

REPERTORIO DEGLI APPALTI PUBBLICI

LUCA R. PERFETTI

Volume primo



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2005

INDICE GENERALE

Volume primo

Introduzione	Pag.	V
Accesso agli atti e privacy [B. BISCHI]	»	1
Adeguamento del corrispettivo [A. ROSI]	»	18
Aggiudicazione definitiva [G. MANFREDI]	»	32
Aggiudicazione provvisoria. [G. MANFREDI]	»	37
Ambito soggettivo ed oggettivo (forniture) [E. MENTASTI]	»	40
Ambito soggettivo ed oggettivo (lavori pubblici) [E. MENTASTI]	»	51
Ambito soggettivo ed oggettivo (servizi e settori esclusi) [F.S. CANTELLA, F. LATTANZI]	»	76
Ammissione alla partecipazione alla gara [M. FALASANISI]	»	115
Antimafia [R. URSI]	»	118
Appalto di progettazione [A. BERNAREGGI]	»	138
Appalti misti [F. ROMOLI]	»	165
Appalto (diritto pubblico e diritto privato) [D. VAIANO]	»	174
Appalto - concorso [A. ROSI]	»	207
Arbitrato e risoluzione delle controversie [G. RODERI, A. RUOTOLO]	»	223
Aspetti fiscali [L. SPINOSO]	»	239
Associazioni Temporanee di Imprese [D. FINIGUERRA]	»	268
Aste elettroniche [M. A. POETALURI]	»	275
Autocertificazione [G. RODERI, M. FALSANISI]	»	295
Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici [A. DE CHIARA]	»	300
Bando di gara [G. RODERI, M. FALSANISI]	»	324
Capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa [A. ROSI]	»	330
Capitolato d'onori [D. FINIGUERRA]	»	360
Capitolato generale [D. FINIGUERRA]	»	365
Cartolarizzazione dei crediti [E. DELL'ANNA, P. PONTELLO]	»	376
Cessione del credito [F. PETULLA]	»	399
Cessione o affitto di azienda o ramo d'azienda [L. R. PERFETTI]	»	408
Chiarimenti ed integrazioni documentazione e offerta [D. SPINELLI, M. PECORARI]	»	420
Collaudo [F. PETULLA]	»	430
Comunicazioni alla Commissione UE [P. SIMONE]	»	447

Concessionario e imprese private sottoposti all'obbligo di gara [D. VAIANO].....	Pag. 462
Concessione di opera pubblica [D. VAIANO].....	» 477
Concessione e appalto di costruzione e gestione [F. LEGGIADRO].....	» 491
Conferenza di servizi [A. VITA].....	» 512
Consegna dei lavori [D. SPINELLI].....	» 534
Consip [F. BRUNETTI].....	» 547
Contabilità dei lavori [F. PETULLA].....	» 566
Criteri di aggiudicazione [F. BRUNETTI].....	» 579
Dichiarazione di pubblica utilità [M. DI GIOVANNI].....	» 591
Direttore dei lavori [B. BRACARDA].....	» 606
Discrezionalità tecnica e sindacato [D. VAIANO].....	» 617
Esecuzione d'ufficio [F. PETULLA].....	» 629
Finanza di Progetto [L. BONETTI].....	» 640
Forniture (appalti di) [R. RANDAZZO, C. ELESTICI].....	» 650
Forza maggiore [L. LISTRO].....	» 659
Gara (diritto comunitario) [P. SIMONE].....	» 665
Gara (diritto italiano) [A. LOPEZ].....	» 687
Garanzie e coperture assicurative nell'appalto di lavori pubblici [L. RUGGERI].....	» 695
Giurisdizione [F. LATTIANZI, F.S. CANTELLA].....	» 711

Volume secondo

Impresa pubblica [L. R. PERFETTI, E. PANERO].....	» 725
Impugnazione del bando di gara [G. RODERI, M. FALSANISI].....	» 732
Impugnazione dell'esclusione [E. TRENTIN].....	» 741
Interpretazione del bando [M. MONTEDURO].....	» 764
L'interpretazione del contratto di appalto [S. TARULLO].....	» 805
Invalidità del contratto [M. MONTEDURO].....	» 829
<i>Jus superveniens</i> [A. CLINI].....	» 875
Lettera - invito [E. MAURO].....	» 882
Licitazione privata [D. VAIANO].....	» 896
Modificazioni soggettive dell'appaltatore [F. A. BIFULCO].....	» 914
Offerta anomala e sua verifica [L. MARIANI MARINI].....	» 926
Opere pubbliche (nozione) [F. ROMOLI].....	» 948
Organismo di diritto pubblico [A. DE CHIARA].....	» 953
Penali [L. RUGGERI].....	» 977
Prezzo dell'appalto [F. ROMOLI].....	» 983
Principi costituzionali [A. MORETTI].....	» 993
Principi e norme per il settore del gas [F. A. BIFULCO].....	» 1012
Principi e norme per il settore dell'energia elettrica [R. RINALDI].....	» 1033
Principi e norme per il settore delle telecomunicazioni [G. ROSCIONI].....	» 1039
Principi e norme per il settore idrico [I.M.G. IMPASTATO].....	» 1055

Principio di massima apertura della gara [S. STICCHI DAMIANI]	Pag. 1082
Principio di ragionevolezza nelle prescrizioni del bando [G. RODER, A. RUOTOLO]	» 1087
Privilegio generale sui beni del concessionario [F. BENNICELLI]	» 1096
Progetto definitivo [M. MICHELETTI]	» 1104
Progetto esecutivo [M. MICHELETTI]	» 1123
Progetto preliminare [M. MICHELETTI]	» 1140
Programma delle opere pubbliche [M. MICHELETTI]	» 1159
Recesso unilaterale [F. AMICI]	» 1178
Requisiti di capacità economica e tecnica [A. ROSI]	» 1191
Requisiti per essere parte del contratto [F. COLAGIACOMI]	» 1217
Responsabile del procedimento [A. ROSI]	» 1236
Revisione prezzi [A. ROST]	» 1246
Risarcimento dei danni determinati dall'appaltatore [A. CLINI]	» 1261
Risarcimento dei danni determinati dall'appaltante [L. RUGGERI]	» 1269
Rischi dell'appaltatore [D. SPINELLI]	» 1277
Riserve dell'appaltatore [F. PETULLA]	» 1298
Risoluzione e rescissione del contratto d'appalto con l'amministrazione [L. R. PERFETTI]	» 1317
Servizi (appalti di) [D. FINIGUERRA]	» 1332
Società di progettazione [R. RINALDI]	» 1348
Società di progetto [D. CICCOLO]	» 1357
Sospensione dei lavori [B. BRACARDA]	» 1365
Stipulazione [G. MANFREDI]	» 1388
Subappalto [D. FINIGUERRA]	» 1392
Sviluppo Italia Spa [L. GIULIANO]	» 1400
Trattativa privata [F. ROMOLI]	» 1419
Variazione in corso d'opera e <i>ius variandi</i> [F. ROMOLI]	» 1432

