

Difesa civica e mediazione dopo la Finanziaria 2010 - Motivazione della nomina del difensore civico

Pierangelo Bonanno

difensore civico del Comune di Misilmeri (PA)

Giuseppe Pedersoli

già difensore civico del Comune di Napoli

SOMMARIO: Premessa – 1. Brevi cenni sul ruolo del difensore civico: la mediazione – 2. La recente evoluzione normativa – 3. L’abolizione del difensore civico comunale e le Regioni a Statuto speciale: l’intervento del Tar Sicilia – 4. La necessità di una motivazione nella nomina del difensore civico – 5. Conclusioni.

Premessa

In relazione ai difensori civici, l’opinione del ministro per la semplificazione normativa dell’attuale Governo, Roberto Calderoli, è sempre stata molto chiara. Il testo normativo originario (la cosiddetta “bozzaccia”) fortemente voluto dal ministro, includeva i difensori civici tra gli “enti dannosi”. In seguito, il linguaggio del ministro è stato soltanto parzialmente reso meno severo: “enti inutili”. Quindi, i difensori civici, da “enti dannosi” sono diventati “enti inutili”. Le intenzioni del ministro Calderoli sono state trasfuse nella legge Finanziaria per il 2010, che ha definitivamente abolito – almeno in ambito comunale – la figura prevista a tutela e garanzia dei cittadini¹. Se vivace è il dibattito sul perché il difensore civico non abbia ricevuto adeguata difesa (si chiede scusa per il bisticcio di parole) mediatica, sulle modalità di nomina dello stesso, su ruolo, poteri, requisiti e prebenda, una certezza assoluta c’è, dopo la conversione in legge del “decreto salva enti”²: i Comuni non avranno più il “garante dei cittadini”. Con il linguaggio complesso del Legislatore, la legge di conversione dello stesso decreto stabilisce che “le funzioni del difensore civico comunale possono essere attribuite, mediante apposita convenzione, al difensore civico della provincia nel cui territorio rientra il relativo comune. In tal caso il difensore civico comunale assume la denominazione di difensore civico territoriale (...)”³. Il decreto convertito in legge, nello stesso articolo ma al comma successivo (il 2) pur confermando la soppressione della figura del difensore civico comunale, chiarisce che chi è stato nominato alla data di entrata in vigore del provvedimento legislativo (27 marzo 2010, giorno della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) resta in carica fino alla scadenza naturale dell’incarico. In ambito comunale, quindi, il destino dei difensori civici appare inesorabilmente segnato. Di qui a breve, infatti, con la scadenza del mandato di chi è attualmente in carica, la mediazione tra cittadini e pubblica amministrazione comunale sarà affidata al difensore civico provinciale-territoriale, ma soltanto al verificarsi di due condizioni: a) il difensore civico provinciale deve essere previsto e nominato; b) i singoli Comuni dovranno (ovvero potranno, ma soltanto ne ravviseranno l’opportunità) stipulare apposita convenzione con la Provincia di riferimento. Uno scenario piuttosto inquietante, dal quale la difesa civica esce ridimensionata e – soprattutto – sottovalutata. Basti pensare che l’Italia è l’unico Paese dell’Unione Europea a non avere il difensore civico nazionale, figura richiesta come requisito agli Stati che chiedono di entrare a far parte dell’Unione. Le cause di una simile situazione sono moltissime ed esulano da un’analisi giuridica. Si tratta, infatti, di ripercorrere le modalità di nomina degli ombudsman, che molto spesso rientrano in logiche di “spartizione delle poltrone” e non di una cura degli interessi dei cittadini. In molti casi, quando l’organo consiliare (di Regione, Provincia, Comune) non riesce a raggiungere il quorum necessario alla nomina – quorum che in genere è piuttosto elevato per garantire che l’eletto sia *super partes* – il presidente dello stesso organo esercita i cosiddetti “poteri sostitutivi” e, con atto

¹ L. n. 191 del 2009, art. 2 comma 186, lett. A.

² D.l. n. 2 del 2010, art. 1.

