



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA"

CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. MANFREDINI

IL DIFENSORE CIVICO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando
Dott. VIANELLO ALESSANDRO

Tutore
Prof. GARDINI GIANLUCA

Anni 2009/2011

IL DIFENSORE CIVICO

INDICE

<u>Introduzione</u>	2
<u>Capitolo I. L'evoluzione del Difensore civico in Italia</u>	
1. Gli infruttuosi tentativi di istituire il Difensore civico nazionale	7
2. L'origine del Difensore civico regionale (1970 – 1980)	12
3. Il potenziamento del Difensore civico regionale (1980 – 1990)	16
4. Gli sviluppi del Difensore civico regionale e le riforme degli anni '90	21
<u>Cap. II. Il ruolo del Difensore civico regionale</u>	
1. La natura del Difensore civico regionale	27
2. Le funzioni tipiche del Difensore civico regionale	33
3. Interesse privato ed interesse pubblico nell'azione del Difensore civico	42
4. Le funzioni attribuite dalla legislazione nazionale	44
<u>Capitolo III. Il funzionamento del Difensore civico regionale</u>	
1. La nomina e la revoca del Difensore civico regionale	53
2. La competenza del Difensore civico regionale	57
3. Il procedimento e l'organizzazione dell'ufficio	59
4. I poteri del Difensore civico regionale	63
5. Le relazioni del Difensore civico regionale	66
<u>Capitolo IV. L'evoluzione dell'Ombudsman del Commonwealth</u>	
1. Il lungo cammino dell'Ombudsman federale australiano	71
2. La genesi dell'istituzione (1968 – 1976)	74
3. La natura e la funzione dell'Ombudsman federale (1976 – 1989)	78
4. Gli sviluppi dell'ufficio (1989 – 2002)	80
5. Gli ultimi anni e i nuovi approdi dell'Ombudsman (2003 – 2010)	84
6. La futura evoluzione del Difensore civico federale (2011 – 2016)	87

Capitolo V. L'Ombudsman australiano tra il pubblico ed il privato

1. Il problema dell'utilizzo del titolo "Ombudsman"	90
2. La collocazione istituzionale dell'Ombudsman del Commonwealth	93
3. L'Ombudsman del settore pubblico e l'Ombudsman del settore privato	97

Capitolo VI. Il ruolo dell'Ombudsman del Commonwealth

1. Le funzioni istituzionali dell'Ombudsman del Commonwealth	103
2. La funzione di risoluzione delle doglianze	106
3. La funzione di miglioramento del sistema	109
4. La funzione di controllo del potere esecutivo	111
5. L'Ombudsman federale e l'integrità nell'azione amministrativa	115
6. La tutela dello Stato di diritto	120

Capitolo VII. Il funzionamento dell'Ombudsman del Commonwealth

1. La nomina dell'Ombudsman del Commonwealth	122
2. La competenza: il carattere amministrativo	125
3. La discrezionalità di non investigare	129
4. I poteri d'indagine del Difensore civico federale australiano	134
5. I rimedi esperibili dall'Ombudsman del Commonwealth	136
6. I criteri di buona amministrazione	146
7. L'efficacia delle raccomandazioni e dei <i>report</i>	148

<u>Brevi valutazioni conclusive</u>	155
-------------------------------------	-----

Introduzione

La ricerca si pone l'obiettivo di indagare se l'esperienza dell'Ombudsman australiano possa essere utile per rilanciare la difesa civica italiana, che sta affrontando un momento di crisi. L'opportunità di uno studio comparato s'impone a fronte del semplice riconoscimento di un dato di fatto, cristallizzato in tutte le statistiche: in Australia un solo Ombudsman serve tutto il territorio federale, è titolare di una pluralità di funzioni assai importanti e riesce a raggiungere risultati ragguardevoli, che migliorano di anno in anno.¹ In Italia invece non esiste un Difensore civico nazionale e nonostante il lodevole impegno di molti Difensori civici regionali questi organismi sono praticamente misconosciuti dai cittadini e certamente sottoutilizzati.²

Quali sono le ragioni del successo dell'Ombudsman australiano? Per quali motivi il Difensore civico regionale non riesce ad esprimere le proprie potenzialità? Queste domande si rivelano tanto più interessanti, se si considera che l'Ombudsman del Commonwealth e il Difensore civico regionale sono istituzioni molto simili tra loro e dovrebbero quindi raggiungere risultati analoghi. I due organismi di difesa civica condividono infatti molte caratteristiche: i principi che permeano la loro azione – come l'indipendenza e l'autonomia – i poteri di cui sono dotati, che consentono una profonda istruttoria e non sono quasi mai coercitivi, i caratteri del procedimento, che appare de-strutturato ed improntato alla massima celerità, nonché i rimedi a disposizione, per lo più rappresentati da raccomandazioni non vincolanti. Naturalmente vi sono anche rilevanti differenze, come quelle attinenti all'origine e all'evoluzione dei due organismi, ma che di certo non possono da sole giustificare una tale differenza di rendimento.

¹ V. i dati forniti in cap. VII, par. 7.

² V. la situazione di alcune Regioni in cap. III, par. 5.

Per mettere a confronto le due istituzioni, s'intende in primo luogo analizzarne i due diversi percorsi storici, tenuto conto delle differenze date dagli ordinamenti in cui operano. Si analizzeranno poi le funzioni che la legge attribuisce al Difensore civico e all'Ombudsman, soffermandosi sui caratteri e sul funzionamento di questi organismi. Infine, si cercherà di trarre le fila di quanto analizzato per rispondere alla domanda iniziale e quindi riuscire ad individuare quali sono i punti di forza da valorizzare per risollevare le sorti della difesa civica italiana, che negli ultimi anni sembra destinata ad un inesorabile declino, come dimostrato dall'abrogazione del Difensore civico comunale attuata di recente.

Prima di procedere oltre, è opportuno giustificare la scelta di prendere in considerazione l'Ombudsman del Commonwealth, piuttosto che il Difensore civico di un'altra nazione.

Nel corso degli anni l'ufficio dell'Ombudsman australiano è cresciuto in competenze, personale, risorse, nei casi seguiti e risolti. Il rigore anglosassone, che certifica il successo o l'insuccesso di un'istituzione guardando il dato numerico, conferma anno dopo anno che l'Ombudsman è un organismo di cui il sistema australiano non può più fare a meno. I cittadini ormai considerano l'Ombudsman una figura cardine dell'ordinamento, come il Ministro o le Corti, cioè come né più né meno di uno dei volti dello Stato, con un'espressione certamente più benevola e umana. La sua area d'intervento è vastissima ed include immigrazione, banche, telecomunicazioni, forze armate e molti altri settori. La sua giurisdizione, che comprende tutto il territorio dell'Australia, è la più ampia del mondo.

A prima vista l'Ombudsman appare un'istituzione con poteri molto limitati al quale sono affidati degli obiettivi molto difficili da raggiungere, quali la gestione delle doglianze contro la P.A. e la promozione del buon andamento

dell'Amministrazione. Invero, nell'esperienza di ogni giorno, "l'uomo che fa da tramite" riesce a risolvere i problemi quotidiani che la gente incontra nel rapporto con la P.A. e nel contempo indaga le inefficienze del sistema, proponendo delle soluzioni che - una volta implementate - funzionano. L'Ombudsman si interessa sia della lamentela della signora che esige delle scuse dal funzionario maleducato, ma anche delle lentezze del processo decisionale del Dipartimento del Tesoro.

L'Ombudsman ottiene risorse sufficienti a far funzionare una macchina così complessa, pur trovandosi nella scomoda situazione di dover chiedere finanziamenti proprio al Governo, istituzione che puntualmente viene dallo stesso criticata, spesso in modo molto duro. L'Ombudsman si attiva in ragione di una istanza di parte oppure in via autonoma, conduce un'istruttoria totalmente de-procedimentalizzata, semplice o complessa a seconda dei casi, non è tenuto al rispetto di quasi nessuno dei principi fondamentali, come si è abituati a considerarli (principio del contraddittorio, disponibilità delle prove, ecc...), giunge a delle conclusioni che può diffondere all'opinione pubblica, dalla quale viene ascoltato. Le sue raccomandazioni non vincolano la P.A. e non hanno efficacia coercitiva.

A fianco di casi importanti e a quelli che necessitano approfondite indagini vi sono anche dei casi non particolarmente complicati. Infatti, molte doglianze si riferiscono a situazioni che difficilmente porterebbero ad un contenzioso, a causa della loro intrinseca minore importanza, per la lievità del danno, per i costi di un processo e per i tempi di attesa di una decisione. Si tratta, in ultima analisi, di evitare quella *malamministrazione*, che nelle parole del Mediatore Europeo si

verifica quando un organismo pubblico non segue quelle regole o quei principi che dovrebbero informarne l'azione istituzionale.³

In Australia la costante presenza dell'Ombudsman *a fianco o contro* l'Amministrazione, nella gestione delle doglianze, ma anche *dentro* l'Amministrazione, nell'indagine e nella ricerca di soluzioni per migliorarne i processi decisionali, si è evoluta nel corso degli anni fino alla previsione di controlli periodici e sistematici per valutare la qualità del sistema amministrativo. L'Ombudsman così ha assunto l'ulteriore funzione di supervisionare l'attività della P.A., a garanzia che questa risponda del proprio operato. In tal modo, la persona che usufruisce del servizio pubblico ha la possibilità di esercitare il diritto – concretamente realizzato tramite l'opera dell'Ombudsman – di chiedere conto all'Amministrazione della sua attività.

Se l'Ombudsman non ritiene soddisfacente l'operato della P.A., tenta in diversi modi di cambiare la situazione, attraverso raccomandazioni e *report* alle Autorità politiche, fino a giungere alla massima diffusione delle proprie determinazioni all'opinione pubblica, la quale poi – così sensibilizzata e consapevole – può decidere di attivarsi esercitando una pressione sui propri rappresentanti, in grado di agire sulla dirigenza pubblica. Come si può vedere, si tratta di un vero e proprio circuito democratico, che di certo contribuisce a realizzare quella *democratic governance*, definita dalla Commissione Europea nel libro bianco del 2001 come l'insieme di regole, procedimenti e comportamenti che riguardano il modo in cui il

³ V. What is maladministration? in www.ombudsman.europa.eu. Su questo tema, v. cap. 2, par. 2 ed ivi i riferimenti bibliografici.

potere è esercitato, in particolare rispetto ai principi di trasparenza, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza.⁴

Sono queste le ragioni che hanno spinto a considerare vincente l'esperienza australiana e quindi a prendere quest'ultima a modello, per ottenere degli spunti utili per analizzare la situazione del nostro Paese.

⁴ Commissione europea, Libro bianco: La governance europea, luglio 2001, reperibile nella sezione dei documenti ufficiali in <http://europa.eu>.

Capitolo I. L'evoluzione del Difensore civico in Italia

1. Gli infruttuosi tentativi di istituire il Difensore civico nazionale

L'Italia è l'unico Paese dell'Unione Europea che non si è dotato di un Difensore civico nazionale, nonostante se ne sia discusso molto a partire dalla metà degli anni '60 e fino alla fine degli '70.⁵ È molto probabile che in Italia si sia voluto imitare quanto accadeva in tutto il resto d'Europa, dove in quel tempo fiorivano i dibattiti e le leggi che istituivano l'Ombudsman nazionale. Non mancò, tuttavia, chi fece notare che in Italia non si era culturalmente pronti all'introduzione di una figura del genere nell'ordinamento, la quale anzi avrebbe recato particolari difficoltà circa l'inquadramento istituzionale.⁶ Dalla lettura delle proposte di legge depositate in quel periodo, emerge che l'Ombudsman italiano avrebbe dovuto essere un organismo indipendente, dotato di rilevanti poteri istruttori, con il compito di supervisione e controllo dell'attività amministrativa.⁷ Inoltre, il Difensore civico non avrebbe dovuto avere natura giurisdizionale, né propriamente amministrativa, e avrebbe avuto il compito di indagare sulle inefficienze dell'Amministrazione civile

⁵ Sulle origini della difesa civica italiana, Andretto, L'istituto del Difensore civico: dalle origini all'introduzione nello statuto comunale, in Nuova Rassegna 1991, n. 11-12, 1179; Nitti, Il Difensore civico dalle origini ai nostri giorni, Nuova Rassegna 1998, fasc. 3, 297 ss.; Manzi, Il Difensore civico: evoluzione di un istituto di garanzia, in Tar 2005, fasc. 7/8401 ss.

⁶ Corso, Guglielmini, La Torre, Il controllo parlamentare sulla Pubblica Amministrazione, in Rass. Parl. 1965, 333 ss. dove in sostanza si ammette la superiorità all'epoca della cultura scandinava circa il rispetto della legalità e il maggior senso civico, dovuti anche ad una conformazione della società più omogenea di quella italiana.

⁷ In tema di difesa civica, un'esauriente panoramica può essere rinvenuta nelle seguenti monografie e voci enciclopediche: Mortati (a cura di), L'Ombudsman (il Difensore civico), Torino, 1974; Pilieri, Il Difensore civico, Roma, 1990; Pignataro, La difesa civica nell'ordinamento italiano, Padova, 2000; Olivetti Rason e Piazza, Problemi e prospettive della Difesa Civica, Padova, 2002; Mastropasqua, Il Difensore civico. Profili sistematici e operativi, Bari, 2004; Piazza, Autorità indipendenti e difensori civici. Profili giuridici politologici, Padova, 2000; De Vergottini, "Difensore civico", in Enciclopedia del Diritto, XXIX, 1979, 879 ss.; Fix Zamudio, "Ombudsman", in Enciclopedia Giuridica Treccani, XXI, 1990; Comba, "Ombudsman" in Digesto Pubblico, X, Torino, 1995, 296 ss.

e militare.⁸ Sostanzialmente diversa, invece, era la proposta di istituire anche un Commissario delle Forze Armate, che avrebbe dovuto essere eletto tra i parlamentari e inquadrato come organo ausiliario del Parlamento, con il compito essenzialmente di garanzia, esercitando un controllo al fine di evitare possibili derive autoritarie dell'esercito.⁹

Il dibattito si accese in relazione all'inquadramento istituzionale di questa nuova figura, che risultava particolarmente complicato. Infatti, i poteri di cui inizialmente si voleva dotare il Difensore civico erano così penetranti – come quelli previsti dall'art. 82 Cost. – che avrebbero destabilizzato i rapporti tra le istituzioni. In altre parole, si sosteneva che l'introduzione di un organismo sconosciuto dall'ordinamento, ma con poteri così rilevanti, avrebbe dovuto essere prevista modificando la stessa Costituzione. Per questa ragione, si fece spazio l'idea di identificare il Difensore civico in un Commissario parlamentare, con particolari funzioni ispettive e di controllo, ma pur sempre all'interno di una Commissione parlamentare.¹⁰ In questo modo, da un lato i rapporti tra Governo e Parlamento non sarebbero stati modificati, e dall'altro lato a vigilare sull'attività amministrativa sarebbe stato un Commissario, propaggine del potere esecutivo. Questa visione tuttavia prestava il fianco ad altre critiche, stavolta di carattere sistematico, in quanto il Difensore civico avrebbe dovuto essere una istituzione permanente,

⁸ Particolarmente rappresentativo il d.d.l. n. 119 del 1968, in base al quale il Difensore civico avrebbe goduto di quanto previsto dall'art. 82 Cost. per le Camere del Parlamento (art. 82 Cost. "Ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse. A tale scopo nomina fra i propri componenti una commissione formata in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi. La commissione di inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'Autorità giudiziaria").

⁹ D.d.l. n. 269 del 1968. V. Piazza, La figura del Difensore civico regionale, provinciale e comunale, in Nuova Rassegna 1998, fasc. n. 23-24, 23, Piazza, La difesa civica nell'attuale fase di evoluzione ordinamentale, tra problematiche, attuazioni e prospettive progettuali, Nuova Rassegna 2003, fasc. 21, 2313.

¹⁰ Mortati (a cura di), L'Ombudsman (il Difensore civico), Torino, 1974, 360 ss.

contrapposta alle Commissioni d'inchiesta parlamentare, di regola temporanee e con degli obiettivi contingenti. Più in generale, la previsione di individuare il Difensore civico all'interno di una Commissione, avrebbe avuto la conseguenza di comprimere eccessivamente le fondamentali caratteristiche di terzietà e di tutela del cittadino – proprie dell'Ombudsman – facendo rientrare tutto nel gioco politico.

Il dibattito circa l'inquadramento del Difensore civico era naturalmente connesso alle funzioni che si volevano attribuire allo stesso. Così, a seconda dell'impostazione che si intendeva privilegiare – la tutela del cittadino oppure il controllo sulla Pubblica Amministrazione – cambiavano i riferimenti costituzionali e organizzativi che si dovevano adottare per istituire questa nuova figura. Si fece quindi strada la previsione di concepire l'Ombudsman italiano come una istituzione garante dell'imparzialità e del buon andamento dell'Amministrazione, secondo quanto sancito dall'art. 97 Cost.¹¹ Inoltre, tra i tentativi di offrire una legittimazione costituzionale al Difensore civico, alcuni richiamarono anche l'art. 28 Cost., nel senso che la nuova istituzione sarebbe stata preposta a rendere attuale e concreta la responsabilità del funzionario pubblico.¹² Altra autorevole dottrina richiamò la funzione di controllo del potere esecutivo, individuando in esso il fondamento dell'istituzione dell'Ombudsman.¹³

Invero, come accennato sopra, sebbene tutte queste impostazioni avessero di certo una solida base normativa, scontavano la mancanza di chiarezza sulle funzioni che si voleva in concreto attribuire al Difensore civico. In altre parole, sarebbe stato necessario in via preliminare decidere se la funzione di tutela del cittadino avrebbe

¹¹ La Pergola, *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, Roma, 1971, 4 ss.

