

Chapitre 8

Droit comparé : le droit d'accès aux documents administratifs en Italie

par

Roberto GIOVAGNOLI

Conseiller d'État au Conseil d'État d'Italie

Section 1

L'introduction du droit d'accès aux documents administratifs en Italie

La reconnaissance du droit d'accès aux documents administratifs, opérée de manière générale par la loi n° 241/1990, a profondément modifié le rapport entre l'administration et les citoyens. Dans l'ordre juridique italien, jusque dans les années quatre-vingt, l'activité administrative était secrète par principe, et susceptible d'être connue à titre exceptionnel ; suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 241/1990, la situation s'est inversée, avec pour conséquence que « l'opacité » caractérisant traditionnellement les actes de l'administration a cédé la place au principe de transparence.

Section 2

La titularité du droit d'accès aux documents administratifs

L'accès aux documents administratifs régi par la loi n° 241/1990 est un accès de nature « instrumentale ». Il ne saurait être reconnu à tout citoyen ni donner lieu à un contrôle large et généralisé de l'activité de l'administration ; au contraire, la titularité du droit d'accès aux documents administratifs est subordonnée à l'existence d'un intérêt à la protection d'une situation juridiquement pertinente (art. 22 de la loi n° 241/1990 dans sa version d'origine).

Concrètement, il doit donc s'agir d'un intérêt lié aux besoins spécifiques du requérant et, comme tel, d'un intérêt sérieux, qui ne saurait être considéré comme suiviste ni être réduit à de la simple curiosité, et surtout il doit être relatif au requérant en tant que titulaire d'une position subjective juridiquement pertinente et dont l'ordre juridique estime qu'elle mérite d'être protégée.

La position pertinente peut également être distincte du droit ou de l'intérêt légitime, mais elle doit être protégée par l'ordre juridique (non pas un intérêt de pur fait, ni une forme de contrôle de l'action administrative).

La position justifiant l'accès aux documents administratifs n'a cependant pas besoin de posséder toutes les conditions qui justifieraient un recours contre l'acte ayant porté atteinte à la position subjective revendiquée ; il suffit que le requérant soit titulaire d'une position juridiquement pertinente et que son intérêt se fonde sur cette position.

Les positions juridiquement protégées, justifiant la demande d'accès aux documents administratifs, ne sont donc pas seulement celles liées à la protection juridictionnelle, mais elles comprennent toutes les formes de protection, de défense ou de sauvegarde de la position de la personne qui peuvent également être de nature simplement morale, ou liées à des positions inhérentes de formations sociales.

§ 1. L'accès en matière d'environnement

Une extension du droit d'accès aux actes administratifs est prévue en matière d'environnement, où, lors de la transposition des directives communautaires, tout d'abord par le décret législatif n° 39/1997, puis par le décret législatif n° 195 du 19 août 2005, il a été garanti, en vue d'une plus grande transparence, que l'information environnementale serait systématiquement et progressivement mise à la disposition du public et diffusée, notamment par des moyens de télécommunication et des outils informatiques, sous des formes et des formats facilement consultables, en promouvant notamment à cette fin l'usage des technologies de l'information et de la communication.

Après les tergiversations initiales de la jurisprudence, il a été reconnu que le décret législatif n° 39 du 25 février 1997 (pris en transposition de la directive 90/313/CEE) a introduit un cas particulier d'accès aux documents administratifs en matière d'environnement qui se caractérise, par rapport au cas général prévu par la loi n° 241 de 1990, par deux nouveautés : l'extension du cercle des personnes autorisées, car les informations en matière d'environnement appartiennent à tous ceux qui en font la demande, sans qu'il soit nécessaire d'établir un intérêt particulier et qualifié, et le contenu des connaissances auxquelles il est possible d'accéder, vu qu'il n'est objectivement pas limité aux seuls documents administratifs déjà établis et dont l'administration peut pleinement disposer et permet l'accès à des « informations » sur l'environnement (*Cons. Stato, sect. IV, 7 septembre 2004, n° 5795*).

Il a donc été souligné qu'en ce domaine, l'accessibilité des données est vue comme un instrument visant à garantir un contrôle social généralisé sur la qualité de l'environnement, et de nature à justifier la suppression de tout seuil de recevabilité subjective et à conférer une importance autonome à ce type d'accès.

Section 3

Les documents accessibles

L'article 22, alinéa 1, sous *d*, de la loi n° 241/90, tel que remplacé par la loi n° 15/2005, définit, en vue d'y accéder, comme « document administratif » toute représentation graphique, photographique, cinématographique, électromagnétique ou de toute autre type, du contenu d'actes, même internes ou ne concernant pas une procédure spécifique, détenus par une administration et visant des activités d'intérêt public, indépendamment du caractère public ou privé de leur réglementation matérielle.

