

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29126-diritti-a-confronto-nelle-procedure-di-mobilita-del-personale>

Autore: Flores Eliana

Diritti a confronto nelle procedure di mobilità del personale

Docente: accesso agli atti d'interesse vs. privacy

DIRITTI A CONFRONTO NELLE PROCEDURE DI MOBILITA' DEL PERSONALE

DOCENTE: ACCESSO AGLI ATTI D'INTERESSE VS. PRIVACY

Nuove prospettive giuridiche anche sul “tempo”, quale bene della vita.

Eliana Flores

Brevi note di commento ad una recente decisione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi c/o Presidenza del Consiglio dei Ministri emessa nel plenum del 24 novembre 2009, che mette in luce discutibili prassi poste in essere dalle PP.AA. – nel caso di specie, le istituzioni scolastiche - lesive del diritto di accesso agli atti, ex l. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., (c.d. legge sulla trasparenza ovvero, più precisamente, legge sul procedimento amministrativo). opponendo genericamente la riservatezza dei dati.

1 - PREMESSA:

Dopo la pubblicazione dell'[O.M. n. 19 del 19 febbraio 2010](#) prot. n. AOODGPER 2076 e del CCNI sottoscritto il 16.2.2010 sulla mobilità del personale docente, educativo e A.T.A. per l.a.s. 2010/2011, si riproporranno gli ormai *rituali* contenziosi conseguenti alla individuazione dei soprannumerari.

Contenziosi giurisdizionali in senso stretto ovvero *para-giurisdizionali*, ma entrambi bisognosi, per una incalzante e rigorosa strategia difensiva, dell'articolazione di istituti, ***in primis l'accesso agli atti amministrativi, previsto dalla l. n. 241/1990 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi")***, al fine di porre il soggetto leso (dal posizionamento in senso deteriore nella graduatoria di istituto fino alla perdita della sede di titolarità) in condizioni di avere cognizione piena dell'intera catena documentale costitutiva del procedimento di mobilità.

Non è infrequente che le Istituzioni Scolastiche oppongano al **diritto di accesso** degli interessati danneggiati, con articolazioni diverse da scuola a scuola, un non meglio precisato né percepito **diritto di privacy**, molto spesso *ombrello fraseologico* dalla valenza più simbolica che giuridica, attraverso cui si *liquida* sommariamente l'istante negando l'ostensione documentale.

La pronunzia dell'autorevole Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, l'organismo di diritto pubblico preposto alla vigilanza **sull'attuazione del principio della piena conoscibilità e trasparenza dell'attività della P.A.**, attualmente presieduta dal dr. G. Letta, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, traccia in modo

netto gli ambiti dei confliggenti diritti (**accesso vs. privacy**) in tema di mobilità del personale docente.

Pertanto, **comparazione di due leggi che dirigono la loro pari forza normativa in due opposte direzioni**: decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 che tutela i dati personali, sensibili e giudiziari, e l. *cit.* n. 241/1990 sul diritto di accesso.

La l. n. 241/1990, ormai più volte “rifatta” *ventenne* è quella legge con la quale, per dirla con il Cons. Caringella, il Parlamento “... **ha regalato ai cittadini il bene inestimabile di un procedimento ispirato ai canoni della partecipazione e della trasparenza**”.

Ventenne affatto non spiacevole al suo varo, “rifatta” perché finita sotto il *bisturi* del Legislatore più di una volta, come consuetudine italiana insegna, con due interventi estremamente incisivi, tra gli altri da sottolineare, che l'hanno resa ancor più *accattivante* (nel senso di maggiormente rispondente al principio democratico), nel 2005 e nel 2009, rispettivamente, L. 11 Febbraio 2005, n. 15 - *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, in G.U. n. 42 del 21-2-2005 e L. 18 giugno 2009, n. 69 in G.U. n. 140 del 19 giugno 2009, legge recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*.

Il diritto di accesso, precedentemente, era comunque fornito di un **fondamento costituzionale** a partire dalle c.d. supernorme recanti affermazione dei principi di democrazia, tutela della persona ed uguaglianza, ex artt. 1, 2 e 3 Cost, fino alle norme di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, ex artt 97 e 98 Cost, passando per la generale garanzia delle libertà che connotano in senso democratico il rapporto cittadino-autorità ex art. 21 Cost e la tutela giurisdizionale di diritti ed interessi ex artt. 24 e 113 Cost.

