



**GRUPPO
di PISA**
Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE – DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA 21 SETTEMBRE 2018

IL DIRITTO DI ACCESSO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA: TRASPARENZA O OPACITÀ AMMINISTRATIVA?

COSIMO TOMMASI

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'ambito di indagine e considerazioni generali. - 2. Il diritto di accesso nell'ordinamento dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. - 3. Le tecniche di bilanciamento previste dal legislatore europeo. - 4. Libertà di informazione e diritto di accesso nel sistema CEDU. - 5. Libertà di informazione e diritto di accesso nell'ordinamento europeo: verso quale modello?

1. Individuazione dell'ambito di indagine e considerazioni generali

La ricerca dottorale, che in questa sede verrà solo parzialmente descritta, si propone di analizzare il diritto di accesso alle informazioni in possesso delle istituzioni europee, con specifico riferimento alla natura giuridica della pretesa conoscitiva ed alle forme di bilanciamento con le esigenze di riservatezza.

La funzionalizzazione dell'accesso alla tutela di libertà fondamentali, quale ad esempio la libertà di informazione, ovvero alla tutela di principi generali del diritto comunitario, come il principio di trasparenza, spinge l'interprete ad interrogarsi sull'effettiva affermazione di tale diritto nell'ordinamento. In altri termini, ci si chiede: il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee gode di un riconoscimento espresso come diritto fondamentale dell'individuo oppure riceve una tutela limitata, condizionata e subordinata alla soddisfazione di altri diritti, interessi o valori?

L'indagine parte dal presupposto che per i sostenitori della tesi "*individualista*"¹, il diritto di accesso non solo non dovrebbe presupporre la titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata, ma dovrebbe essere altresì privo di qualsiasi funzionalizzazione ad ulteriori e diversi

¹ C. Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2007; Cfr. E. Carloni, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid-Rassegna*, fasc. 4/2016, pp. 6-7.

interessi o valori² (siano essi di carattere personale o collettivo). Il diritto di accesso sarebbe in tal senso un diritto “*pieno*” e, pertanto, i limiti di riservatezza andrebbero definiti ed applicati valutando esclusivamente la possibile lesione di interessi o valori (anche costituzionali) ritenuti meritevoli di tutela dal legislatore. In definitiva, secondo la tesi individualistica, la predeterminazione di un vincolo di scopo deve ritenersi incompatibile con la stessa esistenza del diritto³. A questa impostazione si contrappone la tesi “*funzionalista*”, che concepisce il diritto di accesso come diritto preordinato alla soddisfazione di un “*superiore*” principio o interesse di carattere generale⁴. In chiave funzionalista, la finalità dell’accesso condiziona la scelta dell’amministrazione nel comparare e bilanciare l’esigenza di riservatezza con l’interesse (pubblico o personale) alla conoscenza delle informazioni (trasparenza della PA, partecipazione politica, pluralismo democratico, diritto di difesa, ecc.).

Nell’ordinamento europeo, il diritto di accesso è espressamente previsto dall’art. 15 TFUE e dall’art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, mentre la disciplina generale è affidata al Regolamento (CE) n. 1049/2001.

Per ciò che concerne le tecniche di bilanciamento tra pretesa conoscitiva ed interessi-limite, il regolamento europeo prevede il “*test del danno*” ed il “*test dell’interesse pubblico*”⁵.

Il primo (*harm test*) richiede all’istituzione europea una valutazione circa la possibilità che l’accesso comporti un danno specifico, concreto e diretto, nonché altamente probabile, agli interessi-limite. Il secondo (*public interest test*) – che è specificatamente oggetto di questa ricerca – sembra potersi configurare, in termini generali, in due diverse forme. In una prima accezione, il *public interest test* impone all’istituzione di considerare non solo il danno agli interessi-limite, ma anche il danno derivante all’interesse pubblico alla conoscenza delle informazioni. Quindi, l’accesso dovrebbe essere negato solo nel caso in cui il danno all’interesse-limite sia più serio e probabile del danno all’interesse pubblico⁶. Pertanto, l’interesse pubblico, che può qualificarsi, a seconda dei casi, come trasparenza dell’agire amministrativo o semplice promozione del dibattito pubblico, in questi casi funge da promotore dell’accessibilità alle informazioni in possesso dell’autorità pubblica.