¹² Di Giovine, *L'Ombudsman in Italia, competenze e poteri*, in *L'Ombudsman (il Difensore civico)*, a cura di Mortati, Torino 1974, 179.

¹³ Zagrebelsky, *Problemi costituzionali sulla nomina di un commissario parlamentare in Italia*, in *L'Ombudsman (il Difensore civico)*, a cura di Mortati, Torino, 1974, 155.

dovuto prevalere sul controllo della Pubblica Amministrazione, o viceversa, oppure ancora trovare delle soluzioni mediane, e solo in un momento successivo ragionare sull'inquadramento di questa nuova figura. Un elemento unificante delle varie impostazioni, tuttavia, era rappresentato dal collegamento che il Difensore civico avrebbe dovuto avere con il Parlamento, atteso che il richiamo all'art. 82 Cost. doveva considerarsi indispensabile, in quanto unica norma che legittimava l'utilizzo di poteri ispettivi. Per questa ragione, nei disegni di legge depositati in quegli anni, si prevedeva che la nomina parlamentare dell'Ombudsman, attraverso una votazione a maggioranza qualificata.

Nonostante queste proposte e il dibattito inizialmente acceso in quegli anni, non fu approvata alcuna legge. Le cause di questo fallimento non si devono certo ricercare nell'eccessiva complessità dei problemi presentati, ma nel disinteresse della classe politica e dei cittadini. Non si può fare a meno di notare, quindi, che chi sosteneva un'inadeguatezza culturale della società italiana, insensibile nei confronti di un'istituzione di garanzia, aveva esattamente compreso la situazione dell'epoca.¹⁴

Il dibattito di quegli anni, curiosamente rispondente ad un problema simile che è stato riscontrato nell'esperienza australiana, è utile per sottolineare la vivacità che suscitava il tema del Difensore civico. Non si può certo sostenere lo stesso per quanto concerne i disegni di legge che si sono succeduti di recente, dopo un lungo letargo parlamentare, che peraltro continua a durare ancor oggi, anche in presenza di diversi segnali che avrebbero dovuto destare la classe politica.¹⁵ Infatti l'Italia è

¹⁴ Corso, Guglielmini, La Torre, Il controllo parlamentare sulla Pubblica Amministrazione, in Rass. Parl. 1965, 333 ss.

¹⁵ Ad ogni buon conto, per completezza di informazione si indicano le recenti proposte di istituzione di un Difensore civico nazionale: Camera dei Deputati n. 619 e n. 974 del 1996, Progetto di legge costituzionale n. 1 del 1997, cd. Bicamerale, secondo la quale il Difensore civico sarebbe stato

stata più volte invitata a regolare la difesa civica con un provvedimento nazionale che disciplini la materia in modo organico.¹⁶

Preso atto di quanto non è stato fatto, giova ora concentrarsi su quanto è stato effettivamente compiuto. Tra le Amministrazioni pubbliche, si prenderanno necessariamente in esame le Regioni, perché solo in esse è possibile indagare compiutamente l'esperienza del Difensore civico - in ragione della loro potestà legislativa, della loro estensione territoriale e dell'evoluzione storica. Come noto, infatti, la legge finanziaria del 2010 ha abrogato il Difensore civico comunale, cancellando con un tratto di penna l'istituzione certamente più rappresentativa rispetto a quelle provinciali o regionali, che praticamente non hanno alcun tipo di relazione diretta con la cittadinanza.¹⁷ Le ragioni di tale scelta sono puramente economiche, non essendoci stata una seria riflessione sul lavoro svolto da quell'organismo, né sul vuoto di tutela che la sua abrogazione avrebbe creato. Si è certamente persa una buona occasione per valorizzare un'istituzione che all'estero sta funzionando con risultati notevoli per quanto concerne la riduzione del contenzioso. Paradossalmente, il risparmio della spesa che si è voluto realizzare con l'abrogazione del Difensore civico comunale sarebbe stato probabilmente maggiore se solo si fosse data fiducia a questa istituzione, dotandola degli strumenti adeguati per lavorare efficacemente.

un'Autorità di garanzia assimilabile alle Autorità indipendenti, con funzioni di garanzia e di vigilanza.

¹⁶ Tra i diversi interventi di organismi sovranazionali si ricordano: Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite, n. 51 del 2004, in www.ohchr.org; Mediatore Europeo, Raccomandazione n. 13 del 1985, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, che incoraggiava "the possibility of appointing an Ombudsman at national, regional or local level or for specific areas of public administration", in www.ombudsman.europa.eu.

¹⁷ L. 191 del 2009, art. 2 co. 186, e L. n. 42 del 2010 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge n. 2 del 2010).

2. L'origine del Difensore civico regionale (1970 – 1980)

Le Regioni italiane sono state più sollecitate del legislatore nazionale nell'istituire il Difensore civico. Alcune Amministrazioni regionali, come ad esempio la Toscana, la Liguria, il Lazio, l'Umbria e l'Emilia – Romagna, hanno previsto tale organismo nei loro Statuti, mentre altre Regioni hanno invece scelto di disciplinare il Difensore civico con un atto normativo.¹⁸

Benché la previsione statutaria dei primi difensori civici risalga agli anni '70, la normativa di attuazione è molto recente e l'esperienza concreta si è dimostrata notevolmente al di sotto delle aspettative. Gli atti normativi approvati negli anni '70 sono sensibilmente diversi da quelli successivi, che hanno visto la luce nei primi anni '80.¹⁹ È evidente che il primo periodo è stato davvero di avanguardia, nel senso che si decise di affidare ad una istituzione non ancora operativa alcuni compiti che riguardavano il rapporto tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione. È comprensibile, dunque, che il contenuto di tali provvedimenti non fosse particolarmente preciso nell'individuazione delle competenze del Difensore civico, né fosse in alcun modo audace nell'attribuzione di funzioni di controllo dell'agire amministrativo.

¹⁸ V. per tutti Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 11 ss. Il dibattito circa la collocazione istituzionale vede anche in questa sede qualche riflesso, infatti il Difensore regionale è stato inquadrato dalla Liguria e dal Lazio tra le figure che realizzano la partecipazione dei cittadini alla politica, mentre ad esempio è stato riconosciuto dalla Toscana come un organismo all'interno della struttura amministrativa regionale. Sulle diverse esperienze dei difensori civici locali, v. ad esempio per la provincia di Bari, Losappio, *Funzione ed elezione del Difensore civico comunale negli statuti della provincia di Bari*, in *Amm. e politica* 1995, fasc. 3, 37; per la difesa civica regionale e comunale in Emilia – Romagna, v. Calderoni, *Il Difensore civico regionale e comunale in Emilia-Romagna*, in *Comuni Italia* 1985, 176; per la Puglia, v. Zazza, *La difesa civica in Puglia*, in *TAR* 2004, fasc. 7/8, 401; per la Campania, v. Chieffi, *L'ufficio dei Difensore civico campano dopo un anno di attività. Bilancio di un istituto*, in *Regioni e Comunità locali* 1982, n. 1, 28; per l'Umbria, v. Volpi e Merloni (a cura di), *Gli Statuti dei Comuni delle Province dell'Umbria*, Perugia, 1993, 50.

¹⁹ Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 17 ss.

Si prenda ad esempio la Toscana, la prima Regione che ha sancito la difesa civica nel suo Statuto nel 1971.²⁰ Il legislatore regionale è stato rapido nell'approvare la legge che istituiva l'ufficio del Difensore civico nel 1974, ma la normativa era assolutamente insufficiente rispetto a qualsiasi compito di tutela, garanzia, supervisione o anche semplice aiuto del cittadino in difficoltà, limitandosi a sancire la possibilità di chiedere notizie all'Amministrazione circa lo stato dei procedimenti.²¹ Questo giudizio può estendersi a tutte le leggi istitutive che contraddistinguono quel periodo iniziale, in cui la difesa civica cominciava a muovere i primi passi.²² In molti atti normativi si accennava timidamente alle funzioni del Difensore civico, che si limitavano alla verifica solo formale della regolarità dello svolgimento delle pratiche amministrative.²³ Come facilmente intuibile, tali compiti non erano altro che mere affermazioni di principio, atteso che la legge sul procedimento amministrativo era ancora distante dall'essere approvata, e per il cittadino mancava non solo la possibilità di rendersi conto di quanto stava accadendo, ma anche il diritto di conoscere e partecipare alla formazione del provvedimento amministrativo.

²⁰ Lo Statuto della Toscana è stato deliberato dal Consiglio regionale il 26 novembre 1970, modificato con deliberazione del Consiglio regionale n. 16 del 2 marzo 1971 e approvato dal Parlamento Nazionale con Legge 22 maggio 1971 n. 343, pubblicata in G.U. 148 del 14 giugno 1971. Sugli Statuti comunali della Toscana, v. Chiti (a cura di), *il procedimento, la partecipazione e il Difensore civico negli Statuti comunali della Toscana*, Consiglio regionale della Toscana, Ufficio del Difensore civico, Firenze, 1996, 5 ss.

²¹ L'evoluzione storica si può leggere in www.consiglio.regione.toscana.it.

²² L. n. 23 del 1978 per la Campania, L. n. 48 del 1979 per l'Umbria.

²³ Secondo l'art. 2 della Legge toscana e l'art. 2 della Legge ligure il Difensore Civico cura, a richiesta dei singoli cittadini, il regolare svolgimento delle loro pratiche presso l'Amministrazione regionale e gli Enti e le aziende dipendenti, segnalando agli organi statutari della Regione eventuali ritardi o irregolarità".

Non mancano, tuttavia, leggi che hanno previsto funzioni di controllo del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Seppur con diverse modalità in relazione alla legittimazione attiva, le leggi di Toscana, Liguria, Umbria e Campania hanno attribuito al Difensore civico il compito di accertare la presenza di inefficienze nel processo decisionale e di riferirne all'organo politico, ma come si evince dalle Relazioni annuali di allora l'attività di controllo della regolarità dell'azione amministrativa non è stata effettivamente svolta.²⁴

I rimedi messi a disposizione del Difensore civico da parte di questo primo gruppo di Regioni consistevano nella richiesta di esaminare la pratica congiuntamente al responsabile dell'ufficio, al fine di concordare con lo stesso un termine finale per provvedere. Nel caso dell'inutile decorso del termine, il Difensore civico avrebbe potuto segnalare la situazione all'organo politico di riferimento. Si può agevolmente notare che le armi di cui si era voluto dotare il Difensore civico erano alquanto inefficaci, anche a voler valorizzare al massimo l'autorevolezza della persona in carica.

Uno scenario parzialmente diverso è rappresentato dal secondo gruppo di leggi, approvate da altre Regioni nei primi anni '80. In questi provvedimenti normativi, infatti, il Difensore civico ha cominciato ad essere considerato come una vera e propria istituzione, e pertanto sono state dettagliate alcune caratteristiche essenziali, prima assolutamente trascurate. Così, solo dopo dieci anni dalla prima legge istitutiva si è previsto che il candidato a ricoprire la carica dovesse essere in possesso di alcuni requisiti, quali ad es. la competenza giuridica, al fine di garantire

²⁴ Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 17, nota 10, la quale riferisce una sconsolante Relazione del Difensore civico del Friuli Venezia Giulia, che evidenzia come "i poteri attribuiti al Difensore civico si riducono ad uno: la facoltà di fissare termine per la definizione delle pratiche assoggettate ad esame".

lo svolgimento della funzione in modo indipendente.²⁵ Tutti gli atti normativi si sono riferiti all'indipendenza quale principio fondamentale nell'azione del Difensore civico, prevedendo quindi un sistema di elezione-rimozione e di incompatibilità ed ineleggibilità.²⁶ In questa seconda fase, sono stati aumentati anche i compiti del Difensore civico, che nella sua Relazione annuale non è più limitato solamente a descrivere gli sporadici interventi compiuti, ma è tenuto ad indicare osservazioni, suggerimenti e raccomandazioni per migliorare l'attività della Pubblica Amministrazione. Parallelamente, la legislazione dei primi anni '80 ha munito il Difensore civico del potere di attivarsi d'ufficio, quando si avvede di situazioni identiche per le quali è già intervenuto in precedenza.²⁷ Ad una generalizzata espansione del ruolo del Difensore civico è corrisposto l'aumento dei suoi poteri circa il diritto di ottenere copia degli atti e documenti considerati rilevanti, senza che fosse opponibile il segreto d'ufficio.²⁸

²⁵ V. l'art. 7 Marche, secondo cui il Difensore civico "svolge il proprio incarico in piena indipendenza da ogni organo o ufficio della Regione", oppure l'art. 1 Piemonte che recita: "il Difensore civico non è sottoposto ad alcuna forma di dipendenza gerarchica o funzionale ed esercita la sua funzione in piena indipendenza".

²⁶ V. l'art. 6 Lombardia secondo cui il Difensore civico "è scelto fra i cittadini che, per preparazione ed esperienza, diano la massima garanzia di indipendenza, obiettività, serenità di giudizio e competenza giuridico - amministrativa", oppure art. 5 Marche: "All'ufficio di Difensore civico deve essere eletta persona in possesso di laurea in giurisprudenza e che, per esperienze acquisite presso le Amministrazioni pubbliche o nell'attività professionale svolta, offra la massima garanzia di competenza giuridico - amministrativa, di probità e obiettività di giudizio".

²⁷ V. art. 3 Piemonte: "L'azione del Difensore Civico può essere estesa d'ufficio a procedimenti ed atti di natura e contenuto identici a quelli oggetto della richiesta del reclamante, al fine di risolvere analoghe situazioni" oppure l'art. 2 Marche "Se nel corso dello svolgimento di tale attività il Difensore civico rilevi che pratiche simili di altri soggetti si trovino in identica posizione opera anche per queste ultime" oppure ancora l'art. 2 Lombardia "L'azione del Difensore civico può essere estesa d'ufficio a procedimenti ed atti di natura e contenuto identici a quelli per cui sia stato richiesto l'intervento di cui al comma precedente, al fine di rimuovere analoghe disfunzioni ad essi comuni".

²⁸ V. art. 4 Lombardia, secondo cui il Difensore civico "ha diritto ad ottenere dalle Amministrazioni e dagli Enti copia degli atti e dei documenti, nonché ogni notizia connessa alle questioni trattate", oppure l'art. 5 Lazio: "Il Difensore civico può ottenere in copia i provvedimenti adottati e tutti gli atti del procedimento, nonché ogni altra informazione che esso ritenga necessaria" oppure ancora l'art. 3 Puglia: "Il Difensore civico ha la facoltà di ottenere dagli Uffici previsti nel precedente art. 2, copie

3. Lo sviluppo del Difensore civico regionale (1980 – 1990)

Se la seconda fase di normazione ha cercato di definire i contorni della nuova istituzione, è solo nel corso degli anni '80 che la figura del Difensore civico ha ottenuto un sostanziale rafforzamento delle proprie prerogative e funzioni. In questo periodo, a fianco dell'introduzione *ex novo* di atti normativi da parte di alcune Regioni e delle due Province Autonome, si è assistito ad una novellazione delle leggi già in vigore, per adeguarsi alle nuove idee dell'epoca, tese a rivalutare l'ufficio del Difensore civico.²⁹ La novità più rilevante attiene all'individuazione delle funzioni, che alcune Regioni, come ad il Veneto o l'Emilia – Romagna, si sono spinte a specificare con maggior chiarezza. In particolare, in quelle leggi è stata prevista la tutela dell'interesse del cittadino, e non solamente il regolare svolgimento delle pratiche, tra i compiti istituzionali del Difensore civico, a testimoniare l'idea della compenetrazione di due concetti teoricamente separati, quali il buon andamento della P.A. e la gestione delle doglianze. In questo periodo, quindi, si assiste ad una estensione dei compiti del Difensore civico ad opera della nuove leggi istitutive, che gli attribuiscono funzioni sempre maggiori, quali ad es. la tutela del cittadino di fronte non solo a provvedimenti, ma anche a comportamenti dell'Amministrazione, considerata in senso ampio e quindi includendo la Regione ed altri Enti, consorzi e aziende sottoposti al controllo regionale.³⁰

dei provvedimenti adottati con i relativi atti preparatori, nonché tutte le informazioni necessarie all'esercizio del suo mandato e di esaminare gli atti amministrativi di qualsiasi specie attinenti alle questioni trattate”.

²⁹ L. n. 37 del 1984 per l'Emilia – Romagna, l. n. 4 del 1985 per la Calabria, l. n. 11 del 1986 per la Basilicata, l. n. 28 del 1988 per il Veneto, l. n. 4 del 1989 per la Sardegna, l.p. n. 28 del 1982 per la Provincia di Trento e l.p. n. 15 del 1983 per quella di Bolzano.

³⁰ Art. 2 legge Basilicata, art. 7 legge Veneto, art. 2 legge Sardegna.

L'ampliamento delle funzioni del Difensore civico ha avuto come diretta conseguenza l'estensione dei suoi poteri e una maggior attenzione nei confronti di aspetti che prima erano stati tenuti a margine.

