



FOCUS HUMAN RIGHTS
27 LUGLIO 2020

Il controllo democratico sulle
operazioni di ricerca e soccorso in
mare nel Mediterraneo centrale: il
potenziale dell'istituto dell'accesso
civico generalizzato nell'ordinamento
interno e in quello europeo

di Eleonora Frasca

Dottoranda di ricerca in Diritto europeo delle migrazioni
Université catholique de Louvain

Il controllo democratico sulle operazioni di ricerca e soccorso in mare nel Mediterraneo centrale: il potenziale dell'istituto dell'accesso civico generalizzato nell'ordinamento interno e in quello europeo*

di Eleonora Frasca

Dottoranda di ricerca in Diritto europeo delle migrazioni
Université catholique de Louvain

Abstract [It]: Attraverso un confronto tra la pronuncia del Tribunale UE nel caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* e la sentenza n. 1121/2020 del Consiglio di Stato, questo contributo mette in luce le potenzialità, ma soprattutto i limiti, del diritto di accesso civico generalizzato. Tale strumento giuridico potrebbe risultare utile a portare alla conoscenza della collettività informazioni relative allo svolgimento delle operazioni navali nel Mediterraneo centrale, in ottemperanza agli obblighi giuridici di ricerca e soccorso in mare. Tale giurisprudenza è rivelatoria delle difficoltà che si profilano nell'interpretazione dell'ampiezza dell'accesso, sia da parte delle amministrazioni nelle motivazioni dei provvedimenti diniego, sia da parte del giudice con rispetto al sindacato di tali provvedimenti.

Abstract [En]: The comparison between the General *Izuzquiza and Semsrott vs Frontex* judgement of the EU General Court of the EU and the judgement of the Italian Council of State n. 1121/2020 sheds lights on the potential and limits of the right of access to documents. The right of access can be used to exercise democratic control over the implementation of naval operations in the Mediterranean and their compliance with search and rescue obligations. The caselaw reveals how difficult is interpreting the principle of full accessibility of information and documents held by public authorities and its exceptions, both by administration themselves in the decision of denial of the access, and by judges when they exercise their power of review of the legality of such decision

Sommario: 1. Premessa - 2. Il contesto: le politiche del diritto nel Mediterraneo centrale - 3.1 Gli istituti dell'accesso pubblico ai documenti e dell'accesso civico generalizzato nelle scelte relative alle politiche migratorie - 3.2 I limiti all'accesso e i provvedimenti di diniego - 4.1 Il contenzioso europeo: la sentenza *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* (T-31/18) - 4.2 L'apporto del Mediatore europeo nell'accesso ai documenti di Frontex - 5.1 Il contenzioso italiano: la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1121/2020 - 6. Brevi note conclusive: il potenziale dell'*overriding public interest to disclosure*

1. Premessa

Questo contributo si propone di mettere a confronto la disciplina europea e quella italiana del diritto di accesso civico generalizzato, come atto di esercizio di un controllo democratico sullo svolgimento delle operazioni navali nel Mediterraneo centrale, in ottemperanza agli obblighi giuridici di ricerca e soccorso in mare, oggetto di delicate controversie politiche oltre che giuridiche. Attraverso l'analisi di una serie di

* Articolo sottoposto a referaggio.

decisioni pronunciate in sede giurisdizionale ed extra-giurisdizionale saranno messe in luce le potenzialità e i limiti del diritto di accesso civico generalizzato, inteso come strumento giuridico utile a portare alla conoscenza della collettività informazioni relative a talune scelte in materia di politica migratoria

La considerazione del contesto è di indubbia importanza per collocare le vicende sottese all'accesso alle informazioni nel tema più generale della ricerca e soccorso in mare, stante la sua complessità in termini di diritto internazionale, diritto europeo e diritto interno. Si provvederà poi ad analizzare la disciplina vigente in tema di diritto d'accesso, con riferimento tanto alla normativa europea quanto a quella nazionale, entrambe ispirate al principio della più ampia accessibilità alle informazioni.

La pronuncia del Tribunale dell'Unione europea nel caso *Izuzquiza e Semsrott/ Frontex*¹ illustra i limiti previsti dalla disciplina europea con riguardo all'eccezione di pubblica sicurezza nel caso del controllo diffuso sull'operazione congiunta *Triton*, gestita dell'Agenzia europea Frontex. Si farà poi cenno alle decisioni del Mediatore europeo che, sebbene rispondano ad una logica extra-giudiziale, assumono sempre più rilevanza in materia di accesso del pubblico ai documenti in quanto espressione del diritto ad una buona amministrazione, tutelato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In un secondo momento, si procederà all'analisi della disciplina nazionale come interpretata, dapprima, dal TAR del Lazio, sez. III, con sentenza n. 10202/2019², successivamente riformata dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 1121/2020³. Queste due decisioni riguardano il controllo diffuso sull'operato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in mare nel caso di operazioni di ricerca e soccorso in mare con riguardo ai limiti rappresentati, da un lato, alla difesa e alle questioni militari e, dall'altro, dalla salvaguardia delle relazioni internazionali. La giurisprudenza in esame è rivelatoria delle difficoltà che si profilano nell'interpretazione dell'ampiezza dell'accesso e dei relativi limiti, sia da parte delle amministrazioni nelle motivazioni dei provvedimenti diniego, sia da parte del giudice con rispetto al sindacato di tali provvedimenti.

2. Il contesto: le politiche del diritto nel Mediterraneo centrale

La retorica relativa alla “crisi dei rifugiati” si è nutrita, negli ultimi anni, tanto di fatti quanto di opinioni e percezioni che rilevano del campo della politica e del giornalismo⁴. I fatti sono i seguenti: tra il 2015 e

¹ Tribunale UE, 27 novembre 2019, *Izuzquiza e Semsrott / Frontex*, Causa T-31/18, EU:T2019:815.

² TAR Lazio, sez. III, sentenza del 1° agosto 2019, n. 10202.

³ Cons. St, sez. IV, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

⁴ Si veda, a tal proposito, il Settimo rapporto Carta di Roma 2019 “*Notizie senza approdo*”, curato dall'Osservatorio di Pavia in collaborazione con l'Osservatorio europeo sulla sicurezza, sulla presenza del tema dell'immigrazione nei media italiani, che ben evidenzia il distacco fra rappresentazione e percezione e il recente volume di M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Bari, 2020. Si segnala anche il Report DG1(2017)03 del Consiglio d'Europa “*Media coverage of the “refugee crisis”: A cross-European perspective*”;

il 2016 un numero considerevole di migranti ha tentato di attraversare il Mar Mediterraneo per raggiungere le coste europee⁵. Il record di arrivi di 1,8 milioni di migranti è stato registrato nel 2015. Il numero, benché alto e senza precedenti, non deve sorprendere se si considera attentamente l'intensificazione del conflitto in Siria, e se si procede alla comparazione con le statistiche precedenti e posteriori al 2015. Mentre il numero di arrivi via mare si è ridotto drasticamente, attraversare il Mediterraneo è diventato progressivamente più pericoloso, portando a registrare un altro record: quello assoluto di fatalità in mare relativamente ai tentativi di viaggio, per un totale di oltre 1200 migranti dispersi o morti nel corso del 2019, più della metà dei quali morti o dispersi nel Mediterraneo centrale⁶. In questo contributo, ci si limiterà ad analizzare la situazione del Mediterraneo centrale⁷.

Un'introduzione sui fatti è necessaria per identificare, dal punto di vista giuridico, quali sono attualmente le regole vigenti nel Mediterraneo e quali scelte di politica del diritto hanno tutt'ora un impatto sul tasso di mortalità in mare, nonché sul modo in cui si svolgono le operazioni di ricerca e soccorso, votate precipuamente alla protezione della vita in mare. La Corte EDU già affermò nella sentenza *Medvedyev e altri c. Francia*⁸ che la specificità del contesto marittimo non può sancire uno “spazio di non diritto” all'interno del quale gli individui (in questo caso: i migranti) non sarebbero soggetti ad alcun regime giuridico che possa accordare loro il godimento di diritti e garanzie derivanti dalla Convenzione che gli Stati si sono impegnati a riconoscere alle persone poste sotto la loro giurisdizione. Si ricorda che gli

⁵ Più di 19160 migranti sono morti nel Mediterraneo negli ultimi sei anni (2014-2019). Si vedano i dati dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) “*Missing migrants project*”, disponibili su <http://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

⁶ I ricercatori del progetto “*Missing Migrants*” stimano che in media una persona su 33 è morta in mare nel tentativo di attraversare il Mediterraneo centrale nel 2019.

⁷ Questa scelta dipende anche dalla natura delle informazioni oggetto dei provvedimenti di diniego dell'accesso ai documenti, che riguardano esclusivamente operazioni navali nel Mediterraneo centrale, l'Operazione congiunta *Triton* di Frontex e le operazioni di ricerca e soccorso in mare coordinate dal Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in Mare italiano. La situazione nel Mediterraneo orientale, ovvero nelle isole greche, è ben documentata da C. COSTELLO, *Overcoming Refugee Containment and Crisis*, in *German Law Journal*, 21/2020, pp. 17–22 e da M. S. TUNABOYLU, I. VAN LIEMPT, *A Lack of Legal Protection and Limited Ways Out: How Asylum Seekers Cope with Liminality on Greek Islands: Lesbos and Chios*, in *Journal of Refugee Studies*, 2020. Quella nel Mediterraneo occidentale è stata recentemente oggetto della sentenza del 13 febbraio 2020 della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, n. 8675/15 e 8697/15, caso *ND e NT c. Spagna*. Si segnalano le seguenti note a sentenza: F. MUSSI, *La sentenza ND e NT della Corte europea dei diritti umani: uno schiaffo ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *Sidiblog.com*, 19 marzo 2020; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020; M. PICHL, D. SCHMALZ, “*Unlawful*” may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020; L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, pp. 199–206; D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T. Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *eumigrationlawblog.eu*, 17 febbraio 2020; R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, in *Strasbourg Observes*, 25 February 2020. Per entrambe le prospettive, si veda: F.L. GATTA, *Recenti sviluppi nelle politiche di controllo migratorio in Europa*, in *rivista.eurojus.it*, 23 marzo 2020.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 29 marzo 2010, n. 3394/03, caso *Medvedyev ed altri c. Francia*.

obblighi di assistenza e soccorso in mare, in quanto espressione di un consolidato principio di diritto internazionale del mare e di diritto internazionale consuetudinario, prescindono sia dalla nazionalità e dallo *status* della persona a cui prestare assistenza che dalle circostanze nelle quali tale persona viene soccorsa (così la Convenzione ONU sul diritto del mare⁹, la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare¹⁰, la Convenzione internazionale sul soccorso in mare¹¹ e la Convenzione SAR¹² che prevede il dovere di soccorso in capo agli Stati, sia di bandiera che costieri).

