

Interesse pubblico alla salute e presunzione di riservatezza: una questione di prove

di Laura Assunta Scialla

Title: Public Health and presumption of confidentiality: it is a problem of evidence in judicial process

Keywords: Public interest; Health; Right to access.

1. – Negli ultimi anni il tema della trasparenza ha acquisito specifico rilievo nel diritto comunitario. Il diritto di accedere agli atti delle Istituzioni comunitarie assume particolare importanza, perché esso consente la partecipazione dei cittadini ai procedimenti nell'esercizio del diritto di difesa e permette di effettuare agli stessi un controllo democratico sull'operato della Pubblica Amministrazione. La disciplina comunitaria, recentemente, tende a valorizzare in particolar modo questo secondo aspetto. In molte occasioni il giudice comunitario ha sottolineato la rilevanza del principio democratico della trasparenza nell'azione procedimentale delle Istituzioni pubbliche, nonché il ruolo dell'accesso agli atti, ai sensi del regolamento n. 1049, quale diritto teso a legittimare la correttezza dell'operato delle Istituzioni europee «nel consentire che i diversi punti di vista vengano apertamente discussi, contribuisce a conferire alle istituzioni una maggiore legittimità agli occhi dei cittadini europei e ad accrescere la loro fiducia» (cfr. Corte giust., sent. 21-7-2011, C-506/08, *Regno di Svezia c My Travel Group plc e Commissione europea*, punto 113. *Ex multis* E. Guichot Reina, *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, 2011; D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.). Si afferma, in altri termini, l'idea che la carenza di informazioni e di un possibile dibattito pubblico nei procedimenti, possano essere fonti di incertezze sulla solidità dell'azione amministrativa, sia in termine di legittimità che più propriamente in relazione alla razionalità e proporzionalità (A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Bari, 2012; A. Marchetti, *Il diritto d'accesso: modelli di enforcement e cause di exemptions nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (cur.), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 141 ss.).

Tuttavia, è altrettanto palese che all'ampio consenso manifestato sull'esigenza di maggiore trasparenza, non è corrisposta la chiara e condivisa percezione sulla reale portata del principio, soprattutto a causa dell'incertezza determinata dall'imprecisa elaborazione delle diverse eccezioni previste, e in particolare quelle relative all'interesse pubblico, nelle sue varie espressioni (in tal senso, Tribunale primo grado, sent. 22-5-2012, T-300/10, *Internationaler Hilfsfonds eV c Commissione europea*; Corte giust., sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, *Svezia e a. c API e Commissione*, p.ti 69 e 70; sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, *LPN c Commissione*, punto 40; sent. 29-6-2010, c-139/07, *Commissione c Technische Glaswerke Ilmenau*, p.to 51).

