

RAFFAELLA MIRANDA

ACCESSO E RISERVATEZZA DOPO LA LEGGE 15/2005: UN CONFLITTO NON ANCORA SOPITO

SOMMARIO: 1. La nozione di riservatezza tra chiusura ed apertura. — 2. Le soluzioni al conflitto fra accesso e riservatezza. — 3. L'avvento del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196. — 4. Il diritto di accesso nella recente legge 11 febbraio 2005, n. 15. — 5. (*Segue*) i dati supersensibili. — 6. La definizione in termini procedurali e processuali del conflitto tra i due valori.

1. LA NOZIONE DI RISERVATEZZA TRA CHIUSURA E APERTURA.

Il concetto di *privacy* in senso giuridico, elaborato alla fine del secolo XIX nel contesto della common law nei termini di « *right to be let alone* »¹, si collocò, in principio, su di un piano non distante dal diritto di proprietà e, pertanto, fu inteso nella limitata accezione di diritto di escludere gli altri dalla conoscenza di quanto attinente alla propria persona.

Nell'ordinamento italiano il diritto alla riservatezza, se, da un lato, è indubbiamente ricompreso nella clausola generale dell'art. 2 Cost., dall'altro trova un'implicita tutela anche in altre norme costituzionali; precisamente nelle disposizioni in difesa delle libertà personali, quali i diritti all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza (artt. 14 e 15 Cost.). Naturalmente, come ritenuto dalla Corte di Cassazione nell'ipotesi di dichiarazioni lesive della privacy ma espressive del diritto di cronaca², in caso di conflitto con altri valori il diritto alla riservatezza può essere limitato, operando in tal caso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento.

A ripercorrere brevemente la nozione di riservatezza, in chiave diacronica, in principio essa si identificava nel diritto di ogni individuo all'intimità della vita privata e familiare indipendentemente dalla tutela dell'onore, del decoro e del diritto all'immagine. In altri termini, si accordava protezione alle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, contro le ingerenze che,

¹ WARREN D. e BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890, pp. 193-220.

² Cfr. la sentenza della Cassazione, 18 ottobre 1984 n. 5259 che ritiene legittimo l'esercizio del diritto di cronaca con le peculiari caratteristiche della verità, perti-

nenza e continenza e fra le ultime Cassazione penale S.U. (U.P. 30 maggio 2001), 16 ottobre 2001 in tema di responsabilità del giornalista con nota di BALESTRA L., in *Corriere giuridico*, 12/01 pp. 1595 ss. e di PALMIERI A. e PARDOLESI R., in *Il foro italiano* 2001 pp. 632 ss.

seppur compiute con mezzi leciti e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non fossero giustificate da ragioni preminenti e non avessero per i terzi un interesse socialmente apprezzabile. Ad esempio, tale diritto non poteva essere negato ad alcune categorie di persone, per il solo fatto della loro notorietà, salvo che lo richiedessero un reale interesse sociale all'informazione e/o altre esigenze pubbliche.

Con lo sviluppo tecnologico, la privacy ha acquisito una nuova dimensione: « *dal segreto al controllo* »³. L'introduzione e la diffusione di strumenti elettronici per la raccolta ed elaborazione di notizie personali, quali le banche dati⁴, modificano le modalità di realizzazione dell'ingerenza nella sfera privata: non si ha più il caso di notizie carpite dalla vita privata del soggetto ad opera di un terzo, perché è l'uso di elaboratori elettronici a rendere possibile una più incisiva lesione della sfera personale del soggetto. Ciò comporta, evidentemente, una rimeditazione giuridica del concetto di privacy.

In quest'ottica si pone la Legge 31 dicembre 1996, n. 675⁵ sulla « *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* » che appresta una tutela più efficace al diritto di privacy, come denuncia l'art. 1 nel dichiarare le finalità della nuova disciplina.

Il legislatore del '96, infatti, non solo introduce positivamente la nozione di identità personale unitamente agli strumenti necessari al suo controllo all'esterno (si pensi al consenso, alla rettifica, alla cancellazione etc.), ma si misura, altresì, con il problema del bilanciamento tra i diritti di libertà ed il diritto all'autodeterminazione informativa⁶. In questa prospettiva elabora un insieme di strumenti che consentono la libera collocazione della persona nella società e, al contempo, individua i criteri per controllare l'esattezza e la pertinenza dei dati raccolti.

Si è, perciò, inteso tutelare sia la libertà negativa dell'individuo a non essere invaso nella sua intimità, se non in presenza di un'effettiva utilità

³ RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995 p. 102.

⁴ Si pensi, in particolare, all'istituzione della banca dati presso il Ministero degli interni (L. 121/81) dove, peraltro, sono stati individuati i criteri di contemperamento tra l'interesse della raccolta dei dati ai fini della tutela dell'ordine pubblico e l'interesse dei singoli. L'art. 7 della legge afferma che « è vietato raccogliere informazioni sui cittadini per il solo fatto della loro razza, fede religiosa od opinione politica, o della loro adesione ai principi di movimenti sindacali, cooperativi assistenziali, culturali ». Sulle banche dati pubbliche vd. CARDARELLI F., *Le banche dati pubbliche: una definizione*, in questa *Rivista* 2002, pp. 321 ss.

⁵ La Legge 31 dicembre 1996, n. 675 è di recepimento della Direttiva comunitaria 95/46/CE.

⁶ Il legislatore ha dato concreta attuazione alla Convenzione europea n. 108 « *Sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di*

carattere personale », adottata nel gennaio 1981 a Strasburgo e ratificata dall'Italia nel febbraio 1989. Tale normativa, che disciplina il trattamento di informazioni contenute nelle cd. banche dati, non mira ad individuare un ambito da sottrarre sempre e comunque alle ingerenze altrui, definendo, invece, una serie di procedure che consentono al soggetto di controllare le informazioni che lo riguardano, con poteri più o meno ampi a seconda del tipo di dati e delle operazioni che su di questi si intendono effettuare. In tal modo non si vuole reprimere il fenomeno della diffusione di tecniche sempre più rapide e sofisticate, ma sancire la cd. libertà informativa, cioè la possibilità di controllare l'uso che viene fatto dei propri dati (si pensi, ad es., alla possibile utilizzazione per scopi di mercato al fine di condizionare le scelte dei consumatori o alla schedatura dei dati genetici o biologici del soggetto al fine di stipulare una polizza di assicurazione o di valutare l'opportunità di una assunzione al lavoro).

economica o sociale; sia la libertà positiva all'identità personale, intesa come il diritto a che non siano attribuiti falsamente ad un soggetto atti o fatti che potrebbero lederne l'onore od il decoro. A tal fine l'art. 13 della legge prevede(va) tra i diritti dell'interessato quello di chiedere l'aggiornamento e la rettifica dei dati inesatti, nonché la cancellazione di quei dati il cui trattamento fosse divenuto inutile. In tal modo il concetto di privacy si muove in un'ottica di controllo dei propri dati personali circolanti nella cd. democrazia elettronica: l'iniziale interesse dell'individuo ad una zona di opacità relativa ai dati personali diviene pretesa a controllarne l'esattezza nell'interesse della collettività alla trasparenza dei dati in possesso di organismi privati e pubblici. Ed è in relazione a quest'ultimi che, nel corso del tempo, si è andato affermando il principio dell'appartenenza al popolo dell'informazione posseduta dalla p.a. e della conseguente pretesa di ciascuno di accedervi⁷.

