

La Regolamentazione della protezione dei dati personali nell'ambito della medicina sportiva

Istanza di accesso da parte di un interessato nei confronti di un medico, di una struttura sanitaria, o di una organizzazione sportiva. Riservatezza e relativi profili.

Andrea Marco Colarusso
Ricercatore di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Roma «Foro Italico»
Centro Studi di Diritto ed Etica dello Sport

ORGANIZZATO DA



CON IL PATROCINIO DI



GARANTE
PER LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI



07
GIUGNO
2023

LE ORIGINI DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA

Una prima affermazione del principio di trasparenza si è avuta nella **Carta Costituzionale** che, pur non contemplandolo espressamente, contiene norme e principi dai quali la stessa è stata implicitamente ricavata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La trasparenza è stata, infatti, considerata da dottrina e giurisprudenza quale corollario **dell'imparzialità e del buon andamento** della P.A. disciplinati dall'art. 97 Cost., i quali presuppongono necessariamente la conoscibilità del potere.

LA TRASPARENZA NELLA LEGGE N. 241/1990

Nell'ordinamento italiano, il principio di trasparenza è stato declinato nella L. 7 agosto 1990, n. 241, che reca la disciplina organica del procedimento amministrativo e regola il diritto di accesso ai documenti amministrativi e nella quale la trasparenza è stata sin da subito associata al concetto di partecipazione.

Nella legge sul procedimento la trasparenza è stata quindi intesa per lo più come comprensibilità da parte del privato dell'azione della P.A., finalizzata a tutelare una specifica situazione giuridica soggettiva dello stesso.

L'ACCESSO NELLA LEGGE N. 241/1990

Gli articoli 22 e ss. della L. n. 241/1990 riconoscono la possibilità di prendere visione ed estrarre copia di documenti per tutelare una situazione giuridicamente rilevante.

L'interesse all'accesso deve essere:

- a) Diretto e personale;
- b) Concreto;
- c) Attuale.

Non è ammesso un controllo generalizzato sull'operato dell'Amministrazione.

Oggetto dell'accesso è il documento amministrativo preesistente e sufficientemente individuato.

L'ACCESSO NELLA LEGGE N. 241/1990

L'art. 24, comma 1, prevede ipotesi di esclusione tassativa

Al comma 2 si rinvia a Regolamenti delle singole amministrazioni che individuano le categorie di atti escluse.

Il comma 6 elenca cinque settori nei quali si possono prevedere con regolamento governativo sottrazioni al diritto di accesso.

Il comma 7 delinea la figura dell'accesso defensionale.

Il D.P.R. n. 184/2006 disciplina le modalità operative e di coinvolgimento dei controinteressati.

I rapporti tra accesso e riservatezza: il D.lgs. n. 196/2003

LA TRASPARENZA NELLA LEGGE N. 190/2012

Con la legge n. 190/2012 e ancora prima con il D.lgs. n. 159/2011 (art. 11) la trasparenza diviene uno dei principali strumenti di prevenzione della corruzione.

La trasparenza non è più confinata nel concetto di pubblicità dell'azione amministrativa di cui alla legge n. 241/1990, che trova la sua manifestazione primaria nel diritto di accesso, ma diviene una condizione organizzativa della P.A. che, attraverso la previsione di obblighi di pubblicazione, garantisce la partecipazione e il controllo democratico dell'azione amministrativa.

IL D.LGS. N. 33/2013

In attuazione della L. n. 190/2012, il Decreto legislativo n. 33/2013 (c.d. «Codice della trasparenza», successivamente modificato dal Decreto legislativo n. 97/2016). L'art. 1 d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016, definisce la trasparenza come *«accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»*.

La trasparenza assume un valore super-individuale finalizzato alla tutela di interessi pubblici e non solo privati.

IL D.LGS. N. 33/2013

Il D.Lgs. 33/2013 disciplina:

- i diritti di accesso connessi alla trasparenza e riconosciuti a tutti i cittadini (l'accesso civico semplice e generalizzato di cui all'art. 5 del decreto);
- le modalità attraverso cui procedere alla pubblicazione dei dati e delle informazioni (artt. 6-10);
- gli specifici obblighi di pubblicazione (artt. 12-42);
- la previsione dell'obbligo di inserire in un'apposita sezione del Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT) i nominativi dei responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti (che sino alla entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016 era denominata Programma triennale per la trasparenza e l'integrità);
- la vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e i correlati procedimenti sanzionatori.