Il nodo giuridico principale della questione del Mediterraneo centrale è la mancanza di un programma europeo di ricerca e soccorso adeguato alla prolungata e persistente situazione umanitaria nonché all'assenza di canali d'ingresso legale per rifugiati in Europa. Tale circostanza è dovuta all'inerzia degli Stati europei nell'adottare misure in tal senso, tanto in termini di capacità quanto in termini di obiettivi, ovvero di salvare vite umane a prescindere da calcoli relativi, da un lato, al controllo e alla protezione delle frontiere, e dall'altro, agli obiettivi di lotta contro la tratta e il traffico di essere umani.

Di fronte a tale assenza, si è sviluppato un complesso intreccio di responsabilità, in parte dovuto alla stratificazione dei regimi relativi alla ricerca e al soccorso in mare, all'interpretazione delle regole per l'individuazione di un porto sicuro¹³, alle prassi poste in essere dagli Stati costieri e alle vicende prettamente politiche che hanno, di fatto, osteggiato le attività di ricerca e soccorso in mare da parte delle ONG, che con il loro operato sopperiscono alla mancanza di un'operazione europea di ricerca e soccorso¹⁴. In diritto europeo, il Regolamento 656/2014¹⁵, che stabilisce la disciplina per le attività di sorveglianza delle frontiere svolte dagli Stati membri sotto il coordinamento di Frontex, fu adottato

⁹ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, adottata il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994, 1833 UNTS 3.

¹⁰ *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)*, adottata il 10 novembre 1974 ed entrata in vigore il 25 maggio 1980, 1184 UNTS 278.

¹¹ *International Convention on Salvage*, adottata il 28 aprile 1989 ed entrata in vigore il 14 luglio 1996, 1953 UNTS 165.

¹² *International Convention on Maritime Search and Rescue*, adottata il 27 aprile 1979 ed entrata in vigore il 22 giugno 1985, 1405 UNTS 118.

¹³ M. DI FILIPPO, *Irregular Migration and Safeguard of Life at Sea: International Rules and Recent Developments in the Mediterranean Sea*, in A. DEL VECCHIO (A cura di), *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, 2013, pp. 53-76; T. NATOLI, G.G. NUCERA, C. PELAIA (a cura di), *Il respingimento in alto mare di migranti diretti verso l'Italia*, in, *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, pp. 1445-1462; K. NERI, *The Missing Obligation to Disembark Persons Rescued at Sea*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1/2018, pp. 47-62; F. STAIANO, *Questions of Jurisdiction and Attribution in the Context of Multi-Actor Operations in the Mediterranean*, in G. C. BRUNO, F.M. PALOBINO, A. DI STEFANO (a cura di), *Migration Issues before International Courts and Tribunal*, 2019, pp. 25-44

¹⁴ Si rimanda all'Editoriale di G. ROMEO, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *federalismi.it*, numero speciale 2/2019.

¹⁵ Regolamento (UE) 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, GUUE L 189 del 27.6.2014.

proprio con lo scopo di superare le divergenze di interpretazione e prassi del diritto internazionale del mare¹⁶.

Senza la pretesa di presentare un quadro esaustivo¹⁷, si vuole qui ricordare brevemente il susseguirsi degli eventi nel Mediterraneo centrale a partire dalla storica sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012¹⁸ fino al ricorso introdotto il 3 maggio 2018 alla Corte EDU nel caso *SS e altri c. Italia*¹⁹ che riguarda operazioni di “soccorso” ad opera della Guardia costiera libica. Nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, la Corte EDU si occupò per la prima volta della compatibilità delle politiche in materia di immigrazione e di controllo delle frontiere nel Mediterraneo centrale con il diritto internazionale, e in particolare del divieto di respingimento, che non si limita al territorio di uno Stato e alle sue acque territoriali, ma è esteso alle attività extraterritoriali di quest’ultimo (e quindi alle acque internazionali) e comprende i respingimenti sistematici attuati in assenza di previa identificazione delle persone respinte.

Successivamente alla condanna della prassi italiana dei respingimenti di migranti in acque internazionali e con il dilagare del conflitto in Libia, la stragrande maggioranza dei migranti che hanno preso la rotta del Mediterraneo centrale sono giunti sul territorio dello Stato italiano²⁰. Da allora, il Centro nazionale di Coordinamento del Soccorso in mare si è occupato del coordinamento di tutte le operazioni di soccorso in questa parte del Mediterraneo, a prescindere dalla presenza di operazioni italiane (come l’operazione umanitaria *Mare Nostrum* e la più recente *Mare sicuro*), europee (come *Hermes*²¹, *Triton*²², *Themis*²³ o

¹⁶ Per un’analisi del regolamento si veda: E. KOKA, D. VESHI, *Irregular Migration by Sea: Interception and Rescue Interventions in Light of International Law and the EU Sea Borders Regulation*, in *European Journal of Migration and Law Authors*, 1/2019, pp. 26-52.

¹⁷ Si veda: A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L’immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell’esperienza europea*, Giappichelli, Torino; E. CUSUMANO e K. GOMBEER, *In Deep Waters: The Legal, Humanitarian and Political Implications of Closing Italian Ports to Migrant Rescuers*, in *Mediterranean Politics*, pp. 1-9. P. CUTTITA, *Repoliticization Through Search and Rescue? Humanitarian NGOs and Migration Management in the Central Mediterranean*, in *Geopolitics*, 2017, pp. 632-660.

¹⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 27765/09, caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, caso *SS e altri c. Italia*, ricorso n. 21660/18 introdotto il 3 maggio 2018 e comunicato al governo italiano il 26 giugno 2019.

²⁰ Per una ricognizione delle norme, pratiche e procedure sviluppate nel Mediterraneo grazie all’azione del governo italiano muovendo dall’esperienza di *Mare Nostrum*, si veda: S. PANEBIANCO (cur.), *Sulle onde del Mediterraneo. Cambiamenti globali e risposte alle crisi migratorie*, 2016, EGEEA, di cui si segnala particolarmente l’appendice cronologica.

²¹ Si veda la dichiarazione della Commissaria Cecilia Malmström in cui si annuncia il lancio dell’operazione congiunta di Frontex “*Hermes*” in Italia a partire dal 20 febbraio 2011, MEMO/11/2011.

²² Si veda la dichiarazione della Commissaria Cecilia Malmström in cui si annuncia il lancio dell’operazione congiunta di Frontex “*Triton*” in Italia a partire dal 1° novembre 2014, STATEMENT/14/346.

²³ Si veda il comunicato stampa dell’Agenzia Frontex in cui si annuncia il lancio dell’operazione congiunta “*Tehmis*” in Italia a partire dal 1° febbraio 2018.

l'operazione militare *Sophia*²⁴) o dagli interventi delle missioni di soccorso gestite e finanziate dalle ONG, ma anche quanto al supporto fornito dalle navi private²⁵.

L'indiscutibile carattere umanitario della missione *Mare Nostrum* e il suo considerevole impegno economico furono vittime di un certo pragmatismo europeo nella gestione della ricerca e soccorso in mare. Nel 2014, l'Operazione navale congiunta *Triton*, che sostituì *Mare Nostrum*, fu inaugurata. Tale operazione fu gestita da Frontex per mezzo di imbarcazioni messe a disposizione dagli Stati membri e aveva come obiettivo principale il controllo e la sorveglianza delle frontiere attraverso pattugliamenti nel Mediterraneo, mentre la ricerca e il soccorso in mare ne rappresentavano soltanto un obiettivo secondario. È in questa occasione che iniziò a circolare la teoria del *pull factor*²⁶, secondo la quale la presenza di operazioni di ricerca e soccorso in mare costituisce un fattore di attrazione per i migranti che decidono di imbarcarsi per il Mediterraneo, teoria recentemente smentita con riferimento alle missioni di soccorso delle ONG²⁷.

Tra le Istituzioni europee, la necessità di un'operazione umanitaria a livello di Unione dedicata alla ricerca, al soccorso e all'assistenza dei migranti in pericolo fu sostenuta dal Parlamento europeo, con la risoluzione del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione.²⁸ Un'altra soluzione alla "crisi" si sarebbe potuta ravvisare nell'attuazione della Direttiva 2001/55 relativa a norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati²⁹.

²⁴ Consiglio dell'Unione europea, Decisione (PESC) 2015/778 del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale (EUNAVFOR MED), GUUE L 122/31.

²⁵ M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2019, pp.5-48

²⁶ Si ricordi che la prima a pronunciarsi sulla teoria del *pull factor* fu il Ministro degli Affari Internazionali britannico, che dichiarò in una comunicazione alla House of Lords: "*we do not support planned search and rescue operations in the Mediterranean. Search and rescue operations are an unintended 'pull factor', encouraging more migrants to attempt the dangerous sea crossing and thereby leading to more tragic and unnecessary deaths*". Si veda: T. SCOVAZZI, (2015). *The Particular Problems of Migrants and Asylum Seekers Arriving by Sea*, in L. WESTRA, S. JUSS, e T. SCOVAZZI (a cura di), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, pp. 177-229.

²⁷ E. CUSUMANO, M. VILLA, *Sea rescue NGOs: a pull factor of irregular migration?* Policy Briefs, 2019/22, Migration Policy Centre.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (2015/2095(INI)), in cui alla rubrica "Ricerca e soccorso" il Parlamento europeo "5. suggerisce, a tale riguardo, che occorre rafforzare le capacità di ricerca e soccorso e che i governi degli Stati membri devono mobilitare maggiori risorse – in termini di assistenza e mezzi finanziari – nel contesto di un'operazione umanitaria a livello di Unione dedicata alla ricerca, al soccorso e all'assistenza dei migranti in pericolo, che consenta di metterli in salvo nel luogo sicuro più vicino".

²⁹ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, GUCE L 212/12. Ai sensi dell'art. 5(1): "*L'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati è accertata con decisione del Consiglio adottata a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, la quale esamina parimenti qualsiasi richiesta presentata dagli Stati membri affinché sotto-ponga al Consiglio una proposta in tal senso*". Il Consiglio ha invece fatto affidamento sull'art. 78 (3) del TFUE per adottare "*misure temporanee*" per far

In concomitanza con il lancio di *Triton* e con l'ondata di indignazione provocata nella società civile dai continui e tragici naufragi, numerose ONG internazionali hanno iniziato ad impegnarsi nelle attività di ricerca e soccorso, con imbarcazioni di loro proprietà, effettuando centinaia di soccorsi. Di fatto, le ONG hanno tentato di colmare il vuoto normativo, oltre che tecnico, rappresentato dalla mancanza di un programma di ricerca e soccorso in mare di respiro europeo, gestito con fondi europei, e che avesse come obiettivo primario il soccorso delle persone in mare. Le statistiche relative alle missioni di soccorso rivelano che, nel periodo tra il 2014 e il 2017, la presenza ed il lavoro delle ONG nel Mediterraneo, così come coordinato dal Centro nazionale del Soccorso in mare di Roma, sono stati fondamentali per il soccorso del maggior numero di migranti, se comparato all'apporto fornito da Frontex attraverso le missioni di controllo delle frontiere o a quelle militari del Servizio europeo per l'azione esterna³⁰.

A partire dal 2017, le operazioni di ricerca e soccorso in mare sono state ostacolate da una serie di misure di tipo repressivo adottate principalmente dal Governo italiano³¹, con il benestare dell'Unione europea. Da un lato, tali misure sono state dirette a contrastare l'attività di soccorso delle ONG nel Mediterraneo, ad esempio attraverso l'adozione del controverso Codice di condotta³² e – sebbene su autonoma iniziativa della magistratura italiana e non dell'esecutivo – il lancio di una serie di indagini³³, volte all'accertamento di una presunta collusione tra le ONG e le reti di trafficanti, nonché a diversi sequestri di imbarcazioni³⁴. I governi italiani susseguendosi hanno alimentato un clima di sospetto e discredito nei confronti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare (delle ONG e non solo), culminato nella fase di “chiusura dei porti”. Tale politica provocò una serie di incidenti e controversie³⁵, con il risultato che diverse

fronte a "una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi", in particolare il ricollocamento di richiedenti asilo dalla Grecia e dall'Italia.

³⁰ Si rimanda ai dati di sintesi riferiti al numero dei migranti suddivisi per assetti intervenuti raccolti e pubblicati dal Centro Nazionale di Coordinamento del soccorso in mare della Guardia costiera italiana (Comando generale del Corpo delle Capitanerie di Porto), disponibili su guardiacostiera.gov.it

³¹ Si veda C. HELLER, L. PEZZANI (a cura di), *Accusare i soccorritori. Criminalizzare la solidarietà, rafforzare la deterrenza*, Sintesi del rapporto, Forensic Oceanography, parte dell'agenzia Forensic Architecture, Goldsmiths University of London.

³² Si veda a tal proposito G. BEVILACQUA, *Italy Versus NGOs: The Controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the Context of Migration at Sea*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1/2018, pp. 11-27; F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, pp. 189-198; I. PAPAPNICOLOULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 3/2017; A. RAUTI, *Il codice di condotta per le ONG ed il controllo sul mare extraterritoriale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2017, pp. 899-902.

³³ Per una panoramica completa del fenomeno, si vedano le note della Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Fundamental rights considerations: NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and criminal investigations*, ottobre 2018 (aggiornato a giugno 2019).

³⁴ In argomento F. DE VITTOR, *Rescue at Sea and Facilitation of Illegal Immigration: Seizure and Release of the Open Arms Vessel*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2/2018, pp. 443-453; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *La minaccia italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionali*, in *SIDIblog*, 1° luglio 2017.

³⁵ M. FINK, K. GOMBEER, J. J. RIJPMAN, *In search of safe harbour: The troubled waters of international and EU law*, in *eumigrationlawblog.eu*, 9 luglio 2018.

imbarcazioni cariche di migranti soccorsi in mare furono lasciate per giorni nel Mediterraneo alla ricerca di un porto sicuro, fino a quando, dopo lunghe negoziazioni, venivano individuate soluzioni *ad hoc* per lo sbarco e il ricollocamento dei migranti soccorsi³⁶. Su uno di questi incidenti si è recentemente espressa la Corte di cassazione³⁷. Altre imbarcazioni furono intercettate dalla Guardia costiera libica.

Peraltro, la cooperazione con la Libia è stata incentivata sia dal governo italiano, con l'adozione del *Memorandum* di intesa tra Italia e Libia³⁸, sia dalle Istituzioni europee, per mezzo di progetti finanziati in Libia attraverso il Fondo fiduciario di urgenza per l'Africa³⁹, ovvero con la dotazione di equipaggiamenti e supporto logistico, e con l'addestramento della Guardia costiera libica, di recente costituzione, nell'ottica di favorirne lo sviluppo ed il rafforzamento "al fine di arginare i flussi di migranti illegali e affrontare le conseguenze da essi derivanti"⁴⁰.

In merito alle attività e alle fonti economiche utilizzate in attuazione del *Memorandum* d'intesa tra Italia e Libia, si è pronunciato negativamente con rispetto al provvedimento di diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato, il TAR del Lazio, Sez. III, con sentenza n. 8892⁴¹ riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6028⁴².

³⁶ Questi accordi informali e volontari tra Stati, in parte negoziati dalla Commissione europea, hanno riguardato lo sbarco di circa 600 migranti e sono stati adottati al di fuori di qualsiasi quadro giuridico vigente. Si veda: S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *Search and Rescue, Disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean: Sailing away from responsibility? CEPS Project Report, 28 giugno 2019* e E. CORRADI, M. VILLA, *Focus Migranti e Ue: cosa serve sapere sul vertice di Malta*, ISPI, 20 settembre 2019.

³⁷ Cass., Sez. 3, sentenza del 16 gennaio 2020, n. 6626.

³⁸ *Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana, firmato a Roma il 2 febbraio 2017 dal Presidente del Consiglio dei Ministri della Repubblica italiana, On. Paolo Gentiloni, e dal Presidente del Consiglio Presidenziale del Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia, Fayeza Mustafa Serraj. In argomento: G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017; M. MANCINI, *Il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017 e la sua attuazione*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino; M. MANCINI, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants From Libya Without Regard for Their Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1/2018, pp.259-281; A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?*, in *eumigrationlawblog.eu*, 2 ottobre 2017; M. REVIGLIO DELLA VENERIA, *Externalizing Migration Management through Soft Law: The Case of the Memorandum of Understanding between Libya and Italy*, in *Global Jurist*, 20(1) 2019. Il *Memorandum* Italia-Libia è stato recentemente rinnovato automaticamente senza modifiche, si veda: "Migranti. Prorogato il controverso memorandum Italia-Libia, le associazioni protestano", articolo disponibile su *avvenire.it*.

³⁹ Decisione della Commissione del 20 ottobre 2015 sull'istituzione di un fondo fiduciario di emergenza dell'UE per la stabilità e la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare e del fenomeno degli sfollati in Africa C(2015) 7293.

⁴⁰ Così il *Memorandum* d'intesa.

⁴¹ TAR del Lazio, Sez. III, sentenza del 7 agosto 2018 n. 8892. In argomento: F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, pp. 5-28; V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 1/2019, pp. 119-148.

⁴² Cons. St., Sez. III, sentenza del 2 settembre 2019, n. 6028.

Per quanto riguarda le scelte di politica estera del Governo italiano, quella della conclusione di accordi *soft* in materia di immigrazione e cooperazione tra Stati è una prassi che si è affermata non solo in occasione degli accordi con la Libia, ma anche di quelli, a titolo di esempio, con il Niger e con il Sudan⁴³. In particolare, nel caso degli accordi tra Italia e Niger⁴⁴, l'accesso civico si è rivelato uno strumento adatto a ripristinare la trasparenza e il controllo democratico sulla prassi della sottrazione di tali accordi internazionali agli obblighi di pubblicazione previsti dalla Costituzione⁴⁵.

La cooperazione con la Guardia costiera libica e il contrasto alla presenza delle ONG nel Mediterraneo, se da un lato hanno portato ad una drastica riduzione degli arrivi così come dei salvataggi, dall'altro hanno provocato una serie di incidenti⁴⁶, sfociati troppo spesso nel respingimento dei migranti in Libia ad opera della Guardia costiera libica, in diversi casi, con la complicità del Centro di Coordinamento del Soccorso marittimo italiano⁴⁷. Uno di questi incidenti è al centro dei fatti del caso attualmente pendente alla Corte EDU *SS e altri c. Italia*⁴⁸. Il Commissario del Consiglio d'Europa per i Diritti Umani⁴⁹ ha invitato gli Stati

⁴³ In argomento: A. AGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 1/2017, pp. 139-182; E. OLIVITO, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, pp. 435-516; SPAGNOLO, *The Conclusion of Bilateral Agreements and Technical Arrangements for the Management of Migration Flows: An Overview of the Italian Practice*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1/2018, pp. 209-230. F. V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2019, pp. 641-650.

⁴⁴ Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger, fatto a Roma il 26 settembre 2017.