³ L. n. 42 del 2010, art. 1, comma 1 quater, lett. b, punto 2.

monocratico, designa il difensore civico. Le modalità di questo genere di nomina non sono mai accettate dagli altri candidati al ruolo, generando un contenzioso dinanzi ai tribunali amministrativi che si conclude con sentenze di orientamento contrastante. In altre occasioni (si veda il “caso Napoli” più avanti descritto) stante l’inerzia dell’organo consiliare, uno o più candidati al ruolo chiedono ai giudici amministrativi la nomina di un *commissario ad acta* che provveda a nominare il difensore. In altre parole, una figura prevista per ridurre litigi e contrasti, almeno quelli tra cittadini e pubblica amministrazione, finisce essa stessa per generare cause e processi, diventando una sorta di ossimoro giuridico-istituzionale. Ad ogni buon conto, con l’entrata in vigore delle norme volute dal ministro Calderoli ed approvate dal Parlamento, in Italia, una volta scaduti i mandati dei difensori civici comunali in carica al 27 marzo 2010, esisteranno soltanto i difensori civici provinciali (definiti “territoriali”) e i difensori civici regionali, qualora previsti e nominati dalle singole province e regioni. Con un distinguo per le regioni a Statuto speciale, come in seguito chiarito.

1. Brevi cenni sul ruolo del difensore civico: la mediazione

Il ruolo del difensore civico è stato pensato dal legislatore come soggetto terzo rispetto alla macchina amministrativa. Il potere esercitato dall’ombudsman è legato alla relazione con i soggetti responsabili dell’amministrazione pubblica, per cui l’esercizio di tale potere di interazione istituzionale potrà essere responsabile solo se l’ordinamento costruirà regole chiare e certe tali da consentire al difensore civico un efficace azione di contrasto nei confronti delle cattive prassi amministrative⁴. Nel difensore civico si può intravedere il ruolo di mediatore istituzionale tra amministratori ed amministrati, divenendo un utile strumento preventivo di contrasto alla cattiva amministrazione, nei casi in cui il cittadino dovrebbe ricorrere all’intervento giudiziario per trovare tutela dei propri diritti. La mancanza di “poteri specifici” è il problema di tutti gli ombudsman del mondo. Vero è che i regolamenti, in linea teorica, prevedono che il difensore possa “chiedere un provvedimento disciplinare” nei confronti del dirigente che “non collabora”. Ma “chiedere” non significa “automaticamente ottenere”, soprattutto se si pensa: a) al ruolo dei sindacati che contrasterebbero la richiesta del difensore civico; b) ad una figura istituita per mediare e ridurre conflitti soltanto che soltanto come *extrema ratio* pone in essere azioni che generano un contenzioso. Pertanto, si auspica un intervento legislativo che rivaluti la figura istituzionale del difensore civico, riponendo piena fiducia nella sua capacità di attivarsi quale organismo in grado di fronteggiare la crisi dell’amministrazione pubblica, al fine di oltrepassare le costanti incomprensioni e difficoltà di comunicazione tra amministrazione e cittadini. Ma il tutto dovrebbe avvenire grazie ad una partecipazione più attiva e non soltanto formale o “virtuale”. In tal modo si potrebbe garantire il mantenimento di un rapporto virtuoso tra P.A. e cittadini. Nel tentativo di frenare il contenzioso giudiziario, arginando, oltretutto, i conseguenti costi che gravano sulla finanze pubbliche, nel recente passato, il legislatore ha riconosciuto al difensore civico il ruolo di garante dei cittadini statuendo la sua competenza non solo nel tutelare il diritto di accesso ai documenti amministrativi⁵ ma anche all’informazione ambientale⁶.

2. La recente evoluzione normativa

La legge finanziaria del 2010 ha sancito la progressiva riduzione dei contributi ordinari nei confronti degli enti locali⁷ ed ha, contestualmente, previsto una serie di obblighi a cui gli stessi enti avrebbero dovuto conformarsi. In particolare, in essa è stata prevista la soppressione della figura del difensore civico di cui all’articolo 11 del T.U.E.L.⁸. La decisione del Legislatore appariva, da subito,

⁴ PIAZZA, *Lineamenti di teoria generale della difesa civica*, Firenze, 2006, p.121.