2. – Il tema della sentenza in commento rappresenta un evidente esempio di quanto sia complessa la ricerca di un equilibrio tra le esigenze espresse dal principio di trasparenza e la tutela dell'interesse pubblico, soprattutto in settori particolarmente sensibili, come quello delle informazioni connesse alla salute pubblica. Il caso di specie riguarda l'impugnazione della decisione della Commissione europea del 21 giugno 2012, nella parte in cui aveva negato, ai ricorrenti, l'accesso ad una corrispondenza tra la stessa Istituzione comunitaria e la Repubblica di Germania, nell'ambito della procedura EU Pilot 2070/11/SNCO. Nell'agosto 2010, il figlio dei ricorrenti era deceduto probabilmente a causa di un trattamento terapeutico a base di cellule staminali, somministrato in una clinica privata tedesca; gli stessi presentavano, nel marzo 2011, una denuncia alla DG SANTE della Commissione, per comunicare che le suddette attività terapeutiche erano state compiute senza l'adeguato controllo da parte delle autorità tedesche, responsabili, quindi, ad avviso dei ricorrenti, di aver violato le disposizioni del reg. UE n. 1394/2007 sui medicinali per terapie avanzate, recante modifica della dir. UE n. 83/2001 e del reg. UE n. 726/2004. La Commissione avviava una procedura EU Pilot al fine di accertare tali presunte violazioni, inviando richieste di informazioni alle competenti autorità tedesche. Nei primi mesi del 2012, i ricorrenti chiedevano accesso, alla stregua del reg. n.1049, alle osservazioni presentate dalle autorità tedesche e alle domande di informazioni inviate dalla Commissione. Il 26 marzo 2012, la Commissione riteneva che, in base alle informazioni fornite nella denuncia e alle osservazioni trasmesse dalle autorità tedesche sulle sue domande di chiarimenti, non fosse in grado di constatare l'asserita violazione del reg. n. 1394. Nel giugno 2012, la Commissione negava l'accesso alle richieste di informazioni inviate alle autorità tedesche, sostenendo che, divulgando tali documenti, si sarebbe pregiudicato il corretto svolgimento del procedimento di indagine avviato nei confronti della Germania. L'Istituzione comunitaria non ravvisava nemmeno gli estremi per concedere un accesso soltanto parziale, per l'assenza di interesse pubblico prevalente alla divulgazione dei documenti richiesti, fondando, quindi, la sua decisione sull'eccezione di cui all'articolo 4, paragrafo 2 del reg. n. 1049. Nel settembre 2012, la Commissione comunicava ai ricorrenti che la procedura EU Pilot si era definitivamente conclusa e che, nei confronti dello Stato tedesco, non era stata avviata alcuna procedura di infrazione.

In sostanza la Corte di giustizia, nel caso di specie, si è dovuta pronunciare sulla corretta interpretazione fornita dalla Commissione relativamente all'eccezione dell'interesse pubblico, che deve essere ritenuta sussistente per l'accoglimento della richiesta. Le questioni hanno, quindi, riguardato i criteri di applicazione della presunzione generale di riservatezza dei documenti relativi ad una procedura EU Pilot, costantemente valutate in termini restrittivi (Cfr. Corte giust., sent. 1-2-2007, c-266/05 P, *José Maria Sison c. Consiglio e Commissione*; sent. 1-7-2008, c-39/05 P e c-52/05 P, *Svezia e Turco c. Consiglio*; sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07P, cit.), e la possibilità che tale presunzione potesse concernere anche documenti relativi alla fase precontenziosa del procedimento per inadempimento a quelli relativi ad una procedura EU Pilot. Ciò in base al fatto che di norma l'unico scopo di tale procedura è quello di evitare un ricorso per inadempimento, attraverso una fase preliminare di scambio di informazioni.

Il giudice comunitario ritiene costantemente che la presunzione generale per il diniego può essere applicata soltanto quando si rischia di pregiudicare il risultato delle indagini in corso (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., paragrafo 68). Ed il medesimo principio è applicabile alla procedura EU Pilot, nell'ambito della quale la presunzione generale è essenzialmente dettata dalla necessità di assicurare il suo corretto funzionamento. Ma la questione più delicata concerne la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione delle informazioni. Il Tribunale di I grado, nel caso di specie, aveva ritenuto che le richieste fossero prive di una prova sufficiente. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale è il richiedente che deve fornire la prova dell'esistenza di un interesse pubblico prevalente che giustifichi la divulgazione dei documenti. (Cfr. Corte giust., sent. 29-6-2010, c-139/07, cit., p.to 62; sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07 P, cit., punto 103; sent. 28-6-2012, c-477/10, *Commissione c Agrofert Holding*, punto 68; sent. 14-11-2013, c-14/11 P e c-605/11 P, cit., p.ti 93- 94). Eppure la richiesta si fondava, nel caso di

specie, su argomentazioni di pubblico interesse. I richiedenti, infatti, avevano precisato di voler accedere alla documentazione per comprendere se ed in quale misura la clinica avesse praticato trattamenti sanitari illegali, attraverso l'utilizzo di un medicinale per terapie avanzate non autorizzato.

