

Trasparenza e accesso ai documenti nel diritto dell'Unione europea

European Ombudsman, *Decision on the European Banking Authority's refusal to grant public access to the votes and debates of its Board of Supervisors on an alleged breach of EU law by national supervisory authorities* (case 615/2021/TE) - Case opened on 29/4/2021 - Decision on 7/2/2022

(omissis)

La trasparenza dei processi decisionali delle agenzie europee: il contributo del Mediatore europeo

di Andrea Magliari

Il Mediatore europeo si pronuncia su una denuncia relativa al rifiuto dell'Autorità bancaria europea (EBA) di consentire l'accesso del pubblico alle votazioni e alle discussioni del consiglio di vigilanza in merito a una presunta violazione del diritto dell'Unione europea da parte di alcune autorità nazionali. La vicenda, conclusasi con la divulgazione dei documenti richiesti, offre alcuni interessanti spunti di riflessione in merito al particolare significato che il principio di trasparenza e il suo corollario dell'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni europee assumono nel quadro degli strumenti di *accountability* che circondano l'attività delle autorità amministrative europee, specie là dove queste siano rappresentate - come nel caso in esame - da agenzie europee dotate, d'un lato, di nuovi e penetranti poteri amministrativi e, dall'altro, di uno statuto di quasi-indipendenza.

The European Ombudsman takes a decision on a complaint concerning the refusal of the European Banking Authority (EBA) to allow public access to the voting records of its Board of Supervisors on two draft recommendations related to alleged violation of EU law by two national authorities. The case, which ended with the disclosure of the requested documents, offers an opportunity to reflect on the meaning and scope of the principle of transparency and on its corollary of public access to the documents of the EU institutions. The latter can be seen as part of the accountability regime underpinning the activities of EU administrative authorities, especially where these are represented - as in the case at hand - by European agencies endowed with new and incisive administrative powers, on the one hand, and with a quasi-independent status, on the other.

Premessa: trasparenza, legittimazione e *accountability* nell'ordinamento europeo

Una considerazione che pare accompagnare "tutti i vecchi e nuovi discorsi sulla democrazia" è quella consistente nell'affermare che essa "è il governo del 'potere visibile'" (1). La fortunata espressione, coniata da Norberto Bobbio in un notissimo saggio sulla *Democrazia e il potere invisibile* del 1980, preludeva alla altrettanto nota

definizione del "governo della democrazia come il governo del potere pubblico in pubblico" (2). Allora, la "pubblicità" si riferiva a un potere che doveva rendersi "manifesto", "palese", "visibile", come immagine contrapposta alla invisibilità e alla "opacità del potere (opacità come non-trasparenza)" (3). Oggi, quel riferimento necessita di essere aggiornato al nuovo "paradigma" della trasparenza (4), come "ri-formulazione

(1) N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. scienza politica*, 1980, 181, ora anche in *Id.*, *Il futuro della democrazia*, Torino, VI ed., 2010, 86.

(2) *Ibidem*.

(3) N. Bobbio, *op. cit.*, 109.

(4) Così, in particolare, E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, 2022. In argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. almeno Aa. Vv., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1991; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in S.

Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem*; F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi*, 2013; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituz. Fed.*, 2013, 657; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749; Ead., *La ricerca in materia di trasparenza*

contemporanea” (5) della pubblicità e come “pietra angolare” (6) della riflessione sul rapporto tra istituzioni pubbliche e cittadini.

È difatti nel quadro della riflessione attuale sul potere e sulla sua legittimazione che la “visibilità” dell’azione di governo viene ad assumere un significato sempre più ampio - paradigmatico, per certi versi, della stessa evoluzione delle forme di stato - come “conoscibilità” del potere e, in definitiva, come sua “controllabilità”. Una tale riflessione investe - né, d’altronde, poteva essere altrimenti - anche l’ordinamento europeo. Sin dalle origini, l’avanzamento del processo di integrazione europea appare infatti profondamente segnato dalla questione della sua legittimazione (7). L’irriducibile tema del deficit democratico e la lamentata limitatezza della c.d. *input legitimacy* dell’Unione hanno, come noto, condotto la dottrina e le stesse istituzioni europee a ragionare in modo più ampio di quanto non sia avvenuto negli ordinamenti statuali su altri possibili canali di legittimazione. Ciò facendo leva sia su nuove forme di legittimazione per risultati (c.d. *output legitimacy*) (8), sia, per quanto qui più interessa, sulla previsione di una articolata serie di

strumenti attraverso cui i cittadini sono posti nelle condizioni di prendere parte ovvero di controllare *lato sensu* l’esercizio del potere da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi sovranazionali.

In quest’ultima direzione si muovono le riflessioni di quanti hanno messo in evidenza la dimensione sostanzialmente amministrativa del processo di integrazione europea, il costituire, cioè, l’ordinamento sovranazionale una “comunità di diritto amministrativo” (9) che avanza nel percorso di integrazione attraverso il diritto e, in specie, tramite gli strumenti e gli istituti propri del diritto amministrativo (10). Di qui anche l’attenzione a un ulteriore canale di legittimazione, altrimenti noto come *throughput legitimacy*, che pone l’accento non tanto sul consenso popolare o sui risultati raggiunti, quanto piuttosto “on the quality of the processes of EU governance, which means not just their efficiency but also, and most importantly, their accountability, meaning that policy actors are responsive and can be held responsible for output decisions; transparency, meaning that citizens have access to information; and openness to ‘civil society’, meaning that citizens organized in interest based organizations have access to and influence in the decision-making process” (11).

amministrativa: stato dell’arte e prospettive future, in *Dir. amm.*, 2018, 311; B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016; D.-U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 1019; G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi*, 2017; B.G. Mattarella - M. Savino (a cura di), *L’accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018; S. Cassese - F. Di Mascio - A. Natalini - P. Rubechini (a cura di), *P.A.: trasparenza amministrativa e accesso agli atti*, Milano, 2018.

(5) E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, cit., 25.

(6) D. Curtin - A. Meijer, *Does Transparency Strengthen Legitimacy?*, in *Information Polity*, 2006, n. 11/2, 109.

(7) La bibliografia sul tema è sterminata; si v., tuttavia, almeno P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010; Id., *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 1999, 3, 628; R. Bellamy, *Democracy Without Democracy? Can the EU’s Democratic “Outputs” be Separated from Democratic “Inputs” Provided by Competitive Parties and Majority Rule?*, in *Journal of European Public Policy*, 2012; J.H.H. Weiler, *In the Face of the Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in *Journal of European Integration*, 2012, vol. 34/7, 825; Id., *Living in a Glass House. Democracy and the Rule of Law*, in *EUI Working Papers* 2014/25; M. Ruffert (ed.), *Legitimacy in European Administrative Law*, Groningen, 2011; nonché, più di recente, A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, 2022. Sul punto, cfr. altresì l’efficace ricostruzione di J. Mendes, *La legittimazione dell’amministrazione dell’UE tra istanze istituzionali e democratiche*, in L. De Lucia - B. Marchetti (a cura di), *L’amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 89 ss.

