

Convegno “Come cambia la Trasparenza Amministrativa a seguito del D.Lgs. n. 101/2018 e delle recenti riforme” - Bologna, martedì 24 settembre 2019, Città di Metropolitana di Bologna -Palazzo Malvezzi, via Zamboni 13, Sala Consiglio

INTERVENTO AVV. STEFANO ORLANDI

(Avvocato esperto in data protection- Vice Direttore Centro Studi Privacy e Nuove Tecnologie)

Trasparenza e protezione dei dati

Buongiorno a tutti.

Ringrazio **UPI** (che oggi firma l’evento addirittura con il doppio brand, nazionale e locale... questo per dire l’importanza!) e la **Città Metropolitana** che ci ospita in queste splendide sale.

Faccio i complimenti a **Margherita Bertin** e a **Tiziano Tessaro** per il loro libro, e li ringrazio per aver pensato a me per questa giornata.

Se guardate da questa parte del tavolo, non è difficile accorgersi che io sono, per dirla con Manzoni, quel **“vaso di terracotta che viaggia in compagnia di molti vasi di ferro”**.

Però San Paolo, scrivendo ai Corinzi, ricorda che anche dentro ai vasi di coccio può esservi un tesoro; più modestamente, nel mio caso, ci potrebbe essere **(non un tesoro ma) un piccolo contributo originale** da parte di chi ha avuto la fortuna di trovarsi coinvolto nell’avventura processuale che ha portato, infine **(per ora! E il per ora, come vedremo, non è casuale...)** alla **nota sentenza 20/2019 della Corte Costituzionale**.

Tra le circostanze che mi hanno portato, insieme alla Collega Avv. Micaela Grandi, a proporre e curare, avanti il Tar Lazio, il ricorso in materia di trasparenza e protezione dei dati personali che quella sentenza, alla fine, ha generato - un posto particolare e decisivo ricopre proprio il rapporto e (spero di non allargarmi troppo...) l’amicizia con Tiziano Tessaro, mio ... compagno di classe al Corso di specializzazione di Diritto Amministrativo della SPISA, ormai più di 20 anni fa. Già in quel frangente Tiziano era quel vulcanico promotore di pubblicazioni, articoli, convegni che tutti conosciamo.... E, sapendo che avevo cominciato ad occuparmi dei temi che, poi, sarebbero stati al centro della mia storia professionale (privacy, dati personali, data protection, diritto delle tecnologie... quella roba lì, insomma!) mi propose di fare un libro insieme. Ne uscì, per Maggioli (che anche oggi, guarda caso, collabora alla realizzazione di questa giornata...), uno dei primissimi testi in materia proprio di privacy e trasparenza dal titolo **“Tutela della Privacy e diritto d’accesso ai documenti nell’ente locale”** (eravamo nel settembre del 1998!).

Caro Tiziano! Chi l’avrebbe detto che quel libro avrebbe scatenato -per dirla parafrasando il titolo di un noto blockbuster americano- **una così lunga serie di fortunati eventi?**

Ma bando ai ricordi.

Siccome i tempi sono strettissimi – e ho promesso solennemente a Luana Plessi di rispettare i miei.. - ho organizzato questo mio piccolo contributo in 3 punti da avvocato “pop”, come qualcuno - credetemi, con mia grande soddisfazione- mi ha definito alla fine di un paio di miei seminari...- che presentano i seguenti titoli (volutamente... “pop”, appunto!):

- 1. FAKE NEWS!**
- 2. LA CONSULTA SI FERMA SULLA SOGLIA DELL’OLTREMONDO**
- 3. GAME OVER?**

Mi scuso fin d'ora per **l'assoluta parzialità e frammentarietà** di quello che dirò, privilegiando -nei pochi minuti a mia disposizione- **solo alcuni spunti per lo più dettati dalla mia esperienza ormai -ahimè!- ultraventennale nell'ambito della data protection** (del resto, proprio per questo sono stato invitato, no?).

