

Difensore civico e giurisdizione amministrativa

1 -- Introduzione.

Il giudice amministrativo si è occupato soltanto marginalmente del difensore civico, poiché la sua funzione, per certi versi, concorre con quella giurisdizionale ad assicurare la tutela del cittadino, ponendo rimedio e gli episodi di cattiva amministrazione.

Laddove se ne è occupato, tuttavia, l'ha fatto con sentenze significative, individuando alcuni principi basilari che contribuiscono a delinearne la figura.

Le aree di rilevanza della giurisprudenza amministrativa al riguardo sono sostanzialmente quattro e possono essere indicati in questo modo:

- nomina del difensore civico e conseguente carattere del relativo provvedimento;
- ricorso per l'accesso difensore civico e rapporti con il ricorso giurisdizionale;
- possibilità di attribuire poteri atipici al difensore civico, in particolare poteri sostitutivi;
- più in generale, ruolo del difensore civico.

Comincerò da quest'ultima area, attesa l'indubbia valenza caratterizzante che alcune sentenze del Tar riconoscono al difensore civico, valenza descritta in termini di autorità indipendente.

2 - Difensore civico quale autorità indipendente.

Secondo il T.A.R. Veneto, sez. I, 25 giugno 1998, n. 1178, la natura dell'istituto del difensore civico è di autorità indipendente, atteso che esso è figura soggettiva pubblica "ultra" dal Comune da cui trae origine, e conseguentemente ne è distinto sotto i profili dell'attività, delle procedure, delle strutture, dei mezzi. Nella fattispecie la natura giuridica era basilare per sciogliere un interrogativo in ordine al legittimato passivo della domanda di accesso.

Sulla base della premessa, il diritto di accesso, ai sensi della l. n. 241 del 1990, agli atti del difensore civico deve essere esercitato non nei confronti del Comune ma del difensore civico stesso.

Altra pronuncia, di ampio respiro (T.A.R. Lazio. Roma, sez. 11, 14 gennaio 2009. n. 139) sottolinea che i compiti attribuiti alla figura del Difensore Civico attengono prevalentemente a quelli di una figura *super partes*, anche nei confronti di chi lo propone e lo nomina, e sono decisamente orientati verso gli alti indirizzi di garante dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, quasi fosse il custode degli strumenti di applicazione dei principi contenuti nell'art. 97 Cost. nei riguardi delle Regioni e degli Enti Locali.

Evocando direttamente la figura dell'autorità indipendente, tale pronuncia affronta la questione dell'assimilabilità del Difensore civico (nella specie, comunale) ad un organo della Pubblica amministrazione, chiamato a svolgere una funzione di controllo interno, oppure alla sua descrizione in termini di istituto autonomo imparziale e indipendente, di tutela del cittadino contro atti lesivi da parte della stessa Pubblica amministrazione.

Con un'ampia e ammirevole ricostruzione storica, il TAR, in questa sentenza, ricorda che il Difensore civico trae le proprie origini dalla figura del *defensor civitatis* sorta nel IV secolo d.C. nell'ordinamento giuridico romano per difendere la plebe dalle prevaricazioni dei funzionari imperiali. Soltanto nel 1809 la Costituzione svedese ha avuto il merito di rielaborare tale figura per sottoporre a controllo l'attività discrezionale della Pubblica amministrazione.

L'istituto dell'ombudsman, letteralmente "colui che fa da tramite", nasce come organo monocratico, eletto e revocato dal Parlamento, con una funzione ispettiva e di controllo sugli atti del Governo: tale istituto ha ispirato Costituzioni di altri Paesi come, ad esempio la Finlandia nel 1919, la Norvegia nel 1952, la Danimarca nel 1953, la Repubblica Federale Tedesca nel 1956, la Nuova Zelanda nel 1961, il Regno Unito nel 1967, la Francia (*Médiateur*) nel 1973 e la Spagna nel 1978.

La figura tratteggiata, sempre secondo la pronuncia del Tar del Lazio citata, sarebbe definibile secondo tre diversi modelli:

- 1) rappresentante del Parlamento con funzioni di controllo sull'Amministrazione, in particolare sui singoli ministri e sugli uffici amministrativi;
- 2) organo di controllo amministrativo, ma non parlamentare;
- 3) garante del cittadino contro gli abusi della Pubblica amministrazione per assicurare un'esecuzione rapida delle istanze dei cittadini. contribuendo in questo modo al buon andamento della P.A.

La tendenza della legislazione europea sembra orientata ad abbandonare la figura originaria dell'ombudsman nella versione svedese, sostituendolo con una figura che abbia un ruolo di mediazione tra cittadini e Pubblica amministrazione, secondo il modello francese del Médiateur, convertendo, così, un istituto di natura contenziosa, quale era l'ombudsman svedese, in un istituto di partecipazione con carattere dissuasivo-persuasivo di tutela non giurisdizionale nei confronti della Pubblica amministrazione. In particolare, ancora con le parole del TAR capitolino, si afferma che (anche se la dottrina è ancora molto incerta) si potrebbe assimilare la natura giuridica del Difensore civico alla categoria delle Autorità amministrative indipendenti (authorities).

### 3 - Quale tipologia di autorità indipendente?

Si può ora osservare che quando si fa riferimento alla nozione di autorità indipendente, bisogna innanzitutto intendersi sul concetto di base.

Come è noto, i modelli ispiratori delle autorità amministrative indipendenti sono due: uno costituzionale e uno funzionale.

La scoperta del modello costituzionale (weimeriano) viene fatta risalire alla famosa conferenza tenuta nel 1930 alla Camera di commercio di Berlino da Carl Schmitt, nella quale si sosteneva che la banca centrale tedesca ma anche altri organismi tecnici come le Ferrovie, erano organi di governo dell'economia neutri rispetto all'indirizzo politico governativo.

Lo Stato dei partiti, con il suo mutevole e contingente indirizzo politico, va neutralizzato in settori nei quali l'indirizzo politico, a causa dei suoi condizionamenti elettorali, contrasterebbe con la

natura delle cose: in primis con il governo della moneta, in sistemi economici nei quali la moneta legale manovrata ha sostituito il gold standard, e, in genere, con le esigenze strutturali dell'economia.

Sotto il profilo funzionale, invece, il modello ispiratore viene invece indicato nelle Independent regulatory commissions statunitensi e nella successiva "traduzione inglese" di tali istituzioni, cioè in enti preposti alla tutela della concorrenza nel mercato o alla regolazione di determinati settori economici nei quali non si realizza spontaneamente la concorrenza. La peculiarità del modello statunitense, si evince, in particolare, in relazione all'indagine svolta di recente sulla natura della attività delle Agenzie americane che, sulle orme della SEC, si sono sviluppate negli Stati Uniti d'America a partire dagli anni '30 e sul Federal Administrative Procedure Act del 1946 che ne disciplina i profili procedurali.

È utile indicare, sinteticamente, la disciplina del rulemaking power e della adjudication contenuta negli artt. 6 ss. del Federal Administrative Procedure Act emanato l'11 giugno 1946, nell'ambito del quale è utile distinguere nettamente le norme relative all'attività di rulemaking power e le norme relative all'attività di adjudication.

In sintesi, l'adjudication costituisce un processo amministrativo non giurisdizionale tipico dell'ordinamento americano e affidato non al potere giurisdizionale, ma alle autorità indipendenti, non più, dunque, regolatorie, ma decisorie (sui singoli casi).

Solo quest'ultimo potrebbe essere il modello cui avvicinare la figura del difensore civico nel nostro ordinamento, peraltro osservandosi che, per poter completamente riscontrare la predetta assimilazione sarebbe necessario che il Mediatore nel nostro sistema giuridico fosse dotato di poteri, ancorché minimali di adjudication, appunto, poteri di cui, invece, il difensore civico è assolutamente sfornito.

La prospettiva artistica con l'istituto dell'autorità indipendente, nel senso sopra precisato, e dunque una mera prospettiva de iure condendo, priva di qualsivoglia attualità e praticabilità nel quadro normativo esistente.

4 - Difensore civico e Mediatore europeo.

Un possibile recupero del modello autorità indipendente per descrivere l'istituto del difensore civico potrebbe essere rappresentato dal collegamento che quest'ultimo ha con la figura del difensore civico comunitario.

Tale figura è prevista dall'articolo 228 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ex articolo 195 del Trattato di Roma, come modificato dopo il Trattato di Amsterdam (TCE).

Secondo tale norma, il Parlamento europeo nomina un Mediatore europeo, tale e la configurazione dell'istituto in ambito comunitario, abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisico giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, riguardanti casi di cattiva amministrazione nell'azione delle Istituzioni.

L'unica Istituzione comunitaria che rimane al di fuori di questa forma di controllo esterno affidata al Mediatore europeo, a tutela della legalità, è la Corte di Giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

Questa esclusione è significativa perché indica che il difensore civico europeo, recluso il Mediatore europeo, è configurato come un autorità para-giurisdizionale indipendente, quindi un autorità molto vicina al modello di autorità indipendente quale da ultimo si è fatto riferimento.