Au regard de la version initiale de cette disposition, il est manifeste que les actes ne doivent pas nécessairement être relatifs à une procédure spécifique, qu'il n'est pas exigé qu'ils aient été accomplis par l'administration à laquelle a été transmise la demande, ces actes pouvant également être simplement détenus par celle-ci, et que l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs n'est en aucune manière influencé par le caractère privé ou public de la réglementation matérielle.

Par principe, tous les documents administratifs sont accessibles, à l'exception de ceux indiqués à l'article 24, alinéas 1, 2, 3, 5 et 6.

Cela permet de résoudre les litiges relatifs à l'accessibilité de certains types d'actes, tels que les actes préparatoires ou internes : ce n'est que s'ils relèvent d'un des cas d'exclusion, limitativement prévus, que ces actes peuvent être rendus inaccessibles ; sinon, le fait même de leur existence et de la possibilité d'avoir été pris en considération par l'administration justifie l'accès demandé, sans que l'administration puisse apprécier unilatéralement leur importance pour les intéressés.

Il est incontestable en revanche que l'accès aux documents administratifs ne peut concerner des documents en l'état inexistants et devant être créés pour donner une réponse à la demande.

Font l'objet d'un accès les documents administratifs et les informations non génériques sur les activités de l'administration, même si la demande d'accès n'a pas besoin d'indiquer de manière précise les documents visés dans la demande, dans la mesure où très souvent le particulier ignore quels sont les documents qui contiennent les informations demandées, de sorte qu'il incombe à l'administration d'identifier les documents dans lesquels figurent les informations sollicitées, dans le cas où sont réunies les conditions autorisant l'accès.

Ces principes connaissent une dérogation en matière d'environnement où, comme nous l'avons déjà expliqué, en vertu du décret législatif n° 195/2005, les simples informations relatives à l'environnement doivent également être rendues disponibles et une dérogation partielle pour ce qui concerne les collectivités locales, compte tenu de ce que l'article 10 du décret législatif n° 267/2000 prévoit que le règlement des collectivités locales dicte les règles nécessaires pour garantir aux citoyens l'information sur l'état des actes et des procédures et sur l'ordre d'examen des demandes, projets, et mesures qui en tout état de cause les concernent et garantit le droit d'accès des citoyens, en général, aux informations que détient l'administration.

Cette dernière disposition ne présuppose pas un droit d'accès différent pour les collectivités locales, mais laisse à la discrétion de chaque administration la possibilité de prévoir des modalités d'accès concernant également des informations non traduites, formellement, en documents, dans le cadre du pouvoir des Régions et des collectivités locales, selon leurs compétences respectives, de garantir des niveaux supplémentaires de protection (art. 22, al. 2).

La loi n° 241/1990 prévoit comme niveau essentiel des prestations concernant les droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national, le droit d'accès aux documents administratifs dans les formes qui sont décrites ici ; par rapport à ce niveau minimal, s'il n'est pas possible localement de prévoir des dérogations visant à restreindre l'accès demandé, il est toujours possible d'étendre la protection du citoyen en garantissant une transparence de l'administration encore supérieure à celle garantie par la loi n° 241.

Section 4

Les limites à l'exercice du droit d'accès

Après avoir rappelé que tous les documents administratifs sont accessibles en l'absence d'une interdiction expresse, il y a lieu de passer maintenant à l'examen des limites juridiquement prévues au droit d'accès aux documents administratifs.

L'accès aux actes administratifs ne peut être exclu en invoquant d'une manière générale la nécessité de préserver le caractère secret desdits actes, mais seulement en ramenant le cas à des situations abstraites correspondant à des dispositions spécifiques de la loi complétées par des règlements.

Sur le plan des sources, l'article 24 de la loi n° 241/1990 indique non seulement, de manière exhaustive, certaines limites à l'exercice du droit d'accès (al. 1), mais également certaines nécessités d'exclure l'accès aux actes, au regard desquelles doit s'exercer le pouvoir réglementaire du Gouvernement de prévoir les cas d'exclusion d'accès aux documents administratifs (al. 6).

Les limites exhaustives, qui présentent un caractère objectif et sont directement posées par la loi, visant à la protection d'intérêts publics fondamentaux et prioritaires par rapport à l'intérêt général de connaissance des documents administratifs jouent dans les cas suivants :

- a) les documents couverts par le secret d'État ;
- b) les cas de secret ou d'interdiction de divulgation expressément prévus par la loi, par les règlements et par les administrations conformément à l'alinéa 2 de l'article 24 ; parmi les cas de secret ou d'interdiction de divulgation autrement prévus par l'ordre juridique, il y a lieu de mentionner le secret industriel (décret royal n° 1161/1941), le secret scientifique ou industriel visé à l'article 623 du Code pénal (informations destinées à demeurer secrètes concernant des découvertes ou des inventions scientifiques ou des applications industrielles), le secret commercial, le secret bancaire (art. 7 du décret législatif n° 385/1993 relatif aux informations en possession de la banque d'Italie en raison de son activité de surveillance) et le secret professionnel ;
- c) les actes des procédures fiscales, pour lesquelles s'appliquent les règles spécifiques qui les régissent ;
- d) l'activité de l'administration visant à la prise d'actes réglementaires, administratifs généraux, de planification et de programmation, pour lesquels s'appliquent les règles particulières qui en régissent l'élaboration ;
- e) des documents administratifs contenant des informations à caractère psychologique relatifs à des tiers et utilisés dans des procédures de sélection.

