

**Nel Convegno “Difesa Civica E Garanti Di Settore Strumenti Per Il Cittadino” svoltosi a Napoli 25 febbraio scorso sono state esaminate le forme di tutela non giurisdizionale dei diritti ancora scarsamente utilizzate.**

**Francesco Gaudieri, magistrato del Tar Campania, nel suo intervento ha fatto alcune interessanti riflessioni sulla figura del Difensore civico.**

A distanza di circa un ventennio dall'introduzione nel nostro ordinamento della previsione normativa di una figura come quello del Difensore Civico, necessariamente si pone l'esigenza di una riflessione sulla natura e sulla funzione dello stesso, anche alla luce dell'esperienza maturata nel corso di questi ultimi anni.

Non sarà sfuggito ai più la circostanza che questa singolare figura, trapiantata nel nostro ordinamento da altre realtà giuridiche, è stata più volte oggetto di interventi da parte del nostro legislatore nel tentativo di assicurarle un ruolo sempre più marcato nell'ordinamento amministrativo, in funzione di garanzia dei diritti del cittadino, segnatamente in un momento storico caratterizzato dalla caduta del sistema dei controlli cartacei, culminato, con la legge costituzionale n. 3

del 2001, nella soppressione della stessa figura del controllore.

In questo percorso di riflessione, appare opportuno prendere le mosse da due autorevoli pronunce della Corte Costituzionale che, benché afferenti a specifiche normative di riforma degli anni '90, offrono elementi sicuri nel percorso che intendiamo intraprendere.

Con la sentenza n. 343 del 1991, la Corte Costituzionale analizza la portata delle modifiche introdotte dalla l. n. 142/90 (legge di riforma delle Autonomie Locali), evidenziando che non solo la citata normativa aveva effettivamente superato il vecchio disegno della legge comunale e provinciale, così come concepito nel precedente ordinamento, ma anche che gli enti locali erano stati proiettati in una prospettiva di maggiore aderenza all'art. 5 della Costituzione, con la dotazione di più ampia autonomia organizzativa e regolamentare.

Con la sentenza n. 313 del 18-25 luglio 1996, la Corte Costituzionale analizza la portata delle modifiche introdotte da alcune storiche normative e giunge ad affermare che *“a partire dal nuovo ordinamento delle autonomie locali (legge 8 giugno 1990 n. 142) e della riforma del procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990 n. 241), il legislatore, attraverso una*

*molteplicità di interventi quali, ad esempio, la limitazione dei controlli preventivi, si è indirizzato verso un nuovo modello di organizzazione volto ad alleggerire progressivamente l'apparato amministrativo dal suo carico di vincoli sostanziali e procedurali”.*

Il “nuovo modello di organizzazione” al quale si riferisce la Corte Costituzionale, parte, dunque, essenzialmente con alcune storiche normative come la l. n. 142/90 (di riforma delle Autonomie Locali) e la l. n. 241/90 (legge del procedimento amministrativo); alle quali si aggiungono, in itinere, tutte le successive normative attuative dei principi contenuti nel D. Lgs n. 421/92, contenente, nell’art. 2, il percorso di riforma dell’assetto istituzionale e cioè le deleghe al Governo della Repubblica per la predisposizione di più decreti legislativi diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell’efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione, quali, appunto, il D. Lgs n. 29/93 recante la c.d. privatizzazione (recte : contrattualizzazione) del rapporto di pubblico impiego.

In questo variegato percorso storico, che tocca tutti gli

angoli dell'ordinamento della Pubblica Amministrazione, allo scopo di definire un nuovo modello di organizzazione della Pubblica Amministrazione, e culmina nella legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V, parte II della Costituzione, si colloca anche la figura del Difensore Civico, che nasce, appunto con la 142/90, e viene più volte manipolata, all'interno di un quadro normativo nel quale il legislatore stenta, tuttavia, a tracciare per detta figura un quadro definito di riferimento, al punto tale che, ancora oggi, il Difensore civico appare agli occhi dei più, come un potere senza sanzioni, senza strumenti, senza organizzazione, in una condizione che testimonia la mai sopita diffidenza del legislatore verso qualunque soggetto monocratico estraneo alla tradizione del paese, alimentata dall'atavica resistenza delle classi e delle burocrazie tradizionalmente presenti nell'ordinamento amministrativo a cedere spazi di azione o di potere reale a soggetti, politicamente non riconoscibili

## **2.- Percorso Normativo**

Con la legge 8 giugno 1990 n. 142 ( in G.U. 12 giugno 1990 n. 142), recante disposizioni sull'ordinamento delle autonomie locali, interamente abrogata dal D. l.gs. 18 agosto

2000 n. 267 (in G.U. 28 settembre 2000 S.O.), il legislatore italiano, in una prospettiva di maggiore aderenza all'art. 5 della Costituzione ed attuativa della IX disposizione transitoria e finale di questa, ha introdotto un corredo di regole nuove, tali da dotare gli enti territoriali infraregionali di più ampia autonomia.

