



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 9-10/2018

## estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

### Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

### Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

### Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

# La tutela della privacy tra esigenze di trasparenza e nuove regole di riservatezza

di Silvia Di Pietro

(Dottoranda di ricerca GIASDI, XXXII ciclo, Università degli studi di Teramo)

## Sommario

1. La complessa articolazione della trasparenza nel contesto normativo italiano. 2. I limiti della trasparenza a favore del diritto alla tutela dei dati personali, sensibili e super sensibili. 3. Nuovi adempimenti: il Regolamento europeo 679/2016. 4. Vecchi e nuovi equilibri: l'importanza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

## Abstract

The article analyzes the meaning of transparency and confidentiality in the Italian legal system, tracing an evolutionary framework in order to define the balances that allow the coexistence of two apparently antithetical principles. The issue mainly concerns the controversial relationship between transparency instruments - document access, civic access and new generalized civic access (so-called FOIA) - and the need to protect personal, sensitive and super sensitive data. The meeting between the two parties was regulated by a careful discipline of limits, developed gradually, and recently revised by the entry into force of the European Regulation on the processing of personal data. However, in spite of the continuous adjustments of the national and supranational legislator, the relationship between transparency and confidentiality does not seem to be framed in a pre-established and generally valid regulatory framework, instead requiring a continuous measurement of proportionality and reasonableness on the part of the administration concerned.

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/*blind peer review*

## 1. La complessa articolazione della trasparenza nel contesto normativo italiano

Il dibattito sul tema della trasparenza amministrativa emerge a partire dalle novità normative del 1990, con le quali viene ribaltato il tradizionale schema fondato sulla segretezza dell'attività amministrativa e l'occasionalità della trasparenza, a favore della costruzione della cosiddetta "casa di vetro". Fino a quella data, infatti, la trasparenza non aveva trovato spazi di applicazione nell'ordinamento italiano – nonostante essa sia direttamente riconducibile ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento<sup>2</sup> riferiti espressamente all'organizzazione e all'attività dell'amministrazione pubblica – e il principio generale dell'attività amministrativa era la segretezza<sup>3</sup>. Coerentemente con questa impostazione, i pubblici dipendenti erano vincolati al rispetto del segreto d'ufficio<sup>4</sup> e si delineava, peraltro, uno spazio di discrezionalità così ampio – e totalmente sbilanciato a favore della riservatezza – tale da consentire all'amministrazione di decidere arbitrariamente cosa rendere segreto e cosa accessibile. Solamente con le leggi 142 e 241 del 1990 si afferma la regola della trasparenza intesa come diritto di accesso<sup>5</sup> in capo ai cittadini, cui corrisponde un obbligo di informazione che grava sulle amministrazioni pubbliche. A partire da quel momento, il principio di trasparenza è entrato a pieno titolo nella disciplina amministrativa, intridendone a poco a poco tutti gli aspetti operativi ed organizzativi. Peraltro, anche a seguito di questo primo intervento normativo, non è stato agevole definire il significato di trasparenza, tanto più che essa ha più volte mutato forma per rispondere alle varie esigenze che il legislatore si è trovato di volta in volta a dover fronteggiare. È stato parimenti difficoltoso – e la questione è tuttora aperta – definire le modalità di realizzazione e i confini della stessa, in considerazione della contrapposta necessità di assicurare la tutela dei dati personali, sensibili e super sensibili dei soggetti coinvolti. La trasparenza amministrativa non è riconducibile ad un istituto giuridico specifico<sup>6</sup>, né può trovare attuazione attraverso un

<sup>1</sup> La metafora dell'amministrazione pubblica come "casa di vetro" è utilizzata per la prima volta da Filippo Turati in *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908. L'espressione è poi stata riproposta dalla «Commissione Nigro» nell'ambito dei lavori preparatori per la stesura della l. n. 241/1990.

<sup>2</sup> Così A. FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/90*, in *giustamm.it*, 2005; S. CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *giustamm.it*, 2005.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione della disciplina del segreto amministrativo, G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, Cedam, 1984; M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 1996; S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»*, in *Jus-online*, n. 3/2015.

<sup>4</sup> L'art. 15 del DPR 10 gennaio 1957, n. 3, prevedeva che "L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se non si tratti di atti segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o per i terzi. Nell'ambito delle proprie attribuzioni, l'impiegato preposto ad un ufficio rilascia, a chi ne abbia interesse, copie ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal capo del servizio".

<sup>5</sup> La legge 8 giugno 1990, n. 142, è stata la prima a disciplinare l'accesso ai dati, alle informazioni e alle strutture delle pubbliche amministrazioni. Ad essa ha fatto seguito la legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha definito in modo più puntuale le modalità e i limiti del diritto di accesso, divenendo il modello generale cui far riferimento.

<sup>6</sup> Questa considerazione della trasparenza amministrativa emerge già a partire dal 1989, in occasione del Convegno di Varenna su "L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza". In particolare si veda R. LASCHENA – A. PAJNO, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna*, Milano, Giuffrè, p. 89, nel quale la trasparenza è riconosciuta come modalità di esercizio della funzione amministrativa.

pacchetto di strumenti immutabile e predefinito, come dimostra peraltro la continua evoluzione della disciplina. A tal proposito, la dottrina ha riconosciuto ed affermato il carattere polisemico ed essenziale della trasparenza ed ha inteso il principio come “*modo di essere*”<sup>7</sup> dell’amministrazione e dei suoi apparati, che pertanto può essere realizzata attraverso una pluralità di istituti e declinata in ulteriori principi e criteri. Invero, la trasparenza si lega ad una pluralità di principi costituzionali senza tuttavia esaurirsi in nessuno di essi<sup>8</sup> ed è stata pertanto riconosciuta come principio implicito ed autonomo della Costituzione<sup>9</sup>. Essa è qualificabile come l’obiettivo “zero” da perseguire nel generale svolgimento della funzione amministrativa, identificandosi al contempo come fine e mezzo<sup>10</sup> dell’attività e dell’organizzazione amministrativa. In altre parole, la rilevanza della trasparenza si rinviene nella sua doppia natura di obiettivo proprio dell’azione e della struttura amministrativa, da raggiungere con una pluralità di mezzi e strumenti<sup>11</sup> e di principio strumentale e presupposto per il perseguimento di ulteriori fini ad esso riferibili<sup>12</sup>, quali l’imparzialità e il buon andamento dell’amministrazione, la tutela di situazioni giuridiche soggettive e la tutela del diritto d’informazione, la garanzia della pubblicità dell’attività amministrativa, la realizzazione di un’amministrazione aperta e condivisa, nonché la gestione della stessa secondo i criteri di legalità, integrità e anticorruzione.

La natura polisemica del principio e la continua evoluzione del suo significato hanno spinto il legislatore a ricercare gli strumenti di sua attuazione a più riprese, con svariati innovazioni e aggiornamenti normativi. Come detto, il primo passo compiuto verso l’obiettivo della trasparenza è stata l’emanazione della legge sul procedimento amministrativo. In quella sede è stato introdotto l’accesso documentale con lo scopo di assicurare la tutela di situazioni giuridiche soggettive lese dall’attività amministrativa, attraverso la garanzia della

<sup>7</sup> Così R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, V, 1987, p. 528. In senso analogo, G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Agg. vol. IV, Roma, 1996; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.

<sup>8</sup> In effetti, la trasparenza è riconducibile sia al principio democratico giacché molti la qualificano come relazione paritaria tra governanti e governati basata sull’evidenza e sulla visibilità, in chiara opposizione alla precedente disciplina del segreto d’ufficio. In questo senso si esprimono G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, *art.cit.*, pp. 5945 e ss.; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000; D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, in F. MERLONI – E. CARLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 83-84; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, *op.cit.*, pp. 3 e ss.; A. FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza*, *art.cit.* La trasparenza è poi riconducibile ai principi di imparzialità e buon andamento, cfr. *supra*.

<sup>9</sup> Si segnala, peraltro, che la legge costituzionale recante “*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione*” approvata dal Parlamento e pubblicata in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016 aveva previsto, tra le altre cose, l’introduzione del principio di trasparenza agli artt. 97 e 118 della Costituzione. L’esito negativo del referendum confermativo del 4 dicembre 2016 ha però fatto naufragare il tentativo di costituzionalizzazione esplicita del principio.

<sup>10</sup> Sulla duplice natura della trasparenza, D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, *op.cit.* In modo analogo, F. MERLONI, *op.cit.*; G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa*, *op.cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>11</sup> G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, *art.cit.*, p. 5946.

