

carattere e allo sviluppo degli atti a cui l'intercessio si opponeva ed al limite che per taluni opponevano certi risultati; dall'altra parte, mescolandosi nell'intercessio un effetto rescissorio e un effetto proibitivo, per la normale successione e consequenzialità dei vari atti tra cui si inseriva, l'intercessio si distingueva da una semplice proibizione preventiva, in quanto si opponeva almeno di fronte ad atti iniziali o preparatori, e doveva essere opposta in presenza.

Con il Tribunato della Plebe, sorse una Magistratura-contro-Magistratura (dotata di un potere-contropotere), perno della res pubblica del popolo romano.

La sacrosanta potestas dei tribuni plebei è garante della libertà dei singoli cives, dinanzi al potere di governo dei magistrati patrizi, e, al contempo, indissolubilmente garante dell'obbedienza dei magistrati patrizi alla volontà del popolo (leges publicae).

In questa dimensione armonica, la libertà repubblicana degli antichi costituisce un'eco lontano, ma anche presente, nel senso di realizzare la proiezione di una attesa, di una istanza, di un sogno che tuttora vive, anche in fase latente, nella mente e nel cuore dei cittadini.

Ma le aporie del mondo moderno, a fronte di quel modello, sono evidenti. E' sufficiente, in proposito, porre mente, al quadro attuale della Difesa civica in Italia e in Europa.

In particolare, in Italia non esiste una legge quadro sulla difesa civica, e nemmeno, a differenza di molti altri Stati europei, è stato istituito il Difensore civico nazionale, pur preannunciato in una ormai lontana legge 1997; mentre dal 2010, progressivamente, è stato eliminato il Difensore civico del comune, prima risorsa di prossimità a disposizione del cittadino.

La stessa definizione, la stessa natura del Difensore civico, non hanno basi normative uniformi, a fronte di vari interventi

legislativi ovvero amministrativi, in ambito regionale e provinciale, che ne hanno definito i caratteri e le funzioni, in modo tutt'altro che uniforme e armonico.

A fronte della moltiplicazione delle c.d. Autorità indipendenti, tra cui (forse) il Difensore civico, emerge l'istanza e l'esigenza di una disciplina uniforme.

Viceversa, allo stato normativo, emerge un quadro disordinato che ha generato una potenziale e anche reale sovrapposizione di attività, e addirittura una competizione tra "Autorità" diverse.

Non ha perso valore, a questo proposito, l'insegnamento di Adam Smith della Teoria dei Sentimenti morali.

Secondo quella teoria, l'economia di mercato è vitale soltanto se etica e diritto, imponendo il rispetto dell'interesse altrui, contemperino l'egoismo individuale, in sé insostituibile. L'etica è un grado di inseguire questo fondamentale obiettivo soltanto in presenza di un corpo sociale coeso.

Se la coesione di quest'ultimo si indebolisce, l'etica, le convenzioni, gli usi diventano insufficienti. Vanno integrate dalle regole giuridiche. L'applicazione di quelle regole, a sua volta, richiede adeguati congegni istituzionali.

Mosso dall'intento di salvaguardare le libertà, Montesquieu attribuì preminente rilievo non soltanto alla necessità di evitare improprie commistioni tra il legiferare, l'amministrare, il giudicare, ma prima ancora alla necessità ed esigenza della contrapposizione tra i poteri.

L'ipotesi che queste linee di riflessione suggeriscono è che le moderne Autorità possano meglio contribuire, con gli altri strumenti e rimedi approntati dagli ordinamenti giuridici della nostra epoca, a salvaguardare i diritti dei singoli se, oltre ad essere configurate come autonome rispetto alla Politica, e alle

forze del mercato, agiscano in modo, al tempo stesso, complementare e concorrenziale.

In tale proiezione vitale per la Repubblica, è decisiva, tuttora, come per i Tribuni plebis, la caratterizzazione di “indipendenza” per le funzioni della fondamentale figura del Difensore civico, quale estensione e in parte superamento della tradizionale teoria dello Stato di diritto, a garanzia del potere dei cittadini e della sovranità popolare.