ACCESSO AGLI ATTI E PRIVACY

[BARBARA BISCHI]

FONTI

- Codice penale art. 326
Codice procedura penale artt. 656, 657, 663
Codice Civile artt. 2043, 2050
Carta Costituzionale artt. 15, 24
L. 20 marzo 1865 n. 2248 art. 4
L. 31 maggio 1965 n. 575 art. 10
L. 7 agosto n. 241 artt. 21, 22, 23, 24
D.p.r. 1992 n. 352
L. 17 gennaio 1994 n. 47
L. 11 febbraio 1994 n. 109 art. 22
D.lgs. 1994 n. 47
L. 1996 n. 675 artt. 22, 27, 43
D.p.r. 1994 n. 490
D.p.r. 3 giugno 1998 n. 252 artt. 9, 10
D.p.r. 1999 n. 544 artt. 117, 122
D.lgs. 1999 n. 135 art. 16
Determinazione A.G. 22 maggio 2000 n. 25
D.m.p.l. 14 marzo 2001 n. 292 art. 4
D.lgs. 28 dicembre 2001 n. 467
D.p.r. 14 novembre 2002 n. 313 art. 3
D.lgs. 19 giugno 2003 n. 196 artt. 1, 4, 13, 20, 21, 22, 26, 59, 60, 152, 154
Autorizzazione A.G. 30 giugno 2004 in suppl. ord.
G.U. 14 agosto 2004 n. 190

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, 1984; ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in Enc. Giur., XXXI, Roma, 1995; BARILE-GRASSI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in Noviss. Dig. App., Torino, 1983, p. 196; BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987; CACCIARI, *Il trattamento di dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche: presupposti di legittimità, modalità e limiti*, in Enti pubblici n. 4/2001, 195-211; CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; CARUSO, *L'accesso e la privacy*, in www.diritto.it, giugno 1999; CASSANO-DEL VECCHIO, *Diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e tecniche risarcitorie*, Milano, 2001; CLARICH, *Diritto*

di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, p. 444 ss.; DLARICH, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 1995, I, p. 132; D'AMICO, *Il trattamento pubblico dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* n. 4/2002, 817-872; C'AURIA, *Trasparenza e segreti dell'amministrazione italiana*, in *Pol. Dir.*, 1990, p. 115; DIANA, *Il diritto di accesso e la tutela dell'interesse qualificato del cittadino*, Padova, 2000; FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 206 ss.; GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 369; GUARNIERI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999; LO BIANCO, *Il difficile equilibrio tra diritto di accesso e tutela della riservatezza*, in *Rivista della Corte dei Conti* n. 2/2003, 354-368; ITALIA - DELLA TORRE, *Privacy ed accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999; MARTINI, *Diritto di accesso tra tutela della privacy e sicurezza pubblica*, in *www.diritto.it*, luglio 2004; MINELLA, *La privacy: guida alla applicazione della legge 675/1996*, Napoli, 2001; MONDUCCI - SARTOR, *Il codice in materia di dati personali. Commentario sistematico al d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, Padova, 2004; PAGLIARULO, *Il codice sulla privacy: commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante: Codice in materia di protezione dei dati personali*, Livorno, 2003 (Suppl. di: Prime note, n. 9/2003); PAGLIARULO, *L'evoluzione della privacy nel sistema pubblico*, Livorno, 2002 (Suppl. di: Prime note, n. 3/2002); PALLARO, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Milano, 2002; ROBERTI, *L'istanza di accesso ai documenti amministrativi nei concorsi pubblici ed i limiti del diritto alla privacy. Giurisprudenza, pareri del Garante e profili civilistici del problema*, in *www.diritto.it*, febbraio 2003; ROMEO, *Accesso ai documenti e riservatezza*, in *Foro it.*, 1999, III, 435; SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di Sabino Cassese, Milano, 2000, p. 1035 e ss.; SANTANIELLO, *La protezione dei dati personali*, 2005; SCALISI, *Il diritto alla riservatezza: il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990 n. 241 ed il problema della legittimazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, p. 93; SORICELLI, *Riservatezza dei terzi e accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. Amm.*, 1999, 129; TASSONE, *Tutela della privacy, obbligo di trasmissione dei dati e trattamento delle informazioni confidenziali nell'ambito delle gare di appalto pubblico*, in *www.diritto.it*, novembre 2004; TESAURIO - TROJANI, *Privacy e accesso ai documenti nell'ente locale*, Rimini, 2004; TORTELLA, *Privacy: la gestione dei dati personali*, Verona: Centro studi lavoro & previdenza, 2001; VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 528.

SOMMARIO: 1. Premessa sull'istituto dell'accesso. - 2. Privacy ed accesso agli atti amministrativi. - 3. Il nuovo contesto normativo introdotto dal d.lgs. n. 196 del 2003. - 4. Privacy e lavori pubblici. - 5. Trattamento dei dati giudiziari. - 6. Conclusioni.

1. PREMESSA SULL'ISTITUTO DELL'ACCESSO

Gli artt. 22 e seguenti della legge 241/1990 garantiscono, in via generale, il diritto di accesso agli atti amministrativi: in tal modo forniscono concretezza e

diffusione ai principi costituzionali di trasparenza e di imparzialità della pubblica amministrazione. Tali principi unitamente al principio di legalità sono tutelati dalla legislazione che disciplina l'azione amministrativa a vari livelli normativi; per quello che in questa sede interessa, la conoscenza dei documenti funzionali al procedere e provvedere, da tempo riconosciuta con ampiezza, è stata interpretata dalla giurisprudenza di buona parte degli anni novanta come un diritto soggettivo autonomo, finalizzato alla concreta applicazione dei precetti di trasparenza, buon andamento ed imparzialità «*così concorrendo alla visibilità del potere pubblico*» (CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 12 maggio 1993 n. 530, in *Cons. St.*, 1993, I, 609, CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 8 settembre 1995, n. 658, in *Corr. Giur.*, 1995, 1281, CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 24 febbraio 1996 n. 177, in *Foro Amm.*, 1996, 458, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di CASSESE, Tomo II, Milano, 2000, 1035).