⁴⁵ Tar Lazio, Sez. III, sentenza del 16 novembre 2018, n. 11125. Si segnalano le seguenti note a sentenza: E. OLIVITO, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2019; V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2019; F.V. VIRZÌ, *L'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013 nell'ambito delle politiche migratorie: dal diniego generalizzato di accesso al diritto di accesso generalizzato*, in *adimblog.com*, ottobre 2019.

⁴⁶ Si veda, a titolo di esempio: A. DEL GUERCIO, *Il caso della "Sea-Watch 3" tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2019, pp. 331-362; P. ROSSI, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2019.

⁴⁷ Si veda C. HELLER, L. PEZZANI (a cura di), *Mare Clausum. I respingimenti per procura nel Mediterraneo*, Sintesi del rapporto, Forensic Oceanography, parte dell'agenzia Forensic Architecture, Goldsmiths University of London.

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *SS e altri c. Italia*, ricorso n.° 21660/18 introdotto il 3 maggio 2018 e comunicato al governo italiano il 26 giugno 2019.

⁴⁹ Commissario per i Diritti umani presso il Consiglio d'Europa Dunja Mijatovic, Raccomandazione del 18 giugno 2019. *Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, disponibile su www.coe.int: fino a quando non verranno poste in essere misure che garantiscano il pieno rispetto dei diritti umani e saranno sufficientemente sostenuti gli sforzi delle organizzazioni internazionali per la liberazione di rifugiati, richiedenti asilo e altri migranti dai Centri di detenzione in Libia, il Commissario esorta i Paesi membri alla sospensione di qualsiasi attività di cooperazione con la Libia. L'urgenza di un cambio di rotta è nell'approccio internazionale alla questione dei rifugiati e degli altri migranti in Libia è stata espressa anche in un comunicato congiunto di UNHCR e OIM (UNHCR, OIM, Dichiarazione congiunta UNHCR-OIM: necessario cambiare l'approccio internazionale nei confronti di rifugiati e migranti in Libia, Comunicato stampa del 12 luglio 2019, disponibile su www.unhcr.it), così come dalle dichiarazioni rese dal Procuratore della Corte penale internazionale dell'ONU del 9 maggio 2017 riguardo l'intenzione della Corte di aprire un'inchiesta ufficiale sulle violenze subite dai migranti in Libia (Dichiarazione all'UNSC del 9 maggio 2017 di Fatou Bensouda, Procuratore alla Corte penale. Si segnala anche la Comunicazione all'Ufficio del Procuratore alla Corte penale Internazionale, conformemente all'art 15 dello Statuto di Roma, *EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya* 2014-2019), dalle Dichiarazione rese dall'Alto Commissario ONU per i diritti umani Zeid Ra'ad al-Husseini

membri a riesaminare i termini della cooperazione con la Libia, che inevitabilmente contribuisce alle gravi violazioni dei diritti umani ivi perpetrate contro rifugiati e migranti⁵⁰.

Con la Dichiarazione di intenti di Malta⁵¹, si è recentemente tentato di uscire dall'*impasse* generata dal divieto di sbarco unilateralmente imposto dal Governo italiano e dall'aleatorietà delle lunghe negoziazioni per l'individuazione del porto sicuro. Il cambio di governo, occorso in Italia nell'agosto 2019, ha creato il terreno utile per tentare di rinvigorire la cooperazione europea nel Mediterraneo, secondo il modello della "coalizione dei volenterosi"⁵². La dichiarazione, giuridicamente non vincolante, sarebbe dovuto servire da base per raccogliere consenso su un meccanismo di cooperazione che sopprimeresse almeno in parte alla mancata modifica, in sede legislativa, del Regolamento Dublino III⁵³: superare il criterio del paese di primo ingresso per quanto concerne gli arrivi irregolari alle frontiere esterne è da sempre un'impresa ardua. Ne sono testimonianza le proposte non legislative, *alternative* alla riforma del Regolamento Dublino, che si sono susseguite durante il periodo di crisi, come quella sulle "*regional disembarkation platforms*" o quella sui cosiddetti centri controllati⁵⁴. Queste proposte sono poi puntualmente abortite, e la Dichiarazione di Malta ne rappresenta solo l'ultimo, più recente ed impopolare esemplare.

del 14 novembre 2017 rese a seguito della sua visita in Libia, e ai Rapporti del Segretario Generale ONU António Guterres sulla Missione di supporto dell'ONU in Libia così come la richiesta presentata il 22 luglio 2019 alla Commissione africana sui diritti dell'uomo da parte di una coalizione di organizzazioni non governative con cui si chiede di indagare le violenze ai danni dei migranti in Libia. Si veda il Comunicato dell'ASGI del 22 luglio 2019, "*Una coalizione di organizzazioni non governative chiede alla Commissione africana sui diritti dell'uomo di indagare le violenze ai danni dei migranti in Libia*", Tunisi/Roma. v. I. MANN, V. MORENO-LAX, O. SHATZ, *Time to Investigate European Agents for Crimes against Migrants in Libya*, in *ejiltalk.org*, 29 marzo 2018.

⁵⁰ Si veda T. SCOVAZZI, *Il mare dei diritti umani. Gli aspetti peggiori della politica italiana in tema di migrazione irregolare via mare*, in *Giustizia insieme*, 1° marzo 2020.

⁵¹ Dichiarazione di intento "*on a controlled emergency procedure*", adottata a Malta il 23 settembre 2019 dai Ministri dell'Interno italiano, maltese, tedesco e francese alla presenza di rappresentanti della Commissione europea e del governo finlandese, a cui all'epoca spettava la presidenza del Consiglio europeo. Per un commento della dichiarazione si veda: S. CARRERA, R. CORTINOVIS, *The Malta declaration on SAR and relocation: A predictable EU solidarity mechanism?*, CEPS Policy Contribution, 11 ottobre 2019; E. FRASCA, F.L. GATTA, *The Malta Declaration on search & rescue, disembarkation and relocation: Much Ado about Nothing*, in *eumigrationlawblog.eu*, 3 marzo 2020.

⁵² J.L. NEWELL, *Italy's new government and the migrant crisis*, in *Contemporary Italian Politics*, 4/2019, pp. 355-357

⁵³ Tale proposta fa parte del cosiddetto pacchetto asilo ed era tra quelli più quotati per l'adozione prima dell'inizio dello stallo legislativo lo scorso giugno 2018. Il terzo ciclo di riforme della legislazione europea in materia di asilo era stata lanciata dalla Commissione nel 2016 con ben sette proposte legislative. Lo stallo è iniziato nel giugno 2018 in sede di trilogia a cavallo tra la presidenza del Consiglio europeo bulgara e quella austriaca. Per un'analisi delle proposte e del futuro di queste riforme nella nuova legislatura (2019-2024), si segnalano i contributi di K. POLLET, *All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections*, in *eumigrationlawblog.eu*, 23 maggio 2019; S. NICOLOSI, *Unfinished Business: The European Parliament in the negotiations for reform of the Common European Asylum System*, in *eulawanalysis.blogspot.nl*; P. RIVA, *Parlamento Europeo e immigrazione, una visione d'insieme nel giorno dell'insediamento*, in *openmigration.org*, 27 luglio 2019.

⁵⁴ A tal proposito, si veda: Consiglio europeo, Conclusioni del 28 giugno 2018. In argomento: M. FANTINATO, *EU Regional Disembarkation Arrangements in the Mediterranean: Between the Outsourcing of Search and Rescue Services and the Externalisation of Sea Border Management*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1/2018, pp. 63-76; F. MAIANI, "*Regional Disembarkation Platforms*" and "*Controlled Centres*": *Lifting The Drawbridge, Reaching out Across The Mediterranean, or Going Nowhere?*, in *eumigrationlawblog.eu* 18 settembre 2018.

La giurisprudenza relativa all'accesso ai documenti, che ci si appresta ad esaminare, si colloca quindi in questo delicato contesto e testimonia, sia a livello europeo che nell'ordinamento italiano, un interesse crescente ad utilizzare lo strumento dell'accesso civico generalizzato come esercizio di controllo democratico sullo svolgimento dell'operazioni di ricerca e soccorso in mare.

3.1. Gli istituti dell'accesso pubblico ai documenti e dell'accesso civico generalizzato nelle scelte relative alle politiche migratorie

Nel diritto europeo, l'accesso ai documenti in quanto diritto fondamentale è garantito dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 15 TFUE a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Qualsiasi cittadino dell'Unione ha diritto di accedere ai *documenti* del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione nonché delle altre istituzioni e amministrazioni europee, in tutti i settori di attività dell'UE. Il Regolamento 1049/2011⁵⁵ garantisce le modalità di esercizio di tale diritto, inclusi i principi generali e i limiti relativi a tale accesso.

Lo stesso diritto è tutelato, su simili premesse, negli ordinamenti nazionali, anche se numerosi paesi europei hanno adottato solo di recente legislazioni di questo tipo, fondate sul *right to know* e ispirate al modello del *freedom of information act* (FOIA)⁵⁶. La disciplina europea così come le normative di diritto amministrativo nazionale si sono poi influenzate a vicenda, in un processo di "osmosi"⁵⁷. Così è stato anche in Italia, che ha introdotto l'istituto dell'accesso civico generalizzato con il d. lgs. n. 97 del 25 maggio 2016⁵⁸ che modifica il c.d. Codice della trasparenza⁵⁹ e dà quindi attuazione al diritto fondamentale all'accesso pubblico.

Nel sistema CEDU, il diritto d'accesso alle *informazioni* deriva dalla libertà di espressione tutelata all'art. 10 ed è quindi funzionale alla ricerca di informazioni e al diritto di informarsi.

Sia la legislazione europea che quella italiana hanno la stessa finalità, ovvero dare attuazione pratica al diritto fondamentale dell'accesso a informazioni e documenti. L'accesso è volto, da un lato, a tutelare la trasparenza dell'attività amministrativa, intesa sia come perseguimento delle funzioni istituzionali, sia

⁵⁵ Regolamento n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, GUUE | L 145/43

⁵⁶ Sull'inquadramento del "diritto a conoscere" nel complessivo ordinamento europeo: C. TOMMASI, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in *federalismi.it*, 5/2018.