Ne viene dedotta una precisa inferenza, in termini di politica del diritto, se non di politica tout court, che sia ineludibile e urgente un riassetto che stabilisca adeguate regole generali, a presidio dell'autonomia e indipendenza nell'esercizio delle funzioni.

Temi come l'indipendenza e l'autonomia; la competenza e l'efficacia degli interventi, andrebbero affrontati con aperto spirito di concretezza e approccio sistematico e funzionale.

In particolare, quanto al procedimento di nomina del Difensore civico può dirsi che:

- se nominato dal potere esecutivo, ad analogia del “defensor civitatis”, ne potrebbe venire automaticamente imprigionata e limitata autonomia e capacità di iniziativa;
- se nominato con pubblico concorso, non ne verrebbe sicuramente garantita, anche in caso di vincita del concorso, rappresentatività e responsabilità. Egli, antiburocrate per eccellenza, finirebbe per essere e comunque apparire “super burocrate”;
- se elettivo, ne potrebbe derivare una “caccia” al voto, nella logica personalistica e anche scambistica tipica di sistemi elettorali partitizzati, a possibile detrimento delle garanzie di indipendenza, competenza e terzietà.

Come è stato detto, non si tratta di eleggere un novello Masaniello e neanche uno sceriffo.

E' senz'altro preferibile, forse, l'elezione mediata a carico delle assemblee elette dal popolo ( consigli comunale, provinciale, regionale) come avviene nel Piemonte.

Ma anche l'elezione indiretta, ovvero mediata, andrebbe senz'altro condizionata da opportune regole, quali:

- la caratterizzazione delle candidature, che potrebbero essere dichiarate ammissibili, previa valutazione di un Organo terzo ovvero del TAR competente per territorio;
- la previsione di criteri di qualificazione, quali preparazione scientifica, qualificata da titoli, con provata esperienza, appartenenza a determinate categorie riferibili a libere professioni, all'insegnamento, a quadri alti dell'Amministrazione, alle Magistrature;
- la non cumulabilità delle funzioni con altre attività, a garanzia dell'indipendenza e imparzialità, la non immediata rinnovabilità, ovvero la temporaneità della carica; l'autonomia finanziaria della struttura.

Occorrerebbe, ancora, rafforzare i poteri di intervento.

Al di là delle moral suasion e delle metodologie di soft law che ne determinano oggi l'area metodologica di azione, si potrebbe ipotizzare di concedergli, in via sistematica, ad analogia del *Tribunus plebis*, un particolare "diritto di richiesta di prova preventiva ( se vogliamo di "veto")", il quale, se pure non valga ad impedire l'atto vietato, tuttavia valga ad introdurre l'obbligo, per chi lo compie, di dimostrarne in tempi certi e perentori la fondatezza e la giustificatezza, prima di procedere alla sua esecuzione.

E' questo, in parte, quanto avviene nell'Unione Europea in materia ambientale, a seguito dell'introduzione del procedimento di valutazione ambientale che peraltro è spesso aggirato.

In particolare, in ambito europeo, il Regolamento interno del Parlamento europeo, nell'edizione aggiornata al 1 dicembre 2009, disciplina l'esercizio delle funzioni del Mediatore europeo e delle indagini che egli avvia in casi di cattiva amministrazione.

Sulla base di tale Regolamento (art. 6- paragrafo 2), il Mediatore ha adottato autonomamente le relative disposizioni di esecuzione, specificando i poteri di cui egli può disporre.

Tra i poteri, vi è quello di formulare raccomandazioni all'istituzione interessata. Tale raccomandazione, pur non avendo natura giuridica vincolante, come tutte le raccomandazioni previste a livello 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 (si pensi all'ambiente o alla concorrenza).

Secondo il Giudice amministrativo italiano, la raccomandazione, pur non dotata di efficacia diretta e dell'effetto del primato, che è invece proprio degli atti normativi comunitari, comunque incide sulla legittimità dell'atto amministrativo, in quanto le Pubbliche amministrazioni, in relazione a diritti e interessi che trovano protezione sul piano comunitario, sono obbligate a tenerne conto, dovendo dimostrare in specifico, con idonea motivazione, le ragioni per cui ritengono di discostarsi dal contenuto delle predette raccomandazioni.