Il diritto di accesso trova anche **fondamenti comunitari**, come:

1. la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio (www.coe.int) n. 81-89 del 25 novembre 1981 in cui è affermato il diritto di ogni persona, addirittura **non** titolare di una posizione giuridica qualificata, di ottenere informazioni in possesso delle autorità pubbliche;
2. la diciassettesima dichiarazione sul diritto di accesso allegata al Trattato di Maastricht (<http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>);

3. la Carta dei diritti approvata a Nizza (http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf) nel dicembre 2000, che dedica l'articolo 42 al diritto di accesso ancorandolo indirettamente al valore della trasparenza;
4. l'art. 1 del Trattato di Amsterdam (<http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>) che sancisce l'impegno dell'U.E. a prendere le proprie decisioni *“nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini”*;
5. il regolamento CE n. 1049/2001 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R1049:20010603:IT:PDF>) di attuazione dell'art. 255 par. 2 Trattato CE.

In Italia, anteriormente al 1990, vi erano pallidi riconoscimenti legislativi (l. urbanistica del 1942; l. sanitaria del 1978, l. quadro sul pubblico impiego del 1983) del diritto di accesso ovvero del principio di trasparenza nell'azione amministrativa, stante la pessima tradizione delle PP.AA. italiane decisamente intente a coltivare ambiti di ermetica segretezza per tutta la fase del procedimento precedente l'emissione del provvedimento.

Spinte verso l'affermazione formale di questo grande principio *anche culturale*, prima che giuridico, sono da rinvenirsi nei lavori della **Commissione parlamentare Bozzi** per le riforme istituzionali (<http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/dossier/prec03.htm>), ove, nella Relazione alle Camere del 29 gennaio 1985, viene proclamata la piena trasparenza della pubblica amministrazione e dei procedimenti come obiettivo fondamentale della riforma stessa e la conseguente proposta di aggiunta nella Costituzione di un art. 21 *bis*, che riconoscesse a tutti il diritto di cercare, trasmettere e ricevere informazioni, nonché di accedere ai documenti e agli atti amministrativi di interesse; nella proposta di riforma costituzionale elaborata dalla Commissione bicamerale del 1997 (<http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/resssten/sed07102.htm>); negli atti della **Commissione Nigro** per la riforma del procedimento amministrativo, costituita a seguito dell'attuazione del programma di Governo Craxi (http://legislature.camera.it/_dati/leg09/lavori/stenografici/sed0003/sed0003.pdf), ove si denunziavano fermamente le *“immotivate lentezze ed i superati autoritarismi dei comportamenti amministrativi”*.

2 - IL CASO:

Il caso portato all'attenzione dell'autorevole Commissione per l'accesso agli atti

amministrativi è il seguente:

una docente X a tempo indeterminato di una istituzione scolastica di secondo grado, a seguito della pubblicazione della graduatoria interna d'istituto nell'a.s. 2007/2008 risultò in posizione di sovranumerarietà in quanto altro docente, Y, della medesima graduatoria, con minor punteggio complessivo, beneficiava di disposizioni favorevoli di cui alla l. 5 febbraio 1992, n. 104 (*legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), che lo ponevano al riparo dai tentacoli della procedura di mobilità. Il tutto comunicato all'albo con una serie di segni grafici (+++) senza menzione della l. n. 104 *cit.*, né delle norme specifiche attributive di benefici. Direbbe Jacob Nielsen, autore del famosissimo “Web Usability” (www.useit.com) che una graduatoria siffatta non è “usabile”! La docente X fu destinataria di trasferimento d'ufficio, posizionata in DOP e, fortunatamente riutilizzata nel successivo a.s., 2008/2009 presso il medesimo istituto di precedente titolarità, vista la presenza di ore residue.

Proprio nell'a.s. 2008/2009, successivamente alla pubblicazione delle nuove graduatorie interne d'istituto, la docente X ebbe modo di constatare che il docente Y aveva perso i benefici ex lege n. 104/92, *cit.*, frutti nell'a.s. precedente, 2007/2008, per cui decise di produrre istanza di accesso agli atti della procedura, ex art. 22 l. n. 241/90 *cit.*, al fine di verificare la legittimità della sua *deportazione* in DOP.

