

II DIRITTO A UNA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE APERTA IN EUROPA: GLI STANDARD LEGALI EMERGENTI

PARTE III RACCOMANDAZIONI DI POLICY

Nel 1981 il Consiglio d'Europa (CoE) ha fornito ai legislatori europei ed ai responsabili politici otto raccomandazioni di base con riferimento all'accesso ai documenti ed alle informazioni.¹ Vent'anni dopo, nel 2001, le stesse raccomandazioni sono state riviste e sviluppate.² I loro impatti diretti ed indiretti sono stati significativi. le raccomandazioni sono state largamente applicate in tutta l'Europa. Come menzionato (*supra* I.1.1), questo processo di convergenza graduale è culminato nel riconoscimento dell'accesso alle informazioni quale diritto fondamentale a livello comunitario (Articolo 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali) ed attraverso l'adozione della Convenzione sull'Accesso ai Documenti Ufficiali il 27 novembre 2008. Questa Convenzione, firmata al momento (30 settembre 2010) da 12 Stati³, rappresenta il primo strumento vincolante internazionale di riconoscimento di un diritto generale di accesso ai documenti ufficiali detenuti dalle pubbliche autorità. In questo contesto, l'analisi comparativa condotta in questo scritto ha evidenziato un'ampia serie di standard legali in tutta Europa, i quali sono riassunti nelle seguenti raccomandazioni politiche.

Trasparenza amministrativa e riforme

1. *Il diritto di accesso come diritto fondamentale.* La trasparenza amministrativa è progressivamente riconosciuta come un valore cruciale al fine di enfatizzare la democrazia di uno stato liberale retto dalla legge. Nell'Europa odierna, il libero accesso alle informazioni detenute dalle autorità pubbliche è riconosciuto quale diritto fondamentale. I regimi di trasparenza dovrebbero essere rivisti per promuovere l'accesso più ampio possibile alle informazioni pubbliche. A questo proposito questo dovrebbe essere considerato parte dei criteri di Copenaghen del 1993 per l'appartenenza all'Unione Europea.

2. *Tradizione e riforma.* La tradizione culturale di un sistema amministrativo ha un impatto cruciale sul grado effettivo di apertura di tale sistema. Le esperienze nazionali mostrano che la cultura può cambiare, sia all'esterno che all'interno dell'amministrazione in presenza di una volontà politica risoluta. Tuttavia è richiesta una strategia politica adeguata. Le riforme legislative dovrebbero essere accompagnate da estensivi progetti di formazione, diffusione dell'informazione nel pubblico, adeguata istituzionalizzazione attraverso, ad esempio, l'istituzione di Commissari per l'Informazione ed un sito internet dedicato contenente le raccomandazioni dell'autorità a cui è affidata la supervisione del processo.

Beneficiari

3. *Diritto di accesso a ognuno.* Il diritto di accesso alle informazioni pubbliche è un diritto di ognuno, senza alcuna discriminazione. "Ognuno" indica i cittadini e i non-cittadini, residenti o meno. Nessun tipo di restrizioni soggettive è compatibile con il riconoscimento dell'accesso a documenti ufficiali quale diritto

¹ Raccomandazione del Consiglio d'Europa N. R(81)19 relativa all'Accesso ad Informazioni detenute dalle Autorità Pubbliche, 25 Novembre 1981 (CoE 1981).

² Raccomandazione del Consiglio d'Europa N. R(2002)2 relativa all'Accesso ai Documenti ufficiali, 21 febbraio 2002 (CoE 2002).

³ Belgio, Estonia, Finlandia, Georgia, Ungheria, Lituania, Macedonia, Montenegro, Norvegia, Serbia, Slovenia e Svezia hanno firmato la Convenzione il 18 giugno 2009.

Traduzione delle raccomandazioni del paper OCSE:
THE RIGHT TO OPEN PUBLIC ADMINISTRATIONS IN EUROPE:
EMERGING LEGAL STANDARDS

fondamentale.

4. *Richiesta di Accesso.* Un soggetto richiedente l'accesso ad un documento non dovrebbe essere obbligato a giustificare la propria richiesta. Le formalità per la richiesta dovrebbero essere ridotte al minimo.