Il regolamento interno del Parlamento europeo, nell'edizione aggiornata al 1° dicembre del 2009. regolamento approvato il 9 marzo del 1994 e successivamente modificato, disciplina l'esercizio delle funzioni del Mediatore, che può anche agire di propria iniziativa e che deve poter disporre di tutti gli elementi necessari all'esercizio delle sue funzioni, con conseguente obbligo di tutte le Istituzioni e di tutti gli organi comunitari di fornire al Mediatore, su richiesta, le informazioni che gli chiede loro, naturalmente fermo restando l'obbligo del Mediatore di non divulgarle.

Viene inoltre prevista, con un'articolata disciplina, la procedura da seguire allorché le indagini del Mediatore riguardino casi di cattiva amministrazione, con possibilità di avviare una cooperazione tra il Mediatore e le autorità corrispondenti che

esistono in taluni Stati membri, nel rispetto della legislazione nazionale pertinenti.

Bisogna ricordare, al riguardo, la Rete europea dei Mediatori che, sulla base di tale previsione del regolamento del Parlamento europeo, è stata istituita nel 2009, anniversario celebrativo dei 200 anni della figura del difensore civico svedese.

Il regolamento specifica che il Mediatore esercita le proprie funzioni nella più completa indipendenza, impegnandosi solennemente dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea a svolgere in tale veste questo incarico.

Lo stesso articolo 6 del regolamento in esame stabilisce, al paragrafo 2, che il Mediatore è scelto tra personalità che siano cittadini dell'Unione in pieno possesso dei diritti civili e politici e che offrono, soprattutto, piena garanzia di indipendenza, soddisfacendo le condizioni

richieste nel loro Stato per l'esercizio delle più alte funzioni giurisdizionali: a conferma che la figura è paragonabile a quella di un giudice, seppure collocato in una posizione di indipendenza rispetto al potere giudiziario\_ rimanendo comunque adesso sottoposto, secondo il modello tipico dell'autorità indipendente di adjudication.

L'8 luglio del 2002 il Mediatore europeo ha adottato le disposizioni di esecuzione del predetto regolamento, specificando i poteri di cui dispone.

Tra questi poteri, nell'articolo 8 della predetta decisione, vi è anche il potere di formulare raccomandazioni all'Istituzione interessata, nel caso in cui sia possibile per l'Istituzione stessa eliminare il caso di cattiva amministrazione ovvero se il caso di cattiva amministrazione ha implicazioni generali.

Tale raccomandazione, pur non avendo natura giuridica vincolante, come tutte le raccomandazioni previste a livello di diritto comunitario, non è affatto priva di rilevanza giuridica. soprattutto in relazione agli atti amministrativi adottati dagli Stati membri e riguardanti posizioni giuridiche soggettive protette dal diritto comunitario.

Infatti, secondo il giudice amministrativo italiano la raccomandazione, pur non dotata dell'efficacia diretta e dell'effetto del primato, che invece è proprio degli atti normativi

comunitari, comunque incide sulla legittimità dell'atto amministrativo, in quanto le pubbliche amministrazioni, sempre in relazione, come ricordato, a diritti e interessi che trovano protezione anche sul piano comunitario. sono obbligate a tenerne conto, dovendo dimostrare in specifico, con idonea di motivazione, le ragioni per cui ritengono di discostarsi dal contenuto delle predette raccomandazioni.

In assenza di adeguata motivazione o di ragioni sostanziali per disallinearsi da quanto disposto nella raccomandazione, l'atto amministrativo difforme può ritenersi affetto dal vizio di eccesso di potere e, conseguentemente, illegittimo. quindi annullabile del giudice amministrativo.

5 - Nomina del difensore civico e conseguente carattere del relativo provvedimento.

Discusse sono anche le caratteristiche del provvedimento di nomina.

