

L'esercizio del diritto di accesso. Differenze e analogie. Rapporto con il diritto alla privacy

The exercise of the right of access. Differences and similarities. Relationship with the right to privacy

Giuseppe Bertini¹, Silvia Dellasanta²

¹Consulente legale presso la Pubblica amministrazione

²Funzionario amministrativo presso la Pubblica Amministrazione

Informazioni sull'articolo

Keywords:

Trasparenza
Riservatezza
Dati personali
Accesso
Responsabilità

ABSTRACT

Il presente contributo intende descrivere l'evoluzione del diritto di accesso e le varie forme in cui si declina, evidenziandone gli elementi in comune e le differenze. Ci si sofferma in particolare sulla necessità di effettuare un equo bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla privacy, in considerazione del pericolo di ledere una situazione giuridica soggettiva specifica a seguito della diffusione di un determinato dato, informazione o documento. Vengono descritti alcuni casi pratici.

Keywords:

Transparency
Confidentiality
Personal data
Right of access
Accountability

The present contribution aims to describe access right evolution and the different shapes in which it is declined, by highlighting their common elements and differences. We focus in particular on the need to make the right balance between the right of access and the right to privacy, in consideration of the danger of harm a specific interest because of the diffusion of a identified date, information or document. The report describes some practical cases with related jurisprudential indications.



Autore corrispondente:

Giuseppe Bertini
Consulente legale presso la Pubblica amministrazione
E-mail: giusepbertini27@gmail.com

Sommario: 1. Introduzione – 2. Dalla cultura del segreto nella Pubblica Amministrazione all'avvento della legge sul procedimento amministrativo – 2.1. -Trasparenza e procedimento amministrativo. La Legge n.241/90: l'accesso come tutela di una situazione soggettiva ("accesso difensivo" e "accesso partecipativo") – 2.2. Obblighi di pubblicazione e diritto di conoscenza. Il D. Lgs. n.33/2013 e l'accesso civico – 2.3. Il D. Lgs. n.97/2016 e l'accesso civico generalizzato – 3. Il rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza – 3.1. Alcuni esempi di casi pratici – 4. Conclusioni

Summary: 1. Introduction - 2. From the culture of secrecy in the Public Administration to the advent of the law on administrative procedure - 2.1. -Transparency and administrative procedure law No 241/90: access as protection of a subjective situation ("defensive access" and "participatory access") - 2.2. Publication obligations and right of knowledge. D. Lgs. n.33/2013 and civic access - 2.3. The D. Lgs. n. 97/2016 and generalised civic access - 3. The relationship between the right of access and the right to privacy - 3.1. Some examples of practical cases - 4. Conclusions

1. INTRODUZIONE

Cambiano i tempi ed insieme ad essi evolvono anche gli istituti giuridici sia nell'ambito del diritto privato, sia nell'ambito del diritto pubblico ed è in questa direzione che si inseriscono i numerosi e recenti interventi normativi in risposta alla domanda di chiarezza e limpidezza dell'azione amministrativa che negli anni è notevolmente aumentata.

Ciò allo scopo di riaffermare, da una parte, i principi di legalità, imparzialità ed uguaglianza che governano l'agire pubblico e, dall'altra, di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa mediante il contrasto dei fenomeni di non corretta gestione delle risorse pubbliche che, spesso, sono causa di episodi di "cattiva amministrazione" (cd. *maladministration*), ben lontani, quindi dal conseguimento dei fini dettati dai principi costituzionali.

I fenomeni corruttivi hanno caratterizzato sin dall'antichità tutte le culture¹ e lo studio di tali circostanze consente di concludere che, nel momento in cui l'accettazione di comportamenti sgraditi, che creano disvalore, diviene un fatto culturale condiviso, lo diviene anche la tolleranza della violazione di norme giuridiche e morali. La corruzione è infatti legata alla percezione, individuale e collettiva, della linea di confine tra legalità ed illegalità, pertanto, più è ampio il ventaglio di comportamenti accettati, più ci si avvicina ad una corruzione cd. "*sistemica*".

È pur vero che, in una società caratterizzata dalla presenza di una sovrabbondanza di norme e, parallelamente, di continue deroghe ad esse, possano crearsi con più facilità delle zone "fluide". In particolare, nei vari settori dell'agire pubblico, l'intrico normativo determina una evidente rigidità del sistema e ciò alimenta gli eventi corruttivi che, spesso, avvengono come sfogo, come reazione specie dove si apre lo spazio alla discrezionalità dell'uso del potere pubblico.

In alcune circostanze, si delineano cioè quelli che Cassese definisce gli effetti di una "*giuridicità debole*", che si manifestano attraverso la ricerca, all'interno dell'apparato pubblico, di "facilitatori" da parte del cittadino che si sente legittimato ad ogni tipo di negoziazione con lo Stato pur di ottenere l'applicazione della norma più favorevole alla propria istanza.

Proprio in questo ambito si colloca l'attività dell'Anticorruzione che si basa su valori, non codificati, ma potenti e che opera non solo su un piano giuridico, ma anche su un piano etico condiviso ed organizzativo che funge da base per realizzare una "buona amministrazione".

Infatti, l'analisi delle dinamiche corruttive verificatisi nel tempo, ha consentito di concludere che per contrastare la corruzione è opportuno improntare un nuovo modello d'azione che si basi su una strategia coordinata e integrata tra interventi preventivi-amministrativi e di repressione. Occorre agire contemporaneamente su due livelli e quindi sia mediante un impianto normativo, repressivo, di controllo che si occupa però di accadimenti già avvenuti, sia sul recupero e potenziamento di valori etici attraverso una articolata strategia amministrativa di prevenzione che contempli l'impegno a realizzare una riorganizzazione delle singole PP.AA.. In questa direzione possono annoverarsi il Piano Triennale Anticorruzione, gli investimenti nel processo di digitalizzazione degli uffici pubblici e il potenziamento degli strumenti per l'affermazione del principio della trasparenza.

¹ A puro titolo esemplificativo, se ne rinvennero dimostrazioni già nella civiltà mesopotamica (dove era normale scambiarsi un favore in cambio di un dono), nell'antica Roma (testimonianze di ciò si recuperano ad esempio nelle Verrine di Cicerone e di altri noti autori del tempo), la stessa Riforma Luterana rappresenta una reazione a simili fenomeni avendo riguardo all'aspetto religioso.

Proprio quest'ultimo aspetto nelle sue varie declinazioni costituirà il tema centrale del presente contributo che cercherà di esaminare anche le implicazioni con il rispetto delle norme relative alla tutela della privacy.

2. DALLA CULTURA DEL SEGRETO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ALL'AVVENTO DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

È ampia la nozione di corruzione, ricomprendendo sia la definizione penalistica, sia la dimensione amministrativistica e costituzionale intendendo come eventi corruttivi molteplici fattispecie quali l'assenteismo, il conflitto di interessi, il nepotismo, il clientelismo, lo spreco di risorse, ecc.

Da una attenta analisi di tali molteplici sfaccettature, si è quindi compreso che per contrastare efficacemente simili episodi il metodo repressivo non è sufficiente da solo, poiché la sanzione interviene quando ormai i fatti sono stati commessi ed il buon andamento dell'agire amministrativo è stato compromesso. Occorre invece *“indurre un cambiamento di mentalità all'interno della pubblica amministrazione”*².

Per questo dal 2012, in particolare con la cd. Legge Severino (L. n.190/2012) *“si è giustamente concentrata l'attenzione sui rimedi di prevenzione della corruzione, soprattutto amministrativa, che hanno certamente un rilievo cruciale. I rimedi preventivi introdotti dal legislatore sono finalizzati a contrastare principalmente la corruzione delle persone, i comportamenti illeciti, ma in parte riguardano anche la corruzione <<oggettiva>>. La prevenzione si basa fundamentalmente su quattro strumenti: la pianificazione, la trasparenza, la tutela dell'imparzialità e la disciplina dei contratti pubblici.*

*Sono strumenti rilevanti per prevenire comportamenti corruttivi. I piani anticorruzione predisposti dalle varie amministrazioni pubbliche sono essenziali per individuare i maggiori rischi e per rimuoverli attenuarli. La trasparenza è forse l'antidoto principale alla corruzione”*³.

In questa direzione si inserisce il D. Lgs. 25.05.2016, n.97, meglio conosciuto come FOIA (Freedom of Information Act) ovvero, in altri termini, la *“Trasparenza”*, che secondo il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema della norma citata *“si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una <<casa di vetro>>, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione (diritti inviolabili), che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri”*.

