

MAURA FOGLIA

LA « CLASSIFICAZIONE » DELLE INFORMAZIONI DOPO LISBONA

SOMMARIO: 1. Un nuovo capitolo nella vicenda della trasparenza nell'Unione europea. — 2. Segreto di stato *vs* opinione pubblica. — 3. Diritto di accesso e principio di pubblicità: da scelta discrezionale a diritto fondamentale. — 4. Classificazione delle informazioni e « deficit democratico ». — 5. Gli sviluppi giurisprudenziali: due letture possibili. — 6. Il « caso *Wiki-Leaks* »: due « lezioni » per l'Unione. — 7. La potestà di segretezza: tra bilanciamento dei diritti e ragion di Stato.

La trasparenza ha un peso crescente nell'Unione europea, quale valore fondante, cardine dell'identità politica e leva utile a ridurre la distanza tra i cittadini e le Istituzioni. Nonostante i riflettori puntati sulla necessità di accrescere la trasparenza della « macchina europea » e a dispetto degli indubitabili passi in avanti fatti registrare, da ultimo, anche dal Trattato di Lisbona, l'azione di politica estera dell'Unione può essere agevolmente occultata all'opinione pubblica facendo ricorso alla « classificazione » delle informazioni prevista dal regolamento n. 1049/2001. Tale strumento consente un ampio e indiscriminato ricorso alla segretezza delle informazioni, esibendo più di un profilo di incompatibilità con le regole dello stato di diritto.

1. UN NUOVO CAPITOLO NELLA VICENDA DELLA TRASPARENZA NELL'UNIONE EUROPEA.

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel dicembre 2009, sembra segnare un'ulteriore svolta nella parabola della trasparenza delle istituzioni comunitarie. Se ad Amsterdam il diritto di accesso ai documenti del Parlamento, della Commissione e del Consiglio era stato individuato quale diritto fondamentale di cittadinanza (art. 255 TCE), con il Trattato di Lisbona il diritto di accesso ai documenti dell'Unione viene ampliato, fino a ricomprendere i documenti di tutte le istituzioni, di tutti gli organi e di tutte le agenzie dell'Unione europea, e viene pure ispessito nella sua tutela, in virtù del riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 6, n. 1, co. 1, TUE) del medesimo valore giuridico dei Trattati.

* Il presente scritto è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente il Comitato

Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

Il fondamento costituzionale del principio di trasparenza nell'Unione europea è oggi rinvenibile, in primo luogo, nelle disposizioni di cui all'art. 1 TUE e art. 15 TFUE, i quali prevedono, rispettivamente, che le decisioni dell'Unione siano assunte nella maniera più trasparente possibile, e che la « macchina europea », intesa in tutte le sue articolazioni, operi nella maniera più cristallina possibile. Si tratta, evidentemente, di una trasformazione qualitativa e quantitativa indubitabile, a paragone con i primi quarant'anni di attività delle istituzioni comunitarie svoltisi nel segno del segreto professionale. All'esigenza di trasparenza, ormai configurata quale principio generale del diritto comunitario¹, e alle esigenze di *political accountability* dell'Unione, che sono strettamente legate ai temi della democrazia partecipativa² e del riavvicinamento dei cittadini alle istituzioni comunitarie³, si contrappone la necessità di conservare all'Unione uno spazio di manovra « riparato » rispetto all'opinione pubblica, a tutela delle esigenze di mercato e, soprattutto, della « efficienza del processo decisionale »⁴. Di tale diffuso bisogno di riservatezza si fa carico, all'art. 4 n. 1, il controverso regolamento n. 1049/2001⁵, il quale prevede, in parti-

¹ Per il punto vedi, in particolare, il contributo di L. TRUCCO, *La manutenzione del diritto comunitario*, in P. COSTANZO (a cura di), *Codice di drafting*, Libro IV, Sezione Quarta, reperibile all'indirizzo: <http://www.tecnichenormative.it/draft/trucco4.pdf>.

² La partecipazione, dapprima realizzata in forme essenzialmente consultive, è stata postulata come principio nel Libro Bianco del 2001, e viene oggi esplicitamente richiamata all'art. 8B del Trattato di Lisbona. È stato, tuttavia, osservato che il Trattato di Lisbona sembra segnare un regresso sul piano della democrazia partecipativa rispetto alle previsioni del Trattato costituzionale; qui, in particolare, scompare la rubrica con la dizione « democrazia partecipativa ». Per un'analisi più dettagliata si veda M. PICCHI, *Uno sguardo comunitario sulla democrazia partecipativa*, in G. Deplano (a cura di), *Partecipazione e comunicazione nelle nuove forme del piano urbanistico*, Monfalcone, Edicom (2009). Di rilievo, inoltre, le considerazioni del Parlamento Europeo nel suo *Report on the Commission's White Paper on « European Governance »* (15 novembre 2001), laddove si sottolinea come trasparenza, comunicazione continuativa, apertura delle istituzioni e consultazione costante, sebbene capaci di accrescere il livello di *accountability* delle istituzioni, non debbano tuttavia essere considerate alla stregua di veri e propri sostituti della democrazia rappresentativa e degli istituti della cittadinanza attiva. L'impegno volto al rafforzamento delle pratiche partecipative dovrebbe, piuttosto, essere inteso nel senso di un « arricchimento » della democrazia rappresentativa. Per il punto si veda P. MAGNETTE,

European Governance and Civic Participation: Beyond Elitist Citizenship?, in *Political Studies*, Vol. 51, 2003

³ Sono numerosi i documenti della Commissione dai quali ricavare l'approccio verso il tema del riavvicinamento della istituzioni ai cittadini. Il testo fondamentale in proposito, che abbraccia entrambi i motivi della democrazia partecipativa e della trasparenza, è il *Libro Bianco sulla Governance* del 2001. Particolarmente rilevanti, inoltre, il *Piano D per la Democrazia*, il *Dibattito e il Dialogo*, adottato dalla Commissione nel 2005, ed il *Libro Verde sulla Trasparenza* del 2006. Significativo, inoltre, il considerando n. 2 del regolamento n. 1049/2001 che, nel richiamare la ricerca in atto di nuove forme di pubblicità e comunicazione istituzionale che avvicinino i cittadini alle istituzioni, ricorda lo stretto legame che intercorre tra trasparenza, vicinanza alle istituzioni e democrazia partecipativa: « Questa politica di trasparenza 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 »

⁴ Cfr. art. 207 Trattato CE.

⁵ In G.U.C.E. L 145, del 31 maggio, 2001, pp. 43 ss. Per un'analisi dettagliata del Regolamento 1049/2001, vedi: S. PEERS, *The New Regulation on Access to Documents: a Critical Analysis*, in *Queen's Paper on Europeanization*, 2002, p. 30 ss., disponibile all'indirizzo: <http://www.qub.a>