La legge n. 241 del 7 agosto 1990, nel disciplinare la facoltà concessa ai privati di accedere agli atti della pubblica amministrazione, favorisce altresì la circolazione di «informazioni» tra i soggetti interessati (Adunanza Plenaria Consiglio di Stato n. 75, 11 maggio 1992) determinando il primo incisivo contatto tra due parti quasi completamente estranee tra di loro posto che, fino agli anni ottanta dello scorso secolo, la regola originaria, salvo alcune specifiche norme di settore, era il segreto dell'attività pubblica, la sua pubblicità, un'eccezione.

«Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa – dice la norma – e di favorirne lo svolgimento imparziale, è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi secondo le modalità stabilite dalla presente legge» (art. 22 L. 241/90). Con la più autorevole dottrina espressasi in punto, non v'è dubbio che l'istituto dell'accesso agli atti, trova altresì il proprio fondamento costituzionale nell'art. 21 come pure in quei principi di democrazia, di uguaglianza, di sovranità popolare e di sviluppo della persona umana che unitamente al diritto di informazione, attengono alle libertà inviolabili riconosciute ai cittadini italiani (M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 369 - Barile, Grassi, *La libertà di manifestazione del pensiero* in *Noviss. Dig. App.*, Torino, 1983, p. 196 - R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 528 - F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987 - D'Auria, *Trasparenza e segreti dell'amministrazione italiana* in *Pol. Dir.*, 1990, p. 115 - G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1995 - M. Clarich, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 1995, I, p. 132 - Scognamiglio, *Il diritto di accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990 n. 241 ed il problema della legittimazione* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, p. 93).

In materia di accesso si incardina tra la p.a. e il privato, un rapporto giuri-

dico che pone in capo ad entrambe le parti poteri, doveri, oneri, facoltà, in continua evoluzione man mano che si procede alla rivisitazione normativa e non solo, del concetto dell'amministrare: dal precetto di cui all'art. 98 della Carta Costituzionale, che pone i pubblici uffici al servizio esclusivo della nazione, passando per le teorie di giustizia costituzionale sul giusto procedimento, tale rapporto non esaurisce più la sua portata nelle norme di natura pubblicistica contenute nella L. 241/90 e nelle specifiche norme di settore recanti disposizioni in materia di accesso, ma si avvicina ancor di più alla sfera privata sostanziale dei soggetti amministrati ogni volta che l'azione amministrativa tocca il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Dal 1996 in poi e precisamente dalla legge n. 675 recante disposizioni in materia di privacy, i ben noti principi di partecipazione privata alla formazione della volontà pubblica, dovranno giocoforza coordinarsi con le implicazioni procedurali introdotte dalla normativa sulla riservatezza e non solamente in fatto di accesso ai documenti amministrativi, ma in ogni fase procedimentale nella quale saranno coinvolti dati personali e sensibili.

L'art. 15 della Costituzione, tramite le leggi ordinarie emanate in fatto di privacy, oggi raccolte nel codice entrato in vigore dal primo Gennaio del 2004 (d.lgs. 196/2003), può divenire, benché indirettamente, norma d'azione dell'agire amministrativo: il corpo centrale del codice infatti (titoli II, III, IV, V, VI) impone ai soggetti pubblici il rispetto di presupposti, fasi, passaggi nei trattamenti dei dati personali simili alla costruzione classica del procedere amministrativo ed in esso collocabili, previa individuazione, come avviene nel procedimento, di soggetti responsabili del trattamento.

Nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato ora profilato in tema di accesso la prima, ha l'obbligo giuridico di motivare il segreto serbato sui documenti richiesti e successivamente negati, il quale, per essere legittimo deve essere finalizzato alla tutela di interessi giudicati degni di protezione da parte del legislatore. Tali interessi sono il segreto di Stato, la sicurezza, la difesa nazionale, le relazioni internazionali, la politica economica e valutaria, l'ordine pubblico e già dal 1990, proprio la riservatezza dei terzi (art. 24 L. 241/90).

Il privato istante, da parte sua, deve essere portatore di una situazione giuridicamente rilevante. Essa può essere individuale o collettiva: deve essere in ogni caso qualificata e differenziata dall'ordinamento giuridico. L'interesse di cui è portatore l'istante, come racconta il D.p.r. 352/1992, deve essere serio, non emulativo né di pura curiosità. Deve essere concreto ed attuale (CONSIGLIO DI STATO, V 13/12/99 n. 2108), ovvero idoneo al cambiamento di situazioni giuridiche preesistenti ma non a questo necessariamente finalizzato: si ammette comunemente l'accesso agli atti divenuti inoppugnabili (TAR Piemonte, II, 19 dicembre 97 n. 598) poiché tale facoltà «può essere esercitata anche indipendentemente dall'esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente» (CONSIGLIO DI STATO, IV, 23 ottobre 1995 n. 830).

Si è dibattuto molto in giurisprudenza ed in dottrina circa la natura giuridica della posizione vantata dal richiedente, se fosse di diritto soggettivo o di interesse legittimo. Abbiamo già detto in apertura, circa la tendenza giurisprudenziale prevalente negli anni novanta, volta a qualificare la posizione dell'istante come diritto soggettivo autonomo e perfetto: al contrario, si affermava specie in dottrina la tendenza a qualificare l'accesso come interesse legittimo, tenuto conto della valutazione discrezionale compiuta dall'amministrazione sulla fondatezza della domanda del richiedente e pertanto sull'esistenza dei presupposti necessari al rilascio degli atti (CONSIGLIO DI STATO, V n. 1725).

La questione è stata poi risolta nel 1999 dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (24 giugno 1999 n. 16) la quale riconosce l'interesse legittimo all'accesso dei documenti amministrativi.

La giurisprudenza, ancora, prevede la facoltà di accedere agli atti della p.a. anche ai titolari di interessi diffusi, con esclusione di coloro che vantano posizioni di mero fatto.

In giurisprudenza ed in dottrina pertanto si è lungamente ammesso che la posizione giuridica di chi agisce in accesso è normalmente scollegata dalla posizione sostanziale per la quale si accede.

2. PRIVACY ED ACCESSO AGLI ATTI AMMINISTRATIVI

In fatto di privacy ed accesso il dibattito risolto dall'adunanza plenaria sul finire dello scorso secolo è forse destinato a riaprirsi.

A ben vedere infatti la problematica relativa alla individuazione della prevalenza tra il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, prodromica all'accesso, e fronte del diritto alla riservatezza degli amministrati ai quali i documenti si riferiscono, è destinata a subire gli influssi della tutela accordata dalle leggi sulla privacy: in giurisprudenza infatti la scelta tra i due diversi principi fa emergere una tutela diversificata a seconda della valenza attribuita dal legislatore ai tipi di dati contenuti nei documenti di cui si chiede la conoscenza.