Freedom of Information Act significa Libertà d'informazione ed è sostanzialmente un diritto fondamentale riconosciuto nella maggior parte delle democrazie occidentali, ossia il diritto del cittadino a ricevere informazioni possedute dalle P.A.

Tuttavia, affinché questo possa configurarsi come diritto fondamentale, è necessario che l'ordinamento lo riconosca tale, ma in Italia e nel resto d'Europa, non è stata facile la strada dell'emancipazione alla libertà d'informazione.

In Italia, in particolare, un simile percorso è stato farraginoso, innanzitutto per la presenza di peculiari fattori storico-culturali. Il periodo della Seconda Guerra Mondiale e la Guerra Fredda hanno fatto sì che radicesse la cultura del segreto cui ha fatto seguito nelle moderne burocrazie la limitazione degli accessi in nome della tutela dell'interesse pubblico proprio in virtù della competenza tecnica specializzata acquisita negli anni dalla burocrazia.

*“Gli studi sulla sociologia dell'amministrazione pubblica considerano fattori determinanti dei rapporti tra cittadini ed amministrazioni le posizioni di potere ed il grado di conoscenza e d'informazione delle parti del rapporto amministrativo, sia riguardo all'oggetto specifico della questione trattata che alla struttura organizzativa procedimentale dell'amministrazione, rilevando, peraltro, quanto all'informazione, carattere asimmetrico a vantaggio della burocrazia”*⁴.

In tema di diritto all'informazione, l'articolo 21 Cost. che disciplina il lato attivo della libertà di informazione, intende appunto tale diritto quale libertà di esprimere liberamente la propria opinione.

E questo perché la Costituzione risente del ripudio del fascismo, in cui mancava la libera espressione del pensiero, e dunque i Padri Costituenti si sono concentrati sul lato attivo della libertà di informazione, trascurando il diritto ad essere informati ed il diritto ad informarsi.

La nostra Costituzione, dunque, non contiene una tale nozione, rendendo difficile dal punto di vista del diritto positivo l'affermazione di tale situazione giuridica soggettiva come diritto fondamentale riconosciuto a tutti. Tuttavia la maggior parte delle carte europee fa comunque riferimento a questo diritto⁵

² Allegato sull'Italia della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione del 3 febbraio 2014.

³ Marco D'Alberti, *Corruzione*, Treccani, 2020, p.84-85

⁴ Francesco Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2019, pag. 743 e ss.

⁵ Si vedano ad esempio, l'art. 10 CEDU (la libertà di ricevere informazioni); Art. 15 TFUE (accesso ai documenti delle

nella convinzione che il diritto ad essere informati rappresenti una premessa indispensabile per il buon funzionamento di un sistema liberal-democratico: “il governo della democrazia si caratterizza per essere potere pubblico in pubblico”⁶.

E' infatti il sistema democratico a richiedere che il potere vada esercitato in maniera pubblica, dal momento che “l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, ed il segreto costituisce un'eccezione” e che “uno dei criteri per distinguere il regime democratico dal regime autocratico è proprio il diverso rapporto, il differente dosaggio tra pubblicità e trasparenza”⁷.

Il *right to know* è quindi il fine cui si tende e ci sono dei mezzi per realizzarlo: il rapporto tra il mezzo ed il fine lega il diritto all'informazione al principio della trasparenza amministrativa che si applica a vari istituti.

La trasparenza, infatti, non è un istituto, ma una “modalità di esercizio della funzione pubblica”, un obiettivo cui orientare l'azione degli apparati pubblici⁸ realizzata sia dal “lato attivo”, mediante l'attuazione degli obblighi di pubblicazione (*Amministrazione Trasparente*), sia dal “lato passivo”, mediante la previsione del diritto di accesso.

In questa prospettiva, la trasparenza amministrativa riunisce una duplice dimensione giuridica. Infatti può essere considerata come:

- strumento di prevenzione della corruzione, consentendo di intercettare tutte quelle “azioni grigie” che non hanno un elevato grado di offensività (es. azioni di spreco, non efficaci e/o non efficienti) pur non essendo aderenti al principio di buon andamento,

- e come diritto fondamentale, trasversale al pari dei valori costituzionali e dei principi riconosciuti a livello internazionale.

Tuttavia solo negli ultimi anni, per effetto di una serie di recenti interventi normativi, la trasparenza amministrativa si è liberata da una condizione “servente” consentendo anche all'Italia di allinearsi agli standard europei ed internazionali.

In particolare, tre possono considerarsi le tappe fondamentali che hanno contraddistinto l'affermazione del diritto all'informazione nel nostro ordinamento.

2.1. TRASPARENZA E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. LA LEGGE N.241/90: L'ACCESSO COME TUTELA DI UNA SITUAZIONE SOGGETTIVA (“ACCESSO DIFENSIVO” E “ACCESSO PARTECIPATIVO”)

Originariamente, come anticipato più sopra, regnava in Europa la cultura del segreto d'ufficio a tutela dell'interesse pubblico e ciò per diversi fattori storico-culturali. Erano infatti ancora vivi i retaggi dell'Ancien Regime ed inoltre gli ordinamenti del tempo si ispiravano alle visioni dello “Stato Guardiano”: lo Stato nasceva per garantire le funzioni di ordine e sicurezza, non altro, relegando l'amministrato ad un mero destinatario passivo.

Ancora. Dal punto di vista pratico, è un dato di fatto che fino a poco tempo fa, il documento era materiale, cartaceo e pertanto non facilmente riproducibile.

Successivamente, per effetto della trasformazione dello Stato Guardiano in Stato Sociale, si assiste ad un cambiamento poiché lo Stato, oltre ad assicurare le funzioni di sicurezza pubblica, si caratterizza per il fatto di offrire anche prestazioni socio-assistenziali.

In Europa e nel resto delle democrazie occidentali già dagli anni '60 iniziano a nascere i primi FOIA⁹, mentre in Italia le prime esili forme di accesso si trovano nella L. n.765/1967 degli atti procedurali relativi alle licenze edilizie. Quindi alla fine degli anni Ottanta, alcune norme settoriali lasciano intravedere alcune deboli forme di pubblicità, basti pensare alla L. n.816/1985 relativa agli atti degli enti locali in cui si riconosce il diritto dei cittadini di prendere visione dei provvedimenti adottati dai singoli enti e, in seguito, un riconoscimento più significativo si rinviene anche nella L. n.349/1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, relativa all'accesso sulle informazioni ambientali quando si ha ad oggetto un provvedimento che interessi la generalità dei cittadini e risponda ad esigenze informative di carattere diffuso¹⁰.

istituzioni, degli organi e degli organismi dell'UE); Art. 42 della Carta di Nizza (diritto di accesso ai documenti).

⁶ Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, 1984.

⁷ F. Manganaro, op cit., pag. 744.

⁸ A. Pajno, Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione, *Giustizia Civile, Riv. Giuridica trimestrale*, n.2/2015, pag.213/246.

⁹ Si consideri l'esperienza dell'*open government* dei Paesi anglosassoni, che ha avuto larga diffusione negli Stati Uniti, Canada, Australia e che si basa su una ampia partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini alle scelte amministrative, partendo dal presupposto della fruibilità delle informazioni in possesso della P.A.

¹⁰ Sara Sergio, *Il diritto di accesso procedimentale e il diritto di accesso civico, fra differenze e analogie. In particolare la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso*, 24.06.2020, n.20/2020, federalismi.it.

Il passaggio significativo si registra, tuttavia, negli anni Novanta, quando cioè viene emanata la legge sul procedimento amministrativo che disciplina anche l'aspetto relativo alla trasparenza amministrativa.

Nella L. n. 241/90, Capo V, agli articoli 22 e seguenti, compare il diritto di accesso agli atti che tutt'ora è vigente invertendo in modo definitivo la regola classica per la quale l'azione amministrativa deve essere segreta¹¹, muovendo nell'ottica di un rapporto sempre più paritario e collaborativo tra cittadini e amministrazione.