In una seconda accezione (più orientata alla tesi funzionalistica), il *public interest test* è volto a funzionalizzare il diritto di accesso ad una finalità pubblicistica. Per cui, a prescindere dal concreto danno provocabile agli interessi-limite, l’accesso non è consentito qualora l’informazione richiesta, in base alla sua natura ed al suo contenuto, non è in grado di soddisfare una finalità di pubblico interesse. In questo caso, l’istituzione non deve valutare il potenziale danno derivabile all’interesse pubblico dalla mancata divulgazione dell’informazione, ma deve valutare l’idoneità dell’informazione a soddisfare l’interesse pubblico. Appare evidente che, in questi termini, il *public interest test* diventi uno strumento in grado di dilatare i margini di discrezionalità dell’istituzione (e, in seconda battuta, del giudice), consentendo di indagare – in assenza di parametri normativi rigidi – sul contenuto dell’informazione e sul suo potenziale utilizzo in chiave collettiva.

² Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione*, op. cit., pp. 1 ss.

³ *Ibidem*

⁴ Il carattere strumentale del diritto di accesso rispetto ad altri diritti è stato riconosciuto in dottrina. Si veda, ad esempio, C.G. Weeramantry, *Access to Information: A New Human Right. The Right to Know*, in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 4, 1994, 101 ss.

⁵ In base allo studio di M. McDonagh, *The public interest test in FOI legislation*, in *www.right2info.org*, 2013, 7, il public interest test è previsto in 44 dei 93 FOIA esistenti nel 2012.

⁶ Cfr. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, op. cit.

Alla luce di queste considerazioni, la ricerca si pone due principali obiettivi: *a)* ricostruire il fondamento “*costituzionale*” del diritto di accesso alle informazioni in possesso delle istituzioni europee, partendo dalla lettura delle fonti primarie e dalla definizione del loro ambito di applicazione; *b)* svolgere, attraverso un’indagine di tipo giurisprudenziale, un’analisi sul “*modo*” in cui l’interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni riesca ad incidere sulla posizione del singolo, condizionando il bilanciamento tra diritto di accesso ed interessi-limite.

2. Il diritto di accesso nell’ordinamento dell’Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sul tema della trasparenza e del diritto di accesso, il diritto europeo è stato fortemente influenzato dagli ordinamenti nazionali (in particolar modo nord-europei)⁷. Per questo, come già avvenuto per altri principi ed istituti del diritto amministrativo⁸, l’affermazione del diritto di accesso ai documenti pubblici europei si è realizzata attraverso dinamiche di interazione, sia in fase ascendente che discendente, tra diritti amministrativi nazionali e diritto comunitario. Un processo di “*osmosi*” – come si dimostrerà nella ricerca – in cui i principi nazionali sono stati fatti propri dall’ordinamento europeo⁹. In questa direzione, nell’Unione europea il diritto di accesso nasce per merito della giurisprudenza, quale istituto inteso in senso strumentale alla partecipazione ai procedimenti amministrativi ed all’esercizio del diritto di difesa del privato¹⁰. Pertanto, le prime forme di accesso garantite in via pretoria dal Giudice europeo erano finalizzate a soddisfare un interesse personale del richiedente, rientrando in senso lato nella tutela del diritto di difesa. Solo in un secondo momento si è ampliato l’ambito operativo di tale diritto, il quale è stato inteso come fattore di sviluppo del processo di democratizzazione dell’Unione europea. Tale evoluzione ha trovato riscontro nelle prime normative settoriali che hanno riconosciuto il diritto di accesso: la direttiva 1990/313 sull’informazione ambientale; la Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht¹¹, con la quale il diritto di accesso viene qualificato come funzionale all’attuazione di alcuni principi fondamentali¹².