GLI OBBLIGHI DI PUBBLICAZIONE E L'ALLEGATO A AL D.LGS. N. 33/2013

I destinatari del D.Lgs. 33/2013 hanno l'obbligo di mettere a disposizione nei siti istituzionali - precisamente nella sezione denominata «Amministrazione o/Società trasparente» – i dati, i documenti e le informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività della P.A. indicati dagli artt. da 12 a 42 D.Lgs. 33/2013.

Nel caso in cui sia necessario pubblicare nella sezione "Amministrazione trasparente" informazioni, documenti o dati che sono già pubblicati in altre parti del sito, è possibile inserire, all'interno della sezione "Amministrazione trasparente", un collegamento ipertestuale ai contenuti stessi, in modo da evitare duplicazione di informazioni.

ACCESSO CIVICO «SEMPLICE» E «GENERALIZZATO»

Una delle novità del d.lgs. n. 97 del 2016 in materia di trasparenza riguarda il nuovo diritto di accesso civico generalizzato a dati e documenti non oggetto di pubblicazione obbligatoria, delineato nel novellato art. 5, co. 2, del d.lgs. 33/2013.

In virtù della disposizione richiamata, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tassativamente indicati dalla legge, che contestualmente vengono in evidenza.

Le due modalità di accesso si integrano reciprocamente in un rapporto di reciproco completamento.

ACCESSO CIVICO «SEMPLICE» E GENERALIZZATO

L'accesso generalizzato (FOIA) non ha sostituito l'accesso civico "semplice" previsto dall'art. 5, co. 1 del d.lgs. 33/2013, siccome questa tipologia di accesso riguarda, quindi, i soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio nei casi di mancata osservanza degli stessi.

Si tratta di un istituto attraverso il quale si possono realizzare diversi obiettivi.

L'ANAC, con la delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, ha adottato le «Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art.5, co.2, del d.lgs.33/2013»

L'AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL D.LGS. N. 33/2013

L'art. 2 bis, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, prescrive che:

«1. Ai fini del presente decreto, per "pubbliche amministrazioni" si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile:

a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;

b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175;

c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni».

L'AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL D.LGS. N. 33/2013

Il comma 3 del citato articolo 2 bis prevede che *«La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica, alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».*

IL 'NUOVO' ART. 5 BIS DEL D.LGS. N. 33/2013

L'istanza di accesso civico deve identificare i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione.

L'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal D.lgs. n. 82/2005 e può essere presentata alternativamente:

- all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;
- all'Ufficio relazioni con il pubblico;
- ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale;
- al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto.

Il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali.

IL 'NUOVO' ART. 5 BIS DEL D.LGS. N. 33/2013

L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti *ex art. 5 bis* sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento

I limiti si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato.

Il diritto di accesso civico è comunque escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli *ex art. 24, co. 1, L. 241/1990*.

IL 'NUOVO' ART. 5 BIS DEL D.LGS. N. 33/2013

Chiunque, senza alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva, ha diritto ad accedere:

- a) a documenti, dati o informazioni la cui pubblicazione è obbligatoria;
- b) a dati o documenti detenuti da una P.A., anche se la pubblicazione non è obbligatoria, ma salvo che non osti la necessità di evitare un pregiudizio concreto alla tutela di:

- un interesse pubblico inerente:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro per-seguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive;

- un interesse privato giuridicamente rilevante inerente:

- a) la protezione dei dati personali;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

IL PROCEDIMENTO

- eventuale comunicazione mediante invio di copia a eventuali controinteressati, con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica;
- a decorrere dalla comunicazione ai controinteressati, il termine di conclusione è sospeso fino all'eventuale opposizione dei controinteressati;
- eventuale motivata opposizione, anche per via telematica, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione.
- conclusione con provvedimento espresso e motivato, comunicato al richiedente e agli eventuali controinteressati, entro trenta giorni dall'istanza.

Tutela amministrativa

Avverso le decisioni in materia di accesso o in caso di mancata risposta entro il termine si può presentare richiesta di riesame al RPCT che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni.

Se l'accesso è stato negato o differito a tutela di un interesse privato inerente la protezione dei dati personali il RPCT deve sentire il Garante della Privacy, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, comunque per un periodo non superiore ai dieci giorni.

Nel caso in cui la richiesta di accesso civico riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, il RPCT ha l'obbligo di effettuare le segnalazioni all'Ufficio disciplinare, all'organo di indirizzo politico ed all'OIV ex art. 43, co. 5.