In questo senso può, quindi, affermarsi che la regola è la circolazione dei dati e ciò che va disciplinato sono le modalità di circolazione (e quindi dell'accesso agli stessi): *data protection acts* piuttosto che *privacy acts*⁸. La regolamentazione dell'accesso diviene punto di equilibrio fra libertà d'informazione e tutela della privacy; su queste premesse si può cogliere la portata rivoluzionaria dell'art. 24 della L. 241/90 che, già prima della positivizzazione del concetto di riservatezza ad opera della L. 675/96, lo ha qualificato e ne ha prospettato una funzione limitatrice del contrapposto diritto di accesso ai documenti amministrativi. Si avverte, quindi, una relevantissima linea di tendenza dell'intero ordinamento giuridico che riduce l'ambito del segreto nel diritto pubblico e amplia contestualmente, nel diritto privato, la riservatezza intesa non più come mera protezione della vita privata, bensì quale strumento di comunicazione della propria personalità. Attraverso il controllo delle fonti e del flusso di informazioni la privacy da strumento di difesa e quasi di isolamento si converte in strumento di apertura. Sul piano terminologico, il passaggio è stato abilmente sottolineato con l'adozione della nuova etichetta di diritto all'identità personale, o meglio, si potrebbe dire, diritto alla protezione dell'identità ed alla costruzione della propria personalità. Si dimostra, in questo modo, la stretta relazione tra riservatezza e identità personale e l'impossibilità di concepire l'una senza l'altra. La sinergia tra questi due concetti impone al cittadino di rendersi partecipe e attore del processo comunicativo, affinché siano trasmessi all'esterno i soli dati personali da lui reputati rappresentativi della propria identità.

⁷ La legge sulla privacy n. 675 del 1996, in particolare, prevede(va) che se la diffusione di dati personali, sensibili, giudiziari era effettuata da soggetti privati che detengono banche dati, era necessario il consenso dell'interessato nonché l'autorizzazione del Garante secondo il tipo di dati; in caso, invece, di soggetti pubblici, la normativa del 1996, integrata dal successivo d.Lgs. 135/99, fissa(va) una gra-

duazione dei livelli di riservatezza da un *plafond* minimo (c.d. dati personali) ad una soglia massima intangibile (c.d. dati sensibili).

⁸ BARETTONI ARLERI A., *Trasparenza amministrativa e tutela della privacy*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, AMOROSINO S. (a cura di), Milano, 1995, pp. 25 ss.

2. LE SOLUZIONI AL CONFLITTO FRA ACCESSO E RISERVATEZZA.

Il legislatore del 1990 con la legge n. 241, all'art. 24 c. 2 lett. d) richiama in modo alquanto generico la riservatezza, quale limite di carattere generale al diritto di accesso. Difatti, il bilanciamento dei valori costituzionali effettuato dal legislatore accorda prevalenza al principio di pubblicità dell'azione amministrativa, richiedendo, però, che l'istanza di accesso sia sorretta non già da un generico interesse conoscitivo, ma dalla necessità di difendere i propri interessi (non solo posizioni sostanziali di diritto soggettivo o di interesse legittimo ma per la giurisprudenza prevalente anche aspettative e interessi diffusi, con il limite dei soli interessi di mero fatto⁹). Il requisito necessario per la restrizione del diritto alla riservatezza è l'indispensabilità di quell'accesso, pur sempre permesso nella sola visione ed esibizione del documento (cd. accesso debole), essendo vietata qualsiasi forma di accesso forte, cioè mediante estrazione di copie.

È evidente che una soluzione di tal genere era criticabile per due ordini di ragioni: una sostanziale ed una formale. Innanzitutto si privilegiava un valore, anche se di rango costituzionale, quale la trasparenza amministrativa, pur sempre di natura organizzativa, rispetto a un diritto fondamentale dell'individuo, quale il diritto alla riservatezza che sul piano dei rapporti costituzionali è indubbiamente dotato di maggiore rilevanza. In secondo luogo, un bilanciamento astratto e generalizzato come quello effettuato dal legislatore, non affidato ad un apprezzamento caso per caso del conflitto dei valori nelle singole ipotesi, poteva comportare delle ingiustificate prevaricazioni nei casi concreti. Così il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto che il diritto alla riservatezza dei dati non ha assoluta prevalenza in caso di conflitto con altri diritti o interessi meritevoli di pari o superiore tutela¹⁰. In particolare, il Garante ritiene che «l'esistenza di una specifica normativa sulla protezione dei dati personali non può essere invocata per negare o limitare il diritto di accesso e che spetta all'amministrazione destinataria della richiesta valutare in concreto la sussistenza delle condizioni per accedere ai documenti amministrativi previste dalla legge»¹¹. In questa prospettiva, ha affermato che la P.A. debba semplicemente valutare se vi sia, nel caso concreto, l'esigenza di tutelare la posizione di riservatezza di terzi, tenendo presente che la comunicazione che si realizza attraverso l'accesso ai documenti amministrativi è da ritenersi autorizzata per legge (in conformità al generale principio di cui all'art. 27, c. 3, della legge n. 675/96) stante il disposto della legge 241/90¹².

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1683.

¹⁰ Si veda, ad es., il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 16 settembre 1997, in relazione alla pubblicità dei dati riguardanti le retribuzioni e le altre indennità corrisposte dai concessionari di pubblici servizi.

¹¹ Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione per l'anno 2001, Nuovi diritti, riservatezza, dignità delle persone. 8 maggio 2002. A cinque anni dal-*

la legge 675/96, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2002, p. 17.

¹² Cfr. il parere del 4 novembre 1999 con riferimento ad una richiesta formulata dal Ministero delle finanze al Garante della Privacy, in Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione per l'anno 1999*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2000, p.11.

Anche secondo la giurisprudenza tale giudizio di bilanciamento va effettuato in concreto attraverso la comparazione non tra riservatezza e accesso, ma tra riservatezza e posizioni giuridiche a tutela delle quali l'accesso sia esercitato¹³. Questo controllo sulla strumentalità dei documenti richiesti, ad esempio, per esigenze di difesa dell'interessato si ritiene non possa essere un controllo intrinseco, cioè di merito circa l'effettiva utilità dello stesso ai fini processuali, bensì estrinseco, ossia limitato alla verifica del nesso astratto di collegamento tra il documento ed il ricorso¹⁴.

La difformità delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza ha sollecitato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁵ che ha sostenuto un'interpretazione di tipo letterale. I giudici di Palazzo Spada, muovendo dal presupposto secondo cui la legge n. 241 del 1990 capovolge il principio della segretezza, hanno precisato che tale valore permane non quale predicato soggettivo, per il quale un documento è segreto perché è della P.A., ma come predicato oggettivo, perché riguardante informazioni segrete in riferimento al documento e agli interessi ad esse connesse. In altri termini, poiché l'art. 24 dalla legge 241/90 parla di visione degli atti, mentre l'art. 22, genericamente, di accesso ai documenti, secondo l'Adunanza la diversità lessicale sottende una precisa scelta legislativa: la riservatezza comporta una limitazione modale al diritto di accesso, cioè il richiedente non può ottenere copia dei documenti, ma solo la visione degli stessi. In tal modo sarebbe composto l'equilibrio fra i due interessi, in quanto la mera visione, da un lato, non può comportare alcuna lesione del dato riservato mentre, dall'altro, soddisfa l'istanza di accesso dell'interessato.

Il richiesto equilibrio, tuttavia, finiva per privilegiare la pretesa all'accesso rendendo il diritto alla riservatezza recessivo, anche se nel solo caso in cui « l'accesso è esercitato in difesa di un interesse giuridico, nei limiti ovviamente in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse »¹⁶.

Successivamente il Consiglio di Stato è tornato sulla problematica¹⁷ rifacendosi al regime del cd. doppio binario: la riservatezza, se coinvolge dati personali ordinari soccombe all'accesso¹⁸, se, invece, implica dati sensibili è sempre prevalente rispetto all'accesso¹⁹; in quest'ultimo caso,

¹³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 65, secondo cui « Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, riconosciuto dalla L. 241/90, prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente ».

