



Camilla Della Giustina*

Alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra principio di trasparenza e tutela della riservatezza**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita ed evoluzione della *privacy*. – 3. Dalla *privacy* alla trasparenza. – 4. Il concetto di trasparenza tra ordinamento nazionale e comunitario. – 5. Il bilanciamento (necessario) tra diritto alla riservatezza e alla trasparenza. – 6. Conclusione.

1. Introduzione

Il concetto di *privacy* risulta essere uno dei più poliedrici ed in costante evoluzione all'interno dei diversi ordinamenti giuridici al quale viene contrapposto il diritto alla trasparenza. Trasparenza e riservatezza sono due concetti opposti ma espressione entrambi di importanti principi e valori costituzionali.

Lo scopo del presente saggio è quello di offrire in un primo momento una rapida disgressione relativa alla nascita della *privacy* e alla sua evoluzione nonché una breve riflessione circa le sfumature che il concetto di trasparenza ha assunto nel tempo. Il vero cuore pulsante è rappresentato dal paragrafo dedicato all'operazione di bilanciamento ritenuta come necessaria tra questi due aspetti contrapposti.

2. La nascita della *privacy*

La nascita della *privacy* si deve far risalire al 1890 quando uscì un articolo nel quale due giuristi, Warren e Brandeis, teorizzavano e promuovevano il diritto alla *privacy*. Inizialmente detto diritto fondava le proprie radici nella tradizione filosofica lockeana e nell'illuminismo anglosassone e secondo la ricostruzione giuridica prospettata da Warren e Brandeis doveva essere identificato con un'area giuridica intangibile nei confronti di qualsiasi potere pubblico o privato. In questa prospettiva la *privacy* doveva

essere riferita all'ambito privatistico poiché la stessa atteneva, nella prospettiva iniziale, alla riservatezza, alla rispettabilità, all'onere e all'immagine da garantirsi a ciascun individuo. Precisamente l'enucleazione di detto diritto nasceva dalla preoccupazione di proteggere qualunque soggetto dall'invasione dei *media* dato che in quell'arco temporale l'irruzione dei fotografi e reporter nella sala dove giaceva il corpo del cancelliere Bismarck aveva indignato la popolazione e acceso la reazione da parte dei giuristi¹. In questa concezione il concetto di *privacy* risulta essere in stretta connessione con la tutela della proprietà privata e ai mezzi di tutela di detto diritto. Essenzialmente al momento della sua nascita la *privacy* svolgeva una duplice funzione. *In primis* era preordinata a tutelare la sfera privata dalla curiosità degli altri, *in secundis* presidiava l'uscita delle informazioni dalla sfera privata a quella pubblica. Il diritto di essere lasciati soli è stato configurato come un diritto della persona a escludere qualsiasi ingerenza all'interno delle mura domestiche da parte dell'esterno. Si trattava quindi di un diritto a contenuto negativo².

L'aver configurato la *privacy* come un *tort* risulta essere sia l'aspetto positivo che negativo della costruzione giuridica di Warren e Brandeis in quanto non sono riusciti a distaccarsi in maniera netta dalla prospettiva privatistica che caratterizzava la loro epoca storica nonostante essi siano stati in grado di aver captato la crescente inidoneità in relazione alle esigenze esistenti nella società di massa. La costruzione *de qua* è stata definita, di conseguenza, come una rifondazione teorica in chiave umanitaria dei diritti di libertà³. Questa dottrina non venne accolta nell'immediato dalla giurisprudenza americana. A tal proposito si deve menzionare la sentenza della Corte di appello di NY che rigettò la richiesta circa la tutela del diritto alla *privacy* perché “*there is no precedent for such an action to be found in the decision of this court*”⁴. Successivamente in un caso simile a quello poc'anzi citato la Corte Suprema della Georgia riconobbe l'esistenza nella *common law* un diritto alla *privacy* sostenendo come lo stesso derivasse dal diritto naturale⁵.

A seguito di dette pronunce la *privacy* venne riconosciuta sempre più spesso dai giudici americani quale interesse meritevole di tutela al punto da definire un filone giurisprudenziale consolidato dall'*American Law Institute* nel *Restatement of Torts* del 1939.

Le pronunce giurisprudenziali in relazione alla *privacy* intervenute fra il 1890 e il 1960 hanno evidenziato come la *privacy* sia stata evocata essenzialmente al fine di tutelare quattro macro-interessi⁶. A tal proposito Prosser propose nel 1960 una

¹ S.D. WARREN-. L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 193.

² E. BRUGIOTTI, *La privacy attraverso le “generazioni dei diritti”*. Dalla tutela alla riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico, in www.dirittifondamentali.it n.2/2013.

³ A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974, 48.

⁴ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* 171 N. Y. 538, 543, 64 N.E. 442, 443 (1902).

⁵ Caso *Paveish v. New England Life Insurance Company* 122 Ga. 190, 194, 50 S.E. (1905).

⁶ T. M. UBERTAZZI, *Diritto alla privacy, natura e funzioni giuridiche*, Padova, Cedam, 2004.

quadripartizione dei *torts* relativi al diritto alla *privacy*: *inclusion upon seclusion, public disclosure of private acts, false light in public eye and appropriation*⁷. Opinione contrapposta ritiene che il diritto alla *privacy* deve essere inteso come un diritto unitario posto che gli interessi che questo è preordinato a tutelare possiedono tutti quale punto di partenza *l'human dignity*⁸.

Oltre a questo il diritto alla *privacy* in un'ottica strettamente costituzionalistica deve essere inteso quale “il più penetrante e comprensivo sviluppo della libertà individuale nelle Costituzioni moderne”⁹.

Il riferimento giurisprudenziale maggiormente conosciuto alla *privacy* si rinviene nella sentenza *Griswold* con la quale vennero dichiarate illegittime le disposizioni che vietavano la promozione e l'uso di contraccettivi anche tra coppie sposate. In tale occasione la Suprema Corte affermò che lo Stato non deve invadere aspetti così privati della vita personale¹⁰. Successivamente il concetto di *privacy* venne utilizzato nella sentenza *Roe*¹¹ in base alla considerazione secondo cui “per alcuni aspetti decisivi, la decisione di abortire è dello stesso carattere della contraccezione”¹². Infine l'ultimo approdo circa l'espansione del diritto alla *privacy* concerne l'eutanasia e la sospensione di idratazione e alimentazione. A tal proposito la Corte Suprema ha mantenuto costante nel tempo la propria posizione secondo cui deve essere riconosciuto al soggetto il diritto costituzionale a chiedere la sospensione delle forme di sostegno vitale. Allo stesso tempo il Giudice costituzionale ha lasciato ampia discrezionalità agli Stati per quanto concerne la regolazione del modo e delle condizioni in base alle quali detto diritto può essere esercitato¹³.

Si può delineare come lo schema evolutivo del diritto alla *privacy* possa essere delineato nel modo seguente. La *privacy* avrebbe creato un nuovo spazio per i diritti nel costituzionalismo contemporaneo. Detto spazio, successivamente, è stato occupato dal concetto della dignità umana derivante dal procedimento di strumentalizzazione del diritto all'autodeterminazione¹⁴. A tal proposito in dottrina si è parlato di “nuove dimensioni della *privacy*”¹⁵ dato che la stessa all'inizio nacque come tutela della riservatezza modellandosi sui canoni del diritto di proprietà per poi divenire “la base sui cui ciascuno di noi edifica liberamente la propria personalità”¹⁶.

⁷ W. PROSSER, *Privacy*, in Cal. L. Rev., 1960, 48, 383.

⁸ E. J. BLOUSTEIN, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*, in N.Y.U. L. Rev., 1964.

⁹ A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974, 152.

¹⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹³ *Cruzan v. Missouri Department of Public Health*, 497 U.S. 261 (1990).

¹⁴ L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione. Un diritto senza spessore?* Milano, Giuffrè, 2012, 11 ss.

¹⁵ S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, Cedam, 2006.

¹⁶ S. RODOTA', *Intervista su privacy e libertà*, P. CONTI (a cura di), Roma-Bari, Editori Laterza 2005.

Attualmente, infatti, il *focus* attiene non solo il diritto ad essere lasciati soli ma anche alla possibilità riconosciuta a ciascun individuo di controllare l'uso delle informazioni riguardanti i problemi della *privacy*. Oltre a questo il concetto di *privacy* viene riferito sempre di più al valore persona al punto da divenire un mezzo per tutelare la dignità e lo sviluppo della stessa nella società. Si pensi all'esplicito riferimento al concetto di dignità all'interno del nuovo Codice della *privacy* italiano¹⁷ tanto da farlo ritenere il “nocciolo duro” della tutela riconosciuta all'interessato a fronte del trattamento dei dati personali.

A partire dal XX secolo con l'aumento degli strumenti di informazione di massa grazie ai quali si raccolgono e elaborano informazioni di ogni cittadino la dottrina giuridica ha iniziato a leggere la *privacy* non più come diritto ad essere lasciati soli ma anche come pretesa di controllo circa la gestione dei propri dati personali¹⁸. Il primo riferimento europeo normativo che si rinviene in materia è la Convenzione per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale¹⁹. Oltre a questo attraverso la lettura realizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo dell'art. 8 CEDU i concetti di vita privata²⁰ e controllo della corrispondenza²¹ si sono ampliati al punto da divenire il punto di partenza per la progressiva regolamentazione giuridica del diritto al controllo circa qualsivoglia forma di circolazione delle proprie informazioni personali.

Facendo riferimento alla Comunità europea la Direttiva n. 95/46/CE²² del Parlamento europeo e del Consiglio ha provveduto a inserire un sistema il più possibile completo di garanzia circa la tutela dei dati personali. Detto intervento ha avuto quale effetto positivo quello di toccare molti aspetti del rapporto sussistente tra la gestione delle informazioni e l'evoluzione tecnologica ideando un sistema di principi, ruoli e responsabilità capace di vincolare gli Stati membri a conformarsi allo stesso.

La direttiva menzionata venne recepita in Italia con la legge n. 675/1996 orientata alla “tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. Questa legge di recepimento ampliò notevolmente il testo della direttiva in quanto all'art. 1 si rinviene il riferimento alla tutela della dignità delle persone fisiche, all'indennità personale nonché l'estensione della tutela anche con riferimento ai trattamenti non organizzati in banche date e ai dati delle persone giuridiche²³. In questo modo è stato individuato l'obiettivo perseguito dalla disciplina ossia

¹⁷ Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

¹⁸ G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1982, I

¹⁹ N. 108/1981, entrata in vigore a partire dal 1.10.85.