Nella vigenza del solo art. 24 lettera d) della legge del 1990 sul procedimento amministrativo, la tutela accordata in materia d'accesso al diritto alla riservatezza dei soggetti terzi a cui si riferivano gli elementi identificativi e qualitativi della loro persona, veniva recepita e tracciata dalla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 Febbraio 1997 n. 5, volta principalmente alla «massimizzazione della circolazione informativa». Tale disciplina consentiva in vero l'accesso anche quando involgeva dati riservati, sempre che l'istanza ostensiva fosse finalizzata alla necessità di difendere i propri interessi. Veniva peraltro imposto un limite modale alla conoscenza del documento, di cui non era in ogni caso consentita l'estrazione della copia.

Pareva in questo modo tutelata la riservatezza della sfera privata ancorché in quella sede già emergesse la necessità di sottoporre a bilanciamento il caso

concreto per il quale si agiva in accesso, in quanto il diritto di difesa a tutela del quale si consentiva la conoscenza, non poteva essere accordato con formule «meccaniche ed astratte» le quali, avrebbero potuto risultare, illegittimamente lesive della riservatezza altrui.

Il dibattito si è naturalmente evoluto con la legge 675 del 1996 recante disposizioni in materia di «tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento di dati personali»: i dati normativi di riferimento, in materia d'accesso, diventavano, in ordine di importanza, gli art. 43 c. 2, 27 c. 3 e 22. L'art. 43 sopra citato nel fare salve «...le norme... in materia di accesso ai documenti amministrativi» già disciplinate nella legge 241/90, in ogni caso le poneva a confronto con le modalità di trattamento a cui venivano sottoposti i dati personali e sensibili.

I dati personali, ovvero qualunque informazione relativa a persona fisica, giuridica, ente o associazione idonea ad identificarla anche indirettamente, secondo l'abrogato art. 27 c. 3, potevano essere trattati da soggetti pubblici o privati, solo se il trattamento era previsto da una norma di legge o di regolamento.

È noto che i dati sensibili, ovvero quelli «idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale», nella vigenza della citata legge erano sottoposti a una tutela più attenta. Essi potevano essere sottoposti a trattamento e pertanto comunicati e diffusi da parte di enti pubblici, solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante.

Le fasi e modalità del trattamento, dovevano in via generale, essere disciplinate da una norma di legge, la quale doveva altresì individuare lo specifico interesse pubblico perseguito dal trattamento eseguito. In mancanza di una simile previsione normativa, alla quale soccorrevano per lo più decreti legislativi modificativi ed integrativi della L. 675 del 1996, gli enti pubblici potevano richiedere le informazioni necessarie il Garante il quale individuava le attività, tra quelle demandate ai medesimi soggetti, da riconoscersi di rilevante interesse pubblico (art. 22).

Di fronte ad una simile previsione normativa la giurisprudenza amministrativa si spaccava in fatto di tutela alla riservatezza: buona parte della giurisprudenza degli anni novanta era perlopiù volta a dare prevalenza interpretativa alla presenza nella legge sulla privacy dell'art. 43 sopra citato. La clausola in esso contenuta, di salvezza delle fonti in materia d'accesso, induceva tale filone giurisprudenziale ad accordare alla riservatezza il tipo di tutela già descritto dalla pronuncia dell'adunanza plenaria n. 5 del 4 Febbraio 1997. In buona sostanza si riteneva rispettosa dei parametri normativi imposti in fatto di privacy, la tendenza di consentire la visione del documento ma non l'estrazione di co-

pia dello stesso, ogni qual volta contenesse dati personali (Tar Abruzzo, sez Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681, CONSIGLIO DI STATO, IV 15 gennaio 1998, n. 14, CONSIGLIO DI STATO, IV, 27 agosto 1998, n. 1137, CONSIGLIO DI STATO, VI, 27 gennaio 1999 n. 65).

Dall'altro versante si collocava invece un indirizzo che riconosceva la portata dirompente operata dal legislatore in fatto di privacy con particolare riguardo al nuovo rapporto intercorrente tra diritto di accesso e riservatezza specie qualora fossero coinvolti i dati sensibili.

Con sentenza n. 59 del 26 Gennaio 1999 la sesta sezione del Consiglio di Stato rilevava che «il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consenta al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta» (successivamente CONSIGLIO DI STATO, VI, 30 Marzo 2001 n. 1882).

Un tale precetto in realtà aveva trovato uno sprone ed un viatico nella norma contenuta nell'art. 16 c. 2, del d.lgs. 135 del 1999 diretto ad integrare e chiarire il precetto di cui all'art. 22 della legge 675 del 1996 in materia di trattamento dei dati sensibili: infatti con specifico riferimento ai dati idonei a rivelare lo stato di salute, l'art. 16 c. 2 disponeva che ne «è consentito l'accesso se il diritto da far valere o difendere – in sede giudiziaria o amministrativa – è di rango almeno pari a quello dell'interessato», oltre che alla preventiva autorizzazione del Garante.

Il differente atteggiamento giurisprudenziale sopra descritto profilava binari diversificati di tutela: riguardo all'accesso ai documenti amministrativi contenenti dati personali ordinari, l'istanza inoltrata sortiva gli esiti pratici già accordati nella sola vigenza dell'art. 24 della legge 241/90 (visione ma negata estrazione di copia).

Riguardo all'accesso ai documenti amministrativi contenenti dati sensibili in special modo quelli volti a rivelare lo stato di salute e le abitudini sessuali della persona, le ragioni di trasparenza amministrativa venivano reputate subvalenti rispetto a quelle di salvaguardia della privacy ancorché le prime fossero affiancate dalla tutela accordata al diritto di difesa dall'art. 24 della Costituzione.

La giurisprudenza più recente sancisce quindi che qualora i documenti richiesti contengano dati sensibili, la p.a. in sede d'accesso, dovrà provvedere al rilascio dei medesimi quando l'interesse per il quale si agisce tramite l'istanza di accesso è preminente o di pari rango rispetto al diritto alla riservatezza del terzo al quale i documenti si riferiscono: essa fa riferimento al necessario prudente apprezzamento circa l'esistenza della medesima forza nelle diverse posizioni sopra descritte. Si potrebbe quasi azzardare l'ipotesi che in tema d'accesso e privacy o meglio in tema d'accesso e dati sensibili disvelativi della salute o delle abitudini sessuali del soggetto al quale gli atti si riferiscono, a contrario di quanto sostenuto dalla recente giurisprudenza citata in premessa, la

posizione giuridica soggettiva di chi accede potrà essere individuata, ab origine, in un diritto soggettivo perfetto, pena la negazione dell'accesso, azzardando la doverosità di una lettura unitaria tra diritto-interesse legittimo alla trasparenza dell'attività amministrativa e fondatezza del diritto di difesa per il quale si chiede la conoscenza dei documenti riservati.