⁵⁷ C. ALBERTI, La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2003

⁵⁸ D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. (GU Serie Generale n.132 del 08-06-2016)

⁵⁹ D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

come utilizzo delle risorse pubbliche⁶⁰; d'altro canto, è uno strumento democratico, volto alla promozione della partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico nonché al controllo democratico sull'operato delle amministrazioni⁶¹.

Sia nella disciplina europea che in quella italiana vige una presunzione generale di accessibilità dei documenti, che garantisce “alle amministrazioni una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità nei confronti dei cittadini in un sistema democratico”⁶², volto a promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile. Tale diritto dovrebbe quindi garantire l'accesso più ampio possibile ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nonostante l'esistenza di eccezioni e limiti al principio dell'accessibilità che permettono di mantenere talune informazioni segrete. È proprio sul corretto utilizzo di questi limiti da parte delle amministrazioni che si concentra il contenzioso in materia di accesso ai documenti relativi alle operazioni di ricerca e soccorso in mare⁶³.

3.2 I limiti all'accesso e la motivazione dei provvedimenti di diniego

Il diritto all'accesso risulta quindi “generalizzato”. Se la trasparenza è la regola generale, il diniego di ostensione, e quindi il segreto, ne rappresentano l'eccezione. Sia la disciplina europea che quella italiana prevedono, come unico limite all'accesso, la tutela dei c.d. interessi limite⁶⁴: la possibilità del diniego è prevista solo qualora esso sia necessario ad evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici ai sensi, nella disciplina europea, dell'art. 4(1) del Regolamento europeo 1049/2001 (eccezioni obbligatorie o assolute)⁶⁵ e, nella normativa italiana, dell'art. 5-bis comma 1 del d.lgs. n. 33/2013⁶⁶. Le amministrazioni possono altresì rifiutare l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio

⁶⁰ Art. 1 comma 1 d.lgs. 33/2013.

⁶¹ Art. 5 comma 2 d.lgs. 33/2013.

⁶² Secondo *Considerando* del Regolamento europeo n. 1049/2001.

⁶³ F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *federalismi.it*, 10/2019; M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *federalismi.it*, n. 17/2019; M. SAVINO, *Il Foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, 3/2019, pp. 453-495.

⁶⁴ In argomento, per la disciplina europea: D. ADAMSKI, *How wide is “the widest possible”? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited*, in *Common Market Law Review*, Issue 2 2009, pp. 521-549; per la disciplina italiana: F. NOTARI, *Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*, in *federalismi.it*, 18/2018; per un confronto fra le due: E. FIDELBO, *L'accesso civico “generalizzato”: i rischi di ineffettività della libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2018, pp. 217-246.

⁶⁵ Art. 4(1) del Regolamento europeo 1049/2001: “1. Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: 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.”

⁶⁶ Art. 5-bis, comma 1, d. lgs. n. 33/2013: “1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive”.

alla tutela della vita privata e dell'integrità dell'individuo ai sensi dell'art. 4(2) del Regolamento europeo 1049/2001 (eccezioni facoltative o discrezionali)⁶⁷ e dell'art. 5-bis comma 2 della normativa italiana⁶⁸. Infine, nella disciplina italiana, accanto ai cd. interessi-limite sono previste le eccezioni assolute nel caso di norme di legge che escludono espressamente l'accesso, in base ad una valutazione preventiva e generale, e nel caso di documenti coperti dal segreto di stato⁶⁹.

Nei casi rientranti nell'interesse-limite, se l'amministrazione ritiene che vi sia un rischio che la divulgazione si traduca in un pregiudizio effettivo e concreto alla tutela degli interessi ritenuti particolarmente rilevanti per l'ordinamento, dovrà propendere per l'esclusione. La disciplina dell'eccezione è incentrata quindi sulla nozione di pregiudizio. Attraverso la sua giurisprudenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito, e ulteriormente definito, i contorni della nozione di "pregiudizio" stabilendo che, ancorché potenziale, il pregiudizio deve essere ragionevolmente prevedibile, non meramente ipotetico, oltre che idoneo a ledere effettivamente l'interesse tutelato. Nell'ordinamento interno, l'ANAC ha adottato delle linee guida aventi ad oggetto la definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico generalizzato⁷⁰. Nell'interpretazione di entrambe le discipline, le amministrazioni pubbliche devono quindi attenersi a tali principi e linee guida ed effettuare un'attività valutativa mediante la tecnica del bilanciamento prima di propendere per l'eventuale diniego.

4.1 Il contenzioso europeo: la sentenza *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex* (T-31/18)

Con la sentenza *Izuzquiza e Semsrott / Frontex* (T-31/18)⁷¹, il Tribunale dell'Unione europea ha respinto il ricorso per l'annullamento di una decisione di Frontex di diniego dell'accesso ai documenti relativi alle operazioni navali nel Mediterraneo, la cui richiesta era stata avanzata da due cittadini europei, attivisti per

⁶⁷ Art. 4(2) del Regolamento europeo 1049/2001: "2. Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: - gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, - le procedure giurisdizionali e la consulenza legale, - gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione".

⁶⁸ Art. 5-bis, comma 2, d. lgs. n. 33/2013: "2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali."

⁶⁹ Art. 5-bis, comma 3, d. lgs. n. 33/2013: "3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990."

⁷⁰ Autorità nazionale anticorruzione, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 comma 2 d.lgs. 33/2013, art. 5-bis, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013 recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»* adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

⁷¹ Tribunale UE, 27 novembre 2019, *Izuzquiza e Semsrott / Frontex*, Causa T-31/18, EU:T2019:815. Per un commento: E. FRASCA, "Navigare in acque trasparenti: i documenti sulle attività di ricerca e soccorso in mare di Frontex intorbiditi dall'eccezione di pubblica sicurezza", in *adimblog.com*, febbraio 2020

la libertà d'informazione e la trasparenza in base al Regolamento n. 1049/2001. I ricorrenti chiedevano l'accesso a *documenti* contenenti informazioni di tipo limitato e preciso: nome, tipo e bandiera delle imbarcazioni impegnate nell'operazione congiunta *Triton* per il periodo tra il 1° giugno e il 30 agosto 2017. Frontex è stata oggetto di ripetute e spesso repentine modifiche legislative e di un'evoluzione che non ha eguali nel panorama delle Agenzie europee. Certamente, dalla sua creazione nel 2004⁷² fino alla sua recente trasformazione nella Guardia di frontiera e costiera europea nel 2016⁷³ e agli sviluppi legislativi posteriori avvenuti nel 2019⁷⁴, la regolamentazione dell'Agenzia rappresenta uno dei maggiori esempi di inflazione normativa in materia di immigrazione e sicurezza, ma presenta anche un altro tratto distintivo, più preoccupante, relativo alla mancata formalizzazione delle sue attività, e ad un certo loro tasso di tecnicismo che ne dovrebbe neutralizzare il carattere altamente politico⁷⁵. Ciò si traduce nella discrezionalità politica conferita all'Agenzia senza che questa sia accompagnata da un susseguente controllo (*accountability*) sul suo operato⁷⁶. In tal senso, si comprende come la trasparenza delle attività di Frontex si affermi come un tema di interesse pubblico e che il controllo del cittadino europeo esercitato con l'accesso ai documenti rivesta un'importanza cruciale⁷⁷.

Sebbene Frontex sia soggetta all'obbligo di comunicazione e debba assicurare la trasparenza sulle sue attività così come il dovere di “fornire al pubblico informazioni precise, dettagliate, tempestive ed esaustive sulle sue attività”⁷⁸, nello stesso art. 10 del Regolamento 2019/8196 si afferma che “tale comunicazione non può divulgare informazioni operative che, se rese pubbliche, comprometterebbero il raggiungimento dell'obiettivo delle operazioni”⁷⁹. La non divulgazione delle “informazioni operative”, che potrebbe mettere in pericolo lo svolgimento delle operazioni di Frontex, rappresenta dunque il limite all'accesso del pubblico ai documenti sulle questioni che rientrano nel mandato dell'Agenzia.

⁷² Regolamento (CE) N. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, GUUE L 349/1.

⁷³ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio GUUE L 251, 16.9.2016, pp. 1–76.

⁷⁴ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, GUUE, L 295, 14.11.2019, pp. 1–131. Per un commento sulla recente riforma si veda D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della Guardia di frontiera e costiera europea: da “fire brigade” ad amministrazione europea integrata?*, in *SIDIBlog*, 6 dicembre 2019.

⁷⁵ L. TSOURDI, *Beyond the ‘migration crisis’: three key challenges for Frontex and EASO*, in *UM Law Blog*, 11 February 2020.

⁷⁶ J. J. RIJPMAN, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, in *europeanpapers.eu*, 2/2017, pp. 571-596.

⁷⁷ Si veda J. SANTOS VARA, S. R. SANCHEZ-TABERNERO, *In Deep Water: Towards a Greater Commitment for Human Rights in Sea Operations Coordinated by Frontex*, in *European Journal of Migration and Law*, 18(2016), pp. 65-87.

⁷⁸ Art. 10(2) Regolamento 2019/1896.

⁷⁹ *Ibidem*.

Nel caso in esame, Frontex ha pertanto sollevato l'eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica prevista dall'art. 4(1)(a) del Regolamento 2016/1624 ritenendo che, combinando le informazioni contenute nei documenti richiesti con informazioni pubblicamente disponibili su alcuni siti *web* relativi al traffico marittimo, sarebbe stato possibile venire a conoscenza della posizione attuale delle imbarcazioni impegnate nei pattugliamenti. Venute in possesso di tali informazioni, le organizzazioni criminali coinvolte nel traffico illecito di migranti e nella tratta degli esseri umani sarebbero state informate delle zone e degli orari di pattugliamento e avrebbero potuto quindi adattare il loro *modus operandi* al fine di eludere la sorveglianza delle frontiere, così attraversarle in modo irregolare e quindi accedere al territorio di uno Stato membro dell'Unione europea⁸⁰.

I ricorrenti chiedevano al Tribunale di annullare la decisione impugnata sulla base di cinque motivi di ricorso, ritenendo che Frontex avesse commesso un errore manifesto di valutazione e violato l'obbligo di motivazione⁸¹.