Attualmente, il Regolamento europeo sull’accesso fa espresso riferimento alla politica della trasparenza, la quale “*consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell’amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico. La politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall’articolo 6 del trattato UE e dalla carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*”¹³.

⁷ M. P. Chiti, (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 301-337

⁸ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* (24-26 ottobre 2013), http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf;

⁹ C. Alberti, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comunitario*, 2003, p. 63

¹⁰ Corte giust. Ord., 13 luglio 1990, Zwartveld e a.c. Commissione, C- 2/88, ECLI:EU:C:1990:315, PAR. 22.

¹¹ Con tale Dichiarazione il diritto di accesso viene espressamente collegato, per la prima volta, al principio democratico.

¹² Per una completa ricostruzione dell’evoluzione normativa sul diritto di accesso vedi: R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 293 ss.

¹³ Vedi Considerando n. 2 del Regolamento (CE) n. 1049/2001.

Con il Trattato di Amsterdam – ed in particolare con la disposizione contenuta nell’art. 255 CE – il diritto di accesso viene per la prima volta previsto in una fonte primaria. Tuttavia, tale riconoscimento non è valso a chiarirne la natura di diritto “fondamentale”¹⁴ al pari del principio di trasparenza¹⁵. Ancora oggi, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art. 15 TFUE) e la piena affermazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 42), il dibattito sulla natura “fondamentale” del diritto sembra non essersi concluso. Rimane a tal fine celebre ed ancora attuale la ricostruzione dell’Avv. Gen. Tesauro, in uno dei primi casi affrontati dalla Corte di giustizia sul diritto di accesso¹⁶, nella quale si evidenziava come, già all’epoca, negli Stati membri si assisteva “a una progressiva e sempre più ampia affermazione del diritto dell’individuo ad accedere alle informazioni ufficiali, o come sviluppo di diritti precedentemente riconosciuti all’individuo, o come diritto autonomo, frutto di un’evoluzione nella concezione dei rapporti tra amministrazione e cittadini, o, in termini più generali, tra governanti e governati” (par. 16). È sulla base di tali considerazioni che è stato possibile affermare che “il diritto di accedere alle informazioni è configurato, in maniera sempre più evidente, come un diritto civile fondamentale che trova fondamento giuridico nel principio democratico, di cui costituisce “elemento essenziale””. Nonostante tale autorevole ricostruzione, solo in talune e sporadiche occasioni il diritto di accesso è stato qualificato come “diritto fondamentale” da parte della Corte di giustizia¹⁷, benché siano molteplici i casi in cui i ricorrenti abbiano invocato dinanzi al Giudice europeo il diritto di accesso come “principio generale del diritto” o “diritto fondamentale”¹⁸.

Se quindi sussistono ancora dei dubbi circa la possibilità di qualificare il diritto di accesso previsto nell’ordinamento europeo come “diritto fondamentale” dell’individuo, sembra invece potersi chiaramente affermare che, attualmente, tale diritto è previsto in ambito sovranazionale in senso funzionale alla trasparenza ed alla promozione del processo di democratizzazione dell’Unione. Se ciò vale in termini generali, nella ricerca si intende analizzare il modo specifico in cui tale interesse pubblico rilevi nell’esercizio del diritto di accesso e nel bilanciamento con gli interessi-limite.

3. Le tecniche di bilanciamento previste dal legislatore europeo

L’analisi del Regolamento (CE) n. 1049/2001 sembra utile al fine di valutare in che modo il legislatore europeo definisca il “bilanciamento” tra esigenze conoscitive e contrapposti interessi di

¹⁴ K. St. C. Bradley, *La Trasparenza de l’Union Euroéenne: une evidence ou un trompe l’oeil?*, in *Cahiers de droit europeen*, 3-4/1999, p. 312, ha sostenuto che il diritto di accesso, per la sua collocazione nelle disposizioni istituzionali, non dovesse ritenersi un diritto a carattere fondamentale. Viceversa, nelle conclusioni dell’Avv. Generale Léger, *Causa Hautala c. Consiglio*, punto 74, si afferma che “tale principio ha trovato un riconoscimento di tipo “costituzionale” con l’adozione dell’art. 255 CE”.