²⁰ CEDU C. c. *Belgio* 7.8.1996.

²¹ Sentenza *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, corte plenaria, serie A n.160; Sentenza *Z. c. Finlandia*, 25 febbraio 1997.

²² Consiglio n. 97/66 CE, in GUCE L24/1 del 30 gennaio 1998,

²³ M. SGROI, (a cura di), *Nuovi ambiti di tutela della personalità*, Torino, Giappichelli, 2007.

regolamentare il trattamento dei dati personali affinché lo stesso si realizzi “nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale garantendo anche i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione”. Risulta evidente come la riservatezza sia solamente uno dei diritti presi in considerazione “come una specificazione in un quadro connotato dalla esplicita rilevanza attribuita al complesso dei diritti e delle libertà fondamentali. Una lettura condotta solamente in termini di *privacy* porterebbe a un'impropria ricostruzione di questo stesso concetto, che va inteso nella più larga dimensione fatta propria dal legislatore italiano²⁴”. Oltre a ciò con detta legge è stata regolamentata anche la natura dinamica della *privacy* ossia la possibilità di accedere alle informazioni riguardanti la propria persona. In questo modo l'obiettivo del legislatore è stato di quello di positivizzare la correttezza circa l'acquisizione corretta di dette informazioni e di eventualmente correggere eventuali errori nonché predisporre un meccanismo di sorveglianza circa l'impiego delle stesse durante il tempo.

Successivamente in attuazione della legge delega n.127/2001 venne adottato il d.lgs. n. 196/2003 ossia Codice in materia di protezione dei dati personali. Questo abrogando la disciplina in vigore in precedenza ha svolto altresì un lavoro di ricognizione compilativa delle disposizioni legislative vigenti realizzando quindi una riorganizzazione completa del quadro normativo.

Nonostante per molti anni in Italia è stata registrata un'assenza di disciplina legislativa in materia di riservatezza e tutela dei dati personali questo non vuol dire che non vi fosse alcuna tutela apprestata alla tutela della vita privata. A tal proposito basta ricordare l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori del 1970 che vietava la raccolta delle opinioni politiche, sindacali e religiose dei dipendenti nonché l'art. 10 c.c., gli art. 21 e 24 della legge sul diritto d'autore, l'art. 614 c.p. sull'inviolabilità del domicilio ed infine l'art. 616 c.p. sull'inviolabilità della corrispondenza. Oltre a queste disposizioni un notevole intervento è stato svolto dalla giurisprudenza della Cassazione. Le prime pronunce italiane in materia di *privacy* risalgono agli anni '50 riguardanti opere cinematografiche e pubblicazioni relative a vicende personali di personaggi noti che hanno indotto detti soggetti a invocare il diritto alla riservatezza dinanzi al collegio giudicante. In tutte queste pronunce gli Ermellini hanno ricondotto la *privacy* alla dimensione dell'esperienza domestica²⁵.

In particolare quello che venne definito il *leading case* riguardò il Enrico Caruso. Gli eredi dello stesso lamentarono il fatto che gli episodi contenuti nel film fossero non appropriati e per questo idonei a sorreggere una richiesta di risarcimento del danno.

²⁴ S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, Cedam, 2006, 111.

²⁵ T. M. UBERTAZZI, *Diritto alla privacy, natura e funzioni giuridiche*, Padova, Cedam, 2005, 55.

In tale occasione la Corte di Cassazione²⁶ ritenne non esistente un generale diritto alla riservatezza, di conseguenza venne affermato come non vi fosse nessuna disposizione fondante la richiesta del risarcimento per lesione della riservatezza nell'ipotesi in cui non ricorressero i presupposti dell'art. 2043 c.c.

Il secondo caso fu quello Claretta Petacci derivante da una pubblicazione da parte di un quotidiano della narrazione della vita di questa. In detta occasione gli Ermellini²⁷ ritennero che la violazione del diritto assoluto della personalità dovesse essere fatto rientrare nella previsione dell'art. 2 Cost. A tal proposito venne sostenuto che “sebbene non sia ammissibile il diritto tipico alla riservatezza viola il diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto *erga omnes* alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo, la divulgazione di notizie relative alla vita privata, in assenza di un consenso almeno implicito, ed ove non sussista, per la natura dell'attività svolta dalla persona e del fatto divulgato, un preminente interesse pubblico di conoscenza”.

Solamente con la pronuncia del 1975, ossia il cd. caso Soraya²⁸, la Suprema Corte è arrivata a sostenere che il diritto alla riservatezza comprende altresì “certe manifestazioni della vita di relazione, a tutte quelle vicende, cioè, il cui carattere intimo è dato dal fatto che si svolgono in un domicilio ideale²⁹”. Oltre a ciò venne affermato che “il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti”.

L'evoluzione storica del concetto di *privacy* porta a sostenere come lo stesso racchiuda in se stesso una molteplicità di significati a seconda del periodo storico o sociale preso in analisi al punto da ritenerlo proteiforme. Si deve ricordare come la Carta costituzionale italiana non contiene *expressis verbis* un riferimento al diritto alla riservatezza. L'aggancio costituzionale di detto concetto si deve rinvenire negli art. 2 e 3 Cost³⁰. Il diritto alla riservatezza è preordinato a garantire alla persona un luogo nel quale la stessa possa sviluppare la propria personalità “che si configura come un potere di regolare l'accesso alla propria sfera di intimità, di permettere o vietare l'intromissione di chi vuole conoscere ciò che più da vicino ci concerne o di chi vuole intromettersi in questa sfera; dall'altra si fa riferimento al controllo sulle informazioni

²⁶ Cass., 22.12.1956, n. 4487.

²⁷ Cass., 10.4.1963, n. 990.

²⁸ Cass., 27.5.1975n. 2119.

²⁹ G. FAMIGLIETTI, *Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed intimità sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal Constitucional*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option>

³⁰ M. FILICE, *Privacy e trasparenza: spunti di riflessione sul bilanciamento*, in *Ratio iuris*, 5.10.2018.

che riguardano la nostra persona, in tutte le sue espressioni: fisiche, affettive, morali, di opinione, patrimoniali.³¹ L'art. 3 Cost. fornisce alla riservatezza una prospettiva allargata e, contemporaneamente oltre a svolgere la funzione di *trait d'union* con l'art. 2 Cost. In dottrina, a tal proposito, è stato sostenuto che la riservatezza possa essere definita come “un interesse che in base ad una certa valutazione legislativa e sociale risulta fondamentale per l'individuo. Questi ha bisogno per poter condurre la propria vita di vedersi riconosciuto un certo ambito privato dal quale potere escludere l'altrui ingerenza; è la stessa natura umana che rifiuta l'indiscriminata pubblicizzazione di ciò che riguarda nell'intimo. Il rifiuto di tale riconoscimento finirebbe col menomare gravemente l'individuo e col pregiudicare lo stesso valore della persona, quindi la sua dignità³².” Oltre a questo ulteriori riferimenti costituzionali relativi al principio della riservatezza si rivengono mediante una lettura sistematica di diversi articoli della Costituzione. Ad esempio la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio nonché la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, il diritto di non rendere noto il proprio pensiero³³.

Con l'inizio del XXI secolo l'utilizzazione sempre più frenetica, l'evoluzione della tecnologia informatica nonché l'utilizzazione frenetica delle informazioni se da una parte ha consentito alle persone di sfruttare sempre di più la propria immagine dall'altra parte le occasioni in cui la stessa è suscettibile di essere messa a repentaglio si sono moltiplicate. Se nell'epoca precedente l'immagine messa suscettibile di essere diffusa dai *mass media* concerneva solamente l'immagine di personaggi famosi attualmente la maggior parte delle persone dell'ordinamento giuridico utilizza strumenti con i quali la propria immagine “viene continuamente fotografata e messa a disposizione di un'infinità di utenti anonimi; con una quasi scontata moltiplicazione delle ipotesi di lesione di tale immagine e di richieste risarcitorie neppure indirettamente ricollegabili al patrimonio da parte di soggetti non famosi³⁴”. È evidente come la *privacy* si sia trasformata da un diritto d'*élite* ad un diritto di tutti a che i propri dati personali siano trattati nel rispetto delle disposizioni legislative e la propria immagine venga diffusa solamente entro i confini per cui la stessa è stata volontariamente pubblicizzata. Ulteriore aspetto concerne il diverso trattamento circa la lesione dell'immagine. Nelle ipotesi in cui vittime di essa sono stati personaggi “famosi” la violazione consisteva nella lesione patrimoniale indiretta consistente “nella frustrata possibilità di trarre un utile economico dal consenso alla diffusione dell'immagine personale”³⁵. Attualmente, invece, “le ipotesi di lesione del diritto alla

³¹ P. ZATTI-V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, Cedam, 2001, 158.

³² T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, Giuffrè, 1978, 36.

³³ S. BONIFIGLIO, *Diritto alla privacy e lotta al terrorismo nello spazio pubblico europeo*, in *Democrazia e sicurezza*, n.3/2014, 1-7.

³⁴ G. AGRIFOGLIO, *Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 4/2017, 1274.

³⁵ A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1965, 317.

riservatezza, al di là delle pur non rare ipotesi in cui esso abbia determinato un peggioramento della situazione patrimoniale della vittima³⁶ e “ledono valori umani che non si esauriscono nel guadagno e che comportano un danno non patrimoniale³⁷”.

3. Dalla privacy alla trasparenza

Si è visto nel paragrafo precedente come il diritto alla riservatezza non possieda un unico e determinato aggancio costituzionale e oltre a questo nel corso del tempo è stata individuata come diritto delle persone fisiche alla protezione dei dati, oltre che ad un trattamento lecito e trasparente degli stessi in conformità alla disciplina europea attualmente vigente ossia GDPR 2016/679. Da ciò deriva il fatto che l’elaborazione dottrinale non ha mai rinvenuto uno specifico contenuto del diritto alla riservatezza al punto che la natura giuridica della stessa è stata rilevata per contrasto rispetto a tutto ciò che potrebbe interferire con essa o limitarla.