Scopo

5. *Livelli di governo.* In principio, i regolamenti sull'accesso concernono informazioni detenute da pubbliche autorità in tutti i settori pubblici. Tuttavia, sussistono regimi speciali per procedure parlamentari, del consiglio dei ministri e giudiziali. Del pari, "gli Stati membri dovrebbero esaminare, alla luce delle leggi e della prassi locali, in che misura i principi di questa raccomandazione potrebbero essere applicati alle informazioni detenute organi legislativi e autorità giudiziarie." (CoE 2002, Racc. II.1).

6. *Entità territoriali/regionali.* Le norme sulla trasparenza si applicano alle autorità pubbliche a livello nazionale, regionale o locale. Anche i governi sub-nazionali dovrebbero sentirsi vincolati dai trattati internazionali, come ad esempio il TUE, anche se i governi sub-nazionali non possono essere citati dinnanzi alla Corte di Giustizia Europea attraverso la procedura di violazione, in quanto gli unici ad essere formalmente vincolati alle obbligazioni derivanti dai trattati sono i governi centrali. Ove una costituzione devolva delle competenze a delle entità territoriali, l'autonomia regolamentare di autorità regionali e locali dovrebbe essere esercitata nel pieno rispetto delle leggi interne, europee e nazionali, anche se comunque posta a "standard più elevato. Così si allineerebbe il principio dell'autonomia regolamentare territoriale con la necessità di preservare un minimo comune di trasparenza, richiesto dalla natura fondamentale del diritto di accesso.

7. *Enti privati che svolgono funzioni pubbliche.* In tutti i sistemi europei, il regime di accesso è applicato anche agli enti privati (persone fisiche e giuridiche) che svolgono funzioni pubbliche o esercitano un'autorità di tipo amministrativo. Le società private sono soggette a requisiti di trasparenza differenti, in base agli stati in cui operano. Per ovviare alle difficoltà derivanti da queste asimmetrie regolamentari, gli Stati membri dovrebbero esaminare se uno standard comune possa essere applicato alle regole sull'accesso. Alcuni Stati hanno adottato la nozione europea di "ente retto dal diritto pubblico" - la quale deriva dalla legge sugli appalti pubblici - quale criterio di selezione. Questa opzione offre un appiglio ad una nozione già ben consolidata in tutti gli Stati membri e facilita l'armonizzazione.

Oggetto

8. *Accesso a "documenti" o "informazioni"?* La natura di diritto fondamentale richiede che l'accesso sia garantito rispetto a tutte le *informazioni* detenute da un'autorità pubblica, senza limitazioni concernenti specificamente l'oggetto. Ogniqualevolta i regimi di accesso facciano riferimento alla nozione di "documento", tale nozione dovrebbe essere interpretata in maniera estensiva. Se lo scopo della libertà di informazione è quello di massimizzare il diritto pubblico al sapere, non possono essere ammesse limitazioni, al di fuori delle eccezioni esplicitamente introdotte a protezione di interessi legittimi pubblici e privati.

Eccezioni

9. *Motivi.* Il diritto di accesso alle informazioni, al pari di altri diritti fondamentali, può essere soggetto a delle deroghe. Le limitazioni dovrebbero essere definite in maniera precisa dalla legge, sono necessarie in una società democratica e dovrebbero essere proporzionate all'obiettivo finale di protezione di interessi legittimi pubblici e privati.

10. *Vincoli legislativi sulla discrezionalità amministrativa.* La maggior parte dei FOIA qualifica esplicitamente i motivi di deroga, distinguendo tra eccezioni assolute (o orientate alla prevenzione di disuguaglianze) e relative (o discrezionali). La distinzione può fornire un quadro per la valutazione entro il quale le autorità pubbliche e, a determinate condizioni (specificate appresso), potrebbe contribuire ad assicurare che le autorità pubbliche interpretino ed applichino le eccezioni restrittivamente.