3. – È noto che la Commissione europea utilizzi la procedura EU Pilot, ai fini della risoluzione dei problemi legati alla corretta trasposizione del diritto comunitario per evitare l'avvio di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, al ricorrere di talune condizioni, ossia quando in base ai fatti ed alla legislazione nazionale, o per conoscenza diretta o sulla base di una denuncia individuale da parte dei privati o di una interrogazione ad essa rivolta da un membro del Parlamento europeo, non è ben chiaro se il diritto europeo sia stato applicato correttamente o meno. (Cfr. Comunicazione della Commissione, 5-9-2007, intitolata “Un’Europa dei risultati- applicazione del diritto comunitario” [COM (2007) 502 def.]). Richiamando una precedente pronuncia del 2013, la Corte afferma che i documenti afferenti ad un procedimento per inadempimento nel corso della fase precontenziosa possono beneficiare della presunzione generale di riservatezza (Cfr. Corte giust., sent., 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit. p.to 40). Il rischio di alterare il carattere del procedimento per inadempimento, di modificarne lo svolgimento o di pregiudicarne gli obiettivi, quindi, c’è. La Corte poi conferma nel merito il giudizio del Tribunale di I grado. A suo avviso i richiedenti avrebbero dovuto infatti addurre ulteriori motivazioni atte a dimostrare che la tutela in oggetto rientrasse nell'ipotesi dell'interesse pubblico prevalente.

In realtà, in casi simili, si è accettata l'idea che un richiedente potesse avvalersi di presunzioni generali applicabili a talune categorie di documenti, anziché esaminare ciascun documento, in modo individuale e concreto prima di negare l'accesso (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., paragrafo 55. In dottrina si rinvia a V. Tinto, *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 748 ss.; F. Giulimondi, *Diritto di accesso e trasparenza: veri baluardi della credibilità delle Istituzioni europee*, in questa *Rivista*, 2015, n.4. Si rinvia anche alle sentenze, 1-7-2008, c-39/05 P e c-52/05 P, cit., p.to 50; 29-6-2010, c-139/07, cit., p.to 54; 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07P, cit., p.to 74; sent. 28-11-2013, c-404/10 P, *Commissione c Éditions Odile Jacob*, punto 116; sent. 28-6-2012, c-477/10 P, cit., p.to 57).

Dette presunzioni non hanno solo l'effetto di delimitare l'ambito di applicazione del principio di trasparenza, decretato dall'art. 11 TUE, dall'art. 15 TFUE e dal reg. n.1049, ma anche quello di limitare di fatto l'accesso a determinate categorie di documenti. Pertanto, il ricorso ad esse deve fondarsi su ragioni solide e convincenti (Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet presentate nelle cause riunite sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11P, cit., paragrafo 57) e le limitazioni e le eccezioni al diritto di accesso devono interpretarsi in maniera restrittiva. Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria, il regime delle eccezioni, previsto dall'art. 4 del reg. n. 1049, e segnatamente dal paragrafo 2 dello stesso, si basa sul bilanciamento degli interessi coinvolti in quella situazione: da un lato, quelli che sarebbero favoriti dalla divulgazione dei documenti in questione e, dall'altro, quelli che, invece, sarebbero minacciati da tale divulgazione. La decisione su una domanda di accesso ai documenti dipende, pertanto, dallo stabilire quale debba essere l'interesse prevalente nel caso di specie (Cfr. Corte giust., sent. 14-11-2013, c-514/11 P e c-605/11 P, cit., p.to 42).

La giurisprudenza della Corte ha individuato i documenti che sono coperti da simile presunzione: i documenti elaborati dalla Commissione nell'ambito delle sue competenze di controllo sugli aiuti di Stato ed in materia di concentrazioni tra imprese e di pratiche anticoncorrenziali (Cfr. Corte giust. sent. 29-6-2010, c-139/07 P, cit., p.to 61; sent. 28-11-2013, c-404/10 P, punto 123; sent. 28-6-2012, c-477/10 P, p.to 64); le memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale (Cfr. Corte giust., sent. 21-9-2010, c-514/07 P, c-528/07 P e c-532/07, cit. p.ti 55 e 94); i documenti afferenti al procedimento per inadempimento nella sua fase precontenziosa (Cfr. Corte giust., sent. 14-

