e darebbe luogo a una minacciosa tirannia del valore fondamentalmente distruttiva ».

tiva ravvisò sempre e comunque nel diritto di accesso una posizione di diritto soggettivo pieno affermando che « *qualora l'accesso ai documenti amministrativi sia motivato dalla cura o dalla difesa di propri interessi giuridici, prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo; pertanto, l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 mediante una limitazione del diritto di accesso, recede qualora l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse*<sup>72</sup> » ovvero che « *il bilanciamento fra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi non è stato rimesso alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato compiuto direttamente dalla legge che, nel prevedere la tutela alla riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*<sup>73</sup> ».

L'ulteriore risultato del processo di messa a punto di un sistema di regolamentazione così puntuale ed esteso potrebbe essere rappresentata proprio dalla emersione della oggettiva impossibilità della predeterminazione di criteri univoci di preferenza fra valori fondamentali in contrasto, nonché la conseguente delimitazione del punto di fuga dalla legalità.

La formulazione di chiusura delle sofisticatissime esperienze di positivizzazione ad oggi maturate, che sintetizza i termini della proposizione del conflitto tra interessi opposti, è stata riportata interamente all'interno della Legge 241/1990. Il *quantum* di oggettivizzazione raggiunto è rappresentato dalla distinzione delle ipotesi di proposizione del conflitto fra diritti allorché si acceda a documenti contenenti dati personali, sensibili e giudiziari ovvero relativi allo stato di salute e alla vita sessuale. Per cui deve comunque essere garantito l'accesso qualora la conoscenza del documento sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, mentre se il documento contiene dati sensibili e giudiziari l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile, mentre sarà consentito solo se l'istanza è sostenuta da una situazione giuridicamente rilevante di rango almeno pari ai diritti dell'interessato nel caso in cui il documento contenga dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Questo assetto di rapporti fra accesso e riservatezza rappresenta, ad oggi, il livello più dettagliato possibile di ricomposizione normativa degli interessi confliggenti senza incorrere nel rischio di dettare criteri preferenziali che ne vanifichino il reciproco riconoscimento rispecchiando fedelmente le diverse istanze di una società pluralista che non può esimersi dal compito di cercare costantemente un punto di riequilibrio fra valori contrapposti parimenti riconosciuti e garantiti, poiché « *del resto, è proprio dei principi e dei valori la loro attitudine a rendersi relativi per potersi conciliare reciprocamente nella pratica del diritto* »<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, 4 febbraio 1997, n. 5.

<sup>73</sup> Secondo Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82. A questa pronuncia sono seguite decisioni conformi quali: Cons.

Stato, sez. VI, 3 giugno 1997, n. 843; Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 1997, n. 1128; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 115.

<sup>74</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 171.