

Pubblicato il 28/10/2020

N. 06570/2020 REG.PROV.COLL.
N. 05908/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5908 del 2020, proposto da
Filippo Bressan, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Bartolini, Andrea
Parigi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl Toscana Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Bertoncini, Lucia Coppola, Liliana
Molesti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Azienda Usl Toscana Sud Est, Federica Marini non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima) n. 00596/2020, resa tra le parti, concernente il diniego di
accesso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Toscana Centro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Stefania Santoleri; gli avvocati Roberto Bartolini e Andrea Parigi per l'appellante e gli avvocati Paola Bertoncini, Lucia Coppola e Liliana Modesti per la parte appellata hanno chiesto di avvalersi di quanto previsto dai punti 2 e 3 del protocollo d'intesa sullo svolgimento delle udienze;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con la sentenza n. 596/2020 il TAR Toscana ha respinto il ricorso proposto dal dott. Filippo Bressan avverso il provvedimento del Direttore Sanitario della Azienda Toscana USL Centro del 15 gennaio 2020, con cui è stata respinta la sua istanza di accesso, presentata il 18/12/2019, e diretta ad ottenere l'esibizione della documentazione ivi indicata.

1.1 - Il ricorrente ha partecipato alla selezione pubblica, indetta dall'Azienda USL Toscana Sud Est, per il conferimento di un incarico di Dirigente Medico nella disciplina di Anestesia e Rianimazione (Area della Medicina Diagnostica e dei Servizi), per la Direzione della Struttura Complessa "UOC Anestesia e Rianimazione dell'Ospedale Alta Val D'Elsa (Campostaggia) – Poggibonsi".

Al termine delle prove di selezione, il 7 novembre 2019, la Commissione ha compilato la terna di candidati idonei da presentare al direttore generale, assegnando a ciascun candidato i relativi punteggi, come previsto dall'art. 15, comma 7 bis, lettera b, del D.lgs. del 30 dicembre 1992 n. 502.

Al primo posto si è classificata la dottoressa Federica Marini, mentre al secondo posto si è collocato il dottor Filippo Bressan.

Tenuto conto che il numero degli interventi è uno degli elementi che formano il curriculum del singolo candidato e che, quindi, incide sull'attribuzione del punteggio assegnato dalla Commissione, il ricorrente ha visionato la

documentazione presentata dalla dott.ssa Marini rilevando che non era stato allegato l'elenco dettagliato degli interventi ai quali la stessa aveva partecipato in qualità di anestesista; ha anche rilevato che la certificazione prodotta, rilasciata dal Direttore Sanitario, relativa a tale criterio di valutazione, faceva supporre che il numero e la tipologia di interventi anestesilogici indicati nella certificazione fosse il risultato di un calcolo statistico, oppure il prodotto di una media annua delle procedure anestesilogiche eseguite.

1.2 - Avendo interesse ad agire in sede giurisdizionale per la tutela dei propri interessi, il dott. Bressan ha chiesto alla Azienda USL Toscana Centro, soggetto detentore degli atti, di poter prendere visione del *“registro operatorio informatico tenuto dall'ospedale di Santa Maria Nuova da cui risultino le procedure anestesilogiche effettuate dalla Dottoressa Marini Federica, come primo operatore, a partire dal 01/01/2009 al 06/05/2019 o comunque visionare ed estrarre copia delle medesime procedure che risultano dal registro operatorio cartaceo per il periodo in cui non fosse disponibile il registro informatico”*.

1.3 - Il 16 gennaio 2020 al ricorrente è pervenuto il diniego all'accesso ai documenti oggetto di impugnazione con il quale l'Azienda USL Toscana Centro ha respinto la richiesta, ritenendo che il “registro operatorio” è composto da *“... atti clinici contenenti dati sanitari di pazienti coperti da riservatezza, e comunque non facenti parte della documentazione acquisita al concorso detto”*.