L'article 24, alinéa 5, ajoute que les documents contenant des informations liées aux documents secrets ne sont considérés comme secrets que dans le cadre et dans les limites de ce lien. À cette fin, les administrations fixent notamment, pour chaque catégorie de documents, l'éventuel délai pendant lequel est exclu tout accès les concernant.

Pour les documents susmentionnés, exclus de l'accès conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 22, chaque administration doit identifier les catégories de documents par elle élaborés ou en tout état de cause dont elle dispose et visés par l'exclusion ; il s'agit d'un pouvoir de spécification à exercer dans le cadre des limites au droit d'accès posées par la loi.

Enfin, d'autres hypothèses d'exclusion d'accès aux documents administratifs peuvent être prévues, conformément à l'alinéa 6 de l'article 24, par voie réglementaire dans les cas suivants :

- a) atteinte, spécifique et identifiée, à la sécurité et à la défense nationale, à l'exercice de la souveraineté nationale et au maintien des bonnes relations internationales, concernant notamment les hypothèses prévues par les traités et les lois de transposition y afférentes ;
- b) atteinte aux processus de formation, de détermination et de mise en œuvre de la politique monétaire ;

- c) nécessité de protection de l'ordre public, de prévention et de répression de la criminalité concernant notamment les techniques d'investigation, l'identité des sources d'information et la sécurité des biens et des personnes impliquées, l'activité de police judiciaire et de conduite des enquêtes ;
- d) lorsque les documents visent la vie privée ou la confidentialité de personnes physiques, de personnes morales, de groupes, d'entreprises et d'associations, concernant notamment des intérêts en matière de correspondance, de questions sanitaires, professionnelles, financières, industrielles et commerciales dont ils sont titulaires *in concreto*, alors même que les données y afférentes sont fournies à l'administration précisément par les personnes auxquelles elles se réfèrent ;
- e) l'activité en cours de négociation collective nationale de travail et les actes internes liés à l'exécution du mandat y afférent.

§ 1. Accès aux actes administratifs et confidentialité

L'aspect le plus délicat des limites posées à l'exercice du droit d'accès aux actes administratifs est sans nul doute celui du rapport entre droit d'accès et droit à la confidentialité.

Il s'agit de deux droits, souvent opposés l'un à l'autre, qui ont été qualifiés de « séparés sous le même toit » : en effet, d'une part, la loi n° 241/90 a codifié un droit aux informations contenues dans les documents administratifs et, d'autre part, ce droit entre souvent en conflit avec le droit à la confidentialité revendiqué par d'autres personnes.

Dans le passé, bien que disposant d'une référence constitutionnelle dans les droits de la personnalité visés à l'article 2 de la Constitution, le droit à la confidentialité n'avait pas de réglementation spécifique en vue de sa protection ; cette réglementation est ensuite intervenue par l'effet tout d'abord de la loi n° 675 de 1996 puis du nouveau Code sur la vie privée (décret législatif n° 196 de 2003).

Il a été souligné que le droit à la confidentialité n'indique plus seulement une position fondamentalement passive de la personne, qui se fonde sur l'intolérance d'ingérences externes, mais il va plus loin ; grâce au décret législatif n° 196 de 2003 et, en conséquence, par la codification du droit à l'autodétermination de l'information, chacun d'entre nous peut protéger ses données personnelles, chacun ayant le droit de s'offrir aux autres dans les termes exacts dans lesquels il souhaite que cela se produise, en décidant par avance des informations personnelles qu'il est disposé à communiquer aux tiers. Le droit positif a désormais proposé une conception dynamique du concept de confidentialité et d'identité personnelle : et c'est en cela que consiste cette importante évolution.

La confidentialité concerne des données personnelles et celles-ci peuvent être insérées dans des documents administratifs, pour lesquels est prévu un droit d'accès ; de là naît le possible conflit entre les deux droits.

Ce conflit a été initialement résolu par la jurisprudence aux termes d'une solution en faveur de la prévalence du droit d'accès, bien que prévoyant certains tempéraments.

L'assemblée plénière du *Consiglio di Stato* a affirmé que lorsque l'accès aux documents administratifs est motivé par la protection ou la défense d'intérêts juridiques propres, il prévaut sur le besoin de confidentialité du tiers ; si nécessaire avec un droit d'accès limité, autorisé sous forme de visionnage des actes au lieu de l'obtention d'une copie (*Cons. Stato*, Ass. plén., du 4 février 1997, n° 5).

Le droit à la confidentialité s'incline donc lorsque l'accès même aux documents administratifs est exercé pour la défense d'un intérêt juridique, dans les limites où il est nécessaire à la défense de cet intérêt.