⁵ L. n. 241 del 1990, art. 25.

⁶ D.lgs. n. 195 del 2005, art.7.

⁷ L. n. 191 del 2009, art. 2, comma 183.

⁸ L. n. 191 del 2009, art. 2 comma 186, lett. a.

lesiva delle prerogative proprie degli enti locali, e nella sua genericità, annullava *ex nunc* la “difesa civica di prossimità”, affermata negli ultimi quarant’anni in Italia. Il Governo, successivamente alla finanziaria 2010, ha altresì stabilito che la soppressione del difensore civico dovesse avvenire dal 2011 e solo dopo i rinnovi elettorali dei rispettivi Consigli comunali⁹. Ed inoltre, ha specificato nella legge di conversione dello stesso, che per difensore civico da abrogare dovesse intendersi esclusivamente quello comunale¹⁰, contemplando al tempo stesso una maggiore attività del difensore civico provinciale territoriale¹¹. La formulazione è assimilabile nel contenuto al testo dell’art. 11 del T.U.E.L.¹², seppur il percorso logico a base della stessa disposizione appaia anacronistico. Ed invero, il nostro Legislatore a distanza di dieci anni dalla entrata in vigore del T.U.E.L., non tiene conto della sostanziale evoluzione della società italiana, caratterizzata dalla complessità dei nuovi diritti, propri di una visione della cittadinanza partecipe e responsabile. Ed inoltre, le nuove disposizioni in materia di difesa civica, evidenziano un’intrinseca contraddittorietà, in quanto da una parte stabiliscono che il difensore civico è il garante dei cittadini nei confronti della cattiva amministrazione pubblica, dall’altra non assicurano, vista l’importanza ad esso riconosciuta, l’obbligatorietà dell’istituzione del difensore civico territoriale. Rispetto al decreto legge, la legge di conversione ha statuito, inoltre, l’obbligatorietà di eliminare la figura del difensore civico “*dalla data di scadenza dei singoli incarichi dei difensori civici in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione*”¹³.

La Giunta regionale della Toscana ha ritenuto opportuno impugnare, dinanzi alla Corte Costituzionale, alcune disposizioni contenute nella Finanziaria¹⁴. In particolare, ha evidenziato che la soppressione dell’Ombudsman locale è lesiva delle attribuzioni regionali, in quanto, si legge nel ricorso: “*la Costituzione affida alla competenza esclusiva statale solo la materia relativa alla legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*¹⁵, *mentre le disposizioni in oggetto non riguardavano né gli organi di governo, né le funzioni fondamentali degli enti locali e pertanto sarebbero riconducibili alle competenze regionali*¹⁶; *esse non sono principi di coordinamento della finanza pubblica e ledono l’autonomia organizzativa degli enti locali garantita costituzionalmente*¹⁷”. Al riguardo, la Corte Costituzionale ha precisato che, a seguito del sostanziale mutamento della disposizione sottopostagli, con l’entrata in vigore della l. n. 42 del 2010, la questione è inammissibile, stante una specifica impugnazione della nuova norma da parte della Regione Toscana. Il Legislatore, si precisa nella sentenza, non ha soppresso le funzioni precedentemente attribuite al difensore civico comunale, ma ne ha mutato la titolarità a favore del difensore civico territoriale¹⁸. Formalmente la soppressione della difesa civica comunale non sembrerebbe incidere negativamente sull’operato dei garanti regionali e provinciali. Nella sostanza, l’intervento abrogativo del Legislatore annulla i tentativi nati, in seno alla difesa civica italiana, di realizzare una rete di rappresentanza nazionale. È di palmare evidenza che gli ombudsman regionali, privi di riferimenti istituzionali territoriali, avranno grandi difficoltà nel sostenere progetti culturali volti a tutelare e diffondere principi come la legalità e la trasparenza nella pubblica amministrazione, nonché a garantire una presenza operativa capillare su tutto il

⁹ D.l. n. 2 del 2010, art.1, comma 2.