¹⁵ Sul tema, in via generale, D. de Pretis, *I principi nel diritto amministrativo dell’Unione europea*, in *Pensare il diritto pubblico, Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, (a cura di) M. Malo, B. Marchetti, D. de Pretis, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 130.

¹⁶ Corte giust., Concl., 28 novembre 1995, Regno dei Paesi Bassi c. Consiglio dell’Unione europea, C-58/94, ECLI:EU:C:1995:409.

¹⁷ La Corte di giustizia nel caso *Gaby Thesing e Bloomberg Finance LP c. Banca centrale europea (BCE)*, causa C-28/13,

par. 73, afferma che il diritto di accesso costituisce uno “special fundamental right”.

¹⁸ Vedi, ad esempio: CG, 30 aprile 1996, Paesi Bassi c. Consiglio, C-58/94, punto 18; TRIB., 19 ottobre 1995, Carvel e Guardian c. Consiglio, T-194/94, punto 36; TRIB., 5 marzo 1997, WWF UK c. Commissione, T-105/95, punto 35; TRIB., 14 ottobre 1999, Bavarian Lager c. Commissione, T-309/97, punto 27.

riservatezza pubblica o privata. L'art. 4 del Regolamento europeo prevede tre diverse tipologie di eccezioni. In particolare, il paragrafo 1 del citato art. 4 individua le eccezioni assolute, stabilendo che l'accesso è rifiutato qualora la divulgazione arrechi un pregiudizio concreto alla tutela di interessi pubblici (sicurezza pubblica, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro) o di interessi privati (vita privata e integrità dell'individuo).

Il paragrafo 2 prevede le eccezioni di tipo relativo, stabilendo che l'accesso è rifiutato qualora arrechi un pregiudizio alla tutela di alcuni interessi di importanza "secondaria" (interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, procedure giurisdizionali e consulenza legale, obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile). In questi casi, il carattere di "relatività" delle eccezioni dipende dal fatto che, dinanzi alla sussistenza di un pregiudizio concreto, l'istituzione non potrà negare direttamente l'accesso ma dovrà effettuare un "balancing test tra l'interesse (pubblico o privato) protetto dall'eccezione e l'interesse (esclusivamente di natura pubblicistica) alla divulgazione. Nei casi in cui tale secondo tipo d'interesse risulti prevalere, l'istituzione non potrà opporre diniego all'accesso"¹⁹.

Infine, il paragrafo 3 individua un'eccezione legata alla natura "interna" dei documenti e finalizzata alla tutela della decisione finale. Anche in questi casi, l'accesso dovrà essere negato "nel caso in cui la divulgazione del documento pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale dell'istituzione, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione". Pertanto, sarà necessario un "balancing test" tra la tutela dell'indipendenza della decisione da assumere e l'eventuale interesse pubblico alla divulgazione di ordine superiore.

In sostanza, da un lato, il Regolamento (CE) n. 1049/2001 prevede una serie di eccezioni assolute, per la cui applicazione vale il solo criterio del pregiudizio concreto a interessi ritenuti di rango superiore; dall'altro, per categorie di interessi "meno rilevanti", il criterio del pregiudizio concreto è temperato dall'obbligo di bilanciamento con l'eventuale interesse pubblico prevalente alla divulgazione.

Quindi, solo per l'applicazione delle eccezioni (relative) previste dall'articolo 4, paragrafi 2 e 3, Regolamento (CE) n. 1049/2001, le istituzioni europee sono chiamate ad effettuare una valutazione comparativa tra interessi che "deve necessariamente svolgersi in tre fasi, corrispondenti ai tre criteri previsti da tale disposizione"²⁰: inquadramento del documento richiesto nella categoria di interesse-limite; accertamento di un pregiudizio concreto, ragionevolmente prevedibile e non puramente ipotetico, all'interesse protetto; e, solo in caso di positivo accertamento del pregiudizio concreto, verifica dell'inesistenza di un interesse pubblico prevalente che giustifichi comunque la divulgazione²¹.