La giurisprudenza e la normativa sovranazionale nell’affrontare la problematica circa la tutela della riservatezza alla fine rinviano alla disciplina dei dati che non possono essere considerati oggetto di divulgazione da parte delle amministrazioni. In questo modo si realizza il fenomeno per cui “i confini sostanziali della riservatezza sono venuti definendosi, attraverso la speculare identificazione della spettanza dell’accesso agli atti³⁸.” Un esempio concreto si può rinvenire nell’art. 24 legge n. 241/1990 che nel dettare apposite regole per tracciare i limiti all’accesso agli atti delle amministrazioni pone un contro-limite idoneo a garantire l’accesso a coloro i quali debbano curare o difendere i propri interessi³⁹.

Di conseguenza risulta difficile ravvisare un interesse pubblico e generale alla riservatezza dell’attività delle pubbliche amministrazioni se non nei soli casi previsti dalla legge in modo specifico⁴⁰. A tal proposito occorre precisare come la questione dovrebbe essere rappresentata in maniera differente. Il diritto alla riservatezza dovrebbe essere un divieto posto in capo alle pubbliche amministrazioni circa l’intromissione delle stesse nella sfera privata delle persone e non dovrebbe concretizzarsi nel porre limiti all’accesso degli atti delle pubbliche amministrazioni.

³⁶ A. PIERUCCI, *Il diritto alla riservatezza*, *Trattato breve dei nuovi danni* (a cura di P. CENDON), Padova, Cedam, 2001, 647.

³⁷ G. GENTILE, *Danno alla persona*, *Enc. dir.* XI (Milano 1962), 634.

³⁸ C. MARZUOLI, *Diritto d’accesso e segreto di ufficio*, in M. CAMMELLI- M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1997, 257

³⁹ F. MANGARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull’accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2019, 743-776.

⁴⁰ A. BEVERE- A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l’onere, la riservatezza, l’identità personale*, Milano, Giuffrè, 1995.

In conclusione si può sostenere quindi come la riservatezza non possieda dei contorni definiti propri di una situazione giuridica soggettiva limitativa dell'accesso ma si configura come una possibile modalità circa l'esercizio dello stesso diritto di accesso⁴¹.

Alla luce di questa riflessione si deve ricordare come la giurisprudenza abbia sempre contemperato il diritto di accesso con il diritto alla riservatezza ritenendo che detto bilanciamento si concretizzasse avvisando i terzi controinteressati dell'istanza di accesso. In questo modo viene riconosciuta la possibilità ai terzi controinteressati di presentare una motivata opposizione a seguito della quale perviene una valutazione dell'amministrazione circa l'accoglimento o meno della domanda di accesso⁴².

Prima di affrontare la problematica relativa al bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto alla trasparenza risulta necessario fornire un succinto quadro relativo al concetto di trasparenza.

4. Il concetto di trasparenza tra ordinamento nazionale e comunitario

Nel nostro ordinamento la fonte normativa a cui fare riferimento in materia di trasparenza è l'art. 1 della l. n. 241/1990.⁴³ Per molto tempo in dottrina la trasparenza è stata identificata sia come l'espressione comprensiva dei principi di accesso e di pubblicità sia come un concetto autonomo al quale attribuire un significato determinato e specifico⁴⁴. A tal proposito si deve sicuramente ricordare come la trasparenza venga rafforzata mediante l'ampliamento dei cataloghi degli obblighi di pubblicazione sia attraverso la previsione legislativa delle disposizioni sull'accesso civico⁴⁵. Nonostante la correttezza di dette affermazioni la trasparenza è uno dei principi generali dell'attività amministrativa configurabile come accessibilità totale ai dati e alle informazioni a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150/2009 ed infine spiega altresì i propri effetti adottando il *nomen iuris* di accesso civico⁴⁶.

⁴¹ D. PICCIONE, *Riservatezza (disciplina amministrativa)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 731-742.

⁴² TAR Sardegna, 7.2.2018, n. 81.

⁴³ *L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.*

⁴⁴ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

⁴⁵ I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016. A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 2/2018, 311.

⁴⁶ F. MANGANARO, *Evoluzione e involuzione delle discipline normative sull'accesso ai dati, informazioni e atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2019, 743-776.

Proprio per queste caratteristiche che essa racchiude in dottrina è stato sostenuto come la trasparenza possieda una “virtualità multipla⁴⁷”, caratteristica che le consente di perseguire il miglioramento e l’efficacia dell’azione amministrativa procedendo a trasformare l’amministrazione da cartacea a digitale⁴⁸.

Si deve evidenziare che all’interno della riflessione dottrinale italiana e straniera gli studi effettuati sulla trasparenza possiedono la tendenza a concentrarsi in maniera quasi del tutto prevalente sull’accesso ai documenti e alle informazioni⁴⁹. Da ciò emerge chiaramente come quest’ultimo sia ritenuto e percepito come lo strumento applicativo e concreto maggiormente idoneo a produrre effetti immediati nei rapporti intercorrenti tra istituzioni e amministrati⁵⁰.

Posto che il fine principale perseguito dall’istituto della trasparenza amministrativa concerne l’instaurazione di un rapporto comunicativo proficuo con gli amministrati si deve registrare come nella normativa italiana più recente spicchi l’esistenza del rapporto tra trasparenza amministrativa e contrasto della corruzione⁵¹. Ovviamente la lotta alla *maladministration* non è l’unica funzione svolta dalla trasparenza⁵². Essa deve essere interpretata *in primis* come uno strumento di promozione del miglioramento della qualità dell’azione amministrativa il quale impone che le informazioni vengano gestite in maniera consapevole e corretta osservando le disposizioni che prescrivono il mantenimento dei segreti di diritto pubblico, le disposizioni sul trattamento dei dati personali e sulla tutela del diritto alla riservatezza⁵³.

Questo approccio onnicomprensivo consente di cogliere l’autosufficienza giuridica della funzione della comunicazione amministrativa quale presupposto della trasparenza⁵⁴. La conoscibilità e la comprensibilità delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione risulta essere un aspetto idoneo a sfociare, nella migliore delle ipotesi, nell’instaurazione di modelli partecipativi proficui e dialogici di matrice collaborativa tra soggetti coinvolti nell’esecuzione di diverse attività di interesse generale⁵⁵. Questa affermazione di principio trova il proprio aggancio normativo nella

⁴⁷ L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy nell’evoluzione dell’ordinamento costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale*, fasc. 31/2016, 77.

⁴⁸ F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, vol. 13/2019, 27.

⁴⁹ A partire dall’entrata in vigore della L. 241/90 la riflessione giuridica ha avuto quale *focus* l’accesso documentale.

⁵⁰ V. M. CUCCINIELLO- G.A. PORUMBESCU- S. GRIMMELIKHUIJSEN, *25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions*, in *Public Administration Review*, Vol. 77, Iss. 1, 32-44.

⁵¹ P. CANAPARO, *L’anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, n.1/2016, 56.

⁵² A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: Stato dell’arte e prospettive future*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 2/2018, 311- 340.

⁵³ A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, In *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2013, 749-757.

⁵⁴ A. VIGNUDELLI, *Genesi fenomenologica della comunicazione pubblica dallo Stato autoritario “secretante” alla “trasparenza” dello Stato democratico*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, fasc. 2/2005, 237-240.

⁵⁵ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1/2017, 92.

legge n. 150/2000 la quale definisce la comunicazione pubblica come uno strumento autonomo e non più come uno strumento ausiliare per lo svolgimento delle altre funzioni⁵⁶.

Questa “nuova” accezione di trasparenza intesa quale principio generale dell’azione amministrativa nonché quale accessibilità totale dei dati e documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini favorisce non solo la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa ma anche il perseguimento delle funzioni istituzionali circa l’utilizzazione delle risorse pubbliche⁵⁷. In questo modo la trasparenza diviene lo strumento attraverso il quale garantire l’effettiva realizzazione dei principi costituzionali relativi alla pubblica amministrazione⁵⁸. Adottando questa interpretazione la trasparenza diviene mezzo e fine dell’azione amministrativa. Si tratta di uno strumento capace di garantire i diritti dei consociati ma allo stesso tempo idoneo a creare un legame indissolubile tra il principio di legalità e il principio di efficienza. Questo binomio risulta essere realmente esistente solamente nel momento in cui il legislatore valorizzi la trasparenza *ex ante* ossia quale strumento di partecipazione dei consociati in relazione alla definizione di scelte incidenti sulla collettività⁵⁹.

Completata la digressione circa il contenuto e le diverse declinazioni del principio di trasparenza si deve indicare come in dottrina si sia soliti a distinguere tra trasparenza intesa in senso verticale ed in senso orizzontale.

La prima accezione di trasparenza appartiene ad un ormai superata strutturazione gerarchica della pubblica amministrazione. All’interno di detta organizzazione piramidale l’autorità superiore deve sempre poter verificare l’attività dei sottoposti e gli amministrati non devono venire a conoscenza di quanto deciso all’autorità⁶⁰. Ad oggi la trasparenza verticale si ritiene essere stata assorbita nei principi di legalità e buon andamento⁶¹.

⁵⁶ F. GRECHI, *Una analisi della legge n. 150 del 2000: obiettivi da perseguire nel medio e lungo termine*, in *Regioni e comunità locali*, n. 2/2004, 15-30.

⁵⁷ A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, *op.*, *cit.*

⁵⁸ In Assemblea Costituente si era ipotizzato di prevedere *il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni*. Si trattava di una previsione molto vicina alle odierne forme di controllo diffuso circa il perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzazione delle risorse pubbliche. A tal proposito gli Onerevoli La Rocca e Togliatti avevano proposto di inserire la seguente disposizione all’art. 91 divenuto successivamente l’art. 97 Cost. ossia *la legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni*. Essa poggiava sulla considerazione secondo cui risulta estremamente necessario esercitare un controllo sulla Pubblica Amministrazione il quale doveva essere esercitato dall’esercente della sovranità popolare ossia il popolo. F. MANGANARO, *L’evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in <http://www.astridonline.it>, 2009. S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 5945.

⁵⁹ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, *op.*, *cit.*

⁶⁰ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. BERTI- G.C. DE MARTIN (a cura di) *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 17.

⁶¹ A. SIMONATI, *L’accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2002, 18.