Tutela innanzi al difensore civico

Nei confronti di Amministrazioni delle Regioni o degli Enti locali, è possibile altresì ricorrere al difensore civico competente per ambito territoriale o, qualora non sia stato istituito, per l'ambito territoriale immediatamente superiore

Avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, si può proporre ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale ex art. 116 C.P.A.

Profili problematici

- La motivazione dell'accesso;
- Richieste massive e rapporti con gli interessi pubblici e il buon andamento della P.A.: la natura soggettiva e i costi dell'accesso;
- La qualità e la quantità dei dati da pubblicare: trasparenza non è sinonimo di conoscenza;
- Le responsabilità connesse all'accesso;
- L'approccio difensivo positivo e negativo: i costi e i limiti impliciti dell'accesso;

Trasparenza e privacy: equilibrio possibile?

Trasparenza e Privacy: valori primari, entrambi fondamentali

Diritto di accesso generalizzato (c.d. FOIA):

- Non solo interesse pubblico (controllo diffuso, buon andamento, ecc.)
- Ma anche interesse individuale, corollario della libertà di espressione • Art. 10 CEDU e art. 21 Cost.

Diritto alla protezione dei dati personali:

- Interesse individuale fondamentale
- Art. 8 CEDU e art. 2 Cost.

Quale bilanciamento nei sistemi FOIA? Identico per tutti gli interessi-limite (art. 5-bis, c. 1-2, d.lgs. 33/2013)

Fase 1: esiste un pregiudizio concreto all'interesse-limite?

Fase 2: esiste un interesse pubblico prevalente alla ostensione? Specificità della Privacy

Notifica ai controinteressati (necessaria) Parere del Garante (eventuale, in fase di riesame)

T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 28/03/2018, n. 3453

Una istanza volta a ottenere atti negoziali e amministrativi in possesso dell'amministrazione non può essere respinta senza un'adeguata motivazione circa il pregiudizio concreto alla tutela dei dati personali.

Quando vengono in rilievo gli interessi di cui all'art. 5-bis, co. 1 e 2, d.Lgs. n. 33/2013, non è consentito respingere la domanda senza compiere un duplice passaggio motivazionale, al fine di verificare:

- se l'ostensione dei documenti possa cagionare un pregiudizio concreto alla tutela dei dati personali
- e che vi sia un nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio.

Quando vengono in gioco dati personali:

È necessaria la notifica al controinteressato della richiesta per la valutazione da parte della PA delle eventuali controdeduzioni di segno negativo all'accesso del medesimo controinteressato, da soppesare nel provvedimento finale quanto ad ampiezza dei dati e dei documenti da ostendere

Un approccio pragmatico: lo strumento dell'accesso parziale Tar Lazio, Sez. II, 28 luglio 2017, n. 9043

Il provvedimento di diniego opposto alla richiesta del ricorrente non risulta giustificato:

- Tenuto conto che l'oggetto della richiesta di accesso non appare suscettibile di arrecare pregiudizio concreto alla protezione di dati personali;
- La P.A. può ricorrere, se necessario, alla tecnica dell'oscuramento parziale dei dati qualora ciò sia sufficiente per proteggere gli interessi tutelati dall'eccezione prevista dalla norma invocata.

Giurisprudenza

1. Consiglio di Stato sez. V, 10/03/2021, n.2050

L'istanza cumulativa di accesso;

2. Consiglio di Stato sez. V, 02/03/2021, n.1780

2.1 Cons. Stato, (Ad. Plen.), 02/04/2020, n. 10

Il rapporto tra tipologie di accesso;

3. Cons. Stato, (Ad. Plen.), 18/03/2021, n. 4

L'accesso «defensionale» e il sindacato del giudice;

4. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 04/01/2022, n.25

Documenti, dati e informazioni oggetto di accesso civico generalizzato;

5. T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 26/09/2022, n. 12210

5.1 Consiglio di Stato sez. VI, 13/08/2019, n.5702

Le richieste massive e il dialogo collaborativo;

I pareri del Garante della Privacy

1) La Banca Dati FOIA del Dipartimento della Funzione Pubblica contiene una raccolta sistematica e costantemente aggiornata dei pareri del Garante per la protezione dei dati personali in materia di FOIA.