Secondo l'idea iniziale della Commissione Nigro, l'accesso doveva essere soggettivamente riconosciuto a chiunque, tuttavia si è assistito ad un ridimensionamento della proposta originaria per vari motivi:

- a) in primis, con la L. n.241/90 sono stati introdotti in Italia istituti sconosciuti fino ad allora, che per la prima volta erano formalizzati in una legge. Aggravare ciò con il riconoscimento del diritto di accesso "allargato", probabilmente, avrebbe destabilizzato eccessivamente gli apparati pubblici, pertanto si scelse di ridurre la portata dell'articolo 22;
- b) successivamente la L. n.15/2005, di modifica della L. n.241/90, "ritocca" l'articolo 22. L'intento del Legislatore del 2005, infatti, era quello di affermare non tanto un accesso in quanto diritto all'informazione, diritto fondamentale tutelato in quanto tale, ma, bensì, quello di dare un accesso strumentale all'interesse del privato¹².

Oggi si può applicare l'articolo 22 citato per esercitare il diritto di accesso all'interno del procedimento amministrativo e per accedere agli atti in funzione strumentale alla tutela di un proprio diritto soggettivo ovvero interesse legittimo ed ha ad oggetto la richiesta del cittadino di prendere visione di un documento o l'estrazione di copia di esso al fine di garantire il "giusto procedimento".

Tuttavia la legittimazione è ristretta: per poter accedere agli atti, il richiedente deve dimostrare, motivando adeguatamente la propria istanza, di essere titolare di un interesse qualificato, diretto, concreto ed attuale (l'art. 24, c. 3 infatti non consente l'accesso esplorativo, volto a capire se un'amministrazione è in possesso di un determinato documento) ed è tenuto al rimborso dei costi sostenuti dall'amministrazione per l'istruttoria della pratica.

La P.A. interessata dovrà valutare, discrezionalmente, la fondatezza della pretesa descritta in atti e quindi potrà pronunciarsi concedendo o negando l'ostensione documentale.

2.2. OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE E DIRITTO DI CONOSCENZA. IL D. LGS. N.33/2013 E L'ACCESSO CIVICO

Il solo accesso procedimentale, così come strutturato, non era sufficiente ad assicurare e garantire il pieno dispiegarsi della trasparenza, ed è così che il Legislatore, valorizzando l'utilità di un simile diritto nell'ambito delle azioni da porre in essere con la finalità di prevenzione della corruzione, giunge all'emanazione del D. Lgs. n.33/2013.

Più precisamente, da tale norma e dai successivi decreti attuativi "*emerge con chiarezza che la trasparenza non è da considerare come fine, ma come strumento per avere un'amministrazione che opera in maniera eticamente corretta e che persegue obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione*"¹³.

In tal modo si è voluto abbattere l'angusta strada dell'accesso procedimentale, in favore di una accessibilità totale (art.1) che fosse comunque "a costo zero" per lo Stato, senza cioè che si dovessero sopportare oneri aggiuntivi per l'attuazione di questo diritto fondamentale.

Il Legislatore ha infatti ritenuto che, rendendo obbligatoria per le PP.AA. la pubblicazione on line di tutta una serie di documenti, sarebbe stato possibile assicurare a tutti i cittadini un controllo diffuso sull'operato delle stesse, consentendo di avere tali provvedimenti tutti a portata di click direttamente da casa.

Al fine di rendere effettiva e concreta una tale realtà, è stato quindi istituito e disciplinato il c.d. *accesso civico*, ovvero un diritto riconosciuto ad ogni privato cittadino (residente o non residente) in virtù del quale si può richiedere alla pubblica amministrazione la diffusione di documenti e dati contenuti in quegli atti per i quali è previsto l'obbligo di pubblicazione laddove questo non sia stato ottemperato.

Pertanto l'accesso civico risulta essere una tipologia di accesso "anomalo", poiché dal punto di vista soggettivo è rivolto a tutti i cittadini che non devono vantare un interesse qualificato per poterlo azionare, ma il suo esercizio è collegato agli obblighi di pubblicazione stabiliti in capo alla Pubblica Amministrazione.

¹¹ Si veda in proposito l'art.15 del D.P.R. n.3/1957, "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*", in cui si dichiara che la regola a carattere generale era quella di garantire la riservatezza e il segreto d'ufficio.

¹² Il diritto di accesso è azionabile non solo nei confronti dei soggetti di diritto pubblico, ma anche dei soggetti privati che svolgano una attività di pubblico interesse regolamentata dalla normativa nazionale o comunitaria, Cfr. Paolo Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, 19.02.2014, n.4/2014, federalismi.it

¹³ Cfr. Paolo Canaparo, op cit., pag.33

Appare dunque evidente che per il funzionamento del sistema istituzionale, democratico e pertanto soggetto a scrutinio, responsabilizzato nei confronti dell'opinione pubblica, la trasparenza assume un ruolo essenziale, in quanto diviene una regola generale che coinvolge ogni determinazione pubblica e rappresenta il principale indicatore degli standard di qualità dei servizi pubblici¹⁴. E' il mezzo per superare i limiti del diritto di accesso documentale con *“lo scopo di promuovere- valorizzando la partecipazione e il controllo da parte dei cittadini utenti - la coerenza dell'azione di ciascuna amministrazione con le finalità proprie e la correttezza della gestione delle finanze pubbliche”*¹⁵.

Si è quindi delineato un percorso tortuoso che ha portato, di fatto, al fallimento della normativa:

- da un lato le amministrazioni dopo la riforma del 2013 si sono paralizzate, e la loro attività è risultata intasata dalla pubblicazione incontrollata di documenti in base agli obblighi previsti dalla normativa. E' ampio infatti il novero delle categorie di atti e documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione, poiché riguarda dati e informazioni concernenti l'organizzazione delle PP.AA., i titolari di incarichi dirigenziali, enti pubblici vigilati, il bilancio preventivo e consuntivo, ecc. a cui si aggiungono una serie di obblighi di pubblicazione settoriali (es. in materia ambientale, sanitaria, ecc.) il tutto nel rispetto di modalità tecniche di pubblicazione uniformi e funzionali a rendere oggettivamente conoscibile ogni attività della P.A. Tutti i dati formati e le informazioni resi disponibili sui siti devono essere conformi e corrispondenti ai documenti originali, completi, comprensibili ed omogenei. Devono altresì essere rispettati i criteri di semplicità di consultazione, deve essere assicurata la tempestività dell'inserimento ed il costante aggiornamento di dati ed informazioni;

- dall'altro lato, le difficoltà hanno riguardato anche i destinatari dell'accesso che dovevano essere abili a capire se l'informazione di loro interesse fosse ricompresa nell'elenco degli atti di pubblicazione obbligatoria e se la stessa fosse contenuta nei siti internet dell'amministrazione di riferimento.

2.3. IL D. LGS. N.97/2016 E L'ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO

La constatazione di una simile situazione ha indotto il Legislatore ad intervenire di nuovo ed è così che con la Legge Delega n.124/2015 viene affidato al Governo l'incarico di revisionare il T.U. sulla Trasparenza (cd. *Riforma Madia*) e di introdurre una vera disciplina del FOIA, che facesse salvi gli obblighi di pubblicazione.

Il Governo ha introdotto quindi una ulteriore tipologia di accesso, ovvero l'accesso civico generalizzato, in base al quale chiunque potesse accedere a qualsiasi documento o dato in possesso delle P.A. anche non oggetto di pubblicazione, salvo i limiti aventi ad oggetto la tutela di interessi pubblici e privati rilevanti che costituiscono le eccezioni.

La legge citata stabilisce infatti agli artt. 2 e 2-bis che *“Chiunque può accedere a tutte le informazioni, documenti e dati, salvo interessi rilevanti contenuti nelle eccezioni”*¹⁶ garantendo il diritto di informazione in quanto tale, come bene della vita e non semplicemente in via strumentale ad un altro interesse da tutelare in giudizio, purchè necessariamente finalizzato al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non esclusivamente privato o commerciale¹⁷.

*“Si aggiunge così alla trasparenza proattiva, che già obbligava le amministrazioni alla pubblicazione degli atti e dati, anche una trasparenza reattiva, che dà risposte pubbliche alle richieste dei privati”*¹⁸.

Può quindi concludersi che il diritto di accesso civico, nelle sue forme di accesso civico e generalizzato, *“viene dunque dichiaratamente riconosciuto allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche e senza che vi sia necessità di dimostrare quale interesse sia ad esso sotteso (art.1), ferma restando la possibilità di accedere alla tutela fornita dall'apposito giudizio innanzi il giudice amministrativo”*¹⁹.

¹⁴ Si veda art.11 del D. Lgs. n.286/1999, come modificato dall'art.28 del D. Lgs. N.150/2009.

¹⁵ Cfr. Paolo Canaparo, op. cit., p.36.