La trasparenza orizzontale, invece, può essere definita come uno dei principali esiti del processo di modernizzazione che ha coinvolto la pubblica amministrazione. Grazie a detto processo si è realizzato un progressivo avvicinamento del cittadino all'amministrazione in modo tale da posizionare l'amministrato su un piano di sostanziale parità al punto da permettergli di controllare l'operato della pubblica amministrazione. Quest'ultima sarebbe quindi definibile come "una casa di vetro"⁶². Emerge con chiarezza che la trasparenza orizzontale si inserisce nella relazione intercorrente tra cittadino e pubblica amministrazione alla quale viene richiesto di svolgere un ruolo estremamente responsabilizzato⁶³. Precisamente l'esistenza del principio di correttezza nei rapporti tra amministrazione pubblica e cittadini impone la tutela dell'affidamento dei privati nei confronti della prima⁶⁴.

Per quanto concerne l'aggancio costituzionale numerose sono le disposizioni⁶⁵ alle quali ricondurre la trasparenza poiché questa potrebbe essere collegata a tutte quelle disposizioni che garantiscono la sovranità popolare e la democraticità dell'ordinamento⁶⁶. Questi istituti sebbene siano profondamente diversi tra di loro sono tutti espressione del principio di trasparenza. Esso è quindi un valore delineato e capace di orientare le scelte della pubblica amministrazione distinto nettamente dal concetto di pubblicità. Questa possiede un carattere neutro dato che può essere definita come un mero stato dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento amministrativo non avente una propria portata assiologica ma rappresentante solamente la connessione per attuare nel singolo caso concreto il principio di trasparenza. Per alcuni aspetti la trasparenza è il profilo sostanziale della pubblicità

⁶² F. TURATI in *Atti del Parlamento Italiano Camera dei Deputati, sess. 1904-1908*, 22962.

Opinione contraria sostiene come sia "una metafora eccessiva, perché suppone che tutto ciò che accade all'interno dell'amministrazione debba essere visibile anche all'esterno ... nessun sistema amministrativo può essere totalmente trasparente, né totalmente opaco: come in tutti gli altri settori, anche nella decisione circa l'ampiezza della trasparenza entrano in gioco interessi, pubblici e privati, che debbono essere ponderati fra loro al fine di trovare il punto di equilibrio fra esigenze contrapposte." G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, 22.

⁶³ B. SELLERI, *Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo. Profili generali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1984, 14

⁶⁴ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

⁶⁵ P. TANDA, *La trasparenza nel moderno sistema amministrativo*, in *Nuove autonomie*, fasc. 1/2007, 159-181.

⁶⁶ Si tratta dell'art. 1, 2 Cost., nonché del principio di uguaglianza sostanziale e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese (art. 3 Cost.), dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) alla quale deve essere collegata la possibilità di agire in giudizio nei confronti degli atti amministrativi (art. 113 Cost.). Ulteriori riferimenti si rinvengono negli art. 13 e 97 Cost. A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973. C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1973, 106-120.

È stato sostenuto in dottrina come la democrazia prevale sull'autocrazia nel momento in cui il potere diviene progressivamente sempre più visibile tanto da assistere al passaggio da regola ad eccezione dei segreti di stato. A questo punto si assiste alla definizione del "governo della democrazia come il governo del potere pubblico in pubblico": «la democrazia è idealmente il governo del potere visibile, cioè del governo i cui atti si svolgono in pubblico, sotto il controllo della pubblica opinione». F. RIGANO, *Appunti sul profilo costituzionale della regola della trasparenza amministrativa*, in R. PROCACCINI - A. ZATTI (a cura di), *Anticorruzione e buon andamento della pubblica amministrazione: spunti e riflessioni*, Pavia, Pavia University Press, 2019, 30.

ma i due concetti non sempre sono sovrapponibili. A tal proposito è stato sostenuto che la trasparenza attiene ad una condizione dell'amministrazione, ne caratterizza l'essenza e fa riferimento ad una dimensione statica dell'amministrazione mentre la pubblicità fa riferimento ad una attività quindi ad una dimensione dinamica dell'amministrazione⁶⁷. Oltre a questo la trasparenza è chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa idonea a garantire che l'accesso e la pubblicità non risultino essere vani posto che questi non avrebbero alcun significato se le informazioni pubblicate o rese accessibili risultassero essere non comprensibili al destinatario⁶⁸.

Posto questo rapporto intercorrente tra pubblicità e trasparenza si deve analizzare una relazione ulteriore ossia quella intercorrente tra segretezza e trasparenza. Detto binomio non risulta essere incompatibile o contrastante poiché una secretazione disciplinata dalla legge e diretta a tutelare interessi di rango costituzionale nonché rispondente a criteri e finalità precise e chiare risulta essere conforme al principio di trasparenza. Dottrina autorevole ha sostenuto che “la garanzia della trasparenza passa anche attraverso una adeguata disciplina del segreto⁶⁹”. Un secondo aspetto concerne la riflessione secondo cui il segreto deve essere privilegiato ogni volta che la divulgazione delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione possa causare un eccessivo e non proporzionato sacrificio nei confronti del soggetto al quale dette informazioni si riferiscono rispetto all'interesse del soggetto richiedente dette informazioni⁷⁰. Se questa appena delineata risulta essere l'elaborazione italiana si deve ricordare come la trasparenza possieda specifici appigli normativi anche nelle fonti europee. A tal proposito il primo “documento” nel quale si fa riferimento al concetto di trasparenza è il Libro Bianco del 2001 relativo alla *Governance* europea. In esso la Commissione rinveniva tra altri principi fondamentali definiti come “punti di riferimento per il dibattito sul futuro dell'Europa” il principio di apertura e di partecipazione necessari per rendere più trasparente l'Unione Europea⁷¹.

Solamente con il Trattato di Amsterdam (1997) il principio di trasparenza trova una propria collocazione all'interno dei Trattati stessi grazie ad una modifica dell'art. A co. 2 TUE (attualmente art. 1 co. 2 TUE) contenente l'inciso “nel modo più trasparente possibile”. Si tratta di un percorso evoluto attraverso l'adozione del

⁶⁷ A.L. MAGLIULO, *Trasparenza e pubblicità nell'azione della pubblica amministrazione*, in *NelDiritto.it*.

⁶⁸ D. GAGLIOTTI.- M. RANIERI.- A.M. SAVAZZI, *Risultati e prospettive per i sistemi di valutazione della performance: confronto tra gli organismi indipendenti di valutazione delle Regioni e delle Province autonome*, Padova, Cedam, 2016, 174-176.

⁶⁹ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Atti del XXXV Convegno di studi di scienze dell'Amministrazione* Varenna - Milano, 1989- 1991, 62

⁷⁰ M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993, 25.

⁷¹ Libro Bianco sulla *Governance* europea, Commissione delle Comunità europee, 05.08.2001, COM(2001) 428, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52001DC0428>, 10. D.U.GALETTA, *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo*, in *RIDPC*, n. 2/2006, 265-280.

Trattato di Lisbona, nel successivo Trattato mai ratificato contenente la Costituzione per l'Europa e in altre disposizioni del TUE e nel TFUE⁷².

Queste previsioni contenute nei Trattati sono state incrementate dalla disposizione inserita nel Trattato CE la quale prevede il diritto per i cittadini dell'Unione Europea e per qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o che abbia la sede sociale in uno degli Stati membri di accedere ai documenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione (art. 255 CE). Oltre a questo vi sono state altre due importanti novità riguardanti il principio di trasparenza comunitario.

La prima concerne l'accesso pubblico ai documenti delle istituzioni contenuto nel Reg. 1049/2001/CE con il quale viene altresì prevista l'assenza di qualsiasi motivazione sottostante alla richiesta d'accesso. Di conseguenza è chiaro come questo assurga a vero e proprio diritto di cittadinanza⁷³.

La seconda novità riguarda l'inserimento nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea⁷⁴ il diritto di buona amministrazione affiancata al diritto di accesso ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione contenuto nell'art. 42 CDUE. Si deve precisare come detta previsione debba essere distinta da quella contenuta nell'art. 41 co.2 lett. b CDUE relativa al diritto ad una buona amministrazione. Quest'ultima si riferisce al diritto di ogni persona possedendo quindi un ambito applicativo soggettivo più ampio in quanto non riferito ai soli cittadini dell'Unione⁷⁵.

Nell'ordinamento comunitario le conseguenze immediate e dirette dell'esistenza del diritto alla trasparenza sono il già esaminato diritto di accesso, il diritto di essere ascoltati ed infine il diritto di motivare le decisioni. Il diritto di essere ascoltati prevede che ogni persona debba essere ascoltata prima che vengano adottati dei provvedimenti individuali idonei a creare pregiudizi nei suoi confronti. Si tratta di una garanzia di partecipazione procedimentale e preordinata alla funzione di difesa del singolo soggetto⁷⁶.

⁷²Viene previsto che *le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate* (art. 11 co.2-3 TUE), oltre a questo viene enunciato che *ciascuna istituzione, organo*

od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma (art. 15 co. 1 TFUE). Ulteriori disposizioni sono: l'art. 10 co. 3 TUE e l'art. 298 co. 1 TFUE.

⁷³J. ZILLER, *Commento all'art. II-102 Cost. UE*, in L. BURGORGUE-LARSEN-. A. LEVADE-. F. PICOD (cur.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Partie II – La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union – Commentaire article per article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 549.

⁷⁴E' stata proclamata a Nizza nel 2001 e divenuta vincolante nel 2009 mediante l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁷⁵D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in RIDPC, n. 3/2005, 819-829.

⁷⁶L. IDOT, *La transparence dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in J. RIDEAU (a cura di), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique?*, Paris L.G.D.J, 1999, 121.

L'obbligo di motivazione possiede, a contrario, origini molto antiche in quanto un nucleo primordiale era contenuto nell'art. 15 del Trattato CECA. In esso era previsto come tutte le decisioni, raccomandazioni ed avvisi adottati dall'Autorità dovevano essere motivati. Oltre a questo l'art. 190 del Trattato CEE del 1957 richiedeva come necessaria la motivazione dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni adottate dal Consiglio e dalla Commissione⁷⁷. L'attuale disposizione di riferimento, ossia l'art. 295 TFUE richiede la motivazione per l'adozione di tutti gli atti, siano essi vincolanti o non vincolanti alla quale si deve aggiungere la previsione secondo cui tutte le decisioni adottate dall'amministrazione devono essere motivate (art. 41 co. 2 lett. c CDUE).