¹⁴ Sui rapporti tra diritto di accesso e tutela della privacy, con la sottolineatura che nel bilanciamento tra i relativi interessi occorre individuare quello prevalente e sui poteri istruttori del giudice in tali ipotesi cfr. TAR Puglia, Sez. I, 7 luglio 2003 n. 2782 con nota di SPAGNOLETTI L., *Diritto di accesso, tutela della privacy, poteri istruttori del giudice civile: alcune importanti puntualizzazioni*, in www.lexitalia.it.

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 febbraio 1997, n. 5.

¹⁶ Adunanza Plenaria, 4 febbraio 1997, n. 5, cit.

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59.

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 gennaio 1998, n. 115 e Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 marzo 1998, n. 498 secondo cui l'accessibilità prevale sulla riservatezza dei dati personali se viene in rilievo per la cura o la difesa dei propri interessi.

¹⁹ Il problema della circolazione dei dati sensibili viene in particolare disciplinato dal d.lgs. 11 maggio 1999, n. 135 che all'art. 5, di modifica dell'art. 22 della L. 675/96, prevede in tema di trattamento dei dati sensibili da parte della P.A., la possibilità che anche il Garante individui le attività, tra quelle demandate ai medesi-

cioè, le ragioni della trasparenza amministrativa sono reputate inferiori rispetto a quelle di salvaguardia della privacy, ancorché sia chiamato in causa il fondamentale principio di cui all'art. 24 Cost. Si ritiene che il legislatore nelle tre diverse e fondamentali sedi (l. n. 241/90, l. n. 675/96, d.lgs. n. 135/99) abbia semplicemente indicato, in modo sempre più specifico, il parametro alla stregua del quale effettuare il bilanciamento caso per caso. Così per i dati sensibili, l'art. 16 del d.lgs. 135/99 dispone che l'accesso del dato riguardante lo stato di salute è consentito a condizione che lo stesso sia necessario per far valere o difendere un diritto « di rango almeno pari a quello dell'interessato ». Ritorna, quindi, il criterio della valutazione in concreto, avendo in particolare riferimento ora all'oggetto della riservatezza ora alla situazione giuridica sottesa all'accesso²⁰ e spetta all'operatore valutare di volta in volta quale sia il diritto prevalente, secondo la tecnica dell'equo bilanciamento²¹.

3. L'AVVENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO 30 GIUGNO 2003 N. 196.

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato, i pareri del Garante, nonché il dato positivo esaminato, in particolare il d.lgs. 135/99, costituiscono il punto di partenza del nuovo disegno introdotto con il cd. codice della privacy²² al quale, pertanto, occorre riferirsi per impostare, in termini inediti, la questione del bilanciamento del diritto di accesso con la riservatezza. Le disposizioni su cui soffermarsi sono le seguenti:

a) l'art. 4, c. 1 lett. l), nella parte in cui definisce la comunicazione (come noto, infatti, l'accesso concreta una modalità di comunicazione) quale la conoscenza di un dato personale che viene offerta a persone terze in qualunque forma anche mediante la messa a disposizione o consultazione delle informazioni²³;

mi soggetti dalla legge, che perseguono rilevanti finalità di interesse pubblico e per le quali è espressamente autorizzato il trattamento dei dati.

²⁰ In questo senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 luglio 2003, n. 4002 secondo cui l'art. 16, c. 2, del d.lgs. 135/99 non risolve in astratto il conflitto tra l'interesse del terzo a conseguire l'accesso e quello alla riservatezza dell'interessato, ma consente all'Amministrazione che detiene i dati sensibili e, in mancanza, al Giudice amministrativo, di valutare in concreto ciascuna fattispecie, al fine di stabilire se l'accesso sia necessario o meno per far valere o difendere un diritto almeno pari a quello dell'interessato; nella specie è stato ritenuto legittimo il silenzio-rigetto formatosi su di una istanza con la quale l'appellante aveva chiesto di accedere all'esito della visita medica di leva del marito che intendeva produrre in un procedimento per la nullità del matrimonio per incapacità del marito stesso ad assumersi gli obblighi matrimoniali essenziali per cause di natura psichi-

ca; ha osservato la Sez. V del Consiglio di Stato che nella specie non vi era motivo per rivelare dati riservati, atteso che il marito aveva dichiarato al Tribunale ecclesiastico, innanzi al quale pendeva detto procedimento, di essere favorevole alla declaratoria di nullità del matrimonio.

²¹ In questo senso vd. ROBERTI A., *L'istanza di accesso ai documenti amministrativi nei concorsi pubblici ed i limiti del diritto alla privacy. Giurisprudenza, pareri del Garante e profili civilistici del problema*, inserito in *Diritto & Diritti* nel febbraio 2003.

²² Il codice è entrato in vigore il 31 luglio 2004; al riguardo cfr. *Guida al diritto*, dossier mensile n. 8 settembre 2003.

²³ L'art. 4, lett. l) definisce: « comunicazione, il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione ».

b) l'art. 18 c. 2 relativo a « *I principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici* » nella parte in cui dispone che « *le disposizioni del presente capo riguardano tutti i soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici* »²⁴ nonché il c. 5 per la parte in cui impone l'osservanza delle « *disposizioni dell'art. 25 in tema di comunicazione e diffusione* ». La disposizione rileva in quanto il diritto di accesso si esercita nei confronti di soggetti pubblici o, se del caso, di soggetti privati gestori di pubblico servizio ex art. 23 L. 241/90²⁵;

c) e, infine, l'art. 19 c. 3 a norma del quale « *La comunicazione da parte di un soggetto pubblico a privati o a enti pubblici economici e la diffusione da parte di un soggetto pubblico sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento.* ».

Dal combinato disposto delle tre disposizioni riportate si ricava che la comunicazione o diffusione di un dato non sensibile da parte di un soggetto pubblico ai privati, che coinvolga dati riservati di terzi, è possibile senza il consenso purché il dato sia gestito per finalità istituzionali e previa norma di legge o di regolamento che espressamente preveda tale forma di accesso.

Indubbiamente l'art. 24 L. 241/90 è norma di legge che disciplina la possibilità dell'accesso ai documenti amministrativi, con le dovute limitazioni esaminate precedentemente²⁶.

In tal caso il decreto non ha, quindi, apportato innovazioni sostanziali alla normativa precedente²⁷; pertanto, resta applicabile l'orientamento giurisprudenziale formatosi antecedentemente al d.lgs. 196/03²⁸.

Per quando concerne i dati sensibili occorre aver riguardo all'art. 20 secondo cui « *Il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella*

²⁴ Da notare un'apparente discrasia visto che ex art. 18 del codice della privacy gli enti pubblici economici sono trattati, quanto al trattamento dei dati, come soggetti privati e non come P.A.; mentre l'art. 23 della L. 241 ricomprende questi soggetti tra i destinatari delle istanze di accesso quanto al trattamento dei dati. La *ratio* giustificatrice di tale disarmonia si ritrova nel fatto che la L. 241 è ispirata ad un criterio (quello dell'organismo pubblico di diritto comunitario) che prescinde dalla qualifica formale del soggetto senza dimenticare, oltretutto, che la questione tende sempre più ad esaurirsi in una *querelle* meramente teorica atteso che ormai gli enti pubblici economici sono in via di radicale scomparsa.