Tra gli istituti innovativi dell'ordinamento delle autonomie locali, un posto a parte occupa la figura del Difensore civico che, nell'originario disegno istituzionale è stato collocato, con l'art. 8 della l. n. 142/90 tra gli istituti di partecipazione.

Nelle previsioni della citata normativa, detta figura non era (ed ancora oggi non è), comunque, obbligatoria per l'ente locale (Comune e Provincia), alla cui autonomia statutaria è rimessa la determinazione della relativa istituzione.

Benché presente nella legislazione di molte Regioni italiane, il difensore è sicuramente estraneo all'esperienza delle autonomie territoriali infraregionali ed alla loro tradizione.

Mutuato dagli ordinamenti delle democrazie anglosassoni e del nord Europa, la funzione allo stesso demandata è stata così concepita : “...svolge il ruolo di

*garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini", precisandosi altresì che "Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico nonché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale".*

Con la Bassanini – bis (l. 15 maggio 1997 n. 127 in G.U. n. 113 del 17 maggio 1997) il nostro legislatore ha tentato di conferire maggior spessore alla figura in questione, attribuendo al Difensore civico, con il comma 39 dell'art. 17, il controllo c.d. eventuale o "a richiesta", limitatamente agli atti di Giunta comunale o di Consiglio comunale, relativi alle deliberazioni inerenti appalti ed affidamenti di servizi o forniture di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario, nonché in materia di assunzione del personale, piante organiche e relative variazioni.

L'art. 127 del T.U. n. 267/2000 ha confermato le attribuzioni della Bassanini-bis.

E', tuttavia, doveroso rilevare come anche il T.U.E.L. abbia confermato la previsione di siffatta figura, ribadendone

all'art. 11 la facoltatività, ancorchè la collochi singolarmente nella parte prima relativa all'ordinamento istituzionale ed in particolare nel titolo primo, tra le disposizioni generali.

Giusta previsione dell'art. 11, è infatti previsto, al primo comma, che “lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico, con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini”, ed al secondo comma, che “Lo Statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico nonchè i suoi rapporti con il consiglio comunale e provinciale.”

Successivamente, con l'art. 17 della l. 11 febbraio 2005 n. 15 e poi con l'art. 3, comma 6-decies del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 in materia di ricorsi, prevedendosi che, in materia di diniego, espresso o tacito, dell'istanza di accesso agli atti dell'Amministrazione, il richiedente può ricorrere al giudice naturale e cioè al Tribunale Amministrativo Regionale, nel termine di trenta giorni anche senza l'assistenza del

difensore, “ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli stessi atti delle amministrazioni comunale, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l’ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l’accesso...Il difensore civico o la Commissione per l’accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell’istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l’accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all’autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione,

l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa ”.

### **3.- Natura e funzioni**

3.1.- La dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare come il legislatore abbia oscillato in ordine alla esatta individuazione della figura del difensore civico, collocandolo, nella originaria impostazione della l. n. 142/90, tra gli “istituti di partecipazione”, per assegnarlo, nella sistematica del T.U.E.L. tra le “disposizioni generali” salvo a conservargli la funzione di organo di controllo in ordine alla legittimità degli atti deliberativi in particolari materie di più rilevante impatto per la vita degli enti e dei cittadini.

Nella parabola normativa è rimasta ferma, comunque, la funzione di soggetto destinato ad operare con “compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione”.

Si discute in dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura giuridica del difensore civico che, da alcuni viene ritenuto un vero e proprio organo dell'Amministrazione comunale, in posizione di indipendenza rispetto alla stessa Assemblea consiliare che lo elegge, alla quale è legato da un rapporto fiduciario (Cons. St. Sez. V n. 2964/2004); da altri, una figura soggettiva pubblica (Tar Veneto n. 1178/1998)

E' interessante la lettura di questa figura operata dal Tar Umbria 3 dicembre 2007 n. 902.