La particolarità della trasparenza comunitaria dipende dall'esistenza, in primo luogo, di previsioni contenenti il diritto di ogni cittadino di "scrivere alle istituzioni" e di "ottenere risposta dalle stesse" in una delle lingue della Costituzione (art. 21 co. 4 TFUE, art. 41 co. 4 CDUE). In secondo luogo è previsto che tutti i documenti prodotti dalle istituzioni, organi ed organismi devono essere accessibili in ognuna delle lingue ufficiali dell'Unione⁷⁸.

5. Il bilanciamento (necessario) tra diritto alla riservatezza e alla trasparenza

I precedenti paragrafi dimostrano come il diritto alla riservatezza e quello alla trasparenza appartengano a due poli opposti e difficilmente conciliabili tra di loro nonostante entrambi possiedano quale caratteristica quella di assurgere a valori costituzionali. Lo schema da seguire per capire come conciliare questi due poli opposti è quello tipico e classico del diritto costituzionale ossia il bilanciamento tra diritti⁷⁹.

Il problema appena delineato è stato affrontato per la prima volta e recentemente dalla Corte costituzionale italiana con sentenza 20/2019. La disciplina oggetto di sindacato di legittimità costituzionale è la disciplina legislativa contenente il regime di pubblicità obbligatoria dei dati patrimoniali e reddituali relativi a soggetti esercitanti pubbliche funzioni. Originariamente la disciplina *de qua*, contenuta nel decreto legislativo n. 33/2013 richiedeva detta pubblicità solamente per gli esercenti le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, mentre con decreto legislativo n. 97/2016 detta previsione è stata estesa a tutti i soggetti ricoprenti incarichi dirigenziali. Proprio questa estensione ha causato l'incidente di costituzionalità in quanto viziata

⁷⁷ D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5/2016, 1019-1074.

⁷⁸ J. ZILLER, *Multilingualism and its Consequences on European Union Law*, in H.-J. BLANKE- P. CRUZ VILLALÓN- J. ZILLER (eds.), *Common European Legal Thinking - Essays in honour of Albrecht Weber*, Heidelberg, Springer, 2016, 437-440.

⁷⁹ A. P. GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29.3.16.

da irragionevolezza nonché lesiva dei principi fondamentali dettati in tema di tutela dei dati personali⁸⁰.

Il rapporto esistente tra diritto alla riservatezza e alla trasparenza non era stato ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue⁸¹ come un rapporto esistente fra due diritti aventi pari grado al punto da riconoscere sempre la supremazia del diritto alla *privacy*. Si tratta di pronunce assolutamente distanti dalle disposizioni comunitarie. Queste ultime, infatti, non spiegherebbero i propri effetti in una direzione univoca prevedendo un contemperamento diverso tra i due diversi diritti in modo tale da “porre in equilibrio due libertà o diritti fondamentali potenzialmente confliggenti⁸²”. Nell’ordinamento comunitario quindi i due diritti risultano essere confliggenti tra di loro poiché caratterizzati da una struttura asimmetrica.

Prima di analizzare il *dictum* della Consulta, a livello preliminare, ci si deve chiedere per quale motivo il giudice *a quo* abbia deciso di interpellare la Corte costituzionale. Il giudice remittente nonostante conoscesse la sentenza *Österreichischer Rundfunk*⁸³ con la quale la Corte di Giustizia aveva ritenuto direttamente applicabili le disposizioni rilevanti rimette la questione alla Corte costituzionale ravvisando la necessità di bilanciare il diritto alla protezione dei dati personali con un altro diritto avente pari rango costituzionale ossia il diritto alla trasparenza.

Venendo ora alla pronuncia del nostro Giudice delle Leggi si nota sin da subito come lo stesso ritenga che il diritto alla riservatezza e alla trasparenza debbano essere considerati diritti aventi entrambi fondamento costituzionale nonché rilevanza uguale⁸⁴. Questi diritti, di conseguenza, devono essere bilanciati secondo il canone di proporzionalità il quale esige che il legislatore scelga all’interno dell’insieme relativo alle misure idonee a perseguire il fine legittimo quella meno restrittiva dei diritti che si contrappongono. Nel caso sottoposto all’attenzione della Consulta la stessa ritiene come non possa essere ritenuta non sproporzionata la previsione della pubblicazione dei compensi corrisposti a vario titolo ai dirigenti dalle pubbliche amministrazioni dato che la stessa ha l’obiettivo di garantire il controllo sull’impiego delle risorse pubbliche in relazione ai servizi offerti e alle remunerazioni dei titolari di incarichi

⁸⁰ B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il “posizionamento” del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2019, 525-547.

⁸¹ Vedasi CGUE, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594-12, 8.4.14. CGUE, *Goole Spain*, C-131/12, 13.10.14.

⁸² E. CARLONI- M. FALCONE, *L’equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2017, 740.

⁸³ Cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01.

⁸⁴ “V’è da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all’intangibilità della sfera privata, che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti. Dall’altra parte, con eguale rilievo [vi sono] i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell’art. 97 Cost., al buon funzionamento dell’amministrazione e, per la parte che qui specificamente interessa, ai dati che essa possiede e controlla. Principi che, nella legislazione interna, tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione.”

pubblici. A contrario la non differenziazione all'interno della medesima categoria dei dirigenti pubblici in relazione al potere decisionale o di gestione attribuito dall'incarico risulta essere in violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza. A tal proposito la Corte radica la propria declaratoria di incostituzionalità⁸⁵ in relazione alla modulazione degli obblighi di pubblicità rapportati al grado di esposizione al rischio corruttivo del singolo incarico pubblico⁸⁶.

La pronuncia della Corte costituzionale italiana riveste assoluta importanza per due ordini di motivi. *In primis*, come accennato in precedenza, è la prima pronuncia del Giudice costituzionale italiano in materia di bilanciamento tra il diritto alla *privacy* e alla riservatezza. *In secundis* con detta pronuncia la Consulta riconosce pari dignità a questi due diritti che risultano essere ontologicamente contrapposti l'uno all'altro. Nonostante questo si deve sottolineare come il bilanciamento tra diritto alla riservatezza e alla trasparenza non sia un'esperienza sconosciuta alla riflessione giuridica italiana in quanto sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa sono state più volte chiamate a rinvenire questo delicato equilibrio in relazione ai limiti posti al diritto di accesso⁸⁷ alla luce della disciplina sulla *privacy*.

Il contemperamento tra questi due diritti risulta essere estremamente necessario poiché sono le stesse fonti disciplinanti a richiedere lo svolgimento di detta operazione. Precisamente viene sostenuto *expressis verbis* che il diritto alla protezione dei dati personali non può essere definito come “una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità” e viene altresì indicato come la trasparenza debba trovare applicazione coerentemente con le esigenze richieste dalla disciplina dettata in materia di protezione dei dati personali.

⁸⁵ La scelta circa la modulazione degli obblighi di pubblicità rapportati al ruolo ricoperto dai dirigenti viene affidata al legislatore non essendo la scelta “a rime obbligate”.

⁸⁶ O. POLLICINO-. F. RESTA, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)* fasc. 1/2019, 110-121.

⁸⁷ Questo da sempre è stato ritenuto l'istituto “totemico” della trasparenza e tutta la riflessione dottrinale comunitaria relativa alla trasparenza si incentra prevalentemente sui limiti posti al diritto di accesso. Autorevole dottrina ha sostenuto come il diritto di accesso possa essere considerato “la chiave della casa di vetro dei pubblici poteri, in contrapposizione alla democrazia del segreto”. L'aggancio costituzionale del diritto di accesso, sebbene ancora ad oggi risulti essere implicito, è stato rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei principi di buon andamento e di pubblicità dell'azione amministrativa oltre che a quello di difesa e di efficienza della pubblica amministrazione. P. MILAZZO, *L'istituto-simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dall'amministrazione. Tra evoluzione normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela*, in *Relazione al Convegno trasparenza, acceso a información pública y lucha contra la corrupción* – Universidad de Cadiz – INDESS; 26 e 27 settembre 2019.

Si deve precisare come il legislatore ha costruito il diritto di accesso come se fosse un potere diretto a perseguire il pubblico interesse il quale per natura propria è superindividuale e di conseguenza non può essere qualificato né come diritto soggettivo né come interesse legittimo. Si tratta di una potestà avente tratti tipici diversi da quelli del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo in quanto possiede al proprio interno l'interesse al suo esercizio il quale viene definito come doveroso e non disponibile. R. CIFARELLI, *Note su diritto d'accesso e riservatezza*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc. 4/2013, 914-924.

L'armonizzazione di questi due diritti risulta essere assai difficoltosa posta la totale contrapposizione tra gli stessi. Queste problematiche derivano, in parte, dall'evoluzione del dibattito che si è articolato intorno a questi due poli opposti. La riflessione giuridica relativa al diritto alla *privacy* proprio per la sua caratteristica peculiare di prestare estrema attenzione alle dinamiche derivanti dall'evoluzione della rete fa emergere la sua natura difensiva⁸⁸. La circolazione continua di dati richiede la protezione dell'individuo attraverso la previsione di limiti alla circolazione delle informazioni al fine di garantire alla persona protezione, dignità e rispetto dei suoi diritti⁸⁹. Se con riferimento alla *privacy* si può parlare di diritto, in relazione alla trasparenza si deve utilizzare il sostantivo dovere dato che riguarda un modo di essere della pubblica amministrazione. Dal quadro appena delineato emerge chiaramente come il dibattito non possa assumere soluzioni appaganti. Il diritto riconosciuto alla persona in relazione alla protezione dei dati possiede quale interlocutore il potere e lo strumento utilizzato per far dialogare questo diritto e questo potere, ossia la legge, viene interpretato come uno mezzo grazie al quale il potere assume declinazioni e sfumature diverse⁹⁰.

Se queste sono le differenze si deve ricordare come trasparenza e protezione dei dati possiedano un comune denominatore ossia l'essere entrambi degli strumenti a servizio della persona, della sua protezione e della sua realizzazione. Il soggetto possiede due esigenze contrapposte: la protezione delle informazioni che lo riguardano ma, allo stesso tempo, ha bisogno di ottenere delle informazioni. Questa contrapposizione trova la propria espressione massima nella rete la quale diviene lo spazio all'interno del quale dialogano democrazia, trasparenza e *privacy*⁹¹. Nella rete infatti l'individuo non può essere definito meramente come consumatore o utente ma è un soggetto che vuole informarsi e partecipare e compie queste due azioni ricorrendo sempre di più (se non esclusivamente) alla rete e lì cerca, naviga, lascia sempre più tracce digitali, diffonde, anche inconsapevolmente, i propri dati personali⁹².