¹⁶ Riguarda tutti i documenti posseduti dalle P.A., salve le eccezioni rilevanti (Interessi pubblici: sicurezza nazionale, segreto di Stato, ordine pubblico; Interessi privati: protezione dei dati personali (art.2 Cost.); interessi legati allo sfruttamento della proprietà intellettuale (art.41 Cost.). Non è necessario motivarlo. E' gratuito e mira a garantire il diritto all'informazione come bene della vita.

¹⁷ Ampia è la sfera dei soggetti ai quali è possibile richiedere i dati e i documenti: **pubbliche amministrazioni** in senso stretto (Ministeri, Comuni, Province, Regioni, Scuole, Università, Camere di commercio e, naturalmente, le aziende ed enti del servizio sanitario nazionale), **autorità portuali** ed **autorità amministrative** indipendenti, **enti pubblici economici**, **ordini professionali**, **società in controllo pubblico** ed altri enti di diritto privato assimilati.

¹⁸ F. Manganaro, op cit., pag. 756.

¹⁹ Fabio Fracario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, n.10/2019, federalismi.it, 22.05.2019.

Pertanto, è possibile osservare che, sebbene la Riforma Madia abbia consentito all'Italia di allinearsi agli standard europei ed internazionali²⁰, lascia parzialmente invariate tutte le tappe precedenti, facendo sì che, all'attualità, convivano nel nostro ordinamento tre diversi tipi di accesso. Ognuno di questi ha una funzione peculiare volendo tutelare una diversa pretesa, pur essendo accomunati dal fatto che la valutazione per il bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nell'istanza di ostensione documentale – ovvero tra l'interesse alla conoscenza e gli altri interessi in conflitto - viene effettuata discrezionalmente, caso per caso, dall'amministrazione interessata.

Una simile circostanza, se ad un primo impatto può apparire un elemento positivo, avendo il cittadino un ampio ventaglio di opzioni tra cui scegliere in materia di accesso, rivela, all'atto pratico, evidenti aspetti di criticità, poiché tale molteplicità di strumenti determina un margine di incertezza sia in capo al cittadino nella scelta del tipo di accesso da utilizzare, sia in capo alle amministrazioni che devono essere abili nell'inquadrare la tipologia delle istanze pervenute²¹.

3. IL RAPPORTO TRA DIRITTO DI ACCESSO E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA: IL DELICATO EQUILIBRIO TRA ESIGENZA DI TRASPARENZA E TUTELA DELLA PRIVACY

Il principio della trasparenza amministrativa e il diritto alla riservatezza rappresentano linfa vitale per la tenuta democratica del nostro apparato istituzionale in quanto, pur partendo da basi differenti, garantiscono in modo complementare il buon andamento dell'attività amministrativa.

Il principio della trasparenza, sulla base del concetto della “Casa di vetro” propugnato da Filippo Turati in un discorso alla Camera dei Deputati del 1908, permette un controllo diretto ed immediato di ogni singolo momento del procedimento amministrativo²².

Il tutto in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera M, il quale inserisce le attività connesse al suddetto principio tra i “livelli essenziali delle prestazioni”, e dell'art. 97 che punta a garantire l'operato imparziale della P.A.

Viceversa il principio della riservatezza ha il compito di tutelare da ingerenze esterne e discriminatorie la sfera privata delle persone fisiche e il riserbo commerciale e/o industriale delle persone giuridiche, degli enti e del mondo dell'associazionismo.

La progressiva affermazione di tale principio all'interno del panorama giuridico nostrano è andata costantemente di pari passo con quella dell'informatica e delle nuove tecnologie, motivo per il quale possiamo annoverarlo tra i cd. “diritti di quarta generazione”.

Parliamo in questo caso di quel gruppo di diritti i quali, a causa del loro recente sviluppo, non sono direttamente menzionati in Costituzione ma sono tuttavia rinvenibili attraverso l'analisi di determinati articoli.

La copertura costituzionale è difatti assicurata dal contenuto a fattispecie aperta dell'art. 2 e dagli artt. 13, 14 e 15, i quali tutelano rispettivamente la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

²⁰ Per completezza espositiva, pare utile ricordare anche un ulteriore intervento normativo significativo per l'attuazione della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, ovvero il D. Lgs. n.150/2009. Tale norma disciplina il ciclo delle *performance* per le pubbliche amministrazioni e si articola in diverse fasi (si prevede la definizione e l'assegnazione degli obiettivi, il collegamento tra gli obiettivi e le risorse, il monitoraggio e la valutazione della performance organizzativa ed individuale, ecc.), ma il fatto che in tema di trasparenza rileva è la constatazione che tale ciclo si conclude con la rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ad organi esterni, ai cittadini, agli utenti dei servizi. Lo stesso decreto impone alle PP.AA. di “*adottare un piano triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indichi le iniziative previste per garantire un adeguato livello di trasparenza, la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità, introducendo così per la prima volta, oltre al principio di trasparenza, anche quello di integrità*” nell'ottica di garanzia di un'accessibilità totale (Cfr. F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, p.12, Studi in memoria di Roberto Marrama).

Anche da tali disposizioni normative emerge il fatto che la trasparenza può costituire un valido strumento per rafforzare la democrazia partecipativa ed indurre le PP.AA. ad adottare comportamenti virtuosi nella consapevolezza di essere sottoposte ad un controllo diffuso. Secondo quanto previsto dalla L.190/2012 (cd. Legge Severino), le stesse amministrazioni sono chiamate a rispettare l'obbligo di pubblicare le informazioni previste dalla legge per assicurare la trasparenza e a garantire l'accesso alle informazioni che abbiano mancato di pubblicare e anche quelle non oggetto di pubblicazione, con i limiti indicati dalle norme. Per questo motivo, nelle singole amministrazioni sono nominati i responsabili per l'anticorruzione e la trasparenza (RPCT): a loro spetta il compito di redigere i piani e di monitorare sulla loro attuazione e sull'osservanza degli obblighi di pubblicazione delle informazioni.

²¹ “*La stessa copiosità degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l'eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella <<opacità per confusione>> che della trasparenza costituisce l'esatto contrario*”, Cfr. A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, Giustizia Civile Riv. Trim., n.2 – 2015.

²² “*Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro.*” F. TURATI, Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908

A livello sovranazionale possiamo trovare espliciti richiami nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, la quale riconosce il diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata, familiare (art. 7) e alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano (art. 8).

Il diritto alla privacy rappresenta in quest'ottica un'estensione del principio della riservatezza in quanto riconosce ulteriori diritti ed oneri ai chiamati in causa.

In primo luogo individua appositi canoni che devono essere rispettati da coloro i quali, nello svolgimento di funzioni pubbliche o attività private, sono chiamati a gestire banche dati, a conservare e trattare informazioni riservate.

In secondo luogo dota ogni individuo degli strumenti con cui controllare la corretta gestione dei propri dati da parte di terzi soggetti.

A tal proposito il Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali (GDPR) ha profondamente innovato il D.Lgs 30.6.2003, n. 196, cd. Codice della Privacy, insistendo sull'affermazione del principio dell'*accountability*, ossia la responsabilizzazione del titolare del trattamento dei dati personali e puntando sulla diffusione della cultura digitale tra gli individui, al fine di far comprendere l'importanza dei dati privati e di un loro utilizzo in sicurezza nell'odierna società.

Tale corpus normativo garantisce un identico livello di protezione dei dati personali in tutti i paesi dell'Unione Europea, così da facilitarne la circolazione ed impedire disparità di trattamento ed utilizzo.

In tal senso l'utilizzo dello strumento del Regolamento è molto chiaro: parliamo di uno atto normativo generale, vincolante in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ogni paese dell'Unione europea, senza alcun margine di operatività discrezionale da parte di quest'ultimi in merito alla sua applicazione.

Dalla lettura combinata del Provvedimento 22 maggio 2018, n. 312 del Garante della Privacy e dell'art. 1 del D.Lgs 196/2003 si evince la superiorità gerarchica del GDPR, il quale viene inquadrato come "regime primario interno in materia di protezione dei dati personali", in grado di prevalere sulle normative nazionali in aperto contrasto²³.

Il trattamento dei dati personali è improntato alla liceità, all'esattezza ed orientato al rispetto dei principi della "*Privacy by design*" e "*Privacy by default*", definiti all'interno dell'art. 25 del GDPR.