Prima, però, consentitemi di riassumere, brutalmente, per come posso in questa sede, il *focus* della causa ed infine anche della sentenza della Corte: alcuni dirigenti del Garante per la protezione dei dati personali impugnavano le note con le quali il Segretario Generale della medesima Autorità intendeva dare attuazione alle disposizioni del dlgs n. 33/2013, come novellate dal cd. FOIA italiano (decreto legislativo 97/2016), richiedendo loro di consegnare -ai fini della pubblicazione sul web- le informazioni personali elencate dal comma f dell'art. 14, comma 1 ed in particolare *“le dichiarazioni e le attestazioni relative alla dichiarazione dei redditi e alla dichiarazione dello stato patrimoniale, quest'ultima concernente il possesso di beni immobili o mobili registrati, azioni, obbligazioni o quote societarie –, limitatamente al soggetto interessato, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado”*. I ricorrenti si opponevano alla richiesta impugnandola ed allegando, nel ricorso introduttivo, una corposa ed articolata serie di ragioni, fondate sulle norme vigenti in materia di protezione dei dati personali nonché sulla loro reiterata interpretazione da parte della Corte di Giustizia, ragioni che inducevano a chiedere, in prima battuta, la disapplicazione da parte del Tar delle norme italiane o, in subordine, la remissione della questione alla Consulta o, appunto, alla Corte di Giustizia.

Da qui la decisione del Tar Lazio di rivolgersi alla Corte Costituzionale, con quel che ne è seguito (e su cui torneremo, almeno per rapidi cenni).

1. FAKE NEWS!

Il sottotitolo è: **“togliamoci almeno un sassolino dalla scarpa...”**.

Poche settimane dopo **la fondamentale ordinanza cautelare del Tar Lazio Sezione Prima Quater n. 1030 del 2 marzo 2017** (che, sia pure in sede interinale, riconosceva esplicitamente il *fumus* di illegittimità costituzionale delle norme contestate) un' illustre “penna” del giornalismo italiano ebbe a scrivere, su un' altrettanto illustre testata, un pezzo nel quale tra le righe **insinuava il sospetto che il Garante privacy e i ricorrenti avessero giocato di sponda per portare la questione davanti al Tar**. Ci fu anche, pochi giorni dopo, una ... “socratica” risposta del Segretario Generale del Garante, con replica finale sarcastica del giornalista (sapete come funzionano queste cose!). .

Messaggio (neanche troppo) subliminale: **è la solita casta che si difende, e fa anche i giochetti...**

Qui -approfittando anche della registrazione del mio intervento, a valere come verbale!- per la prima volta, lo voglio dire pubblicamente: **FAKE NEWS!**

Nulla di più falso.

Il ricorso è nato, al contrario, dalla granitica ed ostinata convinzione di sei dirigenti del Garante circa la fondatezza delle ragioni che **(per un paradosso difficilmente superabile) proprio il Garante stesso** aveva illustrato al Parlamento, e a più riprese, in sede di discussione del famigerato FOIA.

Insomma, il paradosso è che i ricorrenti (a proprie spese, si noti; e anche esponendo a qualche comprensibile rischio la propria posizione e ruolo), **nell'inerzia se non proprio nell'acquiescenza della loro Authority** hanno deciso di fare ricorso **appoggiandosi in toto sulle ragioni (giuridiche, ed anche di fatto) che avevano portato il Garante** a criticare pesantemente le norme in questione – ed a farlo, si noti, in qualche passaggio addirittura **a braccetto con ANAC!** (vedere nota del 30 ottobre 2014 a firma dei Presidenti delle due Autorità).

Non era forse, quella dei nostri clienti, un'azione del tutto sintonica con la *mission* del Garante? Non meritavano, quei dirigenti, casomai un "grazie"?

Al contrario, paradosso nel paradosso, **il Garante si è costituito in giudizio contro i suoi dirigenti e ha difeso con forza ragioni giuridiche opposte a quelle già proclamate** (ragioni opposte e, si conceda, francamente discutibili da parte di un'Autorità ontologicamente vocata alla protezione dei dati personali).

Chi ci capisce è bravo!

Ma tant'è.

La fine è nota: la Corte Costituzionale, come detto, ha riconosciuto, almeno in significativa parte, le buone ragioni dei ricorrenti ... e, **paradosso finale!**, il Presidente del Garante ha festeggiato la sentenza della Consulta così commentando: *"La sentenza 20/2019 della Corte costituzionale indica con nettezza un percorso virtuoso di bilanciamento tra la protezione dei dati personali e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, che alla prima possano contrapporsi nell'ambito delle politiche pubbliche. Il legislatore spesso, anche in queste settimane, ha opposto una certa insofferenza al nostro richiamo al rispetto del principio di proporzionalità che deve governare il bilanciamento tra diritti, libertà e altri beni giuridici primari. Sarebbe bene se, in futuro, si facesse ricorso a un supplemento di prudenza, seguendo l'indirizzo tracciato dalla Corte, nel segno del principio di ragionevolezza"...*

... e io aggiungo, visto che nessuno lo ha mai fatto: **"tutto ciò grazie a quei sei dirigenti!"**

2. LA CONSULTA SI FERMA SULLA SOGLIA DELL'OLTREMONDO

Parto, come sempre si deve fare, dal **positivo**: la decisione della Consulta è stata **una vittoria, e una vittoria inaspettata**.