La principale difficoltà dell'operazione di bilanciamento in relazione a questi due diritti deriva dalla circostanza secondo cui sia proprio l'ordinamento a cercare di rinvenire una soluzione. La legislazione nazionale infatti opera in una triplice direzione: da una parte è orientata ad assicurare la massima trasparenza per ottenere il miglioramento della pubblica amministrazione in termini di efficacia, efficienza,

⁸⁸ S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice della privacy*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2014.

⁸⁹ M.F. COCUCCIO, *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 949-955.

⁹⁰ E. CARLONI- M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, *op. cit.*

⁹¹ L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *Federalismi.it.*, n. 9/2017.

⁹² S. RODOTÀ, *Iperdemocrazia. Come cambia la sovranità democratica con il web*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

imparzialità, legittimazione pubblica e prevenzione della *maladministration*. Dall'altra parte crea un sistema di disposizioni dirette ad evitare il pericolo che l'eccessiva trasparenza possa sfociare in un controllo eccessivo diretto a limitare la protezione dei dati. Infine la stessa legge detta strategie di bilanciamento contenenti a loro volta soluzioni differenziate.

La disciplina in vigore⁹³ conferisce al legislatore un ruolo nevralgico circa la definizione delle ragioni di pubblico interesse necessarie a giustificare le limitazioni alla protezione dei dati personali. Si tratta di uno spazio di apprezzamento non totalmente libero poiché lo stesso risulta essere compreso dalle fonti europee contenenti gli interessi rilevanti e oltre a ciò le limitazioni sono ritenute ammissibili quando si tratti di misure necessarie e proporzionate in una società democratica⁹⁴. Di conseguenza la discrezionalità del legislatore nazionale risulta essere, in ultima analisi, sindacabile e necessita di essere valutata alla luce delle regole europee secondo cui il trattamento deve essere fondato alternativamente sul consenso, su regole europee o su regole degli Stati membri a condizione che queste ultime possano essere ritenute “una misura necessaria e proporzionata tenuto conto di altre esigenze di interesse pubblico⁹⁵”. Per quanto riguarda l'aspetto della trasparenza lo stesso regolamento europeo affida al legislatore nazionale l'arduo compito di rinvenire un equilibrio tra le esigenze di riservatezza con la libertà di informazione.

L'esempio pratico maggiormente conosciuto e risalente relativo al contemperamento tra le esigenze di trasparenza e di protezione dei dati è sicuramente quello relativo al diritto di accesso ai documenti amministrativi il quale rinviene la propria fonte normativa nella l. n. 241/1990 precisamente nel capo V successivamente modificato dalla legge n. 15/2005. Queste disposizioni legislative contemperano e delinano il diritto di accesso alla luce delle regole dettate in materia di riservatezza e di trasparenza seguendo diverse linee direttrici. In particolare oltre alle modalità di anonimizzazione e di limitazione dell'accesso centrale risultano essere

⁹³ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. II. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, Giappichelli, 2016, 14-28.

⁹⁴ Simile formulazione si rinviene nell'art. 10 co.2 CEDU circa le limitazioni alla libertà di informazione secondo cui questa “comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”

⁹⁵ Gli interessi elencati nell'art. 23 Reg. Ue 2016/679 sono l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale; la salvaguardia dell'indipendenza della magistratura e dei procedimenti giudiziari; le attività volte a prevenire, indagare, accertare e perseguire violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; una funzione di controllo, d'ispezione o di regolamentazione connessa, anche occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri in una serie di casi che rimandano ad alcuni degli interessi qui elencati; l'esecuzione delle azioni civili.

presenti sia la tutela procedimentale riconosciuta ai contro-interessati all'accesso e il ruolo para-giurisdizionale riconosciuto all'amministrazione nel momento in cui la stessa debba bilanciare il diritto alla conoscenza con quello alla riservatezza⁹⁶.

La legge sul procedimento amministrativo risulta essere tendenzialmente favorevole nell'affermare la prevalenza dell'interesse all'informazione nonostante venga esplicitamente previsto, all'art. 24 co. 7 l. n. 241/1990, che il diritto di accesso "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". Questa previsione deve però essere valutata in concreto e rapportata con le disposizioni sempre più stringenti esistenti circa i dati oggetto di protezione. A tal proposito la giurisprudenza ha sostenuto che "rispetto al principio di *favor* per la conoscibilità occorre che il principio venga applicato *cum grano salis*, attraverso la ricerca e l'identificazione di un punto di equilibrio che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, tenga conto della necessità di assicurare la tutela dell'interesse giuridicamente rilevante, di cui è titolare il soggetto che esercita il diritto di accesso, nonché di salvaguardare l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati, cosicché è indispensabile che un'attenta valutazione, caso per caso, delle situazioni giuridiche che vengono via via in considerazione⁹⁷".

Partendo dalla considerazione secondo cui l'accesso ai documenti amministrativi rappresenta uno dei principi generali dell'attività amministrativa l'equilibrio può essere rinvenuto in parte dalla legge, in parte attraverso una fonte regolamentare⁹⁸ o può essere infine rimesso alla pubblica amministrazione. Quest'ultima viene chiamata a valutare nel caso concreto la sussistenza delle condizioni richieste per l'accesso, l'indispensabilità di detto accesso qualora risultino essere presenti dati sensibili ed infine l'operazione di bilanciamento tra i due diversi diritti.

La legge, precisamente l'ultimo comma dell'art. 24 l. n. 241/1990, indica le diverse strategie da utilizzare per procedere in concreto al bilanciamento, ossia "nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale". Oltre a questa disposizione nevralgica lo stesso legislatore indica un elenco di ipotesi in relazione alle quali distinguere a seconda che l'accesso si riferisca a: dati ordinari o comuni, dati sensibili, dati super-sensibili. Si tratta di una disciplina

⁹⁶ M. CLARICH, *Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa*, in *Foro amm. – TAR*, fasc. 12/2004, 3890.

⁹⁷ Cons. Stato Sez. V, 28-09-2007, n. 4999.

⁹⁸ "Il Governo può prevedere, con regolamento, casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi [...] quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale" ex art. 24 co. 6 L. 241/1990.

dettata in modo da armonizzare la legge sul procedimento amministrativo e il codice della *privacy* secondo la quale la protezione accordata alle diverse tipologie di dati segue un *climax* ascendente. Precisamente se si tratta di dati comuni è pacifica la prevalenza dell'interesse all'informazione del titolare del diritto di accesso, in relazione ai dati sensibili è necessario svolgere una valutazione un po' più complessa contenente una esame di indispensabilità del dato ai fini difensivi. Infine qualora si dovesse trattare di dati super-sensibili il bilanciamento dovrà essere effettuato considerando i diritti da difendere una volta ammessa la conoscenza dei dati super-sensibili: si deve trattare di "diritti che devono essere, appunto, di rango almeno pari, a quello alla riservatezza, in una valutazione-bilanciamento che va fatta in concreto e non in astratto"⁹⁹. In detto caso viene richiesto che la valutazione sia ponderata, comparativa e concreta diretta ad analizzare in maniera concreta gli interessi coinvolti al fine di evitare soluzioni astratte e precostituite le quali risulterebbero essere inadeguate in quanto non rispondenti alla realtà del caso concreto¹⁰⁰.

A seguito della riforma avvenuta con il d.lgs. n. 33/2013¹⁰¹ la trasparenza è stata interpretata come trasparenza totale attraverso la quale sono stati individuati e indicati una serie di dati definiti come pubblici e in relazione ai quali "chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli" (art. 33 co. 1 d.lgs. n. 33/2013). Si tratta di un sistema volto a favorire la trasparenza nel quale non emergono le logiche del bilanciamento in concreto poiché la contrapposizione tra *privacy* e conoscenza è risolta dal legislatore in maniera astratta e preventiva nel momento in cui lo stesso indica una serie di documenti, dati ed informazioni ai quali applicare il disposto normativo di cui al d.lgs. n. 33/2013. Da ciò deriva che i dati personali comuni nell'ipotesi in cui siano oggetto di pubblicazione obbligatoria soggiacciono ad un regime di pubblicità piena posto che agli stessi si estendono gli obblighi di pubblicità contenuti nella disciplina in esame¹⁰².

Un temperamento diverso è previsto quando si tratta di dati sensibili o giudiziari. In questa ipotesi la pubblicazione¹⁰³ viene ammessa nei siti istituzionali solamente se vi è in primo luogo una chiara individuazione da parte del legislatore dei dati sensibili e giudiziari oggetto di pubblicazione e in secondo luogo una valutazione circa il loro essere indispensabili in relazione alle finalità dell'obbligo di trasparenza.

⁹⁹ P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 1115.

¹⁰⁰ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2015.

¹⁰¹ Con esso è stata approvata in maniera definitiva la disciplina circa gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della pubblica amministrazione. I principali aspetti innovativi riguardano l'armonizzazione della disciplina con il Codice della privacy, la previsione per le Regioni a statuto speciale e per le Province di Trento e Bolzano di individuare specifiche forme di applicazione della nuova disciplina alla luce della particolarità dei loro ordinamenti.

¹⁰² E. CARLONI, *Il bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Rivista di diritto pubblico*, fasc. 3/2017, 118.

¹⁰³ In questa ipotesi si tratta solamente di pubblicazione e non anche di indicizzazione, rintracciabilità.

Un bilanciamento ancora diverso è previsto per i dati super-sensibili rispetto ai quali viene vietata la pubblicazione *on-line* con riferimento a quei dati capaci di rivelare lo stato di salute, la vita sessuale oppure identificativi di persone fisiche beneficiarie di aiuti economici mediante le quali sia possibile conoscere lo stato di salute o la situazione di disagio economico-sociale degli stessi.

