La trasparenza della p.a. tra accesso e privacy nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*

di
Paola Maria Zerman
Avvocato dello Stato
Pubblicato sul sito il 15 aprile 2011

Se è vero che la virtù sta nel mezzo –*in medio stat virus*- frutto di continuo sforzo di bilanciamento tra i due estremi, questa verità in particolar modo va applicata all'agire "trasparente" della p.a., regola che da una parte ammette l'accesso ai documenti amministrativi, anche in nome del "buon andamento e imparzialità della p.a."(art.97 Costituzione) e dall'altro la esclude per esigenze di tutela della riservatezza dei soggetti eventualmente coinvolti.

L'equilibrio non è scontato, come dimostra la ricca e recente casistica giurisprudenziale: dall'accesso agli atti concorsuali degli altri candidati, alle domande di partecipazione ad un appalto, al CUD del marito ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento, alla cartella clinica della moglie (o del marito) ai fini di verificarne l'eventuale infermità psichica che incida sulla validità del consenso matrimoniale. Nell'ampia gamma delle modalità concrete in cui si coniuga la conflittualità, alla p.a. sono offerti criteri orientativi dalla legge 241/90 -(modificata dapprima dalla legge 15 del 2005, poi dalla legge 69 del 2009 e infine dal lgs.104 del 2010 Codice del processo amministrativo)- e dal Codice sulla privacy, che lasciano, però, spazi interpretativi dai confini, a volte, incerti in ordine *al concreto* bilanciamento di interessi.

Trasparenza, pubblicità e accesso non sono sinonimi.

Che l'agire delle p.a. debba essere ispirato alle regole della trasparenza lo impongono ormai da tempo numerose norme di legge (v. anche il d.lgs. 150 del 2009 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e *trasparenza* delle p.a.), con il rischio però di sovrapporre questo principio a quello della pubblicità e dell'accesso. Come è stato giustamente osservato, questi ultimi costituiscono elementi della *trasparenza*, che rimane però un concetto più ampio. Non è trasparente, ad es. l'operato di una p.a. che renda *accessibili* gli atti, ma che li rediga in modo del tutto incomprensibile. Ugualmente risulterebbe violato, il principio, nel caso di una p.a. che *pubblicasse* su *internet* un bando di concorso in un breve periodo estivo, sì da escluderne di fatto la conoscibilità a molti. In definitiva quindi, l'essenza della trasparenza amministrativa può essere ricondotta al concetto di *correttezza e di comprensibilità* dell'azione amministrativa da parte del cittadino, vera cartina di tornasole di uno Stato di diritto.

L'accesso ai documenti amministrativi, come esplicitato dall'art. 22 secondo comma della legge 241/90 "*attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la*

trasparenza" è strumentale alla trasparenza dell'azione della p.a.. L'assunzione dell'accesso a principio generale, fornisce anche una linea interpretativa da conseguenze pratiche per la risoluzione dei casi dubbi: "*nel dubbio, per la trasparenza*"si potrebbe concludere.

La richiesta d'accesso deve essere motivata da un interesse attuale e concreto.

Tuttavia, come è noto, l'accesso non significa possibilità di "controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", esplicitamente escluso dall'art. 24 comma 3 della legge 241. Non sono ammissibili, infatti, istanze di accesso *"esplorative"*: è necessario, invece, che l'istanza d'accesso sia motivata in relazione ad un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e *collegata al documento* al quale è chiesto l'accesso" (art. 22 l. 241 comma 1 lett.b).

Il collegamento con il documento di cui è richiesto l'accesso, impedisce l'ammissibilità dello stesso ad atti amministrativi di carattere generale, di normazione, di pianificazione e programmazione (art. 24 comma 1 lett. c).

E' necessario quindi un interesse differenziato, serio e non emulativo alla conoscenza dei documenti amministrativi in funzione della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti ed in correlazione alla loro cura e difesa (eventualmente anche in sede giurisdizionale).

Ma qual è la "situazione giuridicamente rilevante" che giustifica l'accesso?

Essa non si esaurisce nel c.d. accesso *defensionale "cioè propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio (già pendente o da introdurre) ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo"* (Cons. Stato 783/2011).

Come ricordato da ultimo (Cons. Stato 09-03-2011, n. 1492) situazione giuridicamente rilevante *"è* ***nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa*** *e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con la conseguenza che la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedimentali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa dell'atto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5173)".*

Si è invece di fronte ad una pretesa di controllo generalizzato (Cons. Stato sentenza n. 117 del 12.1.2011 sez.VI) quando la richiesta d'accesso è sorretta sì da un interesse individuale puntuale, ma *"non di meno per la* **mole dei documenti richiesti**" -nella specie tutte le autorizzazioni paesaggistiche lasciate dal Comune di Capri- l'accesso si traduce, di fatto, in un controllo generalizzato e di tipo ispettivo sull'operato dell'Amministrazione.