Non posso qui, per brevità, approfondire **tutti gli ostacoli** che, come in un videogame, si sono presentati in corso d'opera: questioni di giurisdizione (ve n'è traccia anche nella sentenza della Corte); natura provvedimento o meno delle "note" del Garante impugnate; valore delle Linee Guida ANAC; natura di "dato personale" delle informazioni in questione; ecc. ecc. E non dimenticate che come controparte avevamo ... **il Garante privacy**).

Le **luci** della sentenza, consistenti nell'aver riconosciuto **–in riferimento alla stragrande generalità dei dirigenti pubblici– "l'illegittimità costituzionale"** della pubblicazione delle dichiarazioni e delle attestazioni (di cui alla lettera f) dell'art. 14 già citato, sono più che sufficienti per **confermare il buon esito della vicenda**.

Nel bilanciamento, nel confine mobile tra trasparenza e diritto alla protezione dei dati personali la Corte ha riconosciuto che la pubblicazione dei dati predetti è **incostituzionale per violazione, sia del principio di ragionevolezza** (in sintesi, in quanto la disposizione censurata non risponde alle due condizioni richieste dal test di proporzionalità: l'imposizione di oneri non sproporzionati rispetto ai fini perseguiti, e la scelta della misura meno restrittiva dei diritti che si fronteggiano), **sia del principio di eguaglianza** (avendo equiparato tutte le posizioni dirigenziali fra loro, e queste tutte insieme a ruoli politici).

Bene.

Ma non benissimo.

Molte sono anche le **ombre**, già indicate da autorevoli commentatori.

Io mi limito, qui, a ricordarne due, utili a far comprendere -a mio giudizio- **il vero limite della sentenza 20/2019**.

Mi riferisco alla **distinzione tra dirigenti apicali e dirigenti subapicali, e al fatto che la declaratoria di incostituzionalità si limiti ai secondi**; e alla considerazione, che sembra emergere da una lettura attenta della sentenza, per la quale **a certe condizioni certi dati personali** potrebbero legittimamente essere sottoposti alla pubblicazione e diffusione anche nelle forme e nei modi, notate, previsti dal FOIA (art. 7-bis in particolare).

A mio avviso è qui che la Corte dimostra di non aver colto il *core* della questione, arrestandosi – o forse addirittura *scegliendo* di arrestarsi- sulla soglia di quello che Baricco chiama nel suo “The Game” l’ **“oltremondo”**, ossia quella **“copia digitale del mondo, infinitamente più accessibile”** del mondo analogico.

Nell’oltremondo le cose vanno interamente ripensate.

Non si può ragionare con le **vecchie categorie**.

Non è uguale affiggere un dato personale all’Albo Pretorio posto fisicamente sotto il portico del Comune di Bologna, o invece pubblicarlo su un sito web. E’ un altro mondo. E’ un oltremondo, appunto, con regole e rischi tutti propri. Tutti da capire ex novo.

Nell’oltremondo, quando un dato finisce sul web, è come i famosi diamanti della pubblicità: è per sempre (chiedete, per informazione, a quei genitori che stanno conducendo battaglie impossibili per far sparire dal web informazioni, foto, video o altro che non hanno motivo di esserci... e che magari hanno già portato ed eventi tragici... ecco, chiedete a loro).

Come l’avv. Grandi ed io abbiamo avuto l’opportunità di dire anche davanti ai Giudici della Consulta **(e, con tutto il rispetto, penso sia questo il punto non colto...)** *“già alcuni autori antichi segnalavano -poeticamente- il rischio di perdere il controllo dei dati che ci riguardano. Ma tale preoccupazione fa quasi sorridere se paragonata alle tecnologie di oggi. Nel 2010, cioè proprio nello stesso momento in cui l’UE iniziava il suo percorso verso il GDPR, un columnist del New York Times stigmatizzava così la caratteristica della attuale “società dell’informazione”: è un mondo incapace di dimenticare, un mondo in cui ogni dato personale gettato in pasto al web è per sempre. Impossibile da inseguire. Potrà essere rintracciato, ripreso, decontestualizzato, analizzato, processato, profilato e così via per mille e mille volte, e per mille e mille finalità. Oggi, magari per un motivo; domani, per un altro.*