- a) *Eccezioni assolute (orientate alla prevenzione delle disparità).* le eccezioni sono finalizzate a garantire un livello rafforzato di protezione a determinati interessi (e.g. difesa, relazioni internazionali, ordine pubblico ecc.) rimuovendo gli stessi dall'area della discrezionalità amministrativa. Viene applicata la verifica della lesività, la quale richiede che la pubblica autorità stabilisca se la divulgazione possa danneggiare gli interessi protetti. Al fine di

Traduzione delle raccomandazioni del paper OCSE:

THE RIGHT TO OPEN PUBLIC ADMINISTRATIONS IN EUROPE: EMERGING LEGAL STANDARDS

assicurare un'applicazione restrittiva di un'eccezione, la verifica della lesività deve essere accompagnata da ulteriori specificazioni relative alla natura e alla probabilità del verificarsi del danno:

- i. l'autorità pubblica deve essere in grado di fornire le prove a sostegno della conclusione che, in date circostanze, il danno sia *ragionevolmente prevedibile e non puramente ipotetico*;
 - ii. potrebbe essere introdotta una differenziazione tra un test di lesività *lineare* ed un test di lesività *inverso*: la richiesta lineare di un danno favorisce la concessione dell'accesso, mentre la richiesta inversa di un danno assume che la confidenzialità sia la regola principale.
- b) *Eccezioni (discrezionali) relative.* È l'autorità amministrativa che deve commisurare l'interesse protetto dall'eccezione rispetto all'interesse pubblico alla divulgazione. Tale approccio di bilanciamento conferisce all'amministrazione l'adeguata discrezionalità amministrativa, nell'assenza di una predeterminata norma (legislativa) che valuti la prevalenza tra i due interessi contrapposti in questione. Al fine di assicurare che la pubblica autorità impieghi appropriatamente il proprio potere discrezionale a essa delegatogli, devono trovare applicazione i principi giurisdizionali (quali, a titolo esemplificativo, il principio sull'equo processo o il principio di proporzionalità).
- c) *Eccezioni Assolute e Relative: come scegliere.* Il test di lesività, se appropriatamente applicato, potrebbe permettere un'inferiore possibilità all'amministrazione di compiere distorsioni e assumere decisioni arbitrarie. Ciononostante, il bilanciamento è l'unico approccio coerente con la condizione del diritto di accesso oggi in Europa. A nessun interesse pubblico o privato dovrebbe essere riconosciuto un livello superiore di protezione (come lascia intendere il test di lesività stesso) in quanto il diritto di accesso è concepito come un diritto fondamentale. In pratica, la concessione di un potere discrezionale all'amministrazione non costituisce un problema di *per se*, in quanto sia sempre possibile - e in definitiva raccomandabile - per gli organi di riesame applicare dei principi di riesame maggiormente rigorosi. Tale conclusione è coerente con la preferenza all'approccio di bilanciamento espressa dal Consiglio d'Europa, sia nelle sue raccomandazioni sia nella Convenzione sull'Accesso ai Documenti Ufficiali del 2008.

Elaborazione delle Richieste

11. *Limiti temporali.* Una richiesta dovrebbe essere elaborata *prontamente* e, in ogni caso, entro un lasso di tempo ragionevole, che dovrà essere specificato e non dovrebbe eccedere i 30 giorni.

12. *Dovere di fornire le ragioni.* Un'autorità pubblica che, interamente o in parte, rifiuti l'accesso a un documento ufficiale dovrebbe fornire le ragioni del rifiuto. Nel fornire le ragioni per il completo o parziale rigetto della richiesta, l'autorità pubblica dovrebbe tenere in considerazione il suo obbligo di valutare in via concreta e individuale il contenuto del documento richiesto. Una relazione sulle ragioni deve anche includere l'indicazione dei rimedi.

13. *Commissione e/o Contributo.* Quando l'accesso comporta una complessa valutazione di "informazioni", una commissione e/o contributo può essere richiesto, purché sia proporzionale e determinato in via preventiva.

14. *Carico di lavoro.* In linea di principio non è appropriato variare l'ampiezza del diritto in relazione al carico di lavoro richiesto dall'esercizio del diritto di accesso da parte del richiedente o dall'interesse sotteso del richiedente stesso. Ciononostante, l'accesso può essere rigettato in casi eccezionali, laddove una richiesta implichi un *manifesto e irragionevole onere* per l'autorità competente. Laddove tale sia il caso, le seguenti regole devono essere applicate:

- a) l'autorità pubblica ha l'onere di provare l'irragionevolezza della richiesta;
- b) laddove sia fornita tale prova, l'autorità pubblica è tenuta a consultare il richiedente al fine di considerare se e come possano essere adottate delle misure meno onerose;

Traduzione delle raccomandazioni del paper OCSE:

THE RIGHT TO OPEN PUBLIC ADMINISTRATIONS IN EUROPE: EMERGING LEGAL STANDARDS

- c) l'autorità pubblica dovrebbe rigettare la richiesta solo dopo aver in buona fede valutato tutte le ipotizzabili opzioni e deve esporre in dettaglio nella propria decisione le ragioni per le quali tali diverse opzioni implicassero un irragionevole carico di lavoro.