Nel primo caso la tutela dei dati trattati deve garantire sin dalla fase iniziale e per l'intero ciclo dell'utilizzo un elevato standard di sicurezza, favorendo una completa trasparenza delle attività in esame; nel secondo caso si prevede il trattamento esclusivo di quei dati strettamente necessari per gli scopi previsti e per l'arco di tempo espressamente richiesto (cd. minimizzazione).

Il rapporto tra il titolare del trattamento e l'interessato deve essere incentrato sul rispetto della lealtà e correttezza. Ad esempio, nel caso in cui l'utilizzo dei dati richieda il consenso dell'interessato, quest'ultimo va preventivamente reso edotto in merito alle finalità, alla base giuridica del trattamento, al periodo di utilizzo e conservazione dei dati.

Inoltre l'interessato deve essere messo a conoscenza del diritto di poter revocare in qualsiasi momento il consenso espresso e di non essere sottoposto ad attività di profilazione, ossia al trattamento automatizzato dei dati personali per motivazioni al di fuori di quelle elencate nell'art. 22²⁴.

Il rigoroso rispetto di tali principi è ben rappresentato dal dettato dell'art. 2decies del Codice della Privacy, il quale prevede una generale inutilizzabilità dei dati personali trattati in violazione alle normative in esame.

3.1. IL DIRITTO D'ACCESSO E IL PRINCIPIO DELLA PRIVACY.

I limiti all'esercizio del diritto d'accesso sono rinvenibili in primo luogo all'interno dell'art. 24 comma 1 della Legge 241/90, il quale esclude espressamente il materiale coperto da segreto di stato, i documenti relativi a procedimenti tributari, gli atti normativi, generali, di programmazione e pianificazione, gli atti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico – attitudinale di terze persone.

Di seguito il comma 6 attribuisce al Governo, mediante l'emanazione di regolamenti ex art. 17 comma 2, Legge 23 agosto 1988, n. 400, il potere di individuare ulteriori ipotesi di esclusione, finalizzate alla tutela di interessi eterogenei, quali la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la politica valutaria e monetaria, la repressione della criminalità, la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni.

²³ Garante della Privacy, Provvedimento 22 maggio 2018, n. 312 Parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679.

²⁴ Il divieto di profilazione dei dati personali non si applica nel caso in cui la decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; nel caso in cui intervenga un'autorizzazione dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; nell'ipotesi di consenso esplicito dell'interessato.

Il Codice della Privacy e successivamente il GDPR hanno regolamentato tale rapporto attraverso l'individuazione di tre diverse tipologie di dati a cui hanno fatto corrispondere altrettanti livelli di tutela: i dati comuni; i dati sensibili, riguardanti l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale; i dati super – sensibili, inerenti l'orientamento sessuale, i dati genetici, lo stato di salute fisico e mentale²⁵.

Per i primi due casi il diritto d'accesso è consentito rispettivamente nell'ipotesi in cui la conoscenza di tali dati risulti fondamentale per la difesa dei propri interessi giuridici e nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile.

L'ostensione di documenti contenenti dati super sensibili è consentita nelle ipotesi per cui l'art. 60 del Codice della Privacy richiede la tutela di *“una situazione giuridicamente rilevante... di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero ...un diritto della personalità' o altro diritto o libertà fondamentale”*.

Secondo quanto espresso dall'art. 59 del Codice della Privacy, i presupposti, le modalità, i limiti del diritto d'accesso per i dati comuni, sensibili e giudiziari e la loro conseguente tutela giurisdizionale vengono disciplinati, in merito all'accesso procedimentale, esclusivamente dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e dai relativi regolamenti di attuazione; in merito all'esercizio dell'accesso civico e generalizzato, dal dettato del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Per quanto concerne i dati super sensibili il Garante della Privacy, attraverso un apposito provvedimento del luglio 2003, ha indicato la strada che i soggetti pubblici o privati devono seguire nell'effettuare la valutazione *“di pari rango”* tra il diritto vantato dal richiedente e quello della persona cui si riferiscono i dati²⁶.

Nello specifico il Garante ha preso in esame sia l'ipotesi in cui soggetti terzi chiedano ad un'Autorità pubblica di poter conoscere i singoli dati sulla salute o la vita sessuale, ritenuti necessari per far valere il diritto di difesa, sia l'ipotesi in cui la PA riceva una richiesta di ostensione di documenti amministrativi contenenti tali dati.

Il soggetto decisore deve parametrare la sua decisione non tanto sulla base dell'esercizio dei diritti costituzionali di azione e difesa, bensì valutando quanto possa essere decisiva tale conoscenza e/o ostensione documentale per il diritto che il terzo sta facendo valere.

Di conseguenza non è possibile rispondere positivamente alla richiesta di accesso o di comunicazione da parte di terzi se i dati o il documento in questione, pur essendo ritenuti utili dal richiedente per tutelare un interesse legittimo o un diritto soggettivo, non risultano comunque predominanti rispetto alla concorrente necessità di tutelare la riservatezza, la dignità e gli altri diritti e libertà fondamentali dell'interessato.

Tale valutazione deve essere oltretutto improntata al rispetto dei principi di pertinenza e non eccedenza nel trattamento.

Il decisore deve difatti esaminare la possibilità di concedere un'ostensione parziale dei documenti in esame, valutando *“se i dati o tutti i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale oggetto di richiesta siano effettivamente “necessari” al fine di far valere o difendere gli equivalenti diritti in sede contenziosa”*.

Il Garante ha oltretutto ritenuto che le medesime valutazioni debbano essere fatte nel caso in cui pervengano richieste di accesso o di comunicazione di dati da parte dei legali rappresentanti di un soggetto in relazione al dettato dell'art. 391-quater del c.p.p. Parliamo in questo caso delle cd. investigazioni difensive, attraverso le quali un avvocato viene incaricato dal proprio assistito di svolgere indagini attraverso cui documentare il suo alibi, qualora tema un suo coinvolgimento in un fatto delittuoso.

3.1. ALCUNI ESEMPI DI CASI PRATICI

- Accesso ex L. n. 241/1990. Accesso difensivo e separazione dei coniugi: richiesta di informazioni sulla situazione reddituale/patrimoniale/finanziaria dell'ex coniuge nella determinazione/rideterminazione assegno di mantenimento.

E' possibile rinvenire istanze di accesso agli atti ex art.22 L. 241/1990 collegate a procedimenti di separazione coniugale nel momento in cui le parti instaurano o hanno intenzione di instaurare un nuovo giudizio per ottenere dal giudice la determinazione ovvero la modifica delle condizioni economiche precedentemente concordate.

Si ritiene interessante il caso qui di seguito rappresentato per la questione esaminata riguardante in particolare il rapporto esistente tra diritto di accesso documentale e rispetto della privacy anche alla luce della sentenza n.20 del 25.09.2020 pronunciata dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria.

²⁵ Le originarie definizioni di dati sensibili e giudiziari sono state sostituite rispettivamente con *“categorie particolari di dati personali”* (art. 9 GDPR) e *“dati personali relativi a condanne penali e reati”* (art. 10 GDPR).

²⁶ Provvedimento generale sui diritti di *“pari rango”* del 9 luglio 2003

FATTO

Veniva avviato un procedimento di accesso agli atti ex art.22 L. n.241/1990 da uno dei coniugi (istante) nei confronti dell'altro (parte controinteressata) essendo gli stessi intenzionati ad ottenere una separazione consensuale, benché al tempo dell'istanza, non fosse stato ancora incardinato un procedimento in Tribunale.

In particolare nell'istanza di accesso si chiedeva di poter conoscere i dati reddituali degli ultimi tre anni del coniuge in previsione della successiva determinazione dell'assegno di mantenimento sia con riferimento alla moglie che alla figlia minore.

Ciò in quanto una precedente simile richiesta rivolta direttamente alla parte controinteressata era rimasta inevasa.

L'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente, acquisita l'istanza e valutata la fondatezza della stessa, ha ritenuto di avviare il procedimento, notificando tramite lettera racc. A/R la rituale informativa alla parte controinteressata.