L'entrée en vigueur de la loi n° 675/1996 n'a pas eu pour effet de rendre incompatibles les droits d'accès et à la vie privée, car conformément à l'article 43, alinéa 2, de la loi 675/96 (voy. aujourd'hui l'art. 59 du décret législatif n° 196/2003), les dispositions en matière d'accès aux documents administratifs prévues par la loi n° 241 de 1990, lesquelles trouvent une référence constitutionnelle directe dans le principe de transparence de l'administration (art. 97 Const.), continuent à s'appliquer.

Il incombe donc aux administrations destinataires des demandes d'accès d'en apprécier les conditions à la lumière de la loi n° 241/90, étant entendu que l'éventuelle prééminence des raisons du demandeur à l'accès aux actes administratifs par rapport aux besoins de confidentialité du tiers auquel se réfèrent les documents est le fruit d'une évaluation effectuée directement par l'ordre juridique et non par l'administration ; donc tout élément de pouvoir discrétionnaire au sens propre, et ceci dans le sens d'opportunité, est étranger aux décisions prises par l'administration au regard des demandes d'accès, seules pouvant tout au plus être envisagées des marges restreintes d'appréciation technique, soumise à l'examen sévère du juge administratif.

Le décret législatif n° 196/2003 pose les principes applicables aux données sensibles (et judiciaires), en introduisant une sorte de graduation dans la protection de la confidentialité, plus atténuée pour les données communes, accrue pour les données sensibles et, parmi celles-ci, encore plus élevée pour les données afférentes à la santé ou à la vie sexuelle de l'intéressé (données dites ultrasensibles).

La lecture combinée de l'article 59 précité et de l'article 24, alinéa 7, de la loi n° 241/90 fait ressortir les indications du législateur concernant le rapport entre accès aux documents administratifs et confidentialité : comme cela a déjà été précisé par la jurisprudence, l'accès prévaut lorsque la connaissance des actes est nécessaire pour protéger ou défendre ses intérêts juridiques.

Dans le cas de documents contenant des données sensibles et judiciaires, l'accès est autorisé dans les limites où il est strictement indispensable ; la forme atténuée du seul visionnage des actes n'est plus prévue, même si l'utilisation de l'expression « dans la limite où il est strictement indispensable » pourrait également constituer un moyen de récupérer cette modalité limitée au seul visionnage, qui n'est plus mentionnée par le législateur.

Pour les données dites ultrasensibles (de nature à révéler l'état de santé et la vie sexuelle), l'accès est permis dans les termes prévus à l'article 60 du décret législatif n° 196/03, qui prévoit que « le traitement est autorisé si la situation juridiquement pertinente que l'on entend protéger par la demande d'accès aux documents administratifs est d'un rang au moins équivalent aux droits de l'intéressé, à savoir s'il consiste en un droit de la personnalité ou en un autre droit ou liberté fondamentale et inviolable ».

Pour statuer sur la demande d'accès aux documents administratifs, il est donc nécessaire de procéder à une comparaison entre la situation subjective qui est à la base de ladite demande et le droit à la confidentialité ; à cet égard, la question s'est posée de savoir si cette comparaison devait s'effectuer *in abstracto* ou *in concreto*.

Le *Consiglio di Stato* a opté pour la vérification *in concreto* aux fins de la comparaison entre le droit à la défense revendiqué par le requérant et le droit à la confidentialité, à effectuer en fonction du type de droit à faire valoir en justice, en procédant à une évaluation *in concreto*, attentive aux spécificités de l'affaire soumise en premier lieu à l'examen de l'administration, puis au contrôle du juge saisi en vertu de l'article 25 de la loi n° 241 de 1990. Une vérification *in abstracto* comporterait le risque de solutions préconstituées s'appuyant sur une échelle hiérarchique abstraite des droits en conflit, qui ne permet cependant pas toujours de tenir compte des circonstances de fait spécifiques servant à caractériser chaque cas concret (*Cons. Stato, sect. VI, 30 mars 2001 n° 1882*).

Section 5

Accès et activité de droit privé de l'administration

Une autre question controversée inhérente au droit d'accès aux documents administratifs est celle de l'applicabilité de ce mécanisme à l'activité de droit privé de l'administration.

Concernant l'exercice du droit d'accès par rapport à l'activité dite *iureprivatorum* de l'administration, il y eut dans le passé plusieurs divergences jurisprudentielles entre une thèse restrictive, visant à nier cet accès à l'égard de l'activité de droit privé de l'administration en l'absence d'une disposition juridique expresse, et une interprétation extensive, fondée sur la considération que le champ d'exercice du droit d'accès ne serait pas tant constitué par les « actes administratifs », mais plutôt par « l'activité administrative, qui inclut dans son champ tant l'activité de droit administratif que l'activité de droit privé » puisque cette dernière constitue également une « protection concrète d'intérêts de la collectivité ».

L'assemblée plénière du *Consiglio di Stato* a reconnu que le droit d'accès aux actes et documents administratifs « trouve à s'appliquer à l'égard de tout type d'activité de l'administration, y compris les actes de droit privé » : ceci puisque « toute activité de l'administration est liée à l'intérêt collectif » (*Cons. Stato, Ass. plén., 22 avril 1999, nos 4 et 5*).

La réglementation sur l'accès aux documents administratifs a le même champ d'application que l'article 97 de la Constitution et concerne donc les actes de l'administration en tant que tels, peu importe, afin d'y accéder, que leur réglementation matérielle soit publique ou privée.

La transparence administrative, qui vise à vérifier le lien entre l'action des pouvoirs publics et la protection de l'intérêt public est toujours imposée par le respect des règles d'impartialité et de bonne administration, tant dans l'hypothèse de l'exercice par l'administration de fonctions publiques et de pouvoirs de puissance publique qu'en présence de finalités institutionnelles poursuivies par le recours à des mécanismes régis par les règles de droit privé.

Suite à la réforme opérée par la loi n° 15 de 2005, l'accès aux actes de droit privé des administrations trouve aujourd'hui une reconnaissance juridique exprimée dans le nouveau texte de l'article 22, alinéa 1, sous *d*), de la loi n° 241, en vertu duquel les documents administratifs sont accessibles « indépendamment de la nature publique ou privée de leur objet matériel ».

Cette disposition légale permet donc l'accès, textuellement, indépendamment du régime juridique (qu'il soit de droit privé ou de droit public) dont relève le document visé par la demande de production, du seul fait que ce document a été délivré par une administration dans l'exercice d'une activité d'intérêt public.

L'existence de ces deux conditions (nécessaires et suffisantes) permet de ne pas avoir à vérifier si l'acte accessible relève de l'activité *iureprivatorum* ou est l'expression de pouvoirs de puissance publique : dans les deux cas, le document administratif est en effet accessible dans la mesure où le droit d'accès garantit la transparence de l'action administrative et, par ce biais, l'impartialité et la bonne administration de l'action publique.

Il convient en outre de tenir compte de ce que l'article 22 précité sous *e*) définit l'administration comme étant l'ensemble des personnes de droit public et « les personnes de droit privé de manière limitée à leur activité d'intérêt public régie par le droit national ou communautaire », excluant donc que l'assujettissement au mécanisme de l'accès opère pour des activités caractérisées par une « auto-limitation » ou pour des activités de gestion génériquement instrumentales au service.

Section 6

Les instruments de protection

La protection contre les décisions en matière d'accès aux documents administratifs a été élaborée par le législateur de manière à ne pas rendre vain le fondement de la demande d'accès en raison des délais ordinaires de la procédure, souvent incompatibles avec les besoins de connaissance des documents administratifs.

Les recours en matière d'accès aux documents administratifs sont dévolus à la compétence du juge administratif.

La protection peut être invoquée à l'expiration d'un délai de trente jours à compter du dépôt de la demande, car en l'absence d'une réponse expresse, la demande est réputée rejetée à l'expiration dudit délai ; à peine d'irrecevabilité, le recours doit être notifié dans le délai susvisé à l'administration ainsi qu'aux autres parties, titulaires d'un intérêt entrant en conflit avec celui relatif à l'exercice du droit d'accès.

Si aucun doute ne subsiste quant à la qualité du requérant à agir en cas de mesure, expresse ou tacite, de refus (même partiel) ou de report de l'accès, la question s'est posée de savoir si une protection similaire pouvait être sollicitée par les autres parties contre la mesure ayant accueilli la demande.

Bien que se référant au recours du requérant, l'article 25, alinéa 4, semble préférer retenir, même sur le fondement de la plus large formulation de l'alinéa 5 (aujourd'hui art. 116 c.p.a.), que le recours peut être également formé par une autre partie lésée par la mesure ayant accueilli la demande d'accès relative à la documentation contenant des données la concernant, et qui selon elle ne sauraient être montrées.

Du reste, les tiers étant des parties nécessaires à la procédure contre le refus d'accès aux documents administratifs, dans la mesure où ils ont un intérêt à la confidentialité entrant en conflit avec l'intérêt à la connaissance des actes, il y a lieu de retenir parallèlement que, si l'accès a été autorisé lors de la phase administrative, les autres parties peuvent faire valoir en justice leur droit à la confidentialité, en attaquant la décision de l'administration.

Une confirmation indirecte peut en être trouvée dans la mention expresse, à l'article 22, des « autres parties », en tant que personnes, déterminées ou facilement déterminables en fonction de la nature du document demandé, qui verraient leur droit à la confidentialité compromis par l'exercice de l'accès aux actes administratifs.

Bien qu'en présence d'une protection juridictionnelle plus rapide grâce à une procédure spéciale, le législateur a ressenti le besoin d'introduire un instrument visant à diminuer le contentieux, à savoir la possibilité de former un recours administratif.

La procédure devant le médiateur, précédemment introduite par la loi n° 340 de 2000, a été assortie en 2005 d'une voie de recours devant la Commission d'accès aux documents administratifs.