colare, la possibilità, da parte delle istituzioni, di negare l'accesso ai documenti la cui divulgazione sia potenzialmente lesiva dell'« interesse pubblico », ovvero della sicurezza pubblica, della difesa e delle questioni militari, delle relazioni internazionali e della politica finanziaria, monetaria ed economica dell'Unione o di uno degli Stati membri. Ai sensi dei paragrafi 2 e 3, inoltre, l'accesso ad un documento elaborato per uso interno da un'istituzione, o da essa ricevuto, e relativo ad una questione su cui non abbia ancora adottato una decisione, viene rifiutato nel caso in cui la divulgazione dello stesso pregiudichi gravemente il processo decisionale dell'istituzione, a meno che non ci si trovi in presenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. In linea con la progressiva apertura dell'Unione al principio della trasparenza, e con il parallelo allontanamento dalla pratica del « negoziato burocratico diplomatico⁶ », il regime generale del Regolamento n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, prevede che « *qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha un diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni secondo i principi, le condizioni e le limitazioni definite nel presente regolamento* » (art. 1), e che tale previsione sia da applicarsi a « *tutti i documenti detenuti da un'istituzione, vale a dire i documenti formati o ricevuti dalla medesima e che si trovino in suo possesso concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione europea* » (art. 3). Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie riguarda tutti i documenti in possesso delle istituzioni, anche quelli provenienti da soggetti terzi; in questo ultimo caso, però, l'istituzione consentel'accesso previo assenso del terzo interessato. Il regolamento, adottato il 30 maggio 2001 e oggi soggetto a procedura di riforma, introduce, all'art. 9, un regime speciale per i « documenti sensibili »; si tratta di una disciplina marcatamente derogatoria rispetto alla generale previsione di trasparenza, da applicarsi ai settori delle relazioni internazionali e della difesa. Le informazioni contenute all'interno dei documenti classificati come « sensibili », ovvero tutti « *quei documenti provenienti dalle istituzioni o dalle agenzie da esse istituite, da Stati membri, paesi terzi o organismi internazionali, classificati come "CONFIDENTIAL", "SECRET" e "TOP SECRET" in virtù delle disposizioni dell'istituzione interessata che proteggono interessi essenziali dell'Unione europea o di uno o più Stati membri nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lett. a) e in particolare, negli ambiti della sicurezza personale, della difesa e delle questioni militari* », sono trattate solo dal personale abilitato a conoscerle, e « *sono iscritt[e] nel registro o divulgat[e] solo con il consenso dell'originatore⁷* ». Il regime speciale prevede,

c.uk/schools/SchoolofPoliticsInternational-StudiesandPhilosophy/FileStore/EuropeanisationFiles/Filetoupload_38419.en.pdf

⁶ Cfr. E. DE CAPITANI, *Unione Europea e segreto di Stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione*, disponibile all'indirizzo: http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-26/De-Capitani_Unione-europea_segreto-Stato.pdf

⁷ La traduzione del documento dall'originale francese è di E. De Capitani, op. cit. La versione italiana fa riferimento, in-

fatti, solo ai documenti « confidenziali », ovvero « *quei documenti provenienti dalle istituzioni o dalle agenzie da loro istituite, da Stati membri, paesi terzi o organismi internazionali, classificati come "CONFIDENTIEL" in virtù delle disposizioni dell'istituzione interessata che proteggono interessi essenziali dell'Unione europea o di uno o più Stati membri nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e in particolare, negli ambiti della sicurezza pubblica, della difesa e delle questioni mi-*

quindi, corpose eccezioni rispetto a quello generale, soprattutto nella parte in cui reintroduce la cosiddetta « regola dell'autore », seppure limitatamente ai settori della politica estera e di difesa. Se, da un lato, la politica estera dell'Unione in via di formazione non fa altro che dotarsi della « scatola degli attrezzi » e degli strumenti diplomatici tipici delle organizzazioni internazionali, ripetedone i livelli (minimi) di trasparenza⁸, è pure vero che l'opacità che contraddistingue il funzionamento della diplomazia e della politica estera è sfidato in maniera sempre più pressante dalla necessità di *political accountability* dei sistemi politici democratici. E la questione è tanto più delicata in ambito europeo, poiché l'Unione ha fatto proprio della democrazia e del multilateralismo⁹ i pilastri della propria identità politica, come pure dell'immagine che intende proiettare al di fuori dei propri confini. « *Tutela dei diritti umani, rispetto dello stato di diritto, e culto dello sistema democratico* », di cui il principio di trasparenza costituisce una delle declinazioni cardinali, « *sono valori universali che, specie all'indomani del varo del Trattato di Maastricht, l'Unione europea si è impegnata a promuovere e a difendere, non solo all'interno dei suoi confini, ma anche nelle sue relazioni con i Paesi terzi* », proprio allo scopo di definire il retaggio culturale della civiltà europea ed il minimo comune denominatore dei valori comuni agli Stati membri nel segno della democrazia e della tutela delle libertà fondamentali¹⁰. L'azione di politica estera dell'Unione, tuttora in fase di definizione, si presenta ancora fragile, e la sua stessa sopravvivenza pare in pericolo, d'altro canto, in assenza di una forte dose di legittimazione democratica che ne corrobora le articolazioni: difatti, *polities without well-established domestic legitimacy are highly susceptible to failure sparked off by external stimuli of international crisis. Hence, calling for democratic accountability in the EEAS is not only a fashionable demand driven by an idealistic attempt to insert democratic control mechanisms into an area where they have traditionally been rather weak, but, in fact, a rather realist attempt to establish a key element in the sustainability of the EU's external actorness*¹¹ ». La classificazione delle infor-

litari ». Di seguito si riporta il testo originale inglese: « *sensitive documents are documents originating from the institutions or the agencies established by them, from Member States, third countries or International Organisations, classified as "TRES SECRET/TOP SECRET", "SECRET" or "CONFIDENTIEL" in accordance with the rules of the institution concerned, which protect essential interests of the European Union or of one or more of its Member States in the areas covered by Article 4(1)(a), notably public security, defence and military matters* ».

⁸ In particolare, il regolamento n. 1049/2001 si richiama direttamente alle norme in materia di accesso alle informazioni classificate elaborate in seno alla NATO. Sul punto, si veda E. DE CAPITANI, *Unione Europea e segreto di Stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione*, cit.

⁹ Il multilateralismo assume a fonte dell'identità politica in seno all'Unione Eu-

ropea: sul versante interno, infatti, rileva come, ai sensi dell'art. 49.1 TUE, solo gli stati democratici possano diventare membri dell'Unione; nella sua proiezione esterna, poi, l'Unione europea prova a porsi quale alternativa all'unilateralismo interventista, ergendosi a baluardo del sistema multilaterale delle relazioni internazionali e promuovendo una politica estera che non sia *legibus soluta*, ma che trovi la propria legittimazione nell'Onu, in quanto fonte del monopolio dell'uso della forza armata nell'arena mondiale. Per il punto vedi, in particolare, i lavori di B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida, 2002, e M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Bari, Laterza, 2004.

¹⁰ Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto Costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 442.

¹¹ Cfr. J. BÁTORA, *A Democratically Accountable European External Action*

mazioni nei settori della politica estera e di difesa configura un vero e proprio « segreto di Stato » dell'Unione¹², laddove un numero cospicuo di informazioni di indubbia rilevanza può agevolmente essere sottratto al vaglio dell'opinione pubblica, del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, in aperto contrasto, peraltro, con la disciplina relativa agli accordi internazionali per i quali sia richiesta, ai sensi dell'art. 218 par. 10 TFUE, la ratifica del Parlamento europeo. In questo caso, infatti, si prescrive che « *il Parlamento europeo sia immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura* », innestando, dunque, una forma di controllo democratico che sottrae l'accordo in oggetto al potere altrimenti discrezionale della Commissione. La classificazione delle informazioni, al contrario, consente di occultare, di fatto, informazioni ritenute potenzialmente lesive nell'ambito delle politiche estere e di difesa; e nemmeno l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che vuole l'Unione fondata sui principi della democrazia rappresentativa (artt. 9-12 del TUE e in particolare art. 10) e sui diritti fondamentali e di cittadinanza (artt. 18-24 TFUE), e che nel rafforzamento della legittimità democratica dell'azione dell'Unione europea trova uno dei principali motivi ispiratori, ha intaccato un siffatto regime.