Quest'ultima, nei dieci giorni successivi la ricezione, per il tramite del proprio legale delegato, notificava all'Ufficio formale opposizione ex art.3, c.2, D.P.R. 184/2006 sulla base delle seguenti motivazioni:

- in primo luogo evidenziava di aver manifestato ampia disponibilità a raggiungere un accordo di separazione consensuale che avesse come finalità principale il benessere psicofisico della figlia minore ed eventualmente di valutare le richieste della moglie non ancora illustrate;

- ciò premesso, non ravvisava l'interesse diretto, concreto ed attuale della moglie ad ottenere così precocemente le dette informazioni violando il diritto alla privacy del marito, rilevato che il procedimento di separazione non era ancora stato incardinato. A giudizio di parte, il diritto a veder riconosciuto ed attribuito l'assegno di mantenimento non può considerarsi sufficiente a fondare l'istanza di accesso, poiché non conoscere la situazione reddituale dell'altro coniuge non impedisce alla parte interessata di presentare una istanza di separazione consensuale;

- la conoscenza della situazione reddituale potrebbe essere funzionale alla sola determinazione dell'ammontare dell'importo dell'assegno mensile, e, nel caso, il giudice adito potrebbe pur sempre disporre gli accertamenti previsti per legge (artt. 155- sexies disp. att. C.p.C. e 492-bis C.p.C.);

- ciò precisato, conclude evidenziando che il diritto alla riservatezza della sua situazione reddituale prevarrebbe sul diritto di accesso agli atti amministrativi azionato dalla moglie, visto che quest'ultima non deve tutelare alcun suo interesse giuridicamente rilevante, posto che nulla le è stato negato, dal momento che nulla è stato formalmente richiesto.

Alla luce di tali eccezioni, l'Ufficio è stato chiamato a decidere se procedere alla ostensione dei documenti richiesti oppure rispondere negando l'accesso.

Sul punto appare significativa la recente pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.19 del 2020 in cui ha affrontato una problematica tra le più attuali nell'ambito del dibattito giurisprudenziale riguardante l'applicazione della disciplina del diritto di accesso amministrativo e precisamente l'aspetto attinente il rapporto tra l'accesso difensivo ed il diritto alla riservatezza.

Per ogni istanza di accesso è necessario affrontare il delicato problema di come conciliare l'interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa ed i diritti alla personalità correlati alla privacy che potrebbero porsi in rapporto potenzialmente antitetico.

Si consideri che condizione legittimante l'accesso al documento amministrativo non è soltanto la titolarità, da parte del richiedente, di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma anche l'esistenza di un collegamento tra detta situazione e il documento oggetto della pretesa ostensiva.

Quanto alla riservatezza, la legge identifica tre diversi livelli di tutela per tre differenti esigenze:

- a) i dati super-sensibili (riferiti cioè allo stato di salute e vita sessuale) rispetto ai quali il Consiglio di Stato si è pronunciato riconoscendone l'ostensibilità (Sez. V, 28.09.2010, n.7166) se questi coinvolgono un diritto della personalità ritenendolo di pari rango;
- b) i dati sensibili (inerenti alla origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, opinioni politiche, ecc.) per i quali l'accesso è consentito nei limiti in cui ciò sia strettamente indispensabile per difendere i propri diritti;
- c) infine i dati comuni verso i quali la legge riconosce l'ostensione nei casi in cui la conoscenza degli stessi sia necessaria per la difesa dei propri interessi.

Con riferimento all'accesso difensivo, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n.19 del 2020 affronta il rapporto fra la disciplina generale degli artt. 22 e ss. della L. n.241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi avendo riguardo ai procedimenti in materia di famiglia (art.492 – bis C.p.C. e art. 155-sexies disp. att. C.p.C.) quando si chiedano, *extra iudicium*, informazioni relative ai dati reddituali, patrimoniali e finanziari presenti in Anagrafe Tributaria.

In merito il giudice adito precisa in primis che i documenti contenenti dati reddituali, patrimoniali e finanziari acquisiti e conservati nella banca dati dell'Anagrafe Tributaria gestita dall'Agenzia delle Entrate, costituiscono documento amministrativo rilevante ai fini dell'accesso documentale.

Quindi affronta l'aspetto relativo al rapporto tra l'accesso documentale e gli strumenti di acquisizione dei documenti amministrativi nel processo civile, sia secondo la disciplina generale ex artt. 210, 211 e 213 C.p.C., sia secondo la particolare disciplina introdotta per i procedimenti in materia di famiglia.

Sul punto:

- tenuto conto che l'unica eccezione ai limiti del diritto di accesso, attinente al rapporto tra diritto di accesso e riservatezza, è prevista dall'art.24, c.7 che riconosce all'interessato un accesso difensivo, da garantirsi a coloro che ne facciano richiesta per tutelare propri interessi giuridici,

- e preso atto della coesistenza di due fattispecie particolari di accesso, ovvero quello "partecipativo" (imperniato sul principio generale della massima trasparenza possibile) e quello "difensivo" (relativo all'accessibilità dei documenti per esigenza di tutela)

il giudice giunge alla conclusione che per l'esercizio di quest'ultima forma di accesso non è necessaria la pendenza di una lite, anche se questa può costituire un valido elemento per valutare la concretezza dell'interesse legittimante la specifica istanza iniziale.

Una simile interpretazione, risulterebbe in linea con la *ratio* della legislazione relativa al diritto di famiglia che intende disciplinare la famiglia nei suoi vari momenti, ovvero dalla sua formazione, nel suo svolgimento ed, eventualmente, nei suoi momenti di crisi e scioglimento, che corrispondono a necessità e bisogni particolarmente sentiti dalla comunità.

Naturalmente è necessario supportare l'istanza da una idonea motivazione ex art.25, c.2 L. n.241/90, intendendo evidenziare che è richiesto delineare in modo preciso le esigenze probatorie alla base di essa.

Ancora. Ciò precisato, il giudice ritiene che i due istituti citati siano complementari e non concorrenti in virtù del fatto che le situazioni giuridiche alla base dell'accesso difensivo e dell'impugnativa giudiziale sono autonome: la controversia potrebbe concludersi in via stragiudiziale o meno rimanendo comunque identica la necessità di conoscere tutti i dettagli della *res controversa* fermo restando il fatto che, laddove non si addivenga ad una composizione amichevole della lite, i documenti acquisiti faranno ingresso nel processo per diretta produzione della parte e non per disposizione del giudice.

Pare utile evidenziare la specifica tutela assegnata dal Legislatore al diritto di accesso che, nel caso venisse illegittimamente negato, può essere autonomamente impugnato, mentre gli strumenti processuali istruttori sono rimessi alla valutazione del giudice adito e, in quest'ultima ipotesi si potrebbero impugnare eventuali vizi dell'istruttoria solo con la sentenza.

E' quindi possibile concludere che l'esercizio del diritto di accesso da parte del singolo e l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice sono complementari, nel senso che questi ultimi potrebbero configurarsi in via residuale se l'acquisizione dei documenti da parte dei privati, in base alle singole specifiche discipline, non sia stata esercitata. Ciò è ancor più evidente quando ci si riferisce a documenti detenuti nelle banche dati delle PP.AA.

Non è infatti possibile rinvenire nell'ordinamento giuridico clausole di esclusività, specialità o prevalenza della normativa processual civilistica rispetto alla disciplina dell'accesso difensivo ex art.22 L.241/1990, né i poteri istruttori d'ufficio possono essere esercitati per sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, essendo possibile ricorrere ad essi quando questa dimostri di aver esperito tutti i tentativi possibili per poterli acquisire.

Pertanto, nei procedimenti in materia di famiglia, non si ravvisano motivazioni particolari per giustificare la preclusione dell'accessibilità dei dati reddituali, patrimoniali e finanziari presenti al sistema informativo dell'Anagrafe Tributaria essendo gli stessi utili per giungere ad una congrua determinazione dell'entità dell'assegno disposto a favore della parte più bisognosa e della prole, se presente. Tali dati, in simili controversie, sono indispensabili sia prima che in pendenza di un eventuale giudizio, né ledono il diritto di difesa e/o riservatezza della parte controinteressata, previa valutazione della sussistenza dei requisiti generali per l'esercizio dell'accesso difensivo²⁷.

Una simile complementarietà consente di garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale nel suo complesso²⁸.

²⁷ Nel contrasto tra diritto di accesso agli atti amministrativi e diritto alla privacy, va privilegiato il diritto di accesso, considerando per converso recessivo l'interesse alla riservatezza di terzi, quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso sia necessario alla difesa di quell'interesse (Cons. di Stato, Sez. VI, 20.04.2006, n.2223).

²⁸ La sentenza citata precisa altresì che, data la particolarità dei documenti richiesti, è necessaria l'estrazione della copia non potendo essere diversamente esaminati.

- Accesso ex L. n. 241/1990 e diritto di difesa. Accesso ai documenti gestiti e/o redatti dall'Autorità di Pubblica Sicurezza.