<sup>12</sup> In questo senso si esprime anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631 affermando che “*è da considerare che il sistema nel suo complesso dà luogo a vari tipi di accesso, con diverse finalità e metodi d’approccio alla conoscenza ed altrettanti livelli di pretesa alla trasparenza dei pubblici poteri*”.

trasparenza e dell'imparzialità, nonché la partecipazione degli interessati alla stessa. Si tratta di uno strumento che non assicura la trasparenza generalizzata dell'amministrazione verso l'esterno, bensì di una condizione attivabile solo su istanza di chi ne abbia effettivo diritto. In effetti, nel testo originario il principio di trasparenza era declinato per lo più come strumento di difesa dei cittadini nei confronti dell'amministrazione<sup>13</sup> raggiungendo una più ampia – seppur modesta – apertura di significato solo successivamente con la legge n. 15/2015 che finalmente la eleva a principio generale dell'attività amministrativa. Contestualmente, viene emanato il Codice dell'amministrazione digitale per compensare i limiti del diritto di accesso ai documenti e dare attuazione al principio di trasparenza intesa come pubblicità ed accessibilità. Con il menzionato Codice, infatti, il legislatore obbliga le pubbliche amministrazioni a dotarsi di un sito istituzionale, all'interno del quale riportare i dati<sup>14</sup> relativi all'organizzazione e alle attività amministrative. A partire da queste disposizioni, la conquista della trasparenza come "accessibilità totale" è sempre più concreta ed intreccia via via correlate esigenze di buon andamento, legalità ed anticorruzione. Nel 2009, infatti, la cosiddetta riforma Brunetta ancora la trasparenza al sistema di misurazione e valutazione delle *performance* e dei risultati dell'amministrazione, nell'ottica del perseguimento della massima efficienza, efficacia ed economicità dell'amministrazione *tout court*. In questo contesto, la trasparenza è a servizio dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità<sup>15</sup>, assicurando a chiunque la possibilità di esercitare forme diffuse di controllo. In questo modo, si affianca alla disciplina dell'accesso documentale – azionabile solo su istanza di chi abbia un interesse *diretto, concreto e attuale* e che vieta espressamente il controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni – una disciplina basata su una prospettiva completamente rovesciata<sup>16</sup>, per la quale grava sull'amministrazione l'obbligo di pubblicazione sui siti istituzionali non soltanto dei documenti e dei dati amministrativi ma anche delle informazioni<sup>17</sup> relative all'attività e all'organizzazione<sup>18</sup> in modo che esse

<sup>13</sup> Si esprimono in questo G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, op.cit., p. 30; E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Studi in onore di Giuseppe Palma*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 915 e ss.

<sup>14</sup> L'art. 54, comma 1 del d.lgs. n. 82/2005 riporta l'elenco dei dati minimi che tutte le amministrazioni sono tenute a rendere noti e fruibili.

<sup>15</sup> Così l'art. 11, comma 1 del d.lgs. n. 150/2009, che recita: "La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità".

<sup>16</sup> In questo senso, si esprime M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, 2015, pp. 121 e ss.

<sup>17</sup> Sulla differenza tra dati e informazioni si rimanda a N. KOCK, *Systems Analysis & Design Fundamentals: A Business Process Redesign Approach*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2006; G. VOLPATO (a cura di), *Il knowledge management come strumento di vantaggio competitivo*, Roma, Carocci Editore, 2007. Rispetto ai dati, che presuppongono una certa oggettività del contenuto, le informazioni sono frutto di una rielaborazione eseguita da un operatore. Tuttavia, il Codice della privacy e il d.lgs. n. 97/2016 tendono a minimizzare tale differenza e ad usare indistintamente i due termini.

<sup>18</sup> Come chiarisce A. PORPORATO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *federalismi.it*, n. 12/2017, con il decreto Brunetta si apre ad una nuova concezione di trasparenza, giacché mutano sia l'oggetto che gli strumenti necessari alla sua

risultino agilmente controllabili da parte dei cittadini. Ulteriore adempimento rispetto ai fini della normativa, riguarda poi l'obbligo per ciascuna amministrazione di adottare annualmente il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità<sup>19</sup>, che attesti il conseguimento di un elevato livello di trasparenza, legalità e integrità attraverso iniziative e strumenti adeguati.

L'iter evolutivo e di implementazione del principio di trasparenza si orienta successivamente in direzione della garanzia dell'integrità dell'apparato burocratico. Con la legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" si afferma la convinzione che lo strumento più idoneo ed efficace ad assicurare l'integrità della struttura e dell'azione amministrativa sia quello della pubblicità, unito a quello dell'esigibilità delle informazioni che non sono state rese visibili e fruibili nonostante gli obblighi normativi. Per questo, in attuazione della delega contenuta all'art. 1, commi 35 e 36, della l. n. 190/2012, il Governo ha provveduto ad introdurre l'accesso civico nell'ordinamento italiano. Il d.lgs. n. 33/2013 ribadisce la configurazione della trasparenza come accessibilità totale e le attribuisce una pluralità di funzioni<sup>20</sup> cercando di dare una definizione quanto più possibile esaustiva del principio. Nello specifico, è individuata come lo strumento che favorisce forme diffuse di controllo garantendo il perseguimento delle funzioni istituzionali e l'utilizzo corretto delle risorse pubbliche<sup>21</sup>; assicura il rispetto dei principi fondamentali in materia di organizzazione e attività delle pubbliche amministrazioni<sup>22</sup> e, infine, si erge a garanzia delle libertà e dei diritti dei singoli<sup>23</sup> anche nel rapporto con le amministrazioni stesse. In quest'ottica, la trasparenza si configura, da un lato, come pubblicità intesa quale obbligo di pubblicazione di dati, informazioni e documenti individuati per legge – cui si aggiunge, peraltro, la facoltà di pubblicare informazioni e dati per i quali non sussistono obblighi di pubblicazione – e, dall'altro, come "diritto alla conoscibilità" che assicura a chiunque il potere di richiederne la pubblicazione, nei casi di inerzia delle amministrazioni, a prescindere dalla sussistenza di situazioni giuridicamente rilevanti legate ai dati per i quali è richiesta la pubblicazione. Ciò allo scopo di effettuare la più ampia forma di controllo<sup>24</sup> nei confronti dell'amministrazione in modo da assicurare il cosiddetto "open government" e scongiurare i rischi di corruzione. Si segnala, dunque, un ulteriore potenziamento del ruolo dei soggetti privati, che da fruitori diventano controllori della legittimità dell'azione amministrativa, fino a ricoprire il ruolo di accertatori e

---

realizzazione. Tale mutamento è ovviamente dovuto alle diverse finalità perseguite dalla trasparenza con l'accesso documentale e con l'accessibilità ex art. 11 del d.lgs. n. 150/2009.

<sup>19</sup> Strumento riconfermato nel successivo d.lgs. n. 33/2013 e sostituito *mutata mutandis* dal Piano triennale per la prevenzione della corruzione dal d.lgs. n. 97/2016.

<sup>20</sup> Cfr. E. CARLONI, *I principi del codice della trasparenza*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, p. 39.

<sup>21</sup> Art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013.

<sup>22</sup> L'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 fa menzione dei principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza delle risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione.

<sup>23</sup> L'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 aggiunge che la trasparenza "è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino".

<sup>24</sup> Così M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa*, art.cit., pp. 121 e ss.

contributori del rispetto degli obblighi di pubblicazione. Va infine aggiunto che il decreto istituisce – integrando il sistema di controllo centrale, costituito già dall’Organismo indipendente di valutazione (OIV) e dall’Autorità nazionale anticorruzione – la figura del responsabile della trasparenza, incaricato di vigilare sulla corretta attuazione del principio di trasparenza così come declinato dal testo e di attivare meccanismi sanzionatori<sup>25</sup>, in caso di inadempienza.

L’ultimo passo verso la *full disclosure* è stato compiuto con il d.lgs. n. 97/2016 che ha introdotto il cosiddetto modello FOIA<sup>26</sup> nell’ordinamento nazionale. Quest’ultima novità legislativa ha trasformato la trasparenza amministrativa in un vero e proprio strumento di partecipazione attiva<sup>27</sup> dei cittadini alla cosa pubblica, tanto che la *libertà di accesso di chiunque*<sup>28</sup> viene introdotta espressamente nell’oggetto del decreto. L’accesso civico generalizzato, infatti, pur ribadendo gli obblighi di pubblicazione della normativa precedente, consente a chiunque di conoscere qualunque informazione in possesso dell’amministrazione, consentendo l’instaurazione di un dialogo cooperativo e proattivo tra amministratori e amministrati, senza necessità di motivazione e a prescindere dalla sussistenza di un interesse personale. Le nuove disposizioni legislative introducono e celebrano un vero e proprio diritto di accesso civico<sup>29</sup> in capo ai singoli, basato sul presupposto che informazioni, dati e documenti detenuti dalle amministrazioni sono per loro natura pubblici e conoscibili, pertanto queste ultime sono ora tenute a renderli noti su richiesta di chiunque, con obbligo di motivazione in caso di rigetto totale o parziale dell’istanza di accesso. Nel nostro ordinamento, infatti, fino a questo momento, non poteva parlarsi di un diritto all’informazione, quanto piuttosto di interesse legittimo a conoscere giacché la pretesa di conoscibilità era limitata alle sole informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria; al contrario, nel sistema FOIA, le informazioni pubbliche sono considerate patrimonio pubblico, rispetto al quale le amministrazioni svolgono un ruolo di custodi e pertanto il diritto all’informazione amministrativa è affermato pienamente.

<sup>25</sup> Come spiega M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, pp. 795 e ss, precedentemente le sanzioni erano contemplate solo per casi specifici, ora invece l’inadempimento dell’obbligo costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, giacché la trasparenza è a tutti gli effetti una funzione dell’attività amministrativa.