11-2013, c-514/11 P e C-605/11P, p.to 65), nonché i documenti contenuti in un fascicolo relativo a un procedimento a norma dell'art. 101TFUE (Cfr. Corte giust., sent. 27-2-2014, c-365/12P, *Commissione c EnBW*, p.ti 55 e 93). Secondo un orientamento giurisprudenziale del solo Tribunale di primo grado, sono state individuate anche altre tre ulteriori presunzioni generali, riguardanti: le offerte in una procedura di appalto pubblico, quando l'accesso è domandato da uno degli offerenti; i documenti relativi alla procedura cosiddetta "E.U. Pilot"; i documenti trasmessi dalle autorità nazionali garanti della concorrenza alla Commissione a norma dell'art. 11, par. 4, del reg. UE n. 1/2003. (Cfr. Trib. I grado, sent. 13-11-2015, T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c Commissione*, p.to 65). Le presunzioni riconosciute dalla giurisprudenza del supremo giudice comunitario sembrano principalmente rivolte a tutelare l'esercizio libero ed indipendente dei poteri di controllo della Commissione. Ne consegue che le presunzioni che sono state maggiormente invocate, rientrano nell'ambito dell'eccezione prevista al secondo paragrafo, terzo trattino, dell'art. 4, relativa cioè alla protezione degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile.

Dagli orientamenti giurisprudenziali e dalla sentenza in commento si evince che l'uso delle presunzioni generali di riservatezza rovescia sul richiedente una *probatio diabolica*: o provare la totale assenza di un pregiudizio per gli interessi protetti dal reg. n. 1049, oppure fornire la prova dell'esistenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. È una limitazione del diritto di accesso particolarmente estesa, poiché non è l'interesse privato che deve sussistere e essere dimostrato, quanto piuttosto uno specifico interesse alla trasparenza che sia talmente forte e consistente da superare la segretezza imposta (cfr. L.A. Scialla, *Il difficile bilanciamento tra principio di trasparenza e presunzioni generali di riservatezza. Una delicata questione ancora aperta*, in questa *Rivista*, 2016, n. 4). Nel caso di specie la tutela della salute pubblica, ritenuta dal ricorrente come una questione d'interesse pubblico non è stata ritenuta sufficiente a superare la presunzione generale di riservatezza.

In realtà, la Corte di giustizia non entra nel merito della richiesta, ma sposta la sua indagine esclusivamente sull'onere probatorio. Circostanza che lascia alquanto perplessi se si pensi che i sospetti sulle modalità di cure applicate dalla clinica privata erano alquanto gravi, in considerazione che i coniugi richiedenti avevano subito la morte del proprio figlio, a causa di un probabile utilizzo di farmaci non autorizzati. Non vi è forse un rilevante interesse pubblico nel tentare di fare luce su una circostanza così grave, al fine di evitare che possa ripetersi a danno di altri figli di altri genitori? Se è evidente, da un lato, che la richiesta tendeva soprattutto a verificare se vi fossero state responsabilità della clinica per il decesso del piccolo e quindi i motivi dell'istanza erano strettamente collegati agli interessi dei genitori, è anche vero, dall'altro lato, che la conoscenza delle circostanze richieste, se confermate, avrebbe avuto effetti anche su tutti i potenziali e futuri pazienti della clinica. Né si comprende quali ulteriori argomentazioni avrebbero dovuto addurre i richiedenti, per illustrare la sussistenza di quell'interesse pubblico necessario a superare la presunzione di riservatezza che sembra piuttosto essere in *re ipsa*. Si ha la sensazione allora che, nel caso di specie, mancassero soprattutto le prove dell'effettivo utilizzo di farmaci non autorizzati da parte della clinica privata, circostanza dovuta probabilmente ad una insufficiente argomentazione e carenza di documentazione già nella denuncia inoltrata. Se fosse emerso, anche nella fase precontenziosa, il concreto sospetto di una diversa realtà, allora sarebbe stato differente anche il giudizio sulla rilevanza dell'interesse pubblico