La sentenza rileva che il sindacato del Tribunale sulla legittimità della decisione di Frontex è limitato alla verifica della plausibilità delle spiegazioni da essa fornite. Così come le altre istituzioni, Frontex dispone di un ampio margine discrezionale per determinare se il diniego dell'ostensione di un documento ricade nelle eccezioni basate sugli interessi tutelati ai sensi dell'art. 4 del Regolamento sull'accesso del pubblico ai documenti. Queste eccezioni sono assolute: anche nel caso di presenza di un interesse pubblico alla divulgazione, questi documenti ricadrebbero sempre nell'eccezione poiché l'interesse pubblico alla diffusione non può pesare sull'eventuale bilanciamento con la tutela del concorrente interesse da proteggere (in tal caso: la pubblica sicurezza). Come corollario dell'ampio margine di discrezionalità a disposizione dell'Istituzione che opta per il rifiuto all'accesso, il potere di controllo esercitato dal Tribunale sulla legittimità della decisione di diniego fondata sull'art. 4 è limitato – secondo la decisione in commento - alla verifica del rispetto delle norme procedurali, alla motivazione, alla esattezza materiale dei fatti, nonché al rilievo dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere⁸².

Pur riconoscendo che la delicatezza e complessità di ogni decisione di diniego giustifica, in linea di principio, una discrezionalità in capo all'amministrazione (in questo caso, a Frontex), il controllo sull'esercizio di discrezionalità da parte del Tribunale si limita alla plausibilità della spiegazione fornita da Frontex: l'informazione cui si richiede accesso, se divulgata, sarebbe sufficiente per localizzare e quindi

⁸⁰ Così la decisione impugnata citata dal Tribunale nel §17 della sentenza.

⁸¹ I motivi di ricorso riguardano: il modo con cui Frontex ha proceduto all'esame dei documenti richiesti (primo motivo), l'errore manifesto nell'utilizzo dell'eccezione di pubblica sicurezza (secondo e terzo motivo) e l'eccezione con riferimento alla possibilità dell'accesso parziale a informazioni già in parte divulgate (quarto motivo) e il periodo oggetto della richiesta (quinto motivo)

⁸² §65 della sentenza.

monitorare le imbarcazioni, se abbinata a mezzi di sorveglianza *low-tech* come l'osservazione dei movimenti delle navi dalla costa, e a mezzi di sorveglianza *high-tech*, come l'utilizzo di droni. Alla luce di questi principi e delle corrispondenti limitazioni al sindacato sulle operazioni di Frontex, secondo il Tribunale, gli argomenti dedotti dall'Agenzia "mantengono la loro plausibilità e dimostrano l'esistenza di un rischio prevedibile e non meramente ipotetico per la sicurezza pubblica che giustifica l'uso dell'eccezione"⁸³.

I ricorrenti avevano insistito sul fatto che il diniego di accesso ai documenti deve essere debitamente motivato ed avevano sostenuto che Frontex avrebbe dovuto esplicitare *in che modo* l'informazione richiesta avrebbe potuto essere utilizzata per determinare, con probabilità, la posizione futura delle imbarcazioni partecipanti all'operazione *Triton*⁸⁴. Secondo il Tribunale, le spiegazioni fornite da Frontex per giustificare l'uso dell'eccezione relativa alla tutela della sicurezza pubblica erano sufficienti e lasciavano apparire "in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, onde consentire agli interessati di conoscere le ragioni dei provvedimenti adottati e al giudice competente di esercitare il suo controllo"⁸⁵.

Alla luce della sentenza, emerge chiaramente che l'Agenzia gode di un ampio potere discrezionale nell'utilizzo dell'eccezione dirimente di esigenze di tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica come giustificazione della mancata divulgazione di tali documenti. La sentenza *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* (T-31/18) evidenzia dunque i limiti dell'accesso ai documenti come disciplinato dal Regolamento 1049/2011 nel caso di operazioni di soccorso in mare coordinate da Frontex.

4.2 L'apporto del Mediatore europeo nell'accesso ai documenti di Frontex

Il caso *Izuzquiza e Semsrott/Frontex* è il primo che riguarda questo tipo di contenzioso con riferimento all'Agenzia Frontex.⁸⁶ Verifiche extra-giudiziali sono state più volte effettuate dal Mediatore europeo, il

⁸³ §74 della sentenza.

⁸⁴ §39 della sentenza: "il primo motivo si compone di due parti. Nella prima parte, i ricorrenti ritengono che la Frontex abbia violato l'art. 4, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento n. 1049/2001, in quanto non avrebbe esaminato se ciascun documento richiesto rientrasse nell'ambito dell'eccezione fondata sulla sicurezza pubblica, mentre, nella seconda parte, i ricorrenti sostengono che la Frontex ha violato l'obbligo di motivazione."

⁸⁵ §107 della sentenza.

⁸⁶ I rari casi che riguardano Frontex sono legati a agli appalti pubblici, nel caso di azioni portate dinanzi al Tribunale della Funzione Pubblica (e.g.: Ordinanza del Tribunale UE del 11 Gennaio 2017, *Wahlström v. Frontex*, Causa T-653/13 P, EU:T:2017:12 e Ordinanza del Tribunale della Funzione Pubblica del 18 luglio 2016, Causa F-68/15 *Possanzini v. Frontex*, EU:F:2016:150).

Un'altra sentenza è indirettamente legata a Frontex e riguarda questioni relative al rispetto delle regole relative alla procedura legislativa ordinaria; nello specifico, il Parlamento europeo lamentava il suo mancato coinvolgimento nella decisione di conferire a Frontex poter di pubblico imperio. La Corte ha stabilito che eccede i limiti delle competenze d'esecuzione stabilite nel Codice frontiere Schengen: Grande Sezione, sentenza del 5 settembre 2012, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-355/10, EU:C:2012:516.

cui compito è quello di controllare e vegliare sull'operato delle Istituzioni ed delle Agenzie europee, così come di promuovere la buona amministrazione⁸⁷.

Il Mediatore europeo ha svolto due importanti e lunghe indagini su Frontex, entrambe relative al rispetto dei diritti umani nell'ambito delle operazioni svolte dall'Agenzia. La prima, iniziata nel 2012, riguarda la previsione di un meccanismo di carattere amministrativo per i reclami individuali in caso di lamentate violazioni di diritti umani negli ambiti di attività di Frontex così come la previsione di un responsabile dei diritti umani in seno all'Agenzia e di un forum consultivo, che include la partecipazione di membri esterni all'agenzia, su tali diritti. Le raccomandazioni del Mediatore sono, in parte, confluite in una delle modifiche del regolamento di Frontex⁸⁸. La seconda, iniziata nel 2014, riguarda invece le operazioni di rimpatrio coordinate da Frontex. In entrambe le occasioni, in generale, l'atteggiamento di Frontex si è dimostrato poco collaborativo e evasivo nelle repliche⁸⁹.

Cinque decisioni del Mediatore europeo hanno inoltre riguardato le attività Frontex sotto il profilo della trasparenza in casi di diniego di accesso del pubblico ai documenti, ma in nessuna di queste il Mediatore ha concluso per la presenza di cattiva amministrazione da parte di Frontex.⁹⁰

Ad esempio, nel caso 1767/2017KM del 31 ottobre 2017⁹¹, il Mediatore conclude che non c'è stata cattiva amministrazione da parte di Frontex con riguardo al modo in cui l'Agenzia aveva gestito una domanda di accesso del pubblico a documenti relativi all'operazione congiunta *Triton*. I richiedenti chiedevano l'accesso a informazioni relative alla posizione delle imbarcazioni facenti capo all'operazione nel momento in cui alcune imbarcazioni di migranti erano state intercettate. Anche in tal caso, il diniego di Frontex si basava sull'eccezione relativa alla tutela dell'interesse pubblico in materia di sicurezza pubblica

⁸⁷ Per una ricognizione sul profilo delle Agenzie UE si veda: M. INGLESE, *EU Agencies' External Activities and the European Ombudsman*, in *The External Dimension of EU Agencies and Bodies Law and Policy*, H.C.H. Hofmann, E. VOS, M. CHAMON (A cura di), pp. 164-181

⁸⁸ Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio OJ L 251, 16.9.2016, p. 1-76, Art. 72.

⁸⁹ Per una ricognizione esaustiva sul tema, incluso un capitolo (Capitolo VIII) sul Mediatore europeo e i diritti umani, si veda F. BATTAGLIA, *il Mediatore europeo*, Collana di studi sull'integrazione europea, 2020, Cacucci editore, Bari, pp. 307-333.

⁹⁰ Tra i casi sottoposti alle indagini del mediatore, quelli relativi alla cattiva amministrazione nel contesto del diniego di accesso pubblico sono di gran lunga i più numerosi. Rispetto alle azioni per annullamento dinanzi al Tribunale UE, le denunce presentate da cittadini relativamente a casi di cattiva amministrazione (in questo caso: possibili episodi di cattiva amministrazione nel modo in cui Frontex gestisce le richieste di accesso del pubblico ai documenti) godono di una procedura rapida dinanzi al Mediatore europeo e sono privi di costi. Lo stesso non si può dire per un'impugnazione dinanzi al Tribunale dell'Unione europea.

⁹¹ Decisione del 31 ottobre 2017 nel caso 1767/2017/KM sulla gestione da parte di Frontex di una richiesta di accesso a documenti relativi all'operazione congiunta *Triton* di controllo delle frontiere.

poiché la divulgazione dei documenti avrebbe privato l'operazione *Triton* di “qualsiasi elemento di sorpresa durante i pattugliamenti per il controllo delle frontiere”⁹².

5.1. Il contenzioso italiano: la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1121/2020

Alla luce della sentenza del Tribunale dell'Unione europea è interessante soffermarsi sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 1121/2020 del 12 febbraio 2020⁹³ che ha riformato la precedente pronuncia del TAR del Lazio n. 10202/2019 del 1° agosto 2019⁹⁴.