2) Il sito web del Garante della Privacy riporta i pareri suddivisi per area tematica al seguente link:

<https://www.garanteprivacy.it/normativa-e-provvedimenti/provvedimenti/pareri-per-area-tematica>

<https://www.garanteprivacy.it/home/provvedimenti-normativa/provvedimenti/pareri/pareri-su-istanze-di-accesso-civico>

1) Parere del Garante del 31/10/2022

Accesso generalizzato al database anonimizzato di uno studio clinico;

2) Corte Federale D'Appello FIGC - SEZIONI UNITE - DECISIONE N. 097 del 29 luglio 2020

L'accesso nell'ordinamento sportivo;

3) Parere dell'Avvocatura Generale dello Stato - MONITORA PA

Il Coinvolgimento del DPO nelle richieste di accesso civico;

4) Parere del Garante del 04/02/2022

Accesso civico ai dati curricolari;

5) Parere del Garante del 10/01/2019

Richiesta accesso civico a dati clinici persona deceduta.

- La sentenza del Consiglio di Stato n. 4086/2022 e il parere del Garante privacy del 13 maggio 2021 (9672790): la tecnica del bilanciamento di interessi;
- L'accesso difensivo e tutela dei dati personali: il caso dei nominativi nelle segnalazioni alla p.a. (nota a TAR Emilia Romagna - Bologna, sez. II, 8 febbraio 2022, n. 136);
- L'accesso ai documenti sanitari ai sensi dell'art. 4, comma 2, della Legge Gelli-Bianco.

L'accesso ai trattamenti automatizzati ai sensi dell'art. 22 del GDPR.

1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione:

a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;

b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;

c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

Il *Data governance ACT* – dalla riservatezza, alla protezione, fino al governo dei dati (24/09/2023)

Il c.d. «altruismo» dei dati: la condivisione “volontaria” di dati, sulla base del consenso informato, accordato dagli interessati, al trattamento dei dati personali che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati, volte a permettere l’uso dei loro dati non personali. Essa deve avvenire senza la richiesta o la ricezione di compensi, che vadano oltre il rimborso dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, che comprendono l’assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l’agevolazione della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, la fornitura dei servizi pubblici, l’elaborazione delle politiche pubbliche (tra cui, certamente quelle del lavoro) e la ricerca scientifica (art. 2, punto 16, DGA).

Il DGA mira a contribuire allo sviluppo di *pool* di dati disponibili per effetto dell’altruismo dei dati, che abbiano dimensioni sufficienti da consentire l’analisi dei dati e l’apprendimento automatico, anche attraverso l’Unione.

Il *Data ACT* – artt. 14 e 15: nuovi spazi per la P.A.

Articolo 14

Obbligo di mettere a disposizione i dati sulla base di necessità eccezionali

1. Su richiesta specifica debitamente giustificata e limitata nel tempo e nella portata, il titolare dei dati che sia una persona giuridica mette i dati non personali disponibili al momento della richiesta, inclusi i metadati, a disposizione di un ente pubblico o di un'istituzione, un'agenzia o un organismo dell'Unione che dimostri la necessità eccezionale di utilizzare i dati richiesti.

2. Il presente capo non si applica alle piccole e microimprese quali definite all'articolo 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE.

2 bis. Il presente capo non osta ad accordi volontari tra le imprese e gli organismi del settore pubblico e le istituzioni, le agenzie o gli organismi dell'Unione per la condivisione di dati ai fini della fornitura di servizi pubblici, anche per esigenze eccezionali se previsto nei loro contratti.

Articolo 15

Necessità eccezionale di utilizzare i dati

Una necessità eccezionale di utilizzare i dati non personali ai sensi del presente capo è limitata nel tempo e nella portata e si considera esistente nelle seguenti circostanze:

(a) se i dati richiesti sono necessari per rispondere a un'emergenza pubblica;

(b) in assenza di situazioni di emergenza, se l'ente pubblico o l'istituzione, l'agenzia o l'organismo dell'Unione agisce sulla base del diritto dell'Unione o nazionale e ha individuato dati specifici, che non sono messi loro a disposizione e che sono necessari per svolgere un compito specifico di interesse pubblico esplicitamente previsto dalla legge, come la prevenzione o la ripresa dopo un'emergenza pubblica e se l'ente pubblico o l'istituzione, l'agenzia o l'organismo dell'Unione non è stato in grado di ottenere con uno dei seguenti mezzi: accordo volontario; acquistando i dati sul mercato o facendo affidamento sugli obblighi esistenti di messa a disposizione dei dati.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Andrea Marco Colarusso

Ricercatore di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Roma «Foro Italice» Centro Studi di Diritto ed Etica dello Sport



ORGANIZZATO DA



CON IL PATROCINIO DI



GPDP

GARANTE
PER LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI



ITALIA CONI