2. - Nel ricorso di primo grado il ricorrente ha censurato tale provvedimento rilevando la prevalenza del proprio diritto di accesso difensivo rispetto al diritto alla riservatezza dei pazienti e degli altri medici; ha ribadito di aver interesse a conoscere esclusivamente il numero e la tipologia di interventi ai quali aveva partecipato la dott.ssa Marini in qualità di anestesista per poter difendere i propri diritti dinanzi al giudice ordinario nei confronti dell'Azienda Sanitaria Toscana Sud-Est., con la conseguenza che alla problematica relativa alla tutela della

riservatezza si sarebbe potuto avviare provvedendo all'oscuramento dei nominativi.

2.1 - L'Amministrazione intimata si è costituita in resistenza nel giudizio di primo grado.

3. - Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso.

4. - Avverso tale decisione il ricorrente ha proposto appello chiedendone l'integrale riforma.

4.1 - Si è costituita nel giudizio di appello l'Azienda USL Toscana Centro che ha controdedotto sulle censure proposte chiedendone il rigetto.

4.2 - L'appellante ha replicato alle tesi difensive dell'Amministrazione appellata.

5. - Alla Camera di Consiglio del 22 ottobre 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L'appello è fondato e va, dunque, accolto.

7. - Con il primo motivo di impugnazione l'appellante ha censurato la sentenza di primo grado in quanto fondata su ragioni non dedotte nel provvedimento di diniego di accesso, introdotte con la memoria della parte resistente: ha quindi sostenuto che la decisione del TAR si sarebbe fondata su una motivazione postuma inammissibile.

7.1 - Il TAR, infatti, ha ritenuto che l'istanza di accesso, essendo successiva all'acquisizione della documentazione relativa alla selezione in questione, sarebbe diretta ad operare un controllo generalizzato sull'attività dell'Azienda sanitaria; l'acquisizione della copia del registro operatorio informatico tenuto dall'Ospedale Santa Maria Nuova di Firenze sarebbe finalizzato a controllare e verificare la veridicità di quanto dichiarato ed autocertificato dalla Dott.ssa Marini nel proprio curriculum vitae, con particolare riferimento alle "procedure anestesilogiche – dalla medesima - effettuate come primo operatore, a partire dal 01/01/2009 al 06/05/2019"; la documentazione richiesta non avrebbe fatto

parte della procedura di selezione, essendo detenuta da una diversa ASL ad altro titolo ed in ragione delle singole attività svolte dalla dott.ssa Marini.

L'istanza di accesso, quindi, avrebbe funzione ispettiva, mentre, secondo la giurisprudenza, in materia di accesso agli atti amministrativi, deve sussistere l'interesse concreto, e quindi specificamente finalizzato, all'acquisizione di dati ed informazioni rilevanti, palesandosi immeritevole di tutela la curiosità fine a se stessa e un astratto e generico anelito al controllo di legalità, essendo precluso un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (Cons. Stato Sez. VI, 02/03/2020, n. 1528).

7.2 - Nell'appello il ricorrente ha sottolineato che il diniego impugnato si fondava su ragioni parzialmente differenti, e cioè sulla circostanza che il “registro operatorio” è composto da “...atti clinici contenenti dati sanitari di pazienti coperti da riservatezza, e comunque non facenti parte della documentazione acquisita al concorso detto”, con la conseguenza che in sede giurisdizionale sarebbe stata integrata, inammissibilmente, la motivazione del diniego.

7.3 - Con il secondo motivo di appello l'appellante ha reiterato la prospettazione dedotta in primo grado e respinta dal TAR, sottolineando di aver presentato l'istanza di accesso per procurarsi un documento necessario per far valere un suo diritto difensivo in sede giurisdizionale.