Ugualmente è stata ritenuta diretta ad un -non ammissibile- controllo generalizzato la richiesta di accesso, da parte dei genitori di uno studente del ginnasio, ai **compiti di tutti i compagni di classe**, visto che " *la funzione docente non è diretta alla scelta dei più meritevoli secondo una graduatoria di valore, bensì alla formazione dei ragazzi e alla verifica dei risultati da ognuno di essi conseguiti. Non si tratta, pertanto di una procedura comparativa, nella quale potrebbe ipotizzarsi una disparità di trattamento*" (Consiglio di Stato sez. VI n. 7650/2010).

Rapidi sono i tempi per la **tutela del diritto d'accesso**. In caso di risposta negativa dell'Amministrazione (o si silenzio per trenta giorni), l'interessato può rivolgersi direttamente al Tar, senza il patrocinio di un legale (art. 23 del Codice del processo amministrativo, che non si applica però all'appello) il quale, se ne sussistono i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti nel termine, di norma, di trenta giorni (art. 116 c.p.a.). Tutto il processo è accelerato, visto che sono dimezzati i termini processuali (art. 87 c.p.a.).

L'accesso agli atti che riguardano il richiedente.

Verificata, da parte dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza, l'esistenza di un interesse all'accesso non sorgono particolari difficoltà interpretative laddove l'istanza del richiedente sia rivolta a conoscere atti che lo riguardino personalmente.

Una preclusione, da considerarsi come **eccezione** alla regola, può essere costituita dalle esigenze di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale, politica monetaria, rapporti internazionali indicati dall'art. 24 l. 241 e poi specificamente individuati ai sensi della medesima norma dai singoli decreti ministeriali e dal d.p.r. 184/2006 (che in parte abroga il precedente d.p.r. 352/1992). Ma la riconduzione concreta ai casi di non ostensibilità può essere contestata, come risolto dal Cons. Stato sez.IV del 19.1.2011 n.389 che ha negato fosse riconducibile a rapporti internazionali la richiesta di accesso, da parte di una società, al provvedimento di diniego del nulla osta per la partecipazione ad una gara internazionale, asserendo che lo stesso è *"non classificabile tra i documenti di carattere politico o comunque attinenti alla politica internazionale".*

Ulteriore limite posto dall'art. 24 l. 241 all'ostensibilità riguarda i **procedimenti tributari.**

Di rilevante interesse è l'orientamento del Consiglio di Stato, da ultimo ribadito con la recente sentenza n. 925 del 11 febbraio 2011 (Sez. IV). Nel caso esaminato, il richiedente, dopo aver ricevuto l'atto d'accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate basato su indagini bancarie, aveva chiesto l'accesso all'autorizzazione alle stesse da parte del Comandante della Guardia di Finanza. In sede di interpretazione del divieto di accesso agli atti del procedimento tributario, sancito dall'art.24 della l.241 "*occorre procedere ad una lettura costituzionalmente orientata della disposizione anzidetta…non rilevandosi esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento di adozione del provvedimento definitivo di accertamento dell'imposta dovuta".*

Ne consegue che l'accesso agli atti del procedimento tributario è comunque consentito, "*allorquando è intervenuto l'atto di accertamento definitivo del tributo".* Ove poi gli atti richiesti facciano riferimento a metodologie di indagine della Guardia di Finanza da tenere riservate, sarà sufficiente a tal fine espungere i riferimenti mediante gli *"omissis".*

Al di là delle eccezioni sopra ricordate, non sussistono ulteriori limiti all'accesso ai documenti propri del richiedente. Diverse e più restrittive interpretazioni da parte delle singole amministrazioni, sono state passate al vaglio del Giudice amministrativo, che non di rado ha *disapplicato* i regolamenti ministeriali che individuano gli atti sottratti all'accesso in applicazione dell'art. 24 l.241/90. Come anche di recente ha fatto il Consiglio di Stato (sentenza n. 9381 del 23.12.2010 sez. IV) in relazione al diniego del Ministero della Difesa di dare accesso alle **schede valutative e rapporto informativi** riguardanti l'interessato. Ha ritenuto, Palazzo Spada, che è illegittimo e pertanto va disapplicato il regolamento del Ministero della Difesa, nella parte in cui "*non consente la visione degli atti riguardanti la carriere dell'interessato e, come tali, non incidenti sulla riservatezza di altri soggetti terzi, ma solo per asserite ragioni di riservatezza dell'amministrazione".*

Il Consiglio di Stato, anche da ultimo (sent. 3 febbraio 2011 n. 783, sez. VI), ha più volte affermato che possono formare oggetto di accesso "***tutti gli atti* di gestione del personale dipendente** *degli enti pubblici e dei soggetti agli stessi equiparati (quali appunto i soggetti privati concessionari di pubblici servizi".*

L'accesso agli atti che riguardano terzi

La necessità del bilanciamento tra due opposte esigenze, viene in rilievo in tutta la sua delicatezza allorché l'interessato proponga un'istanza d'accesso a documenti che coinvolgono anche posizioni e dati relativi a terzi.