Così, i nuovi provvedimenti legislativi hanno concesso spazi più ampi per l'iniziativa officiosa del Difensore civico, in taluni casi anche non legati semplicemente al riconoscimento di situazioni simili, alle quali estendere le attività già compiute a seguito di istanza di parte.³¹ Sono stati inoltre rafforzati i poteri del Difensore civico, che ora può chiedere l'attivazione di procedimenti disciplinari a carico dei funzionari che si sono dimostrati poco collaborativi.³² L'azione del Difensore civico inoltre non è più limitata – come in passato – ad un mero esame congiunto della pratica, ma si è evoluta in dovere di supervisionare il rispetto della procedura nel suo insieme, anche al fine – che in questo periodo viene indicato solo timidamente – di garantire il buon andamento dell'Amministrazione.

I legislatori regionali si sono occupati anche di determinare alcune regole del procedimento. Così, nella totalità dei casi si è previsto che il richiedente debba inoltrare una richiesta per iscritto all'Amministrazione interessata e, solo all'infruttuoso decorso di un periodo di tempo che varia a seconda delle Regioni, possa infine ricorrere al Difensore civico, sempre con richiesta scritta.³³

Invero si ritiene che anche regole semplici, quale insieme di oneri che la parte *se vuole* l'intervento del Difensore, *deve* adempiere, ha costituito uno dei grandi limiti della legislazione italiana, basti pensare alla necessità di proporre una richiesta scritta all'Amministrazione prima, e al Difensore civico poi. In Australia, come vedremo, la maggior parte dei contatti con i cittadini avviene telefonicamente o via

³¹ Art. 3 legge Basilica; art. 7 legge Veneto; art. 3 legge Emilia – Romagna.

³² Art. 5 Emilia – Romagna, art. 4 Basilicata, art. 8 Veneto.

³³ Come ovvio, tale previsione mira, da una parte, ad evitare ricorsi inutili, che si sarebbero potuti evitare facilmente, e dall'altra, a stimolare una soluzione che parta dagli uffici della P.A.

e-mail, con grandissimo vantaggio sia per la speditezza della pratica, sia della fiducia del cittadino che non deve compilare dei moduli per essere ascoltato. Non emergono, dall'esame degli atti normativi, regole particolari che indichino le modalità con cui il Difensore civico si deve rapportare con i cittadini, nel corso del procedimento. Nella prassi, il Difensore civico ha dimostrato una generale benevolenza nei confronti dei cittadini che chiedevano informazioni circa lo stato dei loro procedimenti.³⁴

L'importanza acquisita dal Difensore civico nelle leggi regionali si è avvertita anche con riferimento ad altre Amministrazioni. A tal proposito, tutti i Difensori civici attivi in questo periodo hanno rilevato che i cittadini rivolgevano loro ogni sorta di interrogazione, richiesta e istanza nella maggior parte dei casi relative a fenomeni di cattiva amministrazione presenti all'interno di Amministrazioni non regionali: uffici della Provincia, del Comune, delle aziende sanitarie nazionali o di altri Enti pubblici.³⁵ Anche a fronte di questo fenomeno, per venire incontro alle esigenze della cittadinanza si è provveduto ad estendere l'area di competenza del Difensore civico a tutte le Amministrazioni nei cui confronti la Regione ha una funzione di vigilanza o di controllo. Particolarmente interessante risulta l'estensione della zona di operatività anche alle unità sanitarie locali, che inizialmente è stato previsto dalla Regione Toscana e poi – a seguito dei risultati positivi – anche da altre Amministrazioni regionali.³⁶ In generale, al Difensore civico è stata demandata la funzione di intervento a seguito di doglianze riguardanti irregolarità o diverse

³⁴ Art. 4 Emilia – Romagna, art. 8 Veneto, art. 5 Sardegna. V. Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 68 ss.

³⁵ Ad es. v: *Relazione Difensore civico Toscana 1985; Relazione Difensore civico Lombardia 1986; Relazione Difensore civico Liguria 1983.*

³⁶ L. Toscana n. 36 del 1983; l. Liguria n. 27 del 1985, l. Umbria n. 27 del 1987. Il Veneto e la Campania hanno modificato la legge istitutiva, prevedendo l'estensione della competenza del Difensore alle unità sanitarie locali. V. Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 63 ss.

situazioni di disagio lamentate dai pazienti che non sono state accolte o gestite dagli uffici della azienda sanitaria. Il Difensore civico, oltre ai tradizionali poteri conoscitivi e di indagine, è stato dotato del potere di richiedere l'ausilio di personale in servizio presso le aziende sanitarie – utilizzati come periti – e di indirizzare al comitato di gestione dell'azienda (oltre che alla Giunta regionale) una relazione nella quale vengono esplicitate le osservazioni e le raccomandazioni al fine di migliorare il servizio.

Inoltre, tra gli aspetti che in questo periodo trovano una nuova regolamentazione normativa, si devono ricordare quelli che riguardano la legittimazione attiva e il rapporto con gli organi politici di riferimento.

Per quanto concerne i soggetti che possono rivolgersi al Difensore civico, quasi tutte le Regioni hanno optato per una scelta che estenda l'iniziativa non solo ai cittadini, ma anche ad altri organismi.³⁷ Dalla lettura delle leggi istitutive si evince che possono richiedere l'intervento del Difensore civico una pluralità di soggetti, quali uno o più cittadini, singoli o associati, formazioni sociali, Enti che agiscono per diversi motivi, quali un interesse proprio oppure per realizzare quanto previsto dalla legge, oppure per l'interesse ad ottenere dati ed informazioni, fino ad arrivare anche alla tutela degli interessi diffusi nelle materie di competenza regionale.³⁸ Per quanto riguarda il rapporto con gli organi politici, nella prassi le Relazioni annuali si sono rivelate lo strumento principale con il quale il Difensore civico rende conto della propria attività, indica con esempi concreti le inefficienze a cui ha cercato di porre rimedio, rassegna le proprie osservazioni per migliorare il sistema amministrativo. In questi anni sono state predisposte anche le Relazioni c.d.

³⁷ Solo le due Province autonome utilizzano un'espressione più restrittiva, indicando come legittimati i singoli cittadini.

³⁸ V. art. 2 legge Calabria; art. 2 legge Basilicata; art. 3 legge Emilia – Romagna; art. 7 e 10 legge Veneto. Per quanto concerne l'analisi dell'interesse tutelato dal Difensore civico, v. cap. II, par. 3.

specifiche, strumento pensato per richiamare l'attenzione dell'organo politico nei confronti di questioni di particolare importanza, che necessitano di specifiche e rapide soluzioni.³⁹

Riassumendo quanto accaduto nei primi anni '80, bisogna riconoscere una certa vitalità dei legislatori regionali che hanno impresso una evidente accelerazione allo sviluppo della difesa civica. Le leggi emanate in questo periodo sono sensibilmente più dettagliate delle precedenti e mostrano di voler considerare la Difesa civica un importante strumento al servizio della popolazione. Vi sono state novità a tutti i livelli, dai requisiti di nomina del Difensore civico, alle sue funzioni – di miglioramento del sistema e non solo di gestione della doglianza – fino ad ampliare la sua zona di competenza.

Il Difensore civico ha tentato con successo di uscire dalle limitazioni imposte dagli Statuti e dalle leggi attuative, espandendo la propria operatività.⁴⁰ Le funzioni che le diverse Regioni hanno attribuito ai rispettivi Difensori riprendevano quelle classiche: funzioni ispettive, per favorire un controllo del potere legislativo su quello esecutivo, e funzioni di gestione delle doglianze dei cittadini contro la P.A. Nella pratica, i Difensori regionali hanno interpretato i loro ruoli in senso estensivo, ampliando le loro competenze anche senza una previsione normativa. È stato rilevato infatti che i Difensori hanno considerato proprie anche le funzioni di controllo e di tutela nei confronti di Amministrazioni diverse dalla Regione ed hanno di fatto offerto servizi di consulenza ed assistenza che non rientravano nei

³⁹ Le Relazioni specifiche sono adottate da molte Regioni, tra cui Sardegna, Basilicata, Veneto, Calabria, Emilia – Romagna.

⁴⁰ Piazza, La figura del Difensore civico regionale, provinciale e comunale, in Nuova Rassegna 1998, fasc. n. 23-24, 23; Tremante, Difensore civico: nuovo soggetto di spessore tra le autonomie locali, in Dir. e Giust. 2003, fasc. 6/95, 95.

loro compiti istituzionali.⁴¹ Tale fenomeno è riscontrabile leggendo i rapporti annuali dei Difensori civici ai rispettivi Consigli regionali, dai quali risulta che gli stessi non hanno rispettato rigidamente i loro ruoli, ma si sono di fatto ritagliati una posizione particolare, a seconda delle richieste presentate dai cittadini.⁴²

Pur scontando la frammentarietà di una normativa non nazionale, si può affermare che il ruolo del Difensore civico abbia riguardato la risoluzione delle doglianze presentate dal cittadino contro la P.A., il miglioramento dell'Amministrazione nonché una certa forma di controllo sul suo operato.

Questa evoluzione, certamente rilevante, non è stata però sufficiente a far meritare al Difensore civico un interesse da parte dei cittadini, che lo hanno continuato pressoché ad ignorare, soprattutto – ritengo – per ragioni attinenti all'effettività della tutela. Se è vero, infatti, che in questo periodo è stato riconosciuto al Difensore civico una zona operativa più vasta, è vero anche che la debolezza del suo intervento, che in pratica si è tradotta semplicemente nella segnalazione al potere politico delle situazioni di malamministrazione, ha avuto l'effetto di mostrare ai cittadini la sostanziale inutilità dei suoi sforzi.

4. Gli sviluppi del Difensore civico regionale e le riforme degli anni '90

Nel corso degli anni '90, la disciplina del Difensore civico ha avuto nuovi e importanti sviluppi a seguito dell'approvazione di alcune normative di grande rilevanza per il sistema amministrativo: la legge sull'ordinamento delle autonomie locali, quella sul procedimento amministrativo e la c.d. legge Bassanini *bis*.

⁴¹ Calderoni, Il Difensore civico regionale e comunale in Emilia-Romagna, in Comuni Italia 1985, 176.

⁴² Trimarchi, Il Difensore civico a livello locale, in Regioni e Gov. Loc. 1998, fasc. 4, 239.

Ancorché la legge n. 142 del 1990, all'art. 8, si rivolga al Difensore civico comunale e provinciale, non vi è dubbio che la sua valenza trascenda il dato territoriale quando indica che il Difensore civico ricopre un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, “segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'Amministrazione nei confronti dei cittadini”.⁴³ In tal modo è stata affermata e riconosciuta la funzione di garanzia che si accompagna a quella di gestione delle doglianze, già prevista nelle leggi istitutive. Le leggi successive alla l. n. 142 del 1990 hanno di certo tenuto conto di questa previsione, indicando espressamente che il ruolo del Difensore civico si è arricchito di nuove funzioni, in particolare di garantire dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A., con l'effetto di collocare questa istituzione nell'alveo dell'art. 97 Cost.⁴⁴

Per quanto concerne il procedimento amministrativo, non occorre qui diffondersi sul fatto che l'introduzione della legge n. 241/90 ha comportato un importante cambiamento nel rapporto tra Amministrazione e cittadino, garantendo un ruolo più incisivo a quest'ultimo nella formazione delle scelte pubbliche, grazie a regole che consentono di conoscere le fasi procedurali e partecipare al procedimento stesso.

Alcuni autori hanno rilevato che l'avvento della l. n. 241 del 1990, tuttavia, ha comportato la perdita della ragione d'essere della difesa civica.⁴⁵ In effetti, il diritto (o l'interesse legittimo, secondo alcuni) del cittadino di ottenere delle informazioni precise circa l'inizio del procedimento, il suo stato, il termine entro il quale l'Amministrazione dovrebbe provvedere, la possibilità di influire sul corso del

⁴³ Art. 8, l. n. 142 del 1990.

⁴⁴ Art. 3 Molise, art. 2 Umbria; art. 1 Emilia – Romagna.

⁴⁵ Verde, *il Difensore civico*, Padova, 1996, 142

procedimento, nonché la pretesa di conoscere le ragioni che supportano il provvedimento finale, rappresentano poteri e facoltà che permettono al cittadino di ottenere risultati addirittura superiori a quelli che fino ad allora il Difensore civico poteva garantire.

A questa tesi è stato correttamente risposto che le attività del Difensore civico non sono totalmente sovrapponibili a quelle esperibili dal cittadino, anche dopo la l. n. 241 del 1990, visto che rimangono pur sempre delle situazioni che si verificano al di fuori di quanto cristallizzato nelle norme, come ad es. la maleducazione dei funzionari oppure anche semplici richieste di informazioni, pur in assenza di una richiesta di avvio del procedimento.⁴⁶

A queste giuste osservazioni mi pare che si possa aggiungere che la funzione ausiliatrice del Difensore civico acquista rilevanza proprio quando qualcosa non funziona nell'agire pubblico, nel senso che l'intervento del Difensore civico è già espressione di un malfunzionamento della macchina amministrativa, visto che altrimenti la sua azione sarebbe priva di scopo. La legge sul procedimento amministrativo ha modificato lo scenario generale nel quale prima operava il Difensore civico, ma non lo ha reso inutile. In altre parole, si può dire che la legge sul procedimento amministrativo abbia portato ad un'evoluzione, ad un adattamento delle funzioni del Difensore civico al nuovo quadro normativo, piuttosto che ad una sottrazione delle sue competenze. Inoltre, questo dibattito non sembra tener conto della fondamentale trasformazione che all'epoca stava attraversando il Difensore civico, che alla mera gestione delle doglianze coprire aveva progressivamente aggiunto anche la funzione di miglioramento il sistema

⁴⁶ Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 82 ss.

amministrativo in generale, anche attraverso forme di controllo dell'operato della P.A., per garantire il buon andamento previsto dall'art. 97 Cost.

La legge sul procedimento amministrativo ha senz'altro influito sulla disciplina del Difensore civico, come risulta evidente dalle leggi istitutive approvate in quegli anni, che regolano in modo molto più approfondito delle precedenti tutti gli aspetti relativi ai compiti dell'Ombudsman e alle sue modalità di intervento. In altre parole, il Difensore civico è passato dall'essere espressione di un generico (e nebuloso) organismo di aiuto al cittadino, a figura dotata di funzioni specifiche e normativamente definite.⁴⁷ Tra le novità si deve segnalare l'introduzione di un potere di convocazione dei funzionari coinvolti nel procedimento e la previsione specifica di una funzione di vigilanza sui procedimenti amministrativi, con particolare riferimento al termine finale.⁴⁸ A queste indicazioni, che invero sono solo la specificazione di poteri già esistenti, sono stati poi aggiunti poteri conciliativi volti ad evitare un contenzioso successivo, come quelli che consentono al Difensore civico di incontrare separatamente e congiuntamente il ricorrente e il funzionario responsabile, per favorire un dialogo tra le persone, informale e non tramite atti scritti.⁴⁹ Sono state migliorate, inoltre, le previsioni che regolano i rapporti tra gli stessi Difensori civici e i cittadini che presentano istanza, in modo da garantire una corretta relazione tra loro. Così è stato sancito che al cittadino istante devono essere comunicate le attività svolte dal Difensore civico, l'esito dell'intervento e talora anche i diversi scenari che si potrebbero verificare a seconda

⁴⁷ È stato osservato che anche la semplice individuazione del responsabile del procedimento, ora automaticamente indicata nel provvedimento, rende molto più semplice al cittadino il reperimento di quelle informazioni che prima della l. n. 241/90 dovevano probabilmente essere recuperate dal Difensore civico. Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 93.

⁴⁸ Art. 4 Abruzzo; art. 6 Toscana.

⁴⁹ Art. 4 Emilia – Romagna; art. 6 Basilicata.

delle risposte dell'Amministrazione.⁵⁰ Proprio per quanto concerne i rapporti con i cittadini e il Difensore civico, la legge n. 241 del 1990, prevedendo l'obbligo di rispondere motivatamente e tempestivamente alle istanze rivolte ai suoi uffici, ha avuto un'importanza straordinaria, poiché da quel momento – se non altro – i problemi hanno riguardato il *quid* e non invece l'*an* della comunicazione.

Nell'ottica generale di miglioramento dei rapporti tra i soggetti (cittadino, Pubblica Amministrazione e Difensore civico) non è mancato neppure il potenziamento delle relazioni tra l'Ombudsman e i Consigli regionali. In particolare, se nel passato l'attenzione riservata al rapporto annuale dipendeva esclusivamente dalla volontà dei Consiglieri, in questo periodo le novelle legislative hanno formalizzato il dovere di invio, analisi e discussione di questo importante documento. Così, entro un termine stabilito dalla legge a far data dalla ricezione della Relazione annuale, il Consiglio è tenuto ad esaminarla e a formulare delle indicazioni agli organi amministrativi competenti affinché vengano adottate quelle misure che sono state ritenute idonee, prendendo spunto dalle raccomandazioni del Difensore civico.⁵¹ Questa previsione, al pari delle altre, conferma che negli anni '90 sono stati compiuti importanti passi in avanti per rendere più concreta ed utile l'azione del Difensore civico, attraverso una più precisa individuazione dei suoi compiti, dei suoi poteri e la regolazione dei rapporti con gli altri soggetti istituzionali e con i cittadini.

In questo periodo la disciplina nazionale ha inoltre attribuito al Difensore civico altri compiti, che verranno analizzati compiutamente in seguito, trattando delle funzioni di tale organismo. Per completezza, fin d'ora si ricorda che tali compiti vanno dalla vigilanza sugli uffici periferici delle Amministrazioni statali (art. 16, l.