Ha quindi richiamato l'art. 24, comma 7, L. n. 241/90 relativo al c.d. accesso difensivo, tutelato anche in presenza di atti sensibili o sensibilissimi come quelli relativi allo stato di salute e la vita sessuale, secondo quanto previsto dall'art. 60 del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

Ha quindi contestato la tesi del TAR ribadendo che la sua esigenza conoscitiva non sarebbe stata diretta ad un controllo generalizzato sull'attività dell'Azienda Sanitaria, ma sarebbe giustificata da finalità difensive.

8. - La tesi dell'appellante è condivisibile.

8.1 - Innanzitutto è opportuno sottolineare che il giudizio di accesso - anche se si atteggia come impugnatorio, essendo rivolto avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio-rigetto formatosi sulla relativa istanza -, ha per oggetto l'accertamento della spettanza o meno del diritto medesimo, piuttosto che la verifica della sussistenza di vizi di legittimità dell'eventuale diniego opposto dall'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 06/02/2019, n. 906; Consiglio di Stato sez. III, 05/03/2018, n.1396) il che implica la dequotazione della problematica relativa alla contestata motivazione postuma, oggetto del primo motivo di appello.

8.2 - Questa Sezione, di recente, ha ribadito che è configurabile un interesse concreto, specifico ed attuale di un partecipante ad una procedura selettiva ad accedere ai relativi atti, e che tale pretesa deve trovare piena tutela senza che ad essa possano essere opposte né l'impropria sovrapposizione di valutazioni circa le possibili future scelte difensive dell'interessato, né la tutela della riservatezza (Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2020, n. 3954).

8.3 - Nel caso di specie, i documenti ai quali l'appellante ha richiesto di accedere (registri operatori dai quali si evince la prestazione medica fornita dalla controinteressata) fanno implicitamente parte della procedura selettiva, in quanto costituiscono elementi oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice.

L'impugnazione degli atti della procedura selettiva dinanzi al giudice competente necessita dell'acquisizione di elementi di prova a sostegno della domanda: l'istanza di accesso è diretta proprio ad acquisire la prova relativa al numero degli interventi ai quali la controinteressata ha partecipato in qualità di anestesista, atteso che non solo non li ha espressamente indicati in apposito elenco, ma addirittura il certificato rilasciato dal Direttore Sanitario presenta margini di ambiguità, laddove reca la dicitura "circa" seguita da un numero, a sua volta seguito da un riferimento temporale in settimane, come se i dati numerici fossero

stati ricavati attraverso un calcolo matematico e non dopo la effettiva ricognizione delle prestazioni anestesilogiche svolte nel decennio.

Ne consegue che – contrariamente a quanto sostenuto dalla ASL e condiviso dal TAR – tale documentazione è pertinente e funzionale alla difesa in giudizio dell'appellante.

8.4 - Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, nel caso di specie il diritto di accesso non è uno strumento di controllo ispettivo, utilizzabile al solo scopo di sottoporre a verifica generalizzata l'operato dell'Amministrazione, nè si atteggia come una sorta di azione popolare, in quanto l'interesse fatto valere con l'istanza è personale e concreto e sussiste un evidente collegamento tra la documentazione richiesta e tale interesse: la richiesta di accesso, infatti, è espressione di una specifica esigenza conoscitiva per motivi di difesa in giudizio.

8.5 – Inoltre, neppure sussiste l'impedimento rilevato dalla parte appellata secondo cui il numero degli interventi sarebbe oggetto dell'autocertificazione della controinteressata, in quanto tale dato è stato certificato dal Direttore Struttura UO Anestesia e Rianimazione Azienda USL Toscana Centro e dal Direttore Sanitario Aziendale della stessa Azienda e, quindi, è stato attestato dalla struttura sanitaria.

8.6 - La qualificazione di tale interesse come difensivo, consente di superare anche la problematica relativa alla tutela della riservatezza dei pazienti: il registro operatorio reca, evidentemente, il nominativo del singolo paziente e (presumibilmente) anche il tipo di intervento al quale si è sottoposto; l'acquisizione di tale documentazione finisce, necessariamente, con impattare con la tutela della riservatezza dei pazienti riguardando documenti sanitari che godono di una tutela rafforzata.