Da una prima analisi delle tecniche di bilanciamento adottate dal Regolamento europeo è possibile esprimere una serie di considerazioni, così sinteticamente riassumibili: l'interesse pubblico alla divulgazione dell'informazione rileva solo per talune eccezioni; in tali casi, l'interesse pubblico rileva solo in "chiave positiva" in quanto non si pone come limite all'accesso, ma come fattore in grado di superare l'eccezione; il vero e proprio "bilanciamento" si realizza solo con

¹⁹ G. Locchi, *Il principio di trasparenza in Europa nei suoi risvolti in termini di Governance amministrativa e di comunicazione istituzionale dell'Unione*, in *Amministrazione In Cammino*, 2011, p. 19.

²⁰ Corte di giustizia, 17 ottobre 2013, causa C. 280/2011, Consiglio dell'Unione europea c. Access Info Europe, punto 31-32, in *InfoCuria*. Vedi anche Corte di giustizia, 1 luglio 2008, Cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, Regno di Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea, punto 37 ss. in *InfoCuria*.

²¹ Vedi in tal senso, Corte di giustizia, 1 luglio 2008, Cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P, Regno di Svezia e Turco c. Consiglio dell'Unione europea, punti 38-44. in *InfoCuria*.

l'applicazione del “*public interest test*”, in quanto il criterio dell’ “*harm test*” non comporta una comparazione tra interessi confliggenti; l'autorità che riceve la richiesta di accesso ha l'obbligo di applicare i *test* previsti dalla normativa (che, a seconda dei casi, può essere solo l'*harm test* oppure *harm test* a cui si aggiunge il *public interest test*) e di rispettarne il risultato²²; l'istituzione esercita un potere discrezionale nell'applicazione del *test* dell'interesse pubblico prevalente alla divulgazione, il quale comporta una ponderazione dei diversi interessi in gioco lasciato all'apprezzamento dell'autorità²³; l'oggetto dell'interesse pubblico alla divulgazione non è specificato dal legislatore europeo e, in una lettura sistematica, esso va definito alla luce dei considerando 1 e 2 del Regolamento (CE) n. 1049/2001, i quali fanno riferimento alla trasparenza intesa in senso molto ampio, e non alla libertà di informazione.

Un ulteriore esame dei singoli casi affrontati dal giudice europeo, che verrà condotto nella tesi dottorale, sarà necessario per valutare in che termini il *test* dell'interesse pubblico riesca concretamente ad affermarsi come criterio di accessibilità. Ciò servirà anche a comprendere se, nell'ordinamento europeo, il diritto di accesso sia effettivamente riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo, rispetto al quale la funzione pubblicistica – legata alla trasparenza, al controllo generalizzato ed alla democratizzazione delle istituzioni – non sia in grado di limitare il diritto all'informazione del singolo, la pretesa conoscitiva “*pura*” svincolata da un preciso e motivato interesse.

4. Libertà di informazione e diritto di accesso nel sistema CEDU

Le prime e parziali conclusioni a cui si è giunti attraverso l'analisi del “*modello*” di accesso europeo meritano di essere valutate e confrontate con un recente indirizzo interpretativo della Corte EDU maturato sulla base dell'art. 10 in tema di libertà di espressione. A partire dalle decisioni relative ai casi *Társaság v. Hungary* (2009) e *Österreichische Vereinigung v. Austria* (2013), la Corte EDU ha riconosciuto espressamente che la libertà di informazione (art. 10 CEDU) possa estrinsecarsi in un diritto di accesso alle informazioni amministrative.

Con la decisione relativa al caso *ONG Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (2016), la Corte ha stabilito che qualora l'istanza d'accesso risulti strumentale al diritto di acquisire e di trasferire informazioni di interesse pubblico, il suo diniego implicherebbe un'interferenza con la libertà di espressione²⁴. In particolare, “*the Court has placed emphasis on whether the gathering of the information was a relevant preparatory step in journalistic activities or in other activities creating a forum for, or constituting an essential element of, public debate*”.