Il Ministero dell'Interno, mediante il D.M. 10 maggio 1994, n. 415, ha regolamentato il tema del diritto d'accesso in merito alla documentazione amministrativa rilevante ai fini dell'attività di pubblica sicurezza²⁹.

Più nello specifico, l'art. 3 comma 1 lettera B del presente decreto non ritiene ostensibili le *“relazioni di servizio, informazioni ed altri atti o documenti inerenti ad adempimenti istruttori relativi a licenze, concessioni od autorizzazioni comunque denominate o ad altri provvedimenti di competenza di autorità o organi diversi, compresi quelli relativi al contenzioso amministrativo, che contengono notizie relative a situazioni di interesse per l'ordine e la sicurezza pubblica e all'attività di prevenzione e repressione della criminalità salvo che, per disposizioni di legge o di regolamento, ne siano previste particolari forme di pubblicità o debbano essere uniti a provvedimenti o atti soggetti a pubblicità”*.

A tal proposito, è utile esaminare la Sentenza del Cons. Stato, Sez. VI n. 1493/2010, attraverso la quale si affronta il rapporto esistente tra il diritto d'accesso documentale e l'esercizio del diritto di difesa richiamato dal destinatario di uno dei provvedimenti summenzionati.

FATTO

Un soggetto destinatario di un avviso orale ex artt. 1 e 4 L. n. 1423/1956 presentava ricorso al Tar Lazio con il quale chiedeva l'annullamento del provvedimento di diniego della richiesta d'accesso agli atti in esame, emesso dalla Divisione Anticrimine della Questura di Roma³⁰.

Il ricorrente lamentava di non aver potuto esercitare il proprio diritto di difesa, in quanto impossibilitato a prender visione dei documenti sui quali si basavano le contestazioni mossegli.

L'Autorità di Pubblica Sicurezza, costituitasi in giudizio, sosteneva al contrario che gli atti di cui si chiedeva l'ostensione andavano annoverati, in base al combinato disposto dalla legge n. 241/1990, dal D.P.R. n. 352/1992 e dal D.M. n. 415/1994, tra i *“documenti non ostensibili per motivi di ordine e sicurezza pubblica nonché per finalità di prevenzione e repressione della criminalità e comunque rientranti tra quelli individuati quali presupposto per l'adozione di provvedimenti dell'Autorità di P.S., applicati secondo un meccanismo in cui il giudizio di pericolosità sociale è compiuto dall'Autorità emittente, concernenti la tutela dell'ordine e della sicurezza (art. 3 DM n. 415 del 1994)”*.

Questo perché, come addotto dalla Questura, il materiale utilizzato per l'emissione del sopramenzionato provvedimento era frutto di atti di indagine e, per tale motivo, da ritenersi non accessibile al fine di evitare rappresaglie nei confronti dei denunciati e di salvaguardare il lavoro degli informatori.

Il Tar respingeva il ricorso, non condividendo l'argomentazione della presunta lesione del diritto di difesa del ricorrente per due specifici motivi.

In primo luogo, attraverso il richiamo di apposita giurisprudenza amministrativa in materia, riteneva che fosse compito dell'Amministrazione procedente, nelle more di una valutazione circa gli opposti interessi in campo, *“determinare la linea di confine tra la conoscenza necessaria, che impone la possibilità dell'accesso, e la conoscenza non necessaria, rispetto alla quale l'accesso può essere legittimamente negato”*³¹.

In secondo luogo il Collegio ribadiva come fosse sufficiente per un'Amministrazione che richiamava il segreto d'ufficio limitarsi esclusivamente a menzionare le disposizioni di legge su cui si fondava quest'ultimo, senza dover dare spiegazioni e/o chiarimenti in ordine alla natura degli interessi tutelati o al pregiudizio derivante dall'accesso³².

Avverso tale decisione il ricorrente presentava appello al Consiglio di Stato, sostenendo in particolar modo come le indagini di polizia non potessero rappresentare un valido motivo di limitazione all'ostensione documentale a fronte dell'esercizio di un diritto sancito dalla Costituzione come quello di difesa; evidenziando come gli atti in possesso della Questura potessero essere utilizzati per l'adozione di provvedimenti più gravi di quello oggetto della controversia, motivo per il quale doveva essere riconosciuto al ricorrente l'accesso documentale.

Il Consiglio di Stato ritiene il ricorso infondato nel merito e, nel motivarne il rigetto, si sofferma anzitutto sull'inquadramento giuridico dell'avviso orale.

Trattasi di un provvedimento amministrativo che costituisce il presupposto logico per l'emanazione di una successiva misura di prevenzione nei confronti di quei soggetti che, secondo il dettato dell'art. 1 n. 3

²⁹ Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24 comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

³⁰ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423: Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità.

³¹ Viene richiamata la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, I, 24 novembre 2005, n. 12288

³² Come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 1998, n. 936

Legge n. 1423/1956, “sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica”.³³

Tale rapporto di consequenzialità dimostra l'esistenza di uno stretto collegamento funzionale tra i due provvedimenti, motivo per il quale l'avviso orale, pur non essendo qualificabile come atto endoprocedimentale delle misure di prevenzione, può essere comunque annoverato tra i provvedimenti amministrativi afferenti la Pubblica sicurezza.

I giudici arrivano a disattendere la tesi del ricorrente di una lesione del diritto di difesa in quanto l'art. 24, comma 1 e 2 della Cost., “intende consentire al cittadino indubbiamente una tutela prudente e consapevole delle sue posizioni giuridiche, evitando, da un lato, “l'onerosa proliferazione di liti superflue” e assicurando, dall'altro, la possibilità di una contestazione mirata e puntuale di provvedimenti eventualmente ritenuti, all'esito di adeguata ponderazione, illegittimamente lesivi”.

Il Collegio prosegue nelle sue argomentazioni ribadendo come la disciplina dell'accesso documentale sia contenuta in una legge di rango ordinario, motivo per il quale la valutazione inerente il rapporto tra accesso, riservatezza dei terzi e segreto d'ufficio debba essere generalmente svolta in sede amministrativa.

Sarà difatti compito dell'Amministrazione respingere l'istanza di accesso ove valuti gli atti non utili all'esercizio del diritto di difesa o viceversa accogliere l'istanza e procedere alla loro esibizione qualora questi siano ritenuti concretamente validi per tale finalità.

In conclusione la Giustizia Amministrativa ha affermato che gli atti alla base dell'emanazione di una misura di prevenzione sono generalmente esenti dalla normativa in materia di accesso e sono ritenuti, per via della loro finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, gerarchicamente superiori alla tutela dello stesso diritto di difesa.

-Parto anonimo: il diritto del figlio di accedere ai dati sanitari della madre. La volontà della donna non esclude il diritto del figlio a conoscere l'anamnesi o la presenza di eventuali patologie anche ereditarie. Accesso alle origini e diritto all'anonimato.

Di recente la Corte di Cassazione è intervenuta sul delicatissimo tema del parto anonimo. È necessario operare un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza della madre in caso di parto anonimo ed il diritto di conoscere le proprie origini da parte dell'adottato. Nel nostro ordinamento, il parto anonimo è tutelato³⁴, tuttavia la scelta del segreto sull'identità della madre è divenuta una scelta reversibile (e non più assoluta), in seguito alla pronuncia della Consulta n.78 del 2013³⁵. Infatti, su richiesta del figlio, la genitrice può revocare la dichiarazione di anonimato fatta a suo tempo. Il “diritto di accesso alle origini” non va confuso tuttavia con la “domanda di accesso alle informazioni sanitarie”, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili.

Il giudice non può negare alla figlia di accedere ai dati sanitari che riguardano i suoi genitori, solo basandosi sulla volontà, mai rimossa, della madre di restare anonima. La Suprema Corte con sentenza n. 22497/2021 del 09.08.2021 accoglie sul punto il ricorso di una signora ultracinquantenne, arrivata fino all'ultimo grado di giudizio, per rivendicare il suo diritto di accesso alle origini. La ricorrente chiedeva ai

³³ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423: Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità.

³⁴ Si ricorda che la madre ha diritto al parto in anonimato, in tal caso la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando la volontà della madre di non essere nominata (art. 30 DPR 396/2000). In questa circostanza, l'ufficiale di stato civile procede alla formazione dell'atto di nascita ed effettua la segnalazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni per la dichiarazione di adottabilità (possono provvedere alla segnalazione anche gli altri soggetti indicati dall'art. 9 legge 184/1983). Inoltre, il Codice della Privacy nell'articolo rubricato “certificato di assistenza al parto” dispone che:

- il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento (art. 93 c. 2 d. lgs. 196/2003);

- prima del decorso dei cento anni di cui sopra, la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta osservando le opportune cautele per evitare che la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata – sia identificabile (art. 93 c. 2 d. lgs. 196/2003).