⁵⁰ Art. 6 Toscana; art. 7 Liguria; art. 8 Molise, art. 8 Basilicata.

⁵¹ Art. 10 Molise, art. 8 Abruzzo.

n. 127 del 1997), al controllo di legittimità sugli atti degli Enti locali (art. 17, comma 38, l n. 127 del 1997 ed ora art. 127 d. legisl. n. 267 del 2000), al controllo sostitutivo attraverso la nomina di un commissario *ad acta* (art. 136 d. legisl. n. 267 del 2000), ai poteri concernenti l'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione (art. 25 l. n. 241 del 1990).⁵²

Ad oggi, il Difensore civico risulta istituito in tutte le Regioni italiane, ad eccezione della Sicilia, anche se molte non è operativo: in Puglia ed in Calabria non è mai stato nominato il responsabile, in Umbria, Campania e Sardegna la carica risulta vacante, ed il Friuli Venezia Giulia ha abrogato nel 2008 la legge relativa istitutiva.⁵³

⁵² Per una disamina dei poteri derivanti da queste funzioni, v. cap. II, par. 4, sulle funzioni attribuite dalla legge nazionale.

⁵³ In ordine cronologico, le Regioni che hanno istituito il Difensore civico sono: Toscana, L.R. 21 Gennaio 1974, n. 8; Liguria, L.R. 6 Giugno 1974, n. 17; Campania, L.R. 11 Agosto 1978, n. 23; Umbria, L.R. 22 Agosto 1979, n. 48; Lombardia, L.R. 18 Gennaio 1980, n. 7; Lazio, L.R. 28 Febbraio 1980, n. 17; Friuli Venezia Giulia, L.R. 23 Aprile 1981, n. 20; Puglia, L.R. 9 Luglio 1981, n. 38; Marche, L.R. 14 Ottobre 1981, n. 29; Piemonte, L.R. 9 Dicembre 1981, n. 50; Provincia autonoma di Trento, Legge Prov. 20 Dicembre 1982, n. 28; Provincia autonoma di Bolzano, Legge Prov. 9 Giugno 1983, n. 15; Emilia Romagna, L.R. 6 Luglio 1984, n. 37; Calabria, L.R. 16 Gennaio 1985, n. 4; Basilicata, L.R. 14 Giugno 1986, n. 11; Veneto, L.R. 6 Giugno 1988, n. 28; Sardegna, L.R. 17 Gennaio 1989, n. 4; Valle d'Aosta, L.R. 2 Marzo 1992, n. 5; Abruzzo, L.R. 20 Ottobre 1995, n. 126; Molise, L.R. 14 Aprile 2000, n. 26.

Cap. II. Il ruolo del Difensore civico regionale

1. La natura del Difensore civico regionale

La disciplina del Difensore civico in Italia risulta frammentata in molti atti normativi, differenti a seconda della Regione di riferimento. Da un lato, la mancanza di organicità della normativa rende più difficile riscontrare quali siano le caratteristiche principali dell'istituzione in oggetto; dall'altro lato, la comparazione tra le diverse leggi regionali consente di individuare degli elementi comuni, facendo emergere un "modello italiano" della difesa civica. Si è proceduto quindi ad una disamina dei provvedimenti normativi che riguardano il Difensore civico delle diverse Amministrazioni, ricavando elementi caratteristici comuni.

La collocazione del Difensore civico in una precisa categoria giuridica è questione complessa.⁵⁴ L'art. 8, l. n. 142 del 1990, inquadra il Difensore civico tra gli istituti di partecipazione popolare - tra le petizioni e i referendum -⁵⁵ attribuendogli un ruolo che invece sembra sconfessato dal TUEL, che all'art. 11 invece ne valorizza i compiti di tutela del buon andamento della P.A., inquadrandolo nelle disposizioni di carattere generale.⁵⁶

⁵⁴ Sulla collocazione istituzionale, v.: Vandelli, Difensori civici e autonomie locali, in Reg. e Gov. Loc., 1992, fasc. 2, 541; Trimarchi, Il Difensore civico a livello locale, in Regioni e Gov. Loc. 1998, fasc. 4, 315; Gerghi, Il Difensore civico nell'ordinamento degli Enti locali, in Nuova Rassegna 2000, fasc. n. 7, 740; Tremante, Difensore civico: nuovo soggetto di spessore tra le autonomie locali, in Dir. e Giust. 2003, fasc. 6/95, 95; Della Torre, Statuto e garanzie nei confronti dell'Amministrazione locale: la difesa civica, in Nuova rassegna 2005, vol. 79, fasc.11/12, 1236 ss.

⁵⁵ Sdanganelli, Il Difensore civico comunale fra diritti di cittadinanza ed azione popolare, in www.neldiritto.it; Mastropasqua, Il Difensore civico. Profili sistematici e operativi, Bari, 2004, 55.

⁵⁶ Bonatti, Commento all'art. 8, in Italia-Bassani, Le leggi commentate - Le autonomie locali, Milano, 1990; De Ruvo, Il ruolo del Difensore civico tra la legge n. 142 del 1990 e la legge n. 241 del 1990, in Confronti 1992, n. 6, 19 ss.; Zuzolo, il Difensore civico nei comuni: legge 8/6/1990 n.142, Benevento, 1992, 20 ss.; Mignone, Commento all'art. 8 della legge n. 142/1990, in C. Mignone, P. Ripiana, P.M. Ripiana, Commento alla legge sulle autonomie locali, Torino, 1993; Cariola, Commento all'art. 8 della legge n. 142/1990, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna - Roma, 1996.

Da una parte, il Difensore civico potrebbe considerarsi uno strumento di partecipazione, in quanto permette al ricorrente di relazionarsi con la P.A., anche se non in modo diretto ma mediato, con il risultato di indurre l'Amministrazione a modificare le proprie decisioni.⁵⁷ Dall'altra parte, il Difensore civico rientra senz'altro tra gli organi che mirano a realizzare il buon andamento della P.A., in quanto – attraverso la gestione delle doglianze – si attiva un procedimento de-burocratizzato attraverso il quale l'azione amministrativa viene analizzata per scoprire le cause che hanno provocato le disfunzioni lamentate.⁵⁸

Il tentativo di inquadrare il Difensore civico tra gli strumenti di partecipazione – che deriva dall'esigenza di giustificare la collocazione sistematica delle norme della l. n. 142 del 1990 – pare invero poco convincente. In effetti, il ricorrente non è legittimato a compiere nessuna attività, se non quella di presentare istanza al Difensore civico. Peraltro, il procedimento potrebbe essere azionato d'ufficio dallo stesso Difensore e quindi l'iniziativa del cittadino non è necessaria ma risulta facoltativa, un campanello d'allarme per richiamare l'attenzione su un possibile episodio di malamministrazione. Lo stesso ricorso, inoltre, non è un'istanza tesa a partecipare all'attività amministrativa, ma è piuttosto una forma di reclamo ad un organo terzo per rimediare ad una situazione che si desidera modificare.⁵⁹ Ancora, nessuna norma permette al ricorrente di interloquire a qualsiasi titolo con l'Amministrazione, a conferma che il Difensore civico – una volta attivata

⁵⁷ Uccella, Sulla problematica del Difensore civico regionale, in *Giur. It.* 1979, IV, 180; De Vergottini, Un Ombudsman per le Regioni, ne *Il Mulino* n. 3/72, 436.

⁵⁸ De Vergottini, "Difensore civico", in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, 1979, 879 ss.

⁵⁹ Merusi, La partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa regionale e il controllo sugli Enti locali, *Atti del XXII Convegno studi scienza dell'amministrazione*, Varenna, 1976, Milano 1977, 299.

l'indagine – si fa portatore di un interesse oggettivo e pubblico al buon andamento della P.A.⁶⁰

Alcuni hanno definito il Difensore civico un organo della Regione, valorizzando il rapporto tra l'ufficio e l'Ente amministrativo.⁶¹ Questa tesi si fonda su argomenti condivisibili, ovvero la constatazione che le norme comuni alle diverse legislazioni regionali posso essere lette solo nel senso di considerare il Difensore civico un organo fiduciario del Consiglio regionale. Come si vedrà in seguito, i riferimenti a supporto di questa tesi sono molti. In primo luogo il concetto stesso di “mandato”, conferito al Difensore civico da parte del Consiglio, non può che rimandare ad un rapporto fiduciario e non rappresentativo. In secondo luogo, la disciplina sull'ineleggibilità e sull'incompatibilità riprende le norme analoghe a quelle previste per i Consiglieri, a conferma che il Difensore civico non può essere considerato un mero ufficio della Regione.

Se dal punto di vista organizzativo la tesi che rinvia al rapporto organico è senza dubbio convincente, in quanto il Difensore civico utilizza le strutture e il personale regionale, non si può fare a meno di notare che tale inquadramento presupporrebbe un rapporto gerarchico con i vertici dell'Amministrazione, che è invece escluso dalle stesse leggi istitutive. Forse la particolarità dell'istituto in oggetto sta proprio nel rapporto fiduciario con il Consiglio regionale, organo rappresentativo democraticamente eletto dai cittadini, dove la fiducia non deriva da un accordo della maggioranza su un programma di lavoro, ma dalla convergenza sulla scelta di una persona, principalmente in ragione delle sue qualità morali, a guida di una istituzione indipendente e autonoma. La disciplina sulla revoca conferma questa impostazione, prevedendo che il Consiglio possa sfiduciare il Difensore solamente

⁶⁰ Sul punto, v. cap. II, par. 3.

⁶¹ Verde, *Il Difensore civico*, Padova, 1996, 44.

per “gravi motivi connessi all’esercizio delle sue funzioni”, formula tanto generica quanto necessaria per lasciare ampia libertà al Consiglio regionale nella valutazione del comportamento del Difensore civico.⁶²

Proprio la principale caratteristica dell’ufficio del Difensore civico – vale a dire l’indipendenza – ha indotto a riconoscere in questa istituzione alcuni elementi tipici delle Autorità amministrative indipendenti, quali i caratteri – appunto – d’imparzialità rispetto all’organo politico e la posizione di soggetto terzo nella risoluzione delle possibili controversie.⁶³ Queste tesi però non riescono a convincere del tutto, perché è evidente che al Difensore civico manca l’attribuzione di poteri tipici delle *authorities*, come quello regolativo e sanzionatorio del settore al quale sono preposte ed inoltre è assente pure una legittimazione processuale generale che consentirebbe al Difensore civico di agire in giudizio.⁶⁴ Pare quindi che il Difensore civico sia un’istituzione *sui generis*, una figura dalla natura ibrida confermata anche dalla duplice funzione dell’Ombudsman: da un lato arbitro rispetto a vertenze individuali, dall’altro istituzione a presidio della legalità e buon andamento della PA. Spesso inoltre, vi è una compenetrazione delle due funzioni,

⁶² Verde, *il Difensore civico*, Padova, 1996, 37 ss.

⁶³ Casetta, *Brevi osservazioni sugli istituti di partecipazione previsti dalla legge sulle autonomie locali*, in *Dir. Soc.* 1992, XV, 457 ss.; Ferrara, *Il Difensore civico: forme associative e di cooperazione tra Comuni*, in *Comuni d’Italia* 1999, vol IX, 235; Lombardi, *Efficienza amministrativa, Difensore civico e controllo di gestione*, in *Dir. amm.* 1997, V, 77; Franchini, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim dir. pubb.* 1988, 551. Secondo altra impostazione, il Difensore civico avrebbe addirittura un ruolo più specificamente tecnico, di tutela del cittadino vista anche come mediazione con la P.A. quale eventuale controparte T.A.R. Calabria n. 133 del 2007; T.A.R. Toscana n. 275 del 2006, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1, 73.

⁶⁴ Piazza, *Il Difensore civico (regionale, provinciale, comunale) nel quadro delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova Rassegna* 1998, fasc. n. 3, 269; Prisco e Mazzina, *Il Difensore civico come Autorità amministrativa semi indipendente di ambito locale: profili problematici*, Padova, 1999, 30 ss.; Piazza, *Autorità indipendenti e difensori civici. Profili giuridici politologici*, Padova, 2000, 24 ss; La Rocca, *Le Autorità amministrative indipendenti e il Difensore civico*, in *Comuni Italia* 2002, f. 47, 377. Si ricorda tuttavia che l’art. 36 l. n. 104 del 1992 permette al Difensore civico di costituirsi di parte civile del Difensore civico nei procedimenti in cui la parte offesa sia persona portatrice di handicap.

nel senso che - da un lato - la risoluzione di una doglianza individuale consente la scoperta di errori sistemici e - dall'altro lato - il miglioramento di processi decisionali della P.A. evita l'insorgere di problemi seriali, che porterebbero i cittadini a presentare altre doglianze.

La Corte costituzionale si è occupata di questo tema, esprimendosi in modo univoco, a cominciare dalla sentenza n. 112 del 2004 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10 della L.R. Marche n. 10 del 2002.⁶⁵ In base a questa legge regionale, il Difensore civico avrebbe potuto nominare, in caso di mancato compimento da parte dei Comuni di atti obbligatori per legge, un Commissario *ad acta* tenuto a provvedere in via sostitutiva. Il Giudice delle leggi ha ritenuto che la legge regionale possa assegnare un potere sostitutivo ad un organo di Governo regionale, ma non al Difensore civico, atteso che le decisioni assunte da quest'organo sarebbero necessariamente di carattere politico. Secondo la Corte, l'Ombudsman è un organo di garanzia al quale è connaturato un carattere di indipendenza tale da escludere ogni intervento diretto – anche in forma sostitutiva – che possa incidere su posizioni rispetto alle quali è chiamato a lavorare in posizione di terzo imparziale. Tale orientamento è stato riconfermato da un'altra decisione, n. 173 del 2004, che ha dichiarato l'incostituzionalità della L.R. Toscana n. 35 del 2002, nella parte relativa al previsto affidamento al Difensore civico regionale di un generico e permanente potere sostitutivo nei confronti degli Enti locali, in tutti i casi in cui la legge statale o regionale attribuisca tale potestà alla Regione.⁶⁶ Con un'altra sentenza, la n. 167 del 2005, la Corte si è pronunciata sul ricorso presentato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri contro la L.R. Abruzzo n. 4 del 2004,

⁶⁵ Marazzita, I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze, in Quad. Cost. 2004, in www.forumcostituzionale.it, 2 ss.

⁶⁶ Manzi, Il Difensore civico: storia e prospettive dell'Ombudsman italiano, in www.diritto.it (articolo reperibile in sentenze/tarmarche/manzi.html).

nella parte in cui la legge attribuiva al Difensore civico regionale la potestà di controllo su tutti gli atti degli Enti locali obbligatori per legge, senza prevedere alcuna eccezione. Il Giudice delle Leggi si è espresso nel senso di considerare il Difensore civico “un soggetto essenzialmente preposto alla vigilanza dell’operato dell’Amministrazione regionale, con limitati compiti di intervento sulle disfunzioni amministrative”. Una definizione simile esclude senz’altro la classificazione del Difensore civico quale organo regionale, e pertanto anche l’attribuzione ad esso di qualsiasi potere sostitutivo, nel solco di quanto la Corte Cost. aveva precedentemente deciso.⁶⁷

La questione della natura del Difensore civico è stata affrontata anche dalla giurisprudenza amministrativa, con posizioni in parte diverse da quelle espresse dal Giudice delle leggi.⁶⁸ Infatti, secondo il Consiglio di Stato la previsione del potere sostitutivo in capo al Difensore civico sarebbe di importanza tale da conferirgli una funzione generale di controllo sugli atti degli organi degli Enti locali.⁶⁹ In particolare, l’attribuzione del potere di nominare un commissario *ad acta* avrebbe inciso sulla natura stessa del Difensore civico, che non potrebbe più essere considerato solamente un organo incaricato di svolgere funzioni di mediazione tra potenziali controversie, ma assumerebbe il ruolo di organo straordinario dell’Amministrazione.⁷⁰ Questa tesi si fonda su una considerazione restrittiva degli “atti obbligatori per legge”, intendendo per tali atti solo quelli la cui adozione è priva di valutazione politica ed è sottoposta ad un termine perentorio.⁷¹ Secondo

⁶⁷ In altre pronunce, ancorchè incidentalmente, la Corte Cost. ha ribadito che il Difensore civico è titolare di funzioni non politiche, ma di tutela della legalità e della regolarità amministrativa: v. Corte Cost. n. 326 del 2010, che richiama anche Corte Cost. n. 167 del 2005 e n. 313 del 2003.

⁶⁸ Lia, Lucchini, Gargatagli, *Il Difensore civico*, Torino 2007, 73 ss.

⁶⁹ Cons. Stato n. 6292 del 2001.

⁷⁰ Cons. Stato n. 3026 del 2003.

⁷¹ In questo senso Tar Campania n. 10698 del 2005, Tar Toscana n. 2349 del 2003.

un'altra interpretazione, il Difensore civico è una figura che potrebbe essere riconducibile a modelli anche molto diversi tra loro: un organo di controllo amministrativo ma non politico, un garante del cittadino contro le prevaricazioni della P.A., oppure un rappresentante del Parlamento con funzioni di controllo.⁷²

Tra tutte queste ricostruzioni, basandosi sugli elementi che emergono dalle leggi regionali, sembra invero preferibile definire il Difensore civico come un organismo di garanzia, dotato di penetranti poteri di indagine e del potere di divulgare le proprie conclusioni, con il compito di tutelare il cittadino di fronte ad inefficienze della P.A. e di contribuire al miglioramento di quest'ultima.

2. Le funzioni tipiche del Difensore civico regionale

Si è dato atto in precedenza dell'evoluzione del Difensore civico regionale ed in particolare del modo in cui – con il passare degli anni e l'introduzione delle riforme degli anni '90 – questa istituzione sia stata definita in modo sempre più preciso per quanto concerne le sue funzioni.

La definizione di Difensore civico alla quale si è giunti è quella che lo descrive come un organo di tutela non giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei cittadini, nonché organo di garanzia per il buon andamento della P.A., che prevede il rispetto di principi fondamentali quali, tra gli altri, imparzialità, trasparenza, efficienza dell'agire amministrativo.⁷³

Nel nostro Paese, i principi di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione hanno rilievo costituzionale, *ex art. 97 Cost.*, ed il rispetto

⁷² Tar Lazio n. 139 del 2009.

⁷³ Castiglione, Intervento prefettizio e controllo del Difensore civico sull'attività degli Enti Locali, in Riv. Amm. 2000, I, 1141; Castiglione, Il cittadino e l'Amministrazione: tutela della difesa e dei principi di buon andamento e di imparzialità nell'Amministrazione, in Riv. Amm. R.I. 1994, fasc. 4, 917; Di Marco, La difesa civica nel sistema della partecipazione e dei controlli, in Nuova Rassegna 1998, fasc n. 3, 261.

delle regole poste alla loro attuazione concreta è protetto dall'ordinamento a vari livelli, tra cui quello penale e quello disciplinare. D'altra parte l'ambito in cui possono manifestarsi i fenomeni di malamministrazione – che possiamo definire *a contrario* quali fenomeni in cui non sono stati rispettati i principi di buon andamento ed imparzialità – comprende e supera quello dei comportamenti sanzionati dalla norma penale o disciplinare.⁷⁴ Non si tratta infatti solo di osservare la legge, ma anche di perseguire gli interessi pubblici, che sfuggono ad una precisa formulazione normativa.⁷⁵

Le forme che assume la malamministrazione, oltre quelle che costituiscono reato o illecito disciplinare, sono differenti tra loro e vanno dalla scarsa attenzione del dipendente che sbaglia a digitare i dati personali del cittadino nel provvedimento, alla mancanza di collaborazione con l'utenza che aggrava inutilmente il procedimento, alla duplicazione dei ruoli negli uffici che causa inefficienze e ritardi nel sistema decisionale.

Ad una pluralità di condotte diverse che provocano “malamministrazione”, devono corrispondere altrettanti differenti rimedi, ciascuno per il rispettivo ambito, che può riguardare non solo provvedimenti a carico del dipendente pubblico infedele, ma anche modifiche del sistema organizzativo e miglioramenti del processo decisionale della struttura amministrativa.⁷⁶

⁷⁴ Nella categoria infatti rientrano condotte ascrivibili a fattispecie incriminatrici, come la corruzione ex art. 318 c.p., o comportamenti che costituiscono violazioni degli obblighi dei dipendenti, come non utilizzare a fini privati le informazioni ottenute per ragioni di ufficio, ex art. 23 CCNL Ministeri. V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze 2010, 91 ss.

⁷⁵ V. Cassese, «Maladministration» e rimedi, in *Foro it.* 1992, V, 243; sull'etica pubblica, v. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna 2007

⁷⁶ Merloni e Vandelli, *Introduzione*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze 2010, 10 ss., secondo i quali la lotta alla corruzione, intesa in senso generale, presenta dei tratti differenti a seconda del modello organizzativo dei diversi Paesi: “dalla neutralità (cui si ispira la tradizione del Civil Service britannico) alla responsabilità

L'azione di contrasto alla malamministrazione comprende inoltre una serie di regole volte ad evitare che accadano episodi di inefficienza. Alcune di queste previsioni precauzionali attengono alla sfera giuridica dei funzionari, come le norme a tutela dell'autonomia, altre invece riguardano l'Amministrazione, sia rispetto all'attività dell'Ente, come le regole sull'evidenza pubblica, sia rispetto alla sua organizzazione, come i criteri per la rotazione degli incarichi o per definire il numero di funzionari all'interno di un ufficio.⁷⁷

Il Difensore civico è un'istituzione che è preposta ad individuare e combattere i fenomeni di malamministrazione, quando questa si manifesta sotto forma di inefficienze lamentate da singoli cittadini, ma anche quando si annida in disfunzioni del procedimento che crea problemi sistemici.

Ora si tratta di tratteggiare l'istituzione in argomento e quindi di individuare precisamente quali siano le molteplici funzioni del Difensore civico regionale. Tali funzioni possono essere raggruppate in due macro categorie: la prima è riferibile alle attività tipiche, vale a dire alla gestione delle doglianze del cittadino e al miglioramento della P.A., mentre la seconda è rappresentata da quelle funzioni attribuite dalla legge nazionale nei confronti delle Amministrazioni periferiche dello Stato attinenti al diritto di accesso, nei riguardi degli Enti locali con riferimento al controllo di legittimità sugli atti e - da ultimo - rispetto al controllo sostitutivo, con la nomina di un commissario *ad acta*.

Nella prima categoria, la funzione di conciliazione e quella di miglioramento dell'operato della P.A. sono strettamente connesse. Alla domanda dei cittadini che chiedono di ottenere la risoluzione di questioni che potrebbero sfociare in un

democratica (su cui si basa lo spoils system americano) [...] dall'amministrazione che gestisce direttamente a quella che regola e controlla attività svolte da altre".

⁷⁷ Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze 2010, 93.

contenzioso, lo Stato offre principalmente una risposta di carattere giurisdizionale, pur essendo noto che il tribunale – e massimamente quello amministrativo – non è la sede idonea per trattare tutte le vertenze che invece si trova ad affrontare quotidianamente, in quanto la sentenza non è uno strumento adatto a risolvere ogni problema. Inoltre, il provvedimento decisorio del giudice – primo fra tutti quello di annullamento di un atto amministrativo – è il risultato di un procedimento giurisdizionale costellato di principi processuali, il cui rispetto è necessario se proporzionale ai poteri che vengono esercitati e alla gravità della possibile sanzione. Nell'esercizio del potere giurisdizionale, infatti, le esigenze di celerità sono infatti temperate da quelle di certezza. Diversamente, quando non si deve ricorrere alla forza della sentenza, l'osservanza delle regole processuali che imbrigliano il potere giudiziario veicolandolo nei binari costituzionali diventa un inutile impiccio.

I casi che principalmente vengono sottoposti all'attenzione del Difensore civico sono quelli relativi alla malamministrazione, quali ad es. le inefficienze nel processo decisionale o la maleducazione dei funzionari, non efficacemente risolvibili con una sentenza, che peraltro avrebbe effetto solo tra le parti (eredi ed aventi causa) ma non gioverebbe a tutti gli altri cittadini che hanno vissuto il medesimo disagio.⁷⁸ Da questo punto di vista i cittadini italiani – sulla carta ipergarantiti dalla legge – non riescono a risolvere i loro problemi nemmeno ricorrendo al tribunale e finiscono semplicemente con il sopportare quelle disfunzioni (maleducazione, ritardi ecc.) che nel lungo periodo creano dei

⁷⁸ Come se non bastasse la mancanza di valide alternative alla tutela giurisdizionale, vi sono problemi finora insormontabili che affliggono specificamente il processo. Lo Stato indica al cittadino un'unica strada, che però si rivela impercorribile: i procedimenti davanti al giudice sono lunghi, costosi ed ormai giunti ad un numero esorbitante, che ha fatto meritare al nostro Paese moltissime condanne dell'Unione Europea.

microtraumi nel tessuto sociale, minano il rapporto tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione e su vasta scala portano ad un disinteressamento - quando non a ostilità - nei confronti della gestione della cosa pubblica.⁷⁹

Ecco quindi che il Difensore civico svolge un'importante funzione conciliativa, al fine di evitare una possibile controversia tra il privato e la P.A., ed anche una funzione di mediazione, che non mira solo ad evitare un contenzioso, ma cerca di ristabilire un rapporto di fiducia tra il cittadino e l'Amministrazione. Queste funzioni rientrano tra le finalità istituzionali del Difensore civico, in quanto preposte ad attuare concretamente il principio di buon andamento dell'amministrazione, che passa anche attraverso i tentativi di evitare un contenzioso attraverso un avvicinamento di posizioni differenti, pur sempre salvaguardando l'interesse pubblico.⁸⁰

Una conferma di quanto appena sostenuto è ravvisabile nelle caratteristiche del Difensore civico e del procedimento che contraddistingue l'emanazione dei suoi atti. Il Difensore civico è infatti dotato di tutte le caratteristiche del conciliatore, quali ad es. indipendenza, imparzialità, terzietà e autorevolezza, nonché dei poteri tipici del conciliatore, quali sono quelli di indagine, di sollecitazione e di *moral suasion*, con l'esclusione di poteri vincolanti. Lo stesso procedimento decisionale seguito dal Difensore civico ha caratteri tipici della conciliazione, in quanto semplice, de-strutturato, attivabile liberamente dalle parti, da concludere con un accordo e mai con una decisione imposta dall'alto.

Come esempio, si può citare il caso di un insegnante al quale non era stato riconosciuto il periodo svolto nel servizio militare tra i titoli utili al fine della

⁷⁹ Cerulli Irelli, Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze 2010, 89 ss.

⁸⁰ Borgonovo Re, Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto, Trento 2010, 209.

progressione della carriera. Il docente ha inizialmente chiesto spiegazioni all'istituto scolastico, che lo ha invitato a far valere le proprie ragioni in via giurisdizionale. Il docente, di fronte al sostanziale rifiuto dell'Amministrazione, ha chiesto l'intervento del Difensore civico, che – dopo aver riconosciuto la correttezza delle istanze presentate – si è rivolto al dirigente scolastico competente, il quale ha provveduto in autotutela, nel senso inizialmente richiesto dal cittadino.⁸¹

La funzione di gestione delle doglianze si lega inscindibilmente a quella di miglioramento del sistema, che a sua volta implica il controllo della legalità dell'agire amministrativo, in vista della tutela di diritti soggettivi, interessi legittimi e interessi diffusi, in caso di omissioni, ritardi, irregolarità e illegittimità di procedimenti o atti amministrativi.⁸² I problemi emergono quando le inefficienze toccano il cittadino sotto forma di disservizio, che se ne lamenta, oppure quando si scoprono delle cause di malamministrazione all'interno dell'Ente. Si pensi, ad esempio, al funzionario che non ha ricevuto un adeguato addestramento per compiere quel determinato lavoro, oppure all'utilizzo di formulari che presentano riferimenti a leggi ormai abrogate, oppure ancora ad indicazioni sbagliate fornite al cittadino per fare ricorso ecc. Il nesso tra la funzione di gestione delle doglianze e quella di miglioramento del sistema amministrativo risiede proprio nel fatto che spesso è la doglianza del cittadino a far emergere un problema sistemico, che quindi viene alla luce e – talvolta – può essere corretto.

⁸¹ Relazione Difensore civico Lombardia, 2010, 22, in www.Difensorecivico.lombardia.it, 22.

⁸² Sul sistema dei controlli di legittimità, v.: Russo, Contributo allo studio dei controlli di legittimità nella legge n. 142 del 1990, in *Foro amm.* 1991, 1321; Violante, Riflessioni sul controllo di legittimità, in *Riv. Amm.* 1995, fasc. 2, 641; Cuttaia, il nuovo sistema dei controlli preventivi di legittimità sugli atti degli Enti locali, in *Nuova Rassegna* 1997, n. 13-14, 1345; Mele, Il nuovo sistema dei controlli degli atti degli Enti locali dopo la L. 15 maggio 1997 n. 127, in *Foro amm.* 1998, 975 ss.; Lombardi, Il Difensore civico tra continuità e novità, in *Foro it.* 1997, V, 153.

Il miglioramento dell'attività della Pubblica Amministrazione mira infatti a scongiurare il pericolo di errori seriali compiuti dall'Ente pubblico, o di una perdurante inefficienza nel procedimento amministrativo, oppure ancora di una prassi che si perpetua senza motivo.⁸³ In un'ottica di miglioramento della P.A., non è pensabile affidare al caso la ricerca di inefficienze, o aspettare che un cittadino volenteroso si faccia carico di procedure giurisdizionali per far emergere un problema, che comunque non potrebbe essere risolto dai giudici ma solo dalla dirigenza amministrativa. In questo quadro, le Regioni hanno attribuito al Difensore civico la funzione di miglioramento del sistema amministrativo, per garantire la tempestività e la regolarità del procedimento, e per verificare il rispetto dei principi di imparzialità, legalità e correttezza nell'azione amministrativa.⁸⁴

Come vedremo in seguito, entrambe le funzioni vengono espletate attraverso l'esercizio di poteri simili, per lo più di indagine e conoscitivi, mentre i rimedi concretamente utilizzati appaiono diversi: la funzione di conciliazione e mediazione si esplica mediante contatti ed incontri con l'Amministrazione, mentre la funzione di miglioramento della P.A. si attua attraverso la predisposizione di Relazioni, che richiamano l'attenzione degli organi politici su alcuni problemi e offrono soluzioni per risolverli.

⁸³ Oltre all'evidenza che, anche in questi casi, una tutela giurisdizionale sarebbe infruttuosa, è altrettanto nota la difficoltà di agire all'interno di processi decisionali della Pubblica Amministrazione, spesso gelosa di quanto accade tra le sue mura e refrattaria alle novità, al ricorso a soluzioni diverse, come anche all'innovazione tecnologica. A tal proposito, basti pensare al processo di digitalizzazione della P.A., che avrebbe dovuto già essere completato anni fa, oppure all'utilizzo separato di banche dati non collegate tra loro, che rallentano la trasmissione delle informazioni. Il miglioramento del processo decisionale dell'Amministrazione, strettamente connesso al bisogno di tutela dell'intera comunità che ne verrebbe beneficiata, sembra pertanto un obiettivo non facilmente raggiungibile, nonostante che la modernizzazione della P.A. sia stata, almeno sulla carta, uno dei principali propositi dei Governi che si sono succeduti nel corso degli anni.

⁸⁴ Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze 2010, 101 ss.

Un esempio di azione volta al miglioramento del sistema è rappresentato dall'indagine compiuta dal Difensore civico del Piemonte, che è maturata a seguito di alcune doglianze seriali da parte dei cittadini, che lamentavano disagi nel rapporto con le ASL. Tra i motivi denunciati, i cittadini hanno sostenuto che spesso sono state utilizzate cure domiciliari nella fase di lungo-assistenza, nei quali sarebbe stato invece opportuno un ricovero, ed inoltre che nella maggioranza dei casi le informazioni circa i diritti del paziente, con particolare riferimento alle modalità e ai tempi di erogazione del servizio, erano del tutto insufficienti. Il Difensore civico, dopo aver affrontato separatamente le prime doglianze della stessa specie, si è reso conto di essere di fronte ad una situazione generalizzata. Per risolvere il problema, il Difensore civico ha posto in essere una corposa fase istruttoria che ha riguardato la disamina normativa e giurisprudenziale, nonché numerosi contatti con i Direttori generali e sanitari delle ASL. Infine, il Difensore civico ha prodotto un documento, inviato a tutti i responsabili delle Aziende sanitarie, nel quale sono indicate alcune azioni concrete per migliorare il servizio al cittadino, quali ad es. la predisposizione di modelli organizzativi al fine di rendere più rapida la c.d. valutazione geriatrica dell'anziano, per stabilire dove questi possa essere curato nel migliore dei modi, nonché la predisposizione di un modello comune per tutte le strutture ospedaliere dal quale risultano in modo chiaro i diritti del paziente, ed infine una tabella che indichi i tempi di attesa per ogni prestazione.⁸⁵

Al Difensore civico sono inoltre devolute altre funzioni, come quella consultiva, che si concretizza nel rilascio di pareri – comunque mai vincolanti – oppure quella

⁸⁵ Relazione Difensore civico del Piemonte, 2010, 110, in www.consiglioregionale.piemonte.it.

propositiva, che in alcune Regioni può riguardare anche la predisposizione di disegni di legge.⁸⁶

Una particolare forma della funzione consultiva è rappresentata dall'attività di indirizzo, che si manifesta quando il Difensore civico – interpellato su questioni o materie che esorbitano la sua competenza – riceve comunque l'istanza, prestando ascolto alle esigenze del ricorrente ed indirizzandolo eventualmente verso gli uffici competenti.⁸⁷

Un esempio di quanto appena descritto è rappresentato dalle molte richieste da parte di stranieri per ottenere la cittadinanza italiana o da quelle per il rilascio del nulla osta al lavoro subordinato domestico. In questi casi, il Difensore civico della Lombardia non solo ha indirizzato i richiedenti verso gli uffici competenti, ma anche ha seguito tutto il procedimento al loro fianco, aiutandoli nella compilazione dei moduli.⁸⁸ Un altro esempio è dato dall'intervento del Difensore civico dell'Umbria, interpellato dalla moglie – cittadina italiana – di un cittadino straniero, che allontanatosi dall'Italia stava incontrando soverchi problemi per il rilascio del permesso per rientrare nel nostro Paese. In questa occasione, pur nella totale assenza di competenza normativa, il Difensore civico ha deciso di attivarsi ugualmente, avuto riguardo alla situazione concreta di quella famiglia, senza un valido supporto economico e culturale per affrontare il problema. Il Difensore civico si è fatto intermediario tra la moglie, il Ministero degli Esteri e il Consolato

⁸⁶ Ad es. la funzione consultiva si attua anche aiutando i cittadini che chiedono chiarimenti sull'interpretazione di leggi. Mariani, Di Bernardo, Doria, *Il Difensore civico*, Torino 2004, p. 282.

⁸⁷ Il Difensore civico della Lombardia riferisce molti casi nei quali le richieste sono state reindirizzate verso l'ufficio competente, ad es. in materia di servizio energetico (per le società Enel, a2a, Eni), disservizio postale o servizio idrico integrato. In taluni casi inoltre il Difensore civico ha provveduto direttamente all'invio del reclamo allo Sportello per il consumatore di energia, istituito presso l'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas. V. Relazione 2010, Difensore civico Lombardia, 20, in www.Difensorecivico.lombardia.it.

⁸⁸ V. Relazione 2010, Difensore civico Lombardia, 13, in www.Difensorecivico.lombardia.it.

italiano nel Paese straniero, riuscendo infine a far ottenere il permesso di ingresso al marito.⁸⁹

3. Interesse privato e interesse pubblico nell'azione del Difensore civico

Le Amministrazioni tendono ad estendere al massimo la categoria di soggetti che possono richiedere l'intervento del Difensore civico, includendo cittadini stranieri e associazioni, titolari di interessi collettivi o diffusi.⁹⁰ Ci si potrebbe chiedere se l'azione del Difensore civico sia preposta alla tutela dell'interesse privato del ricorrente oppure ad un interesse generale – e quindi oggettivo – alla buona Amministrazione.

Innanzitutto, bisogna sgombrare il campo da due possibili equivoci che possono sorgere trattando questo tema. In primo luogo, è opportuno ricordare che l'interesse di cui stiamo trattando non è un interesse all'iniziativa giudiziale e pertanto non è necessario individuare quelle posizioni giuridicamente rilevanti in capo ad un soggetto che – al fine di ricevere tutela nel processo – devono essere collegate ad un potere di iniziativa processuale.⁹¹ In secondo luogo, si richiama l'attenzione sul fatto che la sequenza di atti, poteri e facoltà, nella quale si dipana l'attività del Difensore civico non è qualificabile come procedimento amministrativo, pertanto non si applica la l. n. 241 del 1990.

⁸⁹ Arcioni, Presentazione del tema, in *La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico*, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 38.

⁹⁰ Per una disamina di questi interessi, v. Verde, *Il Difensore civico*, Padova 1996, 62 ss. Naturalmente, deve sussistere la competenza territoriale e quindi è necessario che il ricorrente si rivolga all'Ombudsman locale di riferimento.

⁹¹ Iannotta, *Analisi delle possibili iniziative giudiziali del Difensore civico di fronte all'inerzia della P.A.*, in *La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico*, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 49 ss.

Il Difensore civico è titolare sia della funzione di gestione delle doglianze, sia della funzione di miglioramento del sistema, alle quali a prima vista si riferiscono rispettivamente l'interesse privato e l'interesse pubblico. Per questo motivo, il Difensore civico può decidere di attivare un'indagine anche d'ufficio, senza che sia necessaria l'iniziativa di parte, sia essa rappresentata da un privato oppure da un Ente esponenziale o da un'altra Pubblica Amministrazione. Come già rilevato, inoltre, può accadere che da un'indagine attivata per tutelare una posizione del singolo scaturisca la decisione di procedere ad una più ampia analisi del processo decisionale dell'Amministrazione. In tali casi si può osservare la contemporanea presenza dei due interessi, che il Difensore civico persegue utilizzando peraltro lo stesso procedimento e gli stessi poteri.⁹² A ben guardare, tuttavia, anche se l'interesse del privato sussiste senz'altro, non sembra che l'azione del Difensore civico miri alla tutela di quell'interesse.

Il Difensore civico non può considerarsi l'avvocato della parte e non agisce per tutelare gli interessi di questa. A seguito dell'istanza, non si crea alcun rapporto fiduciario tra il ricorrente e il Difensore civico. Quest'ultimo non ha alcun onere nei confronti del ricorrente – salvo quello di comunicargli l'esito dell'indagine – né il privato può in alcun modo controllare l'azione del Difensore civico.⁹³ Anche dal punto di vista degli effetti dell'intervento, l'azione del Difensore civico è assolutamente peculiare e si giustifica solamente se gli si attribuisce la qualifica di organo pubblico, atteso che – come si vedrà specificamente in seguito – le sue raccomandazioni, ben diversamente dalle richieste di un avvocato, devono essere

⁹² La differenza tra un procedimento che mira a tutelare l'interesse privato e quello invece preposto a migliorare la P.A. è ravvisabile nel momento finale, quando – nel primo caso – il Difensore civico cercherà una conciliazione tra le parti e – nella seconda ipotesi – redigerà una Relazione al Consiglio regionale suggerendo i cambiamenti che a suo parere sono necessari.

⁹³ Infatti l'interesse del privato è tutelato solo in via mediata attraverso la revoca del Difensore civico, attuata dal Consiglio regionale.

oggetto di una presa di posizione espressa da parte dell'Amministrazione che se ne voglia discostare.⁹⁴

Invero, il Difensore civico non agisce per tutelare gli interessi del privato, ma si attiva nella misura in cui questi coincidano con l'interesse generale di ottenere un provvedimento legittimo e il più possibile aderente a quei principi (di regolarità, tempestività ecc...) la cui osservanza conduce alla realizzazione del buon andamento della P.A.⁹⁵ In questo senso, la richiesta del privato è solo strumentale al controllo di regolarità operato dalla stessa P.A., che nella circostanza assume le vesti del Difensore civico.⁹⁶

4. Le funzioni attribuite dalla legislazione nazionale

Come accennato in precedenza, la legge nazionale ha affidato al Difensore civico funzioni specifiche in ambiti anche molto diversi tra loro, che si analizzano di seguito.

La legge sul procedimento amministrativo ha previsto compiti particolari per il Difensore civico in merito al diritto di accesso.⁹⁷ Secondo l'art. 25 della l. n. 241 del 1990, il richiedente al quale viene negato l'accesso può rivolgersi al Difensore civico, che prende in esame la decisione dell'Ente territoriale.⁹⁸ Se il Difensore non si pronuncia entro trenta giorni, il ricorso si intende respinto. Se invece il Difensore

⁹⁴ Sul punto, v. cap. III, par. 4, sui poteri del Difensore civico regionale.

⁹⁵ Zecca, L'ipotesi dell'eccesso di potere, in La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 85, secondo cui il Difensore civico "è portatore di un desiderio di accentuazione specifica dei principi di legalità, imparzialità ecc. e non mai, in nessun modo di interessi del soggetto che a lui si è rivolto e che ne ha sollecitato l'intervento, che possono essere anche del tutto egoistici, ancorchè non immeritevoli di tutela".

⁹⁶ Uccella, Sulla problematica del Difensore civico regionale, in Giur. It. 1979, IV, 180.

⁹⁷ La disciplina è stata novellata dalla l. n. 340 del 2000 e dalla l. n. 15 del 2005.

⁹⁸ Art. 25, l. n. 241 del 1990. Romei, Legge di semplificazione 1999: le modifiche previste nella disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Profili problematici, in Nuova rassegna 2001, fasc. 1, 57.

ritiene illegittimo il diniego, l'Amministrazione ha trenta giorni di tempo per confermare il proprio provvedimento, altrimenti l'accesso viene consentito.

Il potere che in tal caso la legge attribuisce al Difensore civico esula totalmente da quelli propri di una magistratura d'influenza che di regola caratterizza l'Ombudsman, il quale non emette provvedimenti decisori, ma indica soluzioni sotto forma di raccomandazioni, a cui l'Amministrazione deve – se vuole – conformarsi con un provvedimento proprio. A questo proposito, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di osservare che la decisione del Difensore civico ha natura di provvedimento che definisce un ricorso gerarchico improprio, mediante l'esercizio di poteri decisori di carattere giustiziale.⁹⁹ Il procedimento è alternativo alla tutela giurisdizionale, come confermato dalla previsione che il rimedio interrompe il termine per il ricorso giurisdizionale, pur sempre attivabile.

Il potere del Difensore civico è in realtà svuotato di ogni forza e non si intuisce quale differenza ci sarebbe stata se l'Ombudsman avesse agito semplicemente in base alle sue funzioni tipiche, come quelle che gli consentono di chiedere l'accesso ai documenti, di domandare chiarimenti, di convocare il responsabile del procedimento e di proporre raccomandazioni. In tal caso, senza che vi fosse un apposito articolo di legge, il Difensore civico avrebbe avuto la possibilità di interloquire più volte con l'Amministrazione, invitandola a tornare sulla propria decisione. Al contrario, in questo modo l'azione del Difensore viene ingessata in un procedimento, dando l'illusione al ricorrente di essere difeso da una istituzione che, in realtà, non ha alcun potere effettivo. Da questo punto di vista, la disciplina appare inutile ed aumenta solo la confusione rispetto ai poteri di un Difensore civico che dovrebbe essere libero di utilizzare il solo strumento di cui è titolare – la

⁹⁹ Tar Abruzzo n. 452 del 2009.

moral suasion – tante volte quante sia opportuno, senza essere obbligato a seguire un procedimento rigido.

D'altra parte, in generale i Difensori civici regionali hanno indicato nelle loro Relazioni di aver ottenuto ottimi risultati in quest'ambito, specificando che quasi tutte le Amministrazioni – che inizialmente avevano opposto una qualche resistenza alle richieste di accesso – hanno ottemperato alle istanze dei cittadini dopo un semplice intervento del Difensore civico.¹⁰⁰ Inoltre, alcuni Difensori civici regionali, come quello del Piemonte e quello della Lombardia, dall'analisi delle richieste dei cittadini hanno rilevato che spesso il ricorrente crede di aver diritto di accedere ed estrarre copia di qualunque documento, nei confronti di qualsiasi Pubblica Amministrazione. Da qui, la scelta del Difensore civico del Piemonte di predisporre un documento di semplice lettura, per illustrare alla popolazione i requisiti per l'esercizio del diritto di accesso, nonché una circolare indirizzata ai propri funzionari con delle indicazioni circa le modalità operative per gestire i ricorsi e i tempi per l'intervento.¹⁰¹

Verso la fine degli anni '90, un nuovo provvedimento normativo ha affidato al Difensore civico un compito ulteriore. L'art. 16 della l. n. 127 del 1997 ha infatti attribuito al Difensore civico regionale la funzione di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione, anche nei confronti delle Amministrazioni periferiche dello Stato, con esclusione di quelle competenti in materia di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia.¹⁰² Si ritiene che l'inserimento di tale norma sia stato stimolato dall'esistenza di numerose richieste dei cittadini, che indirizzavano

¹⁰⁰ In particolare sul punto, v. Relazione Difensore civico Abruzzo 2010, 142 ss. e Relazione Difensore civico Lombardia, 2010, 16.

¹⁰¹ Relazione Piemonte 2010, 159 ss., in www.consiglioregionale.piemonte.it.

¹⁰² Melloni (a cura di), Il Difensore civico negli statuti comunali: schede, in Reg. e Gov. Loc. 1992, 549; Mele, Il nuovo sistema dei controlli degli atti degli Enti locali dopo la L. 15 maggio 1997 n. 127, in Foro amm. 1998, 975 ss.

al Difensore civico richieste di chiarimenti circa l'operato di Amministrazioni che esulavano dalla sua competenza.¹⁰³

Come è stato notato, l'elenco delle funzioni attribuite al Difensore civico deve ritenersi di carattere esemplificativo e non tassativo. È quindi pacifico che all'interno delle azioni che sono espressione dei poteri di "richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione" sono compresi anche molte altre azioni quali il potere di convocazione del responsabile del procedimento, l'accesso agli atti, la fissazione di un termine finale e anche il generale potere di fornire raccomandazioni in senso ampio, in modo quindi da abbracciare sia la soluzione della questione prospettata, sia il miglioramento sistemico dei processi decisionali dell'Amministrazione, anche se statale.¹⁰⁴ Nella pratica, la funzione dell'art. 16 l. n. 127 del 1997 viene esercitata piuttosto spesso, soprattutto nei confronti di Amministrazioni statali che si occupano di previdenza e degli Enti erogatori di servizi ed anche di Questure e di Amministrazioni della scuola.¹⁰⁵

Questo fenomeno parla da sé, rivelando l'opportunità dell'istituzione di un Difensore civico nazionale che abbia nei confronti delle Amministrazioni dello Stato non solo funzioni conoscitive, ma anche di gestione delle doglianze, di miglioramento della P.A. e di controllo.

L'art. 127 d. legisl. n. 267 del 2000, inoltre, attribuisce al Difensore civico il compito di esercitare un controllo di legittimità sugli atti degli Enti locali.¹⁰⁶ La

¹⁰³ Schiavano, Il Difensore civico, un servizio per le comunità del territorio, in *Il diritto della Regione* 1998, 846.

¹⁰⁴ Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 174.

¹⁰⁵ Si tratta quindi di INPDAP, INPS, INAIL, ENEL, Poste, Trenitalia. V. Relazioni annuali 2010 di Marche, Abruzzo, Piemonte, Emilia – Romagna, reperibili nei siti web istituzionali; Borgonovo Re, *Il Difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento 2010, 174.

¹⁰⁶ Si tratta della previsione di cui all'art. 17, comma 38, l. n. 127 del 1997, ora art. 127 d. lgs. n. 267 del 2000.

previsione sancisce una forma di controllo eventuale sulle deliberazioni della Giunta e del Consiglio comunale, attribuendo un potere di sindacato sugli atti al Comitato regionale di controllo (come noto abrogato da molto tempo) – ovvero, se istituito – al Difensore civico comunale e provinciale.¹⁰⁷

Questa norma pare coordinarsi difficilmente con il dettato dell'art. 130 Cost., che faceva riferimento ad un organo della Regione e non dell'Ente locale. Per evitare quindi problemi di legittimità, si è ritenuto che la funzione del Difensore civico non fosse riconducibile ad un controllo di legittimità, quanto piuttosto ad un controllo di merito, con la possibilità di invitare l'Ente a esaminare nuovamente quanto approvato.¹⁰⁸

Invero, a seguito dell'abrogazione dell'art. 130 Cost., ci si è chiesti se tale funzione di controllo sia ancora operante o se invece non sia più efficace. Alcuni sostengono che la suddetta abrogazione non abbia avuto l'effetto di eliminare il controllo eventuale, rilevando che – in base ai principi che regolano i rapporti tra le fonti del diritto – ad una modifica della Carta non consegue automaticamente l'abrogazione di una legge statale previgente, essendo invece necessario per questo un intervento della Corte Cost.¹⁰⁹ In altre parole, se una legge dello Stato diventa incostituzionale proprio a seguito di una modifica della Costituzione stessa, si ha il problema di stabilire se la normativa nazionale necessiti di essere dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi o se invece tale disciplina possa già considerarsi inefficace, e quindi semplicemente espunta dall'ordinamento ancorché

¹⁰⁷ Nonostante questo lavoro si concentri sulla figura del Difensore civico regionale, si ritiene opportuno dare conto di tutte le funzioni che la legge nazionale ha deciso di affidare alla difesa civica.

¹⁰⁸ Mariani, Di Bernardo, Doria, *Il Difensore civico*, Torino 2004, p. 302.

¹⁰⁹ Miele, *La riforma costituzionale del titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento*, in *Giust.it*, Giustizia amministrativa, *Rivista Internet di diritto pubblico* www.giust.it, n. 11-2011.

non espressamente abrogata. In questo ultimo caso, tuttavia, potrebbe sorgere un contrasto nell'applicazione o nella non applicazione della legge statale da parte dei singoli giudici, e da qui, pertanto, la necessità di un intervento della Corte Costituzionale, in mancanza del quale la normativa dovrebbe considerarsi ancora operativa.

L'opinione prevalente, al contrario, sostiene la tesi che l'abrogazione dell'art. 130 Cost. abbia travolto anche le disposizioni del TUEL relative ai controlli eventuali.¹¹⁰ Infatti, il potere di controllo di legittimità sugli atti degli Enti locali, attribuito ad un organo regionale (Co.re.co), era stato introdotto nell'ordinamento ad opera dell'art. 130 Cost. Ora che tale norma costituzionale – che fondava il potere di controllo – non esiste più, l'organo preposto a detto controllo ha perso il relativo potere e la disciplina nazionale non deve considerarsi più efficace.¹¹¹

Da ultimo, è necessario menzionare un'ulteriore previsione legislativa, che ha affidato al Difensore civico delle funzioni prima sconosciute. In particolare l'art. 136 del d.lgs. n. 267 del 2000 ha previsto che il Difensore civico regionale possa nominare un commissario *ad acta*, affinché compia gli atti obbligatori per legge, ritardati od omessi da parte dell'Ente locale competente, già invitato a provvedere in tal senso.¹¹² Il potere sostitutivo riguarda gli Enti locali - intesi come Province Comuni, Città metropolitane, Comunità montane e Unioni di Comuni - che omettono o ritardano adempimenti previsti come obbligatori dalla legge, vale a dire

¹¹⁰ Civitarese Matteucci, L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli, in *Le Regioni*, XXX, n. 2/3, aprile – giugno 2002, 446 ss., l'A. preferisce questa soluzione, considerando l'art. 130 Cost. una norma di organizzazione, ovvero una disposizione che istituisce un organo e ne attribuisce il potere. V. anche Olivieri, L'abrogazione dei controlli sugli atti degli Enti locali, in *Giust. It.* N. 10, 2001.

¹¹¹ Civitarese Matteucci, L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli, in *Le Regioni*, XXX, n. 2/3, aprile – giugno 2002, 450.

¹¹² Schiavano, Il Difensore civico, un servizio per le comunità del territorio, in *Il diritto della Regione* 1998, 813.

atti dovuti, per l'adozione dei quali l'Amministrazione non ha alcuna discrezionalità.¹¹³

La giurisprudenza costituzionale ha affrontato più volte la questione, dichiarando illegittime le leggi regionali che affidavano il potere sostitutivo al Difensore civico, in caso d'inerzia o d'inadempimento da parte dell'Ente locale ordinariamente competente.¹¹⁴ La Corte, pur ritenendo astrattamente legittima la disciplina sul potere sostitutivo della legge regionale, non ha ritenuto costituzionalmente lecito che l'esercizio di tale potere fosse affidato al Difensore civico, ritenendo legittimati a tale attività solo gli organi politici di vertice. La Corte ha quindi considerato il Difensore civico una figura titolare di funzioni per la tutela della legalità e della regolarità dell'azione amministrativa, di certo non qualificabile come organo di Governo regionale.

L'obiezione più ovvia a questa impostazione è che, se un atto è previsto come obbligatorio dall'ordinamento, non ha alcun senso riservare l'adozione dello stesso ad un organo politico che se ne assume la responsabilità. Tanto più che il Difensore civico avrebbe dovuto solamente nominare un commissario *ad acta* dopo aver accertato il presupposto del ritardo o dell'omissione da parte dell'Ente locale. In altre parole, l'adozione di un atto che la legge prevede come obbligatorio non comporta alcuna responsabilità politica, che è legata alla decisione di provvedere in un senso piuttosto che in un altro. Laddove non c'è possibilità di scelta, in quanto si tratta di un atto dovuto, non vi è nemmeno spazio per profili di responsabilità –

¹¹³ Gulletta – Pavanini, Commento sub art. 136 in Betolissi, L'ordinamento degli Enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001, Bologna 2002, 550.

¹¹⁴ Si è già dato atto delle decisioni del Giudice delle leggi nel cap. II par. 1, trattando della natura giuridica del Difensore civico regionale. Corte Cost. n. 112 del 2004, nei confronti dell'art. 10 L.R. Marche n. 10 del 2002; Corte Cost. n. 173 del 2004, contro la L.R. Toscana n. 35 del 2002; Corte Cost. n. 167 del 2005, dichiarando illegittimo l'art. 1 L.R. Abruzzo n. 4 del 2004.

tantomeno politica – per il soggetto che adempie al dettato di una previsione normativa.¹¹⁵

Di fronte all'impostazione della Corte Costituzionale, confermata in più pronunce, pare che l'art. 136 TUEL non possa più considerarsi operante, ancorché la giurisprudenza amministrativa non concordi sulla sua avvenuta abrogazione.¹¹⁶ Invero la norma in argomento ha affidato al Difensore civico un potere che non appartiene alla sua natura di organo indipendente con compiti di gestione delle doglianze dei cittadini, di miglioramento della P.A. e infine di controllo della legalità dell'azione amministrativa.¹¹⁷ Inoltre, come notato a proposito della legge sul diritto di accesso, anche in tal caso si ribadisce che qualsiasi previsione che imbrigli l'attività del Difensore civico all'interno di precisi paletti procedurali ne snatura la funzione e rende meno efficace i suoi strumenti di lavoro, rappresentati dai continui contatti con la P.A. e dalla sua capacità di mediazione basata sull'autorevolezza.

Un esempio di nomina del Commissario *ad acta* è offerto dal Difensore civico dell'Abruzzo, che ha provveduto in tal senso dopo aver accertato che un consorzio di Comuni per la gestione di un acquedotto aveva omissso di predisporre e

¹¹⁵ Gli atti obbligatori sono stati definiti da Corte Cost. n. 43 del 204 come quegli atti privi di discrezionalità nell'an, sia in quanto soggetti per legge a termini perentori, sia per la natura degli atti da compiere "nel senso che la loro omissione risulterebbe tale da mettere in serio pericolo l'esercizio di funzioni fondamentali ovvero il perseguimento di interessi essenziali che sono affidati alla responsabilità dello Stato".

¹¹⁶ Tar Sardegna n. 689 del 2003, Tar Campania n. 6064 del 2003, Tar Toscana n. 122 del 2006 ritengono che sia intervenuta l'abrogazione. Contra Cons. Stato n. 5706 del 2006, Tar Abruzzo n. 667 del 2005. La questione verrà affrontata anche nel cap. III, par. 3, in relazione ai poteri del Difensore civico regionale.

¹¹⁷ Critici in dottrina, Gulletta – Pavanini, Commento sub art. 136 in Bertolissi, L'ordinamento degli Enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001, Bologna 2002, 550.

approvare il conto consuntivo per l'anno in corso.¹¹⁸ Il Commissario *ad acta*, nominato dal Difensore civico che per l'occasione si è raccordato con il Prefetto, ha riscontrato la mancanza totale di contabilità negli ultimi 10 anni e quindi è faticosamente riuscito ad approvare il conto consuntivo per il 2010.¹¹⁹

Infine, è necessario richiamare la previsione che sancisce la legittimazione processuale del Difensore civico a costituirsi parte civile, in alcuni procedimenti in cui la persona offesa dal reato è portatore di handicap.¹²⁰

¹¹⁸ Relazione Difensore civico Abruzzo, 2010, 109, in www.Difensorecivicoabruzzo.it. In Emilia – Romagna non risulta alcuna domanda di attivazione del potere ex art. 136 d. lgs. n. 267/2000, e in Lombardia viene dato atto che tutte le domande dirette a far nominare un commissario *ad acta* si sono rivelate infondate, in quanto le situazioni interessate erano soggette alla discrezionalità dell'Ente locale. V. Relazione Difensore civico Lombardia 2010, 19, in www.Difensorecivico.lombardia.it.

¹¹⁹ Tale situazione è stata portata all'attenzione della Giunta regionale, della Procura della Repubblica e della Corte dei Conti.

¹²⁰ Art. 36, comma 2, l. n. 104 del 1992, riguardo i reati previsti dallo stesso articolo. Vi sono naturalmente previsioni più specifiche, a seconda dell'Ente che le ha previste, ad esempio la Regione Molise ha affidato al Difensore la funzione ispettiva in quei settori della P.A. preposti allo svolgimento di servizi che riguardano le fasce più deboli della popolazione, come gli anziani e i portatori di handicap.

Capitolo III. Il funzionamento del Difensore civico regionale

1. La nomina e la revoca del Difensore civico regionale

Dall'analisi delle leggi regionali sul Difensore civico emergono alcuni importanti elementi comuni, primo fra tutti l'affermazione dell'indipendenza del nuovo organismo.¹²¹ La realizzazione concreta di tal principio viene attuata tramite norme che riguardano la nomina, la rimozione, l'ineleggibilità, l'incompatibilità, la durata della carica e le risorse dell'istituzione.¹²²

Per quanto concerne la nomina, il Difensore civico viene eletto dal Consiglio regionale, con una maggioranza qualificata, e rimane legato ad essa da un rapporto fiduciario.¹²³ Parte della giurisprudenza, proprio in forza di tale carattere fiduciario, ha ritenuto che l'Ente abbia un'ampia discrezionalità, che potrebbe far pensare all'atto di nomina come ad un atto di alta amministrazione. Tuttavia, va rispettata la procedura richiesta e – se questa manca – vanno osservati i requisiti di cui all'art. 97 Cost., la cui applicazione impone almeno che i consiglieri siano a conoscenza della votazione e la presenza di una motivazione che giustifichi la scelta al termine dell'istruttoria.¹²⁴ Altra giurisprudenza, però, ritiene invece che la nomina del Difensore civico sia un atto latamente politico, che pertanto può prescindere dal giustificare la scelta di un candidato senza richiedere idonea motivazione.¹²⁵

¹²¹ Manzi, Il Difensore civico: storia e prospettive dell'Ombudsman italiano, in www.diritto.it (articolo reperibile in sentenze/tarmarche/manzi.html).

¹²² Daudieri, Una procedura elettorale indiretta fondata su un rapporto fiduciario (nota a Cons. St., sez. V, 11 maggio 2004 n. 2904 n. 2964), in Guida Enti locali 2004, f. 24, 82.

¹²³ T.A.R. Sicilia Catania, n. 388 del 2005, in Foro amm. TAR 2005, 3, 876; Cons. Stato n. 2964 del 2004, in Foro amm. CDS 2004, 1423. La maggioranza qualificata è di due terzi nella quasi totalità delle Regioni, fatta eccezione per il Lazio che richiede un consenso di tre quarti in prima votazione e la maggioranza assoluta alla quarta votazione e per la Liguria, dove si prevede la maggioranza di quattro quinti in prima votazione e di due terzi nelle votazioni successive. Nelle altre Regioni, oltre la prima votazione si richiede una maggioranza assoluta.

¹²⁴ Tar Piemonte n. 2902 del 2005; Tar Trentino n. 200 del 2009.

¹²⁵ Tar Sicilia, Palermo, n. 2306 del 2007; Tar Sicilia, Catania, n. 697 del 2010.

I requisiti che il Difensore civico deve possedere sono principalmente quelli attinenti ad una condotta morale ineccepibile e al forte impegno sociale, e secondariamente quelli rappresentati da una elevata capacità tecnica e da una rilevante esperienza di Pubblica Amministrazione. A seconda dei diversi Statuti e leggi istitutive, è richiesta la presenza di alcuni requisiti per la nomina, ma l'elemento comune è pur sempre caratterizzato dalla necessità che il candidato abbia dato prova di avere un grande spessore morale.¹²⁶

Verso la fine degli anni '90 si fece strada l'ipotesi di far scegliere il Difensore civico direttamente ai cittadini, a seguito di un procedimento elettorale vero e proprio, in presenza di più candidati alla carica. Tale idea non ebbe infine grande fortuna, anche se i suoi sostenitori ritenevano che quello sarebbe stato il modo migliore per investire il Difensore civico di una forte legittimazione.¹²⁷ In realtà, come rilevato da chi si opponeva a tale novità, un Difensore civico che fosse stato votato sarebbe stato espressione solo di una maggioranza di cittadini, che molto probabilmente avrebbero indicato la preferenza ad un candidato vicino alla Giunta.¹²⁸ Al contrario, la nomina operata dal Consiglio consentiva di considerare il Difensore civico espressione di ogni cittadino della Regione.

Alcune Regioni, pur mantenendo la nomina consiliare, hanno disciplinato il procedimento di scelta del Difensore civico in modo da coinvolgere la popolazione

¹²⁶ V. ad es. L.R. Lazio art. 8, dove si richiede una "qualificata esperienza professionale, almeno quinquennale..." oppure L.R. Molise art. 11, che richiede una qualificata esperienza giuridica nella Pubblica Amministrazione ma anche l'aver svolto attività di volontariato. Interessante il meccanismo previsto in Valle D'Aosta, dove viene organizzata una consultazione popolare per permettere ai cittadini di indicare la loro preferenza nei confronti di alcuni candidati, e quindi poi prevedere la scelta del Consiglio tra quella rosa di nomi.

¹²⁷ Tra i sostenitori dell'elezione del Difensore civico, v. Cotturri, Difensore civico e cittadinanza attiva, in Atti del Convegno "Riforma dell'Amministrazione e tutela dei diritti dei cittadini: quale ruolo per il Difensore civico", Roma 10 dicembre 1996, Provincia di Roma.

¹²⁸ Carli, La difesa civica a livello comunitario e nazionale, in Atti del Convegno "Riforma dell'Amministrazione e tutela dei diritti dei cittadini: quale ruolo per il Difensore civico", Roma 10 dicembre 1996, Provincia di Roma.

interessata. Ad es., nel Lazio è possibile sottoporre all'attenzione del Consiglio i nominativi di candidati scelti da un discreto numero di elettori (5.000) oppure dalle associazioni impegnate nella difesa dei cittadini oppure ancora dai consiglieri stessi. In Val d'Aosta invece è prevista una sorta di selezione pubblica alla quale chiunque può partecipare, per la creazione di una lista di nomi che verranno votati a scrutinio segreto dal Consiglio.¹²⁹

Venendo ora all'ineleggibilità, giova ricordare che si tratta di un istituto che mira a evitare che il Difensore civico cumuli altri incarichi che possano minarne l'indipendenza, come ad esempio essere membro del Parlamento, o del Consiglio regionale o comunale, oppure assessore o amministratore di Enti partecipati o controllati dall'Ente pubblico. L'ineleggibilità rileva quindi al momento della nomina, nel senso che la scelta di un candidato ineleggibile comporta la dichiarazione di decadenza di diritto ad opera del Consiglio. L'incompatibilità, invece, può riguardare la posizione del Difensore civico – originaria o sopravvenuta – che rientra nei diversi casi previsti dagli Statuti e dalle leggi istitutive, che di regola non consentono il contemporaneo esercizio di attività lavorative o di incarichi a qualsiasi titolo con l'Ente di riferimento. L'incompatibilità è una causa di decadenza che non opera automaticamente, ma deve essere pronunciata se la situazione di conflitto continua a permanere anche dopo lo spirare del termine concesso al Difensore civico per farla cessare.¹³⁰

¹²⁹ L.R. Lazio, art. 7; L.R. Valle D'Aosta, art. 4.

¹³⁰ Garzone, Le incompatibilità e ineleggibilità del Difensore civico in funzione delle prerogative di tutela cui l'organo è preposto, in www.diritto.it/pdf/26968.pdf.

Per quanto concerne la durata del mandato, viene previsto un periodo di tempo limitato, spesso di tre o cinque anni.¹³¹ Di regola particolare attenzione è rivolta ad evitare il consolidamento di posizioni di potere da parte dell'Ombudsman o all'esigenza di non favorire prese di posizioni clientelari, e per queste ragioni si può coprire l'incarico di Difensore civico una sola volta o al massimo per due mandati, anche non consecutivi.¹³² Per la stessa ragione, quasi tutte le Regioni – fatta eccezione per Sardegna, Umbria e Trentino Alto Adige – prevedono che la durata del mandato non coincida con quello della legislatura.

La revoca del Difensore civico è un procedimento che segue le stesse regole previste per la nomina, e quindi la votazione del Consiglio con le maggioranze di cui si dato conto in precedenza. I motivi che possono condurre alla revoca non sono disciplinati dalle leggi istitutive, che si limitano ad richiedere la presenza di gravi motivi inerenti l'esercizio delle funzioni. Come è stato notato, talvolta tali motivi includono anche l'inefficienza del Difensore civico, una formulazione generica che consente al Consiglio di entrare nel merito delle scelte discrezionali del Difensore civico, che al contrario dovrebbe essere tenuto al riparo da censure di tal genere.¹³³

Un altro elemento che garantisce l'indipendenza è la corresponsione di un'indennità di carica che permetta al Difensore di essere anche sostanzialmente indipendente. Per questo motivo, spesso le Regioni attribuiscono all'Ombudsman un'indennità parametrata con quella dei Consiglieri. Il Difensore civico, che utilizza

¹³¹ L'incarico di tre anni è previsto in Abruzzo, Piemonte, Toscana. Si prevede una durata di cinque anni per Basilicata, Campania, Emilia – Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Molise, Puglia, Veneto.

¹³² Sul punto però le diverse discipline regionali differiscono. L.R. Lazio art. 9, L.R. Sardegna art. 14, L.R. Puglia art. 7, L.R. Emilia Romagna art. 10. L.R. Abruzzo art. 10, L.R. Veneto art. 4, L.R. Valle D'Aosta art. 9 consentono la rielezione per una sola volta.

¹³³ Di Bernardo, in Mariani – Di Bernardo – Doria, *Il Difensore civico*, Torino 2004, p. 268.

le strutture regionali e si avvale del personale regionale, è finanziato dal Consiglio che annualmente destina risorse in un apposito fondo.¹³⁴

La separazione dal potere esecutivo della Giunta, le previsioni che mirano ad evitare un conflitto di interessi e qualsiasi commistione tra i compiti dell'istituzione e l'attività politica confermano che nelle Amministrazioni locali la figura del Difensore civico è ispirata a principi di indipendenza ed autonomia. Il rispetto di questi principi non significa d'altra parte che il Difensore civico lavori in modo isolato: al contrario, la sua attività prevede un costante coordinamento con gli organi politici, spesso con il Presidente della Giunta o quello del Consiglio. Questo coordinamento implica anche l'invio di resoconti in merito all'attività svolta, tra cui un rapporto annuale a consuntivo dell'anno trascorso e una programmazione per quello successivo.

2. La competenza del Difensore civico regionale

In primo luogo è necessario premettere che in questa parte – relativa al funzionamento del Difensore civico regionale – si avrà riguardo all'azione concernente le due funzioni tipiche, di gestione delle doglianze e di miglioramento del sistema, con l'esclusione di quanto accade nell'esercizio di quelle funzioni attribuite dalla legge nazionale, di cui si è già trattato in precedenza.¹³⁵

Il Difensore civico - nominato dal Consiglio regionale - utilizza le strutture e il personale della Regione di riferimento, da cui riceve anche le risorse per il suo funzionamento ed è ovviamente competente per quello stesso territorio regionale. La delimitazione territoriale, però, non deve far pensare ad una competenza

¹³⁴ La questione della mancanza di fondi sufficienti ricorre spesso nella Relazioni dei Difensori civici regionali e costituisce uno dei principali limiti posti allo sviluppo della difesa civica. V. Brevi valutazioni conclusive.