Le recours à une demande de protection devant ces organes est purement facultatif et ne retire pas au requérant la possibilité d'emprunter également par la suite la voie du recours juridictionnel, dont les délais demeurent suspendus jusqu'à l'issue de la procédure engagée devant le médiateur ou la Commission d'accès aux documents administratifs.

En ce qui concerne les actes des collectivités locales et régionales, la demande de réexamen de la décision de l'administration doit être présentée au médiateur territorialement compétent, alors que les actes des administrations étatiques relèvent désormais de la compétence de la Commission d'accès aux documents administratifs,

instituée en vertu de l'article 27 de la loi n° 241/1990, tel que remplacé par la loi n° 15/2005.

Le recours devant le médiateur ou la Commission d'accès aux documents administratifs est réputé rejeté en l'absence de réponse dans le délai de trente jours supplémentaires à compter du dépôt de la demande.

Si le médiateur ou la Commission d'accès aux documents administratifs estiment illégal le refus ou le report, ils en informent le requérant et le notifient à l'autorité auteur de la décision litigieuse. Si celle-ci ne prend pas de mesure de confirmation motivée dans les trente jours à compter de la réception de la notification du médiateur ou de la Commission d'accès aux documents administratifs, l'accès est autorisé.

Comme cela a déjà été dit, la protection juridictionnelle est garantie à travers une procédure spéciale, qui se déroule rapidement en chambre du conseil et se conclut par une décision en forme simplifiée. Les aspects spécifiques de cette procédure tiennent aux délais pour engager l'action, à la célérité de la procédure qui suit les règles en chambre du conseil ; à la simplification des modalités de défense procédurale et à l'identification du pouvoir du juge si le recours est totalement ou partiellement accueilli (ordre de production du document).

Nous avons déjà dit que la recevabilité de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs ne coïncide pas avec celle du recours contre l'acte portant atteinte à la position subjective revendiquée, mais qu'il suffit que le demandeur soit titulaire d'une position juridiquement pertinente et que son intérêt se fonde sur cette position.

Cependant, dans de nombreux cas, la demande d'accès aux documents administratifs peut être utilisée en vue de la contestation d'une mesure faisant grief et, dans ces cas, se pose le problème du rapport entre la demande d'accès et l'acquisition des mêmes documents au cours de la procédure, ayant pour objet la demande matérielle.

Sous réserve de ce que les documents pertinents aux fins de l'instruction peuvent être acquis par le juge, la loi n° 205/2000 a prévu que, parallèlement à un recours, le refus en matière d'accès aux documents administratifs peut être attaqué par voie de requête présentée devant le président et déposée au greffe de la section à laquelle a été distribué le recours, après notification à l'administration et aux autres parties, et elle est tranchée par une ordonnance rendue en chambre du conseil.

Concernant la nature de cette procédure incidente particulière, la doctrine a fait prévaloir la thèse selon laquelle le juge doit apprécier l'importance de l'acte aux fins de la procédure, indépendamment de l'existence des plus larges conditions visées à la loi n° 241/1990.

En conséquence, face à un refus d'accès aux actes administratifs, l'intéressé a la faculté d'effectuer le recours traditionnel et autonome en matière d'accès sous réserve de l'existence des conditions requises pour pouvoir montrer les documents, ou il peut, si une procédure est déjà pendante en lien à la demande matérielle, attaquer le refus dans le cadre de cette procédure, mais dans ce cas il devra également démontrer l'importance des documents aux fins de l'instruction.

La procédure en matière d'accès aux documents administratifs peut se conclure soit par une décision de rejet du recours, soit par une décision accueillant ledit recours et dans ce cas le juge administratif « si les conditions sont réunies, ordonne la production des documents demandés dans un délai non supérieur, en général, à trente jours, en dictant, si besoin, les modalités y afférentes ».

Par rapport au modèle traditionnel de recours du procès administratif, dans ce cas le législateur a expressément prévu que le juge peut ordonner un *facere* déterminé à l'administration (la production des documents).

La décision d'accueillir un recours ne semble donc pas avoir un caractère constitutif (l'annulation de l'acte attaqué), contenant une condamnation, ou, en tout état de cause, un ordre spécifique à l'encontre de l'administration ; ceci corrobore la thèse de la nature de droit subjectif de l'accès aux documents administratifs, suite également à la disposition expresse prévoyant la subsistance de la compétence exclusive du juge administratif.

Le contrôle du juge aurait donc directement pour objet la demande matérielle visant la connaissance des actes, et non l'acte attaqué ; toutefois, dans le cas où le recours serait déjà déposé par une autre partie, qui s'oppose à l'accès aux documents administratifs, la décision d'accueillir devrait se limiter à l'annulation de l'acte attaqué.

Section 7

La nature juridique du droit d'accès

L'une des questions n'ayant pas encore trouvé de réponse définitive en jurisprudence est celle de la nature juridique de ce que le législateur a qualifié de « droit d'accès » aux documents administratifs.