Per l'autorevole estensore della citata sentenza : "...si tratta di una figura del tutto peculiare. Esso, invero, pur essendo un funzionario onorario, non è assimilabile ai titolari di altre cariche istituzionali dell'Ente, quali il Sindaco o Presidente, gli Assessori e i Consiglieri. Questi ultimi sono scelti...essenzialmente in funzione di un programma (o progetto) politico condiviso da chi li elegge o li designa...Può essere avvicinato semmai, al Presidente del Consiglio comunale, nel senso che come quest'ultimo non è scelto in funzione di un programma politico, bensì allo scopo di garantire il corretto funzionamento delle Istituzioni...Anzi nel caso del difensore civico l' esigenza dell'imparzialità ...è

ancora maggiore in quanto fra le sue funzioni vi è quella di “segnalare, anche di propria iniziativa gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell’amministrazione nei confronti dei cittadini” (art. 11 T.U.E.L.) nonché quella di esercitare il controllo eventuale di legittimità sulle delibere (art. 127 T.U.E.L.)...Deve, dunque, essere indipendente, sia sul piano giuridico-formale...sia sul piano morale...In un certo senso il difensore civico non è autorevole perché ha ricevuto l’incarico, ma riceve l’incarico perché è persona moralmente autorevole ”

3.2.- Le rassegnate considerazioni evidenziano anche le ragioni per le quali il legislatore ha demandato allo Statuto comunale la relativa previsione e le modalità della relativa elezione.

La giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che la nomina, da parte del Consiglio comunale, non richiede una particolare motivazione in quanto espressione della fiducia dell’Assemblea nella persona designata (Cons. St. Sez. V 26 aprile 2005 n. 1920; Tar Toscana Sez. I 5 giugno 2008 n. 1558; Tar Campania Sez. I 1 luglio 2008 n. 6502).

La giurisprudenza ha motivato la spiegate conclusioni con argomentazioni che così possono essere riassunte :

“In linea generale si osserva che il difensore civico subregionale, la cui istituzione è stata prevista dalla legge n. 142 del 1990 sulle autonomie locali (art.8) - ricevendo, invero per molto tempo tiepida accoglienza negli ordinamenti locali - come i difensori civici regionali e delle province autonome (L. n. 127 del 1997 modificata dalla L. n. 191 del 1998), pur essendo differente dall’omologo antenato introdotto in Svezia, nel 1809, propagatosi, poi, rapidamente negli altri Paesi scandinavi, non ha perduto, negli ordinamenti nostrani contemporanei, il carattere di organo fiduciario dell’Assemblea che lo ha eletto.

Ciò si evidenzia anche nell’ordinamento proprio dell’Ente locale del quale si tratta, dal quale emerge oltre alla natura fiduciaria dell’organo, anche l’ausiliarità dello stesso, rispetto al Consiglio comunale che lo esprime, la quale non contraddice la garanzia di indipendenza che i dati curricolari devono offrire.

L’indipendenza dell’organo ha duplice espressione, perché il soggetto è eletto in base alla garanzia di indipendenza che offrono la sua preparazione ed esperienza, ma gli è anche propriamente garantita, dai limiti che l’ordinamento pone alla cessazione dalla carica prima della sua naturale scadenza.

Ma il rigoroso collegamento fiduciario con l’Assemblea ha indice nel sistema elettorale (larghi consensi almeno nella prima tornata) e nella coincidenza del mandato con la durata del Consiglio.

Se pure è vero, dunque, che l’organo è stato previsto e voluto, nell’ordinamento locale non meno che in quello generale, in funzione preponderante di garanzia delle posizioni degli amministrati nei riguardi dell’operato dell’Amministrazione, ed anche come modulo organizzativo della partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa comune, fiduciarità e ausiliarità ne costituiscono, del pari,

connotazioni essenziali, come emerge dalle funzioni ispettive assegnatagli dallo Statuto (e più organicamente definite dal regolamento), nei riguardi dell'apparato dipendente dall'amministrazione comunale, dalla relazione che periodicamente il difensore è tenuto a presentare all'Assemblea, dalla possibilità di incidere in senso propositivo sulle decisioni del Consiglio. (Cons. St. n. 1910 del 2005; Tar Toscana Sez. I 5 giugno 2008 n. 1558; Tar Campania Sez. I 3 dicembre 2007 n. 902)”

E' interessante notare anche quanto sostenuto da Cons. St. n. 2964/2004 :

“ In tale quadro, l'indizione della procedura (che è, sostanzialmente, una procedura elettorale indiretta) si colloca nell'ambito degli atti latamente politici del Consiglio comunale in carica, di cui il suddetto organo elettivo assume la responsabilità, nei confronti dei propri elettori, anche per ciò che riguarda il compimento degli atti che seguono alla pubblicazione dell'avviso (ovvero, l'inserimento all'ordine del giorno della elezione del difensore civico, e, in prosieguo, lo nomina dello stesso).