Da quanto appena evidenziato emerge chiaramente la *voluntas* del legislatore ossia creare coerenza tra questo impianto normativo con quello dettato in materia di protezione dei dati personali a cui si deve aggiungere la combinazione di linee guida provenienti sia dal Garante della *privacy* sia dall'Autorità nazionale anticorruzione¹⁰⁴. Questo combinato disposto è possibile grazie ad una integrazione tra principi e valori che a volte riescono a creare una situazione di stabile equilibrio altre volte fanno emergere le difficoltà emergenti nel conciliare le diverse esigenze. A tal proposito si segnala come le linee guida del Garante facciano emergere l'assoluta importanza nonché la concreta possibilità di integrare i principi dettati in materia di *privacy* con quelli relativi alla trasparenza. Le linee guida sono preordinate ad individuare cautele circa le scelte legislative che qualificano come legittimo il trattamento di diffusione dei dati personali mediante i canali istituzionali. Il metodo che viene adottato è quello preordinato a garantire, contemporaneamente, sia i dati personali sia l'informazione.

Se quello appena descritto risulta essere il punto di equilibrio tra diritto alla *privacy* e alla trasparenza, il rapporto tra protezione dei dati personali e *open data* risulta essere più difficile da conciliare. Precisamente la trasparenza totale come *open data* viene ritenuta dal Garante come eccessiva e di conseguenza viene corretta con un intervento modificativo. Le linee guida del 2014¹⁰⁵ fanno trapelare delle prese di posizioni non sempre coerenti con il dettato normativo poiché le stesse evidenziano in modo lapalissiano la problematicità di questo equilibrio controverso nonostante lo stesso promani da un chiaro e definito indirizzo legislativo¹⁰⁶. Si tratta di problematiche¹⁰⁷ che possono essere ricondotte, anche se in maniera estremamente sintetica, al problema della indicizzazione e della libera rintracciabilità dei dati personali pubblicati tramite i motori di ricerca web, alla previsione circa una libera ri-utilizzazione dei dati

¹⁰⁴ *Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*; Delibera n. 50 del 4.7.2013: *Linee guida per l'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016*;

¹⁰⁵ G. DI COSIMO, *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la privacy*, in *Giornale di storia costituzionale*, fasc. 31/2016, 169.

¹⁰⁶ E. CARLONI, *Le Linee guida del Garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità (Comm. a provv. Autorità garante protezione dati personali 15 maggio 2014)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 11/2014, 1113-1121.

¹⁰⁷ Si tratta di aspetti concernenti la decontestualizzazione dei dati, la perdita di controllo circa la finalità che legittima il trattamento degli stessi nonché implicazioni importanti per il diritto all'oblio. M. BASSINI-. O. POLLICINO, *Conciliare diritto all'oblio e la libertà di informazione nell'era digitale. Passato e futuro della protezione dei dati personali nell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. II/2014, 640-658.

personali pubblicati nonché alle ambiguità rinvenibili circa la durata di pubblicazione dei medesimi dati¹⁰⁸.

L'auspicato equilibrio tra queste due contrapposte esigenze potrebbe essere costruito dall'ANAC sfruttando la previsione dell'art. 3 co. 1-*bis* secondo cui “sentito il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui siano coinvolti dati personali e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sulle amministrazioni pubbliche, può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione”. Questa funzione sarebbe idonea a garantire un bilanciamento maggiormente equilibrato posto che con l'esercizio della stessa sarebbe garantita la conoscibilità, verrebbe consentito l'accesso civico nei confronti di dati e documenti nella loro integralità ma allo stesso tempo non si tratterebbe di trasparenza totale mediante i siti istituzionali¹⁰⁹.

Questo sistema volto a incentivare la massima conoscibilità delle informazioni di interesse pubblico pre-individuate dal legislatore ha portato alla progressiva affermazione del *right to know*¹¹⁰ ispirato al modello del *Freedom Of Information Act* di origine statunitense¹¹¹. Riconoscendo un diritto di accesso a chiunque vengono meno i meccanismi di bilanciamento ossia sia quelli preordinati a limitare il novero di soggetti legittimati all'accesso sia quelli relativi alla definizione della normativa relativa ai contenuti accessibili. In questo ambito il bilanciamento segue lo schema tipico dei modelli di *freedom information* che prevede quale meccanismo, ad esempio, quello della pseudo-anonimizzazione.

¹⁰⁸ S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della “trasparenza amministrativa”*, in *Jus-online*, 2015,37-38.

¹⁰⁹ E. CARLONI- M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, *op., ult.,cit.*

¹¹⁰ Secondo l'art. 3 del D.lgs. 97/2016 tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli – anche mediante l'accesso diretto e senza autenticazione ed identificazione ai siti istituzionali – di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli.

¹¹¹ Il *Freedom Of Information Act* affonda le proprie radici in un contesto culturale caratterizzato da due referenti essenziali ossia il *right to know* e il *freedom of speech*. In questo modo viene rivendicato il diritto di contestare per iscritto e di diffondere le informazioni “*arbitrary political power, preparing the way for the revolutionary concepts of popular sovereignty and the people's right to know, which were eventually embodied in the American Constitution*”. Si deve evidenziare come nonostante i padri costituenti abbiano ritenuto il *right to know* quale diritto essenziale per la democrazia, allora nascente, degli Stati Uniti il fondamento legale al quale ancorare questo diritto è sempre stato un aspetto problematico. Nonostante si tratti di un diritto spesso richiamato dalle Corti americane esso non può essere ritenuto un principio sul quale fondare la decisione dei singoli casi concreti. Partendo da detta circostanza il Congresso statunitense con un atto legislativo ha adottato il *Freedom Of Information Act*. D.U GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, *op., cit.* H.N. FOERSTEL, *Freedom of information and the right to know*, Westport Connecticut, Greenwood press, 1999, 8.

La disciplina recente in materia di accesso civico generalizzato si ispira al modello poc'anzi descritto¹¹². L'art. 5 co.2 d.lgs. n. 97/2016 nel dettare la disciplina in materia di accesso civico generalizzato consente a chiunque di accedere gratuitamente ai documenti, informazioni e dati in possesso delle amministrazioni pubbliche e ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria “allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”. L'accesso civico generalizzato risulta essere quindi un diritto di accesso che consente attraverso un'istanza diretta ad ottenere tutti i dati, tutte le informazioni e i documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria in possesso dell'amministrazione e nel rispetto di alcuni limiti. Secondo una parte della dottrina detto istituto aumenterebbe l'efficacia del sistema della trasparenza poiché con esso la pubblicità è divenuta la regola mentre il segreto e la riservatezza costituiscono l'eccezione in quanto la riforma operata con il d.lgs. n. 97/2016 avrebbe inserito nell'ordinamento una presunzione generale di conoscibilità¹¹³.

Si tratta di affermazioni non pienamente condivisibili posto che il quadro normativo risulta essere abbastanza complesso. Dal combinato disposto dell'art. 5 e 5-*bis* emerge come sono accessibili solamente quei dati che la pubblica amministrazione ritiene di non dover mantenere riservati a garanzia di interessi pubblici e privati. La logica conseguenza è che è l'amministrazione a decidere che cosa è conoscibile in base ad una valutazione discrezionale nell'ipotesi in cui si tratti di interessi-limite avente natura privata oppure a seguito di una valutazione arbitrale qualora in gioco vi siano interessi-limite di natura privata. L'elenco contenuto nell'art. 5-*bis* dei limiti è stato definito, infatti, come numeroso, ampio, esteso ma anche indeterminato. Si tratta di caratteristiche che non solo comprimono il diritto alla conoscibilità e alla trasparenza che lo stesso dovrebbe assicurare¹¹⁴ ma inducono altresì la pubblica amministrazione ad effettuare un'operazione di bilanciamento difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale¹¹⁵.

Passando ad analizzare i limiti posti dall'art. 5-*bis* lo stesso indica degli interessi pubblici e privati non possiedono carattere assoluto¹¹⁶ e di conseguenza rispetto ad

¹¹² La disciplina dettata in materia di accesso civico generalizzato avvicina molto quest'ultimo al modello del *Freedom Of Information Act* ossia un diritto strumentale alla trasparenza amministrativa intesa in un duplice senso ossia strumentale sia al controllo generalizzato sull'azione e organizzazione amministrativa nonché quale strumento di partecipazione e tutela dei diritti dei cittadini.

¹¹³ F. DURANTE, *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7.3.2018, 3.

¹¹⁴ C. CUDIA, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità* (art. 3 co.1) in B. PONTI, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, Maggioli Editore, 2016, 112.

¹¹⁵ N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 3/2019, 539-585.

¹¹⁶ Per quanto concerne i limiti assoluti all'accesso gli stessi sono contenuti nell'art. 5-*bis* co. 3 D.lgs. 33/2013 ossia nelle ipotesi in cui una disposizione di legge, sulla base di una valutazione preventiva e generale, per

essi il limite opera solamente nel momento in cui il pregiudizio sia stato valutato in concreto. Per quanto interessa ai fini di questo saggio si deve precisare come le stesse linee guida stabiliscono che il pregiudizio alla protezione dei dati personali si ritiene concreto quando vi sia un nesso di causalità preciso tra l'accesso e il danno. Le amministrazioni sono chiamate a dimostrare che il pregiudizio alla riservatezza dei dati dipenda direttamente dalla diffusione dell'informazione rispetto alla quale è stata avanzata l'istanza oltre che si tratti di un evento altamente probabile.

In altri termini se l'istanza di accesso generalizzato ha quale oggetto documenti o dati rispetto ai quali sono dettate delle eccezioni l'amministrazione prima di adottare ed emettere il provvedimento finale deve svolgere l'operazione di bilanciamento. In primo luogo deve svolgere *l'harm test* ossia accertare se dalla diffusione dei documenti rispetto ai quali l'istanza è stata avanzata possa derivare un pregiudizio concreto alla tutela di interessi privati¹¹⁷. A tal proposito le linee guida ANAC n. 1309/2016 hanno indicato quali criteri la concreta identificazione e qualificazione del danno specifico che potrebbe derivare all'interesse protetto qualora si procedesse a rilasciare il documento o il dato richiesto. Questa prima valutazione deve essere effettuata contestualmente al momento in cui l'informazione viene rilasciata quindi non deve essere svolta in modo assoluto e atemporale. La seconda indicazione richiede che l'amministrazione valuti che il rischio di pregiudizio all'interesse protetto sia un pregiudizio prevedibile e non solamente ipotetico¹¹⁸. Infine è compito dell'amministrazione dimostrare la sussistenza della relazione causale diretta intercorrente tra la divulgazione e il danno che potrebbe derivare dall'interesse protetto. A tal proposito si deve evidenziare che l'amministrazione nel momento in cui verifica la concretezza del pregiudizio deve prendere in considerazione anche le conseguenze relative alla sfera morale, sociale e relazionale di cui potrebbe soffrire l'interessato o altre persone legate allo stesso da un vincolo affettivo una volta che il dato o documento sia divenuto conoscibile da parte di chiunque¹¹⁹. Si tratta di conseguenze che potrebbero riguardare azioni future esperibili dai terzi nei confronti del soggetto interessato oppure situazioni idonee a discriminare o estromettere detto soggetto oppure ancora altri svantaggi personali o sociali. È evidente infatti che una volta che i dati sono usciti dal controllo del titolare e sono messi a disposizione di

tutelare interessi prioritari e fondamentali, dispone sicuramente la non ostensibilità di dati, documenti e informazioni. S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, op., cit.