<sup>26</sup> L’acronimo sta per *Freedom of Information Act*. L’accesso civico del d.lgs. n. 33/2013 può essere considerato un *tertium genus* tra l’accesso documentale e il modello tradizionale dell’accesso civico, diffuso largamente in gran parte dei Paesi europei ed anglosassoni, nonché nell’Unione Europea e in numerosi organizzazioni internazionali. La definizione di *tertium genus* si deve a M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo – il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015, pp. 593 e ss.

<sup>27</sup> In questo senso, M. SAVINO, *Il FOIA italiano, art.cit.*, pp. 593 e ss.; D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un’analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 5, 2016, pp. 1019 e ss; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2017, pp. 65 e ss.; A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un’innovazione limitata*, in *Dir. Amm.*, fasc. 3, 2017, pp. 601 e ss. Lo stesso testo aggiornato dell’art. 1, co. 1 del d.lgs. n. 33/2013 individua tra gli scopi della trasparenza la promozione della partecipazione degli interessati all’attività amministrativa.

<sup>28</sup> Nella versione previgente, l’oggetto era individuato solo nell’obbligo di pubblicazione. Di accesso civico si parlava nel successivo art. 5 come conseguenza di tale obbligo.

<sup>29</sup> Così D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *federalismi.it*, n. 5/2016.



## 2. I limiti della trasparenza a favore del diritto alla tutela dei dati personali, sensibili e super sensibili

Parimenti alla disciplina della trasparenza, anche la disciplina della privacy è andata evolvendosi nel tempo attestando, peraltro, esigenze di tutela sempre maggiori, in considerazione della forte evoluzione tecnologica degli ultimi anni e della facilità di circolazione dei dati sulla rete. In termini amministrativi, il contraltare del principio di trasparenza è il diritto alla riservatezza, che ne costituisce un argine e a tutela della posizione dei singoli nel rapporto con lo Stato e le amministrazioni. Come detto, infatti, la trasparenza identifica una relazione tra amministratori e amministrati e, proprio nell'ambito di questa relazione, non è da sottovalutare il ruolo della riservatezza, ossia il diritto di non intrusione che ciascuno esercita nell'ambito della propria sfera personale e soggettiva. In questo senso, le due discipline non costituiscono sistemi isolati ma, al contrario, si integrano<sup>30</sup> vicendevolmente creando una relazione sistemica che aspira costantemente all'equilibrio e che si esprime attraverso l'individuazione dell'interesse-limite caso per caso. Ciò non stupisce se consideriamo che il rapporto tra riservatezza e trasparenza in ambito pubblicistico è stato costruito proprio a partire dalla definizione dei limiti del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Ed infatti, l'importanza della tutela dei dati personali è stata riconosciuta dal legislatore nella l. n. 241/1990 proprio con l'identificazione della salvaguardia della riservatezza dei terzi come limite esplicito all'accesso. Nonostante questo, a partire dal 1990 e fino alle novità normative intervenute successivamente, la trasparenza si è imposta con forza nell'espletamento dell'attività amministrativa, ricoprendo un vero e proprio ruolo di supremazia rispetto all'esercizio del diritto di riservatezza. Secondo le previsioni del testo originario, infatti, la cura e la difesa di un interesse giuridico – da garantire attraverso l'accesso documentale – prevalgono sempre sul diritto di riservatezza<sup>31</sup>, generando un forte sbilanciamento<sup>32</sup> a favore dell'accesso. Questo orientamento risulta peraltro confermato dal d.P.R. n. 352/1992<sup>33</sup> che introduce gli elementi del pregiudizio concreto agli interessi e della connessione con le informazioni ai fini della validità del limite, nonché la preferenza per il potere di differimento rispetto al rifiuto totale della richiesta di accesso.

<sup>30</sup> In questo senso si esprime Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, la quale precisa che *“tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”*.

<sup>31</sup> L'art. 24, comma 2, lett. d) specifica che è comunque garantita *“agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici”*.

<sup>32</sup> Si veda S. Cimini, *Diritto di accesso e riservatezza*, art.cit.. Il Consiglio di Stato si è schierato a favore di questo orientamento riconoscendo nel diritto d'accesso una posizione di diritto soggettivo pieno che consente un arretramento del diritto alla riservatezza, ogni volta che questo si renda necessario per la difesa di un interesse giuridico (Cons. Stato, ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82).

<sup>33</sup> Recante *“Regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*. Le previsioni contenute nel testo sono state poi riportate direttamente nel testo della legge, attraverso la riforma del 2005 che ne ha riconfermato la validità nonostante l'abrogazione del decreto.

La disciplina dei limiti, nonché quella della privacy, viene ulteriormente affinata prima con la legge 675/1996 – in recepimento della direttiva europea 95/46/CE – e poi con il cosiddetto Codice della privacy. Nello specifico, la legge del 1996 ha il merito di aver elevato la tutela dei dati personali a principio dell'attività amministrativa al pari della pubblicità<sup>34</sup> e di aver introdotto la categoria dei dati sensibili per i quali è prevista una tutela rafforzata. Tale innovazione è particolarmente significativa perché è proprio sul piano dei dati sensibili e super sensibili che si gioca la partita del bilanciamento tra riservatezza e trasparenza. Per questa categoria di dati, il legislatore ha previsto il trattamento da parte dei pubblici uffici solo in virtù di un'espressa previsione normativa<sup>35</sup>, riaffermando di fatto la regola della segretezza<sup>36</sup> laddove intervengano dati sensibili. A poco è valsa la mitigazione intervenuta nell'articolato successivo – allorché l'art. 43, comma 2 dispone l'invarianza della validità delle norme in materia di accesso ai documenti amministrativi – giacché la giurisprudenza maggioritaria si è orientata verso la costruzione di un "doppio binario", in base al quale il trattamento dei dati personali comuni risponde sempre alle regole dell'accesso documentale, mentre il trattamento dei dati sensibili è subordinato all'intervento di specifiche disposizioni di legge. La prima sistemazione della disciplina della riservatezza si risolve, dunque, in un fallimento<sup>37</sup> del tentativo di farla convivere in modo armonico con la disciplina già consolidata della trasparenza. Tale cesura è stata successivamente attenuata dalle integrazioni intervenute con il d.lgs. n. 135/1999, attraverso il quale si afferma il ruolo centrale dell'amministrazione nella definizione dell'equilibrio tra riservatezza e trasparenza, iniziando a rompere il rigido schema della prevalenza aprioristica dell'uno o dell'altro principio in favore di una ponderazione caso per caso dei "diritti antagonisti"<sup>38</sup>. Il decreto infatti estende la possibilità di trattamento dei dati anche ai casi con rilevanti finalità di interesse pubblico, le cui categorie individuate dal testo lasciano all'amministrazione uno spazio di discrezionalità piuttosto ampio. La *ratio* della disciplina della privacy è duplice e tenta di realizzare il coordinamento necessario alla convivenza dei due principi antitetici all'interno dell'ordinamento. Da un lato, essa tende a non sacrificare l'apertura realizzata qualche anno prima con la legge sulla trasparenza amministrativa, lasciando libera l'autorità pubblica di valutare le singole fattispecie e di risolvere le specifiche questioni a seconda delle

<sup>34</sup> Così M. LIPARI, *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La considerazione dell'autore trova fondamento nell'art. 27, comma 4, della legge nel quale è stabilito che "I criteri di organizzazione delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono attuati nel pieno rispetto delle disposizioni della presente legge".

<sup>35</sup> Art. 22, comma 3, della legge n. 675/1996.

<sup>36</sup> In giurisprudenza rileva la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59 nella quale la Corte afferma che "dopo l'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996, nel caso di richiesta di accesso a documenti contenenti dati personali sensibili relativi a terzi posseduti da una pubblica amministrazione, il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consente al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta". Concorde con questo orientamento M. Occhiena, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.

<sup>37</sup> Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali, chiamato più volte a precisare il rapporto tra la legge n. 241/1990 e la legge n. 675/1996, ha assunto in più occasioni il ruolo di tutore della trasparenza amministrativa. Cfr. provvedimento del 16 settembre 1997, in *Boll.*, n. 2/1997.

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882.

necessità di volta in volta intervenute<sup>39</sup> e dall'altro, salvaguarda i dati sensibili degli individui vincolando il loro trattamento alle ipotesi in cui l'accesso alle informazioni sensibili sia strumentale alla difesa di un *diritto di rango almeno pari a quello dell'interessato*<sup>40</sup>. Nella realtà fattuale, tuttavia, la disciplina ha finito per consentire all'amministrazione pubblica di manipolare il bilanciamento delle due contrapposte esigenze in modo altalenante e discontinuo a seconda delle necessità del momento<sup>41</sup>.