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 CEDU (tutela della libertà di espressione) deve essere interpretato nel senso di garantire, a determinate condizioni soggettive e qualitative, un diritto individuale di informarsi (diritto di ricercare informazioni). Al centro di tale affermazione è posto il diritto di accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni, quale strumento

²² Tuttavia, occorre osservare che si registrano dei casi in cui, con riferimento alle eccezioni assolute, la giurisprudenza nega tale obbligatorietà, lasciando discrezionalità alle istituzioni sullo svolgimento del *test*. Vedi i casi segnalati da Morini, in Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione Europea operativo: TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit., p. 507. In particolare, si segnala: CG, 1 febbraio 2007, *Sison c. Consiglio*, C-266/05 P, punti 33-35; TRIB., 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c. Commissione (Bavarian Lager II)*, T-194/04, punto 115)

²³ *Ibidem*.

²⁴ Caso *ONG Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (2016).

funzionale alla ricerca di informazioni e quindi potenziale canale di attuazione dell'art. 10 CEDU. Ne derivano, in via generale, alcune conseguenze di non poco rilievo: è possibile censurare dinanzi alla Corte di Strasburgo il diniego di accesso posto dallo Stato membro; il diritto di accesso diviene strumentale alla garanzia di un altro diritto (il diritto di informarsi *ex art. 10 CEDU*) solo in determinate circostanze, ed in particolare qualora l'informazione amministrativa sia necessaria al fine di alimentare il dibattito pubblico e promuovere il buon funzionamento del sistema democratico (criterio ermeneutico dell'effetto utile); la pubblica amministrazione è considerata fonte principale di informazioni utili e finanche indispensabili per assicurare il diritto all'informazione.

Nell'orientamento citato, la Corte EDU non riconosce espressamente il diritto di accesso alle informazioni amministrative quale diritto fondamentale dell'individuo, ma definisce i contorni entro i quali tale strumento si riveli necessario per la garanzia del diritto all'informazione. Solo a seguito del positivo accertamento di tali condizioni, il diritto di accesso deve essere garantito dallo Stato membro. Ne deriva, tra l'altro, un'importante conseguenza sul profilo della legittimazione soggettiva e della finalità della richiesta di accesso. Difatti, la tutela del diritto di accesso ai sensi dell'art. 10 CEDU si applicherebbe solo nell'ipotesi in cui la richiesta sia proposta da soggetti qualificati, in funzione della concreta capacità di alimentare il dibattito pubblico con le informazioni amministrative (in sostanza, il riferimento è ai giornalisti o più generalmente ai *"public watchdogs"*²⁵ per citare la Corte, ed il criterio finalistico sarebbe quello del *"public interest test"*²⁶). Ed è stato quindi correttamente osservato, a tal proposito, come, in base a quanto stabilito dalla Corte, *"non si potrebbe ancora invocare una violazione dell'art. 10 a fronte del diniego opposto ad un'istanza di accesso civico diretta a soddisfare un bisogno conoscitivo "puro" o, comunque, a realizzare un diverso interesse avente carattere meramente individuale"*²⁷.

Quello che risulta non è l'affermazione in ambito CEDU di un regime di *"full disclosure"* delle informazioni amministrative basato sul classico modello FOIA²⁸, in cui il rapporto tra l'autorità ed il cittadino (qualunque) sia improntata alla massima trasparenza. Nella giurisprudenza della CEDU il diritto di accesso è concepito in un'ottica strettamente funzionale a informazioni di pubblico interesse, da cui deriva una legittimazione soggettiva ristretta in capo a soggetti o centri di interesse capaci di veicolare nel pubblico e per il pubblico tali informazioni.

Da questa prima analisi è possibile giungere ad alcune sommarie conclusioni: a differenza dell'ordinamento europeo (art. 15 TFUE e art. 42 Carte di Nizza), la CEDU non prevede espressamente il diritto di accesso, ma esso è ricavabile solo in via interpretativa dell'art. 10 CEDU²⁹ (libertà di espressione e informazione); la Corte EDU non riconosce un vero e proprio

²⁵ Questa limitazione è stata criticata dai giudici dissenzienti, vedi M. Vacirca, *Il diritto d'accesso come presupposto essenziale della libertà d'espressione*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 6/2017, pp. 765 e 766.