(8) Così, in particolare, G. Majone, *Europe’s Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *Eur. Law Journal*, 1998, 5; F. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford,

1999. Sul punto, altresì M.P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell’Unione europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 397 ss., per il quale l’Unione europea, come particolare organizzazione politica, è basata su due forme complementari di legittimazione: la prima, quella tradizionale, è basata sull’idea di rappresentanza a due livelli, europeo e nazionale; l’altra, di tipo funzionale, “basata sulla effettività (utilità/satisfattività) delle decisioni assunte e realizzate; ovvero, dei risultati positivi dei processi decisionali”.

(9) Per tutti, J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, 1988, 4, secondo cui “European Community Law itself is primarily made up of rules of administrative law, drawn in particular from the area of law governing the management of economy. To that extent, the EC, already described by the Court of Justice as a community based on law, could more precisely be termed a community based on administrative law”. Sebbene secondo traiettorie differenti, sviluppano tale concetto, P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy*, cit.; M.P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell’Unione europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, cit.

(10) In argomento, diffusamente A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa. L’integrazione europea nella prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

(11) Così, V. Schmidt, *Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and throughput*, in *Political studies*, 2013, 2-22, secondo la quale tale forma di legittimazione “involves the policymaking processes through which decisions go from input to output within the ‘black box’ of EU governance”. In tema, altresì D. Curtin, *Executive Power of the European Union. Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford, 2009, spec. 287, la quale sottolinea che “Transparency and fairness are seen as important criteria for throughput legitimacy. They identify the quality and accessibility of gathering information or the equal opportunities to participate in decision-making, by means of transparency of procedures, negotiation, and decision-making processes, public access to documents, information, and participation via Internet and Intranet forums”.

Da tale prospettiva ben si comprende allora la particolare attenzione che, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, le istituzioni dell'Unione hanno cominciato ad attribuire ai principi di buona *governance* e, in specie, ai principi di pubblicità e di trasparenza dei processi decisionali (12). È infatti nell'ottica dell'avvio del processo integrazione (anche) politica su cui insisteva il Trattato di Maastricht che il principio di trasparenza, in uno con il connesso diritto di accesso alle informazioni, veniva per la prima volta posto in espressa correlazione con il carattere democratico delle istituzioni europee e con la fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione sovranazionale (13). Entro tale solco si collocano, inoltre, le prime pronunce della Corte di giustizia che configuravano l'accesso pubblico ai documenti europei come "uno strumento atto a rafforzare il carattere democratico delle istituzioni", in quanto idoneo a "consentire ai cittadini di esercitare un controllo effettivo ed efficace sull'esercizio del potere di cui le istituzioni comunitarie sono dotate e accrescere così la fiducia nei confronti dell'amministrazione" (14).

Tali prime acquisizioni sfociavano successivamente nell'art. 255 TCE, che sanciva espressamente il diritto di qualsiasi cittadino dell'Unione di accedere ai documenti delle istituzioni comunitarie, nonché, pochi anni dopo, nel Reg. CE n. 1049/2001 (15), relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, il cui secondo considerando significativamente afferma che la "politica di trasparenza consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce una maggiore legittimità [*legitimacy*, nella versione inglese]

efficienza e responsabilità [*accountability*, nella versione inglese] dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico". Il Trattato di Lisbona ha da ultimo rafforzato ulteriormente il legame tra principi democratici e apertura dei processi decisionali, riconoscendo, all'art. 15(1) TFUE (ex art. 255 TCE), che "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile"; all'art. 11(2) TUE, che "le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile" (16); nonché, all'art. 298 TFUE, che "nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente" (17).

Entro tale quadro normativo - e, ancor prima, assiologico - deve essere letta la decisione del Mediatore europeo che qui si commenta (18). Essa ha ad oggetto, come si vedrà meglio a breve, una denuncia relativa al rifiuto della Autorità bancaria europea (EBA, secondo il più comune acronimo inglese) di concedere l'accesso del pubblico alle votazioni e alle discussioni del consiglio delle autorità di vigilanza relative a una presunta violazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali di vigilanza.

La vicenda, di per sé non particolarmente complessa, offre nondimeno alcuni interessanti spunti di riflessione in merito al particolare significato che il principio di trasparenza e il suo corollario dell'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni europee assumono nel quadro degli strumenti di *accountability* che circondano l'attività delle autorità amministrative

(12) Sulle prime apparizioni dei principi di pubblicità e di trasparenza a livello europeo cfr., nella dottrina italiana, *ex multis*, A. Sandulli, *L'accesso ai documenti dell'ordinamento comunitario*, in questa Rivista, 1996, 448; C. Franchini, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in questa Rivista, 1996, 448; E. Chiti, *Il nodo irrisolto dell'accesso ai documenti di Commissione e Consiglio dell'Unione europea*, in questa Rivista, 1998, 1027; R. Garofoli, *Profili comunitari del diritto di accesso*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1998, 1285; C. Morviducci, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 670; M. Migliazza, *Brevi riflessioni sugli sviluppi della trasparenza nell'Unione europea*, in Dir. pubbl. compar. eur., 2003, 1355; D.U. Galetta, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2006, 265; nonché, più di recente, C. Tommasi, *Il diritto di accesso ai documenti dell'Unione europea: tra partecipazione e controllo diffuso*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2019, 839.

(13) Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht sul diritto di accesso all'informazione.

(14) Cfr., ad esempio, Trib. UE, sent. 7 dicembre 1999, *Interporc c. Commissione*, causa T-92/98.

(15) Reg. (CE) 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, in Guce, L 145, 31.5.2001.

(16) In tema, per tutti, J. Mendes, *Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Art. 11 TEU*, in *Common market law review*, 2011, 1849.

(17) Sul punto, *ex multis*, D. Sorace, *Una nuova base costituzionale europea per la pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti - A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012.

(18) European Ombudsman, *Decision on the European Banking Authority's refusal to grant public access to the votes and debates of its Board of Supervisors on an alleged breach of EU law by national supervisory authorities* (case 615/2021/TE) - case opened on 29/04/2021 - Decision on 07/02/2022. La decisione è pubblicata, solamente in lingua inglese, nel portale istituzionale del Mediatore europeo, alla pagina: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/opening-summary/it/141111>.

europee, specie là dove queste siano - come nel caso in esame - agenzie europee dotate, d'un lato, di nuovi e penetranti poteri amministrativi e, dall'altro, di uno statuto di quasi-indipendenza (19).