Secondo la giurisprudenza consolidata in tema di accesso, le necessità difensive, riconducibili alla effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost., debbano ritenersi prevalenti rispetto a quelle della riservatezza.

Deve essere altresì rilevato che l'applicazione di tale principio incontra ben determinati limiti allorché vengano in considerazione dati sensibili (origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, opinioni politiche, adesione a partiti, sindacati, etc.) o sensibilissimi, ossia i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale degli individui; in questi casi l'accesso è consentito a particolari condizioni, nello specifico disciplinate dall'art. 60 del D.Lgs. n. 196 del 2003 (in questi termini: T.A.R. Roma n. 5140/2017; T.A.R. Milano n. 2065/2011).

A norma del citato art. 60, comma 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". Tale disposizione, riguardante in particolare il rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza dei dati c.d. sensibilissimi, esprime dunque il principio del "pari rango", chiarendo in modo inequivoco che, in siffatte ipotesi, il diritto di accesso può essere esercitato soltanto se, in seguito ad una delicata operazione di bilanciamento di interessi, la situazione giuridica rilevante sottesa al diritto di accesso viene considerata di rango almeno pari al diritto alla riservatezza riferito alla sfera della salute e della vita sessuale dell'interessato.

8.7 - Una simile comparazione tra diverse se non opposte esigenze (accesso e riservatezza a dati sensibilissimi) va dunque effettuata non in astratto bensì in concreto, sulla base dei principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza. Soccorre in questa direzione la norma di cui all'art. 24, comma 7, della L. n. 241 del 1990 - complementare rispetto al citato art. 60 del Codice della privacy - secondo cui l'accesso è in tutti questi casi consentito qualora ciò risulti

strettamente necessario e indispensabile per la difesa dei propri interessi giuridici: l'accesso viene interpretato, in questa direzione, quale estrema ratio.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che "anche nel caso in cui l'accesso potrebbe interferire con l'esigenza di tutela della riservatezza di terzi, esso deve essere comunque garantito laddove la conoscenza del documento sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, ma ove il documento contenga dati sensibili o giudiziari, l'accesso è consentito solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile" (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 16-04-2020, n. 3985; T.A.R. Roma n. 5140/2017; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 28 gennaio 2020 n. 79).

8.8 - Nel caso di specie, l'istanza dell'appellante può essere soddisfatta senza ledere il diritto alla riservatezza dei pazienti facendo, quindi, uso del principio di proporzionalità, pertinenza ed eccedenza prima richiamato: l'amministrazione, infatti, può consentire l'esibizione della documentazione richiesta provvedendo ad oscurare il nominativo dei pazienti, tenuto conto che tale informazione non occorre all'appellante, il cui unico interesse è quello di acquisire documentalmente la prova delle prestazioni anestesilogiche eseguite dalla controinteressata nel periodo 1/1/2009 – 6/5/2019.

Ovviamente l'obbligo di esibizione si riferisce alla sola documentazione detenuta dalla ASL appellata.

9. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

L'Amministrazione appellata dovrà consentire l'accesso e l'estrazione di copia – previo oscuramento dei nominativi dei pazienti – della documentazione oggetto dell'istanza di accesso presentata dall'appellante il 18 dicembre 2019 entro il termine di giorni trenta dalla data di notificazione o comunicazione della presente sentenza.

10. – Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e quindi ordina all'Amministrazione appellata l'esibizione e l'estrazione di copia – previo oscuramento dei nominativi dei pazienti – della documentazione oggetto dell'istanza di accesso, presentata dall'appellante il 18 dicembre 2019, entro il termine di giorni trenta dalla data di notificazione o comunicazione della presente sentenza.

Condanna l'appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