²⁵ Sulla necessità di distinguere, a seguito del processo di privatizzazione, soggetti sostanzialmente privati a cui non si applica la disciplina dell'accesso e soggetti ancora in mano pubblica, si esprime CIRILLO G.P., *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶ Diversamente da quanto sostenuto

nel testo, vd. ACCIAI R. e MELCHIONNA S., *Le regole per il trattamento dei dati personali*, in ACCIAI R., *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo codice*, Bologna, 2004, pp. 99 che rinviando ai regolamenti ritenuti validi dal Garante durante la vigenza della L. 675/96, criticando tra l'altro come il rinvio alla fonte regolamentare da parte dell'art. 19 c. 3 possa comportare flussi di informazioni secondo l'interesse delle singole pp.aa.

²⁷ In questo senso vd. anche NUCCIO S. e ROSSI M., *Il codice della privacy: nuove regole per le pubbliche amministrazioni*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, pp. 77.

²⁸ Infatti, la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice (e cioè dal 01 gennaio 2004) continua a risolvere il conflitto fra accesso e riservatezza di dati personali con la regola della valutazione comparativa concreta, cioè con riferimento ai concreti interessi perseguiti dalle parti; in questo senso vd. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5873.

quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite». Il trattamento dei dati sensibili è evidentemente più incisivo di quello dei dati personali nella misura in cui è disposta la necessità di una legge che espressamente individui i tipi di dati che possono essere trattati e quali operazioni possono essere eseguite, evocando, altresì, la rilevanza di interesse pubblico per giustificare l'attribuzione del potere di trattamento²⁹.

Nella seconda parte il codice della privacy individua le varie tipologie di attività di pubblica sicurezza, giudiziaria, di previdenza sociale, di lavoro, etc., cioè elenca, a guisa di parte speciale, i casi di trattabilità di questi dati. È il codice stesso la fonte di rango primario che specifica i tipi di dati che possono essere trattati e quali operazioni possono essere eseguite.

L'art. 20 si limita, quindi, alla disciplina del trattamento dei dati sensibili o giudiziari³⁰; non si occupa, a differenza del precedente art. 19, della comunicazione disciplinata dal successivo art. 59 il quale dispone: « *Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai 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. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico* ». Anche per i dati sensibili vale la L. 241/90 in quanto le attività finalizzate all'applicazione della legge sul procedimento si considerano di rilevante interesse pubblico. Quindi, sulla base delle disposizioni esaminate, se, da un lato, il trattamento dei dati sensibili è più severo di quello dei dati personali, dall'altro, la comunicazione degli stessi è regolata in entrambi i casi dai principi dell'art. 24 della L. 241/90.

Al riguardo sono da effettuare due osservazioni.

In primo luogo, il codice definisce di rilevante interesse pubblico le attività finalizzate all'applicazione dell'accesso ai documenti amministrativi, con ciò evidenziando la centralità di tale valore anche in un contesto normativo non riguardante la trasparenza amministrativa; ciò conferma che l'istituto è oramai riconosciuto come essenziale per il controllo del cittadino sull'operato amministrativo e per la conseguenziale democraticizzazione della p.a. tanto da essere estrapolato dalle normative di settore e riconosciuto quale principio fondamentale dell'ordinamento³¹.

²⁹ Quanto affermato nel testo vale anche per i dati giudiziari di cui al successivo art. 21.

³⁰ Sul particolare problema dell'accesso ai dati giudiziari e sulla tutela della riservatezza durante il processo vd. SORRENTINO F., *È arrivato il « codice della privacy » (con molti dubbi di costituzionalità). Limiti e problemi nel controllo sull'autorità giudiziaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché sempre dello stesso Autore, *La protezione dei dati per-*

sonali nel processo, in *Questione giustizia*, 1/01, pp. 122 e ss.

³¹ viene, quindi, positivizzato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il diritto di accesso è esso stesso un principio generale dell'ordinamento costituente ormai la regola; cfr. in questo senso Consiglio di Stato Sez. VI, 22 aprile 1999, n. 523; ciò, però, non ha comportato, difformemente dalla proposta della Commissione Nigro che lo consentiva al cittadino in quanto tale, una sorta di azione popolare,

In secondo luogo, in riferimento al bilanciamento fra riservatezza ed accesso vi è un ritorno³² alla regola giurisprudenziale della valutazione comparativa in concreto degli interessi confliggenti³³. Ciò che si differenzia è la disciplina dettata dall'art. 60 secondo cui: « *Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale (cd. dati supersensibili, ndr) il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile* ». Si tratta dell'unico caso in cui il sistema è diverso. Non vi è un rinvio, diretto od indiretto, alla legge 241/90 e alla sottesa logica di bilanciamento, ma affinché prevalga l'accesso, l'art. 60 richiede che il diritto o l'interesse che si intende tutelare con la richiesta ostensiva sia di rango almeno pari al diritto alla tutela dei dati della salute o alla vita sessuale, o aggiunge la norma, *se consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile*. Cosicché, oltre al concreto bilanciamento dei contrapposti interessi, la legge evoca, e di qui una seria difficoltà, un bilanciamento astratto prevedendo che, comunque, prevale l'accesso se il diritto sotteso è *un diritto della personalità o un diritto o libertà fondamentale e inviolabile*.

In sintesi, il sistema della diffusione e comunicazione di dati personali, sensibili, giudiziari ed ipersensibili da parte di soggetti pubblici, come regolato dal combinato disposto degli artt. 18, 19, 59 e 60, impone sempre alla p.A., a fronte di un'istanza d'accesso ad un documento, contenente anche informazioni riguardanti un terzo soggetto, un bilanciamento dei valori confliggenti in concreto³⁴, salvo l'ipotesi di dati supersensibili e *diritti della personalità o libertà fondamentali e inviolabili* sottesi all'istanza d'accesso; nel qual caso, come detto, il bilanciamento è, automaticamente, a favore dell'accesso. È evidente la complessità dell'operazione che spetta alla p.A.³⁵ la quale deve applicare contemporaneamente la legge generale

cfr. a tal riguardo Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 1994 n. 1243.

³² In questo senso vd. FERRUCCI A., *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/90*, in *www.giustamm.it*, secondo cui con il codice non è cambiato alcunché rispetto al precedente e « il regime di pubblicità dell'azione amministrativa permette comunque di superare le esigenze di riservatezza dei terzi interessati, i quali godono in generale solo di una tutela modale, che li mette al riparo dai pregiudizi che potrebbero derivare loro da una più ampia diffusione dei dati, se copiati o trascritti »; ma vd. anche FODRA A., *Bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza: evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia*, inserito in *www.altalex.it* il 25 febbraio 2004.

³³ In questo senso vd. BELISARIO E., *Ostensione di documenti sanitari: diritti antagonisti e valutazione comparativa. Il difficile bilanciamento tra diritto di difesa*

e privacy, in *Diritto e Giustizia*, n. 36/04, pp. 68 ss.

³⁴ Su questo aspetto fondamentale si è espressa la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, istituita dall'art. 27 della legge n. 241 del 1990, (cfr. al riguardo il sito *www.governo.it/Presidenza/ACCESSO*) che ha consigliato alle amministrazioni di invitare il cittadino ad indicare nell'istanza la ragione specifica per la quale si chiede quel documento e di valutare se sia effettivamente necessario ottenere la copia del documento per ottenere quello che si intende conseguire. Questo ulteriore passaggio chiarificatore rispetto alla consolidata giurisprudenza è stato sottolineato proprio dalla Commissione per l'accesso; cfr. CIRILLO G.P., *cit.*

³⁵ Anche CLARICH M., *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, esprime perplessità sulla delicatezza del ruolo affidato all'interprete.

sul procedimento amministrativo, il codice sulla privacy e, ove esistente, la disciplina di settore specifica.