Già dalla sua prima formulazione l' art. 24 della 241/90 escludeva dall'accesso i documenti che "riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni". Ipotesi poi meglio specificate dalle singole pubbliche amministrazioni nei regolamenti attuativi.

Contestualmente, la sviluppata sensibilità sociale per la tutela della privacy ha determinato l'emanazione di un sistema normativo di garanzie per il trattamento dei dati personali, culminato con la redazione del *codice per la protezione dei dati personali* (d.lgs. 196/2003; in particolare art.59 e 60). Come è noto la disciplina dettata dal Codice è assai articolata e garantista, tale da determinare non di rado un appesantimento burocratico nella gestione dei dati, e paradossalmente, il protrarsi di situazioni di incertezza applicativa su ipotesi anche eclatanti come avvenuto nel 2008

con la pubblicazione -da parte dell'Agenzia delle Entrate- sul sito **internet degli elenchi di tutte le dichiarazioni dei redditi** del 2006. Fatto che aveva generato un contenzioso da parte di alcuni contribuenti e poi una modifica normativa nel senso che la visione degli elenchi deve avvenire nei modi e nei limiti sanciti dalla disciplina dettata in tema di accesso agli atti amministrativi (art. 42 d.l. 112/2008 conv.in l.133/2008 "accesso agli elenchi dei contribuenti") La diffusione al di fuori di tale ipotesi è punita con una salata sanzione amministrativa.

Con la modifica della l. n. 241 del 1990, operata dalla l. n. 15/2005, è stata codificata la *prevalenza* del diritto di accesso agli atti amministrativi e considerato *recessivo* l'interesse alla riservatezza dei terzi, quando l'accesso sia esercitato prospettando l'esigenza della difesa di un interesse giuridicamente rilevante. Il comma 7 dell'art. 24 stabilisce infatti che *"deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso a quegli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"*. L'equilibrio tra accesso e privacy è dato, dunque, dal combinato disposto degli art. 59 e 60 del codice della privacy e le norme di cui alla 241 La disciplina che ne deriva, delinea *tre livelli di protezione* dei dati dei terzi a cui corrispondono tre gradi di intensità della situazione giuridica che il richiedente intende tutelare con la richiesta di accesso: nel più elevato si richiede la necessità di una situazione di "pari rango" rispetto a quella dei dati richiesti; a livello inferiore si richiede la "stretta indispensabilità" e, infine, la "necessità". In *tutti e tre i casi*, quindi, l'istanza di accesso deve essere motivata *in modo ben più rigoroso* rispetto alla richiesta dei documenti che attengono al solo richiedente.

I tre diversi livelli di protezione dei dati personali

In base alla disciplina descritta, si possono delineare *tre diversi livelli* di protezione dei dati personali. Che si illustrano *in ordine decrescente.*

1. Il livello di *protezione più elevato* riguarda i dati c.d. **super-sensibili (stato di salute e vita sessuale).**

L'art. 60 del codice sulla privacy dispone che per questi dati il trattamento è consentito solo se *"la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di* ***rango almeno pari*** *ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile".*

Come si può leggere, la norma è indeterminata quanto al *contenuto* della situazione da porre a confronto con la esigenza di tutela di questi dati. E' lasciato quindi all'interprete il compito di valutare caso per caso la rilevanza delle posizioni a confronto.

Con recente sentenza (n. 7166/2010 sez.V) il Consiglio di Stato, confermando la giurisprudenza sul punto dei Tar, ha ritenuto ostensibile, da parte di una struttura ospedaliera, al richiedente, la

cartella clinica della moglie, in quanto necessaria per conoscere l'eventuale causa di invalidità del matrimonio e quindi involgente un diritto della personalità, e, pertanto di *rango pari* alla tutela del diritto alla riservatezza.

2. Di poco inferiore è la protezione che riguarda i **dati sensibili.** Gli stessi si identificano (art. 4 codice privacy) nei dati idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni **religiose, filosofiche, le opinione politiche** o l'appartenenza a organizzazioni o associazioni di tal genere.
In tali ipotesi (così come anche per i **dati giudiziari**), l'accesso è consentito nei limiti in cui sia ***"strettamente indispensabile"*** per curare o difendere i propri interessi giuridici.