2. SEGRETO DI STATO VS OPINIONE PUBBLICA.

Il segreto di Stato, in quanto vincolo giuridico che sottrae alla divulgazione atti, documenti e notizie la cui diffusione potrebbe danneggiare gravemente un interesse fondamentale dello Stato, è un fenomeno dalle radici antiche, oggi variamente disciplinato da tutte le legislazioni degli stati democratici. La Costituzione italiana, che pure si richiama più volte al principio di pubblicità, pur non disciplinandolo direttamente¹³, non pone divieti alla formazione del segreto di Stato. Sebbene esso costituisca una delle più patenti limitazioni alla libertà di informazione, è ormai pacifico che il segreto di Stato non realizzi, di per sé, una violazione della Costituzione; a

Service: Three Scenarios, in *European Integration online Papers*, Art. 13, Vol. 14, 2010, consultabile all'indirizzo: http://eiop.or.at/eiop/index.php/eiop/article/view/2010_013a.

¹² Come osserva correttamente De Capitani, « *nel caso dell'Unione europea non si può tecnicamente parlare di "segreto di Stato" in quanto questa rimane una Organizzazione internazionale abilitata dai propri Stati membri ad intervenire solo nelle materie e perseguendo gli obiettivi previsti dai Trattati istitutivi* ». Cfr. E. DE CAPITANI, *Unione Europea e segreto di Stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione*, cit.

¹³ Ciò ha reso ardua la ricostruzione del fondamento costituzionale del segreto di Stato. Esso è stato, dapprima, ancorato al dovere di difesa della Patria sancito dall'art. 52 Cost., il quale, tuttavia, rileva solo per il versante della tutela della sicurezza esterna dello Stato. Altri hanno individuato

una copertura costituzionale nel disposto di cui agli artt. 1 e 49, configurando la sicurezza interna dello stato quale aspetto particolare della tutela dell'ordine pubblico. Un ulteriore filone di studi ha legato la previsione del segreto di Stato al principio di fedeltà alla Repubblica, e dunque all'art. 54 Cost.: in tal senso, rileverebbero la sovranità della comunità nazionale e il principio di solidarietà. Taluni autori, infine, hanno fatto ricorso sia al dovere di fedeltà che a quello di difesa. Proprio questa, del resto, sembra essere la prospettiva adottata più di recente dal legislatore con la L. n. 124 del 2007, e sulla stessa traccia sembra innestarsi il d.p.c.m. n. 90 del 2008, che disciplina i criteri per l'individuazione delle informazioni suscettibili di essere oggetto del segreto di Stato. Per il punto, vedi A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, G. Illuminati (a cura di), Giappichelli, 2010, p. 10.

rilevare è, piuttosto, l'« asimmetria » di informazioni che esso determina, la quale varia in funzione delle forme di stato e delle forme di governo, al punto che « *le categorie della forma di stato e della forma di governo possono essere riempite di contenuto anche a partire dalla presenza di segreti e dalla correlativa estensione della regola di pubblicità*¹⁴ ». È, dunque, possibile una classificazione delle forme di governo democratiche costruita proprio a partire dall'arco che lega la pubblicità alla segretezza, laddove « democratico » è il potere pubblico che governa in pubblico, e laddove la segretezza è giustificata solo in quanto « misura eccezionale [...] limitata nel tempo¹⁵ ». La dottrina che nella regola della pubblicità individua il presupposto della democrazia ha, in effetti, origini remote¹⁶; nella sua versione più ricca di ricadute sul piano della scienza costituzionale, essa afferma che il discrimine tra democrazia e potere autoritario non si risolve nella contrapposizione tra segreto e pubblicità, ma nell'antitesi tra segreto e conoscenza, ovvero tra l'occultamento delle informazioni e la facoltà di comprendere le informazioni¹⁷. La conoscenza, in altre parole, è l'informazione resa disponibile al cittadino che sia membro, a pieno titolo, della comunità, e dunque faccia parte dell'opinione pubblica. È quel che più rileva nella dimensione europea, ai fini della nostra indagine, è, appunto, che lo spessore « *dello status di cittadino può essere misurato anche a partire dalle informazioni che sono coperte dal segreto*¹⁸ ». Ne discende che, soprattutto a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, « *non si può permettere che alcuni poteri, che erano soggetti a meccanismi di controllo democratico a livello nazionale, divengano, per effetto del loro trasferimento alla Comunità, sistematicamente svincolati da meccanismi equivalenti di controllo democratico, in quanto rientrerebbero ormai nel settore della politica estera degli Stati*¹⁹ ». È la stessa, fragile, esistenza dell'opinione pubblica europea ad essere messa a repentaglio da un ricorso alla segregazione delle informazioni che segua regole poco chiare e non sia sempre debitamente giustificato.

3. DIRITTO DI ACCESSO E PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ: DA SCELTA DISCREZIONALE A DIRITTO FONDAMENTALE.

Per lungo tempo, il diritto comunitario non ha contemplato la disciplina del diritto di accesso del pubblico ai documenti dell'Unione, né ha formalmente fatto proprio il principio di pubblicità; gradualmente, tuttavia, l'in-

¹⁴ Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 3

¹⁵ Cfr. N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1980, 181 ss., ora in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, p. 88

¹⁶ Argomenti a sostegno della pubblicità sono rinvenibili già nel pensiero di Platone; è, tuttavia, con la fioritura del pensiero illuministico e, in particolare, con la filosofia kantiana, che la pubblicità trova la propria giustificazione etica e diventa requisito indefettibile di un buon governo

repubblicano: a partire da questo momento, la pubblicità del potere diventa la regola dei regimi democratici.

¹⁷ In U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, Atti del convegno nazionale, Roma, 26-28 ottobre 1981, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, CEDAM, Padova, 1983, pp. 623 ss.

¹⁸ Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 5

¹⁹ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiars Maduro in Causa C-64/05 P, *Regno di Svezia contro Commissione delle Comunità europee e altri*

teresse alla trasparenza si è fatto strada. Il primo passo, in questo senso, è rappresentato dalla dichiarazione n. 17 sul diritto di accesso all'informazione, allegata all'atto finale del Trattato di Maastricht, che raccomanda l'adozione di misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui le istituzioni dispongono. Sebbene mancasse ancora una disciplina comunitaria generale, poi, il 6 dicembre 1993 le istituzioni hanno adottato di comune accordo un codice di condotta che enumera i principi dell'accesso del pubblico ai documenti da loro detenuti²⁰, seguito a stretto giro dall'approvazione, rispettivamente, di una decisione per l'attuazione dei suddetti principi da parte del Consiglio²¹, e da una decisione della Commissione che adotta formalmente il codice di condotta²². Il Trattato di Amsterdam ha fatto, poi, registrare un significativo passo in avanti affermando, all'art. 1, secondo comma, TUE, un « principio di apertura », e sancendo all'art. 255 CE, il diritto di accesso ai documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione. L'art. 255, n. 2, CE, inoltre, ha affidato al Consiglio il compito di precisare, in codecisione con il Parlamento, i principi generali e i limiti del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni, fornendo la base normativa necessaria all'esercizio di tale diritto. A partire da questo momento, il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni non si è fondato più su misure di ordine interno adottate dalle istituzioni, ma su di una disposizione di rango « costituzionale », e tale precepto normativo è alla base della disciplina comunitaria generale relativa al diritto di accesso ai documenti detenuti dalle istituzioni adottata con il regolamento n. 1049/2001. Con Amsterdam, dunque, si assiste ad un radicale capovolgimento di prospettiva: se prima l'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni era affidato alle scelte discrezionali di queste ultime, poiché le misure adottate al fine di realizzare il principio della pubblicità erano intese unicamente a ottimizzare il funzionamento interno delle istituzioni nell'interesse della buona amministrazione, con il Trattato firmato dai Quindici il 2 ottobre del 1997 l'accesso ai documenti delle istituzioni realizza un diritto soggettivo riconosciuto a « [q]ualsiasi cittadino dell'Unione e [a] qualsiasi persona fisica o giuridica che risiede o abbia la sede sociale in uno Stato membro ». Il diritto di accesso assume, in altre parole, i connotati di un diritto fondamentale, e come tale verrà fissato nell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali il quale, tuttavia, fa esclusivo riferimento alla possibilità per ogni persona « di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale ». Il regolamento n. 1049/2001 disciplina un più ampio accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni e svincola la garanzia in oggetto dalla necessità di tutelare una particolare posizione giuridica oggettiva di cui sia titolare il richiedente l'accesso. Il regolamento si applica, inoltre, a tutti i documenti detenuti dalle tre istituzioni, ed anche a quelli elaborati dai rispettivi servizi o da terzi, con una significativa estensione rispetto al sistema precedente, che riguardava unicamente i documenti

²⁰ Codice di condotta n. 93/730/CE, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione (GU L 340, p. 41).

²¹ Decisione del Consiglio, 20 dicembre 1993, 93/731/CE, relativa all'accesso

del pubblico ai documenti del Consiglio (GU L 340, p. 43).

²² Decisione della Commissione, 8 febbraio 1994, 94/90/CECA, CE, Euratom, sull'accesso del pubblico ai documenti della Commissione (GU L 46, p. 58).

prodotti dalle istituzioni; sono esclusi dalla definizione di « documento » proposta dalla Commissione i documenti ad uso interno in cui siano espressi scambi di opinione, riflessioni individuali o pareri formulati liberamente e in modo informale in sede di consultazioni, le deliberazioni interne, nonché messaggi non ufficiali inviati a mezzo posta elettronica, i quali sono assimilabili a conversazioni telefoniche. Ai sensi dell'art. 4, le istituzioni possono rifiutare l'accesso ad un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di alcuni interessi specifici; in particolare:

« a) *l'interesse pubblico, in ordine:*
 — *alla sicurezza pubblica,*
 — *alla difesa e alle questioni militari,*
 — *alle relazioni internazionali,*
 — *alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro;*

b) *la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali* ». Inoltre, ai sensi dell'art. 4, n. 5 un regime speciale è concesso ai documenti provenienti dagli Stati membri, i quali possono « *chiedere all'istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tal[i] Stat[i] senza il [loro] previo accordo* ». Come ha riconosciuto la stessa Commissione, tale « formulazione dell'articolo 4, paragrafo 5 non precisa in quale misura le istituzioni sono tenute a rispettare il parere negativo espresso da uno Stato membro nei confronti della divulgazione di uno dei suoi documenti »²³. A queste eccezioni si sommano quelle enunciate dal già ricordato articolo 9, dedicato al « trattamento dei documenti sensibili », il quale rappresenta il vero punto critico del regolamento n. 1049/2001; esso prescrive, infatti, un vero e proprio diritto di veto, disponendo che « *i documenti sensibili siano iscritti nel registro o divulgati solo con il consenso dell'originatore* ». Per il suo tramite sembra essersi « *reinstaurato se non di diritto almeno di fatto il regime pre-Maastricht, tanto per i cittadini che per le istituzioni quali il Parlamento europeo o la Corte di Giustizia* ». Infatti, se « *sul piano formale si potrà [...] invocare il diritto di accesso ai documenti classificati, [...] sarà molto facile per le istituzioni detentrici rifiutare invocando [...] il rifiuto di un paese terzo autore (o co-autore) alla trasmissione del documento in questione* ». A rendere più complesso

²³ Relazione della Commissione, 30 gennaio 2004, sull'attuazione dei principi del regolamento, punto 3.5.2. La stessa dottrina è sembrata divisa sul significato da attribuire all'art. 4, n. 5. Per la lettura a favore della esistenza di un vero e proprio diritto di veto, vedi, in particolare, P. CABRAL, *Access to Member State documents in EC law*, *ELR* vol. 31 (2006), n. 3, pagg. 378, 385; v. anche M.E. DE LEEUW, *The regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?*, *ELR* vol. 28 (2003), n. 3, pagg. 324, 337 e 338. A favore della tesi secondo cui la decisione ultima compete all'istituzione che detiene il documento si sono espressi, in particolare, I. HARDEN,

Citizenship and Information, in *European Public Law*, vol. 7 (2001), n. 2, pagg. 165, 192, e S. PEERS, *The new regulation on access to documents: a critical analysis*, *YEL* 21 (2001-2002), pagg. 385, 407 e 408. Con sentenza C-64/05 P, la Corte ha chiarito in via definitiva il significato della disposizione, affermando che gli Stati membri possono opporsi alla divulgazione del documento solo nei casi previsti dall'art. 4 nn. 1-3 del regolamento n. 1049/2001, motivando la propria posizione. Il previo accordo degli Stati membri cui fa riferimento l'art. 4 n. 5 si risolve, perciò, non in un diritto di veto incondizionato, ma in una forma di parere conforme circa l'assenza di motivi di eccezione ai sensi dei nn. 1-3

e delicato il quadro, oggi, contribuiscono il passaggio al regime legislativo ordinario e l'estensione della cognizione della Corte di Giustizia su tutti i settori della legislazione, con la piena competenza in tutte le questioni di giustizia, libertà e sicurezza, compresa la cooperazione di polizia e giudiziaria, con cui il Trattato di Lisbona realizza il « (quasi) pieno controllo della Corte su settori sensibili come quelli della cooperazione di polizia, della sicurezza interna o della stessa "intelligence" »²⁴.

4. CLASSIFICAZIONE DELLE INFORMAZIONI E « DEFICIT DEMOCRATICO ».

Tra gli obiettivi dichiarati del Trattato di Lisbona, particolare peso era stato accordato al tentativo di risolvere il cosiddetto « deficit democratico » dell'Unione. In questa direzione va letta la scelta di affiancare il principio di democrazia partecipativa a quello di democrazia rappresentativa, all'interno del titolo dedicato ai principi democratici, e nello stesso senso va interpretata pure la formulazione del principio della trasparenza dell'azione amministrativa. Il principio di apertura delle istituzioni e di prossimità ai cittadini è precisato dall'art. 15 TFUE, che riporta quasi integralmente il testo dell'art. I-50 T Cost. Qui, l'obbligo di trasparenza investe « istituzioni, organi e organismi dell'Unione », ed è affermato col duplice fine di « promuovere il buon governo » e di « garantire la partecipazione della società civile ». Con Lisbona si fa esplicito, dunque, l'impegno a realizzare una efficiente *governance* europea, ovvero la volontà di predisporre e azionare una serie di « *garanzie di partecipazione diretta alla vita democratica dell'Unione, per i cittadini, le associazioni e la società civile, che impongono alle istituzioni del government di tenere debitamente da conto le istanze di questi ultimi soggetti, così che la loro partecipazione si risolva, effettivamente, in un contributo alla definizione delle scelte collettive* »²⁵. Tale scelta netta a favore di una maggiore apertura democratica delle istituzioni dell'Unione è il portato di un annoso dibattito sul presunto deficit democratico europeo, il quale viene costantemente alimentato dalla letteratura sull'integrazione europea. La versione più nota e forse più compiuta del deficit democratico, elaborata da Follesdal e Hix²⁶, spiega che una vera democrazia richiede una forma di conflitto per la leadership politica e per l'indirizzo da dare all'agenda politica, e che entrambi gli elementi sarebbero carenti all'interno della dimensione europea. In particolare, la distanza delle istituzioni europee dai cittadini, la facilità con cui l'Unione sovente si discosta politicamente dalle preferenze degli elettori — divenendo il campo in cui i governi adottano quelle politiche che sono loro precluse a livello nazionale —, l'assenza di vere e proprie elezioni europee, la debolezza del Parlamento europeo — il quale è stato, tuttavia, indubitabilmente rafforzato ad opera del Trattato di Lisbona — e, quel

²⁴ Cfr. E. DE CAPITANI, *Unione Europea e segreto di Stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione*, cit.

²⁵ Cfr. 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*, 08/2011,

disponibile all'indirizzo: http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/08/Locchi_Principio-di-trasparenza_e-Governance.pdf.

²⁶ A. FOLLESDAL e S. HIX, *Why there is a Democratic Deficit in the EU: a Response to Majone and Moravcsik*, in *JCMS* Vol. 44, N. 3, 2006

che è ancor più significativo per i profili oggetto della nostra analisi, la crescita del potere esecutivo cui si è accompagnato una minore possibilità di controllo da parte dei parlamenti nazionali, configurerebbero un insieme di dinamiche istituzionali dal carattere scarsamente democratico²⁷.

Alla versione socialdemocratica del deficit offerta da Follesdal e Hix, che sembra soffrire del confronto con l'idealtipo della democrazia statale, si contrappone l'elaborazione teorica di Majone che nell'Unione europea vede essenzialmente uno stato regolatore; l'Unione non farebbe altro che iscriversi nel solco che tutte le democrazie liberali hanno cominciato a tracciare: infatti, « *the progressive development of non-majoritarian institutions is a feature of all liberal democracies, showing that reliability, specialisation, equity and independence are often considered more important to obtain certain scopes than direct responsibility towards the electorate* »²⁸. I governi degli stati membri avrebbero delegato all'Unione una serie di competenze nel campo delle politiche di regolamentazione, isolandole deliberatamente dalle decisioni delle maggioranze nazionali. In questa prospettiva, il *policy making* europeo non può e non deve essere democratico in senso tradizionale, a pena di risultare inefficiente in termini paretiani. Il problema dell'Unione non consisterebbe tanto, quindi, in uno scarso grado di democraticità, quanto piuttosto in una « crisi di credibilità », la cui soluzione sarebbe da ricercarsi in una serie di accorgimenti procedurali, e non in una riforma strutturale. Vicina alla proposta teorica di Majone è quella di Moravcsik²⁹, che fa propri i capisaldi della teoria liberal-intergovernativa: i governi nazionali costituirebbero, in questo sistema, la fonte di potere politico più direttamente responsabile all'interno dell'Unione, la quale, a sua volta, avrebbe elaborato un proprio sistema di « pesi e contrappesi » tali che ogni politica intrapresa godrebbe del necessario consenso; le politiche dell'Unione, pertanto, sarebbero necessariamente « centriste », in quanto *output* del delicato quanto inevitabile compromesso del sistema multilivello europeo. Con Majone, Moravcsik con-

²⁷ Quella richiamata è la cd. « versione standard » del deficit elaborata da J.J. Weiler nel corso degli anni Novanta, con il fine di offrire una definizione che fosse comprensiva e condivisa del fenomeno. Cfr. J.J. WEILER, U. HALTERN e F. MAYER, *European Democracy and Its Critiques. Five Uneasy Pieces*, in *EUI Working Paper RSC No. 95/11*, disponibile all'indirizzo: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/1386/95_11.pdf?sequence=1.

²⁸ Cfr. MARIA ROMANA ALLEGRI, *A Union of Democracies or a Democratic EU?*, in D. PREDA e D. PASQUINUCCI (a cura di), *The Road Europe Travelled Along*, Bruxelles, Petet Lang, 2010, p. 295.

²⁹ Vedi, in particolare, A. MORAVCSIK, *In Defence of the Democratic Deficit: Reassessing Legitimacy in the European Union*, *JCMS* 2002, Volume 40, n. 4. L'Autore riprende le concezioni tecnocratiche della democrazia di stampo elitista, proiettandole sull'Unione Europea e ricavandone l'immagine di una moderna tecnocrazia illumina-

ta: « *constitutional checks and balances, indirect democratic control via national governments and the increasing powers of the European Parliament are sufficient to assure that the EU policy-making is, nearly in all cases, clean, transparent, effective, and politically responsive to the demands of European citizens; [...] EU's current activities are restricted by Treaty and practice to a modest subset of the substantive activities pursued by a modern state* »; a differenza degli Stati membri, l'Unione non è competente in settori quali « *taxation and the setting of fiscal priorities, social welfare provision, defence and police powers, education policy, cultural policy, non-economic civil litigation, direct cultural promotion and regulation, the funding of civilian infrastructure, and most other regulatory policies unrelated to cross-border economic activity* ». E, non da ultimo, « *the EU has no police, military force, or significant investigatory capacity - and no realistic prospect of obtaining any of these* ».

corda sulla necessità di isolare i *regulatory policy-makers* dalle maggioranze democratiche, sulla scorta di tre argomentazioni normative: i costi del coinvolgimento dell'intera cittadinanza nella definizione delle politiche governative sarebbero troppo alti; un coinvolgimento di tale fatta, qualora configurabile, ingenererebbe una « tirannia della maggioranza »; una burocrazia illuminata, infine, sarebbe più capace di rappresentare quegli interessi di nicchia che, altrimenti, rimarrebbero del tutto inascoltati. Agli occhi della critica liberale, le politiche europee sarebbero per la maggior parte puramente regolative e monetariste, mentre la democrazia deliberativa dell'Unione sarebbe scarsamente sviluppata; proprio la debolezza delle politiche di spesa dell'Unione, unita al più generale processo di tecnicizzazione della decisione politica, non renderebbe più necessaria una piena partecipazione dei cittadini la quale, d'altro canto, sarebbe impraticabile. Due fattori concorrenti e, segnatamente, la tecnicizzazione della democrazia, con il parallelo allontanamento dalla fonte della sua legittimazione, e la configurazione dell'Unione europea come sistema di separazione orizzontale e verticale del potere, avrebbero modificato radicalmente, dunque, le idee di consenso, partecipazione e popolo, allontanandole dall'idealtipo della democrazia statale e rendendo auspicabile una più marcata distanza degli elettori rispetto agli eletti, una distanza non dissimile da quella realizzatasi all'interno dell'Unione. Facendo proprio un approccio maggiormente sistemico, e nel tentativo di riassumere le posizioni opposte su cui si attestano la critica socialdemocratica e quella liberale, Christopher Lord avverte che l'Unione, nella sua complessità, non è un sistema fisso, ma in divenire, e che le « *performances* democratiche » delle sue componenti variano in seno ai diversi organi e in funzione delle differenti procedure decisionali che essi adoperano³⁰. Non vi sarebbe, pertanto, un unico metro da adoperare nel giudizio sulla democraticità dell'Unione ma, piuttosto, un insieme di parametri diversificati, così come diversificate sarebbero le logiche di funzionamento e le modalità della *governance* all'interno dell'arena europea. Il giudizio sul grado di legittimazione democratica dell'Unione resta sospeso: il deficit viene definito quale « mito » ma, allo stesso tempo, si sottolinea che « *the degree of uncertainty that is deliberately maintained around the principles of Union legitimacy can be seen as a deficiency insofar as it inhibits the formation of a common identity, but as a virtue insofar as it feeds a continuous process of constitutional deliberation*³¹ ». Tuttavia, è proprio sul piano dell'incertezza che si spiegano le maggiori incrinature del sistema con riferimento ai principi di trasparenza e *political accountability*. Se « *nel contesto dello stato di diritto e, a fortiori, nello stato costituzionale, il segreto di Stato deve trarre fondamento in determinati valori fondamentali, esso è soggetto al principio di legalità e, quindi, deve essere regolato positivamente e in maniera organica, sia per ridurre la naturale ampiezza delle valutazioni ad esso inerenti, sia per rendere effettivo il principio di divisione dei poteri in vista della garanzia del sistema*³² », al contrario, la disciplina generale di cui l'Unione si è dotata e, segnatamente, il regolamento n. 1049/2001, prevede

³⁰ Vedi C. LORD, *A Democratic Audit of the European Union*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2004

³¹ Cfr. C. LORD e P. MAGNETTE, *E Pluribus Unum? Creative Disagreement about*

Legitimacy in the EU, in *Journal of Common Market Studies*, 1/42, 2004.

³² Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 7.

eccezioni così ampie, da lasciare spazio a copiosi abusi; queste stesse eccezioni, inoltre, sembrano incompatibili con le novità introdotte a Lisbona.

5. GLI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI: DUE LETTURE POSSIBILI.

Il quadro che viene delineandosi è ulteriormente complicato dall'andamento oscillante e, a tratti, contraddittorio della giurisprudenza in materia. Inizialmente, i giudici comunitari non hanno riconosciuto il diritto di accesso « *come principio che, essendo ormai comune alla legislazione degli Stati membri, risulta parte essenziale del principio democratico di cui all'art. 6 del TUE; preferendo l'altra lettura, certo più rispettosa delle istituzioni "decisionali", del diritto di accesso come conseguenza di espresse previsioni del diritto comunitario primario*³³ ». Peraltro, nella fase iniziale, l'interesse della Corte di Giustizia si è appuntato sulla trasparenza degli Stati membri ben più che sulla *political accountability* delle istituzioni europee³⁴, laddove il principio di leale cooperazione (oggi all'articolo n. 4.3 TUE) già imponeva agli Stati membri « *di porre tutte le proprie strutture e meccanismi interni (organi legislativi, organi esecutivi, giudici nazionali) a servizio dell'interesse generale perseguito dall'UE, garantendo, anche attraverso misure non previste dal diritto nazionale, il raggiungimento del risultato voluto da quel particolare ordine giuridico che è quello dell'UE*³⁵ ». Solo più tardi e, in particolare, a partire dalla fine degli anni Novanta, i giudici comunitari hanno progressivamente contribuito ad ampliare la nozione comunitaria di trasparenza e di diritto di accesso con riferimento a tre aspetti-chiave: la portata generale del diritto di accesso e l'ambito di applicazione pertinente, la legittimazione a ricorrere in caso di diniego dell'accesso, ed i criteri di legittimità dei provvedimenti messi in campo dalle istituzioni in tema di accesso³⁶. Nel precisare il significato generale del diritto di accesso, il giudice comunitario ha chiarito che esso costituisce la regola le cui eccezioni vanno lette e applicate in senso restrittivo (si vedano, in particolare, sentenza della Corte di Giustizia, 11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Paesi Bassi e Van der Wal contro Commissione*; sentenza del Tribunale di primo grado, 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc contro Commissione*; sentenza della Corte di Giustizia, 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet contro Consiglio*; sentenza della Corte di Giustizia, 12 luglio 2001, causa T-204/99, *Mattila contro Consiglio e Commissione*; la sentenza della Corte

³³ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 449.

³⁴ Per il punto, vedi M. SHAPIRO, *Democracy's value*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999 e C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Promoting Accountability in Multi-Level Governance: A Network Approach*, in *The European Governance Papers*, 2006, reperibile all'indirizzo: <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-02.pdf>.

³⁵ Cfr. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 76. Si noti che la relazione di « re-

ciproità » tra Unione e Stati membri rispetto al principio di leale collaborazione è stata esplicitamente affermata solo con il Trattato di Lisbona. Si consideri, inoltre, che, se da un canto l'art. 346 TFUE, già art. 246 TCE, prevede che « nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza », la stessa supremazia del diritto dell'Unione ha da sempre limitato fortemente l'efficacia di tale disposizione.

³⁶ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 451.

di Giustizia, 7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kuiper contro Consiglio*). Quanto alla legittimazione, il giudice comunitario ha statuito che chiunque può richiedere l'accesso a qualsiasi atto non pubblicato, anche in presenza di una domanda non motivata (sentenza del Tribunale di primo grado, 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc contro Commissione*), e che le ragioni di un eventuale rifiuto debbono essere esposte dettagliatamente. Con riferimento ai parametri di legittimità dei provvedimenti delle istituzioni, infine, la Corte ha riconosciuto che « nelle materie riguardanti le eccezioni obbligatorie alla consultazione da parte del pubblico dei documenti di cui all'art. 4, n. 1, lett. a), del regolamento n. 1049/2001, le istituzioni dispongono di un'ampia discrezionalità », e che, pertanto, « il controllo esercitato [...] sulla legittimità delle decisioni delle istituzioni che negano la consultazione di taluni documenti a motivo delle eccezioni relative all'interesse pubblico deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza dei fatti materiali, nonché dell'assenza sia di un errore manifesto nella valutazione dei medesimi, sia di uno sviamento di potere » (sentenza del Tribunale di primo grado, 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK contro Commissione*; si veda, inoltre, sentenza della Corte di Giustizia, 6 febbraio 1998, causa T-124/96, *Interporc contro Commissione*). A dispetto della crescente attenzione del giudice comunitario nei confronti dell'apertura delle istituzioni e della tutela sempre più ampia del diritto di accesso, è possibile, tuttavia, ricostruire una storia differente della giurisprudenza comunitaria in tema di trasparenza, utilizzando come spartiacque proprio l'adozione del regolamento n. 1049/2001³⁷. In questa prospettiva, si osserva come nella fase precedente all'adozione del regolamento la giurisprudenza obbligasse a fondare un eventuale rifiuto all'accesso su di un'analisi accurata dei fattori specifici che impedivano la consultazione dei documenti (si veda, in particolare, sentenza della Corte di Giustizia, 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet contro Consiglio* e sentenza della Corte di Giustizia, 11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 e 189/98, *Paesi-Bassi e Van der Wal contro Commissione*). L'unico limite alla consultazione individuato per via giurisprudenziale in questa fase consisteva nel principio del cosiddetto « onere amministrativo³⁸ », in base al quale l'istituzione cui fosse stata indirizzata una richiesta di accesso era tenuta ad un bilanciamento tra l'interesse individuale all'accesso e l'onere imposto all'amministrazione in questione per rendere effettivo tale accesso: di fronte ad un carico di lavoro eccessivo, l'istituzione poteva eccezionalmente derogare alla regola della valutazione concreta e individuale della documentazione richiesta (sentenza della Corte di Giustizia, 6 dicembre 2001, causa C-353/99, *Consiglio contro Heidi Hautala*, e sentenza del Tribunale di primo grado, causa T-188/98, *Aldo Kuiper contro Consiglio*). La giurisprudenza successiva all'adozione del regolamento, ferma la necessità di una dettagliata analisi individuale dei documenti fatti oggetto di richiesta di consul-

³⁷ Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza relativa all'applicazione dei principi di trasparenza e accesso ai documenti amministrativi vedi, su tutti, J. HELISKOSKI e P. LEINO, *Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/*

2001 on access to documents, in *Common Market Law Review*, 1/2006, pp. 735-781.

³⁸ Cfr. J. HELISKOSKI e P. LEINO, *Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents*, cit., p. 744.