²⁶ E. Carpanelli, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2017, p. 10

²⁷ Vacirca, *Il diritto d'accesso come presupposto essenziale della libertà d'espressione*, op. cit., p. 755 ss.

²⁸ Cfr. P. Birkinshaw, *Transparency as a human right*, in *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, 2006, secondo cui *"Not only is freedom of information instrumentally important in realizing other human rights such as freedom of speech and access to justice or other desiderata such as accountability, it is intrinsically important: the right to know how government operates on our behalf"*. L'autore evidenzia che un modello di trasparenza diffuso risulta rilevante in quanto tale, al fine di instaurare un rapporto fiduciario tra amministrazione ed individuo: *"Like freedom of speech, I would argue that freedom of information is also both intrinsically and instrumentally good. It is good in itself because it fulfils that relationship of trust that government must have in the people"*.

²⁹ Vedi a tal proposito la *dissenting opinion* dei giudici della Corte EDU.

diritto di accedere alle informazioni amministrative, ma concede una forma di tutela tale diritto solo a condizione che esso sia funzionale alla libertà di espressione e informazione; il modello di *public interest test* affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU sembra sostanzialmente differente da quello previsto dal Regolamento europeo sull'accesso, in quanto la libertà di informazione è intesa in senso funzionalistico e quindi non riconosciuta per soddisfare un bisogno conoscitivo meramente personale.

Se questa prima analisi dovesse essere confermata, si intende allora indagare sulle conseguenze giuridiche che ne possono derivare nel contesto della tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il lavoro, com'è evidente, non si concretizza in un'opera di comparazione tra modelli di disciplina e garanzia dello specifico "*diritto*" di accesso ai documenti pubblici. L'analisi si fonda sul rapporto tra ordinamenti e sul sistema delle fonti, i quali saranno presi come "*guida di riferimento*". Pertanto, occorrerà preliminarmente mettere a fuoco il sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali ed in particolare il rapporto tra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU. In questa direzione, occorrerà valutare se, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, soprattutto per la possibile adesione dell'Unione alla CEDU e l'acquisita forza giuridica della Carta di Nizza (art. 6 TUE)³⁰, possa intravedersi una nuova fisionomia del diritto di accesso alle informazioni pubbliche nel sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali.

5. Libertà di informazione e diritto di accesso nell'ordinamento europeo: verso quale modello?

Alla luce di quanto sinora esposto, si ritiene che siano ancora poco indagati, e comunque non maturi nei risultati, i profili di ricerca inerenti al diritto di accesso nell'ordinamento sovranazionale. In particolare, in questo contesto, si ritiene opportuno analizzare il "*ruolo*" che svolge l'interesse pubblico alla conoscenza dell'informazione amministrativa nella qualificazione giuridica del diritto in termini di "*diritto fondamentale*" e nel "*bilanciamento*" tra pretesa informativa e riservatezza. Tale indagine potrebbe rimettere in discussione alcune categorie e ricostruzioni, partendo da quelle inerenti al fondamento costituzionale del diritto di accesso, al valore dell'informazione come "*bene della vita*", alle effettive finalità dell'accesso ai documenti amministrativi.

L'affermazione del diritto di accesso a livello sovranazionale pone il problema dell'individuazione della natura giuridica della pretesa informativa e della concreta individuazione delle posizioni giuridiche soggettive connesse al diritto di accesso. Da un lato, sembra affermarsi il "*right to know*", quale diritto fondamentale dell'individuo di esigere qualsiasi informazione (che non sia riservata), cui corrisponde un dovere dell'autorità (in altri termini, si dichiara il pieno riconoscimento della libertà del singolo di attingere alle informazioni amministrative, tutelata "*alla stregua di un diritto fondamentale*"³¹); dall'altro, alcune interpretazioni tendono a qualificare il diritto di accesso come situazione strumentale al diritto alla conoscibilità, tutelabile nei limiti della sussistenza di un interesse pubblico alla divulgazione delle informazioni.