Il diritto di accesso fu concesso dall'istituzione scolastica **solo nella modalità parziale della “visione”, negando l’”estrazione di copia” della documentazione di interesse**, sulla base dell'argomentazione giuridica – rivelatasi fallace – che qualora gli atti di cui si chiede l'accesso riguardino condizioni di salute il diritto va concesso, secondo quanto stabilito nell'art. 24 l. n. 241 *cit.*, nella limitata possibilità di prendere solo visione e non estrarre copia.

Di tale genere le tesi argomentative - a fondamento del diniego - prospettate dall'amministrazione all'istante, docente X e, pertanto, questo il motivo di ricorso alla Commissione per l'accesso.

In altri termini, il quesito di interesse giuridico risulta il seguente:

- in base al combinato disposto delle norme attualmente in vigore in tema di tutela del diritto di accesso e tutela della privacy, può un docente, nell'ambito della procedura di mobilità, **avere copia dei documenti del controinteressato attributivi dei benefici ex lege n. 104/92 *cit.*, o l'amministrazione – l'istituzione scolastica – ha il potere legittimamente di negare copia e concedere la sola visione degli stessi?**

3 – LE FONTI NORMATIVE E LA GIURISPRUDENZA DEL CASO

Orbene, l'indagine sulle fonti applicabili alla fattispecie è circoscritta alle seguenti tre norme:

1°. **legge 7 agosto 1990, n. 241** cit., - **Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi** - art. 22. (**Definizioni e principi in materia di accesso**) -“1. Ai fini del presente capo si intende:a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi";

2°. **art. 24. (Esclusione dal diritto di accesso)** - “Il diritto di accesso è escluso: n. 6 lett.d): 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 di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”; n. 7. “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. 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”.

3°. **Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 - Codice in materia di protezione dei dati personali** - art. 60. (**Dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale**) – “1. 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 di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”.

Il tutto senza tralasciare lo **sfondo** della legge sul procedimento amministrativo, l'obiettivo di maggiore trasparenza che la legge in generale persegue e che emerge già dall'art. 1, ove al comma 1, tra i criteri che devono informare l'attività amministrativa, espressamente enuncia quello di “*pubblicità*”, specificato nel successivo art. 26 il quale stabilisce coerentemente l'obbligo di pubblicare, secondo le modalità previste dai singoli ordinamenti, “*le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse*”.

La trasparenza dell'azione amministrativa (nelle diverse forme in cui si realizza: motivazione del provvedimento, avvio e partecipazione al procedimento dei soggetti, pubblici e privati, che possono avervi interesse, pubblicità degli atti e dei documenti amministrativi e diritto di accesso ai medesimi da parte di chi ne abbia interesse) costituisce un'esigenza assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici, ponendosi come strumento indispensabile a realizzare un effettivo e diretto rapporto tra governanti e governati, consentendo una più consapevole partecipazione all'operato dei pubblici poteri e un più pieno controllo della relativa rispondenza agli interessi sociali e ai precetti legislativi e costituzionali.

Premessa la connotazione del diritto all'accesso come **vero e proprio diritto sociale e principio cardine di interesse pubblico attinente ai livelli essenziali delle prestazioni** concernenti i diritti civili e sociali, salva la possibilità di garantire "livelli" ulteriori, come statuito dalla legge di protezione del diritto/interesse, **l'accesso mediante mera visione è pratica ormai superata dalla novella disposizione normativa di cui alla l. n. 15/2005** e l'Amm.ne, pertanto, **non può limitare** il diritto di accesso alla mera ostensione visiva, privando, in aggiunta, la ricorrente addirittura della possibilità di trascrizione dei dati, dovendo invece provvedere al rilascio di copia.

Anche se il primo – ultradecennale - orientamento del Consiglio di Stato era che i documenti aventi contenuto connesso allo stato di salute dei singoli dovessero ritenersi, perciò solo, sottratti all'accesso per ragioni di riservatezza, **successivamente vi è stato un deciso cambio di rotta**, ritenendo che quando lo stato di salute viene utilizzato da un soggetto per conseguire un determinato risultato nei confronti di altro soggetto (riconoscimento di malattia professionale nei confronti del datore di lavoro, riserva di posti per l'asserita qualità di invalido civile di un certo grado nei pubblici concorsi, benefici nella procedura di mobilità per accudire a familiare portatore di handicap....), **sia l'interessato stesso a dismettere volontariamente il suo diritto alla riservatezza utilizzando il dato sensibile per il conseguimento di quel certo vantaggio**. Non vi è quindi argomentazione per tutelare il diritto alla riservatezza di un soggetto che, con il proprio comportamento concludente, ha dimostrato di non volersene effettivamente avvalere, ma, anzi, ha utilizzato il dato sensibile per perseguire un determinato risultato nei confronti, o a danno di altri, come nel caso di specie.