3. Al terzo livello di intensità si pone la protezione dei **dati comuni.**
Per l'accesso ad essi, che riguardano i casi più numerosi di conflitto, il comma 7 richiede che la conoscenza sia ***"necessaria"*** per la difesa dei propri interessi.
Ripercorriamo la recente casistica presa in esame dalla giurisprudenza amministrativa:

- atti che rivelano la **situazione patrimoniale**.
Con sentenza del 2.12.2010 n. 35020 il Tar del Lazio ha ritenuto ostensibile alla richiedente il **CUD** –certificato attestante i redditi percepiti a vario titolo- del marito, dipendente dal Ministero della Giustizia, per verificare le competenze accessorie corrisposte al fine dell'assegno di mantenimento. L'entità del reddito percepito non costituisce dato sensibile, perché non rientra nell'espressa indicazione dell'art. 4 codice della privacy.
Egualmente è stata ritenuta ostensibile la **dichiarazione dei redditi** di un professionista con cui il richiedente aveva collaborato, ai fini dell'accertamento del credito vantato nei suoi confronti (Tar Lazio 1021 del 2009).

-elaborati di una **procedura concorsuale.**
Se non vi sono dubbi circa l'ostensibilità degli elaborati del richiedente, gli stessi possono sorgere riguardo a quelli degli altri candidati. Ma sul punto si è espresso di recente il T.A.R. Puglia Bari Sez. III, Sent., 25-02-2010, n. 684 asserendo che "Tutti gli atti dei candidati ad un **concorso**, una volta acquisiti alla procedura, escono quindi dalla sfera personale di disponibilità dei partecipanti, di tal che le domande e i documenti prodotti dai candidati - così come i verbali, le schede di valutazione e gli stessi **elaborati** - sono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa "in radice" l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza."

-verbali contenenti **dichiarazione di lavoratori.**

Particolarmente delicata è poi l'ipotesi in cui la conoscenza degli atti possa determinare un pregiudizio di natura "ritorsiva" da parte del richiedente. Nel caso, ad esempio, della richiesta di accesso del verbale ispettivo relativo a violazioni giuslavoristiche . A fronte dell'interesse della società destinataria a conoscere gli atti, si pone però la necessità di tutelare *"un particolare aspetto della riservatezza, quello cioè attinente all'esigenza di preservare l'identità dei dipendenti autori delle dichiarazioni allo scopo di sottrarli a potenziali azioni discriminatorie, pressioni indebite o ritorsioni da parte del datore di lavoro".* Il Consiglio di Stato (sent. 11 febbraio 2011 n. 920 sez.VI; vedi anche la sentenza 1143 del 23 febbraio) ha risolto *pragmaticamente* la questione, ritenendo necessario, perché sia precluso l'accesso, che sia dimostrato un concreto pregiudizio per i lavoratori, salva sempre la possibilità di valutare caso per caso l'effettiva necessità di conoscenza per la tutela del proprio diritto, e comunque quella di*oscuramento dei nomi* per evitare la identificabilità dei lavoratori.

-atti di gara di un **appalto pubblico**

Il legislatore ha dettato, nell'ambito del Codice dei contratti pubblici, una regolamentazione specifica riferita alle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, con l'art.13 del d.lgs.163 del 2006 (*"accesso agli atti e divieti di divulgazione").* Di recente, poi, il d.lgs.53 del 2010 di recepimento della direttiva ricorsi, ha previsto un ulteriore disposizione in ordine alle modalità di accesso. Il coordinamento tra la normativa speciale e quella generale della legge 241, esplicitamente fatta salva dall'art.13, ha determinato alcuni problemi interpretativi, su cui si è espresso di recente il Consiglio di Stato, sez. VI sent. 30.7.2010 n. 5062. Nel caso specifico, l'accesso era stato precluso alla società istante, in base all'art. 13 del codice degli appalti, perché non aveva partecipato alla procedura di evidenza pubblica. Il Tar aveva confermato la mancanza di legittimazione della richiedente, in quanto non concorrente, in base alla *esclusiva lettura* dell'art. 13 come unica normativa di riferimento. Questa impostazione non è stata condivisa dal Consiglio di Stato che invece ha affermato la complementarietà delle due discipline e quindi la possibilità di accesso anche per i terzi che avessero un interesse concreto (nel qual caso l'interesse al controllo delle modalità attuative dei lavori da parte della società sul cui futuro suolo, in virtù di un preliminare di vendita, si sarebbero svolti i lavori appaltati): "*Il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di* ***complementarietà****, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della legge n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvengono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) nel Codice dei contratti, le quali trovano la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento*."

** Pubblicato nella rivista "diritto e pratica amministrativa" di aprile 2011-ed. il sole 24 ore*