4. IL DIRITTO DI ACCESSO NELLA RECENTE LEGGE 11 FEBBRAIO 2005, N. 15.

Nel tentativo di semplificare l'opera di bilanciamento dell'interprete va, probabilmente, ricercata la *ratio* della modifica apportata al diritto di accesso dalla legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 « *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa* »³⁶.

Nella nuova formulazione della legge n. 241/1990 il punto di partenza per la questione che qui interessa è costituito dall'articolo 24 rubricato « *Esclusione dal diritto di accesso* »³⁷.

³⁶ Camera dei Deputati, A.C. n. 3890, Leg. XIV, recante « *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa* » in Atti parlamentari, Roma, seduta del 26 gennaio 2005. Fra i primi commenti « a caldo » alla legge vd. il n. 10/05 di Guida al diritto interamente dedicato alla legge con interventi di FORLENZA O., *Un'enfatizzazione del principio di efficacia a scapito delle garanzie di tutela dei cittadini*, pp. 42 ss.; ATELLI M., *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, pp. 49 ss.; FORLENZA O., *Se c'è silenzio della p.a. ricorso al Tar senza diffida*, pp. 52 ss.; TOSCHEI S., *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, pp. 61 ss.; D'ALESSIO D., *Più spazio agli accordi sostitutivi ed integrativi*, pp. 67 ss.; NUNZIATA G., *Colpo di acceleratore con la conferenza di servizi*, pp. 70 ss.; CARUSO G., *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, pp. 75; MEZZACAPO S., *Entrata in vigore solo dopo il regolamento*, pp. 82 ss.; ATELLI M., *Rilascio copia dell'atto « graduato » alla privacy*, pp. 90 ss.; FORLENZA O., *Difensore civico, tutela alternativa al giudice*, pp. 95 ss.; SALAMONE L., *Le recenti modifiche apportate alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo: un commento « a caldo »*, in *www.diritto.it*; nonché l'editoriale a cura di CLARIZIA A. e MORBIDELLI G., *La riforma della Legge 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*; con interventi di CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*; OCCHiena M., *Riforma della l. 241/1990 e « nuovo » silenzio-rifiuto: del diritto v'è certezza*; PAOLANTONIO N., *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*; TARULLO S., *L'art. 10-bis della*

legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria; GALETTA D.U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge n. 241/90*; ROLLI R., *Brevi riflessioni sulla riforma della legge n. 241 del 1990*; TULUMELLO G., *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*; TOTARO G., *Ostacoli operativi alla protezione del cittadino avverso il silenzio della P.A.*; SATTA F., *La riforma della Legge 241 del 1990: dubbi e perplessità*.

³⁷ L'articolo 24 dispone « 1. Il diritto di accesso è escluso:

a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;

d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

3. Non sono ammissibili istanze di ac-

Prima di affrontare la problematica circa il conflitto con il diritto alla riservatezza è opportuno soffermarsi sulla natura giuridica che la nuova normativa riconosce al diritto di accesso.

Il diritto di accesso viene inteso non come un diritto autonomo sulla base del quale effettuare il bilanciamento con il diritto alla riservatezza dei dati personali, sensibili e supersensibili ma quale strumento necessario alla tutela di altri diritti. L'istituto sembra perdere la funzione partecipativa e di controllo sulla trasparenza dell'attività amministrativa, così come era oramai consolidato in giurisprudenza³⁸ e, come detto, positivizzato dal codice della privacy.

Tale prospettiva sembra confermata dall'art. 22 c. 2 nella nuova formulazione secondo cui: «*L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela*».

cesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

4. L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.

6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;

b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;

c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla

tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;

d) 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 forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;

e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

³⁸ Cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 14 aprile 1997, n. 362 e Consiglio di Stato Sez. VI, 13 giugno 1995, n. 588.

È evidente la contraddittorietà della norma. Da un lato, si assegna rilevanza costituzionale al diritto di accesso tramite il collegamento con l'art. 117, c. 2, lettera *m*) della Costituzione³⁹; dall'altro, non viene riconosciuta autonoma valenza giuridica al diritto di accesso ma solo strumentale ai livelli essenziali di prestazione. Inoltre, è evidente come dall'assetto complessivo della legge risulti una forte restrizione del diritto d'accesso, rispetto a quanto previsto dalla precedente formulazione della legge n. 241/90. Infatti, il diritto di accesso è riconosciuto solo agli interessati, cioè, secondo la definizione del nuovo art. 22 lett. *b*), a coloro che «*abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso*», in ciò confermandosi la mera strumentalità attribuita all'istituto⁴⁰.

Oltre a ciò vengono anche aumentati i casi di ragioni ostative all'esercizio del diritto in esame. Il riformulato art. 24 prevede, infatti, due *species* di limiti oggettivi al diritto di accesso.

I primi sono tassativi e già individuati dal legislatore. La previsione di ipotesi di esclusione dell'esercizio dell'accesso e, dunque, del principio di trasparenza e del controllo dell'attività amministrativa, a fronte di interessi ritenuti superiori, rivela l'intento del legislatore di assicurare una maggiore certezza del diritto in settori ritenuti particolarmente sensibili, ove l'interesse pubblico è considerato prevalente ed antitetico rispetto all'interesse del singolo che, quindi, deve cedere. Il rapporto autorità-libertà viene gestito in questi casi, in modo assolutista e totalitario⁴¹.

³⁹ Giustamente MEZZACAPO S., *cit.*, rileva che il riferimento all'art. 117, lett. *m*) è stato introdotto per ricondurre allo Stato la competenza legislativa nella materia.

⁴⁰ In questo senso vd. quanto affermato dai Senatori F. Bassanini e M. Villone, Relazione (orale) in Senato della Repubblica, Leg. XIV, *Resoconto sommario e stenografico*, 420^a seduta, 21 luglio 2004, Presidenza del Presidente Pastore; l'on. Bassanini sottolinea che si realizza una limitazione degli aventi diritto all'accesso, in quanto si riconosce la titolarità del diritto di accesso solo a coloro che si trovino in specifiche situazioni di interesse (lett. *a*). La norma, innanzitutto, rappresenta il frutto di una cultura statalista che resiste alle innovazioni e che intende mantenere i cittadini in una posizione di sudditanza rispetto all'amministrazione; in secondo luogo risulta contraddittoria in quanto, sebbene si proponga di garantire condizioni di parità dei cittadini nei loro rapporti con la pubblica amministrazione, determina, invece un arretramento per quanto riguarda la materia dell'accesso che costituisce un elemento coesistente e non secondario ai fini della realizzazione del disegno legislativo. Il Sen. Villone afferma che se pure la precisazione è stata inse-

rita con un intento solo formale, ciò non di meno determina conseguenze politiche, poiché restringe la platea degli aventi diritto all'accesso in base alla definizione di cui alla lettera *b*) che, pur includendo i titolari di interessi pubblici o diffusi, specifica che essi debbono avere un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per cui si chiede l'accesso. Le disposizioni in discussione determinano un restringimento obiettivo del diritto all'accesso, soprattutto nel senso che viene limitata la potenzialità evolutiva della norma, dal momento che l'interpretazione giurisprudenziale dovrà confrontarsi con il parametro introdotto alla lettera *a*) che riconosce quel diritto solo alla categoria degli interessati.

⁴¹ Non essendo questa la sede opportuna per un approfondimento sulla riforma in tema di accesso si rinvia alle prime note fra cui MASSERA A. (a cura di), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in www.astridonline.it; LAINO A., *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in www.lexitalia.it, p. 12; LIPARI M., *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in

In queste ipotesi la p.A. è vincolata al provvedimento di diniego nel caso in cui sia presentata istanza di accesso.