¹⁰ L. n. 42 del 2010, art. 1, comma 1 quater, lett. b, punto 1.

¹¹ L. n. 42 del 2010, art.1, comma 1 quater, lett. b, punto 2.

¹² D.lgs. n. 267 del 2000, art. 11: “*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*”.

¹³ L. n. 42 del 2010, art. 1, comma 1 sexies, lett. b, punto 2.

¹⁴ Ricorso per legitt. Cost., 24 febbraio 2010, n. 31, in *Juris data*.

¹⁵ Art. 117, comma 2, lett. p, Cost..

¹⁶ Art. 117, comma 4, Cost.

¹⁷ Artt. 114 e 117, comma 6, Cost.

¹⁸ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 326.

territorio di loro competenza. Immaginare la presenza operativa e capillare sul territorio del difensore civico provinciale-territoriale, appare scarsamente concretizzabile, e ciò per diversi ordini di ragioni. In primo luogo occorrerà stipulare delle apposite convenzioni con i Comuni che, però, non sono obbligati a “convenzionarsi”. I Comuni, sempre alle prese con vincoli e limiti di bilancio, avranno enormi difficoltà a rendere possibile la realizzazione delle convenzioni. In secondo luogo, occorre evidenziare che ad oggi, in Italia, soltanto trentacinque province su centodieci hanno nominato il difensore civico. Appaiono, quindi, ancora più pregnanti ed efficaci le considerazioni, elaborate negli scorsi anni, che individuavano la *ratio* fondante del difensore civico prima che in termini di antidoto alla *maladministration*, in termini di "calmieramento umano" della macchina dello Stato e dell'ente regionale e locale nelle loro sempre più complesse e multiformi articolazioni funzionali. Il difensore civico opera quotidianamente perché la macchina abbia presente chi sono i soggetti per cui essa esiste e si legittima e quindi perché gli operatori della macchina si ricordino che sono tali perché devono servire e non comandare¹⁹.

3. L'abolizione del difensore civico comunale e le Regioni a Statuto speciale: l'intervento del Tar Sicilia

Nella finanziaria 2010 le specificità delle Regioni a Statuto Speciale sono state riconosciute, stabilendo che talune disposizioni in essa contenute, come la soppressione del difensore civico comunale dovessero essere oggetto di specifiche norme di attuazione²⁰. A distanza di quasi un anno dall'entrata in vigore delle disposizioni normative nazionali nessuna tra le Regioni a Statuto speciale ha intrapreso un percorso legislativo autonomo volto a regolamentare il tema della difesa civica locale. Piuttosto, si registrano iniziative istituzionali locali, spesso confuse e contraddittorie. In particolare, il Tar della Sicilia è intervenuto, recentemente, sul tema della difesa civica, precisando che la Regione Siciliana non ha recepito la norma abrogativa della finanziaria nazionale e, conseguentemente, ha accolto il ricorso nei confronti di un atto privo di motivazioni giuridicamente legittime, permettendo, quindi, al difensore civico di continuare a svolgere le proprie funzioni²¹ (cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. III, ordinanza n. 864 del 6 luglio 2010). Il Tar per la Sicilia ha annullato, quindi, il provvedimento, datato 3 maggio 2010, con il quale il Sindaco del Comune di Portopalo di Capo Passero, in provincia di Siracusa, aveva dichiarato la decadenza del difensore civico locale, esonerandolo dall'incarico. Il difensore civico, previsto dallo Statuto comunale di Portopalo, è, in base alle disposizioni locali, una figura obbligatoria, che persegue un interesse pubblico a garanzia e tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione. Il Sindaco non avrebbe potuto, come si evince dall'ordinanza, produrre, comunque, alcun provvedimento finalizzato a dichiarare la decadenza del difensore civico, perché tale compito sarebbe spettato, secondo lo Statuto locale, al Consiglio comunale. L'ordinanza del Tar Sicilia costituisce un precedente giurisprudenziale rilevante, che chiarisce i contorni di una problematica interpretativa inerente al possibile “rinvio dinamico” in Sicilia, ed in generale nelle Regioni a Statuto speciale, alla finanziaria 2010.