La vicenda e la decisione del Mediatore europeo

È ormai piuttosto noto che l'EBA e le altre autorità europee di vigilanza finanziaria (ESMA ed EIOPA), istituite nel 2010, nel pieno della crisi economico-finanziaria, sono state dotate di una serie di poteri che valgono, per molti versi, a distinguerle dalle altre agenzie europee (20). Tra questi, occorre ricordare il potere di coordinare, di indirizzare e di supervisionare l'attività di vigilanza sugli intermediari finanziari svolta, in via decentrata, dalle autorità nazionali competenti. Istituite con l'obiettivo di appianare i dislivelli regolatori derivanti dal sistema decentrato di vigilanza finanziaria, le tre autorità sono invero incaricate di promuovere l'armonizzazione delle prassi di vigilanza e di assicurare l'omogenea interpretazione e applicazione del diritto europeo da parte delle amministrazioni nazionali. A tal fine, le autorità dispongono del potere, previsto e dettagliatamente disciplinato dall'art. 17 del regolamento istitutivo (per l'EBA, il Reg. UE n. 1093/2010, d'ora in avanti anche "Reg. EBA"), di accertare le eventuali violazioni della normativa sovranazionale da parte dell'autorità nazionale competente e, all'esito dell'indagine e dell'interlocuzione con l'autorità interessata, di trasmettere a quest'ultima una raccomandazione in cui illustra l'azione da intraprendere per conformarsi al diritto dell'Unione (21).

Il potere (*soft*) di raccomandazione è, peraltro, assistito dall'ulteriore potere di vagliare le misure adottate dall'autorità nazionale e, nel caso queste siano ritenute non adeguate, di adottare, all'esito di una seconda fase di interlocuzione cui partecipa anche la Commissione europea, una decisione (vincolante) indirizzata alla stessa autorità nazionale ovvero a un istituto finanziario, con cui l'agenzia europea impone

di adottare tutte le azioni necessarie per conformarsi agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione (22). Sebbene giunga all'esito di un complesso e articolato procedimento dialettico tra le due autorità, tale decisione risulta, a ben vedere, espressione di un potere sostitutivo - e, dunque, latamente gerarchico, dell'EBA rispetto all'omologa amministrazione nazionale - che trova la propria giustificazione nella esigenza di assicurare l'effettiva e uniforme applicazione del diritto dell'Unione da parte di tutti i terminali esecutivi facenti parte della rete.

La vicenda giunta all'attenzione del Mediatore europeo riguarda un procedimento di questo tipo, attenendo a una duplice indagine condotta dall'EBA in merito a possibili violazioni del diritto dell'Unione commesse dalle autorità di vigilanza di Malta, Danimarca ed Estonia, in occasione di presunte attività di riciclaggio di denaro poste in essere, rispettivamente, da una banca maltese e dalla filiale estone di un istituto danese.

La denuncia al Mediatore europeo riguardava, in particolare, due profili: in primo luogo, il rifiuto dell'EBA di concedere l'accesso del pubblico ai verbali delle votazioni del consiglio delle autorità di vigilanza attinenti a due progetti di raccomandazione di cui all'art. 17(3), Reg. EBA; in secondo luogo, il conflitto di interessi derivante dal fatto che alle votazioni in parola avevano partecipato anche i rappresentanti delle autorità nazionali destinatarie delle due raccomandazioni.

Quanto al primo profilo, l'EBA aveva negato l'accesso ai documenti contenenti le votazioni e le discussioni dell'organo decisionale, affermando che, in virtù di quanto previsto dall'art. 4(3) del Reg. CE n. 1049/2001, ciò avrebbe determinato un pregiudizio grave per il processo decisionale dell'autorità, non giustificato da un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. L'ostensione di tali documenti avrebbe creato, cioè, le condizioni per una eccessiva pressione esterna sui membri del consiglio di vigilanza (specie da parte degli operatori finanziari nazionali), minando in tal modo la capacità

(19) Del resto, come osserva M.P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea*, cit., "il dibattito [sulla legittimazione] si riaccende ad ogni evoluzione dell'UE, come a seguito del recente riassetto della *governance* europea causato dalla crisi economica e finanziaria".

(20) La specialità di queste agenzie è testimoniata anche dall'ampia attenzione della dottrina; senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. almeno E. Chiti, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 57 ss.; V. Cerulli Irelli, *Dalle agenzie europee alle Autorità europee di vigilanza*, in M.P. Chiti - A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, cit., 155; M. De Bellis, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella*

regolazione europea dei mercati finanziari, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1553; M. Simoncini, *Administrative Regulation Beyond the Non-delegation Doctrine: A Study on Eu Agencies*, Oxford, 2018; nonché, se si vuole, A. Magliari, *La proposta di riforma delle autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 435.

(21) Art. 17(3), Reg. (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (c.d. Reg. EBA).

(22) Art. 17(6), Reg. EBA.

dell'organo decisionale di operare in piena indipendenza e obiettività, nell'interesse esclusivo dell'Unione, come richiesto dall'art. 42 del regolamento istitutivo dell'EBA.

Sul punto, il Mediatore ricorda che il Reg. CE n. 1049/2001 ha sancito, come norma di principio, quella della accessibilità da parte del pubblico ai documenti delle istituzioni, degli organi e organismi dell'Unione. Rammenta poi che se è vero che tra le eccezioni elencate all'art. 4(3) del medesimo regolamento figura la possibilità di rifiutare l'accesso a un documento elaborato per uso interno relativo a una questione su cui la stessa non abbia ancora adottato una decisione ovvero a un documento contenente riflessioni per uso interno, bisogna d'altro canto parimenti rilevare che, ai sensi del medesimo articolo, tale eccezione può operare solo nel caso in cui la divulgazione dei documenti pregiudichi gravemente il processo decisionale dell'ente. A tale stregua, richiamando il consolidato orientamento del giudice sovranazionale, il Mediatore afferma che se, per un verso, il rischio di pressioni esterne può astrattamente costituire un motivo legittimo di limitazione dell'accesso, per altro verso, occorre che sia concretamente ed effettivamente accertata "la presenza di siffatte pressioni esterne e l'esistenza di un rischio ragionevolmente prevedibile che tali pressioni esterne influenzino sostanzialmente la decisione da adottare" (23).

Nel caso in esame - rileva il Mediatore - l'istanza di accesso riguardava due processi decisionali che si erano già conclusi e le argomentazioni addotte dall'EBA circa il rischio di pressioni esterne risultavano piuttosto vaghe e generiche. Per il Mediatore, la fattispecie considerata evidenzia, al contrario, la presenza di un preminente interesse pubblico alla divulgazione dei documenti in parola. Una relazione della Corte dei conti europea del 2021 (24) metteva infatti in luce come, proprio in uno dei due casi in parola, fossero emersi elementi probatori atti a dimostrare che il processo decisionale dell'autorità europea era stato influenzato da interessi nazionali, attraverso tentativi di pressione sui membri del gruppo di esperti durante il periodo in cui quest'ultimo stava

deliberando su una possibile raccomandazione. La medesima relazione sollevava, inoltre, alcune criticità in merito al ruolo preponderante svolto dalle autorità nazionali all'interno della *governance* dell'EBA, rilevando altresì come la accertata incidenza dell'attività di lobbying sui processi decisionali costituisca prova ulteriore della sussistenza di un rischio concreto a che l'azione dell'autorità sovranazionale risulti eccessivamente sensibile agli interessi nazionali, piuttosto che all'interesse complessivo dell'Unione.