Il secondo tipo di limite è elastico, nel senso che il Parlamento individua esclusivamente gli interessi da salvaguardare, mentre per il bilanciamento con il diritto d'accesso autorizza il Governo ad emanare regolamenti di delegificazione. Tra questi casi vi è l'ipotesi del contrasto del diritto di accesso con la vita privata o la riservatezza di terzi (persone fisiche o giuridiche, gruppi, imprese e associazioni) con particolare riferimento agli interessi epistolari, sanitari, professionali, finanziari, industriali e commerciali di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono. La riservatezza, pur non definita nei suoi contenuti oggettivi, è uno dei criteri attuativi della normazione regolamentare, quale limitazione al generale principio dell'accessibilità ai documenti amministrativi.

Se, dunque, quanto detto in riferimento al codice della privacy è corretto, il sistema che ne risulta dovrebbe essere il seguente: la disciplina dell'esercizio del diritto di accesso ad un documento che coinvolge dati personali e/o sensibili di un terzo è rinviata alla L. 241/90 la quale, nella recente riformulazione, autorizza il Governo ad emanare regolamenti delegificati che salvaguardino contemporaneamente i due interessi.

Se con l'emanazione del solo codice della privacy sembrava esserci un ritorno al passato, con la riforma sul procedimento amministrativo il cerchio si chiude: dovrà essere il Governo ad operare il bilanciamento dei confliggenti interessi e non l'operatore pratico. Fino a quando non si avrà il regolamento, allora, non è possibile allo stato alcuna valutazione definitiva, quanto piuttosto alcune considerazioni di ordine generale sulla positività (o meno) di una tale scelta.

La certezza del diritto che si tenta di fornire alle ipotesi di esercizio dell'accesso rientra nel più generale intento del legislatore che, con questa normativa, sembra voler tracciare una prima bozza di codificazione del diritto amministrativo sostanziale⁴². Tuttavia, non sembra che la previsione di un bilanciamento che può essere effettuato solo in concreto comporti una rivalutazione dello *status* del cittadino.

L'effettiva tutela del diritto alla riservatezza deve essere garantita, in via preventiva, tramite la predeterminazione (in questo caso, sì, necessaria) delle forme di « controllo sul flusso dei nostri dati, interrompendolo quando necessario e riattivandolo quando opportuno »⁴³; successivamente

www.giustamm.it; tuttavia si vuole ricordare l'acceso dibattito che, in sede di lavori preparatori, vi è stato in riferimento alle deroghe, espresse tassativamente, in materia di accesso; al riguardo vd. 1^a Commissione Affari Costituzionali, Leg. XIV, *Resoconto sommario e stenografico*, 411^a seduta, 30 giugno, Presidenza del Presidente Pastore e 414^a seduta, 7 luglio 2004, Presidenza del Presidente Pastore; ed infine, 420^a seduta, 21 luglio 2004, Presidenza del Presidente Pastore.

⁴² In questa prospettiva vanno lette altre riforme operate con la L. 15/05 oltre quelle relative all'accesso; si pensi al Capo

IV-bis, intitolato « *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso* ». Si tratta sempre di istituti riguardanti l'azione autoritativa della p.a. ed il consequenziale rapporto con il cittadino, la disciplina dei quali si era fondata, finora, sull'elaborazione giurisprudenziale. Così, in senso critico, nei confronti di tale intento ma non della legge complessivamente considerata, si pone ROMANO TASSONE A., *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*.

⁴³ Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione per l'anno 2004*, Pre-

ed in via repressiva, quando entra in contrasto con altri diritti. Ora, questa seconda cautela non può essere predefinita da un organo, comunque, amministrativo, anche se politico, che potrebbe nell'ottica di realizzazione dell'interesse della stessa p.A. negare una prospettiva evolutiva della norma; viceversa, è necessario esaminare le situazioni sostanziali che in concreto confliggano, considerare i particolari interessi contrapposti, le conseguenze che possano derivare dalla lesione dell'uno o dell'altro, applicando, se possibile, le modalità pratiche che possano conciliare le opposte esigenze. Non si può stabilire *a priori* una supremazia assoluta di uno dei diritti con sacrificio totale dell'altro, né fissare un teorico bilanciamento dei vari interessi in gioco.

Del resto, la giurisprudenza si è sempre mostrata particolarmente sensibile nella comparazione e valutazione delle esigenze sottese alla richiesta di accesso rispetto alla tutela della riservatezza, tentando molto spesso di trovare essa stessa il *modus agendi* che conciliasse entrambe le esigenze⁴⁴. Solo una comparazione in concreto può evitare il rischio di « soluzioni precostituite poggianti su un'astratta scala gerarchica dei diritti in contesa, non sempre, tuttavia, idonea a tener conto delle specifiche circostanze di fatto destinate a connotare il singolo caso »⁴⁵. In questa prospettiva potrebbe verificarsi che la concreta indagine comparativa consenta l'accesso a tutela di un diritto da far valere in giudizio, astrattamente inferiore rispetto a quello della riservatezza, ma concretamente prevalente giustamente il grado minimo di effettivo coinvolgimento della dignità e della privacy dell'interessato.

Oltre che alla giurisprudenza tale ruolo è stato affidato, come visto, soprattutto alle pp.aa.: è un compito delicato e difficoltoso, ma che non per questo deve essere predeterminato in un atto regolamentare che, in quanto tale, deve essere rispettato da tutti i provvedimenti successivi della p.A.; al contrario il ruolo centrale deve essere affidato all'amministrazione ancor prima che alla giurisprudenza, poiché la natura degli interessi coinvolti è tale che l'azione giurisprudenziale sarebbe destinata ad intervenire in un momento in cui l'aggressione al diritto si è ormai verificata. La fonte normativa, probabilmente, avrebbe dovuto solo riconoscere validità giuridica ad entrambi i diritti, spettando poi alle singole pp.aa. la gestione concreta del conflitto.

La p.A. con provvedimenti adeguati potrebbe adottare misure generali di contemperamento in via precauzionale sulla base dell'esperienza; così, ad esempio, la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha consigliato alle pp.aa. di chiedere al cittadino la ragione specifica per la quale si propone istanza al fine di valutare se, per soddisfare l'interesse sotteso, sia effettivamente necessario ottenere la copia del documento. In questa prospettiva è da plaudire la prassi di talune pp.aa.⁴⁶

sidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2004.

⁴⁴ Si veda in questo senso la recente sentenza T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 308 del 2005 secondo cui l'istanza di accesso che coinvolga dati sanitari di un terzo soggetto può « essere rimodulata e specificata, con

esclusione, in ogni caso, della documentazione sanitaria relativa alle persone disabili e degli atti che ne possano consentire l'identificazione ».

⁴⁵ In questo senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio-30 marzo 2001, n. 1882.

⁴⁶ Fra le quali come segnala LIPARI M.,

che, previa comunicazione della richiesta di accesso al terzo coinvolto, procedono ad una sorta di contraddittorio tra le parti, a seguito del quale, in assenza di un accordo, la p.A. decide per l'accoglimento o il rigetto dell'istanza⁴⁷.

Le pp.aa. hanno gli strumenti necessari ed idonei, in particolare procedurali e formali, per trovare soluzioni soddisfacenti.

Resta da analizzare un ultimo profilo: la legge facoltizza il Governo ad emanare regolamenti, senza ulteriori specificazioni. In assenza (o in attesa di tali regolamenti) quali dovrebbero essere i criteri di composizione del conflitto tra accesso e riservatezza alla luce delle nuove normative?