Così *ex plurimis* TAR Toscana, Firenze, III sez., n. 478/08, TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 337 del 5.2.2007; TAR Lazio, Roma III sez., n. 2212 del 30.3. 2006; TAR Piemonte, sez. II n. 1127 del 25.2.2006, nonché – altra – Decisione della Commissione per l'accesso ai

documenti amministrativi nella seduta del 12 dicembre 2008: “*Deve essere accolta l’istanza di accesso al fine di verificare se i colleghi siano effettivamente in possesso dei requisiti previsti per potere usufruire dei benefici di cui all’art. 33 della legge n. 104/92 ossia lo svolgimento di un’assistenza continua ed esclusiva ad un parente o affine entro il terzo grado con handicap in situazione di gravità. I documenti richiesti contengono dati relativi allo stato di salute di familiari di terzi, ma sono accessibili, ai sensi dell’art. 24, comma 7, legge n. 241/90, e dell’art. 60 del d.lgs. n. 196/03. La soluzione prescelta impone un sacrificio delle esigenze di riservatezza che appare giustificato dalla circostanza che i ontro interessate hanno “utilizzato” i documenti di cui viene chiesta la ostensione al fine di ottenere un beneficio con sacrificio (legittimo) ontro interess della ricorrente; non è quindi ingiustificato che uno di questi chieda in visione di documenti posti a base del riconoscimento del beneficio*”.

Pertanto, dal 2005, a seguito della riforma della l. n. 241/90 cit., è stato posto dal Legislatore un legame inscindibile tra le due modalità tipiche del diritto di accesso, vale a dire la visione e l’estrazione di copia.

L’intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990, comporta che **debba ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento**, attesa l’abrogazione della disposizione dettata dall’art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241/1990, che prevedeva, invece, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d’accesso “*garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici*”: **abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso** (in termini lo stesso Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337).

E’ stato autorevolmente sostenuto, *ad abundantiam*, (Garofoli-Ferrari- NEL DIRITTO, 2009) che il bilanciamento tra il diritto di difesa su cui si fonda la richiesta ostensiva e quello alla riservatezza “**non va effettuato allorchè sia possibile celare, mediante l’apposizione di opportuni omissis, l’identità del soggetto, cui si riferiscono i dati sensibili o sensibilissimi e che la tutela dei dati sensibili può essere operata mediante tecniche di mascheramento riguardanti i dati relativi ai terzi ovvero oscurando i dati supersensibili se riferiti direttamente ai ontro interessate**”.

Conformemente TAR Campania, Napoli, sez. V del 13 luglio 2006, n. 7475 nonché TAR Toscana, sez. II del 9 febbraio 2007, n. 152, Pres. Petruzzelli, est. Toschei, ove al punto 9

della sentenza così si argomenta: “. . .9. – *L'affermato diritto di accedere agli atti dovrà esercitarsi, peraltro, mediante esame ed estrazione di copia dei documenti, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990, atteso che esso non si soddisfa con il consentirne soltanto la visione (anche in virtù della testuale espressione contenuta nell'art. 22, comma 1 lett. a), della legge n. 241 del 1990 novellata, laddove si legge che per «diritto di accesso» si intende, “il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”). Nel caso in cui, come sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione resistente, dovessero esse contenuti, nei documenti oggetto di ostensione, dati sensibili in quanto relativi a pazienti o comunque inerenti la salute o la vita sessuale delle odierne Controinteressate, la relativa tutela potrà essere salvaguardata (argomentando dal combinato disposto degli artt. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 e 60 del decreto legislativo n. 196 del 2003) attraverso tecniche di mascheramento dell'atto che rendano anonimi i dati relativi a terzi (con la sola eliminazione del nominativo e dei riferimenti che riconducano direttamente al paziente) ovvero oscurando i dati “supersensibili” quando si riferiscano direttamente alle odierne conto nteressate – In ragione delle suesposte osservazioni ed attesa l'accertata fondatezza dei motivi di ricorso, deve accogliersi il gravame proposto dal dottor XXXX, con conseguente parziale annullamento del provvedimento impugnato emanato dall'Azienda U.S.L. n. 10 di Firenze nella parte in cui dispone il diniego all'accesso e con contestuale formulazione dell'ordine al competente ufficio di quest'ultimo Ente affinché metta a disposizione per la visione e, a richiesta del ricorrente, per l'eventuale estrazione di copia, dietro pagamento dei relativi diritti, i documenti indicati in epigrafe, con le modalità di cui in motivazione”.*