Ciò si sentenzia, ai fini della tutela dei dati rivelativi dello stato di salute, per la qual cosa il Consiglio di Stato dice che ne è consentito l'accesso «se il diritto da far valere o difendere... è di rango almeno pari a quello dell'interessato» (CONSIGLIO DI STATO, VI, 30 marzo 2001, n. 1882 in *Urbanistica e Appalti*, 2001 681, CONSIGLIO DI STATO, VI, 9 maggio 2002, n. 2542 in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 585, CONSIGLIO DI STATO, IV, 27 agosto 98, n. 1137, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 606).

3. IL NUOVO CONTESTO NORMATIVO INTRODOTTO DAL D.LGS. N. 196 DEL 2003

Dal primo Gennaio 2004 ovvero con l'entrata in vigore del codice della privacy non sembrano nella sostanza mutate le norme ivi contenute in fatto di accesso. Infatti all'art. 59 troviamo la medesima clausola di salvezza già contenuta nell'art. 43 della vecchia legge. Esso recita: «fatto salvo quanto previsto dall'art. 60, i presupposti le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto d'accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 Agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni... anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta d'accesso. Le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico».

In linea con quanto contenuto nell'art. 16 del d.lgs. 135 del 1999, l'art. 60 del nuovo codice stabilisce che: «quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta d'accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

Trova pertanto giustificazione in questo contesto normativo sia il prudente bilanciamento di matrice giurisprudenziale, che la p.a. deve compiere tra le diverse posizioni di chi agisce in accesso e di chi è titolare dei dati «sensibili» richiesti, sia, probabilmente, l'ipotesi sopra formulata della necessità di rivisitare le posizioni soggettive di chi agisce in maniera ostensiva su documenti disciplinati dalla normativa sulla privacy, con conseguente riapertura del dibattito giurisprudenziale già risolto dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 1999.

Infatti la disposizione ex art. 60 impone espressamente l'esistenza in capo

al soggetto che richiede documenti amministrativi contenenti dati sensibili di svelatori della vita sessuale o della salute di terzi, una posizione di diritto soggettivo perfetto, «fondamentale ed inviolabile».

C'è da rilevare in ogni caso che la giurisprudenza futura avrà a che fare con un contesto normativo sicuramente semplificato rispetto al precedente. In fatto di dati sensibili per esempio, l'art. 20 del d.lgs. 196 del 2003 non prevede più per gli enti pubblici preposti al trattamento la necessità del preventivo consenso dell'interessato e della autorizzazione del Garante. Pare sia sufficiente e necessario l'intervento in tal senso del solo legislatore, il quale deve specificare i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite.

Nel caso in cui la legge specifichi solamente il rilevante interesse pubblico per quale si procede al trattamento, sarà l'amministrazione procedente a dover pubblicare i tipi di dati da trattare e le fasi dei trattamenti anche per schemi tipo. La fonte individuata a tale scopo dal legislatore è quella regolamentare, previo parere, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo (art. 154, 1 c., lett. d) dell'autorità Garante.

Il Garante sarà altresì deputato, nel silenzio della legge, all'individuazione delle attività di rilevante interesse pubblico, tra quelle demandate alle amministrazioni, nell'ambito delle quali potrà autorizzare i trattamenti (art. 26 c, 2): il soggetto pubblico autorizzato dovrà, successivamente rendere pubblici i tipi di dati trattati, le fasi e le modalità di trattamento.

Nulla vieterà ai soggetti pubblici, se non i possibili interventi del legislatore in ampliamento della disciplina già accordata alla materia, di disciplinare nei regolamenti sopra richiamati e perché no, tra le forme di organizzazione degli uffici e di partecipazione consentite ai soggetti amministrati, particolari modalità di trattamento dei dati personali e fors'anche criteri d'accesso ai documenti contenenti i dati oggetto di tutela.

La tutela del diritto alla riservatezza potrà diventare, da più direzioni, criterio d'organizzazione della funzione pubblica: le fonti regolamentari autorizzate dal d.lgs. 196 del 2003 andranno probabilmente ricollocate nella casistica regolamentare già nota affinché se ne approfondisca la natura, in qualche modo a cavallo tra fonti d'azione e fonti di relazione, in qualche modo a cavallo tra esigenze di accentramento di una disciplina di stretta derivazione costituzionale ed europea e la struttura fortemente decentrata in cui si trovano ad operare molti dei soggetti pubblici futuri titolari dei trattamenti.

4. PRIVACY E LAVORI PUBBLICI

La materia dell'accesso assume connotazioni particolari in materia di appalti di lavori pubblici: l'art. 22 della legge 11 Febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni, legge quadro per i lavori pubblici, disciplina limitazioni particolari al diritto di accesso nei pubblici appalti.

La norma, nella fattispecie, vieta «di comunicare a terzi o di rendere in qualsiasi altro modo noto» gli elenchi dei soggetti che partecipano alle gare, relativamente a «procedure di affidamento degli appalti o delle concessioni» che trovano la loro disciplina nella medesima legge.

Lo stesso divieto opera altresì in relazione «all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte nei pubblici incanti»: la legge assegna peraltro un limite temporale alla limitazione imposta all'accesso, ovvero fino a prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Per l'elenco dei soggetti «che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse nei casi di licitazione privata, di appalto concorso o di gara informale che precede la trattativa privata» il divieto di divulgazione dei documenti richiesti permane fino alla «comunicazione ufficiale da parte del soggetto appaltante o concedente, dei candidati da invitare ovvero del soggetto individuato per l'affidamento a trattativa privata».

L'art. 22 della legge n. 109 per i lavori pubblici prevede inoltre che la violazione del divieto imposto in materia d'accesso venga sanzionata in sede penale ex art. 326 c.p.

Da un punto di vista oggettivo pare che la previsione normativa riguardi un'ampia categoria di atti ovvero non solamente quelli con natura specificamente pubblicistica, ma anche quelli di diritto privato i quali si ritengono anch'essi accessibili ai sensi dell'art. 22 e s.s. della L. 241/1990 (CONSIGLIO DI STATO, IV, 4 febbraio 1997, n. 82). In particolare la giurisprudenza ha ritenuto di poter assicurare il diritto di accesso «nella forma più ampia» sia «agli atti del procedimento», tramite presa visione ed estrazione di copia dei medesimi che, ad esempio, al progetto presentato dall'impresa risultata aggiudicataria, senza che al richiedente possano essere opposti motivi di riservatezza legati alla natura privatistica dell'atto, il quale per il solo fatto di essere stato prodotto in una procedura concorsuale, assume rilevanza esterna (TAR Puglia, I, 24 Febbraio 2003, n. 810 in *Foro Amm. TAR*, 2003, 722): sussiste parimenti il diritto d'accesso alle relazioni redatte dal direttore dei lavori qualora le stesse siano formate ex art. 117, c. 4, del D.p.r. n. 554 del 1999, che impone al d.l. di riferire «tempestivamente al responsabile del procedimento in merito agli eventuali ritardi nell'andamento dei lavori rispetto al programma d'esecuzione», sempre che la conoscenza di questo tipo di documenti sia necessaria per curare o difendere gli interessi giuridici del richiedente (art. 24 c. 2 lett. d L. 241/1990).

Nel caso poi che il documento richiesto contenga informazioni sottoposte al segreto industriale o a qualsivoglia forma di Know how e quindi non sia liberamente sfruttabile da terzi, l'accesso, dice la giurisprudenza, potrà essere consentito nelle forme attenuate previste dalla legge, quali la semplice presa visione dell'atto oggetto d'interesse (TAR Campania Napoli, V, 27 Marzo 2003, n. 3032, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 1047).

La società aggiudicataria di una gara d'appalto può, ad esempio, accedere agli atti con i quali la p.a. ha esercitato il diritto di recesso ex art. 122 D.p.r. n. 554 del 1999: infatti la norma citata individua un interesse pubblico alla corretta e tempestiva esecuzione delle opere pubbliche così che, tutti gli atti materialmente utilizzati per l'attuazione di questo interesse possono considerarsi oggetto d'ostensione.

Dal punto di vista soggettivo, il precetto dell'art. 22 della legge quadro per i lavori pubblici, è da considerarsi applicabile non soltanto alle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche ad ogni «ente aggiudicatore o realizzatore» (CONSIGLIO DI STATO, VI, 28 ottobre 1998, n. 1478) in linea con un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha ampliato l'ambito di applicazione delle norme in tema di accesso ai concessionari di pubblici servizi oltre che alle amministrazioni dello Stato ed agli enti pubblici in genere.

L'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici spiega la ratio del divieto con l'esigenza di «salvaguardare l'effettività della libera concorrenza» in quanto la stessa potrebbe essere pregiudicata, «prima della definizione della gara» dalla conoscenza dei nominativi dei partecipanti alla stessa (Determinazione n. 25/2000 del 22 Maggio del 2000; cfr anche CONSIGLIO DI STATO, VI, 14 novembre 2003, n. 7301).

Altra fonte giustificativa delle particolarità dell'accesso in materia d'appalto di lavori pubblici si ravvisava nell'art. 4 del D.M.L.P. del 14 Marzo 2001 n. 292 recante il «Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 241/1990»: infatti la norma citata dispone il differimento dell'accesso dei documenti relativi «a procedure concorsuali per l'aggiudicazione di lavori e forniture di beni e servizi...» sino a quando la conoscenza degli stessi «possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa».

In verità la disposizione ora citata si proponeva altresì la tutela della riservatezza «dell'impresa o ente» identificando il concetto di riservatezza negli «interessi professionali, finanziari, industriali e commerciali» dei soggetti menzionati, la tutela dei quali consentiva l'accesso mediante estratto, «esclusivamente per le notizie riguardanti la stessa impresa o ente richiedente, fino alla conclusione delle procedure di scelta del contraente».

Non v'è dubbio che anche nelle procedure amministrative di appalto di lavori pubblici, la materia dell'accesso verrà rivisitata alla luce della nuova normativa sulla privacy, della più ampia accezione assunta dal diritto alla riservatezza già di matrice costituzionale ma ora amplificata, con riguardo al trattamento dei dati personali, dall'art. 1 del d.lgs. 196 del 2003 che recita «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano».

La particolare attenzione delle p.a. appaltanti, dovrà peraltro ricadere sul trattamento dei dati sensibili e giudiziari degli appaltatori, subappaltatori co-timisti. Sussiste infatti un'ampia normativa di prevenzione e repressione del fe-

fenomeno mafioso (si cita la legge 19 Marzo 1990 n. 55 la quale disciplina misure di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, la legge 17 Gennaio 1994 n. 47 in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia e il relativo d.lgs. n. 490 del 1994, di attuazione della predetta normativa: il D.p.r. 3 Giugno 1998 n. 252 che contiene norme di semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia (tutto già preso in analisi dall'art. 10 della legge 31 Maggio 1965 n. 575 e successive modificazioni), la quale introduce nelle procedure d'appalto di lavori pubblici la necessità di collocazione al loro interno, delle procedure di trattamento di dati sensibili e giudiziari nel rispetto della lettera del nuovo codice: si pensi ad esempio alle certificazioni rilasciate dal Prefetto volte a scongiurare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, le quali provengono da un'ampia istruttoria anche giudiziaria sull'impresa e sui soggetti «che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi...» della stessa (art. 10 D.p.r. 3 Giugno 1998 n. 252), oppure alla certificazione della Camera di Commercio (art. 9 D.p.r. 3 Giugno n. 252) qualora contenga la dicitura «Nulla osta ai fini dell'art. 10 della legge 31 Maggio 1965 n. 575 e successive modificazioni».

La presente certificazione è ammessa dalla C.C.I.A.A., utilizzando il collegamento telematico con il sistema informatico utilizzato dalla Prefettura di ROMA».

In tema d'accesso poi, tornerà anche in questa sede applicabile, l'art. 59 del codice sulla privacy, il quale nel fare salve le disposizioni specifiche contenute nella legge 241/1990 e nelle altre disposizioni normative e regolamentari già esistenti in materia, pone l'accento sulla particolare tutela che il legislatore ha riconosciuto ai dati sensibili e giudiziari finendo per «consigliare» la disciplina dei trattamenti di questi particolari dati finalizzati all'accesso, forse, la lettera della norma non è chiara, con un velato richiamo ai procedimenti di trattamento disciplinati in sede regolamentare ex art. 20 comma 2 dello stesso codice.