4. La necessità di una motivazione nella nomina del difensore civico

Nell'ambito dell'autonomia statutaria, non è facile individuare regole comuni per l'elezione del difensore civico. Innanzitutto la nomina non è obbligatoria, ed anche quando è prevista non sempre l'ente locale provvede in merito. Tuttavia, si può affermare quanto segue. In base alle previsioni statutarie più diffuse in Italia, gli organi competenti ad eleggere il difensore civico, sono il consiglio comunale, provinciale e regionale (fermo restando quanto sopra chiarito per il “difensore comunale”). Solitamente è previsto che il voto consiliare, a maggioranza qualificata, sia segreto, a

¹⁹ PAPISCA, *Riflessioni sulla difesa civica nel sistema delle garanzie dei diritti umani*, Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli, anno VII, numero 1, 1993, p. 51.

²⁰ L. n. 191 del 2009, art. 2, comma 183.

²¹ Tar Sicilia, Sez. III, ord., 6 luglio 2010, n. 864, in *Juris data*.

garanzia del fatto che il candidato eletto, sostenuto da un'ampia maggioranza bipartisan, possa svolgere la sua funzione con autonomia ed indipendenza. Tuttavia, molti Statuti prevedono che, qualora la maggioranza qualificata non venga raggiunta nelle prime sedute, si proceda ad una distinta seduta nella quale può risultare eletto il candidato che raggiunga la maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio; tale possibilità consente di evitare il raggiungimento di crisi istituzionali, difficilmente superabili²².

La procedura elettiva di nomina, ovviamente, dovrà essere caratterizzata dalla trasparenza ma, comunque, i candidati non eletti sono titolari di un interesse legittimo, che potranno far valere impugnando la delibera consiliare di elezione davanti al Giudice Amministrativo.

La Giurisprudenza, recentemente, si è soffermata, ancora una volta, su di un tema oggetto di numerose riflessioni, cioè se il provvedimento di nomina da parte del Consiglio debba contenere le motivazioni relative alla scelta effettuata. In via preliminare, c'è da considerare che quasi sempre gli statuti prevedono la nomina con voto segreto e non palese. È praticamente impossibile, col voto segreto, fornire una motivazione omogenea e, soprattutto, in linea con le reali ragioni che hanno portato i consiglieri ad esprimere la propria preferenza. Se invece le motivazioni della nomina fanno riferimento ad una fase preliminare alla votazione, sono le commissioni consiliari competenti che devono fornire adeguata istruttoria con descrizione ed eventuale comparazione dei curricula dei candidati. In ogni caso, chi riteneva che il raggiungimento di un quorum elevato, anche quello dei due terzi dei consiglieri assegnati, rendesse superata la questione della motivazione perché assorbita dall'ampia maggioranza (e quindi dal "gradimento") è stato smentito da una recente sentenza. Tale pronuncia riguarda la nomina del difensore civico del Comune di Napoli, avvenuta il 24 settembre 2007, a seguito di una votazione che individuava l'eletto con 42 voti su 55 consiglieri presenti e 60 assegnati. Ribaltando la decisione del Tar Campania, i Giudici di Palazzo Spada hanno così deciso: "Per l'effetto in riforma della sentenza appellata gli atti impugnati in primo grado di nomina del difensore Civico devono essere annullati, salvi gli ulteriori provvedimenti della Amministrazione che dovrà rinnovare la istruttoria e quindi motivare la scelta finale"²³. In altre parole, il Consiglio di Stato ha stabilito che, pur nel caso in cui la maggioranza qualificata (nel caso di specie due terzi dei consiglieri assegnati) trova l'intesa su un candidato, la nomina deve comunque essere motivata. Ma come detto, è anche recente un orientamento opposto: Tar Marche, ordinanza n. 613 del 7 ottobre 2010. Il caso riguarda la nomina effettuata dal presidente della Regione Marche. Altro candidato al ruolo, peraltro difensore civico regionale uscente, si era opposto alla "nomina presidenziale" invocando, tra l'altro, la mancanza di una motivazione. Queste le parole dei giudici del Tar Marche: "Rilevato e considerato, ad un sommario esame:

- che il ricorso potrebbe risultare fondato perlomeno sotto il profilo del dedotto difetto di motivazione;
- che in caso di "elezione" o "nomina" collegiale, per la quale è previsto il meccanismo di voto che, in questo caso, risulta essere rinforzato per effetto della necessaria maggioranza di due terzi dei componenti dell'assemblea, la motivazione pare vada individuata nell'esito della votazione, che rende preferibile il candidato che ottiene la maggioranza dei consensi rispetto agli altri;
- che, del resto, non sembra avere senso pretendere una diversa motivazione comparativa in senso tecnico, poiché, altrimenti, la votazione riguarderebbe il solo candidato al primo posto dell'ipotetica graduatoria di idoneità;
- che tali principi non sembrano invece applicabili nel caso di nomina da parte di organo monocratico, poiché non essendoci il risultato di un consenso di maggioranza espressivo di una motivazione (ancorché numerica), devono prevalere le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa affinché la scelta di un soggetto non avvenga sulla base di un mero arbitrio;

²² LIA – LUCCHINI – GARGATAGLI, *Il Difensore civico*, Milano 2007, p. 55.

²³ Cons. Stato, 19 ottobre 2009, n. 6394, in *Juris data*.

- che, nel silenzio della legge sui criteri comparativi, la motivazione monocratica pare possa fare riferimento ai requisiti previsti per la nomina (possessione di laurea attinente agli uffici da svolgere e dei requisiti idonei) al fine di giustificare la preferenza di un candidato rispetto agli altri (...)

Il Tar Marche, sostanzialmente, afferma che se si è in presenza di una nomina da parte di organo monocratico, devono prevalere le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, affinché la scelta di un soggetto non avvenga sulla base di un mero arbitrio²⁴. Questo significa che i giudici del Tar Marche, andando in direzione esattamente opposta a quella del Consiglio di Stato, hanno ritenuto indispensabile la nomina soltanto nel caso in cui essa non provenga da una qualificata maggioranza consiliare. I differenti pronunciamenti dei giudici amministrativi evidenziano uno dei paradossi della difesa civica nazionale, che tra i suoi primi obiettivi ha quello di limitare il ricorso alle autorità giudiziarie, di ridurre il numero di cause e ricorsi attraverso lo strumento della mediazione.

5. Conclusioni

Fino ad oggi, in tutta onestà, si deve ammettere che i difensori civici “non hanno funzionato”. È questo il motivo che ha indotto l'attuale Governo al ridimensionamento della difesa civica attraverso – soprattutto – la soppressione dell'ombudsman comunale. Individuare le ragioni di tale “mancato funzionamento” è attività complessa. Di certo non c'è una sufficiente cultura in materia di difesa civica e molto spesso le nomine dei difensori non avvengono in linea con gli interessi dei cittadini che dovrebbero essere difesi. Qualcuno parla di “poltrone di sottogoverno”, elargite spesso come “premio alla carriera” o per ristorare politici non (ri)eletti. Ma se il difensore civico lavora con serietà ed impegno, i cittadini non possono che trarne vantaggio e giovamento. È urgente un riordino della materia che contempli, tra gli obiettivi da raggiungere, la tutela dei diritti dei cittadini, senza che questi ultimi debbano necessariamente adire le vie legali con aggravio di spese e costi. Si parla molto, sulle riviste giuridiche, di strumenti moderni quali la “conciliazione”, tesa ad evitare l'affollamento delle aule giudiziarie. In un simile scenario, è antitetico e paradossale ridurre e ridimensionare la difesa civica, che con i suoi poteri di mediazione potrebbe fornire un grosso contributo alla realizzazione degli intenti del Legislatore.

²⁴ Tar Marche, ord. 07 ottobre 2010, n. 613, in *Juris data*.