È, d'altronde, interessante notare come, a seguito di un primo confronto con il Mediatore, l'EBA abbia acconsentito all'esibizione dei documenti richiesti. Nel fare ciò, l'autorità europea ha finito per riconoscere che, in effetti, nel caso in questione sussisteva un "interesse pubblico prevalente" alla divulgazione ai sensi dell'art. 4(3), del Reg. CE 1049/2001. Ciò tuttavia - replicava l'EBA - doveva ritenersi un'eccezione dettata dal particolare interesse pubblico alla verifica dei rilievi espressi dalla Corte dei conti, occorrendo invece, per altro verso, ribadire la regola generale secondo cui l'interesse a preservare la segretezza dei processi decisionali interni assume carattere prioritario rispetto al contrapposto interesse alla trasparenza, stante la necessità di assicurare la libera espressione di idee e opinioni da parte dei membri degli organi decisionali.

Nella decisione finale, il Mediatore d'un lato accoglie positivamente la decisione dell'EBA di pubblicare sul proprio portale istituzionale i documenti in questione, ma dall'altro contesta le ulteriori considerazioni svolte dall'EBA circa la necessità di garantire la segretezza della discussione interna. Ricorda, infatti, il Mediatore che anche la giurisprudenza europea è costante nel ritenere che "la trasparenza garantisce la credibilità dell'azione [delle istituzioni dell'Unione] agli occhi dei cittadini e delle organizzazioni interessate e contribuisce così per l'appunto ad assicurare che tale istituzione agisca in piena indipendenza ed unicamente nell'interesse generale. È piuttosto la mancanza di informazione del pubblico e di dibattito che può far nascere dei dubbi in merito

(23) Trib. UE 18 dicembre 2008, T-144/05, punto 86, *Muñiz c. Commissione*; Trib. UE 22 marzo 2018, T-540/15, *Emilio de Capitani c. Parlamento*, punto 99, con commento di I. Piazza, *Diritto d'accesso e triloghi: un passo verso la trasparenza del processo legislativo europeo*, in questa *Rivista*, 2018, 485.

(24) Corte dei conti europea, *Gli sforzi dell'UE per contrastare il riciclaggio di denaro nel settore bancario sono frammentari e l'attuazione è insufficiente*, Relazione speciale n. 13, luglio 2021, punto 78. Sulla vicenda, si v. altresì la *Relazione della*

Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione di recenti presunti casi di riciclaggio di denaro concernenti enti creditizi dell'UE, 2019, in cui la Commissione ha concluso che il caso in questione solleva "interrogativi per il futuro, anche sulle modalità per garantire che le autorità di vigilanza possano essere ritenute responsabili delle loro azioni volte a garantire il rispetto del diritto dell'Unione da parte degli istituti finanziari, in particolare quando lavorano con direttive di armonizzazione minima".

all'adempimento, da parte della suddetta istituzione, delle sue missioni in piena indipendenza e unicamente nell'interesse generale" (25).

Per quanto concerne il secondo profilo, il Mediatore ha poi ritenuto che, sebbene il regolamento EBA non contenesse una previsione espressa che imponeva alle autorità destinatarie di una raccomandazione di astenersi dalla votazione, doveva comunque ritenersi sussistere un conflitto di interessi tale da rendere incompatibile la partecipazione dei rappresentanti delle autorità nazionali coinvolte. Ciò in omaggio al già richiamato art. 42 del Reg. EBA, che fa obbligo ai membri del consiglio delle autorità di vigilanza di agire in piena indipendenza e obiettività, nell'interesse esclusivo dell'Unione. Per il Mediatore l'incompatibilità sarebbe cioè *in re ipsa*, e l'astensione obbligata dalla necessità di assicurare l'imparzialità dell'azione dell'EBA.

In tal senso - registra positivamente il Mediatore a chiusura dell'indagine - si muove l'intervenuta modifica del regolamento istitutivo dell'EBA, là dove all'art. 42 ora prevede espressamente che i membri del consiglio di vigilanza devono dichiarare, prima di ogni riunione, l'esistenza di qualunque interesse che possa essere considerato in contrasto con la loro indipendenza in relazione ai punti iscritti all'ordine del giorno e che, su tali punti, i membri in conflitto di interessi non partecipano alle discussioni e alle votazioni. A tale previsione fa eco la decisione in materia di indipendenza e processo decisionale dell'EBA (26) in cui si considera in posizione di conflitto di interessi attuale o potenziale il soggetto impiegato presso un'autorità nazionale che sia destinataria designata di una proposta di misura adottata ai sensi degli artt. 9-ter, 16, 17, 18 e 19 del Reg. EBA o che si trovi nello stesso Stato membro del soggetto destinatario (27).

Diritto di accesso del pubblico agli atti delle agenzie europee

Come si anticipava in premessa, l'interesse della vicenda posta all'attenzione del Mediatore sembra

andare oltre il suo oggetto specifico. Dalla decisione in commento emergono, infatti, tre principali elementi di riflessione: il primo attiene alla progressiva estensione dell'ambito oggettivo del diritto d'accesso del pubblico ai documenti dei poteri pubblici sovranazionali; il secondo riguarda l'ampliamento degli strumenti di *accountability* delle agenzie europee; il terzo concerne il ruolo svolto dal Mediatore europeo nella promozione e definizione del perimetro applicativo e del contenuto del principio di trasparenza.

Quanto al primo aspetto è bene preliminarmente rammentare che l'istanza di accesso all'origine della decisione in commento è fondata sul citato Reg. CE n. 1049/2001 (28). Questo sancisce, in buona sostanza, il diritto di ogni cittadino europeo e di ogni residente in uno Stato membro di accedere ai documenti delle istituzioni europee concernenti tutti i settori d'attività dell'Unione, indipendentemente dalla sussistenza di un interesse qualificato alla conoscenza del documento (29). Come esplicitato dal considerando n. 8, i principi in esso stabiliti si applicano anche a tutte le agenzie create dalle istituzioni europee. È poi lo stesso regolamento istitutivo dell'EBA, all'art. 72, a prevedere che "ai documenti detenuti dall'Autorità si applica il regolamento (CE) n. 1049/2001".

Come noto, il Reg. n. 1049/2001 risulta costruito sullo schema regola-limite-(eventuale) controllo-limite. La regola è quella della piena accessibilità, stabilita dall'art. 2. Le eccezioni sono previste dall'art. 4 e possono essere assolute o relative: le prime legittimano il rifiuto dell'accesso qualora l'istituzione dimostri che la divulgazione del documento sia idonea ad arrecare pregiudizio ad alcuni fondamentali interessi pubblici e privati (*harm test*), e non ammettono un controllo-limite (art. 4(1), lett. a e b); le seconde consentono l'esclusione dell'accesso in caso di pregiudizio ad alcuni interessi pubblici o privati, ma il diniego deve risultare dal bilanciamento tra lo specifico interesse-limite da proteggere e l'interesse generale-controllo-limite all'accessibilità

(25) Corte giust. (Grande sezione), 4 settembre 2018, C-57/16, punto 104, *ClientEarth c. Commissione*; in tal senso anche Corte giust., 1° luglio 2008, C-39/05 P e C-52/05 P, punto 59, *Svezia e Turco c. Consiglio*.