Con la sentenza n. 10202/2019, il TAR del Lazio ha accolto il ricorso presentato dalla ricorrente, a titolo individuale, contro il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che le aveva negato l'accesso ad informazioni relative a operazioni di ricerca e soccorso in mare. L'istanza d'accesso riguardava le richieste di soccorso ricevute dal Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in mare nei periodi tra il 2 e il 12 ottobre 2017 e il 5 e il 7 novembre 2017, tramite segnalazioni “navtext” o messaggi “INMARSAT”, nonché informazioni relative alle azioni intraprese in conseguenza a tali richieste, incluse le comunicazioni tra il Centro di coordinamento del soccorso marittimo italiano e quelli libico e maltese.

In supporto al diniego dell'ostensione, il Ministero stimava che tali informazioni fossero non divulgabili; in particolare, il Ministero riteneva che le attività di ricerca e soccorso rientrassero tra quelle riguardanti atti relativi “alla programmazione, pianificazione e condotta di attività operative-esercitazioni NATO e nazionali, tra le quali rientrano anche le attività di ricerca e soccorso in mare in questione” ai sensi dell'art. 1408, comma 1, lett q) del d.p.r. 90/2010⁹⁵ e che quindi fossero coperte da eccezione assoluta. La ricorrente, al contrario, faceva valere che le operazioni di ricerca e soccorso, così come coordinate dal Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in mare, sono operazioni di tipo prettamente civile e non militare. Il Ministero fondava il provvedimento di diniego anche sull'interesse-limite relativo alla salvaguardia delle relazioni internazionali, come disciplinato all'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 con riferimento alle relazioni internazionali con lo Stato libico e quello maltese.

La ricorrente chiedeva pertanto al TAR di annullare il provvedimento di diniego poiché la motivazione appariva lacunosa e formalistica oltre che illogica. Formalistica poiché il Ministero si limitava a operare un mero richiamo normativo all'art. 1048 , comma 1, lett q) del d.p.r. 90/2010 senza indicare le ragioni per cui le attività di ricerca e soccorso in mare dovessero essere ricomprese tra i documenti protetti dall'art. 1048. Lacunosa poiché l'amministrazione non indicava, in concreto, quale pregiudizio alle

⁹² Così la spiegazione di Frontex come citata dal Mediatore europeo nella decisione nel caso 1767/2017/KM.

⁹³ Cons. St, sez. V, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

⁹⁴ TAR del Lazio, sez. III, n. 10202/2019 del 1 agosto 2019.

⁹⁵ D.p.r. del 15 marzo 2010, n. 90, Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, pubblicato nella Gazz. Uff. 18 giugno 2010, n. 140, S.O.

relazioni internazionali sarebbe potuto derivare dall'ostensione dei documenti, considerato anche che la ricorrente ragionevolmente chiedeva che le fosse accordato l'accesso civico parziale a norma dell'art. 5-bis comma 4 d.lgs. n. 33/2013 nel caso in cui alcuni dati fossero da considerare non divulgabili e a tal fine oscurati (e.g. i nomi delle forze militari o delle autorità intervenute nel caso di pregiudizio alla sicurezza e alla difesa nazionale).

Il TAR del Lazio ha ritenuto il diniego del Ministero non correttamente motivato, “pur dovendosi valutare adeguatamente i casi di esclusione dell'accesso”⁹⁶. Secondo il Tribunale, “il nucleo centrale delle operazioni a cui si chiede di accedere riguarda l'attuazione della Convenzione sulla ricerca ed il soccorso in mare”⁹⁷ attraverso il Centro di Coordinamento del Soccorso in Mare, ma “in nessun modo, tuttavia, appare condivisibile le tesi di una generalizzata assimilazione delle operazioni di soccorso di cui trattasi a “programmazione, pianificazione e condotta di attività operative – esercitazioni NATO e nazionali”, come si leggeva nei provvedimenti impugnati, non risultando sufficiente in tal senso il mero possibile impiego di natanti militari”⁹⁸. Per queste ragioni, il Tribunale ha accolto il ricorso, annullato gli atti impugnati e disposto l'accesso nei modi e nei limiti dell'individuazione, da parte del Ministero, “di eventuali ragioni di oscuramento di alcuni dati, ove – motivatamente – non divulgabili senza compromissione di prevalenti interessi pubblici”⁹⁹, suggerendo quindi all'amministrazione la via dell'accesso parziale.

La sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché dal Ministero della Difesa, che non era però originariamente stato interpellato in quanto controinteressato al momento del diniego dell'istanza d'accesso¹⁰⁰.

Il Consiglio di Stato, sez. V, ha riformato la sentenza del TAR respingendo i ricorsi originariamente proposti. La ricostruzione che il vertice della giurisdizione amministrativa dà della disciplina vigente in tema di accesso civico generalizzato è problematica, a parere di chi scrive, almeno riguardo a tre aspetti. Il primo è quello che il Consiglio di Stato ricostruisce come un “presupposto oggettivo di legittimazione alla proposizione di un'istanza di accesso civico generalizzato”, ovvero il tema della legittimazione soggettiva di chi avanza una richiesta; il secondo, conseguente, è quello della necessità di una esplicita motivazione dell'istanza, ovvero il problema della “funzionalizzazione” dell'accesso al perseguimento di

⁹⁶ TAR del Lazio, sez. III, sentenza del 1° agosto 2019n. 10202/2019.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*. Il TAR correttamente richiama l'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 e ricorda che la finalità perseguita è proprio quella della “accessibilità” totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ A norma dell'art. 5 comma 5 d.lgs. 33/2013: “l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'art. 5-bis comma 2 è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento o per via telematica per colore che abbiano consentito tale forma di comunicazione”.

interessi pubblici; il terzo riguarda il modo in cui il Consiglio di Stato ricostruisce i limiti all'ostensione previsti dalla disciplina e, di riflesso, l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti di diniego.

Sul primo punto, il Consiglio di Stato osserva che si tratterebbe così di “verificare se il soggetto agente sia o meno legittimato a proporre la relativa istanza”¹⁰¹, così travisando il dato normativo della disciplina nazionale, e di riflesso la disciplina gemella europea e i modelli FOIA a cui la legislazione italiana si ispira. Caratteristica principale di tale legislazione, che vuol dare attuazione al diritto fondamentale di accesso del pubblico ai documenti, è proprio il suo carattere di diritto individuale: la legittimazione a esercitare il diritto è riconosciuta a *chiunque e senza motivare la propria richiesta*.

Il cittadino può così far valere il suo interesse individuale ad informarsi *in quanto cittadino*, a prescindere da un particolare requisito di qualificazione. Per dirlo con le parole dell'ANAC, si tratta di “un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti”¹⁰². L'istanza di accesso è *sempre* legittima poiché l'accesso è un diritto fondamentale della persona, seppur di nuova “generazione”, e poiché il principio è quello della più ampia accessibilità. La circostanza che la richiedente sia un membro dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) non rileva ai fini dell'ammissibilità e della legittimità dell'istanza.

Il corollario dell'ampiezza del diritto d'accesso, che non conosce limitazioni dal punto di vista della legittimazione soggettiva, è proprio l'assenza dell'obbligo di motivazione della richiesta. Il Consiglio di Stato aggiunge che: “sebbene la legislazione non chieda all'interessato di formalmente motivare la richiesta di accesso generalizzato, la stessa vada disattesa ove non risulti in modo chiaro e inequivoco l'esclusiva rispondenza di detta richiesta al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica, essendo del tutto estraneo al perimetro normativo della fattispecie la strumentalità di un bisogno conoscitivo privato”¹⁰³. Non si comprende, infatti, perché il Consiglio di Stato, pur partendo dal dato normativo (“sebbene il legislatore non chieda all'interessato di motivare la richiesta di accesso generalizzato”¹⁰⁴), se ne distacchi, paventando invece che una tale motivazione sia necessaria e che il diritto di accesso civico generalizzato si accompagni quindi ad una funzionalizzazione ad ulteriori e diversi interessi o valori, imponendo in via ermeneutica un onere non previsto dal legislatore.

L'accesso civico generalizzato è un diritto individuale che *può, ma non deve* contribuire a realizzare un interesse pubblico, come quello alla trasparenza o al controllo dell'operato delle amministrazioni. Il Consiglio di Stato afferma che “uno solo è il presupposto imprescindibile di ammissibilità dell'istanza di

¹⁰¹ Cons. St, sez. V, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

¹⁰² Autorità nazionale anticorruzione, Linee guida FOIA, p. 5.

¹⁰³ Cons. St, sez. V, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

accesso civico generalizzato, la sua strumentalità alla tutela di un interesse generale: la relativa istanza andrà in ogni caso disattesa ove tale interesse della collettività non emerga in modo evidente oltre che nel caso in cui la stessa sia proposta per finalità di carattere privato ed individuale”¹⁰⁵. Questa ricostruzione rientra in quel filone di giurisprudenza amministrativa che ha delineato “un singolare orientamento che tende a contraddire la caratura costituzionale dell’accesso civico generalizzato, (...), funzionalizzandolo al perseguimento di fini pubblici”¹⁰⁶, ma che appare in contrasto sia con la natura di diritto fondamentale del diritto in questione, sia con la disciplina relativa all’accesso civico generalizzato.

Il Consiglio di Stato afferma che “nelle istanze a suo tempo prodotte dalla ricorrente non è dato ravvisare quali sarebbero gli specifici interessi generali alla cui promozione e tutela sarebbero state preordinate le istanze medesime né è desumibile l’attinenza delle medesime a precisi obblighi di trasparenza amministrativa imposti dalla legge”¹⁰⁷. In questo passaggio, il Consiglio di Stato contraddice la sua stessa ricognizione della disciplina, effettuata ad inizio sentenza. Il Consiglio di Stato aveva, infatti, ricapitolato la complementarietà tra le discipline, quella dell’accesso documentale e dell’accesso civico, compresa la figura ormai residuale dell’accesso civico semplice, legata agli obblighi di pubblicità. Richiamando qui “l’attinenza delle [istanze] a precisi obblighi di trasparenza amministrativa”, il Consiglio di Stato sembra confondere il diritto di accesso civico generalizzato, che si applica a tutti i dati in possesso delle amministrazioni, e il diritto di accesso civico semplice, a prescindere dall’obbligatorietà della pubblicazione.