Al fine di riorganizzare la disordinata disciplina della riservatezza e coordinarla meglio con quella della trasparenza, nonché di garantire una tutela certa dei dati personali degli individui, il legislatore ha provveduto ad emanare, nel 2003, il Codice per la protezione dei dati personali. Già da tempo la dottrina prevalente e la giurisprudenza avevano ritenuto che nell'ordinamento italiano fosse possibile configurare un diritto alla riservatezza<sup>42</sup>, il cui fondamento giuridico fosse rinvenibile direttamente nel testo costituzionale. Nello specifico, gli artt. 2, 3 e 13<sup>43</sup> consentono di considerare la tutela della riservatezza un'estensione della tutela della persona in sé, della dignità umana e delle libertà personali<sup>44</sup>, riconducendolo di fatto nel più ampio solco dei diritti della personalità e dei diritti inviolabili dell'uomo. Nonostante il dibattito dottrinale e giurisprudenziale avesse suggerito questa interpretazione già dalla fine degli anni Ottanta, solo con il d.lgs. n. 196/2003 la protezione dei dati personali viene elevata a posizione giuridica autonoma<sup>45</sup>, configurando in capo a "chiunque" il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano. Sembra configurarsi a questo punto uno sbilanciamento a favore della privacy, giacché al diritto generalizzato di chiunque alla protezione della propria sfera personale – il cui trattamento da parte dell'autorità pubblica è subordinato al consenso dell'interessato – corrisponde un diritto di accesso dei singoli inteso solo quale interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e la cui azionabilità è vincolata all'accettazione da parte dell'amministrazione di una richiesta

<sup>39</sup> Così M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, art.cit., p. 439; N. LUGARESI, *Il trattamento dei dati nella pubblica amministrazione*, in J. MONDUCCI – G. SARTOR (a cura di) *Il Codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, 2004, p. 237.

<sup>40</sup> Art. 16, comma 2, d.lgs. n. 135/1999.

<sup>41</sup> N. LUGARESI, *Il trattamento dei dati*, op.cit., p. 237.

<sup>42</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione del diritto di riservatezza nell'ordinamento italiano, si rimanda a G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, pp. 1247 e ss. Per un quadro della giurisprudenza e della dottrina formatasi intorno alla tutela del diritto alla riservatezza intesa come tutela generica del diritto della personalità, prima del suo riconoscimento come diritto autonomo, si veda anche F. CARINGELLA, *Riservatezza ed accesso. I rapporti tra la legge n. 241/1990 e legge n. 675/1996, in tema di tutela dei dati personali*, in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999.

<sup>43</sup> Si veda Corte Cost., 12 aprile 1983, n. 38 in cui il giudice afferma che i limiti al contenuto delle pubblicazioni "non contrastano con le norme costituzionali ed anzi mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione". Peraltro, come richiama la stessa Corte, il diritto alla tutela della vita privata era già stata sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sottoscritta dall'Italia nel 1950.

<sup>44</sup> In questi termini, G. GIACOBBE, *Riservatezza*, art.cit., pp. 1247 e ss.; D. GRANARA, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2015, pp. 897 e ss.

<sup>45</sup> L'art. 1 del Codice è rubricato proprio "Diritto alla protezione dei dati personali". Tale terminologia non è stata utilizzata in precedenza né dalla legge n. 675/1996, né dal d.lgs. n. 135/1999.

motivata, accordata dal soggetto controinteressato. In realtà, la struttura del Codice si articola su tre livelli di protezione dei dati, che corrispondono al diverso rilievo assunto dagli stessi nella sfera personale dei privati e che sono ordinati in tre differenti categorie dalla tutela progressivamente più ampia<sup>46</sup>. Ciò proprio in favore di quel necessario coordinamento tra esigenze antitetiche che l'amministrazione deve contemporaneamente soddisfare, reso ancora più difficoltoso dalle successive riforme in tema di trasparenza ed accessibilità. A tal riguardo, per evitare di ostacolare la disciplina dell'accesso e per favorire il buon andamento dell'amministrazione attraverso la garanzia di un adeguato livello di trasparenza, il Codice assicura il trattamento dei dati personali comuni da parte delle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, anche senza il previo consenso dell'interessato<sup>47</sup>. Inoltre, è previsto un regime agevolato per la comunicazione dei dati ad altri soggetti pubblici o privati, dacché ove non sia espressamente prevista da legge o regolamento<sup>48</sup>, può essere in ogni caso rilasciata a seguito di richiesta al Garante, il cui silenzio vale come consenso decorso il termine di 45 giorni<sup>49</sup>. Il trattamento dei dati sensibili, che attengono ad una sfera più intima della persona umana, è invece consentito solo su espressa previsione di legge che deve specificare, peraltro, i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le specifiche finalità di interesse pubblico perseguite. Anche in questo caso, la mancanza della disposizione normativa può essere aggirata rivolgendosi al Garante; tuttavia per i dati sensibili è richiesta un'espressa autorizzazione giacché il silenzio equivale a rigetto della richiesta<sup>50</sup>. Si conferma, quindi, il sistema del *doppio binario* introdotto dalla precedente normativa, anche se in qualche modo mitigato dalle successive disposizioni del Codice. Infatti, aldilà della disciplina della tutela dei dati personali e sensibili in sé, il Codice rileva anche in riferimento al raccordo con la disciplina dell'accesso documentale, schierandosi peraltro nel senso di un *favor* per il diritto di accesso<sup>51</sup>. L'art. 59 del Codice, infatti, rimanda interamente alla legge n. 241/1990 in riferimento alla disciplina dei limiti del diritto d'accesso, anche laddove si tratti di dati sensibili e giudiziari. Va segnalato, peraltro, che la novella del 2005 ha introdotto, in riferimento ai dati sensibili e giudiziari, un importante principio volto ad assicurarne la tutela, ossia il principio della stretta indispensabilità<sup>52</sup> che serve a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte rispetto a

<sup>46</sup> Cfr. A. MARRA, *La trasparenza degli atti amministrativi, tra diritto di accesso e tutela della privacy*, in *Dir. Amm.*, 2017.

<sup>47</sup> Art. 18, comma 2-4, d.lgs. n. 196/2003.

<sup>48</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 196/2003.

<sup>49</sup> Art. 39, commi 1-2, d.lgs. n. 196/2003.

<sup>50</sup> Il trattamento dei dati sensibili è disciplinato dall'art. 20 del d.lgs. n. 196/2003.

<sup>51</sup> Si veda M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, Convegno su "Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa", Roma, 11 febbraio 2004. Così anche Cons. St., sez. III, 5 giugno 2015, n. 2768 in cui il giudice ha dichiarato che, in assenza di stringenti esigenze di riservatezza che possano precludere la conoscenza dei documenti richiesti, deve prevalere il principio di trasparenza dell'azione amministrativa nei confronti del soggetto che è portatore di un interesse concreto ed attuale all'ostensione degli atti.

<sup>52</sup> Art. 24, comma 7, legge n. 241/1990. Sul principio la giurisprudenza ha ritenuto, ancor prima della codificazione dello stesso, che *il tenore letterale e la ratio della disposizione legislativa in questione impongono un'attenta valutazione - da effettuare caso per caso - circa la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia di posizioni soggettive protette, che si assumano lese, con ulteriore salvaguardia, attraverso i limiti così imposti, degli altri interessi coinvolti, talvolta rispondenti a principi di pari rango costituzionale rispetto al diritto di difesa. In tale ottica solo una lettura rigorosa, che escluda la*

quello del controinteressato. Altra categoria di dati per la quale è prevista una disciplina dei limiti rinforzata è quella dei cosiddetti dati super sensibili, relativi allo stato di salute o alla vita sessuale, per i quali vale il principio della stretta indispensabilità, rimane ferma la previsione del pari rango<sup>53</sup> tra la situazione giuridica da tutelare con l'accesso e il diritto alla riservatezza dell'interessato e, in aggiunta, la loro tutela può essere sacrificata qualora sia contrapposta alla salvaguardia di un diritto della personalità o di un altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile. A corollario del principio del pari rango, si pongono poi gli ulteriori principi individuati dal Codice, quali il principio di necessità e di finalità, necessari al fine di una corretta misurazione degli interessi.

Sino a questo punto, anche in considerazione delle modifiche operate dalla l. n. 15/2005 – che disciplina in modo più dettagliato l'esclusione dal diritto di accesso e inserisce il richiamo al Codice della privacy nel testo – la riservatezza e la trasparenza hanno trovato un equilibrio, basato sulla declinazione di trasparenza come tutela di situazioni giuridiche soggettive esercitabile attraverso l'accesso documentale. Si tratta, dunque, di un equilibrio raggiunto tra due situazioni giuridiche individuali che attengono entrambe a soggetti singoli, in cui il criterio di prevalenza dell'una o dell'altra posizione è determinato dalle esigenze difensive<sup>54</sup> e dalla rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive intervenute. Il problema del bilanciamento riemerge nuovamente con l'evoluzione della disciplina della trasparenza e con la sua declinazione in termini di pubblicità ed accessibilità, riferibili ad un diritto generale di informazione della collettività.