Ma come è stato detto, cosa un Ombusman fa e cosa un Ombusman è dipende da cosa il particolare Paese, la cultura e il sistema di governo vogliono o hanno bisogno che l'Istituto faccia. E il cammino è ancora lungo e impervio. Uno spiraglio di luce pare

aprirsi con riferimento alla giurisprudenza amministrativa formatasi in Italia sul tema della nomina del Difensore civico e del conseguente carattere del relativo provvedimento.

E così, 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 nei confronti del Difensore civico stesso.

Altra pronuncia, di ampio respiro (T.A.R.) Lazio, Roma, sez. II, 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'Atorità 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 i 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*).

Ma 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 gli 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 indicato nelle Independent regulatory commissions statunitense 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 dell'attività delle Agenzie americane che, sulle norme 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 e de iure condendo grava anche di praticabilità nel quadro normativo esistente

E' proprio vero allora che il cammino è ancora lungo e anche incerto. Ma l'occasione di questo Seminario offre lo spunto per prospettare l'inquadramento sistematico delle funzioni della Difesa civica, nel corpo dell'ordinamento giuridico, quale Potere negativo indissolubilmente connesso alla stessa struttura repubblicana e alla concreta rappresentazione ed espressione delle libertà di tutti i cittadini, maxime dei cittadini senza potere.

**4.**

**LA STAMPA PARLA DEL DIFENSORE CIVICO <sup>19</sup>**

**(omissis)**

---

<sup>19</sup> Per la lettura dei relativi articoli si rinvia al sito web del Difensore civico regionale.

## **5.**

### **NORMATIVA DI RIFERIMENTO SULLA DIFESA CIVICA <sup>20</sup>**

- > Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 228);
- > Decisione del Parlamento europeo concernente lo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore europeo;
- > Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 41 e 43);
- > Costituzione della Repubblica Italiana (art. 51, art. 97 e Titolo V);
- > Statuto della Regione Piemonte (art. 90);
- > L.r. 9.12.81, n.50, Istituzione dell'Ufficio del Difensore Civico (modificata da L.r. 6.3.00, n. 17 e dalla L.r. 04.02.2008, n.4 );
- > L.r. 24.4.85, n. 47 - Norme relative all'estensione delle competenze del Difensore Civico alle strutture amministrative del Servizio Sanitario e delle U.S.L. operanti nel territorio regionale;
- > L.R. 12 novembre 1986, n.46 e Legge 10-04-1991, n. 125 – Il fronte delle Pari Opportunità';
- > L. 7 agosto 1990, n.241 (art.25) - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15);
- > L. 05.2.92, n. 104 (art. 36) - Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i doveri delle persone handicappate (La costituzione di parte civile del Difensore Civico);
- > L. 14-11-1995 n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità);
- > L. 15.5.97, n. 127 (art. 16) - Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo;
- > D.lgs. 18.8.00, n. 267 (artt. 3, 11, 127 e 136) - Testo unico delle

- leggi sull'ordinamento degli Enti locali;
- > D.lgs. 30-6-2003 n. 196 (artt. 20, 21 e 73) - Codice in materia di protezione dei dati personali;
  - > Legge regionale 2 dicembre 2009, n. 28 - Istituzione del Garante regionale delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale;
  - > Legge regionale 9 dicembre 2009, n. 31 - Istituzione del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza;
  - > Legge regionale 30 dicembre 2009, n. 37 - Norme per il sostegno dei genitori separati e divorziati in situazione di difficoltà;
  - > Disposizione per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge 23 dicembre 2009, n. 191 (soppressione del difensore civico comunale);
  - > Decreto Legislativo 20 dicembre 2009 , n. 198 (Class Action) Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici;
  - > Decreto Legislativo 20 dicembre 2009 , n. 198 (Class Action) Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici;
  - > Decreto Legge 25 gennaio 2010 , n. 2 (come sostituito dalla L. 26.03.2010, n.42) Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni.

---

<sup>20</sup> La normativa essenziale è reperibile sul sito web del Difensore civico regionale.