(26) EBA, *Decision of the European Banking Authority on the EBA's Policy on Independence and Decision Making Processes for avoiding Conflicts of Interest (Conflict of Interest Policy) for Non-Staff*, 22 gennaio 2020, EBA/DC/2020/308.

(27) Art. 1(3), lett. f), *Decision on Conflicts of Interest Policy*, cit.

(28) Sul diritto d'accesso del pubblico ai documenti europei cfr., oltre alla bibliografia citata in precedenza, H. Kranenborg - W.

Voermans, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, 2006; F. Donati, *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 1411; J. Schwarze, *Access to documents under European Union Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 335; G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini - G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 163; I. Piazza, *Unione europea*, in B.G. Mattarella - M. Savino (a cura di), *L'accesso dei cittadini*, cit., 244 ss.

(29) Art. 2, Reg. n. 1049/2001.

del documento (*public interest test*) (30). In queste fattispecie, dunque, l'istituzione è chiamata a valutare discrezionalmente e caso per caso se l'interesse pubblico alla divulgazione del documento possa o meno prevalere sulla tutela dello specifico interesse che l'eccezione è intesa a proteggere, tra i quali figura - come nel caso che qui si esamina - quello della tutela del processo decisionale dell'autorità coinvolta ai sensi dell'art. 4(3), commi 1 e 2.

In questi termini, là dove a livello normativo non sia espressamente previsto il principio di riservatezza delle riunioni e delle deliberazioni degli organi decisionali di un'istituzione (31), il soggetto pubblico è tenuto "a procedere a un bilanciamento tra l'interesse specifico che deve essere tutelato dalla non divulgazione del documento in questione e l'interesse generale a che tale documento sia reso accessibile, tenuto conto dei vantaggi che derivano, come sottolineato dal considerando 2 del regolamento CE n. 1049/2001, da un'accresciuta trasparenza, ossia una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale, nonché una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico" (32).

La questione del bilanciamento tra le suesposte esigenze ha assunto particolare rilevanza in riferimento all'accesso del pubblico ai documenti che afferiscono all'esercizio di poteri legislativi. In tali casi è lo stesso Reg. n. 1049/2001 ad attribuire speciale enfasi sulla diretta accessibilità dei documenti legislativi (33),

muovendo dalla constatazione, cristallizzata nel citato considerando n. 2 del medesimo regolamento, per cui su tali documenti si avverte con maggiore evidenza l'esigenza di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'operato delle istituzioni dell'Unione (34). Anche per le corti europee, del resto, occorre riconoscere che la trasparenza "contribuisce a rafforzare la democrazia permettendo ai cittadini di controllare tutte le informazioni che hanno costituito il fondamento di un atto legislativo" e che "la possibilità per i cittadini di conoscere il fondamento dell'azione legislativa è condizione per l'esercizio effettivo, da parte di questi ultimi, dei loro diritti democratici" (35). Sulla scorta di tali rilievi, il Tribunale è giunto altresì ad escludere che, in relazione agli atti che formano parte del procedimento legislativo, possano darsi presunzioni generali di riservatezza tali da determinare un'inversione dell'onere della prova a carico del richiedente.

Analoghe considerazioni informano altresì una recente decisione del Mediatore europeo attinente al rifiuto opposto dall'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni (EIOPA) di consentire l'accesso del pubblico alle votazioni e alle discussioni del suo consiglio delle autorità di vigilanza in merito a progetti di norme tecniche di regolamentazione (36). Nella decisione finale il Mediatore ha infatti censurato il diniego opposto dall'agenzia ritenendo che "*the documents in question should benefit from the wider access granted to legislative documents and that the exceptions laid down in the EU rules on public access*

(30) Sul punto, M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in questa *Rivista*, 2016, 598. Mette in luce la necessità del bilanciamento anche C. Harlow, *Transparency in the European Union: Weighing the public and private interest*, in J. Wouters - L. Verhey - P. Kiiver (eds), *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Antwerp, 2009, 209.

(31) Come avviene, ad esempio, per il Consiglio direttivo della Banca centrale europea, le cui riunioni hanno, ai sensi dell'art. 10 (4), Protocollo (n. 4) sullo Statuto del SEBC e della BCE, carattere di riservatezza. Cfr., a tal riguardo, anche la Decisione della Banca centrale europea, del 4 marzo 2004, relativa all'accesso del pubblico ai documenti della BCE (BCE/2004/3), che, all'art. 4(1), prevede che "La BCE rifiuta l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela (...): a) L'interesse pubblico, in ordine: - alla riservatezza delle riunioni degli organi decisionali della BCE; - alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro", prevedendo in tali casi un'eccezione assoluta, non suscettibile di bilanciamento con l'interesse pubblico alla divulgazione.

(32) Così, ad es., Corte giust. 17 ottobre 2013, C-280/11 P, punto 32, *Consiglio c. Access Info Europe*, e giurisprudenza citata; Corte giust. 3 luglio 2014, C-350/12 P, punto 53, *Consiglio c. Sophie in 't Veld*.

(33) Cfr., a tal riguardo, il considerando n. 6 e l'art. 12(2), Reg. n. 1049/2001.

(34) Sul punto, in particolare, Corte giust., sent. 1° luglio 2008, *Svezia e Turco c. Consiglio*, cit., ove si afferma che la trasparenza

"contribuisce a rafforzare la democrazia permettendo ai cittadini di controllare tutte le informazioni che hanno costituito il fondamento di un atto legislativo. Infatti, la possibilità per i cittadini di conoscere il fondamento dell'azione legislativa è condizione per l'esercizio effettivo, da parte di questi ultimi, dei loro diritti democratici" (punto 46); nonché - analogamente - Trib. UE, sent. 22 marzo 2018, *Emilio de Capitani c. Parlamento*, cit., punti 78 ss., per cui "è proprio la trasparenza nel processo legislativo che, nel consentire che i diversi punti di vista vengano apertamente discussi, contribuisce a conferire alle istituzioni una maggiore legittimità agli occhi dei cittadini dell'Unione e ad accrescere la loro fiducia. Di fatto, è piuttosto la mancanza di informazioni e di dibattito che può suscitare dubbi nei cittadini, non solo circa la legittimità di un singolo atto, ma anche circa la legittimità del processo decisionale nel suo complesso".

(35) Così, Trib. UE, *Emilio de Capitani c. Parlamento*, cit., punto 80; Corte giust., 17 ottobre 2013, C-280/11 P, punto 33, *Consiglio c. Access Info Europe*; Trib. UE 15 settembre 2016, T-710/14, punto 35, *Herbert Smith Freehills c. Consiglio*.