Perplessità in questo senso sono state riportate dallo stesso Garante della privacy, il quale nel parere del 7 febbraio 2013 reso sullo schema del decreto legislativo sulla trasparenza chiarisce che la trasparenza come principio generale dell'attività amministrativa inerisce l'azione amministrativa e non anche la divulgazione dei dati relativi agli interessati<sup>55</sup> nei siti istituzionali, confermando l'idea che la trasparenza non è un valore assoluto ed esige in ogni caso una ponderazione con interessi contrapposti. Il legislatore del 2013 ha in parte accolto le osservazioni del Garante, nell'ottica della mediazione tra i due principi ma senza sacrificare il vero fine del decreto, ossia l'esigenza di contrastare l'illegalità e la corruzione nella pubblica amministrazione. Per tali ragioni, il testo del decreto assicura il pieno esercizio dell'accesso civico e favorisce l'assolvimento dell'obbligo di pubblicazione nel pieno rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali<sup>56</sup>. Sia l'accesso civico che l'obbligo di pubblicazione sono esercitati – rispettivamente da parte dei cittadini e delle pubbliche amministrazioni – solo rispetto ai documenti, alle informazioni e ai dati preventivamente

---

*prevalenza acritica di esigenze difensive anche genericamente enunciate, in effetti, appare idonea a sottrarre la medesima norma a dubbi di costituzionalità, per irragionevole sacrificio di interessi protetti di possibile rilevanza costituzionale e comunitaria (cfr. Cons. St., Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5; Cons. St., sez. VI, 24 marzo 1998 n. 498, 26 gennaio 1999 n. 59, 20 aprile 2006 n. 2223, 27 ottobre 2006 n. 6440, 13 dicembre 2006 n. 7389, 20 novembre 2013 n. 5515; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1998, n. 1529).*

<sup>53</sup> Art. 60, d.lgs. n. 196/2003.

<sup>54</sup> M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza, art.cit.*, pp. 121 e ss.

<sup>55</sup> In senso contrario all'osservazione del Garante, F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, pp. 17 e ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa, art.cit.*, pp. 795 e ss.

<sup>56</sup> Richiamo operato dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.

individuati dalla legge<sup>57</sup>, per i quali sono previsti sostanzialmente gli stessi limiti cui è vincolato l'accesso documentale in materia di protezione dei dati personali, giacché il richiamo è in entrambi i casi alla normativa vigente in materia. Tuttavia, se nel caso dell'accesso *ex art. 22* della l. n. 241/1990 il bilanciamento è costruito di volta in volta dall'autorità pubblica sulla base del rilievo degli interessi intervenuti, nella disciplina dell'accesso civico questa ponderazione sembra essere effettuata a monte dal legislatore, proprio in virtù della diversa declinazione di trasparenza operata dalle due discipline. La disposizione normativa non è tuttavia così rigida<sup>58</sup>, dacché anche in questo caso il legislatore ha tenuto conto delle differenti tipologie di dati personali esistenti e dell'esigenza di garantire una certa elasticità decisionale per assicurare il più ampio livello di soddisfazione degli interessi contrapposti in gioco. Fermi gli obblighi di pubblicazione, l'amministrazione è infatti chiamata a ridurre al minimo l'utilizzazione dei dati personali ed identificativi e di evitarne il relativo trattamento laddove le medesime finalità di trasparenza e di interesse pubblico possano essere adempiute mediante il rilascio di dati parziali o anonimi<sup>59</sup>. Tale precisazione risulta peraltro fondamentale in considerazione del fatto che il d.lgs. n. 33/2013 affianca all'obbligo di pubblicazione, la facoltà per le amministrazioni pubbliche di rendere accessibili anche dati e documenti non sottoposti a tale obbligo dalla normativa<sup>60</sup> e per i quali, dunque, diventa fondamentale il richiamo<sup>61</sup> ai principi di necessità e finalità, già sanciti dal Codice della privacy. Peraltro, il legislatore delegato, consapevole di non poter determinare un'assolutizzazione del principio di trasparenza<sup>62</sup>, ha riprodotto nel testo ulteriori principi atti ad orientare il bilanciamento tra trasparenza e riservatezza, intesa come limitazione della pubblicazione dei dati online, ossia i principi di pertinenza e di non eccedenza<sup>63</sup>.

In definitiva, fintanto che la definizione di trasparenza rimane ancorata alla divulgazione di informazioni inerenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni utili ad assicurare il controllo sull'effettivo perseguimento delle funzioni istituzionali<sup>64</sup> e l'accesso

<sup>57</sup> Art. 3, d.lgs. n. 33/2013.

<sup>58</sup> In questo senso si esprime anche il Garante nelle "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", nelle quali l'Autorità ritiene che anche laddove l'amministrazione riscontri l'esistenza di un obbligo normativo che impone la pubblicazione dell'atto o del documento nel proprio sito web istituzionale è necessario selezionare i dati personali da inserire in tali atti e documenti, verificando, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento di determinate informazioni.

<sup>59</sup> Sulle modalità di oscuramento dei dati personali e sensibili, si veda E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2009, pp. 509 e ss.

<sup>60</sup> Così A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?* in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2013, pp. 749 e ss.

<sup>61</sup> L'art. 3, d.lgs. n. 196/2003 stabilisce che i sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità.

<sup>62</sup> S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto, art.cit.* Si vedano anche le osservazioni del Garante espresse nel citato parere reso sullo schema del decreto legislativo sulla trasparenza (n. 2243168/2013).

<sup>63</sup> Art. 11, comma 1, lett d), d.lgs. n. 196/2003.

<sup>64</sup> Così recita la vecchia formulazione dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, riformato successivamente dal d.lgs. n. 97/2016.

civico è declinato come mero obbligo di pubblicazione, l'equilibrio tra riservatezza e trasparenza rimane ancora in piedi. Si può ancora parlare, in un certo senso, di un *doppio binario* sebbene basato su presupposti differenti rispetto al diritto di accesso classico. Con l'accesso civico, infatti, la regola generale è quella della trasparenza relativamente a tutti i dati e i documenti individuati preventivamente dal legislatore e, in questo senso, si realizza effettivamente l'accessibilità totale così come definita dal testo originale del d.lgs. n. 33/2013, ossia un'accessibilità collocata all'interno di un quadro con confini già predefiniti. E, proprio perché il perno dell'accesso è l'obbligo di pubblicazione – che è vincolato all'obiettivo del contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione –, esso difficilmente può scontrarsi e precedere il diritto personale alla tutela dei dati personali ed infatti, il secondo binario è proprio quello dei principi summenzionati che si pongono a difesa della riservatezza, pur non ostacolando il dovere di pubblicazione delle amministrazioni pubbliche. L'accessibilità totale diventa invece incompatibile con l'ordinamento con l'introduzione del nuovo accesso civico generalizzato, laddove esso presuppone l'accesso a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni. La regola è l'accesso generalizzato a tutti i dati detenuti dagli enti pubblici<sup>65</sup>, non essendo richiesto alcun interesse qualificato e non essendo identificata una categoria di specifici documenti su cui il diritto di accesso civico è esercitabile. Ancora una volta, il Garante della privacy illustra le sue perplessità<sup>66</sup> e chiarisce l'importanza di non sbilanciare il rapporto trasparenza-riservatezza a favore della trasparenza. Sebbene il diritto di accesso sia ormai a tutti gli effetti considerato principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa non solo nazionale ma anche dell'Unione<sup>67</sup>, sia riconosciuto come strumento di promozione del buon governo e della partecipazione della società civile e sia qualificato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come manifestazione della libertà di informazione, anche la disciplina della protezione dei dati personali è agganciata a principi e diritti di rilevanza costituzionale, sia in ambito nazionale che sovranazionale e pertanto la prevalenza dell'accesso non può essere affermata aprioristicamente. A tal fine, il nuovo testo del d.lgs. n. 33/2013 bilancia la previsione dell'accesso generalizzato con l'aggravamento dei limiti. Per la verità, si tratta di una lista piuttosto ampia e, soprattutto, poco puntuale<sup>68</sup> che rischia di generare l'effetto opposto rispetto alle perplessità espresse dal Garante, ossia un eccessivo sbilanciamento del rapporto

<sup>65</sup> A. MARRA, *La trasparenza degli atti amministrativi*, art.cit.. Stessa considerazione viene riportata dall'ANAC nelle *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013* (Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016).

<sup>66</sup> "Parere su uno schema di decreto legislativo concernente la revisione e semplificazione delle disposizioni di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza", n. 4772830. Il Garante suggerisce di eliminare l'aggettivo "totale" sia perché l'accesso totale non è coerente con il generale sistema di equilibrio elaborato dal legislatore e sia perché il termine potrebbe creare confusione nei cittadini che ricorrono all'accesso civico generalizzato e nei funzionari pubblici che si trovano a valutare concretamente le istanze.

<sup>67</sup> Così premette l'ANAC nelle *Linee guida* citate.

<sup>68</sup> In questi termini si esprime, D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza*, art.cit.. Anche il Consiglio di Stato nel parere espresso sullo schema di decreto ha sottolineato che, a fronte dell'ampiezza delle categorie a cui le eccezioni ex art. 5-bis si riferiscono, le amministrazioni "potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza" e che queste eccezioni "possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento in esame" (Parere del Consiglio di Stato n. 515/2016 cit., pp. 85 e ss).

a favore della riservatezza, svuotando peraltro l'innovazione normativa del suo potenziale. A tal proposito, va segnalato che data la maggiore ampiezza e gravità della disciplina dei limiti dell'accesso civico rispetto al passato, lo strumento preferenziale per l'accesso ai dati sensibili e super sensibili rimane in ogni caso il diritto di accesso *ex art. 22* della legge sul procedimento amministrativo, laddove esso risulta sicuramente più oneroso per l'interessato ma più difficilmente rifiutabile da parte dell'amministrazione allorquando ne ricorrano i requisiti. A fronte dell'estensione dei limiti<sup>69</sup> – che, peraltro, sono passibili di ulteriore ampliamento ad opera di ANAC e Garante per la protezione dei dati personali<sup>70</sup> – il legislatore ha infatti precisato che in ogni caso essi si applicano *in relazione alla natura del dato*<sup>71</sup>, riproponendo la distinzione tra dati personali e sensibili e confermando l'esigenza per l'interessato di calibrare la scelta dello specifico strumento di accesso sulla base della natura delle informazioni richieste. Un'attenuazione di questo schema deriva, in ogni caso, dal recupero dell'istituto dell'accesso parziale, tipico dell'accesso documentale, con un'una preferenza per il potere di differimento<sup>72</sup> in luogo del rifiuto totale e dalle previsioni per cui rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso devono essere adeguatamente motivati<sup>73</sup> e costituiscono, altresì, elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, di eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, nonché criterio di attribuzione di premi collegati alla *performance* individuale dei responsabili<sup>74</sup>. Ciò al fine di evitare che l'ampia discrezionalità lasciata alla decisione amministrativa possa favorire l'uno o l'altro principio per motivi di convenienza.