5. TRATTAMENTO DEI DATI GIUDIZIARI

Quanto in breve riportato, circa la necessità di prevenire il fenomeno mafioso negli appalti pubblici, dalla quale esigenza consegue la necessità di trattare in quella sede i dati personali sensibili e giudiziari delle stazioni appaltanti e subappaltatori, ci spinge ad accennare senza pretese di esaustività, alle modalità di trattamento dei dati giudiziari che troviamo disciplinate nel nuovo codice sulla privacy.

Si definiscono dati giudiziari secondo l'art. 4 lett. e del DLGS 196/2003 «i dati idonei a rilevare provvedimenti di cui all'art. 3 comma 1 lett. da a) a o) e da r) a u) del D.p.r. 14 Novembre 2002 n. 313, in materia di casellario giudi-

ziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli art. 60 e 61 del codice di procedura penale». Tali provvedimenti sono ovviamente emanati da autorità giudiziarie e sono tra gli altri, sentenze di condanna anche definitive a pene principali ed accessorie, provvedimenti concernenti misure alternative alla detenzione, che dispongano la liberazione condizionale oppure la condanna a sanzioni sostitutive. Sono provvedimenti del Pubblico Ministero ex art. 656, 657, 663 del c.p.p., come pure provvedimenti definitivi di sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno (art. 3 DPR 313/2002).

Il codice sulla privacy al suo art. 21 che dispone circa i principi applicabili al trattamento dei dati giudiziari dice che «il trattamento dei dati giudiziari da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili.»

Il medesimo articolo rende applicabili ai dati giudiziari le disposizioni di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 20 del codice e pertanto come per i dati sensibili, qualora la «legge specifica la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili» i soggetti che ne effettuano il trattamento, in questo caso i soggetti pubblici, potranno eseguirlo solo «in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici...» a cura dei medesimi, «in relazione alle specifiche finalità perseguite nei singoli casi e nel rispetto dei principi di cui all'art. 22, con atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dal Garante ai sensi dell'art. 154, comma 1 lett. g) anche su schemi tipo».

Nel nostro caso, ovvero in materia di pubblici appalti, l'autorizzazione al trattamento è arrivata dalla Autorità Garante con provvedimento 30 Giugno del 2004 pubblicato in Suppl. ord. G.U. del 14 Agosto 2004 n. 190.

Il Garante infatti nel rispetto degli art. 20, 21 e 22 del codice sulla privacy autorizza fino al 30 Giugno del 2005, il trattamento dei dati giudiziari specificando alcune rilevanti finalità di interesse pubblico, non previste dallo stesso codice, quali ad esempio, nella voce «ulteriori trattamenti» alla lettera d) ed e) i trattamenti volti alla prevenzione del fenomeno mafioso di cui alla legge n. 55 del 19 Marzo 1990 e successive modificazioni anche al fine di «poter produrre la documentazione prescritta dalla legge per partecipare a gare d'appalto».

Il Garante autorizza altresì il trattamento di dati giudiziari «a chiunque» agisca per accertare il requisito di idoneità morale «di coloro che intendano partecipare a gare di appalto, in adempimento di quanto previsto dalla normativa in materia di appalti». Circa le modalità di trattamento dei dati giudiziari, la citata autorizzazione prescrive una disciplina per molti aspetti ripetitiva di precetti già contenuti nel codice. Si prescrive infatti, in linea con i principi di cui all'art. 22 del codice, l'utilizzo dei dati giudiziari in forma anonima

anche tramite sistemi informatici ove si possa operare riducendo al minimo l'utilizzo del dato identificativo della persona, oppure utilizzando lo stesso solo in casi di emergenza.

Ancora, per quanto attiene le modalità di trattamento, si prescrive in sede d'autorizzazione tra l'altro in modo palesemente generico riguardo appunto le modalità, che «il trattamento dei dati deve essere effettuato unicamente con operazioni, nonché con logiche e mediante forme di organizzazione dei dati strettamente indispensabili in rapporto agli obblighi, ai compiti e alle finalità precedentemente indicate» quali, dal contesto dell'autorizzazione citata, quelle relative a rapporti di lavoro subordinato e libero professionale, alle attività svolte da organismi di tipo associativo e fondazioni, imprese bancarie ed assicurative, tutte, al contrario, adeguatamente specificate dal garante.

Anche per quanto riguarda le modalità di conservazione dei dati, l'autorizzazione citata richiama le modalità prescritte dell'art. 11 delle disposizioni generali del codice e l'art. 22 n. 5, che contiene disposizioni speciali in fatto di conservazione dei dati sensibili e giudiziari, i quali sono soggetti alla verifica periodica dei soggetti pubblici sia per assicurarne l'aggiornamento che la pertinenza rispetto alle finalità perseguite dal trattamento in modo tale che i dati eccedenti, non pertinenti, non indispensabili «non possano essere utilizzati salvo che per l'eventuale conservazione, a norma di legge, dell'atto e del documento che li contiene».

In tema di comunicazione e diffusione dei dati giudiziari il provvedimento del Giugno del 2004 dispone, un po' pleonasticamente che «i dati possono essere comunicati, e ove previsto dalla legge, diffusi, a soggetti pubblici o privati, nei limiti strettamente indispensabili per le finalità perseguite e nel rispetto, in ogni caso, del segreto professionale e delle altre prescrizioni sopra indicate».

Potremo chiederci se questa ulteriore prescrizione debba essere tenuta in considerazione parlando d'accesso: in realtà la prospettiva non è così avulsa dal contesto normativo posto che anche il procedimento ostensivo rientra nella definizione di «comunicazione» di dati qualificata dall'art. 4 lett. b) del d.lgs. 196/2003.

Infatti il codice definisce comunicazione di dati ogni operazione volta a dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare del trattamento nel territorio dello stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione.

Ecco che allora sembra da più parti profilarsi l'esigenza per le p.a. titolari dei trattamenti di dati sensibili o giudiziari, di redigere e pubblicare in sede regolamentare come da art. 20 del codice, le varie operazioni alle quali sottoporre i dati trattati anche e perché no, riguardo all'accesso agli atti, tenendo conto che l'autorizzazione citata, per quanto riguarda i dati giudiziari, esime i soggetti pubblici dal richiedere ulteriori autorizzazioni al Garante, qualora «il

trattamento che si intende effettuare sia conforme alle prescrizioni» ivi contenute, autorizzando le richieste pervenute anche successivamente alla data di adozione del provvedimento dell'Autorità Garante che si intenderanno accolte «nei termini di cui al provvedimento medesimo».

6. CONCLUSIONI

Il trattamento dei dati personali, o meglio, dei dati sensibili e giudiziari, si pone a modo di vedere della scrivente e per la disciplina impartita dal legislatore, come un procedimento nel procedimento amministrativo, regolamentato fin dallo scorso secolo dalla legge 241 del 1990 e da copiose norme di settore.