(36) European Ombudsman, *Decision in case 1564/2020/TE on the European Insurance and Occupational Pensions Authority's refusal to grant public access to the votes and debates of its Board of Supervisors on draft regulatory technical standards*, Case: 1564/2020/TE; Decision on 18 May 2021. La decisione è pubblicata, solamente in lingua inglese, nel portale istituzionale del Mediatore europeo.

to documents must be applied all the more restrictively when such documents are at stake” (37). Anche in quella vicenda, l'esigenza di assicurare un “safe space” per i membri del consiglio di vigilanza, schermato dalla possibile “undue external influence”, è stata ritenuta cedevole rispetto all'interesse ad assicurare la massima trasparenza dei processi decisionali dell'autorità. Per il Mediatore, difatti, “*the expression by EU citizens of their views on draft laws is an integral part of the exercise of their democratic rights. The expression of such views cannot be understood to constitute undue external pressure. Rather, it is something to be welcomed and even encouraged*” (38).

Più complesso appare il discorso relativo all'accesso a documenti afferenti a procedimenti amministrativi. In disparte la problematicità della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi nel diritto dell'Unione, si deve infatti osservare come il riconoscimento di uno standard più elevato di tutela della trasparenza relativa ai documenti legislativi possa celare il rischio di una diminuzione della tutela nel caso di richieste d'accesso del pubblico a documenti non legislativi (39). Ciò si verifica, in particolar modo, in tutte quelle ipotesi in cui, secondo un indirizzo giurisprudenziale che non va esente da criticità, le corti europee hanno riconosciuto la possibilità per l'istituzione interessata di basarsi su presunzioni generali di riservatezza applicabili a determinate categorie di documenti (40): è il caso, ad esempio, dei documenti attinenti ai procedimenti in materia di aiuti di Stato (41), alle procedure di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (42), ovvero ai documenti relativi alla fase precontenziosa di un procedimento di inadempimento (43), in cui

“l'applicazione delle presunzioni generali è essenzialmente dettata dall'esigenza imperativa di garantire il corretto funzionamento delle procedure in questione e di garantire che non ne vengano compromessi gli obiettivi” (44).

A ben vedere, è al riconoscimento di una simile presunzione generale di riservatezza che l'EBA ha tentato di orientare le proprie difese nella vicenda che qui si esamina (45). L'agenzia europea ha, invero, riconosciuto l'eccezionalità dell'interesse pubblico alla divulgazione, ribadendo al contempo la necessità di assicurare uno spazio deliberativo protetto al fine di consentire ai membri del *board* di agire in modo indipendente e obiettivo, al riparo da qualsiasi forma di influenza pubblica o privata.

Come osservato, a tali argomentazioni il Mediatore oppone due importanti statuizioni di principio: in primo luogo, afferma opportunamente che il Reg. n. 1049/2001 si applica a *tutti* [enfasi nel testo] i documenti detenuti da istituzioni, organi e organismi, a prescindere dalla loro natura legislativa o meno (46); in secondo luogo, conclude nel senso della necessità di impostare correttamente il rapporto regola-eccezione, confermando il principio generale della libera accessibilità dei documenti detenuti dell'agenzia, non limitabile a priori sulla base di un mero rischio astratto e non comprovato di pressioni esterne ovvero della tutela di un presunto “safe space” di discussione aperta e franca per i membri degli organi decisionali. A tale stregua l'EBA non potrà giovare di una presunzione relativa di segretezza dei propri atti interni e potrà, di conseguenza, rifiutare l'accesso al pubblico solamente là dove riesca a dimostrare che la *disclosure* è concretamente ed effettivamente in grado di arrecare

(37) Punto 14 della citata decisione.

(38) Punto n. 17 della citata decisione.

(39) Mette in luce tale rischio I. Piazza, *Diritto d'accesso e triloghi*, cit., 490, riportando l'esempio di quanto statuito dal Trib. UE, sent. 7 febbraio 2018, *Access Info Europe c. Commissione*, T-852/16, punti 84 ss., spec. 97 secondo cui “spetta tuttavia al richiedente far concretamente valere le circostanze su cui si fonda siffatto interesse pubblico prevalente che giustifica la divulgazione dei documenti in questione. Sul punto, altresì D. Curtin - M. Hillebrandt, *Transparency in the EU: constitutional overtones, institutional dynamics and the escape hatch of secrecy*, in A. Lazowski - S. Blockmans (eds.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, 2016, 208.

(40) Cfr., in particolare, Trib. UE 13 novembre 2015, T-424/14 e T-425/14, *ClientEarth c. Commissione*, punti 64 e 65, ove si richiamano le principali ipotesi di presunzioni generali di diniego di accesso a documenti.

(41) Corte giust., 29 giugno 2010, C-139/07 P, punto 61 *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau*.

(42) Corte giust., 28 giugno 2012, C-404/10 P, punto 123 *Commissione c. Éditions Odile Jacob*.

(43) Corte giust., 11 maggio 2017, C-562/14 P *Spirlea c. Commissione*, con nota di 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. comunit.*, 2018, 223.

(44) Trib. UE, *ClientEarth c. Commissione*, cit., punto 67.

(45) La Decisione dell'EBA, del 22 gennaio 2020 contenente le *Rules of Procedure of the Board of Supervisors* (EBA/DC/2020/307) prevede, infatti, all'art. 6(9), che “*All proceedings of the Board of Supervisors shall be confidential*”. Ma sul punto, cfr. la sopra citata decisione del Mediatore relativa all'EIOPA, in cui si ribadisce che “*EIOPA cannot avail itself of its Board's Rules of Procedure, which provide that all Board proceedings are confidential, to deny public access to documents if primary or secondary EU law requires their disclosure*”.

(46) Salvo poi ritenere, sulla base di un'analisi relativa allo scopo e al contesto di formazione dei documenti in parola, che “*also documents related to the procedure for the adoption of BUL recommendations should benefit from the wider access granted to legislative documents*”.

un pregiudizio agli interessi protetti dalle eccezioni di cui all'art. 4 del citato Reg. n. 1049/2001 (47).

Agenzie europee, trasparenza e accountability

La decisione del Mediatore assume inoltre particolare rilievo nella prospettiva della graduale costruzione di un adeguato regime di *accountability* delle autorità amministrative europee (48). Come noto, a tale nozione possono ricondursi diverse tecniche attraverso le quali i poteri pubblici sono chiamati a rendere conto della propria attività a una pluralità di soggetti destinatari (49). Essa non coincide, dunque, con il rispetto del principio di legalità o della *rule of law*, inglobando al suo interno anche altri istituti preordinati ad assicurare, in buona sostanza, la "controllabilità" dell'esercizio del potere.

Tra gli strumenti di *accountability* un ruolo essenziale è notoriamente svolto dagli istituti della trasparenza (50). Questa costituisce infatti un "principio applicabile non solo all'attività amministrativa in senso stretto, quanto piuttosto al rapporto fra soggetti depositari del potere pubblico e soggetti destinatari del potere" (51), come canone cioè che, in quanto capace di ri-costituire un legame tra poteri pubblici e cittadini, consente di recuperare (*rectius*: di

razionalizzare) le carenze della legittimazione democratico-rappresentativa in senso tradizionale. La trasparenza rileva, in altri termini, come strumento che non esaurisce la propria portata nell'ambito della c.d. *rule of law* amministrativa, ossia in quell'insieme di istituti e garanzie posti a tutela dei destinatari dell'azione amministrativa (52), ma acquista una dimensione più ampia come meccanismo capace di assicurare il controllo diffuso sull'attività dell'agenzia da parte della generalità dei cittadini, con ciò perseguendo un triplice ordine di obiettivi: incrementare la controllabilità e la responsabilità dell'autorità amministrativa; favorire la funzionalità e il buon andamento della stessa; assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa (53).

Occorre inoltre ricordare che, con riferimento alle agenzie europee, la questione dell'*accountability* si è tradizionalmente posta in correlazione con la scarsa legittimazione politica di tali organismi, con il mancato riconoscimento di uno statuto costituzionale e, dunque, con i limiti che ne circondano l'azione. Non si intende in questa sede riflettere compiutamente su tali questioni, ma solo mettere in luce come, nel caso delle agenzie europee, la previsione di una fitta trama di strumenti di *accountability* assuma rilievo anche nella prospettiva di una loro più solida legittimazione, e come ciò risulti tanto più

(47) Sulla scorta della giurisprudenza europea, occorrerà inoltre che l'autorità che intenda negare l'accesso a un documento sulla base di tali eccezioni "motivi le ragioni per cui la divulgazione possa arrecare concretamente ed effettivamente pregiudizio all'interesse tutelato che essa invoca; tale rischio per di più deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico" (cfr., ad es., Corte giust. 21 luglio 2011, C-506/08 P, punto 76, *Svezia c. MyTravel e Commissione*; sent. *Svezia e Turco c. Consiglio*, cit., punto 43).

(48) Come noto, nel diritto amministrativo europeo il tema ha assunto particolare importanza a seguito della progressiva emersione di figure organizzative decentrate, sottratte all'influenza politica della Commissione europea e dotate di particolare autonomia tecnico-scientifica ovvero di uno statuto di indipendenza. In tema, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. almeno C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford, 2002; E. Fisher, *The European Union in the Age of Accountability*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, 495; C. Harlow - R. Rawlings, *Promoting Accountability in MultiLevel Governance: A Network Approach*, in *Eur. Law Journal*, 2007, 542; D. Curtin, *Executive Power of the European Union*, cit., spec. 246; B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009; E. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 29. Con particolare riferimento alle agenzie europee, M. Busuioc, *Accountability, Control and Independence: the case of European agencies*, in *Eur. Law Journal*, 2009, 599; Ead., *The Accountability of European Agencies. Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft, 2010.

(49) Cfr., in tal senso, la nota definizione di *accountability* proposta da M. Bovens, *Analysing and assessing accountability: a conceptual framework*, in *Eur. Law Journal*, 2007, 250, secondo il quale "*Accountability is a relationship between an actor and a*

forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgement, and the actor may face consequences".

(50) Cfr., ad esempio, J. Black, *Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes*, in *Regulation and Governance*, 2008, 2, 137. Ma si v. altresì M. Bovens, *op. cit.*, 450, secondo il quale il processo di *accountability* si articola essenzialmente in tre fasi: (i) *informing*, (ii) *debating (discussing and questioning)* and (iii) *possibility of consequences*; nella prima fase, che costituisce la precondizione per l'effettivo svolgimento delle successive, l'autorità fornisce "all'esterno" documenti e informazioni circa il proprio operato attraverso diversi canali.

(51) A. Simonati, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa*, cit., 316.

(52) In tal senso possono leggersi le garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo o il diritto di accedere al proprio fascicolo. Come rileva E. Chiti, *L'accountability delle reti*, cit., spec. 58 ss. si tratta degli strumenti di *accountability* più sviluppati nelle autorità amministrative dotate di poteri finali, in quanto appartenenti a quel nucleo fondamentale di istituti che costituiscono la componente garantistica del diritto amministrativo europeo.

(53) Sulla trasparenza come strumento di controllo diffuso preordinato a diverse finalità, cfr. in particolare F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in Id. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., spec. 11 ss.; analogamente, G. Arena, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, ivi, 29 ss., il quale mette in luce le diverse declinazioni funzionali della trasparenza a seconda del modello di amministrazione in cui essa si inserisce. Sul rapporto tra trasparenza e imparzialità, per tutti, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

essenziale allorché, come nel nostro caso, le agenzie europee risultino dotate di ampi poteri, d'un lato, e connotate da un regime di quasi-indipendenza, dall'altro.

Si deve, invero, osservare come, nel complesso, il regime di *accountability* delle autorità europee di vigilanza finanziaria, pur a fronte di una significativa espansione delle competenze, risulti ancora piuttosto debole, e non del tutto adeguato a realizzare il difficile equilibrio tra la dimensione strutturale dell'indipendenza e quella funzionale dell'esercizio di poteri amministrativi spesso implicanti (anche) scelte di *policy* (54). Ciò si avverte, in particolar modo, in relazione ai profili della c.d. *political accountability* (55). Devono essere allora salutate con favore le indicazioni provenienti dal Mediatore europeo nella decisione in commento. Come osservato in precedenza, questa configura il diritto di accesso del pubblico come una delle possibili estrinsecazioni del principio di trasparenza finalizzata ad assicurare il controllo e, con esso, la fiducia dei cittadini circa il corretto operato dell'autorità amministrativa. In tale direzione sembrano muoversi, del resto, anche le considerazioni relative al conflitto di interessi e alla necessità di assicurare l'imparzialità del processo decisionale e dei membri del consiglio di vigilanza. La accessibilità dei documenti contenenti le votazioni e le discussioni interne consente, così, un miglior scrutinio da parte del pubblico circa i rischi di "cattura" dei componenti degli organi decisionali da parte degli operatori finanziari ovvero da parte degli interessi nazionali (56).

Ciò rafforza l'efficacia e la credibilità dell'azione dell'agenzia, assicurando altresì che i membri degli

organi decisionali agiscano in modo indipendente (anche in quanto percepiti, dall'esterno, come indipendenti), nel perseguimento dell'esclusivo interesse dell'Unione. Attraverso il riconoscimento ampio del diritto d'accesso del pubblico ai documenti facenti parte del processo decisionale dell'autorità, il Mediatore sembra allora contribuire ad accrescere la *public reputational accountability* e la *market accountability* dell'autorità di vigilanza (57).

Il ruolo del Mediatore europeo

Un'ultima considerazione attiene al ruolo del Mediatore europeo (58). Questo offre un importante strumento di protezione dei diritti previsti dai trattati, fungendo - a tale stregua - anche da elemento costitutivo del sistema europeo di giustizia amministrativa (59). La denuncia al Mediatore rappresenta, a ben vedere, tanto un meccanismo di tutela amministrativa a carattere rimediabile posto a disposizione dei singoli (*uti cives*), quanto - e soprattutto - uno strumento di completamento di quella variegata trama di istituti volti ad assicurare il corretto ed efficace svolgimento dell'attività amministrativa, secondo una logica di *accountability* (60).

All'obiettivo di "riparare" la violazione lamentata dal denunciante si accompagna, cioè, di frequente "un'azione orientata alla futura attività di *implementation* e all'obiettivo di '*getting it right*', al fine di prevenire future contestazioni e di migliorare in generale il rapporto tra cittadini e amministrazione" (61). Nel fare ciò, lo scrutinio del Mediatore non risulta limitato alla mera legittimità dell'atto censurato, ma si

(54) Sul punto, sia consentito fare rinvio a A. Magliari, *La proposta di riforma delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, cit., 433.

(55) In questi termini, rispetto alle agenzie in parola appare più difficile configurare strumenti diretti di *political accountability*. Sul punto, cfr. M. Clarich, *Un approccio "madinsoniano"*, in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 92, secondo il quale per le autorità indipendenti l'*accountability* deve essere costruita facendo ricorso ad una pluralità di strumenti di controllo e collegamento che creino le "condizioni istituzionali atte a far sì che nessuno in particolare controlli le autorità e che, nondimeno, esse siano sotto controllo". La natura quasi-indipendente delle autorità europee di vigilanza finanziaria è messa in luce, *ex multis*, da E. Chiti, *Le trasformazioni delle Agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 58; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 129.

(56) L'eccessiva esposizione della *governance* delle tre autorità di vigilanza finanziaria rispetto agli interessi nazionali è, da ultimo, messa in luce dalla Commissione, *Report on the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs)*, Brussels, 23 maggio 2022 - COM(2022) 228 final.

(57) In tal senso, S. Del Gatto - E. Chiti, *L'accountability delle amministrazioni europee. Tre studi di caso*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 972.

(58) In generale, sul Mediatore europeo si v., *ex multis*, M.P. Chiti, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 303; P. Magnette, *Between parliamentary control and the rule of law: The political role of the Ombudsman in the European Union*, in *Journal of Eur. Public Policy*, 2003, 677; S. Cadeddu, *Le procedure del Mediatore europeo*, in F. Bignami - S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 241; A. Tsadiras, *The Ombudsman*, in P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 829; N. Vogiatzis, *The European Ombudsman and Good Administration in the European Union*, London, 2018; F. Battaglia, *Il Mediatore europeo*, Bari, 2020.

(59) P. Chirulli - L. De Lucia, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, spec. 5.

(60) Cfr., a tale riguardo, i contributi raccolti in H.C.H. Hofmann - J. Ziller (eds.), *Accountability in the EU: the role of the European Ombudsman*, Cheltenham-Northampton, 2017.

(61) P. Chirulli - L. De Lucia, *op. cit.*, 198.

estende all'esame della correttezza in senso lato dell'azione amministrativa.

Come la vicenda in esame ben dimostra, l'intervento del Mediatore non solo ha consentito di risolvere la controversia tra il privato che aveva proposto istanza di accesso ai documenti e l'autorità che ne rifiutava la divulgazione, ma ha portato altresì a una correzione delle regole e delle prassi interne all'amministrazione interessata in punto di conflitto di interessi e di accesso ai verbali contenenti le votazioni e le discussioni degli organi decisionali. A una prospettiva *re-active*, tipica degli strumenti rimediali, si accompagna allora un ruolo *pro-active* del Mediatore nella progressiva elaborazione e perfezionamento dei principi che informano la buona amministrazione europea (62). Anche nel caso qui considerato si può invero registrare, d'un lato, l'elevato tasso di effettività delle decisioni del Mediatore e, dall'altro, l'importanza del contraddittorio ai fini della composizione della controversia tramite la ricerca della soluzione più conforme ai canoni della trasparenza, imparzialità e buona amministrazione (63).

La rilevata commistione tra scopo rimediale e capacità di conformare l'attività amministrativa (64) ben si riflette, del resto, sul modo in cui il Mediatore ha negli anni contribuito a plasmare la nozione e il contenuto della trasparenza nel diritto europeo. È noto, invero, l'apporto fondamentale del Mediatore

europeo all'affermazione di un diritto europeo alla trasparenza: il Mediatore ha ampiamente promosso l'adozione del Reg. CE n. 1049/2001, così come l'inserimento nella Carta dei diritti fondamentali del diritto a una buona amministrazione (art. 41) e del diritto di accesso ai documenti (art. 42) (65); inoltre, nell'ambito delle denunce poste alla sua attenzione, il Mediatore ha contribuito a declinare in termini più puntuali il contenuto e i limiti del diritto d'accesso del pubblico ai documenti e - simmetricamente - a specificare gli obblighi incombenti sui pubblici poteri (66); si è fatto, infine, di frequente promotore presso le istituzioni e la società civile dei valori della pubblicità e della trasparenza nella prospettiva della valorizzazione delle istanze democratiche in essi racchiusi (67).

L'opera interpretativa e applicativa del Mediatore ha consentito, così, di valorizzare tanto la dimensione prevalentemente individuale della trasparenza, come diritto di ciascun cittadino ad accedere ai documenti, quanto una sua concezione più ampia e proattiva (68), come strumento funzionale al controllo diffuso sull'operato dei pubblici poteri, alla partecipazione dei singoli e della società civile ai processi decisionali, al riavvicinamento dei cittadini alle istituzioni e, in definitiva, al rafforzamento della legittimazione democratica dell'Unione europea e della sua amministrazione satellitare.

(62) Sul punto, S. Cadeddu, *op. cit.*, 241, ove si mette in evidenza la duplice natura del Mediatore come "controllore dei procedimenti amministrativi comunitari" e "codificatore" dei canoni e dei principi di buona amministrazione.

(63) Del resto - come rileva, ad esempio, A. Tsadiras, *The European Ombudsman's remedial powers*, cit., 845 - il *proprium* dello strumento consiste, appunto, nel cercare una mediazione ovvero una soluzione amichevole della controversia, sulla base di un "*conciliatory ethos*".

(64) Cfr., analogamente, P. Chirulli - L. De Lucia, *op. cit.*, 220, ove si rileva la commistione tra elementi di *adjudication* e di *implementation* nell'azione del Mediatore.

(65) Cfr., in particolare, l'indagine strategica compiuta di propria iniziativa dal Mediatore nel 1996 relativa all'accesso del pubblico ai documenti (case 616/PUBAC/F/IJH, 5 giugno 1996). Sottolinea l'attività di impulso e sensibilizzazione svolta dal Mediatore in relazione al diritto d'accesso del pubblico ai documenti, D.-U.

Galetta, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, cit., 265.

(66) Si deve, infatti, osservare che una gran parte delle indagini concluse dal Mediatore, circa un terzo del totale, ha riguardato proprio questioni legate alla trasparenza e all'accesso ai documenti. Lo registra, ad esempio, F. Battaglia, *Il Mediatore europeo*, cit., 173; ma in tal senso si legga altresì il discorso della Mediatrix Emily O'Reilly, *How transparent are EU institutions?*, del 23 maggio 2018, pubblicato sul portale www.ceps.eu, in cui si sottolinea che "*The big concerns at EU level transmitted to my office are often to do with transparency around decision-making, including how those decisions are influenced through lobbying*".

(67) J. Schwarze, *Access to documents under European Union Law*, cit.; D. Curtin, *Executive Power of the European Union*, cit., 215, ove si qualifica il Mediatore come "*an important catalyst for openness and transparency*".

(68) D. Curtin, *Executive Power of the European Union*, cit., 215.