Potrebbe sostenersi la necessità di una valutazione astratta della consistenza delle posizioni giuridiche in conflitto, cioè una valutazione di carattere generalizzante. Il diritto alla riservatezza è un diritto costituzionalmente tutelato ex art. 2 Cost. L'istanza d'accesso è, invece, come detto, funzionale alla tutela di un'altra situazione giuridicamente rilevante. Ne deriva che, nel bilanciamento di interessi, occorrerebbe considerare questa posizione di base e solo se essa presenta i caratteri del diritto soggettivo a protezione costituzionale, la pretesa all'accesso potrebbe prevalere sull'interesse alla riservatezza.

Tuttavia, sulla base di quanto affermato finora è preferibile la diversa opzione della valutazione comparativa del caso concreto, affidando all'amministrazione detentrica dei documenti una funzione di composizione di interessi privati, del resto perfettamente conciliabile con l'attività discrezionale di perseguimento dell'interesse pubblico⁴⁸.

Tale ricostruzione deve, però, essere temperata dall'attuale testo normativo che al fine di permettere l'accesso richiede un *quid pluris* e cioè « un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso » (art. 22, lett. b) cit.). Non è sufficiente, dunque, una mera connessione tra la situazione giuridica e la conoscenza del documento; è necessaria, oltre la legittimazione ad agire (cioè la titolarità della situazione giuridica) anche l'interesse ad agire; la visione del documento deve comportare un effetto utile nella sfera giuridica del destinatario in relazione al diritto vantato e che s'intende tutelare.

Oltre ad una valutazione comparativa degli interessi in concreto, a voler rispettare l'art. 22, lett. b), la p.a. dovrebbe anche apprezzare l'interesse attuale del richiedente ad ottenere la conoscenza dei documenti e l'effetto favorevole che ne deriverebbe⁴⁹.

cit., l'INAIL « particolarmente attenta al contemperamento tra le diverse posizioni in conflitto, anche al fine di ridurre il contenzioso ed i rischi di responsabilità incrociate nei confronti dei soggetti coinvolti della richiesta di accesso ».

⁴⁷ FERRUCCI A., cit.

⁴⁸ In questo senso vd. Consiglio Stato Sez. VI, 5 ottobre 1995, n. 1085, secondo cui spetta alla p.a. tutelare il terzo dall'eventuale pregiudizio connesso alla comunicazione della documentazione in possesso della p.a. stessa; *contra* vd. LIPARI M., cit.

⁴⁹ Prima della modifica operata dalla legge 15/05 si riteneva che fosse « sufficiente che l'istante fosse titolare di un interesse alla tutela di una situazione qualificata dall'ordinamento come meritevole di protezione, senza che ciò necessariamente significasse titolarità di diritto soggettivo o di un interesse legittimo — ossia posizioni piene e fondate — bastando la titolarità di una situazione giuridica soggettiva allo stato anche meramente potenziale, con il solo limite del mero interesse di fatto », così GANDINO A., *Note a margine del diritto di*

In conclusione, gli elementi di rigido formalismo, già presenti nella precedente normativa, vengono accentuati svilendo sempre più il principio generale della necessità dell'accesso quale istituto di controllo sull'azione amministrativa. Il diritto di accesso viene ricondotto, piuttosto che ad un'ipotesi di azione popolare, ad una dimensione para-processuale, non autonoma ma strumentale rispetto alla situazione giuridica sottesa. In questa prospettiva, se precedentemente era discusso se l'accesso potesse esercitarsi anche in caso di provvedimenti inoppugnabili⁵⁰, attualmente, sembra che il legislatore abbia optato per la soluzione negativa limitando l'accesso solo all'ipotesi di buon esito che ne deve discendere dall'istanza, ciò che, ovviamente, non sussiste nel caso di provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile.

5. (SEGUE) I DATI SUPERSENSIBILI.

La tutela dei dati cd. supersensibili (salute e vita sessuale) si pone a parte; al riguardo l'art. 22 c. 5 rinvia all'art. 60 del d.lgs. 196/03 nella parte in cui dispone che « *nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale* ». L'art. 60 del codice della privacy, come detto, prevede che per ottenere l'accesso al documento è necessario che il diritto sotteso alla richiesta ostensiva sia di rango almeno pari alla tutela dei dati supersensibili ovvero attenga ad un diritto della personalità o ad un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

La disciplina dettata dall'art. 22 c. 5 è evidentemente ambigua. Nell'ambito della disciplina sull'accesso che coinvolga dati sensibili rinvia ad una disciplina sui dati supersensibili.

Una prima opzione interpretativa, alquanto ampia, comporterebbe l'applicazione della disciplina dei dati supersensibili anche alle ipotesi di dati sensibili; in altri termini l'operatore nel caso di dati sensibili e giudiziari dovrebbe consentire l'accesso solo se l'istanza sottenda una situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero riguardi un diritto della personalità o un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Probabilmente tale ricostruzione sarebbe da preferire per la migliore tutela dei diritti in conflitto secondo le esposte ragioni; tuttavia, sembra più vicina alla *voluntas legis* un'interpretazione secondo cui la valutazione comparativa concreta sia rimessa all'operatore solo se l'istanza di accesso vada a confliggere con dati supersensibili, che potranno essere oggetto del diritto di accesso solo se l'istanza sottenda una situazione giuridica di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, cioè consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Non bisogna tralasciare, infatti, che la legge autorizza il Governo ad emanare regolamenti di delegificazione anche in materia sanitaria; ciò do-

accesso: tra nessi strumentali e « situazioni giuridicamente rilevanti », in *Foro Amministrativo*, 2004, p. 695.

⁵⁰ Sul dibattito vd. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 1753.

vrebbe interpretarsi nel senso che, mentre in assenza di regolamenti in materia di comunicazione di documenti che possano recare pregiudizio alla riservatezza dei dati personali e/o sensibili la legge non prevede alcunché, nel caso di dati supersensibili la stessa impone la necessità di una valutazione comparativa concreta da parte della p.A. che deve risolversi nel senso favorevole all'istanza d'accesso se la situazione sottesa sia di pari grado al diritto alla riservatezza dei dati supersensibili o riguardi un diritto della personalità ovvero un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

6. LA DEFINIZIONE IN TERMINI PROCEDIMENTALI E PROCESSUALI DEL CONFLITTO TRA I DUE VALORI.

La posizione soggettiva del titolare del diritto alla riservatezza assume pieno riconoscimento nella nuova normativa tramite l'identificazione dei controinteressati in « *tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza* ». (art. 22, lett. c). L'aver positivizzato nella figura del controinteressato il terzo titolare del dato personale e/o sensibile⁵¹ che potrebbe essere leso con la comunicazione del documento richiesto impone la necessità di predisporre efficaci strumenti di tutela procedimentale preventiva da parte delle pp.aa.⁵²

Già precedentemente all'intervento legislativo si riteneva che del procedimento attivato con l'istanza di accesso dovesse esser data notizia ai controinteressati ai sensi dell'art. 7 L. 241/90 affinché avessero la possibilità di intervenire ed esporre le proprie legittime esigenze⁵³. L'espressa previsione legislativa della figura del controinteressato dovrebbe implicare che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento d'accesso comporti vizio per violazione di legge ex art. 7 L. 241/90 del provvedimento finale⁵⁴.

Anche dal punto di vista processuale la modifica sembra avere notevoli conseguenze. Il ricorso proposto dall'interessato contro il diniego dell'istanza di accesso deve essere notificato al soggetto cui si riferiscono i dati personali coinvolti, atteso che la mancanza di tale notifica dovrebbe integrare una causa di inammissibilità del ricorso⁵⁵. Sembrano, quindi, su-

⁵¹ In questo senso si era già orientata la giurisprudenza secondo cui al titolare del diritto alla riservatezza andava riconosciuta tecnicamente la posizione di controinteressato; fra tutte vd. Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 24 giugno 1999, n. 16.