Secondo il T.A.R. Piemonte. sez. I, 12 ottobre 2005, n. 2902, il provvedimento di nomina del difensore civico (nella specie, provinciale) si fonda su un rapporto di tipo fiduciario. La natura fiduciaria del rapporto, però, non dispensa l'amministrazione procedente dall'obbligo di esplicitare, nella parte motiva del provvedimento di nomina, le ragioni che l'hanno indotta a privilegiare, tra più candidati ritenuti idonei, un aspirante all'incarico rispetto agli altri, ciò anche alla stregua dei principi sia di buon andamento e di imparzialità cui deve informarsi l'azione amministrativa ex art. 97 Cost., sia di trasparenza quale disciplinato dall'art. I della recente legge n. 15 del 2005, benché l'assolvimento dell'obbligo di motivazione non comporti, peraltro, che l'amministrazione debba procedere a una rigorosa comparazione tra i requisiti dei singoli candidati, come si imporrebbe nel caso di un procedimento di tipo concorsuale. Anche per il T.A.R. Trentino Alto Adige, Balzano, sez. I. 14 dicembre 2009, n. 400, la nomina del difensore civico è connotata da un carattere di fiduciarità rispetto al Consiglio che provvede alla sua elezione.

In specifico, secondo tale seconda pronuncia, pur nella difficoltà di inquadramento, stante la particolarità della figura giuridica, l'atto di nomina può rientrare negli atti di alta amministrazione,

per cui sussiste un'ampia discrezionalità nella scelta, ma va rigorosamente rispettata la procedura prevista e, anche in mancanza di una tipizzazione normativa specifica per tale procedura, vanno osservati i canoni amministrativi di cui all'art. 97 Cost., necessita svolgere un'istruttoria di cui i consiglieri siano resi partecipi ed infine occorre una motivazione che esterne le ragioni giustificative della scelta in esito all'istruttoria. Diversa, invece, l'impostazione dei TAR siciliani, sia quello catanese, sia quello palermitano.

Secondo T.A.R. Sicilia. Palermo, sez. I, 25 ottobre 2007, n. 2306, infatti, la nomina del difensore civico costituisce un atto latamente politico dell'intera assemblea, alla quale non trovano applicazione le regole proprie delle procedure e dei provvedimenti di tipo concorsuale, cosicché la correlazione tra l'uno e l'altro dei soggetti non può essere effettuata in termini di maggiori o minori titoli (culturali e professionali), ma di gradimento e fiducia che il nominativo ha riscosso nell'assemblea.

Secondo il T.A.R. Sicilia. Catania. sez. 111, 17 marzo 2010. n. 697, l'atto di nomina del difensore civico, in quanto espressione della fiducia dell'Assemblea consiliare (ovvero della maggioranza di essa), non deve essere motivato se non attraverso la regolare manifestazione del voto, con i soli limiti tassativi fissati dalle norme statutarie; infatti il possesso di determinati requisiti tecnici assume rilevanza al solo fine di comprovare l'idoneità a ricoprire l'incarico, ma non costituisce criterio selettivo fra più aspiranti ai quali detta idoneità sia stata riconosciuta, atteso che la scelta fra di essi è affidata ad una preferenza da parte dell'organo consiliare di tipo elettivo ed espressa a voto segreto che, in quanto tale, non richiede alcuna motivazione.

La tesi, sposata dal giudice siciliano, secondo cui l'atto di nomina del difensore civico sarebbe un atto politico, quindi un atto completamente insindacabile, in quanto proveniente da un organo di rilievo costituzionale di governo in posizione di indipendenza garantita dalla costituzione (elemento soggettivo) e quindi libero nel fine, non essendo legato ad alcun parametro giuridico di riferimento (elemento oggettivo), si colloca entro il

perimetro normativo descritto dall'articolo 31 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 che scaturiva espressamente l'insindacabilità dell'atto politico da parte del giudice amministrativo.

peraltro si deve osservare che in base all'articolo sette, comma uno, ultimo periodo, del decreto legislativo 104 del 2010, recante il cosiddetto codice del processo amministrativo, l'atto politico insindacabile e tale solo se, espressamente, proviene dal governo; in questo modo il legislatore pare aver circoscritto lo, sotto il profilo soggettivo, il novero delle pubbliche amministrazioni abilitate ad emanare atti politici fra le quali, dunque, non rientra nella regione, nella provincia, né il comune, nemmeno quando la si è espressione dell'organo assembleare costituito secondo il principio della rappresentanza politica. pertanto, alla luce della riforma legislativa, la giurisprudenza siciliana, cui si tratta di fatto riferimento, non appare più sostenibile, salvo ritenere la norma di cui all'articolo sette predetto affetto da incostituzionalità.

La tesi dell'atto di alta amministrazione, vale a dire di un atto immediatamente esecutivo dell'indirizzo politico, posto quindi in posizione direttamente subordinata all'atto politico insindacabile, implica il riconoscimento di un atto a ridotta sindacabilità, in cui cioè il controllo del giudice è circoscritto, il sindacato nell'intenso, la motivazione è più semplice.

anche questa posizione non convince del tutto, soprattutto alla luce dei recenti arresti del giudice costituzionale e si è occupato della motivazione del provvedimento amministrativo, sottolineandone l'importanza della centralità nell'ambito dell'azione amministrativa e affermandone la rilevanza costituzionale.