La responsabilità di cui si tratta (priva di sanzione giuridica) è propria di quel determinato Consiglio comunale, il quale non risponde né delle scelte “politiche”, né delle eventuali omissioni del Consiglio comunale uscente.

In altri termini, così come soltanto politicamente il cessato Consiglio comunale è responsabile, nei riguardi dei suoi elettori, della mancata nomina del difensore civico, nel corso del suo mandato, altrettanto, il Consiglio comunale entrante non è vincolato dagli atti posti in essere dalla precedente Assemblea elettiva o delle sue omissioni.

Esso eleggerà (avendone il potere-dovere a norma dello Statuto), un nuovo Difensore civico, che sarà espressione della fiducia allo stesso conferita dalla maggioranza di quel Consiglio, statutariamente prevista, facendo immediatamente decadere quello nominato dalla precedente Assemblea elettiva.

A tale fine dovrà previamente disporre la pubblicazione del relativo avviso, che è atto proprio del Consiglio che procederà alle elezioni e che nessun collegamento può avere, per sua natura, con altro avviso in precedenza fatto pubblicare dal cessato Consiglio.

Ciò anche nella ipotesi in cui l'organo elettivo che l'ha preceduto sia rimasto inerte, non avendo dato corso alla procedura indetta.”

Altrettanto interessante si rivela la decisione di Consiglio di Stato Sez. V 2 ottobre 2006 n. 5706 che, dopo aver precisato

che il legislatore demanda allo Statuto la possibilità di prevedere la figura del difensore civico, statuisce che la relativa previsione statutaria comunale configura la nomina quale atto obbligatorio per legge tale da comportare, in caso di omissione, la nomina di un commissario ad Acta da parte del difensore civico regionale per la relativa nomina.

3.3.- Richiamato in questa sede, quanto già precisato in ordine ai compiti del difensore civico, merita un necessario approfondimento la funzione non secondaria, individuata in linea generale dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V n. 6292 del 2001) di “strumento indipendente di difesa stragiudiziale del cittadino”, in aggiunta alla funzione di contrasto dei comportamenti omissivi degli enti locali.

Ad avviso di chi scrive, la descritta funzione appare viepiù rimarcabile nelle recenti modifiche legislative in materia di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione, e segnatamente nella modifica dell'art. 25 della l. n. 241/90, laddove cioè il legislatore ha inteso assicurare al cittadino, che si vede negare l'accesso agli atti dalla Pubblica Amministrazione, una tutela piena, non solo in sede giurisdizionale, ma ancor prima in sede amministrativa.

#### **4.- Il diniego di accesso agli atti e la tutela amministrativa nelle prerogative del Difensore civico.**

Come sopra ricordato, il legislatore ha modificato l'originaria previsione dell'art. 25 l. n. 241/90, nel senso di aggiungere, alla tutela giurisdizionale, anche la tutela amministrativa.

Il cittadino, al quale è stato negato l'accesso agli atti, infatti, può determinarsi a chiedere, in alternativa alla tutela giurisdizionale, nello stesso termine e nei confronti degli stessi atti delle amministrazioni comunale, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione.

L'alternativa individuata dal legislatore risponde a plurime esigenze, e segnatamente a quelle di :

-ampliare le guarentigie del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione;

-deflazionare il ricorso alla giurisdizione, affidando ad

un organo super partes, una successiva e qualificata valutazione della legittimità del diniego opposto, laddove espresso, o della fondatezza della domanda, laddove tacito, in un tempo ragionevolmente breve all'esito del quale, il silenzio serbato sull'istanza di riesame equivale a conferma del diniego, nel mentre la comunicazione scritta della ritenuta illegittimità, abilita ad un percorso accelerato in materia di accesso con il semplice silenzio dell'Amministrazione.

-concentrare nella figura del difensore civico anche l'ulteriore funzione di controllo in ordine alla legittimità degli atti recanti diniego di accesso dell'amministrazione, facultando quest'ultima a conformarsi per silentium all'eventuale giudizio di illegittimità del diniego; onerando, invece, quest'ultima a determinarsi espressamente e motivatamente nell'ipotesi di conferma del diniego già espresso.

- garantire, comunque, al cittadino il diritto di adire la giurisdizione (art. 24) preferibilmente e ragionevolmente all'esito di un giudizio sulla fondatezza della

pretesa, espresso in sede amministrativa da un organo neutro. Quest'ultima soluzione appare sicuramente un utile espediente, in quanto offre al cittadino, la cui istanza è stata rigettata, un maggior tempo di riflessione ed analisi sull'opportunità di adire la giurisdizione, atteso che l'acquisizione della valutazione disinteressata del difensore civico, consente al primo di far entrare nel fascio degli elementi da ponderare anche il giudizio dell'organo super partes in modo da avere una cognizione piena degli elementi dell'azione che si accinge ad intraprendere.

La novella dell'art. 22 l. 241/90 in materia di tutela avverso il diniego di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione sicuramente introduce un nuovo modulo dell'azione amministrativa, volto a comporre in sede stragiudiziale il già pesante contenzioso tra cittadini e pubbliche amministrazioni, offrendo ai primi uno strumento, indolore e gratuito, per ottenere nell'immediatezza e nella contestualità della domanda proposta, una soluzione che

assicuri, non tanto e non solo, il bene della vita, quanto la certezza di aver trovato ascolto, sia pure nell'ipotesi, di un esito negativo.

E' mancato, tuttavia, al legislatore il coraggio di arrivare fino in fondo, di porre cioè, nelle mani del difensore civico, la misura sanzionatoria giusta per scalfire l'ignavia della pubblica amministrazione o per sollevare il cittadino bistrattato, atteso che la favorevole valutazione dell'istanza di riesame, da sola non risulta sufficiente ad assicurare al cittadino l'accesso agli atti, dovendosi aggiungere anche il silenzio della p.a. : una sorta di atto di ritiro del precedente provvedimento negativo, le cui motivazioni si rinvergono ob relationem nel parere espresso dal difensore civico.

Ancora oggi, a distanza di circa venti anni dalla sua originaria apparizione, la figura del difensore civico oscilla, nelle intenzioni del legislatore, tra opposte configurazioni, preoccupato, per un verso, di reintrodurre, sotto qualsiasi forma, il sistema dei controlli sugli enti locali definitivamente

travolto dalla legge costituzionale n. 3/2001, ritenendolo, evidentemente, incompatibile con i valori dell'autonomia degli enti locali; al tempo stesso, desideroso di assicurare al cittadino strumenti utili ad assicurare effettività ai diritti della persona nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Appare evidente a chi scrive che la figura ed il ruolo del difensore civico nella nostra società si è imposta più per l'adesione convinta e totale con cui i singoli difensori hanno saputo interpretare il proprio ruolo che per gli strumenti concessi dal legislatore e le risorse assegnate.

In sostanza risulta incompiuto proprio quel "nuovo modello di amministrazione" che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 313 del 1996, aveva entusiasticamente ritenuto essere stato avviato dalle leggi n. 142/90 e 241/90, che, com'è noto, rappresentano il tentativo di costruire un'amministrazione partecipata e consensuale, nel rispetto dei diritti della persona, costituzionalmente garantiti.

Qualunque sia il futuro immaginato per il difensore

civico, è certo che in un panorama istituzionale legato ai valori della democrazia partecipata e del federalismo, tale figura deve ritenersi organo ineludibile di qualunque ente locale, con pari dignità degli altri organi istituzionali, strumenti e risorse adeguate, per dare al cittadino un sicuro sbocco istituzionale al suo diritto di interloquire con la pubblica amministrazione, ma soprattutto per evitare allo stesso la sensazione che soltanto la sede giudiziaria rappresenta la naturale composizione di ogni contrasto e che la P.A. gioca sui tempi morti della giustizia per piegare le volontà dei propri amministrati.

In qualunque direzione evolva la normativa in materia, appare preferibile assegnare a questa figura il ruolo di un soggetto istituzionale che si collochi appena fuori dell'area giurisdizionale ed in posizione deflattiva rispetto ad essa, in grado di far incontrare, in una stanza ideale, cittadino e pubblica amministrazione non solo per comporre de visu, le proprie controversie, ma anche per consolidare l'idea, insopprimibile per una civiltà avanzata, di una dialettica

democratica tra le parti.