Malgré la qualification par le législateur de « droit » d'accès, une partie de la jurisprudence a estimé qu'il s'agirait d'un intérêt légitime subordonné à la « protection de situations juridiquement pertinentes » et attribué à la compétence du juge administratif, considéré comme une juridiction supérieure (du moins jusqu'à la loi n° 80/2005).

La question de la nature exacte du droit d'accès aux documents administratifs s'est posée en jurisprudence pour décider de la recevabilité ou non d'un recours formé contre un refus d'accès aux actes simplement confirmatif de précédents refus non contestés procéduralement dans le délai de forclusion de 30 jours visé à l'article 25 de la loi n° 241 du 7 août 1990. Alors que la thèse de l'intérêt légitime excluait à coup sûr cette recevabilité, la thèse du droit subjectif retient que l'expiration du délai de forclusion pour attaquer le refus n'empêcherait pas un particulier de présenter une nouvelle requête, même si son contenu est identique, et d'attaquer la mesure postérieure simplement confirmative du refus. Ceci dans la mesure où la consistance du droit

subjectif de la demande d'accès aurait pour conséquence la possibilité d'attaquer les mesures postérieures dans le délai de prescription.

L'assemblée plénière du *Consiglio di Stato* a résolu la question procédurale en évitant de prendre position sur la nature de l'accès aux documents administratifs, et en affirmant expressément que, aux fins d'identification de la réglementation applicable à la procédure contre les décisions concernant cet accès, il n'apparaît pas utile d'émettre une opinion sur la nature de la position subjective concernée (*Cons. Stato*, Ass. plén., 18 avril 2006 n° 6 et 20 avril 2006 n° 7).

Il a été souligné qu'à l'intérieur du droit plus général des citoyens à l'information sur l'organisation et l'activité administratives, il existe des positions subjectives opposées : intérêt à l'accès aux documents administratifs ; intérêt des tiers à la confidentialité ; protection du secret. Il s'agit de situations subjectives qui, plutôt que de fournir des utilités finales (caractéristique à reconnaître, désormais, non seulement aux droits subjectifs mais aussi aux intérêts légitimes), apparaissent caractérisées par le fait d'offrir au titulaire de l'intérêt des pouvoirs de nature procédurale visant dans un sens instrumental la protection d'un intérêt juridiquement pertinent (droits ou intérêts). Le caractère instrumental de ces positions se reflète inévitablement dans l'action correspondante, par laquelle la protection de la position subjective est garantie : la procédure de recours permet de garantir la protection de l'intérêt juridiquement pertinent et, en parallèle, de prendre en compte le besoin de stabilité des situations juridiques et de certitude des positions des autres parties, garanties par le délai de forclusion.

Le délai de 30 jours pour former un recours en matière d'accès aux documents administratifs a, selon l'assemblée plénière, une nature de forclusion avec pour conséquence que l'absence de contestation du refus dans ce délai ne permet pas de réitérer la demande et d'attaquer en conséquence un refus postérieur, lorsque celui-ci peut se voir reconnaître un caractère purement confirmatif du premier.

En substance, un citoyen peut réitérer sa demande d'accès aux documents administratifs et prétendre à la confirmation de celle-ci en présence de faits nouveaux, survenus ou non, non constitués dans la demande initiale ou même devant une perspective différente de l'intérêt juridiquement pertinent, c'est-à-dire de la position justifiant l'accès aux documents administratifs ; et, dans ce cas, le refus initial, toujours envisagé *rebus sic stantibus*, bien que non attaqué procéduralement, ne jouera aucun rôle important dans l'affaire procédurale postérieure.

Mais en l'absence d'éléments nouveaux et lorsque le citoyen se borne à réitérer la demande initiale précédemment rejetée ou, tout au plus, à indiquer ultérieurement ses raisons, l'administration pourra se limiter à confirmer sa précédente décision négative, n'étant pas imaginable, pour des raisons également de bon fonctionnement de l'action administrative dans un cadre de correction mutuelle des rapports entre le particulier et l'administration, que l'administration serait tenue indéfiniment d'examiner la même demande qu'un particulier entendrait lui soumettre de manière répétée sans alléguer le moindre élément nouveau.

Section 8

Du droit d'accès à la transparence totale. L'accès civique

Le droit d'accès régi par la loi n° 241/1990 est, comme nous venons de le voir, un accès « qualifié » et instrumental à la protection d'une position substantielle individuelle (personne physique ou collectivité): en raison aujourd'hui d'une disposition juridique expresse, il ne peut se concrétiser sous la forme d'un contrôle généralisé de l'activité administrative. Qu'il s'agisse ou non d'accès endo-procédural, c'est un accès qualifié par la pertinence à une mesure, c'est-à-dire à une activité administrative présentant un intérêt pour l'individu.

De nombreuses lois postérieures à la loi n° 241 prévoient déjà des obligations de transparence et de publicité qui se placent *a latere* de l'action administrative.