In particolare, si può citare emblematicamente la recente sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale, 5 novembre 2010, n. 310. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14. comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, rende non

applicabile a tali provvedimenti l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, comma 1, di detta legge, consentendo così all'organo o ufficio procedente di non indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Secondo la consulta, in questo modo, resterebbero elusi i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa\_ ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.).

Resterebbe, altresì, vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa (sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto), anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa.

Pertanto, vi sta l'indubbia valenza costituzionale della motivazione, risulta difficile ritenere che l'atto di nomina ben che assuma le forme di una delibera consiliare, quindi di un atto collegiale, possa prescindere completamente dalla motivazione o presentare una motivazione eccessivamente sintetica che, sostanzialmente, non faccia comprendere le ragioni specifiche della scelta.

6 — Le due ultime aree: ricorso per l'accesso difensore civico e rapporti con il ricorso giurisdizionale e possibilità di attribuire poteri atipici al difensore civico, in particolare poteri sostitutivi.

In ultimo, si può citare la giurisprudenza che si è occupata del difensore civico in una prospettiva particolare, relativamente a due materie circoscritte, pur di grande importanza: i diritto d'accesso e il potere di sostituzione nel caso di inadempimenti imputabili all'amministrazione.

Sotto il primo profilo (diritto d'accesso), si osserva che secondo la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila. sez. 1, 2 novembre 2009. n. 452), la decisione resa dal difensore civico investito da un ricorso in materia di accesso ai sensi dell'art. 25 comma 4. l. 7 agosto 1990, n. 241, è assimilabile ad un caso di decisione gerarchica impropria del difensore civico regionale, quindi confermativa del diniego di accesso dell'amministrazione tenuta, in ipotesi, a consentire l'accesso ai documenti amministrativi richiesti.

Il difensore civico, in questo specifico ambito, assume le qualità di autorità decidente e, quindi, di rimedio giustiziale a disposizione del cittadino per far valere le ipotesi di mal'amministrazione nel campo del diritto d'accesso.

Ci si colloca, quindi, nella prospettiva di ricorsi amministrativi che sono disciplinati, nel nostro ordinamento, dal d.p.r. 1199 del 1971.

Il giudice amministrativo, sulla base di tale qualificazione, ha ritenuto di conseguenza inammissibile per difetto di contraddittorio il ricorso notificato alla sola autorità che ha deciso il ricorso gerarchico improprio (difensore civico) e non anche alla P.A. che ha adottato il diniego di accesso: ovvero, riconoscere all'interessato la possibilità di convertire il ricorso pendente dinanzi alla Commissione per l'accesso (o al difensore civico) in ricorso giurisdizionale, senza dovere attendere necessariamente la previa definizione della procedura amministrativa, ovvero di agire in giudizio anche pendente la procedura stessa dinanzi agli organi amministrativi facendo venire meno il proprio interesse alla trattazione della medesima istanza dinanzi alla Commissione per l'accesso (o al difensore civico) (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2009, n. 10747).

Sotto il secondo profilo (poteri sostitutivi), si può osservare che la Corte costituzionale, con sentenza 29 aprile 2005, n. 167. ha

dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 11. reg. Abruzzo 23 gennaio 2004, n. 4 che disponeva l'esercizio di poteri sostitutivi in capo al difensore civico, in caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente locale ordinariamente competente.

Secondo il giudice della legge, l'art. 120 comma 2 cost. non preclude, in linea di principio, tale possibilità alla legge regionale, nel disciplinare materie di propria competenza, sempre che tali ipotesi siano eccezionali rispetto al normale esercizio delle funzioni amministrative e sempre che l'esercizio del potere sostitutivo sia affidato in ogni caso ad un organo di governo della Regione o almeno sia attuato sulla base di una decisione di questi. Pertanto, è stato ritenuto che la disposizione regionale impugnata violasse i principi che regolano i poteri sostitutivi delle regioni nei confronti degli enti locali, giacché disciplina il potere sostitutivo regionale affidandone l'esercizio al difensore civico regionale, e cioè ad un organo titolare soltanto di funzioni connesse alla tutela della legalità e della regolarità dell'azione amministrativa, al quale non può essere riconosciuta la qualificazione di organo di governo regionale.