⁵² È evidente come sia da plaudire tale norma in particolare nell'ottica prospettata della necessaria valutazione comparativa rimessa alla sola p.A. ed al giudice in fase di reazione.

⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1725, che sostiene trattarsi di una conclusione aderente al principio partecipativo affermato dalla L. 241/90, per cui « i soggetti aventi titolo ad interve-

nire nella fase formativa del provvedimento devono essere messi in grado di difendersi nel corso del giudizio eventualmente instaurato dalla parte che vanta una pretesa di segno contrapposto ».

⁵⁴ In realtà, in quest'ipotesi si pone il problema dell'annullabilità (o meno) di un provvedimento viziato solo dal punto di vista formale, in particolare alla luce della recente modifica operata dalla L. 15/05 con l'inserimento dell'art. 21-octies. La questione è interessantissima, ma non essendo questa la sede per affrontare la tematica si rinvia a CARUSO G., *cit.* nonché GALETTA D.U., *cit.*

⁵⁵ Precedentemente a tale riforma si era posta la questione se la mancata notifi-

perate le perplessità della dottrina⁵⁶ che precedentemente alla riforma non riteneva configurabile quale contraddittore necessario il soggetto titolare del diritto alla riservatezza.

In tema di tutela giurisdizionale occorre verificare quale sia il riparto di giurisdizione in caso di controversie in cui siano coinvolti il diritto di accesso⁵⁷ ai documenti amministrativi e l'esigenza di riservatezza di un terzo.

Al riguardo, l'articolo 152 del codice della privacy devolve al G.O. « *Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del (...) codice* »⁵⁸; mentre, l'art. 25, comma 5, della legge n. 241/1990 afferma, nella nuova formulazione, che « *contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso (...) è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al tribunale amministrativo regionale(...)* ».

Se, quindi, il soggetto ritiene lesa il suo diritto alla riservatezza per violazione della normativa⁵⁹ a tutela dei dati personali può esercitare azioni risarcitorie sia per i danni patrimoniali sia per i danni non patrimoniali innanzi al G.O.⁶⁰.

Se, viceversa, il soggetto vede denegata la sua istanza d'accesso potrà ricorrere al G.A. che, sussistendone i presupposti, potrà ordinare l'esibizione dei documenti richiesti⁶¹.

Il problema si pone nel caso in cui a dolersi sia il terzo controinteressato all'istanza d'accesso. Se questi, ad esempio, intende inibire, ex art. 700 c.p.c., l'istanza perché lesiva della propria riservatezza, ovvero ottenere un risarcimento del danno in quanto assume il provvedimento lesivo del

ca del ricorso al terzo controinteressato determinasse l'obbligo di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c., come preferiva la dottrina maggioritaria, ovvero l'inammissibilità del rimedio giurisdizionale come ritenuto dalla citata Adunanza Plenaria 16/99; *amplius* vd. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, pp. 1863-4.

⁵⁶ MAZZAMUTO M., *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/95, pp. 105 ss.

⁵⁷ Non essendo oggetto del presente lavoro la riforma del solo diritto di accesso e sulle novità circa i rimedi giurisdizionali (difensore civico e Commissione per l'accesso) si rinvia all'ottima analisi effettuata da BACOSI G. e LEMETRE F., *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della « 241 »*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nonché a SEMPREVIVA M.T., *Le novità in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Urbanistica e Appalti*, 4/05 pp. 402.

⁵⁸ In senso positivo il Garante della privacy commenta la disposizione in esame nella relazione finale per l'anno 2004 in quanto « il Codice armonizza i vari riti innanzi al giudice ordinario, ora ricondotti opportunamente ad un'unica procedura intentata mediante ricorso al solo tribuna-

le », Garante per la protezione dei dati personali, *Relazione per l'anno 2004*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2004.

⁵⁹ In particolare se il trattamento viene effettuato per finalità diverse da quelle di pubblico interesse che la legge assegna alla p.A. detentrici dei dati questo si ritiene antigiusdizionale e produttivo di un « danno ingiusto »; così cfr. CACCIARI A., *La tutela della riservatezza dei dati personali nelle pubbliche amministrazioni e negli enti locali*, Sistemi editoriali, 2003, pp. 73 e 74.

⁶⁰ Non bisogna confondere questo tipo di azione con i rimedi esperibili dinanzi al Garante della privacy. Il codice, infatti, prevede il sistema bipolare di tutela del dato personale, secondo cui chiunque può tutelare il diritto ai propri dati personali attivandosi innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria oppure innanzi al Garante per la protezione dei dati personali. In riferimento a tale tematica vd. *amplius* POLICELLA O., *Le azioni a tutela dei dati personali nel Codice privacy*, *www.dirittoitalia.it*.

⁶¹ In questo senso vd. CERRETO A., *Prime osservazioni sulla L. n. 15/2005 di modifica della legge 241/1990: « Il nuovo ruolo delle pubbliche amministrazioni »*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

suo diritto alla riservatezza, è dubbio se debba rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero a quella amministrativa.

Vigente la L. 675/96 e la precedente formulazione della L. 241/1990 la soluzione giurisprudenziale era a favore della giurisdizione del G.A. in quanto si riteneva che l'art. 25 della legge 241/90 prevedesse un'ipotesi di giurisdizione esclusiva amministrativa, in tutti i casi di istanza di accesso, qualunque fosse la situazione giuridica contrastante e coinvolta nel caso concreto⁶².

In realtà la questione sottendeva il problema della natura giuridica del diritto d'accesso quale interesse legittimo ovvero quale diritto soggettivo⁶³.

Attualmente, anche alla luce delle modifiche apportate, sembra doversi concludere per una giurisdizione esclusiva del G.A.

Il soggetto terzo che voglia ottenere un'inibitoria deve rivolgersi al giudice che può imporre un *facere* alla p.a.; così come se intende ottenere un risarcimento rispetto ad un provvedimento della cui illegittimità solo il G.A. può sindacare. Questa prospettiva sembra confermata anche da quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva nella celebre sentenza del 6 luglio 2004 n. 204. Secondo il Giudice delle leggi solo quando si esercita una potestà amministrativa si giustifica un'ipotesi di giurisdizione esclusiva. Nei casi in cui il diritto soggettivo è inestricabilmente connesso all'esercizio di tale potere può essere devoluta la giurisdizione al g.a.⁶⁴; ciò che presuppone una (pre)esistente giurisdizione di legittimità. In quest'ottica il G.A. non è più giudice dell'amministrazione, ma torna ad essere giudice nell'amministrazione. Nel caso di esercizio del diritto d'accesso la p.A. indubbiamente esercita un potere autoritativo nei confronti del privato realizzandosi, pertanto, le condizioni poste dalla Consulta per l'operatività della giurisdizione esclusiva, in coerenza con il disposto dell'art. 103 della Carta Costituzionale.

⁶² In questo senso cfr., tra gli altri, Consiglio Stato, Sez. V, 1° ottobre 1999, n. 1248; Consiglio Stato, Sez. IV, 3 agosto 1995, n. 589; nonché in dottrina LIPARI M., *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Sulla configurabilità del diritto d'accesso quale interesse legittimo vd. l'Adunanza plenaria, 24 giugno 1999 n. 16, *cit.*; nonché Consiglio di Stato, Sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1725; mentre in riferimento all'orientamento maggioritario della

configurabilità quale diritto soggettivo cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191; Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 4880; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137; Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 luglio 2002, n. 3620; e da ultimo Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 2938.

⁶⁴ La Corte giustamente non specifica quando sia presente tale inestricabile connessione, pena l'eccessiva limitazione da parte del giudice delle leggi dell'ambito rimesso alla discrezionalità del legislatore.