Publicazione

15. *Publicazione come "Regola Generale"*. I documenti devono essere resi accessibili dalle istituzioni fin dal principio salvo che sia chiaramente applicabile un'eccezione al diritto pubblico di accesso chiaramente. Tutte le informazioni pubbliche che sono state richieste e divulgate per più di tre volte devono essere rese pubbliche.

16. *Disposizione sulla Rete*. La Pubblicazione di informazioni in gazzetta ufficiale o in altro giornale non esaurisce il dovere del governo di facilitare l'accesso alle pubbliche informazioni; è anche necessaria la pubblicazione nel competente sito *internet* istituzionale.

17. *Registrazione dei Documenti*. Per assicurare l'effettività del diritto di accesso, ogni istituzione dovrebbe prevedere il pubblico accesso in forma elettronica ai registri dei documenti. Ogni registro dovrebbe includere una "*guida informativa*", che fornisca dettagli su:

- a) le informazioni quotidianamente pubblicate e direttamente accessibili attraverso il registro;
- b) come le restanti informazioni possono essere oggetto di accesso o di domanda;
- c) se una commissione e/o contributo possa essere applicato per tale tipo di accesso.

18. *Piano di Pubblicazione*. Ogni autorità dovrebbe adottare un piano di pubblicazione sulla base di un "*modello di piano di pubblicazione*". Tale piano dovrebbe essere soggetto a periodiche revisioni. Esso dovrebbe indicare le classi d'informazioni che un'autorità pubblica è tenuta a pubblicare, salva che l'informazione non sia a disposizione, o non possa essere facilmente oggetto di accesso o sia soggetta a specifiche eccezioni.

Meccanismo di Riesame

19. *Riesame amministrativo di prima istanza*. Un richiedente dovrebbe inoltre avere accesso prima avanti a un'autorità amministrativa indipendente che operi in qualità di autorità di riesame.

- a) *Caratteri*. L'autorità di riesame dovrebbe essere:
 - i. indipendente dai governi (per esempio nominata dal parlamento con una maggioranza qualificata, per non meno di 5 anni e che riferisca esclusivamente allo stesso);
 - ii. centralizzata (ovvero, implicante un'unitaria supervisione e armonizzazione delle pratiche)
 - iii. specializzata (la competenza è fondamentale nelle fasi del giudizio e di definizione dei principi);
 - iv. dotata di poteri giurisdizionali suscettibili di esecuzione, e giudicabili da un tribunale.
- b) Tale meccanismo dell'autorità amministrativa indipendente di riesame ha svariati meriti:
 - i. previene l'incremento del carico di lavoro dei tribunali (che intervengono solo in seconda istanza; vedi di seguito);
 - ii. fornisce una specializzata supervisione e promuove un'armonizzazione delle pratiche;
 - iii. riduce significativamente i costi e i tempi dei processi di riesame.

20. *Riesame giurisdizionale di seconda istanza*. Un richiedente il cui accesso a un documento ufficiale sia stato rigettato, sia in parte sia completamente, o respinto, o non sia stato concesso entro i limiti temporali previsti, dovrebbe sempre avere il diritto di appello avverso le decisioni dell'autorità amministrativa di

**Traduzione delle raccomandazioni del paper OCSE:
THE RIGHT TO OPEN PUBLIC ADMINISTRATIONS IN EUROPE:
EMERGING LEGAL STANDARDS**

riesame avanti a un tribunale. Una procedura giurisdizionale *ad hoc* dovrebbe essere prevista al fine di accelerare i procedimenti di appello avanti ai tribunali.

Traduzione a cura di Dla-Piper per Diritto Di Sapere – Foia4Italy

Pubblicazione originale (in inglese e francese):

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/SIGMA\(2010\)2/REV1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/SIGMA(2010)2/REV1&docLanguage=En)