Sarà dovere preciso della più autorevole dottrina rielaborare le fasi del procedimento alla luce dell'obbligo di informativa previsto dal codice della privacy (art. 13), tramite il quale garantire ai privati la partecipazione al trattamento ed il controllo sulla regolare tenuta dei propri dati personali: si dovrà tenere presente, alla luce delle nuove figure dei soggetti responsabili del trattamento dei dati, individuati dal nuovo codice in almeno tre figure (titolare, responsabile, incaricato) se ed in che modo, queste nuove funzioni incidano o si aggiungano a quelle individuate dalla L. 241/90 in capo al funzionario responsabile del procedimento, in un'ottica di aggravata responsabilizzazione dell'azione amministrativa ogni qual volta la stessa incida sul diritto generale alla riservatezza.

Tale attività viene ad esempio individuata dal codice ai fini del risarcimento del danno come un'attività pericolosa alla quale dovrà applicarsi la norma di cui all'art. 2050 del c.c. Chi venga convocato in un giudizio civile per presunte violazioni del codice sulla privacy dovrà pertanto dimostrare, con palese inversione dell'onere della prova, di aver fatto di tutto per impedire l'evento lesivo: nel panorama delle responsabilità dei pubblici dipendenti, ciò viene ad aggiungersi alle ben note figure della responsabilità contabile-amministrativa, penale e civile extracontrattuale secondo i diversi presupposti di colpevolezza di cui all'art. 2043 c.c.

Si assiste parimenti ad un potenziamento delle norme d'azione a contenuto generale: si riconosce tale natura al d.lgs. 196/2003, ma di conseguenza un quesito in tal senso dovrà porsi per i regolamenti di cui all'art. 20 del nuovo codice, per i provvedimenti dell'autorità Garante di disciplina dei trattamenti, per i codici deontologici ove i loro contenuti si incontrino con l'agire dei soggetti pubblici.

Anche da un punto di vista processuale amministrativo il codice sulla privacy è ricco di spunti di riflessione: l'istituto del ricorso all'autorità Garante contiene aspetti censori dell'agire pubblico, ed ancora la severità della tutela accordata dal legislatore alla riservatezza, modifica per la prima volta il contenuto della legge 20 Marzo 1865 n. 2248 allegato E, legge abolitiva del contenzioso amministrativo, nel suo art. 4.

Il Giudice Ordinario infatti (art. 152 n. 12 d.lgs. 196/2003) con la propria sentenza può agire in deroga al citato art. 4 e quando è necessario anche «in relazione all'eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile» del trattamento, pertanto può accogliere o rigettare la domanda volta alla tutela della riservatezza del privato, disporre sul risarcimento del danno nonché prescrivere tutte le misure necessarie e conseguenti, non limitandosi, e questa è la novità, a conoscere dei soli effetti dell'atto emesso dalla p.a. in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

In materia d'accesso, abbiamo preso atto della avvenuta codificazione di precetti di matrice giurisprudenziale, effettuata dal codice circa l'ostensione dei dati sensibili. Infatti il diritto alla riservatezza e quello al buon andamento ed alla trasparenza dell'azione amministrativa, entrambi di matrice costituzionale, vengono gestiti dal legislatore della privacy in modo tale che sulla pubblica amministrazione gravi l'obbligo di operare un bilanciamento tra il diritto fatto valere dal richiedente e posto alla base della motivazione dell'istanza d'accesso e il diritto alla riservatezza del soggetto al quale si riferiscono i dati personali.

Il codice della privacy infatti impone nel caso i documenti richiesti contengano dati attinenti lo stato di salute e/o la vita sessuale dell'interessato, che la richiesta ostensiva si fondi su un diritto della personalità o un'altra libertà fondamentale ed inviolabile «di rango almeno pari al diritto dell'interessato», tanto che abbiamo ipotizzato nella prima parte della trattazione che in materia di privacy ed accesso agli atti contenenti dati sensibili, si possa qualificare il diritto d'accesso, un diritto soggettivo perfetto non anche un diritto pretensivo, proprio per espressa volontà legislativa.

In materia d'appalto di lavori pubblici, il codice della privacy non muta le particolari disposizioni in materia d'accesso già presenti nella legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni. Abbiamo infatti richiamato il contenuto dell'art. 59 del d.lgs. 196/2003 nel quale si fanno salve in materia di accesso tutte le disposizioni contenute nella legge n. 241/1990, nei regolamenti di attuazione e nelle specifiche fonti di settore che disciplinano la materia. La particolarità potrà comunque essere determinata dallo speciale trattamento riservato dal codice ai dati sensibili e giudiziari, questi ultimi naturalmente presenti nelle procedure d'appalto di lavori pubblici per scongiurare il pericolo di infiltrazioni mafiose nella attività amministrativa.

Le procedure d'accesso infatti sono forme di comunicazione a soggetti determinati, quali i soggetti che richiedono l'ostensione di documenti amministrativi, e pertanto ricadono nella previsione di cui all'art. 4 del codice. Come tali sono procedure soggette anche alle disposizioni dell'art. 20 c. 2, che invita le p.a. anche qualora procedano alla semplice comunicazione in accesso di dati sensibili a disciplinare e pubblicare, ove occorra, in sede regolamentare, sia i tipi di dati trattati che le procedure adottate previa autorizzazione del Garante anche per schemi tipo. L'Autorizzazione al trattamento dei dati giudiziali

ri peraltro è stata rilasciata dall'autorità Garante nel rispetto dell'art. 20 sopra menzionato, con provvedimento datato 30 Giugno del 2004, valido fino al Giugno del 2005. I dati giudiziari necessari alla prevenzione del fenomeno mafioso nelle gare d'appalto potranno essere trattati dalle amministrazioni che indicano gare ad evidenza pubblica, le quali, nel rispetto dei precetti contenuti nell'atto del Garante, potranno stabilire altresì le forme più idonee di comunicazione dei dati stessi anche senza riportare la questione all'attenzione dell'autorità di vigilanza.

In tal senso potranno o dovranno agire muovendosi in un contesto normativo nel quale per stabilire le singole modalità di trattamento ed i tipi di dati da trattare, non si potrà non tenere conto delle varie disposizioni pubblicistiche (legge 241/1990, regolamenti di attuazione, norme di settore in materia d'accesso) e di quelle volte alla tutela della riservatezza le quali sembrano ictu oculi innovative e modificative dell'intero assetto dell'azione amministrativa.