Il diritto d’accesso può tuttavia incontrare dei limiti, *relativamente al suo esercizio*, qualora le informazioni oggetto di una istanza rientrino tra quelle coperte da eccezione assoluta o la cui divulgazione può arrecare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici individuati nella disciplina. In questi casi, il diniego può rivelarsi necessario, stante la possibilità di concedere l’accesso civico parziale¹⁰⁸. L’interesse pubblico può allora entrare in gioco nel caso di un bilanciamento tra il diritto alla conoscibilità e la concreta lesione che ne riceverebbe l’interesse pubblico rappresentato dall’eccezione (che è quello che sembra aver implicitamente fatto il TAR del Lazio nella sentenza impugnata). Tali eccezioni costituiscono l’unico limite al diritto d’accesso, non rilevando in alcun modo la finalità soggettiva del richiedente o le finalità pubbliche sottese alla richiesta.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Così M. SAVINO, *Il Foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, A. 27 n. 3, p. 472.

¹⁰⁷ Cons. St, sez. V, sentenza del 12 febbraio 2020, n. 1121.

¹⁰⁸ A norma dell’art. 5-bis comma 4 d.lgs. 33/2013: “4. *Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l’accesso agli altri dati o alle altre parti.*”

La tesi del Consiglio di Stato ribalta, in realtà, il valore dell'interesse pubblico sul piano normativo, facendolo divenire condizione di esercizio del diritto di accesso, anziché limite all'esercizio tale diritto nei casi previsti dalla legge, da individuare nel caso concreto dall'Amministrazione. Il rovesciamento della logica normativa che identifica il diritto di accesso generalizzato è singolare e trasforma quello che è appunto dalla normativa riconosciuto come diritto soggettivo e, dunque, appartenente al cittadino, in una sorta di diritto non del cittadino, ma che il cittadino esercita come una sorta di *defensor civitatis*, cioè per conto della comunità.

Infine, per quanto concerne il modo in cui il Consiglio di Stato ricostruisce i limiti all'ostensione di cui alla disciplina *de qua*, a parere di chi scrive, appare problematica la ricostruzione del suo riflesso, vale a dire dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti di diniego, circoscritta, nella decisione in commento, alle sole ipotesi di manifesta e macroscopica contraddittorietà o irragionevolezza, errori di valutazione gravi ed evidenti o valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. Si ritiene, contrariamente, che il sindacato del giudice imponga un controllo sulla motivazione del rigetto e, in particolare, sull'iter logico e argomentativo profuso nel provvedimento, sull'esattezza della ricostruzione dei fatti materiali a esso sotteso, nonché sull'eventuale presenza di manifesti errori di valutazione circa la sussistenza o meno di un'eccezione assoluta e del pregiudizio arrecabile dalla conoscibilità agli interessi-limite.

Quando il Consiglio di Stato afferma che “le attività di ricerca e soccorso in mare finiscono per essere ricomprese nelle attività militari, integralmente sottratte alla possibilità di accesso ai sensi dell'art. 5-bis”, esso non fa altro che rinviare, senza scrutinarla, alla stessa ragione addotta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ovverosia al rinvio alla disciplina di cui al d.p.r. 90/2010. Trattandosi di mero rinvio estrinseco, è impossibile rinvenire nel ragionamento decisorio del Consiglio di Stato la fondatezza dell'eccezione presentata a sostegno della motivazione di rigetto (il mero rinvio ad un'eccezione assoluta), frustrando, così, le aspettative di un pieno sindacato giurisdizionale.

6. Brevi note conclusive sul potenziale dell'*overriding public interest to disclosure*

Questo elaborato mette in luce l'esistenza di un interesse crescente ad utilizzare lo strumento dell'accesso civico generalizzato come esercizio di un controllo democratico sullo svolgimento dell'operazioni di ricerca e soccorso in mare, certamente alimentato dalla mancanza di un sistema europeo SAR, un dato che contribuisce negativamente al tasso di mortalità nel Mediterraneo centrale.

Il TAR del Lazio ha potuto implicare riferirsi a un “*general interest in disclosure*” poiché, avendo scartato l'eccezione assoluta all'art. 1048, comma 1, lett q) del d.p.r. 90/2010, le stesse eccezioni che sono assolute nella legislazione europea ai sensi dell'art. 4(1), sono *relative* ai sensi del FOIA italiano (art. 5-*bis* d.lgs. n.

33/2013) e anche perché era stato richiesto l'accesso parziale. Anche se un test del c.d. “*overriding public interest*” non è esplicitamente previsto dalla disciplina italiana, il TAR del Lazio lo ha usato per rinforzare gli argomenti a favore dell'esclusione del diniego. Evidenziando che si tratta di “un settore di indubbio rilievo civico e ampio risalto, peraltro, anche nei mass-media”¹⁰⁹, il TAR afferma che, per un'assimilazione generalizzata delle operazioni di salvataggio ad operazioni militari, non è sufficiente “il mero possibile impiego – peraltro non esclusivo – di natanti militari [né] l'eventuale concorso di fattori, meritevoli di riservatezza”¹¹⁰ che avrebbero per effetto quello di “soverchiare totalmente il principio di trasparenza”¹¹¹. Al contrario, nel caso deciso dal Tribunale dell'Unione europea, i ricorrenti Luisa Izuziquiza e Arne Semsrott non hanno neanche tentato di avanzare come motivo di ricorso l'argomento del “*overriding public interest in disclosure*”, perché le eccezioni ai sensi dell'art. 4 (1) del Regolamento europeo sono *assolute*. L'argomento può essere utilizzato unicamente con riguardo alle eccezioni ai sensi dell'art. 4 (2), (3) e (4). I ricorrenti potevano quindi solo avanzare motivi di ricorso relativi all'errore manifesto di valutazione e all'obbligo di motivazione. Questa circostanza mette in luce allora l'importanza dei tentativi di revisione del Regolamento europeo, susseguitisi con due proposte avanzate della Commissione nel 2009 e nel 2001: durante le negoziazioni, il Parlamento ha più volte messo in luce la necessità di riconsiderare il carattere assoluto delle eccezioni e la mancanza di una formulazione esplicita, nella disciplina, della possibilità di tener conto dell'interesse pubblico alla divulgazione.

Considerata l'importanza dell'interesse che le migrazioni in generale, e le operazioni di ricerca e soccorso in mare in particolare, hanno suscitato nel pubblico nel corso degli ultimi anni, si potrebbe argomentare che l'eccezione di sicurezza pubblica sollevata dall'Agenzia Frontex e quella relativa alla salvaguardia delle attività militari e di difesa e alle relazioni internazionali sollevate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e accolte dal Consiglio di stato, potevano essere bilanciate con il concorrente interesse pubblico alla divulgazione, il cd. *public interest to disclosure*¹¹². Ciò non per stabilire la legittimazione dei ricorrenti per

¹⁰⁹ TAR Lazio, sez. III, sentenza del 1° agosto 2019, n. 10202.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Sulla nozione si veda: E. CARAPANELLI, *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*, 2/2017 e M. DAHLBERG e D. WYATT, *Is there a public interest in knowing what is going on in society? A comparative study of the European Courts*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26(5) 2019. Si segnala in proposito: Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera), sentenza del 8 novembre 2016, caso *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, Ricorso n. 18030/11, §162. In questa sentenza la nozione di “*public interest*” è stata ravvisata in “*matters which affect the public to such an extent that it may legitimately take an interest in them, which attract its attention or which concern it to a significant degree, especially in that they affect the well-being of citizens or the life in the community*” (§162); La nozione si riferisce inoltre a “*matters which are capable of giving rise to considerable controversy, which concern an important social issue, or which involve a problem that the public would have an interest in being informed about*” (§162).

quanto riguarda la loro istanza di accesso, come vorrebbe il Consiglio di Stato, ma per valutare la legittimità della non divulgazione e quindi il fondamento del limite all'accesso.

Nei paesi dell'Europa meridionale, le migrazioni sono uno dei temi più seguiti dai media e uno dei più dibattuti nelle arene elettorali. Nell'Unione europea, non solo le migrazioni sono salite in cima alla lista delle priorità della direzione politica europea¹¹³, ma hanno anche attirato una quantità sempre crescente di risorse istituzionali, politiche ed economiche. L'importanza delle migrazioni come tema di interesse pubblico è anche testimoniata da una recente sentenza della Corte EDU.¹¹⁴ Conoscere il modo in cui le attività di ricerca e soccorso si svolgono consentirebbe certamente di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali del Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in Mare italiano e sul dispiego delle risorse pubbliche in tale ambito, promuovendo così la partecipazione consapevole ed informata al dibattito pubblico.

¹¹³ Commissione Europea, Comunicazione del 13 maggio 2015, al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, COM(2015)240 e Comunicazione del 29 gennaio 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Programma di lavoro per il 2020, COM(2020)37

¹¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 ottobre 2019, caso *Szurovecz c. Ungheria*, Ricorso n. 15428/16. La Corte EDU ha riscontrato violazione dell'art. 10 CEDU nel caso del rifiuto di accesso a un giornalista ai centri di accoglienza per rifugiati e richiedenti asilo. Secondo la Corte, la ricerca di notizie da parte dei giornalisti è una componente essenziale del giornalismo investigativo e quindi coperto dalla libertà di stampa. Il ruolo di "watchdog" esercitato dai media è di notevole importanza quando si tratta di questioni di certo interesse pubblico, come l'accoglienza dei richiedenti asilo in Europa. Per un commento di questa sentenza si vedano: A. FAZZINI, *L'accoglienza dei richiedenti asilo e il ruolo dei media Public Watchdog*, in *adimblog.com*, novembre 2019 e F.L. GATTA, *Can I see it? No you can't! Refusal to grant journalist access to Hungarian Reception Centre for asylum seekers contrary to the right to freedom of expression*, in *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2019