Mais c'est avec le décret législatif n° 150/1999, en son article 11, que la transparence subit une « mutation génétique » et est organisée comme une « accessibilité totale » à une série de données tendant à englober l'action et l'organisation des administrations (allocation des ressources, structures organisationnelles, évolutions de la gestion et résultats des activités), en fonction du service aux usagers et de la transparence pour la collectivité. Cette position qualifiée et généralisée aux informations publiques, pour chacun des citoyens, est manifestement destinée, contrairement à ce qui est prévu pour l'accès, « à favoriser des formes généralisées de contrôle du respect des principes de bonne administration et d'impartialité » (art. 11, al. 1).

La juridicisation de ce domaine de transparence se traduit par la publicité d'une série d'informations, qui confirme la distance, sur le plan du droit positif, entre accès et transparence, dans la mesure où le premier, en tant que position qualifiée par un critère de rattachement spécifique entre le requérant, l'accès et la donnée qu'il souhaite connaître, n'a évidemment pas d'espace pour opérer là où cette donnée est publique puisqu'accessible à la collectivité tout entière. Dans cette optique, la transparence, bien que toujours relative au double aspect d'organisation et « actif » de l'administration et donc à la procédure administrative, acquiert sa raison d'être également, et peut-être surtout, en-dehors du schéma et de la phase procédurale au sens strict (en ces termes *cf.* Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it).

Le parcours initié par le décret législatif n° 150/2009 a été mené à son terme avec le décret législatif n° 33 de 2013. Non seulement ce dernier prévoit un éventail de sanctions détaillé en cas d'inexécution par les administrations des obligations de publicité qui leur sont imposées, mais il introduit en outre une voie de recours totalement nouvelle, en reconnaissant à chacun un véritable droit d'accès civique aux informations et aux données (qu'elles soient ou non contenues dans des actes juridiques au sens strict) pour lesquelles l'obligation de publicité n'a pas été remplie : un droit d'accès, donc, affranchi des conditions de recevabilité de l'accès prévu par la loi n° 241 de 1990, invocable sans formalité, sans nécessité de motiver la demande, sans devoir

démontrer l'utilité de l'acte qu'on entend connaître par rapport aux besoins de défense du requérant, mais fondé sur la seule condition de l'inexécution commise par l'administration en matière d'obligations de publicité.

Bien que ne s'agissant pas d'un système juridique pouvant être lié au *Freedom of information act* américain, on se trouve en présence d'un système fortement innovant, en mesure de « contraindre » les administrations à garantir la publicité prescrite par la loi. En d'autres termes, il est vrai que, dans notre système, tout le monde n'a pas un droit d'accéder à quelque information que ce soit détenue par l'administration, mais il est également vrai que, dans le système décrit, à la différence du modèle des États-Unis, l'obligation de publicité préexiste et ne dépend pas de la requête d'une partie. D'autant que les mécanismes de sanctions, sur le plan des responsabilités, ne sont pas rattachés à une demande. Comme nous l'avons observé, dans la réglementation introduite par le décret législatif n° 33/2013, les obligations de publicité intègrent une « situation qui se heurte à un droit subjectif à connaître, revenant à « quiconque », sans nécessité de démontrer l'intérêt distinct qui justifie cette demande (art. 3).

Aux obligations de publication correspond donc non pas un *need to know* (une connaissance utile à la satisfaction d'un intérêt, d'un besoin particulier), mais un véritable *right to know*. Un droit assisté en conséquence par un mécanisme de mise en œuvre (en cas d'inexécution de l'obligation de publication) pouvant être mis en œuvre par quiconque, presque dans la forme de l'action populaire.

Quant à l'extension d'application, l'accès civique est reconnu à l'égard de tous les documents, informations et données qui, en vertu de la « réglementation en vigueur » (art. 5, al. 3) – et donc aussi au-delà des dispositions du décret législatif n° 33 du 14 mars 2013 –, doivent être publiés. Pour donner un exemple, sont visés tous les documents qui doivent faire l'objet de publications au tableau d'affichage. Pour avoir accès à ces informations, il ne sera plus nécessaire de démontrer « l'intérêt direct, concret et actuel, correspondant à une situation juridiquement protégée et liée au document », comme l'exige le régime général du droit d'accès visé par la loi 241/1990, à partir du moment où l'accès civique remplit les conditions précisément parce qu'il n'est pas soumis à une motivation et à une recevabilité subjective spécifiques.

Certes, il ne s'agit pas du FOIA américain (qui s'applique à toutes les informations détenues par les administrations, et non pas seulement à celles faisant l'objet d'une publication), mais c'est un pas en avant dans cette direction, qui remédie en tout état de cause au (grave) paradoxe faisant que, à ce jour, pour avoir accès à un document faisant déjà l'objet d'une publication (et, en conséquence, en vertu d'une telle opération, pouvant être connu dans les faits par quiconque), il était nécessaire de démontrer un intérêt distinct (en ces termes *cf.* Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it).