³⁵ Il diritto di conoscere le proprie origini era, invece, **precluso per l'adottato** non riconosciuto alla nascita, **se il genitore aveva manifestato la volontà di rimanere anonimo**. Così disponeva l'art. 28 c. 7 legge 184/1983 come modificato dall'art. 177 c. 2 Codice della Privacy. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la pronuncia n.278/2013, ovvero con una sentenza additiva di principio con la quale ha affermato che il figlio può **chiedere al giudice di interpellare la madre** ai fini della revoca della dichiarazione di anonimato fatta a suo tempo, purché questo avvenga “*attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza*”. Per completezza espositiva, si segnala che il citato art. 177 c. 2 Codice della Privacy – che ha introdotto l'art. 28 c. 7 legge 184/1983 – è stato abrogato dall'art. 27 del d. lgs. 101/2018 – recante l'adeguamento della normativa al GDPR – nondimeno tale abrogazione risulta irrilevante atteso che l'art. 28 c. 7 legge cit. risulta già caducato dalla sentenza della Consulta di cui sopra.

giudici di procedere all'interpello della madre biologica per capire se c'erano margini di ripensamento da parte sua, oltre a chiedere di poter prendere visione delle informazioni sanitarie relative al genitore naturale e alle anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento alle malattie ereditare trasmissibili. La Corte d'Appello aveva negato entrambe le possibilità.

La madre biologica aveva ormai oltre 90 anni, un deterioramento cognitivo e una depressione bipolare. Malgrado non fosse interdotta dunque, il quadro era tale da impedire qualunque contatto nel senso auspicato dalla figlia tale da turbare un equilibrio psico-fisico già compromesso. Il divieto espresso dai giudici all'interpello della donna era stato esteso anche all'accesso agli atti sanitari. Per la Cassazione quest'ultimo veto è ingiustificato.

La Corte di Cassazione avalla la scelta dei giudici di seconda istanza di negare la possibilità di sentire la madre sulla conferma o meno di una volontà espressa oltre 50 anni prima al momento del parto e comunque mai nella vita messa in discussione nei fatti: la donna non aveva mai cercato la figlia. A distanza di tanto tempo il quadro clinico della donna era tale da precludere atti che potevano pregiudicarlo ulteriormente.

I giudici di legittimità ricordano, altresì, le condanne all'Italia da parte della Corte di Strasburgo³⁶ per non aver mai bilanciato il diritto all'anonimato della madre con quello del figlio a conoscere le origini, prevedendo l'irreversibilità del diniego opposto al momento del parto alla pubblicità dei dati materni. Una censura europea che ha portato il Legislatore, anche sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2013, a prevedere l'interpello della madre biologica. Un passaggio che, almeno finché il genitore è ancora in vita, resta obbligato, e che i giudici di merito non hanno considerato possibile viste le condizioni di salute della madre naturale.

Ingiustificabile invece il divieto a conoscere i dati sanitari della genitrice per ragioni di salute, preservando comunque il segreto sulla sua identità. La Cassazione, annullando parzialmente la sentenza di merito, precisa, infatti, che, pur non essendo possibile una consultazione indiscriminata del certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica, non poteva essere negato un diritto «*di accesso sulla base di un quesito specifico, non esplorativo, relativo a specifici dati sanitari e con l'osservanza di tutte le cautele necessarie a garantire la massima riservatezza e quindi la non identificabilità della madre biologica*».

4. CONCLUSIONI

Il presente elaborato ha lo scopo di riflettere sulla efficacia della normativa in materia di trasparenza come strumento a favore dell'anticorruzione, della legalità ed integrità nella Pubblica Amministrazione, nonché sull'effettività della stessa anche in rapporto al rispetto della normativa della privacy.

In merito alla trasparenza è emerso che se il FOIA funzionerà dipenderà da diversi fattori, in primis dall'impegno profuso dagli stessi operatori/funzionari coadiuvati dall'inserimento in una struttura che dovrà sapientemente riordinare i flussi documentali, garantirne la tracciatura e valorizzare la pubblicazione facoltativa; quindi potranno e dovranno essere considerati schemi di pubblicazione anche confrontando la nostra esperienza con le best practices dei vari Paesi.

Di certo rappresenta una importante opportunità per il cittadino, da un lato, che ha ora gli strumenti per monitorare l'azione amministrativa e partecipare ai processi decisionali e per le PP.AA., dall'altro, che possono rilegittimarsi come servizio al cittadino e come “*case di vetro*”.

³⁶ La Corte di Strasburgo ha criticato l'Italia per l'assenza di un meccanismo che assicuri il bilanciamento tra gli opposti interessi di madre e figlio, ambedue meritevoli di tutela (*sent. Godelli c. Italia* 25.09.2012). La normativa nazionale, quindi, risulta in contrasto con l'art. 8 CEDU che prevede “*il rispetto della vita privata e familiare*”, anche inteso come possibilità di conoscere le proprie origini o di acquisire informazioni su di esse. Sul punto è intervenuta anche la giurisprudenza nazionale, sia costituzionale che di legittimità.

I supremi giudici ricordano come il diritto all'identità personale rappresenti un diritto fondamentale di ciascun essere umano che può anche essere correlato alla necessità di tutelare la salute del richiedente, si pensi all'importanza di conoscere patologie genetiche per le quali occorre una anamnesi familiare. Infatti, deve “*essere assicurata la tutela del diritto alla salute del figlio, anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico*” (C. Cost. 178/2013).

La Consulta, nella menovata pronuncia (*sent. 178/2013*), ha sottolineato l'irragionevolezza dell'irreversibilità del segreto derivante dalla scelta del parto anonimo da parte della madre naturale, inoltre, ha espressamente richiesto l'intervento del legislatore per dettare le modalità pratiche del procedimento; tuttavia, ciò non si è verificato.

Nel dibattito, si sono “inserite” anche le Sezioni Unite (*Cass. S.U. 1946/2017*) le quali hanno chiarito che, in assenza di un intervento normativo, le modalità procedurali da seguire per garantire il diritto di accesso alle origini devono essere tratte dal quadro normativo esistente e devono essere “*idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità*”.

Ormai a qualche anno di distanza dall'entrata in vigore della normativa e considerato il necessario e fisiologico periodo di "rodaggio", diviene importante concentrarsi sull'analisi dei dati raccolti mediante iniziative di monitoraggio intraprese dalle PP.AA. per verificare il reale impatto della nuova normativa e per capire se e quali interventi modificativi e/o correttivi è necessario attuare anche alla luce delle pronunce giurisprudenziali nel frattempo intervenute.

La pretesa tutelata dalla legge è di fondo la stessa nei vari tipi di accesso, tutti espressione del principio di trasparenza, e consiste nella richiesta di poter visionare e ottenere copia dei documenti amministrativi, tuttavia affinché il diritto alla conoscenza sia effettivo e tempestivo occorre evitare che per effetto della valutazione discrezionale possa troppo spesso svilire da diritto soggettivo ad interesse legittimo.

Un aspetto da monitorare è sicuramente il particolare rapporto tra l'interesse alla conoscenza ed il diritto alla riservatezza sia per le persone fisiche (ad es. accesso in materia di concorsi pubblici; richiesta della cartella clinica, ecc.), sia per le persone giuridiche (ad es. accesso in materia di appalti).

L'accesso *uti cives* al fine di garantire un controllo diffuso sull'operato dell'Amministrazione inizialmente negato dal Legislatore, è ora divenuto concreto nel nostro ordinamento attraverso il FOIA prevedendo l'obbligo di diffusione di dati come trasferimento di conoscenza tra cittadino e Amministrazione stessa ed è importante mantenere un simile diritto.

E' evidente come a tal fine sia necessario incentivare il progressivo processo di digitalizzazione della P.A. nel suo complesso in modo da garantire il continuo aggiornamento dei flussi di informazione previsti per legge, avendo cura di uniformare le modalità tecniche di pubblicazione così da garantire che le informazioni siano complete, comprensibili, omogenee nel rispetto dei criteri di semplicità di consultazione e tempestività.

Ciò per evitare che il rischio di una iperregolamentazione ed il limitato ricorso a tali istituti possano compromettere l'efficacia della trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione.