LE UDIENZE TELEMATICHE: CONTRADDITTORIO E RISERVATEZZA di Diana Caminiti

1. Premessa

Più che del rapporto fra contradditorio e riservatezza in realtà quello che viene in rilievo relativamente alla celebrazione delle udienze da remoto è il rapporto fra contraddittorio e tutela dei dati personali, due diritti che appaiono contrapposti e sono chiamati ad interagire fra loro.

Ed invero Il diritto fondamentale alla privacy nella sua evoluzione storica conosce tre passaggi fondamentali:

1) Riservatezza intesa come libertà negativa;

2) La protezione dei dati personali, come diritto positivo acchè i dati personali siano trattati con determinate garanzie e il riconoscimento di determinati diritti agli interessati, a tutela della dignità della persona;

3) Il diritto alla protezione dei dai personali nell'era digitale, che ha dato vita all'attuale disciplina di cui al Regolamento (UE) 679/2016. L'avvento e lo sviluppo galoppante della rete internet e delle comunicazioni elettroniche ha infatti inesorabilmente aperto una terza fase nella storia della privacy, quella che potremmo definire a tutti gli effetti "digitale". Nella privacy digitale i contenuti sono liberi e, in quanto tali, più numerosi, facilmente accessibili a tutti e detenuti in via prevalente non più da operatori pubblici bensì da operatori privati.

La nascita della privacy viene fatta risalire ad una vicenda americana di fine Ottocento, legata primariamente alla libertà di stampa e al diritto di cronaca[1].

In questa fase il concetto di privacy coincide e si esaurisce in quello di riservatezza, di protezione della vita familiare e intima, intesa come tutela della sfera in cui l'individuo matura le proprie convinzioni di carattere personale.

Questa è l'impostazione che, in ambito europeo, si ritrova, già nel 1950, con la formulazione letterale dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La tutela offerta dalla Convenzione alla vita privata e familiare dei cittadini viene formulata come una classica libertà negativa, specificando che le ingerenze delle autorità pubbliche devono essere limitate allo stretto necessario e a pochi casi di necessaria tutela di interessi pubblici prevalenti (sicurezza nazionale, repressione dei reati, pubblica sicurezza ecc.).

Il diritto alla protezione dei dati personali, inteso come diritto positivo, assume una sua autonomia in termini generali con la Direttiva 95/46/CE, che rappresenta una riuscita operazione di consolidamento e sistematizzazione del diritto.

[1] Nella Boston del 1890 una donna della buona società, moglie di Samuel Warren, era spesso oggetto di attenzioni da parte della stampa locale. Il marito, noto avvocato, assieme al suo collega di studi Louis Brandeis decise di scrivere un articolo che portasse a riflettere proprio sul «diritto ad essere lasciati in pace», a fronte dell'interesse, anche giornalistico, da parte del pubblico. Warren e Brandeis costruirono giuridicamente questo nuovo diritto attorno al concetto di inviolata personalità, "inviolate personality" e individuarono il bene più direttamente tutelato non in un vantaggio patrimoniale, ma nel "diritto di decidere se qualcosa possa essere comunicato al pubblico".
I due giuristi recuperarono il concetto di right to be let alone, coniato nel 1878 dal giudice Cooley, ma originariamente pensato nell'accezione negativa di diritto a rifiutarsi di esercitare una libertà civile.

Operazione di portata storica e profondamente innovatrice che porta all'adozione della L . 31 di cembre 1996, n. 675, poi confluita nel Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

La Corte Costituzionale riconosce il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come unico organico corpus normativo in materia di privacy, con matrice europea (sent. 271/2005) .

La collocazione sistematica della tutela dei dati personali nell'alveo dei diritti fondamentali della persona, in coerenza con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale maturata nei Paesi dell'Unione, si deve alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[2], ovvero la Carta di Nizza, che comprende il diritto alla protezione dei dati personali nel titolo II (dedicato ai diritti di libertà) all'art. 8, subito dopo la disposizione dedicata al rispetto della vita privata e familiare (art. 7).

2. Dal contraddittorio scritto al contradditorio orale

Nel momento in cui è stato programmato questo convegno la problematica del rispetto del principio del contradditorio in riferimento all'udienza telematica si poneva come una mera prospettiva de iure condendo.

Nelle more è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 30 aprile 2020 n.111[3], il decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, che nell'art. 4 (Disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa) ha ulteriormente modificato la disciplina transitoria del processo amministrativo nel periodo di emergenza dovuto al COVID-19 prevista dall'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in legge 24 aprile 2020, n. 27.

Con tale decreto legge si sono introdotte tre importanti modifiche.

In primo luogo si è prorogata sino al 31 luglio 2020 la disciplina emergenziale delle udienze del processo amministrativo - prima prevista sino al 30 giungo 2020 - disponendo che all'articolo 84, commi 3, 4, lettera e), 5, 9, e 10 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole «30 giugno 2020» sono sostituite con «31 luglio 2020".

In secondo luogo si è introdotta nel processo amministrativo, per il periodo dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020, l'udienza con la discussione orale da remoto in modalità videconferenza, al fine recuperare il valore dell'oralità, momentaneamente abbandonato dall'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, che aveva previsto che le cause andassero in decisione sulla base dei soli scritti difensivi.

Infine, il decreto legge n. 28 del 2020 ha attribuito al Presidente del Consiglio di Stato la competenza ad adottare le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico in precedenza affidata a un regolamento governativo dall'art 13, comma 1, dell'allegato 2 (norme di attuazione) al codice del processo amministrativo e attualmente contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico).

---

[2] La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), in Italia anche nota come Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione.
Con l'entrata in vigore del "Trattato di Lisbona", la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa risponde alla necessità, emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999), di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza e di fede che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione.

[3] F. D'Alessandri "*Coronavirus: con il D.L. 30 aprile 2020, n. 28 arriva l'udienza in videoconferenza nel processo amministrativo"* in "Il Quotidiano Giuridico" Wolkers Kluver, 6 maggio 2020

L'introduzione delle udienze da remoto in videoconferenza, con la partecipazione degli avvocati per consentire la discussione orale, ha avuto un iter normativo abbastanza travagliato.

Il decreto legge 8 marzo 2020 n. 11, tra le misure per contenere il contagio, aveva previsto, all'art. 3, comma 5, la possibilità in via transitoria sino al 31 maggio 2020 di tenere le udienze del processo amministrativo attraverso collegamenti da remoto, sostanzialmente tramite modalità di videoconferenza, consentendo la presenza degli avvocati delle parti, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza. Pertanto veniva garantito il contraddittorio orale e l'unico vulnus si poneva semmai per il principio di pubblicità delle udienze pubbliche, ovverosia alla possibilità del pubblico di assistervi[4].

Tale opzione è poi venuta meno con il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, che ha abrogato il precedente decreto legge n. 11/2020, riformulando le previsioni inerenti all'attività degli organi di giustizia amministrativa nel periodo di emergenza.

L'art. 84 comma 5 di tale decreto legge prevede infatti che "sino al 30 giugno 2020, *"in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati*", prevedendo pertanto una mera trattazione scritta della causa, con eliminazione della possibilità di un contraddittorio orale, eliminazione che come noto ha sollevato ampie critiche in dottrina[5].

Ed invero la soppressione della possibilità della discussione orale aveva messo profondamente in crisi il principio del contraddittorio, che contraddistingue il "processo" dal "giudizio" e costituisce regola fondamentale e "naturale" di civiltà giuridica, coerentemente enunciata dall'art. 111, co. 2, Cost. (oltre che dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza) e ribadita a chiare lettere dall'art. 2 del codice del processo amministrativo[6].

Eliminata la previsione sullo svolgimento delle udienze da remoto in videoconferenza è rimasta la sola previsione di cui al comma 6, secondo la quale il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. "Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge".

---

[4] La Corte europea ha peraltro ritenuto che alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere «altamente tecnico» del contenzioso) possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica, purché l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere «strettamente imposta dalle circostanze della causa» (ex plurimis, sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia e sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia); anche, secondo la Corte Costituzionale la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenze n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971) (in tal senso la recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, n. 2359).

[5] Su cui cfr. M.A. Sandulli, "*Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l'art. 84 del Decreto Cura-Italia*", in L'AMMINISTRATIVISTA il portale sugli appalti e i contratti pubblici, GIUFFRE'; F. Francario, "*L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa: le nuove misure straordinarie per il processo amministrativo*" in Federalismi; C. Saltelli, "*La tutela cautelare dell'art. 84 d.l. n. 18 2020*", in www.giustizia-amministrativa.it; e F. Volpe, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in www.lexitalia.it. Cfr. anche le Direttive del Presidente del Consiglio di Stato del 19 marzo, in L'AMMINISTRATIVISTA il portale sugli appalti e i contratti pubblici, GIUFFRE' con commento di M.A. Sandulli, *I primi "chiarimenti" del Presidente del Consiglio di Stato sul "Decreto Cura-Italia*; L. VIOLA, *C'è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d'antico: brevi considerazioni sull'eliminazione dell'udienza di discussione*, in LexItalia.it, n. 5/2020

[6] Sul punto, cfr. l'intervento di M. Ramajoli nel webinar del 24 aprile 2020, su "Processo amministrativo e Covid-19", coordinato da M.A. Sandulli, con interventi di F. Francario, M. Lipari, L. Maruotti, G. Montedoro, G. Morbidelli, P. Portaluri, M. Ramajoli, C. Saltelli, S. Santoro, R. Savoia, G. Severini, M. Spasiano.

In luogo dell'udienza da remoto in videconferenza, quale prevista dall'art. 3 comma 5 del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 era pertanto residuata la sola possibilità (la norma usa l'inciso "se necessario") che le camere di consiglio nelle quali i magistrati del Collegio decidono tra loro l'esito dei giudizi si tengano a distanza, con collegamento da remoto, evitando che i giudici e gli addetti di segreteria debbano recarsi fisicamente presso la sede dell'organo giudiziario.

In tale frangente, sull'importanza del contraddittorio orale quale canone fondante del processo amministrativo, che deve contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice, si è espresso il Consiglio di Stato con due ordinanze gemelle (Sez. VI, ord., 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539) il quale, in pendenza del regime previsto dall'art. 84 del decreto legge n. 18 del 2020, ha accolto in sede cautelare un'istanza di rinvio dell'udienza, presentata al fine di consentire la discussione orale della controversia, tenuto conto degli aspetti di particolare complessità e delicatezza della controversia[7].

La decisioni de quibus hanno in particolare osservato che "*l'art. 84, comma 5, del decreto legge n. 18 del 2020, vada interpretato nel senso che: ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale, allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica "acuta")*."

L'ordinanza Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2020, n. 2475 ha invece rigettato un'analoga istanza di differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale, al fine di poter discutere oralmente la controversia, ai sensi dei principi costituzionali e comunitari a presidio e garanzia del diritto di difesa. La decisione ha osservato come il differimento richiesto sia da rigettare quando lo stesso possa compromettere la ragionevole durata del giudizio cautelare e sussistano manifeste esigenze di economia processuale, potendo il decorrere del tempo privare di utilità la richiesta cautelare avanzata dall'Amministrazione**.** Al riguardo ha richiamato in sede motivazionale proprio la parte conclusiva della suindicata ordinanza del Cons. Stato, VI, 21 aprile 2020, n. 2539, che al contrario ha accolto l'istanza di rinvio.

In un'ottica de iure condendo, l'esigenza di ripristino dell'oralità era stata evidenziata anche nella nota di chiarimenti del Presidente del Consiglio di Stato del 20 aprile 2020, prot. n. 7.400, che aveva ventilato la possibilità di consentire anche nell'attuale periodo emergenziale la discussione orale delle controversie da remoto, grazie alla previsione e al perfezionamento di forme di collegamento da remoto e al loro adeguamento agli standard di sicurezza, riservatezza e stabilità, evidenziandosi peraltro al riguardo che a tal fine sarebbe utile – essendone stata fatta richiesta - una disposizione di fonte primaria che, oltre a consentire tale modalità, attribuisca la competenza a disciplinare sul piano tecnico la disciplina del PAT a una fonte flessibile e di immediata operatività, anzi che, come accade oggi, a un regolamento statale (DPCM n.40 del 2016). In tale nota il Presidente del Consiglio di Stato ha altresì evidenziato che "*la normativa tecnica dovrà attentamente valutare i profili di sicurezza e riservatezza delle comunicazioni da remoto e disciplinare la conduzione dell'udienza virtuale prevedendo e disciplinando soluzioni ad eventuali disfunzioni legate alla non efficienza o all'eventuale cattivo funzionamento del mezzo tecnologico*".

[7] A. D'URBANO e R. SANTI, *L'abolizione (temporanea?) della fase orale nel processo amministrativo per l'emergenza sanitaria. Il Consiglio di Stato (ordinanze nn. 2358 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione*, in Federalismi.it, 29 aprile 2020

I fondati dubbi di legittimità costituzionale espressi dalle due ordinanze gemelle del 21 aprile scorso della sesta sezione del Consiglio di Stato sul "contraddittorio cartolare coatto" e l'esigenza di un sollecito ritorno alla discussione orale rappresentata – in varie sedi – anche dagli avvocati amministrativisti e dalle relative associazioni e fortemente sostenuta da autorevoli esponenti dell'accademia e della magistratura[8], in un coro unanime a favore del contraddittorio orale, inducevano a confidare nell'imminenza di una "effettiva" apertura delle udienze (camerali e pubbliche) con la partecipazione delle parti in modalità da remoto.

Gli "auspici" sulla necessità di garantire il contraddittorio orale in videoconferenza sono stati, infine, recepiti nel decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, che ha reintrodotto la possibilità di assicurare, anche nel periodo di emergenza, la discussione orale delle cause trattate, mediante collegamenti da remoto in videoconferenza, in modo simile a quanto previsto per le altre magistrature. Il medesimo decreto legge ha, peraltro, disposto che le relative regole tecnico-operative vengano adottate con un decreto del Presidente del Consiglio di Stato.

Le proteste degli avvocati e l'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della normativa da parte dei giudici amministrativi hanno pertanto indotto ad un ripensamento, con il ritorno parziale allo scenario inizialmente ipotizzato dall'art. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 11/2020 e ben presto abbandonato per effetto dell'art. 84 del d.l. n. 18/2020.

In particolare l'art. 4, comma 1, del suddetto decreto legge ha, infatti, previsto che a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta dalle parti o disposta d'ufficio, in qualsiasi udienza pubblica o camerale, la discussione orale mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informativo della giustizia amministrativa e dei relativi apparati.

La discussione orale può essere chiesta dalle parti con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto.

In ogni caso il presidente può disporre anche d'ufficio con decreto la discussione orale da remoto qualora la ritenga necessaria[9].

In tutti i casi in cui venga disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali.

In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza

[8] Cfr, per tutti, ancora una volta, gli interventi nel menzionato webinar del 24 aprile e il contributo di C. Volpe, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in www.giustizia-amministrativa.it, 27 aprile 2020

[9] Il che potrebbe accadere, ad esempio, quando si ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, del c.p.a., o in camera di consiglio nell'ambito della decisione sulla domanda cautelare, qualora si intenda decidere con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a. L'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020 non lo richiede ma parte della giurisprudenza si è orientata in senso diverso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanze, 23 aprile 2020, n. 2574 e 22 aprile 2020, n. 2555, nonché T.A.R. Marche, sez. I, ordinanza, 16 aprile 2020, n. 136, in www.giustizia-amministrativa.it.).

Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto per l'udienza da remoto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge.

La disposizione in questione prevede, quindi, che sin dal 30 maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020, data di presumibile fine della disciplina di emergenza dovuta al COVID-19, divenga operativa la possibilità di tenere udienze in collegamento da remoto, con modalità di videoconferenza che consentano la discussione orale con la partecipazione degli avvocati nel rispetto del principio del contraddittorio.

3. Profili critici della nuova disciplina

Peraltro anche il disposto de quo è stato oggetto di critiche da parte della dottrina[10].

La prima critica ha investito il periodo della sua operatività, avuto riguardo alla previsione secondo la quale "*A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici*".

Si è al riguardo osservato che dal momento che il 31 luglio è indicato anche come termine del periodo emergenziale (sicché, dal 1 agosto, almeno le udienze cautelari, poter essere celebrate in presenza), pare coerente pensare che le date si riferiscano alla celebrazione delle udienze e non alla presentazione delle istanze. Ci si è allora chiesti perché il *dies a quo* sia il 30 maggio, che è un sabato e non il 1 giugno, che è un lunedì e per giunta di inizio mese, giorno peraltro normalmente non destinato alla celebrazione delle udienze, né presso il Consiglio di Stato, né presso i T.A.R.; si è pertanto osservato che il primo giorno utile di udienza potrebbe essere il mercoledì 3 giugno.

Se questa fosse l'interpretazione, nel rispetto dei termini previsti, l'istanza di discussione orale per l'udienza di merito dovrebbe essere depositata entro il 13 maggio 2020 (20 giorni liberi prima del 3 giugno per il deposito delle memorie di replica, ex art. 73, comma 1, del c.p.a.) o entro il 23 maggio per i riti camerali e per quelli abbreviati (10 giorni liberi prima del 3 giugno per il deposito delle memorie di replica, ex artt. 73, comma 1, 87, commi 2 e 3, e 119, comma 2, del c.p.a.). Per l'udienza cautelare in camera di consiglio, invece, entro il 28 maggio 2020 (5 giorni liberi prima del 3 giugno).

Per contro se il termine fosse riferito alla presentazione dell'istanza, la possibilità di celebrare udienze con discussione orale sarebbe ulteriormente dilazionata (di 5 giorni per le udienze cautelari e di 10 o addirittura 20 giorni per quelle di merito).

---

[10] M.A. Sandulli Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo, in L'AMMINISTRATIVISTA il portale sugli appalti e i contratti pubblici, GIUFFRE'; Analogamente, F. Volpe," Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo, in lexitalia, 2 maggio 2020; Volpe C., Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione? In www.giustizia-amministrativa.it; C. CACCIAVILLANI, Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, in Giustamm.it, n. 5-2020; N. PAOLANTONIO, Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell'emergenza (nessuno tocchi la discussione orale), in Giustamm.it, n. 5-2020; F. SAITTA, Da Palazzo Spada un ragionevole no al «contradditorio cartolare coatto» in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un'oralità…a discrezione del presidente del collegio, in Federalismi.it, 5 maggio 2020; G. STRAZZA, L'emergenza Covid-19 e la sospensione (incerta) dei termini dei procedimenti e del processo amministrativo, in L'amministrativista, maggio 2020; G. VELTRI, Il processo amministrativo. L'oralità e le sue modalità in fase emergenziale: "tutto andrà bene", in www.giustizia-amministrativa.it;

In tale ipotesi la prima udienza di merito utile per potere discutere oralmente da remoto sarebbe quella del 20 giugno 2020 (20 giorni liberi dal 30 maggio) o del 10 giugno per i riti camerali e per quelli abbreviati (10 giorni liberi dal 30 maggio). Mentre la prima udienza cautelare in camera di consiglio utile ai medesimi fini sarebbe quella del 5 giugno (5 giorni liberi dal 30 maggio).

Tra le due soluzioni si dovrebbe propendere per la prima, più rispettosa dei principi di effettività e del giusto processo cui si è inteso dare attuazione con l'art. 4 del d.l. n. 28/2020, tenuto altresì conto del periodo maggiore di applicazione rispetto alla seconda soluzione. In tale ottica la nuova normativa produce già effetti dal 13 maggio 2020 con riguardo alle udienze di merito del 3 giugno successivo.

Si è inoltre osservato come il riferimento alla circostanza che l'istanza possa essere accolta de plano solo qualora sia presentata congiuntamente da tutte le parti costituite sollevi, a prima lettura, rilevanti questioni di ordine sostanziale e procedimentale.

Sul piano sostanziale ci si è chiesti come - premesso che la discussione è momento fondamentale del contraddittorio non soltanto per una interlocuzione diretta col giudice, ma anche per consentire un effettivo diritto di replica alle difese delle altre parti - possa essere effettivamente garantito un contraddittorio che vede prevalere la posizione di chi vieta alle altre parti di esercitare un loro diritto, prevedendo addirittura la possibilità di opposizione all'istanza della parte che voglia discutere oralmente la causa.

Sul piano procedimentale ci si è chiesti cosa voglia dire "congiuntamente", osservando come non si possa pensare che la richiesta debba essere unica/contestuale (complicazione evidentemente inutile) e si debba dunque più logicamente ritenere che essa debba essere semplicemente concorde/condivisa da tutte le parti costituite.

"Negli altri casi – si legge nel quarto periodo – il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto".

Pertanto si è osservato come le parti non interessate o contrarie alla discussione orale (le "*altre parti*") possono (oltre a non presentare la relativa istanza) rappresentare la propria impossibilità di partecipare all'udienza (circostanza che, a regime, può determinare un rinvio se il presidente lo accorda), o anche semplicemente "opporsi" a che l'istante o gli istanti discutano.

La tendenza potrà essere verosimilmente quella di ammettere, a tutela del diritto di difesa e per evitare impugnazioni delle decisioni emesse dai giudici di primo grado per profili di lesione del contraddittorio, la discussione in ogni caso in cui sia presentata l'istanza, anche in presenza di opposizioni, a meno che non si ritenga che gli atti e gli scritti siano di per sé del tutto esaustivi ai fini della decisione finale.

Altra soluzione rispettosa del diritto al contradditorio, laddove l'opposizione verta proprio sulle modalità della celebrazione dell'udienza "da remoto", anche per profili inerenti la disciplina della protezione dei dati personali, potrebbe essere quella del rinvio della causa a data successiva al 31 luglio 2020, al fine di consentire l'esercizio del diritto di difesa in un'udienza "in presenza"; questo ovviamente sempre che non debba intendersi prevalente l'interesse della parte istante alla celere definizione del giudizio, specie se si verta in fase cautelare.

In alternativa alla discussione, quindi sia se non è stata chiesta, sia se chiesta non è stata concessa dal presidente o viene rinunciata, la legge attribuisce due facoltà, a loro volta alternative, da esercitare fino alle ore 9, e non oltre, del giorno dell'udienza (art. 4, comma 1, nono periodo, del d.l. n. 28/2020):

a) depositare note di udienza;

b) depositare richiesta di passaggio in decisione.

In entrambe tali ipotesi il difensore va "considerato presente a ogni effetto in udienza".

A questo punto non è chiaro se tali note di udienza si aggiungano o meno alle "brevi note" che "le parti hanno facoltà di presentare…sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione", ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, previste nel "processo cartolare coatto" senza la discussione orale.

Dovrebbe peraltro ritenersi che la possibilità di presentare le note sino alle ore 9,00 del giorno di udienza sia riservato all'ipotesi in cui non tutte le parti abbiano chiesto la celebrazione dell'udienza da remoto ed il presidente abbia rigettato l'istanza, dovendosi in tale ipotesi attendere la comunicazione della segreteria circa l'esito dell'istanza, destinata ad intervenire "almeno il giorno prima" dell'udienza – da ciò l'esigenza del deposito sino alle ore 9,00 del giorno di udienza - laddove, ove nessuna delle parti abbia chiesto la discussione, la possibilità di presentare brevi note dovrebbe essere esercitata sino a due giorni liberi della data fissata per l'udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 84 comma 5 d.l. 18/2020, convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Nell'ipotesi in cui per contro tutte le parti abbiano chiesto la discussione orale l'accoglimento dell'istanza avverrà de plano, ai sensi del disposto dell'art. 4 comma 1 del d.l. 18/2020, laddove prevede "*L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite per cui non dovrebbe esservi spazio per note di udienza da depositare "in alternativa alla discussione*".

4. Il decreto del presidente del Consiglio di Stato[11]

Il legislatore italiano, nell'introdurre il processo amministrativo telematico, ha scelto di demandare alla fonte regolamentare la disciplina delle regole tecnico-operative del nuovo processo digitale e, conseguentemente, nell'art. 13, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo ha previsto che "con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e il DigitPA, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, le regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l'aggiornamento del processo amministrativo telematico, tenendo conto delle esigenze di flessibilità e di continuo adeguamento delle regole informatiche alle peculiarità del processo amministrativo, della sua organizzazione e alla tipologia di provvedimenti giurisdizionali".

L'opzione per la fonte regolamentare è stata giustificata, nella stessa Relazione di accompagnamento al codice del processo amministrativo, dalla necessità di assicurare i due requisiti della flessibilità e tempestività di adattamento alle novità tecnologiche, che non potevano essere garantiti dalla fonte legislativa, in un contesto caratterizzato da una forte tecnicità e da una rapida obsolescenza dei sistemi, analogamente a quanto avvenuto con il d.m. 17 luglio 2008 che ha fissato le regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile.

Le norme tecnico-operative del processo amministrativo telematico sono, infatti, attualmente contenute nel d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico), la cui modifica richiede l'adozione di una fonte di uguale rango normativo, ovverosia di una norma regolamentare da emanarsi nel rispetto delle relative procedure di legge.

In materia di processo telematico, tuttavia, a volte le esigenze di celerità e flessibilità sono talmente sentite da adattarsi difficilmente allo stesso iter procedimentale necessario per l'adozione di una norma regolamentare, che richiede un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Dette esigenze sono state avvertite proprio in questo periodo di emergenza e sono pertanto alla base della scelta operata dal d.l. n. 28/2020 di disciplinare in tempi rapidissimi le udienze in videoconferenza in contraddittorio tra le parti. In tal senso la fonte regolamentare statale, per quanto maggiormente "agile" rispetto alla fonte legislativa, non poteva invero considerarsi tempestiva.

[11] Sul punto F. D'Alessandri "*Coronavirus: con il D.L. 30 aprile 2020, n. 28 arriva l'udienza in videoconferenza nel processo amministrativo*" cit.; Volpe C., *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?* In www.giustizia-amministrativa.it

Anche nella nota di chiarimenti del Presidente del Coniglio del 20 aprile 2020, prot. n. 7400 era stata pertanto ventilata l'opportunità che una fonte primaria attribuisse la competenza a disciplinare sul piano tecnico il processo amministrativo telematico a una fonte normativa flessibile e di immediata operatività, in grado di disciplinare le modalità di svolgimento dell'udienza tramite collegamento a distanza, prendendo in esame anche gli importanti aspetti legati alla sicurezza e riservatezza delle comunicazioni, nonché le soluzioni in caso di malfunzionamento del mezzo tecnologico.

D'altra parte, come già indicato, in altre magistrature come la Corte dei conti e la magistratura ordinaria, la disciplina delle regole tecniche del processo telematico è demandata a fonti normative di rango inferiore rispetto al regolamento statale e riconducibile ad atti degli organi di vertice delle medesime istituzioni.

In tale direzione si è mosso il d.l. n. 28/2020 che ha demandato al Presidente del Consiglio di Stato la generale competenza ad adottare le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico, con effetto abrogativo del d.P.C.M. n.40 del 2016.

In particolare, l'art. 4, comma 2, del d.l. n. 28 del 2020, ha sostituito l'art. 13, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, prevedendo che le regole tecnico-operative del processo amministrativo telematico siano adottate "con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto".

La disciplina delle regole tecniche del processo amministrativo cambia, quindi, fonte normativa. Ciò sia per quanto riguarda la modifica dell'esistente, che per quanto concerne gli sviluppi futuri, essendo indicato che le regole tecnico-operative riguardano "*la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, anche relativamente ai procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario*".

E', infatti, anche previsto l'effetto abrogativo della normativa preesistente di fonte regolamentare. In particolare, l'art. 4, comma 3, del medesimo d.l. n. 28/2020 ha stabilito che "*a decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo decreto adottato dal Presidente del Consiglio di Stato*" è abrogato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2016, n. 40.

Peraltro si evidenzia che, per quanto l'attuale fonte normativa sia più agile, l'adozione in tempi utili per il 30 maggio 2020 della normativa tecnico-operativa per rendere operativa l'udienza in videoconferenza, evidenzi una tempistica particolarmente stringente e non perfettamente in linea con quella dettata dalla procedura del comma 2 dell'art. 4 in questione, che prevede un termine di trenta giorni per l'acquisizione del parere del Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge sullo schema di decreto (tra cui senza dubbio il Garante per la protezione dei dati personali) .

5. La discussione orale e la tutela dei dati personali.

La discussione è disciplinata dall'art. 4, comma 1, settimo e ottavo periodo, del d.l. n. 28/2020.

Il settimo periodo prevede in particolare che della discussione va redatto verbale in cui si deve dare atto "delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali", mentre ai sensi dell'ottavo periodo "Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge".

Dal settimo periodo emerge in particolare come il legislatore si sia posto il problema dell'applicabilità della disciplina in materia di tutela dei dati personali di cui al Regolamento (UE) 679/2016 e al d.lgs. 30 giugno

2003, n. 196, come novellato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101[12], ritenendo necessario il consenso per il trattamento dei dati personali connessi alla celebrazione dell'udienza da remoto, consenso rispetto al quale dovrebbe darsi atto a verbale[13].