La sovrabbondanza di spazio di archiviazione a basso costo significa che non è più conveniente decidere se ricordare o dimenticare. “Dimenticare -i tre secondi che ci vogliono per decidere- è diventato troppo costoso per le persone”, come scrive uno dei principali commentatori dell’impatto, anche giuridico, dei big data. (...) I dati personali, nel mondo di oggi” (nell’oltremondo, direbbe Baricco) “sono così importanti, preziosi e pericolosi da richiedere un livello estremo di attenzione e di cautele. TUTTI i dati personali, si noti. Basta affacciarsi sul mondo dei big data per comprendere che non esiste già più la possibilità di distinguere seriamente tra dati personali e dati personali sensibili, o particolari come li chiama il nuovo GDPR. In questo contesto, occorre domandarsi se obbligare ex lege la diffusione sul web di dati personali (e, peggio ancora, l’indicizzazione, la rintracciabilità e il riutilizzo! Da parte di tutto il mondo! non debba essere davvero una extrema ratio. Un’eccezione assoluta. Addirittura un’operazione vietata in via generale, salvi rarissimi casi”.

E qualcuno -aggiungo qui, con una battuta- mi deve ancora spiegare perché **i cow-boy australiani o anche solo i finlandesi dovrebbero poter conoscere i dati personali dei nostri sei dirigenti!**

Ecco, forse la Corte non avuto la forza o il coraggio di varcare la soglia dell’oltremondo.

3. GAME OVER?

La vicenda è conclusa?

Spero di no.

Proprio domani, 25 settembre, si sarebbe dovuta tenere l'udienza conclusiva, avanti il Tar Lazio, nel ricorso dei sei dirigenti, ritualmente riassunto dopo la sentenza della Consulta.

L'udienza è stata rinviata a fine novembre -cito testualmente dalla comunicazione ricevuta dal Tar- ***“causa assenza del consigliere relatore ed in ragione della delicatezza e particolarità delle questioni oggetto di giudizio”***.

Non dimenticate che il Tar, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, aveva mostrato di comprendere assai bene le ragioni dei ricorrenti, addirittura ampliando *ex officio* i dubbi di costituzionalità sulle norme vigenti...

Magari è solo un caso, ma....

La faccio breve, ritenendo di non dovere né potere entrare troppo nel merito: l'idea di fondo è di riportare al Tar le perplessità sulle **“ombre” di quella che la Corte stessa chiama “la prima parola”**, chiedendo al Tribunale di valutare se non ci siano le condizioni per chiedere, sul punto, **“la seconda parola”** – quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea- **“seconda parola”** del tutto plausibile in una materia in cui principi di rango costituzionale italiani ed europei si sovrappongono, si fondono e si inseguono.

Nella stessa direzione potrebbero andare **anche altri due ricorsi in materia analoga che abbiamo proposto. Nel primo**, un ricorrente rientra **proprio nella categoria dei dirigenti apicali** cui la sentenza espressamente non si applica.

Nel secondo il ricorrente agisce non come dirigente ma come componente di un organo collegiale di amministrazione di un ente pubblico (posizione, anche questa, non **“coperta”** dalla sentenza della Corte).

Che cosa ne sarà?

Per parte nostra, in tutti gli atti processuali abbiamo segnalato **le numerose sentenze (hanno per lo più nomi impronunciabili; credetemi sulla fiducia!) della Corte di Giustizia** che dimostrano **una più consapevole e matura attenzione ai temi della data protection**, in ciò certamente ispirate anche **dall'esplicito inserimento del diritto alla protezione dei dati personali nella Carta Fondamentale dei Diritti dell'UE**. La quale, dopo aver collocato nel suo Preambolo ***“la persona al centro della sua azione”***, e perciò mirando -cito- a ***“rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici”***, e dopo aver ribadito che (art. 7) ***“ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”***, sancisce con decisione, **all'art. 8, che *“ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano”***.

Chissà che non sia, allora **la “seconda parola, quella della Corte di Giustizia, a compiere un ulteriore, a nostro parere indispensabile passo avanti, dal punto di vista giuridico, certo, ma anche culturale, nella ridefinizione del “peso” della protezione dei dati personali**, in relazione alla trasparenza e alla conseguente diffusione dei dati personali, **nell'oltremondo del web... e degli algoritmi che non dimenticano.**

Concludo.

Come diceva Paul Valery, ***“il guaio del nostro tempo è che il futuro non è più quello di una volta”***: speriamo di dimostrarci **all'altezza del futuro che ci attende.**

Grazie per la vostra pazienza!