Non è più confutabile, per concludere, che con la nascita dei moderni Stati democratici e il riconoscimento ai cittadini di un ruolo fondamentale, espresso nell'art. 1 della nostra Carta Costituzionale con il principio che “la sovranità appartiene al popolo”, la conoscibilità piena degli atti e dei documenti amministrativi ha assunto il rango di valore primario, essenziale ad una più effettiva penetrazione fra società e istituzioni e ad una maggiore garanzia del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

4 – LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE

Questo il testo integrale:

“Fatto

La Prof.ssa, docente a tempo indeterminato presso l’istituto resistente, riferisce di aver presentato nel mese di novembre del 2007 la scheda di valutazione titoli per la costituzione delle graduatorie di istituto e la conseguente individuazione dei docenti soprannumerari distinta per classi di concorso.

All’esito dell’espletamento di tale procedura interna l’odierna ricorrente è risultata soprannumeraria in quanto altro docente, il Prof., sia pure con un punteggio complessivo inferiore, beneficiava delle disposizioni di cui alla legge n. 104 del 1992 con conseguente messa in mobilità della prof.ssa, trasferita presso la sede di

Tuttavia, nelle graduatorie per la mobilità relative al successivo anno scolastico (2008/2009) risultava che il controinteressato prof. aveva perso i suddetti benefici derivanti dall’applicazione nei suoi confronti della legge n. 104/92, collocandosi in posizione più bassa rispetto a quella della ricorrente con 16 punti in meno.

Volendo comprendere le ragioni di tale vicenda, l’odierna ricorrente ha presentato diverse istanze di accesso tese ad acquisire diversi documenti amministrativi, tra cui la documentazione concernente la concessione dei benefici ex lege n. 104/92.

All’ultima delle suddette istanze (datata 31 luglio 2009) ha fatto seguito la nota impugnata del 24 settembre di parte resistente con la quale si è escluso l’accesso nella forma dell’estrazione con riguardo ai documenti da ultimo citati, sul presupposto che contenendo dati sensibili sub specie di dati attinenti allo stato di salute del controinteressato, di questi possa essere concessa la sola visione e non l’estrazione.

Contro tale parziale diniego in data 21 ottobre la prof.ssa ha presentato ricorso alla scrivente Commissione chiedendone l’accoglimento. Il gravame è stato notificato anche al controinteressato Prof., il quale, in data 6 novembre, ha inviato una nota difensiva nella quale insiste nell’opporsi all’accesso domandato dalla

Diritto

Il ricorso è fondato e va accolto.

Quanto alla sussistenza di un qualificato interesse all’accesso in capo all’odierna ricorrente questa Commissione non nutre alcun dubbio. La fattispecie portata all’esame della scrivente, invero, si inserisce con fisionomia paradigmatica nel novero del c.d. accesso endoprocedimentale disciplinato dall’art. 10, legge n. 241/90 a tenore del quale coloro che prendono parte ad un procedimento amministrativo sono, per ciò solo, titolari del diritto di accesso a tutti i documenti che in esso abbiano a formarsi, con i soli limiti derivanti dal richiamo effettuato dalla stessa disposizione al successivo articolo 24.

Tra gli interessi in grado di “paralizzare” una richiesta di accesso endoprocedimentale di cui al citato art. 24 (comma 7) figura quello relativo alla riservatezza di terze persone. Nel caso di specie il conflitto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza si colloca sul piano della tutela dei dati personali in grado di rivelare lo stato di salute del controinteressato Al riguardo è bene precisare che in fattispecie del genere il combinato disposto dell’art. 24, comma 7, legge n. 241/90 con l’art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 richiede che il bilanciamento dei due contrapposti interessi debba essere condotto in forza della parità di rango (costituzionale) delle situazioni giuridiche soggettive configgenti.