¹¹⁷ A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017, 9-12.

¹¹⁸ Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12.3.2018, n. 303. Corte di giustizia Ue, 26.1.2010, C-362/08, *Hilfsfonds/Commissione*.

¹¹⁹ Art. 3 co.1 e art. 7 D.lgs. 33/2013 secondo cui "i dati e i documenti forniti al richiedente tramite l'accesso generalizzato sono considerati come pubblici, sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali".

chiunque vengono a mancare le garanzie di correttezza e sicurezza apprestate dall'istituzione che li deteneva¹²⁰.

Se compiuto questo procedimento emerge come non vi sia alcun rischio circa la verifica del pregiudizio la richiesta di accesso civico generalizzato può essere accolta *in toto*. Nel caso contrario e anche qualora dovesse residuare un mero dubbio sarebbe necessario effettuare una seconda valutazione prima di adottare il provvedimento finale. A tal proposito si richiede che l'amministrazione valuti se alla luce delle circostanze concrete si debba ritenere maggiore l'interesse del pubblico alla conoscenza diffusa dell'informazione o quello alla riservatezza a protezione degli interessi tutelati¹²¹.

Se il bilanciamento venisse svolto in base agli *step* appena indicati risulterebbe idoneo ad offrire un quadro di valutazione estremamente completo¹²². Le amministrazioni, seguendo la procedura indicata, accertano sia se la diffusione di quanto richiesto possa causare un pregiudizio ad un interesse concreto sia se nella fattispecie concreta l'interesse generale possa essere meglio soddisfatto con l'ostensione o con il diniego all'accesso¹²³. Si tratta del *public interest test* altamente diffuso a livello internazionale ed europeo nonché reputato come necessario in diverse pronunce giurisprudenziali italiane¹²⁴.

In una pronuncia relativa alle licenze commerciali i giudici amministrativi hanno evidenziato che “nonostante la scelta esplicita operata dal legislatore italiano sembri orientata al solo criterio del pregiudizio, la scelta finale deve tenere conto anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante¹²⁵”. Questo assunto si basa sulla considerazione secondo cui applicando i canoni di proporzionalità e ragionevolezza sia necessario esaminare tutte le esigenze di tutti i titolari di interessi esistenti nell'azione amministrativa al fine di individuare la soluzione che comporti il minor sacrificio per tutti gli interessi coinvolti.

Il Consiglio di Stato, in relazione ad una richiesta di accesso ai dati relativi ai flussi commerciali del latte e di prodotti caseari, ha sostenuto che debba ritenersi prevalente l'interesse alla trasparenza e alla credibilità dinnanzi ai consumatori qualora si tratti di informazioni relative alla provenienza delle materie. È stato fatto prevalere detto interesse rispetto a quello degli operatori privati che avrebbero potuto subire un

¹²⁰ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrazione, op., ult., cit.*

¹²¹ A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.1/2019, 23-24.

¹²² Parte della dottrina ritiene che la mancanza di criteri normativi chiari e puntuali nonché alcuni aspetti procedurali quali il necessario coinvolgimento del Garante della *privacy* e il regime degli *open data* rendono il bilanciamento “sbilanciato” a favore della riservatezza. N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico, op., cit.*

¹²³ M. FILLICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2019, 861-913.

¹²⁴ L. CALIFANO- C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 83-100.

¹²⁵ Tar Campania, sez. VI, 22.5.2019, n. 2486.

pregiudizio derivante dalla divulgazione di dette informazioni. La conoscenza di queste ultime, per i giudici di Palazzo Spada, risponde “alle esigenze di tutela dei consumatori e di rintracciabilità della filiera che motivano gli obblighi di etichettatura, consentendo di attivare quel controllo diffuso sull'attività amministrativa perseguito dall'accesso civico generalizzato¹²⁶”.

Adottando la tecnica del bilanciamento possono crearsi delle situazioni pratiche nelle quali risulta estremamente arduo per l'amministrazione optare per una scelta alternativa tra accesso pieno o diniego totale. Per questo motivo il legislatore ha previsto dei “correttivi” ossia la possibilità di adottare una soluzione definibile come intermedia capace di rinvenire un corretto equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Si tratta della previsione legislativa di due strumenti: l'accesso parziale e il differimento ex art. 5-*bis* co. 4-5 d.lgs. n. 33/2013.

Il primo trova applicazione qualora l'amministrazione ritenga che nel documento oggetto della istanza di accesso contenga dei dati personali che qualora diffusi potrebbero creare un pregiudizio ai diritti cui si riferiscono. Con l'istituto dell'accesso parziale¹²⁷ vengono oscurati o rimossi i dati relativi ai dati personali consentendo all'amministrazione di procedere al rilascio dei documenti. In questo modo viene salvaguardato al tempo stesso sia l'interesse del richiedente sia quello del controinteressato.

Il differimento, invece, opera su un altro piano cioè permette alle eccezioni relative di esplicitare i loro effetti solamente entro il lasso temporale ritenuto strettamente necessario per tutelare gli interessi protetti. Così facendo i dati personali o i documenti divengono accessibili solamente nel momento in cui l'amministrazione riterrà che il rischio relativo alla verifica del pregiudizio possa considerarsi come azzerato¹²⁸.

Per concludere si deve ricordare che nell'ipotesi in cui la richiesta di accesso ai dati o ai documenti dovesse essere accolta violando i limiti imposti dalla legge si integra la fattispecie di trattamento illecito dei dati personali. Quest'ultimo si concretizza nella comunicazione di dati violando un obbligo dettato dalla legge dal quale deriva la responsabilità amministrativa e civile consistente, rispettivamente, in sanzioni pecuniarie previste dal Codice sul trattamento dei dati personali e il risarcimento del danno da illecito trattamento dei dati personali (art. 15 d.lgs. n. 196/2003).

¹²⁶ Cons. Stato, sez. III, 6. 3. 2019, n. 1546.

¹²⁷ Secondo la giurisprudenza europea la potenziale applicabilità di detto istituto deve essere vagliata alla luce del principio di proporzionalità. L'autorità quindi deve esaminare in modo accurato le domande rifiutando le richieste quando dal rilascio del documento o dei dati potrebbe derivare un pregiudizio effettivo e concreto alla tutela degli interessi protetti. Corte di giustizia Ue, 6.12.2001, C-353/99 P, *Consiglio/Hautala*, Tribunale di primo grado, 25.4. 2007, T-265/04, *WWF European Policy Programme/Consiglio*; Tribunale di primo grado, 2.9.2013, T-331/11, *Besselink/Consiglio*.

¹²⁸ M. FILLICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, op., cit.

6. Conclusione

Dopo aver svolto questo *excursus* relativo prima alla nascita e sviluppo della *privacy* e trasparenza considerate quali fenomeni distinti per poi giungere all'analisi della interazione delle stesse si ritiene di dover concludere appoggiando e privilegiando un'opera di bilanciamento tra le stesse avendo quale monito le indicazioni della Consulta secondo cui la tutela di nessun diritto non può assumere un valore assoluto¹²⁹. Corollario di detta affermazione prevede che quando si procede a bilanciare il diritto alla riservatezza con il diritto alla trasparenza sia necessario adottare alcune “regole¹³⁰”.

In primo luogo il diritto alla trasparenza può essere bilanciato solamente con interessi aventi uguale rango costituzionale, se il diritto alla riservatezza dovesse essere in contrasto con un diritto riconosciuto solamente dal legislatore ordinario la prevalenza del primo dovrebbe ritenersi pacifica. In secondo luogo posto che in materia di diritti la libertà risulta essere la regola mentre la restrizione costituisce l'eccezione il diritto alla *privacy* verrà limitato a due condizioni. *In primis* questa operazione di costrizione deve risultare funzionale per la tutela di un altro diritto costituzionale, *in secundis* si procederà a comprimere il diritto alla riservatezza a condizione che non vi siano altre soluzioni idonee a proteggere entrambi le situazioni soggettive¹³¹. Infine è necessario che le restrizioni alla *privacy* siano ispirate al principio di proporzionalità limitandole allo stretto necessario alla tutela di altri diritti ed interessi senza mai eccedere detto scopo¹³².

¹²⁹ Corte cost., 9.5.2013, n. 85.

¹³⁰ S. SCAGLIARINI, *In tema di privacy: virtù e vizi della cultura giuridica*, in *Ars Interpretandi*, n. 1/2017, 49-66.

¹³¹ G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 352.

¹³² F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 39-44.

ABSTRACT

Questo contributo è formato essenzialmente da tre parti. La prima è dedicata all'analisi dell'evoluzione del concetto di *privacy* partendo da contesto legale degli Stati Uniti d'America per poi arrivare alla riflessione italiana. La seconda parte concerne la definizione di trasparenza sia nel contesto italiano che europeo partendo dalla previsione contenuta nella legge n. 241/1990. Infine l'ultimo paragrafo principale riguarda il bilanciamento tra il diritto alla *privacy* e il diritto alla trasparenza partendo dalla recente pronuncia della Corte costituzionale italiana.

This essay is essentially composed of three main parts. The first one is dedicated to the analysis of the evolution of the concept of privacy starting from the legal context of the United States of America and then to the Italian legal reflection. The second main aspect concerns the definition of transparency in Italian and Community law on the basis of the provisions contained in Law n. 214/1990. Finally, the last main paragraph deals with the balancing of the right to privacy and the right to transparency starting from the recent ruling of the Italian Constitutional Court.

PAROLE CHIAVE: diritto alla *privacy* diritto alla trasparenza; bilanciamento; evoluzione; decisioni giurisprudenziali.

KEYWORDS: right to privacy, right to transparency, balancing, development; legal decision.