La chiara dizione legislativa sembra pertanto orientata nel senso che la base giuridica per il trattamento dei dati personali connessi alla celebrazione dell'udienza da remoto – ovvero dei dati personali dei difensori e delle parti che agiscono in proprio – sia quella del consenso, di cui all'art. 6 comma 1 lett. a) e art. 7 del Regolamento (UE) 679/2016, noto anche come GDPR.

Gli interrogativi che si pongono in ordine ai profili della protezione dei dati personali riguardano almeno tre profili ovvero:

a) L'adeguatezza della base giuridica indicata dal legislatore per il trattamento dei dati personali, ovvero il consenso di cui all'art. 6 comma 1 lett. a) e art. 7 del GDPR;
b) I trattamenti dei dati personali in relazione ai quali i difensori devono rendere il loro consenso, problematica connessa anche a quella dell'ammissibilità della registrazione delle udienze da remoto;
c) Le forme di manifestazione del consenso ad opera degli interessati.

Quanto al primo profilo occorre osservare che la liceità del trattamento dei dati personali, prevista dall'art. 5 comma 1 lett. a) del GDPR, richiede il consenso dell'interessato o un'altra base legittima prevista dalla legislazione in materia di protezione dei dati.

L'art. 6, paragrafo 1, del GDPR prevede al riguardo, oltre al consenso, ulteriori legittimi presupposti per il trattamento dei dati, ovvero che il trattamento dei dati personali sia necessario per l'esecuzione di un contratto, per adempiere un obbligo legale, per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, per l'esecuzione di un compito connesso all'esercizio di pubblici poteri, per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi e i diritti fondamentali dell'interessato che richiedano la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

Per le categorie particolari di dati (i vecchi dati sensibili) di cui all'art. 9 del GDPR, rispetto ai quali il trattamento è generalmente vietato, la base giuridica è disciplinata dal medesimo art. 9 ed in particolare dal comma 2 che individua le ipotesi in cui il trattamento dei dati personali è consentito (fra le quali figura del pari il consenso ai sensi dell'art. 9 comma 2 lett a).

Le perplessità in ordine all'adeguatezza della base giuridica del consenso che appare *claris verbis* prescelta dal legislatore, dipendono dalla disciplina stessa del consenso, quale recata dal GDPR, nonché nell'interpretazione che a tale disciplina è stata data, anche di recente[14], dal Comitato Europeo per la

[12] Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE

[13] In tal senso C Volpe C., "*Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*" In www.giustizia-amministrativa.it

[14] Linee guida 05/2020 sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679 Versione 1.0 Adottate il 4 maggio 2020

protezione dei dati[15] ed in precedenza[16] dal gruppo di lavoro “articolo 29”[17], cui è subentrato il citato Comitato Europeo.

Al riguardo si evidenzia che le Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679 Versione 1.0 adottate il 4 maggio 2020, costituiscono una versione aggiornata Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679 (WP259.01) del gruppo di lavoro "articolo 29” del 10 aprile 2018, approvate dal Consiglio europeo per la protezione dei dati nella sua prima riunione plenaria.

Le nuove Linee Guida in particolare sono intervenute in relazione a due problematiche, ovvero quella sulla validità del consenso fornito dall'interessato quando interagisce con i cosiddetti "cookie walls" e quella sulla configurabilità di un valido consenso a mezzo dello scrolling, reiterando per il resto i concetti già espressi con le precedenti Linee Guida.

Tralasciando di considerare questi due aspetti specifici, occorre evidenziare come ai sensi delle cennate Linee Guida “*Il consenso rimane una delle sei basi legali per il trattamento dei dati personali, come elencato all'articolo 6 del GDPR. Quando inizia un'attività che comporta il trattamento di dati personali, il titolare del trattamento deve sempre prendere tempo per valutare quale sarebbe il fondamento giuridico appropriato per il trattamento previsto.*

In generale, il consenso può essere una base legale appropriata solo se all'interessato viene offerto il controllo e gli viene offerta una scelta reale per quanto riguarda l'accettazione o la declinazione dei termini offerti o la declinazione senza pregiudizio. Quando chiede il consenso, il titolare del trattamento ha il dovere di valutare se soddisferà tutti i requisiti per ottenere un valido consenso”.

Il ruolo cruciale del consenso è sottolineato dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'ottenimento del consenso non annulla o in alcun modo riduce gli obblighi del titolare del trattamento di osservare i principi di trattamento sanciti dal GDPR, in particolare l'articolo 5 del GDPR per quanto riguarda l'equità, la necessità e la proporzionalità, nonché la qualità dei dati. Anche se il trattamento dei dati personali si basa sul consenso dell'interessato, ciò non legittimerebbe la raccolta di dati, non necessari in relazione a uno scopo specifico del trattamento e sarebbe fondamentalmente ingiusto[18].

L'articolo 4, paragrafo 11, del GDPR definisce il consenso come: "*qualsiasi indicazione libera, specifica, informata e inequivocabile della volontà dell'interessato con la quale egli, con una dichiarazione o con una chiara azione affermativa, esprime il consenso al trattamento dei dati personali che lo riguardano*".

[15] Organismo dell’UE incaricato dell’applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati a partire dal 25 maggio 2018. È composto dal responsabile di ciascuna autorità per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati o dai loro rappresentanti. La Commissione europea partecipa alle riunioni del comitato senza diritto di voto. Spetta al Comitato garantire che la legislazione sulla protezione dei dati sia applicata in modo coerente in tutta l’UE e assicurerà una cooperazione efficace tra le autorità per la protezione dei dati, non solo pubblicando linee guida sull’interpretazione dei concetti fondamentali del GDPR, ma anche a pronunciandosi mediante decisioni vincolanti sulle controversie relative al trattamento transfrontaliero, garantendo in tal modo un’applicazione uniforme delle norme unionali per evitare che lo stesso caso possa essere trattato in modo diverso nelle diverse giurisdizioni (cfr. artt. 63/76 e Considerando 135/140 del GDPR).

[16] Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679 (WP259.01) del gruppo di lavoro "articolo 29” del 10 aprile 2018, approvate dal Consiglio europeo per la protezione dei dati (di seguito "EDPB") nella sua prima riunione plenaria.

[17] Era il gruppo di lavoro comune della autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati, ovvero un organismo consultivo indipendente, composto da un rappresentante della varie autorità nazionali, dal Garante europeo della protezione dei dati e da un rappresentante della Commissione.

[18] Si veda anche il parere 15/2011 del gruppo di lavoro "articolo 29” sulla definizione di consenso (WP 187) e l'articolo 5 GDPR.

Il GDPR fornisce ulteriori indicazioni all'articolo 7 e ai considerando 32, 33, 42 e 43 sul modo in cui il titolare del trattamento deve agire per rispettare gli elementi principali del requisito del consenso.

L'articolo 4, paragrafo 11, del GDPR stabilisce che per consenso dell'interessato si intende qualsiasi consenso:

· liberamente dato,

· specifico,

· informato e

· l'indicazione inequivocabile della volontà dell'interessato con la quale egli, con una dichiarazione o con una chiara azione affermativa, esprime il consenso al trattamento dei dati personali che lo riguardano.

Come osservato nelle ultime Linee Guida l'elemento "libero" implica una vera e propria scelta e controllo per gli interessati. Come regola generale, il GDPR prescrive che se l'interessato non ha una reale scelta, si sente obbligato a dare il proprio consenso o subirà conseguenze negative se non dà il proprio consenso, allora il consenso non sarà valido. In particolare il GDPR prende in considerazione la possibilità di esclusione della libertà del consenso, ai sensi dall'art. 7 paragrafo 4, nell'ipotesi in cui per la mancata prestazione del consenso l'interessato subisce un pregiudizio, in termini di impossibilità di accedere ad un servizio o ad una prestazione in relazione ai dati personali non necessari per l'esecuzione del contratto (peraltro ove i dati personali fossero necessari per l'esecuzione del contratto la base giuridica sarebbe quella di cui all'art. 6 lett. b)), nonché le ipotesi di squilibrio tra il titolare del trattamento e l'interessato.

In particolare il considerando 43[19] indica chiaramente che è improbabile che le autorità pubbliche possano fare affidamento sul consenso per il trattamento in quanto, quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica, vi è spesso un evidente squilibrio di potere nel rapporto tra il titolare del trattamento e l'interessato. È inoltre chiaro che nella maggior parte dei casi l'interessato non avrà alternative realistiche all'accettazione del trattamento (termini) di tale titolare del trattamento. Il Comitato Europeo per la protezione dei dati ha a tal riguardo ritenuto che vi siano altre basi giuridiche che, in linea di principio, sono più adeguate all'attività delle autorità pubbliche[20].

Uno squilibrio di potere si verifica anche nel contesto lavorativo[21]. Infatti, in considerazione della dipendenza che deriva dal rapporto di lavoro, è improbabile che l'interessato possa negare il consenso del suo datore di lavoro al trattamento dei dati senza provare il timore o il rischio reale di effetti pregiudizievoli a seguito di un rifiuto. È improbabile che un dipendente possa rispondere liberamente a una richiesta di consenso del suo datore di lavoro per attivare, ad esempio, sistemi di monitoraggio come l'osservazione con telecamera sul posto di lavoro, o compilare moduli di valutazione, senza sentire alcuna pressione per il consenso. Pertanto, il Comitato Europeo ha ritenuto che sia problematico per i datori di lavoro trattare i dati personali dei dipendenti attuali o futuri sulla base del consenso, in quanto sarebbe improbabile che vengano forniti liberamente. Per la maggior parte di tali trattamenti di dati sul lavoro, la base legale non può e non deve pertanto essere il consenso dei dipendenti (articolo 6, paragrafo 1, lettera a), a causa della natura del rapporto tra datore di lavoro e dipendente.

[19] "Per garantire che il consenso sia dato liberamente, il consenso non dovrebbe fornire un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico in cui vi sia un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, in particolare quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica ed è quindi improbabile che il consenso sia stato dato liberamente in tutte le circostanze di quella specifica situazione. (...)".

[20] Articolo 6 del GDPR, in particolare i paragrafi 1c) "Il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento" e 1 e), ovvero "il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento".

[21] Si veda anche l'articolo 88 del GDPR, in cui si sottolinea la necessità di tutelare gli interessi specifici dei lavoratori dipendenti e si crea la possibilità di deroghe nel diritto degli Stati membri. Cfr. anche il considerando 155.

Nelle citate Linee Guida si è al riguardo evidenziato come peraltro possano esservi situazioni in cui il datore di lavoro può dimostrare che il consenso è effettivamente dato liberamente. Dato lo squilibrio di potere tra un datore di lavoro e il suo personale, i dipendenti possono dare il loro libero consenso solo in circostanze eccezionali, quando ciò non avrà alcuna conseguenza negativa, sia che diano o meno il loro consenso[22] [23].

Proprio avendo riguardo a questi principi e all'impossibilità di configurare un libero consenso nei confronti del datore di lavoro – specie se autorità pubblica – nell'informativa relativa al trattamento dei dati personali dipendenti dalla connessione con la piattaforma MICROSOFT Teams ai fini della celebrazione della camera di consiglio da remoto da parte dei magistrati, ai sensi dell'art. 84 comma 6 del d.l. 18/2020, si è indicata come base giuridica del trattamento l' art. 6, par. 1, lett. e), GDPR in relazione agli artt. 23 GDPR, 2-duodecies, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e 84 comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ovvero l'esercizio di un pubblico potere, essendo il trattamento dei dati personali connessi alla celebrazione della camera di consiglio da remoto – ferma restando la mancata previsione di una piattaforma ex lege vincolante per la celebrazione della camera di consiglio da remoto, da individuarsi peraltro fra quelle in uso presso la Giustizia Amministrativa, fra cui la piattaforma MICROSOFT Teams – necessario per l'esercizio della funzione giurisdizionale legata al momento decisorio, considerato il carattere collegiale delle decisioni del giudice amministrativo.

Pertanto anche in relazione alla celebrazione delle udienze da remoto con gli avvocati, pur non venendo in rilievo un rapporto di lavoro dipendente, avuto riguardo alla circostanza che il titolare del trattamento, ovvero il Consiglio di Stato – Tribunali Amministrativi Regionali, è un'autorità pubblica che agisce nell'esercizio di un pubblico potere – ovvero per l'esplicazione della funzione giurisdizionale – e che comunque è tenuta ad assicurare l'adempimento di un obbligo legale – ovvero l'esercizio del diritto al contraddittorio orale, quale configurato nella disciplina dell'art. 4 del d.l. 28/2020 – avrebbe dovuto rinvenirsi una base giuridica più appropriata. Ciò anche in considerazione della circostanza che il consenso non potrebbe intendersi liberamente dato, dovendo l'accesso alla piattaforma per la celebrazione dell'udienza da remoto, con il connesso trattamento dei dati personali, intendersi necessitato ai fini dell'esercizio del diritto al contradditorio orale nel periodo emergenziale.

La seconda problematica è, come segnalato, relativa alla tipologia di trattamenti di dati personali in relazione ai quali gli interessati – ovvero gli avvocati o le parti che agiscano in proprio – debbano rendere il proprio consenso (essendo questa la base giuridica del trattamento indicata dal legislatore).

Al riguardo occorre in primo luogo fare riferimento alla definizione di dato personale e di trattamento contenuta nel GDPR.

Per dato personale, ai sensi dell'art. 4, n. 1, GDPR si intende qualsiasi informazione riguardante un interessato, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

Per trattamento, ai sensi dell'art. 4 n. 2 G.D.P.R. «qualunque operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insieme di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra

[22] Cfr. anche il parere 2/2017 sul trattamento dei dati sul lavoro (WP249), paragrafo 6.2.

[23] Esempio: una troupe cinematografica sta per girare in una certa parte di un ufficio. Il datore di lavoro chiede a tutti i dipendenti che siedono in quell'area il loro consenso per essere filmati, in quanto possono apparire sullo sfondo del video. Coloro che non vogliono essere ripresi non sono penalizzati in alcun modo, ma ricevono una postazione equivalente in un punto dell'edificio per tutta la durata delle riprese.

forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

Al riguardo una prima indicazione si evince già dal dettato legislativo, ovvero dall'art. 4 comma 1°, settimo periodo, laddove prevede che della discussione va redatto verbale in cui si deve dare atto "delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali".

Pertanto, ove necessario ai fini dell'identificazione degli interessati – ove non noti all'Ufficio giudiziario – può essere richiesta l'esibizione di documento di riconoscimento. Sebbene trattasi di modalità "più invasiva" della privacy dei soggetti interessati rispetto a quella resa necessaria in un'udienza "fisica", dovendo l'esibizione del documento presumibilmente avvenire tramite la condivisione "in diretta" sulla piattaforma del documento di riconoscimento, ovvero tramite il suo avvicinamento allo schermo (documento reso così visibile a tutti i partecipanti all'udienza e non al solo segretario di udienza), nell'ottica del principio di minimizzazione del trattamento dei dati personali, quale codificata dall'art. 5 comma 1 lett. c), secondo il quale i dati personali sono adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alla finalità per le quali sono trattati, l'esibizione dovrebbe essere funzionale alla semplice identificazione dell'interessato, quale soggetto legittimato a presenziare all'udienza, dovendosi per contro escludere l'annotazione a verbale di udienza degli estremi del documento di riconoscimento; pertanto l'annotazione dovrà riguardare semplicemente le modalità dell'identificazione.

Un'ulteriore tipologia di dati personali oggetto di trattamento è quella relativa alla connessione da remoto con la piattaforma telematica prescelta dalla Giustizia Amministrativa.

Al riguardo infatti la scelta della piattaforma non potrà che essere rimessa alla Giustizia Amministrativa, avuto tra l'altro riguardo alla previsione contenuta nel medesimo art. 4 del d.l. 28/2020, laddove precisa che il collegamento da remoto dovrà avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici.

Pertanto verosimilmente il collegamento non potrà che avvenire attraverso una piattaforma, già utilizzata dalla Giustizia Amministrativa, la cui sicurezza sia già stata testata, ed in relazione al quale l'internet service provider abbia assunto un obbligo contrattuale con la Giustizia Amministrativa di assicurare i servizi con determinati standard di sicurezza e di rispetto della normativa in tema di trattamento dei dati personali, in forza di licenze di utilizzo dalla stessa acquistate.

La circostanza che il collegamento debba avvenire tramite la piattaforma prescelta dalla Giustizia Amministrativa, presumibilmente con l'invio di un link di collegamento, senza pertanto la necessità di scaricare autonomamente il programma e senza che agli interessati sia data altra scelta, deve portare a ritenere come non si instauri un rapporto diretto tra gli interessati ed il cloud service provider prescelto dalla Giustizia Amministrativa, che possa esentare la Giustizia Amministrativa dall'applicazione della normativa in materia di tutela dei dati personali.

Pertanto si deve ritenere che gli interessati debbano prestare il consenso anche in ordine al trattamento dei dati personali dipendenti dalla connessione con la piattaforma prescelta dalla Giustizia Amministrativa, il cui utilizzo avvenga in forza di licenze di utilizzo acquistate dalla medesima Giustizia Amministrativa, con la conseguenza che il relativo service provider dovrà ritenersi responsabile (esterno) del trattamento dei dati; ne discende che l'obbligo di informativa gravante sul titolare del trattamento ai sensi dell'art. 13 e 14 del GDPR, non potrà che essere riferito anche a tale tipologia di trattamento, ovvero ai dati personali che vengono trattati dal service provider ai fini del collegamento da remoto.

Il consenso infatti per essere valido deve essere un consenso informato ai sensi degli artt. 4 n. 11, 12,13 e 14 GDPR.

Particolari attenzioni dovranno essere riposte nella scelta della piattaforma per il collegamento in videoconferenza, ai fini del rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali che dovrebbe:

a) garantire il rispetto della sicurezza delle comunicazioni attraverso sistemi di crittografia del traffico dati;

b) imporre l'autenticazione a livello di gruppo di utenti e a livello di organizzazione in modo da potere controllare gli accessi;

c) procedere al trattamento dei dati personali nel rispetto delle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679.

Un ulteriore problematica che si pone è quella dell'ammissibilità o meno della registrazione delle udienze da remoto.

Ed invero detta possibilità dovrebbe escludersi nell'ottica del principio di minimizzazione del trattamento dei dati, quale prevista dall'art. 5comma 1 lett. c del GDPR che prevede che i dati personali debbano essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alla finalità per le quali sono trattati, avuto riguardo alla finalità del collegamento, che è quella di permettere agli interessati il collegamento da remoto ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, nel rispetto del principio del contraddittorio, finalità cui è sottesa la previsione dell'art. 4 d.l. n. 28/2020.

La registrazione pertanto poggerebbe su una finalità ultronea – che dovrebbe peraltro essere previamente individuata - rispetto a quella cui è connesso il collegamento da remoto, con la conseguenza che in ogni caso per disporre la medesima dovrebbe acquisirsi un ulteriore consenso degli interessati, distinto da quello cui è sotteso il collegamento da remoto.

Ed invero il considerando 32 recita: "Il consenso deve riguardare tutte le attività di trattamento effettuate per la stessa finalità o le stesse finalità. Quando il trattamento ha molteplici finalità, il consenso deve essere dato per tutte".

Ad esempio in relazione alla registrazione del presente convegno si è richiesto il consenso anche per la registrazione, ma la finalità del trattamento è la medesima sia per la connessione da remoto che per la registrazione, ovvero la finalità didattica, al fine di rendere fruibile le relazione ad una vasta platea di magistrati.

Come evidenziato nelle cennate Linee Guida sul consenso del Comitato Europeo per la protezione dei dati, adottate il 4 maggio scorso, "Se il titolare del trattamento ha confuso più scopi per il trattamento e non ha tentato di chiedere un consenso separato per ogni scopo, vi è una mancanza di libertà. Questa granularità è strettamente correlata alla necessità che il consenso sia specifico" … "Quando il trattamento dei dati viene effettuato per il perseguimento di più finalità, la soluzione per soddisfare le condizioni di un valido consenso risiede nella granularità, ovvero nella separazione di tali finalità e nell'ottenimento del consenso per ciascuna di esse".

Per il principio di limitazione delle finalità di cui all'art. 5 lett. b) del GDPR infatti ogni trattamento deve fondarsi su una finalità specifica, con la conseguenza che il consenso deve essere reso in riferimento alla specifica finalità predeterminata.

E' inoltre vero che il c.p.a prevede la possibilità della riprese audiovisive delle trattazioni in pubblica udienza all'art. 12 comma 3 delle disposizione di attuazione, ma lo stesso si limita a rinviare al disposto dell'art. 147 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, il quale a sua volta la prevede per finalità di cronaca giudiziaria e subordinatamente al consenso degli interessati, potendosi prescindere dal consenso solamente nelle ipotesi in cui ci sia un interesse sociale particolarmente rilevante

alla conoscenza del dibattimento (ma anche in tale ipotesi non può essere autorizzata la ripresa per immagini se gli interessati non vi consentano).

Ne consegue che la registrazione prevista dall'art. 12 delle disposizioni di attuazione del c.p.a. in quanto fondata su una finalità ultronea rispetto a quella della trattazione dell'udienza, non potrebbe essere in ogni caso disposta per perseguire un interesse del titolare del trattamento.

Infine in ogni caso, anche a rinvenire un'ulteriore finalità legittima della registrazione, gli avvocati non potrebbero consentire ad un trattamento di dati personali che riguardano terze persone, ovvero i soggetti da essi patrocinati, i cui dati personali potrebbero venire in rilievo nella discussione e il cui trattamento è legittimo nell'esercizio della "normale" funzione giurisdizionale, ai sensi dell'art. 6 comma 1 lett. e) e dell'art. 9 comma 2 lett. f) del GDPR, secondo la disciplina recata da ciascun ordinamento processuale, ed in particolare per quanto concerne la giurisdizione amministrativa, alle condizioni recate dal c.p.a. e dal d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

La registrazione inoltre comporta, almeno sino a quanto la stessa non venga eliminata dal proprietario della registrazione, ovvero dal titolare del trattamento, la conservazione dei dati e pertanto anche del contenuto delle discussioni orali, nei quali potrebbero esservi riferimenti a dati relativi a condanne penali e reati, di cui all'art. 10 del GDPR, sui data center del service provider; tale circostanza può comportare ulteriori problematiche ove, pur essendo il data center situato in territorio europeo, il service provider sia comunque soggetto alla giurisdizione statunitense e pertanto al CLOUD Act, con la conseguente irrilevanza, sia pure nel senso di seguito precisato, dell'area geografica in cui sono archiviati i dati.

Ed invero il Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act, noto anche come CLOUD Act, promulgato da parte del Congresso degli Stati Uniti, in data 23 marzo del 2018, consente alle autorità statunitensi, forze dell'ordine e agenzie di intelligence di acquisire dati informatici dagli operatori di servizi di cloud computing, a prescindere dal posto dove questi dati si trovano; quindi anche se sono su server fuori dagli Usa. La sola condizione è che questi operatori siano sottoposti alla giurisdizione degli Stati Uniti.

E' pertanto sufficiente che tali provider siano subordinati alla sovranità statunitense, e che esercitino il controllo sui dati informatici richiesti, per vincolarli al rispetto della pretesa. E' stata prevista, inoltre, la possibilità di stipulare accordi esecutivi tra Stati esteri e Stati Uniti per consentire ai fornitori di servizi statunitensi di rispondere a determinati ordini stranieri che chiedono accesso ai dati delle comunicazioni.

Si evidenzia come le problematiche relative all'impatto sulla privacy del Cloud ACT e alla sua compatibilità con il G.D.P.R. siano tuttora aperte e come le stesse investano da un lato il rapporto tra gli Stati Uniti e la U.E. – tanto che il Cloud ACT è stato considerato come la risposta degli Stati Uniti al GDPR- dall'altro il rapporto fra gli Stati Uniti e i singoli Stati membri.

Il Comitato europeo per la protezione dei dati nella sessione plenaria del 9 e 10 luglio 2019 ha adottato una risposta congiunta con il GEPD – ovvero il Garante Europeo della protezione dati - alla richiesta formulata dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo (LIBE) di una valutazione giuridica dell'impatto del CLOUD Act statunitense sul quadro giuridico dell'UE in materia di protezione dei dati e del mandato per la negoziazione di un accordo UE-USA sull'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche per la cooperazione giudiziaria in materia penale.

Il Comitato europeo per la protezione dei dati e il GEPD hanno sottolineato che un accordo globale tra l'UE e gli Stati Uniti in materia di accesso transfrontaliero alle prove elettroniche, contenente solide garanzie procedurali e sostanziali per i diritti fondamentali, sia lo strumento più adeguato per garantire il necessario livello di protezione delle persone nell'UE e la certezza del diritto per le imprese.

Gli stessi, preoccupati dell'impatto che il CLOUDE Act può avere sul contesto europeo in termini di rispetto della normativa privacy, soprattutto in relazione al possibile contrasto con quanto previsto dall'art. 48 del

GDPR, hanno ritenuto che solo in determinate e circoscritte ipotesi il governo U.S.A. potrà avvalersi dello Stored Communications Act, in relazione a cloud service provider siti in territorio europeo, ciò in primo luogo perché il CLOUDE Act non istaura una giurisdizione U.S.A. ove non sia già presente, ed in secondo luogo perché l'art. 48 del GDPR dichiara espressamente che i provvedimenti giurisdizionali o le decisioni di un'autorità amministrativa di un paese terzo che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali possono essere riconosciute o assumere carattere esecutivo solo in presenza di un accordo internazionale o un trattato di mutua assistenza giudiziaria, per cui un'ordinanza Store Communication Act non sarà automaticamente riconosciuta ed applicata in territorio europeo a meno che non venga effettuata ai sensi del trattato di mutua assistenza giudiziaria.

A prescindere da tali assorbenti rilievi, allo stato, in mancanza di tale accordo globale tra l'UE e gli Stati Uniti o di un accordo esecutivo tra gli Stati Uniti e singoli stati membri, per quel che qui rileva, l'Italia, dovrebbe continuare ad applicarsi la procedura dei Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT), ossia dei trattati di mutua assistenza giudiziaria. Infatti, in mancanza di executive agreements, il sistema MLAT dovrebbe rimanere il principale meccanismo attraverso il quale le forze dell'ordine possono chiedere l'assistenza delle loro controparti straniere ai sensi del richiamato art. 48 del G.D.P.R. secondo cui "*Le sentenze di un'autorità giurisdizionale e le decisioni di un'autorità amministrativa di un paese terzo che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento possono essere riconosciute o assumere qualsivoglia carattere esecutivo soltanto se basate su un accordo internazionale in vigore tra il paese terzo richiedente e l'Unione o un suo Stato membro, ad esempio un trattato di mutua assistenza giudiziaria, fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento a norma del presente capo*".

Peraltro, sebbene alla luce delle conclusioni cui sono pervenuti il Comitato europeo per la protezione dei dati e il GEPD, secondo i quali, alla luce dell'art. 48 del GDPR la richiesta di produzione di documenti elettronici di per sé sola non costituirebbe una base legale sufficiente ad autorizzare il trasferimento dei dati, non possa ritenersi che si sia in presenza di un aumento del rischio in termini di rispetto della normativa UE sulla privacy, dato dalla soggezione di service provider alla giurisdizione statunitense, non può trascurarsi di considerare come il dibattito sia ancora aperto, tanto che recentemente il Garante per la protezione dei dati personali, sia pure in riferimento alla problematica specifica della scelta della piattaforma TEAMS di Microsoft per la celebrazione delle udienza penali da remoto, a seguito dei quesiti posti dall'Unione delle Camere Penali, ha richiesto chiarimenti al Ministero della Giustizia in ordine "alle caratteristiche delle piattaforme indicate dalla DGSIA ai predetti fini, nonché sull'opportunità della scelta di un fornitore del servizio in questione stabilito negli Usa e, come tale, soggetto tra l'altro all'applicazione delle norme del Cloud Act (che come noto attribuisce alle autorità statunitensi di contrasto un ampio potere acquisitivo di dati e informazioni").

In riferimento alla problematica delle modalità di prestazione del consenso non può che farsi previamente riferimento al dettato dell'art. 4 n. 11 del GDPR secondo cui consenso è "*qualsiasi indicazione libera, specifica, informata e inequivocabile della volontà dell'interessato con la quale egli, con una dichiarazione o con una chiara azione affermativa, esprime il consenso al trattamento dei dati personali che lo riguardano*".

Inoltre occorre rilevare che affinché il consenso possa costituire una valida base giuridica, lo stesso debba essere dato prima dell'inizio del trattamento.

Avuto riguardo a questi due rilievi deve ritenersi che la dichiarazione resa a verbale di udienza da parte degli interessati in ordine al trattamento dei dati possa validamente costituire la base giuridica per il trattamento dei dati personali relativi all'identificazione dell'interessato, dovendo in tale caso la dichiarazione a verbale precedere l'esibizione del documento identificativo.

Diversamente dovrebbe dirsi per il collegamento da remoto con la piattaforma tramite il link inviato dalle Segreterie, in quanto in tal caso il trattamento dei dati personali avviene già al momento del collegamento;

in tal caso in riferimento a tali dati il consenso sarebbe da identificare nello stesso collegamento al link, inteso come azione positiva inequivocabile, dovendosi per contro prendersi atto al verbale di udienza solo del consenso (già) espresso in tal modo.