Nel caso di specie, pertanto, a fronte della tutela della riservatezza del controinteressato in merito al riserbo su dati concernenti lo stato di salute, si pone l’esigenza di individuare la situazione sottostante l’istanza di accesso della ricorrente che ha determinato la presente controversia. Ed invero solo in caso di equivalenza costituzionale delle due opposte situazioni soggettive può trovare accoglimento la pretesa ostensiva della

Ebbene, a tale proposito la Commissione osserva che la situazione sottostante l’istanza di

accesso dell'odierna ricorrente abbia un rango costituzionale equiparato al diritto alla salute del controinteressato, essendo relativa al diritto al lavoro della ricorrente medesima che, come noto, trova più di un riconoscimento espresso nella Carta fondamentale del 1948.

Così stando le cose, prive di pregio appaiono le difese di parte resistente di cui sia il provvedimento di diniego impugnato che alla successiva memoria del 31 ottobre u.s. relative, da una parte, all'irricevibilità del gravame per essere state presentate le prime istanze di accesso già dal mese di giugno 2009, e dall'altra concernenti la possibilità di prendere esclusivamente visione dei documenti al fine di tutelare la riservatezza del controinteressato.

Quanto alle prime, è appena il caso di sottolineare che, nel caso di specie, essendovi stato un provvedimento espresso di diniego datato 21 settembre (e portato a conoscenza della ricorrente il successivo 24 settembre 2009) è da tale momento che decorre il termine per la presentazione del gravame, anche in considerazione della natura non meramente confermativa di precedenti dinieghi del provvedimento impugnato.

Quanto alle seconde, si rileva che le modalità di esercizio del diritto di accesso sono sostanzialmente unitarie e comprendono sia la visione che l'estrazione di copia.

D'altronde, non si vede come la sola visione dei documenti possa costituire un valido strumento a tutela della riservatezza. Nel caso di contrasto tra diritto di accesso e riservatezza, invero, delle due l'una: o si ritiene che la prevalenza debba essere accordata alla riservatezza e allora l'accesso dovrà essere negato, ovvero (come nel caso di specie) a prevalere è l'accesso il cui esercizio deve essere assicurato nella forma coestensiva all'estrazione di copia.

Pertanto si ritiene che il gravame presentato dal Prof.ssa sia fondato.

PQM

La Commissione accoglie il ricorso e per l'effetto invita l'amministrazione entro trenta giorni a riesaminare la questione sulla base delle considerazioni svolte.

5 – CONCLUSIONI

Al termine di questa breve disamina del caso si possono enucleare alcuni punti fermi:

1. il diritto di accesso ha oggi una disciplina generalizzata con l'emanazione della l. n. 241/90, così modificata come innanzi esposto;
2. l'istituto dell'"accesso" è stato semplicemente "generalizzato", ma risultava già esistente, pur se debole, oltre che previsto in fonti comunitarie;
3. il diritto di accesso è un "diritto soggettivo";
4. il diritto al lavoro è di rango costituzionale come il diritto alla tutela della salute;
5. il diritto all'accesso è "integrale" e non sono legittime posizioni *scissioniste*, che slegano l'estrazione di copia dalla mera visione;
6. la comparazione, il bilanciamento diritto di accesso/tutela della privacy non va effettuato se è possibile celare i dati con opportuni "omissis" ovvero attraverso tecniche di mascheramento;
7. è una contraddizione in termini il comportamento delle amministrazioni che concedono in mera visione gli atti richiesti, negando l'estrazione di copia ai fini di tutelare

la privacy del controinteressato ovvero di terzi (riservatezza già violata con la semplice visione degli atti).

La lesione del diritto all'accesso dei documenti di interesse si concretizza, quindi, anche con il rifiuto di estrazione di copia; può pertanto innestarsi un'azione risarcitoria conseguente altresì per il danno esistenziale subito. Così anche A. Liberati (Cedam, 2009) oltre che TAR Palermo, II sez., del 6.2.2004, secondo cui il diniego illegittimo di accesso agli atti o l'eccessiva difficoltà frapposta dall'amministrazione, configura un'ipotesi di danno non patrimoniale.

L'art. 1, secondo comma della l. n. 241/1990 cit., nel prescrivere il principio di non aggravamento, testualmente recita: *“La p.a. non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria”*.

D'altronde oggi ha acquisito cittadinanza il risarcimento del danno da "ritardo mero" – quel ritardo afferente al mancato rispetto dei tempi di conclusione del procedimento, secondo la novella del 2009 –; perché non dovrebbe essere suscettibile di risarcimento il danno da lesione del diritto all'accesso, che concorre a definire e qualificare il "**tempo**" quale bene della vita?