tazione e fermo pure l'obbligo di motivare un'eventuale rifiuto, sembra però avere accresciuto l'apprezzamento discrezionale delle istituzioni europee, che hanno potuto avvalersi delle eccezioni di cui agli artt. 4 e 9 del Regolamento sfruttando a proprio vantaggio l'ambiguità e la voluta genericità di alcuni passaggi. Questo nuovo atteggiamento è bene sintetizzato nella causa *Sison c. Consiglio*. In questa circostanza, il Tribunale di primo grado prima³⁹ e la Corte di Giustizia poi⁴⁰, hanno dovuto fare fronte a tre ricorsi aventi per oggetto la richiesta di annullamento di tre decisioni del Consiglio con le quali si negava l'accesso ai documenti ad un individuo inserito nelle liste dei sospetti terroristi per « motivi di pubblica sicurezza ». Il signor Sison presentava ricorso per l'annullamento delle decisioni del Consiglio in virtù delle quali le liste erano state formate, e chiedeva di potere consultare sia i documenti che avevano portato il Consiglio ad adottare tali decisioni, sia le liste stesse. Il Consiglio negava la consultazione in forza dell'art. 4, n. 1 lett. a) del Regolamento 1049/2001, sostenendo che la divulgazione delle informazioni di cui si faceva richiesta avrebbe potuto nuocere alla sicurezza pubblica e alle relazioni internazionali, dato che la lotta al terrorismo coinvolge anche Stati terzi; il Consiglio rifiutava anche di comunicare i nomi degli Stati che avevano contribuito a fornire informazioni, avvalendosi dell'eccezione di cui all'art. 9, n. 3 del Regolamento. Il Tribunale di primo grado e, in appello, la stessa Corte di Giustizia, nel rigettare i ricorsi, hanno sostenuto la posizione del Consiglio con riguardo agli aspetti principali della causa, affermando che « l'efficacia della lotta al terrorismo presuppone che le informazioni in possesso delle autorità pubbliche concernenti persone o enti sospetti di terrorismo siano mantenute segrete, affinché queste informazioni conservino la loro rilevanza e consentano un'azione efficace. Di conseguenza, la comunicazione al pubblico del documento richiesto avrebbe necessariamente leso l'interesse pubblico relativo alla sicurezza »; un ragionamento identico si applicherebbe, poi, alla tutela dell'interesse pubblico relativo alle relazioni internazionali⁴¹. Così, « *for the denial of partial access to the requested documents it was sufficient for the Council to refer to the fact of the documents concerned being covered in their entirety by the relevant exceptions, [and] the refusal to disclose the identity of the third States that had provided the Council with certain documents, a reference to the rule in Article 9(3) of the Regulation and to the opposition of the States concerned to any disclosure or their identity was considered adequate for the purpose of stating the reasons. On the whole, therefore, it seems that hardly any reasoning going into the substance was necessary on the Council's part. Is the implication then not that a few magic phrases such as "fight against international terrorism" and "involvement of third states" will always do the trick?* »⁴².

³⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado, 26 aprile 2005, cause riunite T-110/03, T-150/03 e T-405/03, *Sison contro Consiglio*.

⁴⁰ Sentenza della Corte di Giustizia, 2 febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison contro Consiglio*.

⁴¹ Per un'analisi dettagliata della sen-

tenza, vedi C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 306-309.

⁴² Cfr. J. HELISKOSKI e P. LEINO, *Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents*, cit., p. 743.

6. IL « CASO WIKILEAKS »: DUE « LEZIONI » PER L'UNIONE.

A partire dal 28 novembre 2010, il sito *WikiLeaks* (dall'inglese « *leak* », termine colloquiale che fa riferimento alla fuga di notizie, e che è stato accostato impropriamente al prefisso « *wiki* », che generalmente designa un gruppo di documenti ipertestuali che può essere modificato da tutti gli utenti di una pagina web) pubblicava un'ingente massa di informative e di dispacci delle ambasciate statunitensi destinate al dipartimento di Stato e al segretario di Stato americani. Le note di servizio messe in rete per il tramite di *WikiLeaks*, la cui diffusione è stata parzialmente anticipata dalla pubblicazione di un alcuni dei principali cablogrammi sulle pagine dei maggiori quotidiani internazionali, hanno per oggetto nodi cruciali delle relazioni internazionali (tra gli altri, il confronto tra Stati Uniti e Pakistan sui combustibili nucleari; il progetto di unificazione delle due Coree in vista di un possibile crollo della Corea del Nord; i tentativi degli Stati Uniti di impedire alla Siria di consegnare armi ad Hezbollah; le contrattazioni con i Paesi alleati per ripartire i prigionieri di Guantanamo); l'informativa che ha suscitato le maggiori preoccupazioni contiene un elenco dettagliato delle infrastrutture la cui distruzione avrebbe potuto danneggiare gli interessi statunitensi, ed è stata considerata alla stregua di un inventario di obiettivi sensibili offerto su un piatto d'argento alle organizzazioni terroristiche⁴³. Tutte le informazioni pubblicate da *WikiLeaks* e dai quotidiani selezionati per far circolare le significative anticipazioni sono classificate come « sensibili » o « segrete », ma nessuno dei rapporti è contrassegnato dalla dicitura « *top secret* ».

Le reazioni del governo statunitense di fronte alla diffusione dei cablogrammi diplomatici sono state immediate e dure: il Vice-presidente Usa Joe Biden ha prontamente spiegato che *WikiLeaks* costituisce una minaccia terroristica ad alto contenuto tecnologico ancor più seria dei *Pentagon Papers*⁴⁴, mentre il segretario di Stato Hillary Clinton ha dichiarato che la pubblicazione delle informative e dei dispacci diplomatici non rappresenta solo un attacco agli interessi della politica estera statunitense, ma un vero e proprio attentato al cuore della comunità internazionale⁴⁵. Al parere più misurato espresso dal segretario alla Difesa Robert Gates, che ha definito imbarazzanti i documenti divulgati da *WikiLeaks* riconoscendo, tuttavia, che le ripercussioni dell'intera operazione sono state tutto sommato modeste per la politica estera statunitense⁴⁶, ha fatto da contraltare un attacco politico violento mosso, nel suo insieme, dall'amministrazione Usa, che ha dipinto Julian Assange, il fondatore di *WikiLeaks*, e la sua organizzazione, quali promotori di un « *dangerous, anarchic attack on the model of the super-empowered networks of terrorism out to attack the U.S.* »⁴⁷. Signi-

⁴³ Un elenco dei principali cablogrammi diffuse tramite *WikiLeaks* è reperibile al seguente indirizzo: <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-119140400>.

⁴⁴ « more like high tech terrorist than the Pentagon Papers »

⁴⁵ « Let's be clear: this disclosure is not just an attack on America's foreign policy interests. It is an attack on the international community — the alliances and

partnerships, the conversations and negotiations, that safeguard global security and advance economic prosperity.

⁴⁶ « Is this embarrassing? Yes. Is it awkward? Yes. Consequences for U.S. foreign policy? I think fairly modest ».

⁴⁷ Vedi Y. BENKLER, *A Free Irresponsible Press: WikiLeaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate*, in corso di pubblicazione su Harvard Civil

ficativa è la circostanza per cui dalla parte dell'amministrazione statunitense, muovendosi all'interno di un disegno non sempre coordinato, si siano schierati attori istituzionali e non, imprese private, stati stranieri e *internet providers*. Proprio la somma delle reazioni politiche e degli attacchi inferti da questa « *extra-legal public-private partnership* »⁴⁸ costituiscono il colpo più deciso e incisivo inferto a *WikiLeaks* che, da una parte, è stata screditata quale fonte libera di informazioni, ed è stata accusata di non verificare in alcun modo la veridicità di quanto divulgato tramite il proprio sito; dall'altra, non ha potuto più accedere ai propri principali canali di finanziamento; infine, ha subito un vero e proprio attacco informatico, volto ad impedire agli utenti l'accesso alla pagina *web*. Sul fronte strettamente legale, a dispetto della tempestiva richiesta del Senatore democratico e Presidente della Commissione Servizi Segreti del Senato Diane Feinstein di instaurare un procedimento legale a carico di Julian Assange per violazione dell'« *Espionage Act* »⁴⁹ del 1917, e nonostante l'espressa volontà del dipartimento di Giustizia di incriminare il fondatore e volto di *WikiLeaks* ai sensi, in particolare, del « *Computer Fraud and Abuse Act* »⁵⁰, la protezione offerta dal Primo Emendamento⁵¹ della Costituzione degli Stati Uniti ha, di fatto, impedito la formulazione di accuse formali a

Rights-Civil Liberties Law Review. In particolare, l'Autore osserva che « the legal options that the Justice Department thinks about when confronted with a case of a journalist who publishes sensitive materials are fundamentally different than those its thinks about when it is developing a prosecution strategy against terrorism suspects. The pressure to cut off payment systems flows is fundamentally different when considering whether to cut off payments to a politically odious group, and those considered in connection with cutting off payments to a terrorist organization. It is very difficult to understand the political and market dynamics that could have led to the decision by Mastercard and Visa to cut payments off to Wikileaks except on the background of the framing efforts that located Wikileaks in the same rubric as the Taliban, rather than the same rubric as the *New York Times* or *The Progressive* », p. 18.