³⁰ F. Moro, in Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione Europea operativo: TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit., p. 93 ss.

³¹ Con riferimento all'ordinamento nazionale: Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, op. cit.; Cfr. sul punto anche M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. Fed.*, 2013.

Le due interpretazioni, come si cercherà di dimostrare, giungono a conclusioni divergenti anche per ciò che concerne la possibilità di configurare ipotesi di “*abuso del diritto*”. Infatti, a seconda della tesi accolta, l’abuso del diritto di accesso potrebbe realizzarsi solo quando esso incida negativamente sugli interessi-limite legislativamente previsti³² ovvero anche quando (pur in assenza della lesione agli interessi-limite) l’esigenza conoscitiva mira a conseguire uno scopo diverso da quello per il quale il legislatore ha concesso il diritto. Il che si riverbera, ancora una volta, sul fatto che “*nelle visioni individualistiche, gli eventuali limiti dell’attività informativa vengono identificati astraendo dai contenuti delle informazioni e fissando le priorità degli interessi coinvolti essenzialmente sulla base della comparazione e del bilanciamento dei valori costituzionali messi in gioco; invece, in una prospettiva funzionalistica i limiti emergono dalla comparazione e dal bilanciamento dei contenuti dell’attività informativa con l’interesse collettivo alle informazioni*”³³.

Il problema è noto anche negli ordinamenti che per primi si sono dotati di una “legislazione FOI”. In particolare, nel modello statunitense, il diritto di accesso è tradizionalmente concepito come un aspetto della più ampia libertà di informazione e funge da strumento di controllo sull’azione dei pubblici poteri³⁴. Tuttavia, da una prima analisi, sembra potersi sostenere che nel modello statunitense sono escluse forme di “*funzionalizzazione*” tali da limitare la soddisfazione dell’interesse conoscitivo. In questo modello il “*public interest test*” è utilizzato per giustificare un diverso trattamento tariffario (tendenzialmente gratuito per richieste di pubblico interesse) ovvero al fine di “*rinforzare*” la posizione del richiedente³⁵. Ed infatti il FOIA statunitense – che sarà oggetto di specifica analisi nella tesi dottorale – ha ricevuto forti critiche sulla base del fatto che “*...the bulk of requests come from businesses seeking to further their own commercial interests by learning about competitors, litigation opponents, or the regulatory environment...*”³⁶.

In conclusione, il diritto di accesso alle informazioni pubbliche adottato dall’Unione europea – affermatosi con l’iniziale recepimento degli indirizzi normativi e delle tradizioni giuridiche nazionali – mira a garantire la democratizzazione delle istituzioni europee e l’affermarsi della piena trasparenza del loro agire. La ricerca si pone l’obiettivo di ricostruire l’effettivo riconoscimento di tale diritto nell’ordinamento europeo, analizzando, in particolar modo, la funzione che svolge la finalità pubblicistica dell’istituto nelle decisioni delle istituzioni europee e, in seconda istanza, del giudice europeo. Attraverso questa analisi si potrà chiarire se il “*modello*” adottato dall’Unione sia quello tipico del *Freedom of Information Act* di origine statunitense (previsto nell’ottica individualistica ed espressione del diritto all’informazione della persona) ovvero corrisponda a quello riconosciuto in alcuni ordinamenti nazionali degli Stati membri (e di recente affermato dalla Corte EDU), in cui il diritto all’informazione del singolo trova soddisfazione solo ove sia in grado di garantire, in base alle valutazioni discrezionali effettuate dall’autorità pubblica, il più ampio interesse pubblico alla conoscenza.

³² Cfr. A. Lojodice, *Informazione (diritto alla)*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 361.

³³ Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione*, op. cit.; Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, op. cit., p. 335.

³⁴ Più di recente, sul modello FOIA statunitense vedi A. Marchetti, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma “Madia”: anche l’Italia ha adottato un proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *federalismi.it*, fasc. 10/2017.

³⁵ Carloni, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, op. cit., p. 7.

³⁶ D. E., Pozen, *Freedom of information beyond the freedom of information act*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165/2017, p. 1103.