### 3. Nuovi adempimenti: il Regolamento europeo 679/2016

Le regole di equilibrio, più o meno efficaci, finora vigenti nell'ordinamento italiano si trovano ora a dover fare i conti con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati, avvenuta nel maggio 2018. Già da tempo, l'ordinamento europeo ha riconosciuto il diritto alla protezione dei dati personali quale diritto fondamentale dell'Unione<sup>75</sup>, come testimoniano l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e l'art. 16 del TFUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona. Peraltro la prima

<sup>69</sup> Il nuovo art. 5-bis, rubricato *Esclusione e limiti dell'accesso civico*, al comma 2 recita così: *L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.*

<sup>70</sup> L'art 5-bis, comma 6, stabilisce che *“ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative”.*

<sup>71</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 33/2013 così come modificato dal dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 97/2016.

<sup>72</sup> Art. 5, comma 5, seconda parte, d.lgs. n. 33/2013 così come modificato dal dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 97/2016.

<sup>73</sup> Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 33/2013 così come modificato dal dall'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 97/2016.

<sup>74</sup> Art. 46, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, così come modificato dall'art. 37 del d.lgs. n. 97/2016.

<sup>75</sup> Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina della protezione dei dati nell'ordinamento europeo, si veda F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

codificazione della materia in ambito nazionale<sup>76</sup> si deve proprio ai pungoli provenienti dall'Unione, esercitati attraverso la Direttiva 95/46/CE, che ha il merito di aver tracciato il primo quadro normativo relativo al trattamento dei dati personali in considerazione della contrapposta esigenza della loro libera circolazione, di aver elaborato i principi fondamentali della disciplina – ossia i principi di liceità, finalità, adeguatezza, pertinenza e non eccedenza – e di aver istituito le Autorità garanti nazionali ed europee. Nell'intento prioritario di uniformare le varie normative nazionali in materia e favorire la più ampia circolazione possibile dei dati personali<sup>77</sup> – al fine di creare un clima di fiducia utile al pieno sviluppo del mercato interno e dell'economia digitale europea –, le istituzioni europee hanno integrato e sostituito la disciplina della Direttiva con il nuovo Regolamento sul trattamento e sulla circolazione dei dati. Ai fini del recepimento delle nuove disposizioni, il legislatore nazionale è intervenuto sulla normazione interna per adeguarla e integrarla ai nuovi parametri ed ha emanato – in leggero ritardo rispetto al limite fissato per il 25 maggio 2018 dal Regolamento – il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. A seguito del processo di razionalizzazione e armonizzazione con i dettami europei, è emerso un Codice nazionale della privacy molto più snello e compatto, con continui rimandi al testo regolamentare al fine di rispondere in maniera esaustiva all'obiettivo dell'uniformazione. Dalla lettura del Regolamento emerge chiaramente la volontà del legislatore europeo di definire meglio la disciplina e di uniformarla in modo da costruire una rete europea omogenea e utile per la circolazione dei dati personali. Va peraltro segnalato che, in questo senso, il Regolamento è strumentale al potenziamento di tale diffusione – in uno spazio di piena sicurezza della circolazione – e non alla sua limitazione. Nell'ottica della costruzione di una rete sicura di diffusione dei dati, il nuovo testo dimostra un'attenzione maggiore verso il trattamento dei dati sensibili<sup>78</sup> ed una più attenta puntualizzazione della disciplina rispetto alla Direttiva 95/46/CE. D'altro canto, però, si rinviene anche il tentativo del legislatore europeo di rilanciare e rinvigorire il ruolo delle libertà economiche, in particolare riferendosi alla libertà di circolazione dei dati, diventato ormai uno dei pilastri dell'ordinamento europeo nell'ottica della costruzione del mercato unico europeo digitale. In questo senso, rilevano significativamente la lettura del Considerando n. 4<sup>79</sup> del Regolamento e dell'art. 1, par. 3<sup>80</sup>, per i quali libertà economiche e diritti fondamentali sono fondamentalmente equiparati,

<sup>76</sup> La l. n. 675/1996 è stata emanata in recepimento della Direttiva 95/46/CE. La disciplina è successivamente confluita nel Codice della privacy del 2003.

<sup>77</sup> All'art. 1, rubricato *Oggetto e finalità*, il testo afferma infatti che *la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*. Significative sono anche le disposizioni del Considerando 4 in base alle quali si ritiene che *il trattamento dei dati personali è al servizio dell'uomo e che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta*.

<sup>78</sup> Così R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0*, in F. CORTESE – M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016, p. 151.

<sup>79</sup> Laddove si ritiene che *il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*.

<sup>80</sup> In base al quale *la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*.

mettendo in crisi il sistema di equilibrio tra riservatezza e trasparenza finora vigente<sup>81</sup>. Nella dialettica tradizionale trasparenza-riservatezza – principi legati ai diritti della persona – entra in gioco un terzo elemento – di matrice economica – che in ambito europeo assume rango di interesse primario al pari degli altri, complicando e aggravando le logiche del rapporto. Ad una prima lettura delle citate disposizioni sembrerebbe infatti che il legislatore europeo abbia attribuito alla libera circolazione dei dati un valore addirittura preminente rispetto alle esigenze di protezione dei dati personali. Considerazione che peraltro non viene riconfermata negli articolati successivi come dimostra la regola generale del divieto di diffusione dei dati sensibili e super sensibili *ex art. 9* e che genera pertanto confusione e ambiguità nell'interpretazione complessiva del testo.

In generale, la struttura del Regolamento si basa su una duplice tutela, finalizzata ad incrementare i livelli di sicurezza e di trasparenza nel trattamento e nella gestione dei dati. Da un lato, infatti, vengono rinforzati i diritti dell'interessato, attraverso una specificazione più ampia e precisa<sup>82</sup> e dall'altro, vi è una maggiore responsabilizzazione degli operatori, i quali sono chiamati a mettere in atto le misure tecniche e organizzative utili a scongiurare qualunque rischio nel trattamento dei dati personali e a dimostrare che lo stesso venga effettuato conformemente al Regolamento<sup>83</sup>. In riferimento al primo aspetto, si attesta che anche l'ordinamento europeo instaura un doppio sistema di tutela, basato sulla massima accessibilità e fruibilità dei dati personali<sup>84</sup> ed una tutela rafforzata per i dati sensibili. Infatti, l'art. 9 del Regolamento è dedicato proprio al trattamento dei dati sensibili e configura un sistema – per la verità già in parte previsto dall'art. 8 della Direttiva 46/95/CE – la cui regola generale è il divieto, attenuata dalla predisposizione di una serie di eccezioni. Sotto questo profilo, l'ordinamento italiano ha predisposto un sistema di divieti e limiti che offre agli interessati garanzie addirittura maggiori rispetto al dettame europeo<sup>85</sup>, come dimostra la previsione per cui il trattamento dei dati sensibili è subordinato non solo al consenso dell'interessato, bensì anche alla previa autorizzazione del Garante. Il nostro Codice si presentava, sotto questo profilo, già conforme alle esigenze di tutela europee e, in questo senso, l'intervento del legislatore italiano potrebbe essere nel senso di alleggerire il peso della disciplina tramite l'adozione di una normativa meno dettagliata per assicurare spazi di decisione e discrezionalità più ampi nell'amministrazione pubblica in vista delle esigenze di bilanciamento tra riservatezza e accesso, nonché per favorire una maggiore agevolezza nella circolazione dei dati.

Nell'ottica del rafforzamento della tutela dei dati sensibili nonché del potenziamento dell'*accountability* degli operatori, il Regolamento ha predisposto una sorta di *stress test* in

<sup>81</sup> Sul punto si veda F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2018, pp. 190 e ss.

<sup>82</sup> Cfr. nota 78. Vengono inoltre introdotti nell'ordinamento comunitario il diritto di cancellazione e il diritto all'oblio – già previsti dal diritto nazionale – e il diritto alla portabilità dei dati.

<sup>83</sup> Art. 24 del Regolamento n. 679/2016.

<sup>84</sup> Cfr. nota 76.

<sup>85</sup> Il Considerando 10 del Regolamento precisa che gli Stati membri possono istituire sistema di tutela e garanzia più stringenti, affermando che *"il presente regolamento non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisca le condizioni per specifiche situazioni di trattamento, anche determinando con maggiore precisione le condizioni alle quali il trattamento di dati personali è lecito"*.

riferimento alle fattispecie di elevato rischio per i diritti e le libertà delle persone coinvolte. Si tratta della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati<sup>86</sup> a cui il titolare del trattamento è tenuto a ricorrere allorché si registri un tipo di trattamento che presupponga l'utilizzo di nuove e sofisticate tecnologie o sia caratterizzato da oggetto, contesto e finalità particolarmente sensibili tali da poter generare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, intesi innanzitutto – ma non solo – come diritti alla riservatezza e alla privacy. A tal proposito, il gruppo di lavoro “Articolo 29” per la protezione dei dati<sup>87</sup> ha precisato che per rischio si intende lo scenario descrittivo di un evento e delle relative conseguenze, che sono stimate in termini di gravità e probabilità di lesione di diritti e libertà e che la gestione del rischio presuppone l'insieme coordinato delle attività finalizzate a guidare e monitorare un ente o organismo nei riguardi di tale rischio. La valutazione deve essere considerata a tutti gli effetti uno strumento di ausilio nel processo decisionale relativo al trattamento, ma è comunque fatta salva la possibilità di aggiornare la stessa durante il trattamento, dando vita ad un processo continuativo che assicura in tutte le fasi l'allontanamento del rischio. Ciò risponde peraltro anche al nuovo approccio improntato sulla resilienza<sup>88</sup> dei sistemi e dei servizi di trattamento, per la quale la sicurezza non è una nozione statica e le misure di sicurezza sono efficaci solo alla luce di una valutazione concreta delle singole fattispecie e delle singole tappe che le compongono. Per tali ragioni la sorveglianza è costante e permanente, in modo da rendere più efficiente e tempestiva la risposta ad eventuali minacce alla sicurezza dei dati. Si segnala che tra le situazioni di rischio identificate dal Regolamento, vi è espresso riferimento al trattamento di categorie particolari di dati personali – i cosiddetti dati sensibili – che, in quanto intimamente connessi alla vita privata e familiare, rientrano perfettamente nella definizione di rischio citata. In questo senso, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati si affianca alla previsione del consenso esplicito in riferimento al trattamento dei dati sensibili e potrebbe ben sostituirsi al meccanismo della previa autorizzazione da parte del Garante.

In riferimento al secondo aspetto – quello della maggiore responsabilizzazione degli operatori<sup>89</sup> – la previsione, sebbene volta a garantire la massima efficienza del sistema di tutela, potrebbe in realtà rompere i già delicati equilibri tra riservatezza ed accesso, inducendo gli operatori pubblici a sacrificare porzioni più o meno ampie di trasparenza per evitare di incorrere in responsabilità future. Si segnala, peraltro, che il Regolamento ha reso obbligatoria la nomina di almeno un responsabile del trattamento, distinta dalla figura del titolare del trattamento ed esterno rispetto all'amministrazione. Il Codice della privacy italiano ha già introdotto da tempo questa figura nel nostro ordinamento<sup>90</sup>, prevedendo però

<sup>86</sup> Disciplinato dagli artt. 35 e 36 del Regolamento.

<sup>87</sup> *Linee guida concernenti la valutazione di impatto sulla protezione dei dati nonché i criteri per stabilire se un trattamento “possa presentare un elevato rischio” ai sensi del regolamento 2016/679*, 4 ottobre 2017, WP248.

<sup>88</sup> Art. 32, par. 1, lett b) del Regolamento. Sul punto, F. COSTANTINI, *Il regolamento (UE) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Lavoro nella Giur.*, 6/2018, pp. 545 e ss.

<sup>89</sup> Si ritiene che tra le novità della disciplina, il c.d. principio di *accountability* sia tra le più rilevanti. Così G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, pp. 289 e ss.; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, pp. 369 e ss.

<sup>90</sup> Art. 29 del d.lgs. n. 196/2003.

che la sua designazione fosse una mera possibilità per il titolare del trattamento. Sotto questo profilo, dunque, il legislatore è intervenuto per riavvicinare la normativa nazionale a quella europea, predisponendo una nuova disciplina relativa alle funzioni e agli oneri del responsabile, con rimando alla disciplina regolamentare. La figura si presenta, all'interno del sistema amministrativo pubblico, come controparte del responsabile per la trasparenza, introdotto nell'ordinamento con la l. n. 190/2012, e può a ben ragione implicare il rischio di appesantire ulteriormente la macchina burocratica con la possibile previsione di un ulteriore programma da redigere annualmente – strumento tanto caro al legislatore italiano – che certifichi la predisposizione di un sistema idoneo a perseguire un adeguato livello di tutela dei dati personali. Rischio tanto più concreto se si considera che il Regolamento lascia piena autonomia al responsabile sulle misure da adottare per scongiurare il pericolo di trattamenti impropri di dati e richiede, nell'ottica dell'*accountability*, la verificabilità e la certificabilità che tali misure siano idonee a perseguire l'obiettivo.

Infine, ulteriori rischi di aggravamento e di oscillamento della bilancia nel senso della riservatezza derivano dalla nomina del responsabile della protezione dei dati<sup>91</sup>, distinta sia dal titolare che dal responsabile del trattamento dei dati. Si tratta di una figura obbligatoria per le amministrazioni pubbliche, cui sono richiesti un alto profilo professionale ed una conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati. Al responsabile della protezione spettano compiti di consulenza e supporto alle altre due figure individuate dal testo, nonché di controllo sul loro operato e sulla corretta attuazione del Regolamento<sup>92</sup>. Nonostante l'introduzione della nuova figura, è lecito porre dubbi sulla sua efficacia e sull'effettivo potere di controllo che essa può esercitare, giacché secondo quanto stabilito dal Regolamento<sup>93</sup> egli è designato dal titolare del trattamento e dal responsabile del trattamento e può essere scelto nell'organico degli stessi. Inoltre, nell'espletamento delle sue funzioni, il responsabile della protezione dei dati si avvale delle strutture e delle risorse che i suoi designatori gli forniscono. Tutto ciò configura un rapporto di dipendenza piuttosto intenso nei confronti delle figure titolari e responsabili del trattamento tale da poter svuotare di senso e significato il ruolo della nuova figura introdotta. Per di più, dovendo cooperare con l'Autorità di controllo, fungendo da punto di contatto tra la stessa e le operazioni di trattamento dei dati, sarebbe stato certamente opportuno disegnare il responsabile della protezione dei dati come struttura di decentramento della stessa sia in termini di garanzia di indipendenza ed estraneità rispetto all'amministrazione controllata, sia in termini di maggiore efficienza del rapporto di coordinamento con l'Autorità, a tutto vantaggio della protezione dei dati dei soggetti interessati.

---

<sup>91</sup> Art. 37 del Regolamento. Per chiarire meglio il ruolo del responsabile della protezione dei dati e supportare gli ordinamenti degli Stati membri nell'introduzione della figura, il Gruppo dei Garanti UE (WP29) ha elaborato le prime Linee guida riguardanti proprio la figura del responsabile della protezione dei dati (*Guidelines on Data Protection Officers* del 16 dicembre 2016).

<sup>92</sup> Recentemente il TAR, Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sent. 5 settembre 2018, n. 287, si è espresso sul ruolo del responsabile della protezione dei dati ed ha precisato che l'incarico *non è costituito dalla predisposizione dei meccanismi volti ad incrementare i livelli di efficienza e di sicurezza nella gestione delle informazioni ma attiene semmai alla tutela del diritto fondamentale dell'individuo alla protezione dei dati personali indipendentemente dalle modalità della loro propagazione e dalle forme, ancorché lecite, di utilizzo.*

<sup>93</sup> Capo IV, Sezione 4 del Regolamento.

#### 4. Vecchi e nuovi equilibri: l'importanza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

Recentemente il tema del bilanciamento tra diritto alla riservatezza e trasparenza dell'attività amministrativa è tornato in luce con l'ordinanza n. 9828/2017 del Tar Lazio che ha sollevato questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 14, comma 1-bis e 1-ter del d.lgs. n. 33/2013, per contrasto con gli artt. 2, 3, 11, 13 e 17, comma 1 della Costituzione, nonché con i principi generali consolidati in materia, affermati dalla Direttiva 46/95/CE e riconfermati nel nuovo Regolamento europeo. Nello specifico, si contesta che gli obblighi di pubblicazione previsti dai citati articoli comportano un'eccessiva ed ingiustificata ingerenza nel diritto alla vita privata e alla protezione dei dati dei soggetti interessati e, peraltro, violano i principi di matrice comunitaria di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei suddetti dati. La questione rimessa alla Corte Costituzionale riguarda proprio la necessità di regolare il rapporto tra protezione dei dati personali e esigenza di trasparenza, calibrando anche in ragione dei primi l'intensità dell'interesse pubblico da assicurare mediante la divulgazione dei dati personali. La pronuncia del giudice costituzionale sarà allora fondamentale per misurare lo stato di avanzamento della costruzione dell'equilibrio tra riservatezza e accesso nell'ordinamento. La decisione inerisce, peraltro, una disposizione relativa agli obblighi di pubblicazione cui è soggetta l'amministrazione pubblica. La posizione del giudice costituzionale risulterà dunque significativa anche rispetto alla avvertita necessità di fare un passo indietro nella codificazione normativa e consentire una più ampia flessibilità del potere amministrativo nel valutare la necessità, la pertinenza e la non eccedenza delle misure da adottare. Il giudice amministrativo, dal canto suo, ha già dimostrato il suo orientamento sulla costruzione dell'equilibrio<sup>94</sup> evocando come pilastri del rapporto i canoni di proporzionalità e ragionevolezza<sup>95</sup>, indispensabili al fine di tener conto, nell'ambito della valutazione amministrativa, delle specifiche peculiarità della posizione legittimante del richiedente. Si tratta di due principi di origine giurisprudenziale che identificano la necessaria modalità operativa dell'amministrazione pubblica in generale e che assumono rilevanza ancora maggiore nella difficile ponderazione di interessi contrapposti, al fine di garantire il rispetto di libertà e diritti fondamentali dei singoli, nonché di assicurare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa nel solco del buon andamento. La stessa tendenza è stata dimostrata peraltro anche dal giudice europeo<sup>96</sup>, il quale ha fondato le sue

<sup>94</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631.

<sup>95</sup> Per una ricostruzione del significato di proporzionalità e ragionevolezza nell'ordinamento amministrativo italiano, si vedano F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 12/2017; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* (24-26 ottobre 2013), Roma. Sul principio di proporzionalità, tra gli altri, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

<sup>96</sup> Sull'affermazione del principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario, si veda V. Fiorillo, *Il principio di proporzionalità da parametro di validità del diritto alla protezione dei dati personali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 15/2017. Rilevanti in questo senso sono le sentenze della

considerazioni proprio sul c.d. test di proporzionalità ricavato dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>97</sup>. Più nel dettaglio, in un caso analogo a quello sottoposto al Tar Lazio<sup>98</sup>, la Corte<sup>99</sup> ha osservato che la divulgazione di dati personali ai fini della buona gestione delle risorse pubbliche non è incompatibile con la Direttiva 46/95/CE ed anzi rientra nelle categorie individuate dall'art. 7, lett. e)<sup>100</sup>, nonché dell'art. 8 CEDU<sup>101</sup>, purché il trattamento dei dati avvenga in linea con il canone di proporzionalità, assicurando dunque che le misure siano necessarie ed appropriate per il perseguimento dell'obiettivo.

Alla luce dell'analisi condotta, pare opportuno chiedersi se sia possibile parlare di trasparenza nel nostro ordinamento, in considerazione delle numerose limitazioni intervenute in soccorso della tutela della riservatezza. Per poter dare una risposta al quesito bisogna necessariamente specificare cosa si intenda per trasparenza. Se il riferimento è la "casa di vetro" intesa come pretesa di visibilità ed accessibilità totale a qualunque informazione detenuta dall'amministrazione pubblica, la risposta non può che essere negativa<sup>102</sup>. Se invece la trasparenza è intesa come principio generale dell'ordinamento che ispira l'individuazione di istituti, norme e strumenti volti ad assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione, nonché la democraticità e la partecipazione alle istituzioni pubbliche e come modalità della relazione tra amministratori ed amministrati, la risposta assume connotazione positiva. Il legislatore italiano ha rincorso a lungo il "miraggio"<sup>103</sup> della trasparenza, inseguendo di volta in volta sopravvenute esigenze di modifica dell'amministrazione pubblica e del suo rapporto con i cittadini e l'inseguimento sembra oggi terminato con la realizzazione della *full disclosure* raggiunta attraverso l'accesso civico generalizzato. È evidente che l'affinamento della disciplina della trasparenza e l'esplosione delle tecnologie digitali hanno accresciuto contestualmente le esigenze di limitarne la rapida avanzata<sup>104</sup> al fine di tutelare la privacy dei soggetti coinvolti. A questo

---

Grande sezione della Corte di Giustizia *Digital Rights Ireland* (Cause riunite C-293/12 e C-594/12), *Schrems* (Causa C-362/14) e *Google Spain* (Causa C-131/12).

<sup>97</sup> Il comma 1 dell'art. 52 recita: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

<sup>98</sup> In entrambi i casi, la questione inerisce la pubblicazione di dati reddituali di dipendenti e pensionati di un ente pubblico.

<sup>99</sup> Corte di Giustizia, Grande sezione, decisione del 9 novembre 2010 (Cause riunite C-92/09 e C-93/09).

<sup>100</sup> "Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando [...] è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento o il terzo a cui vengono comunicati i dati".

<sup>101</sup> Art. 8, comma 2, CEDU: "Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

<sup>102</sup> La pubblica amministrazione custodisce una massa enorme di informazioni direttamente connesse ai diritti della personalità, pertanto la visibilità totale e senza filtri non è una soluzione auspicabile. Così, M. CLARICH, *Trasparenza e protezione dei dati personali*, art.cit., p. 3885.

<sup>103</sup> E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme*, art.cit., pp. 915 e ss.

<sup>104</sup> A tal proposito, rilevano le considerazioni di M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza*, art.cit., pp. 430 e ss., il quale afferma che legittimazione soggettiva all'accesso e ambito oggettivo dello stesso sono legati da una relazione inversamente proporzionale, per cui un ampliamento della prima può giustificare una restrizione

scopo sono intervenuti – come detto – la differenziazione tra le varie categorie di dati, gli strumenti dell'accesso parziale e i principi di derivazione comunitaria, su cui si attestano gli equilibri tra riservatezza e accesso e sono state individuate soluzioni di massima, differenti per ciascuno dei tre modelli di accesso. L'ultima lezione sul rapporto trasparenza-riservatezza viene, infine, dal Regolamento europeo che ha finalmente codificato il principio di proporzionalità<sup>105</sup> e di ragionevolezza<sup>106</sup> nel trattamento dei dati personali. Come detto, peraltro, il testo aggiunge una considerazione che potrebbe suscitare qualche perplessità sull'interpretazione del principio di proporzionalità e sulla costruzione dell'equilibrio generale. Il Regolamento, infatti, sembra in qualche modo ridimensionare la portata del diritto alla riservatezza, aprendo la strada a soluzioni più espansive nei confronti delle esigenze del mercato. Diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali sembrerebbero, dunque, non godere più della piena qualificazione di diritti fondamentali ed inviolabili<sup>107</sup>, rendendo peraltro ancora più stringenti le esigenze di un bilanciamento ragionevole e proporzionato.

Ancora una volta, la soluzione alla diatriba trasparenza-riservatezza è affidata alla ponderazione amministrativa prima e alle autorità giudiziarie poi, nell'impossibilità di definirne i contorni in modo statico attraverso un testo normativo. D'altronde, lo stesso Regolamento – nonostante il chiaro *favor* per la circolazione dei dati, rispetto alle esigenze di riservatezza – ripropone ed estende i principi atti alla costruzione caso per caso degli equilibri. In questo senso, allora, aldilà degli adempimenti burocratici cui si è dovuto necessariamente adeguare l'ordinamento italiano, si attesta che in definitiva il GDPR non ha stravolto le dinamiche su cui si fonda la disciplina della protezione dei dati. In effetti, i principi cardine della normativa sono rimasti pressoché intatti e non potrebbe essere altrimenti in considerazione del necessario equilibrio cui devono sempre pervenire le esigenze di trasparenza e riservatezza. Nonostante i continui interventi integrativi, sia della disciplina della privacy, sia di quella relativa all'accesso, il bilanciamento di più interessi confliggenti non può mai avvenire su un piano legalistico formale<sup>108</sup> giacché in una democrazia pluralistica non è concepibile strutturate i rapporti tra diritti e principi potenzialmente confliggenti in forma gerarchica<sup>109</sup>. Al contrario, trasparenza e riservatezza vivono un rapporto complementare, in cui ciascuno dei due nutre e limita l'altro, in un sistema di pesi e contrappesi equilibrato. Il legislatore italiano, in definitiva, sembra aver compreso la natura simbiotica dei due principi, tant'è vero che la privacy è considerata quale condizione dello sviluppo della libertà della persona, del pieno godimento dei diritti fondamentali e della tutela della dignità dell'uomo<sup>110</sup> e, parimenti, la trasparenza<sup>111</sup> è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e

---

del secondo e viceversa. Il testo si riferisce nello specifico al diritto d'accesso ex art. 22 della legge n. 241/1990, ma la considerazione è oggi estendibile anche all'accesso civico e all'accesso civico generalizzato.

<sup>105</sup> Considerando 4 del Regolamento n. 679/2016.

<sup>106</sup> Considerando 39 del Regolamento n. 679/2016.

<sup>107</sup> F. PIRAINO, *Il regolamento generale*, art. cit, pp. 369 e ss.

<sup>108</sup> Così, F. MARTINI, *Accesso e riservatezza: due valori a confronto*, in *Dir. Informatica*, fasc. 2, 2006, pp. 155 e ss.

<sup>109</sup> Sul tema si vedano, tra tutti, gli insegnamenti di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>110</sup> *Linee guida* dell'ANAC, cit.

<sup>111</sup> Così come intesa nel d.lgs. n. 33/2013, così modificato dal d.lgs. n. 97/2016.

sociali degli individui. Nell'obiettivo di garantire la tutela delle libertà e dei diritti è già insito, dunque, da un lato la possibilità di conoscere i meccanismi e le informazioni della pubblica amministrazione e, dall'altro, l'arretramento di fronte a dati personali, sensibili e super sensibili, qualora l'ingerenza sia irragionevole e sproporzionata.