⁴⁸ Y. BENKLER, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ Si tratta di una legge del 1917 destinata a combattere lo spionaggio la quale, agli articoli 794 e 798, punisce l'atto di « ottenere o consegnare informazioni relative alla sicurezza e alla difesa per aiutare un governo straniero » e la « divulgazione di informazioni classificate ». A tal fine, tuttavia, è necessario dimostrare l'intenzione dell'autore di « danneggiare gli Stati Uniti, come sostiene uno studio realizzato dal "Congressional Research Service" (un organo consultivo del Congresso degli Stati Uniti) pubblicato il 6 dicembre 2010. Lo

stesso studio ricorda anche che i due articoli dell'*Espionage Act* sono stati quasi sempre utilizzati per accusare persone che avevano accesso alle informazioni classificate e, di conseguenza, avevano anche l'obbligo di proteggerle: impiegati governativi e militari ». Cfr. F. FORMICA e L. FRANCESCHI BICCHIERAL, *Così incasterranno Assange*, *L'Espresso*, 17 gennaio 2011

⁵⁰ Il « *Computer Fraud and Abuse Act* » punisce, in particolare, chiunque, senza esservi autorizzato, acceda a un computer, situato negli Stati Uniti o all'estero, per ricavare dati sensibili per la sicurezza nazionale, attingendo alle informazioni di un qualsiasi dipartimento od agenzia degli Stati Uniti

⁵¹ Il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, nel sancire la libertà di parola, protegge anche la pubblicazione di informazioni segrete da parte della stampa (« *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* »). Nel celebre caso dei *Pentagon Papers*, i documenti top-secret del dipartimento di Difesa Usa sulla guerra del Vietnam pubblicati sulle pagine del *New York Times* nel luglio del 1971, la Corte Suprema consentì la pubblicazione argomentando che la necessità di tutelare la libertà di stampa superava qualsiasi intento repressivo del Governo.

carico di Assange. Se il disposto legislativo dell'« *Espionage Act* » dà adito a numerose interpretazioni, alcune delle quali, rasentando « *l'incostituzionalità, puniscono non solo chi pubblica, ma anche chi legge l'informazione classificata*⁵² », il tentativo di farvi ricorso può essere bollato come un « *remarkable exercise in historical amnesia*⁵³ », poiché il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti ha dato più volte prova di tutelare in maniera ampia la libertà di stampa contro la volontà dell'Esecutivo di apporre il segreto.

Le vicende recenti che hanno avuto come protagonista *WikiLeaks* mettono in luce le zone d'ombra che circondano la classificazione delle informazioni nel sistema statunitense; esse si articolano su due piani principali, intersecandosi: innanzitutto, la pubblicazione dei dispacci e delle informative ad opera di *WikiLeaks* ha rivelato che una ingente quantità di informazioni è stata segretata a diversi livelli, senza avvalersi del grado più alto di segretezza, ma senza che vi fosse, allo stesso tempo, una pressante necessità di fare ricorso alla classificazione⁵⁴; in secondo luogo, le dure repliche del governo americano a fronte della pubblicazione dei cablogrammi, e i successivi tentativi di boicottaggio ad opera di attori per lo più privati, hanno rivelato la complessità delle relazioni tra stampa tradizionale, autorità cui è conferito il potere di classifica e trasparenza. In particolare, l'analisi « costituzionale » del caso *WikiLeaks* mostra che, nell'impossibilità di condurre un'azione legale, esistono pericoli ulteriori per la trasparenza, che si annidano nel rapporto conflittuale tra media tradizionali e nuovi media, e nell'interesse di attori istituzionali e società indipendenti ad attuare forme di ritorsione e pressioni para-legali in conformità con gli indirizzi governativi. L'attacco multiplo diretto a *WikiLeaks* getta luce sulla facoltà degli attori privati di « *restrict speech without being bound by the constraints of legality, and the possibility that government actors will take advantage of this affordance in an extralegal public-private partnership for censorship*⁵⁵ ». Con una duplice lezione a beneficio dell'Unione Europea: accanto all'importanza di dotarsi di strumenti normative chiari, che consentano un efficiente bilanciamento dei valori a livello giurisprudenziale, emerge la necessità di tutelare in maniera sempre più decisa la trasparenza, stringendo le maglie della legalità in modo da proteggere i principi di trasparenza e apertura anche da potenziali « attacchi non convenzionali ».

7. LA POTESTÀ DI SEGRETAZIONE: TRA BILANCIAMENTO DEI DIRITTI E RAGION DI STATO.

La giurisprudenza progressista della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di trasparenza formatasi prima dell'adozione del Regola-

⁵² Cfr. F. FORMICA e L. FRANCESCHI BICCHIERAI, *Così incastreranno Assange*, *L'Espresso*, 17 gennaio 2011.

⁵³ Y. BENKLER, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴ Per il punto vedi, in particolare, M. FENSTER, *Disclosure's Effects: WikiLeaks and Transparency*, reperibile all'indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?ab-](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1797945)

[stract_id=1797945](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1797945). Tale circostanza è stata confermata da una corposa inchiesta del Washington, *Post Top Secret America. A hidden world, growing beyond control*, consultabile all'indirizzo: <http://projects.washingtonpost.com/top-secret-america/articles/a-hidden-world-growing-beyond-control/>.

⁵⁵ Y. BENKLER, *op. cit.*, p. 48.

mento n. 1049/2001, e la stessa ampiezza delle formule utilizzate nella redazione del testo del regolamento, avrebbero potuto consentire ben altri sviluppi, favorendo un'ulteriore apertura delle istituzioni dell'Unione nei confronti dei cittadini, e un rapporto di *political accountability* sempre più marcato. Un'occasione mancata, insomma, che desta particolare preoccupazione se si tiene presente pure la situazione di stallo in cui versa la riforma del Regolamento n. 1049/2001, nonché le formulazioni di alcuni dei progetti di revisione degli accordi interistituzionali di applicazione del summenzionato Regolamento, i quali prevedono l'estensione della « regola dell'autore » a tutti i settori di competenza dell'Unione Europea⁵⁶. La disciplina europea in materia di « segreto di Stato » conserva contorni poco chiari, e più di un alone di incertezza grava su di essa; siamo ancora ben lontani da quella « funzionalizzazione del segreto che riduce la politicità dell'atto di opposizione o di conferma dell'opposizione » che contraddistingue il ricorso al segreto di Stato a livello statale. Nei singoli stati membri la consapevolezza che alla potestà di segregazione debba corrispondere, puntualmente, la tutela di un supremo interesse di ordine costituzionale, nonché una disciplina positiva chiara e dettagliata del fenomeno, « apre [...] lo spazio per forme concrete di controllo », e sottrae la risoluzione dello scontro tra valori configgenti « a valutazioni meramente politiche »⁵⁷. A livello europeo, per contro, il « segreto di Stato dell'Unione » pare collocarsi ancora al di fuori dell'alveo dello stato di diritto, e perciò stesso pronto ad alimentare ulteriori preoccupazioni circa il grado di legittimazione democratica dell'Europa unita: la « ragion di Stato », qui, sembra rimanere una giustificazione sufficiente per occultare informazioni considerate scomode, così ammettendo un ricorso alla segregazione talvolta arbitrario e non sempre opportuno.

⁵⁶ Cfr. E. DE CAPITANI, *Unione Europea e segreto di Stato: un quadro normativo ancora in piena evoluzione*, cit.

⁵⁷ Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 9.