¹³⁵ V. cap. II, par. 4, sulle funzioni attribuite dalla legge statale.

generale, in quanto il Difensore civico non può operare nei confronti di tutti gli Enti che abbiano la sede nella Regione, ma solo nei confronti di alcuni. In particolare, la competenza del Difensore civico riguarda la Regione e tutti gli organismi – aziende, istituti, consorzi, concessionari di pubblici servizi, Enti con partecipazione di capitale regionale – che siano dipendenti da essa oppure che siano soggette ai suoi poteri di vigilanza.¹³⁶ È inoltre possibile che vi siano degli accordi tra l'organo rappresentativo della Regione e di altri Enti locali per fare in modo che il Difensore civico competente svolga funzioni di vigilanza anche nei confronti di questi ultimi. Un'eccezione a quanto appena considerato, prevista dalla legge, è quella che attribuisce al Difensore civico regionale la funzione di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione, anche nei confronti delle Amministrazioni periferiche dello Stato, con esclusione di quelle competenti in materia di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia.¹³⁷

Dal punto di vista della materia, il Difensore civico è competente a svolgere una funzione di controllo e vigilanza su tutte le inefficienze ascrivibili agli Enti appena citati, in merito a vastissime ed eterogenee categorie, che naturalmente dipendono dall'attività degli Enti sottoposti alla giurisdizione del Difensore stesso. A titolo di esempio si ricordano sanità, ambiente, tasse, istruzione, partecipazione al procedimento amministrativo.

¹³⁶ In Veneto, ad es.: Amministrazione regionale, Enti ed aziende dipendenti dalla Regione, Enti delegatari di funzioni amministrative regionali, unità socio sanitarie.

¹³⁷ Art. 16 l. n. 127 del 1997, di cui si è già dato conto supra.

3. Il procedimento e l'organizzazione dell'ufficio

La legittimazione a richiedere l'intervento del Difensore è ampliata al massimo e l'elencazione dei vari soggetti (cittadini, stranieri, Enti esponenti...) assume un significato meramente esemplificativo. In ogni caso, anche se si dovesse ritenere tassativo l'elenco - e quindi considerare un'istanza priva di legittimazione - il Difensore civico potrebbe attivarsi d'ufficio, laddove ritenesse quella notizia meritevole di approfondimento.

L'istanza deve essere presentata per iscritto o verbalizzata nell'ufficio in cui è stata proposta oralmente. Il Difensore civico prende in considerazione l'istanza nel caso in cui questa riguardi inefficienze amministrative che rientrano nella sua competenza, ed effettua una valutazione preliminare e sommaria circa la fondatezza delle pretese, quindi esercita i poteri istruttori, richiedendo all'Amministrazione ogni informazione e chiarimento che appaiono necessari. Il procedimento può arrestarsi anche in questa fase, quando emerge anche a prima vista che l'azione amministrativa è stata regolarmente svolta e che il problema portato all'attenzione del Difensore civico riguarda una non completa comprensione degli eventi da parte del ricorrente, o da un difetto di comunicazione tra questi e gli uffici pubblici.

Di regola, quando da un primo esame la situazione appare illegittima o irregolare, il Difensore civico approfondisce l'indagine rivolgendosi al responsabile del procedimento, al quale può chiedere ulteriori accertamenti. Nell'ambito dell'istruttoria, le Amministrazioni non possono opporre il segreto d'ufficio alle richieste del Difensore civico, il quale però è tenuto a non divulgare tali notizie.

Le leggi regionali più datate contemplano la possibilità che al termine dell'istruttoria non accada nulla, e che il Difensore civico si limiti a dare risposta

motivata alle istanze presentate.¹³⁸ Nelle leggi regionali più recenti, invece, è previsto che il Difensore civico formuli dei rilievi che, se non recepiti dall'Amministrazione, obbligano la stessa a motivare il proprio dissenso.¹³⁹ Al di là di questa previsione, le osservazioni finali del Difensore civico non hanno forza cogente e le sue raccomandazioni sono prive del carattere decisorio, dal momento che si basano solamente sulla autorevolezza della persona che le emette e della carica che rappresenta. Come sopra accennato, vale il principio in base al quale, quando più persone sono al corrente del fatto che la P.A. non ha seguito le indicazioni del Difensore civico, la pressione sociale sull'Amministrazione dovrebbe essere maggiore. In questi casi, pertanto, diviene più probabile che la P.A. dia seguito ai consigli ricevuti poiché diversamente dovrebbe sopportare le conseguenze dell'inerzia in termini di impopolarità, i cui effetti si sconteranno al momento delle elezioni. Per questa ragione, il Difensore civico può dare adeguata pubblicità alle proprie pratiche ed è tenuto ad inviare un rapporto annuale agli organi di vertice della Regione (Presidente del Consiglio regionale e Presidente della Giunta regionale) in merito alla attività svolta, elencando anche le proposte per migliorare la qualità del servizio.¹⁴⁰

Il procedimento appare così de-strutturato, totalmente privo di formalità, nonché di obblighi, oneri o forme di controllo a carico del Difensore civico.

¹³⁸ Art. 8, L. R. Veneto n. 28 del 1988.

¹³⁹ Art. 4, L. R. Emilia n. 25 del 2003; art. 4 L.R. Umbria, n. 30 del 2007. Sulla necessità che la P.A. consideri espressamente le osservazioni del Difensore civico, a pena di illegittimità per eccesso di potere, v. par. successivo.

¹⁴⁰ Sull'importanza di queste Relazioni, v. par. 6.

Per quanto concerne l'organizzazione del lavoro, naturalmente ogni Difensore civico può decidere come meglio regolare le attività del suo ufficio.¹⁴¹

Un esempio virtuoso di organizzazione è offerto dal Difensore civico del Piemonte, che ha adottato un regolamento interno al fine di individuare dei tempi definiti per la definizione delle pratiche.¹⁴² Questo documento risulta molto interessante perché impone al funzionario di ricondurre ogni questione che viene trattata in una specifica tipologia, all'interno della classificazione che segue: omissione di atti obbligatori per legge, irregolarità amministrative, ingiustizia, discriminazione, abuso di potere, mancanza di risposta, rifiuto di accesso all'informazione, ritardo ingiustificato, carenza nell'attuazione dei diritti fondamentali delle persone ed Enti, carente comunicazione e asimmetria informativa.¹⁴³ Ad ogni tipologia corrisponde una metodologia di intervento che prevede diverse azioni, da attuare in modo flessibile tenendo conto del caso concreto.¹⁴⁴

In Piemonte, inoltre, il Difensore civico ha ampliato le modalità di comunicazione tra il suo ufficio e cittadini, predisponendo un sito *web* che - oltre a contenere tutte le informazioni utili sulla difesa civica - consente al cittadino di inoltrare istanze attraverso la via telematica.

¹⁴¹ Di seguito si prende in considerazione l'organizzazione di un Difensore civico in particolare, affinché risulti più chiara la comparazione con l'Ombudsman del Commonwealth. Essendo necessario operare una scelta tra i molti Difensori civici, si è preferito il Difensore civico del Piemonte, che può essere considerato un modello avanzato di difesa civica regionale, per le ragioni che vedremo.

¹⁴² Relazione Difensore civico Piemonte, 2010, 31, in www.consiglioregionale.piemonte.it.

¹⁴³ Questo modo di procedere, mediante classificazione, è adottato anche dall'Ombudsman del Commonwealth. V. le categorie di administrative deficiency nel cap. VII, par. 6.

¹⁴⁴ Così vengono indicati i comportamenti che meglio potrebbero adattarsi alla fattispecie concreta, come ad es. la convocazione del cittadino e del responsabile del procedimento nel caso di una conciliazione, oppure la predisposizione di modelli informativi chiari, nel caso di omissione di informazioni.

Il Difensore civico del Piemonte ha previsto un calendario di trasferte per essere vicino, anche fisicamente, ai cittadini che non risiedono a Torino, utilizzando allo scopo gli uffici regionali per le relazioni con il pubblico (U.R.P.), dislocati nel territorio.¹⁴⁵ A seguito della recente abrogazione della figura del Difensore civico comunale ad opera della legge n. 191 del 2009 (finanziaria del 2010), la difesa civica in Piemonte si è trovata sguarnita, anche in ragione dell'assenza del Difensore in alcune Province.¹⁴⁶ Per questo, il Difensore civico regionale si è accordato con i Sindaci dei Comuni per svolgere in via sussidiaria le attività che prima erano svolte a livello di difesa civica comunale.

Il Difensore civico del Piemonte si è mostrato attento ai cambiamenti che sono avvenuti in Europa, cercando di tradurre a livello regionale le iniziative del Mediatore Europeo. Così, sulla falsa riga del Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche Amministrazioni e del Codice europeo di buona condotta amministrativa, il Difensore civico del Piemonte ha sancito per i suoi funzionari il rispetto di alcune regole deontologiche nell'esercizio delle loro funzioni.¹⁴⁷ In quel documento, il Difensore civico ha fissato alcuni principi, alcuni dei quali persino ridondanti – quali ad es. l'indipendenza, l'autonomia e l'assenza di discriminazione – ma altri per un certo verso innovativi – quali ad es. l'operosità, la cortesia e il dovere di indirizzo ed informazione al cittadino circa le possibilità alternative di risoluzione del problema.¹⁴⁸ In questo modo, pare che il Difensore

¹⁴⁵ L'Ombudsman del Commonwealth ha compiuto una scelta simile, aprendo delle sedi distaccate in ogni centro abitato importante dell'Australia. V. cap. IV, par. 3.

¹⁴⁶ In Piemonte, le Province di Alessandria, Cuneo e Verbano-Cusio-Ossola non si sono dotate di un Difensore civico.

¹⁴⁷ Tutti i documenti di matrice europea possono trovarsi su www.ombudsman.europa.eu, mentre le Regole deontologiche dell'Ufficio del Difensore civico della Regione Piemonte sono contenute in un documento pubblicato in *Il Difensore civico, 2010*, collana Tascabile di Palazzo Lascaris, rinvenibile in www.consiglioregionale.piemonte.it/pubblicazioni/tascabili/Difensore_civico.

¹⁴⁸ Sulle somiglianze con il modo di operare dell'Ombudsman, v. cap. VII, par. 6.

civico piemontese si ponga nella stessa direzione di quanto sostenuto a livello europeo – e come vedremo anche in Australia – circa la necessità di lavorare con personale specializzato non solo nel campo del diritto amministrativo, ma addestrato a svolgere compiti particolari che non sono comuni a tutti gli uffici della P.A. I funzionari che lavorano nell'ufficio del Difensore civico non sono chiamati solo ad avere quella sensibilità propria di chi ha a che fare con il pubblico, ma anche quella propensione a ricercare una soluzione al problema presentato, in modo da trovare il punto di incontro tra il cittadino e l'Amministrazione.

Questa particolare attitudine, di ricercare un punto d'incontro, non vale solamente tra il privato e la P.A., ma anche tra diverse Amministrazioni. Come esempio si può citare l'attività di mediazione compiuta dal Difensore civico del Piemonte tra l'Associazione della Proprietà Edilizia della Provincia di Torino e il Comune di Torino, che ha consentito di trovare un'interpretazione in tema di tassazione COSAP (canone per l'occupazione permanente di spazi e aeree pubbliche) delle intercapedini, poi applicata a tutti i condomini della città di Torino.¹⁴⁹

4. I poteri del Difensore civico regionale

L'individuazione e classificazione dei poteri del Difensore civico risulta complicata dalla frammentazione della legislazione regionale. Naturalmente, i poteri dell'Ombudsman sono la naturale espressione concreta delle sue funzioni ed il Difensore civico rappresenta una istituzione *sui generis*, che non può essere inquadrata nell'ambito dei tre poteri dello Stato, avente come scopo la promozione

¹⁴⁹ Relazione Difensore civico del Piemonte, 2010, 37, in www.consiglioregionale.piemonte.it.

del buon andamento della P.A. anche attraverso la tutela non giurisdizionale dei diritti e degli interessi della popolazione.

Rispetto a questa finalità, al Difensore è precluso il potere di decidere in modo autoritativo, vincolando la Pubblica Amministrazione o i cittadini. Invece, al Difensore civico sono affidati penetranti poteri istruttori, che – abbattendo ogni barriera informativa – permettono di formulare al meglio le raccomandazioni per migliorare i processi decisionali della P.A. e di presentare serie proposte per conciliare posizioni che potenzialmente possono sfociare in contenzioso.

Tra questi poteri istruttori, si menzionano quelli che consentono di richiedere informazioni, notizie e chiarimenti all'Amministrazione di riferimento, che trovano un corrispettivo nell'obbligo dei funzionari pubblici di rispondere in modo solerte. A garanzia di tale potere di indagine è previsto che il personale della P.A. risponda in sede disciplinare di condotte non solo ostruzionistiche, ma anche non collaborative nei confronti del Difensore civico.¹⁵⁰ Ancora, si ricorda il potere di convocazione del responsabile del procedimento, da parte del Difensore civico, al fine di effettuare un esame congiunto della pratica. Il Difensore civico, come già accennato, ha il potere di accedere ad ogni ufficio della P.A., di prendere visione e di estrarre copia di qualsiasi documento, anche oltre i limiti imposti dal segreto d'ufficio, pur con l'obbligo di riservatezza circa quelle informazioni.

Esaurita l'istruttoria, il Difensore civico formula le proprie conclusioni che vengono trasmesse sia all'Amministrazione che al ricorrente.

¹⁵⁰ Falqui Massidda, Difesa civica e responsabilità del funzionario, in La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 63 ss. Taluno è giunto ad affermare che, se il Difensore civico è stato impedito od ostacolato nella propria azione, il procedimento che si sia svolto durante tale situazione (intrinsecamente viziato da sviamento di potere in quanto l'attività del Difensore civico avrebbe potuto influenzare il contenuto di tale atto) condurrà ad un provvedimento viziato, v. Zecca, L'ipotesi dell'eccesso di potere, in La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 87.

Tali conclusioni, di per sé non vincolanti, possono però avere la conseguenza di stimolare una modifica del provvedimento o quantomeno ottenere l'effetto di spingere la P.A. a motivare in modo dettagliato le decisioni che si discostano dall'opinione del Difensore civico. Talvolta, una motivazione estesa e particolareggiata può far emergere profili di eccesso di potere che potranno poi essere fatti valere in sede giurisdizionale.¹⁵¹

Si è poi suggerito di considerare non solo l'azione esterna al procedimento, ma di valorizzare il potere del Difensore civico di intervenire anche prima che il procedimento si sia concluso, facendo notare che in questo modo possono stimolarsi modifiche, influenzando il provvedimento finale. In particolare, può accadere che la legittimità di un provvedimento dipenda proprio dalle osservazioni formulate dal Difensore civico, che inducono la P.A. a modificare le proprie determinazioni nel corso del procedimento. Da questo punto di vista, l'azione del Difensore civico diviene un momento eventuale, una sorta di fase integrativa del procedimento amministrativo. Inoltre, il potere di "trattare congiuntamente" la pratica, accompagnato dal potere di convocare il responsabile del procedimento, entrambi finalizzati ad assicurare la tempestività e la regolarità dell'azione amministrativa, impongono all'Amministrazione di prendere in considerazione le opinioni del Difensore civico, seppure non vincolanti.¹⁵² Ciò significa che il provvedimento deve essere adeguatamente motivato: in mancanza di una puntuale

¹⁵¹ Nell'ottica del Mediatore Europeo, in questo senso v. Dotti, Difensore civico e giurisdizione amministrativa, in Atti del Convegno "Per una giustizia di prossimità" Torino 2010, reperibile anche nella Relazione annuale del Difensore civico del Piemonte, 2010, documento scaricabile in www.consiglioregionale.piemonte.it, pagine 247 del formato pdf.

¹⁵² Zecca, L'ipotesi dell'eccesso di potere, in La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 80 ss. Si tratta di una posizione che precede le novità della l. n. 241 del 1990, ma si ritiene che le idee che sono sottese siano attuali anche ai giorni nostri. In generale, l'A. ritiene che se le norme previste per il Difensore civico fossero pienamente attuate, lo strumento nelle mani dell'Ombudsman sarebbe tale da essere ad "un passo dal cosiddetto merito amministrativo".

presa di posizione dell'Amministrazione nei confronti delle osservazioni del Difensore civico si potrebbero riscontrare ipotesi di illegittimità dell'atto.¹⁵³

Infine, è necessario menzionare i poteri del Difensore civico derivanti dalla normativa nazionale, avvertendo che si tratta di attribuzioni che di certo non sono in armonia con quelle che caratterizzano l'istituzione in oggetto. Infatti, come già analizzato in precedenza, il Difensore civico è stato dotato di poteri diversi, nei confronti degli uffici periferici delle Amministrazioni statali (art. 16, l. n. 127 del 1997), circa il controllo di legittimità sugli atti degli Enti locali (art. 17, comma 38, l. n. 127 del 1997 ed ora art. 127, d. legisl. n. 267 del 2000) in merito al controllo sostitutivo attraverso la nomina di un commissario *ad acta* (art. 136, d. legisl. n. 267 del 2000) ed infine concernenti l'esercizio del diritto di accesso (art. 25, l. n. 241 del 1990).¹⁵⁴

5. Le Relazioni del Difensore civico regionale

Giova ora richiamare l'attenzione sulla Relazione che il Difensore civico presenta al Consiglio regionale. Si tratta di un adempimento di importanza fondamentale perché costituisce la diretta esplicazione della funzione di miglioramento del sistema. Se la funzione di conciliazione, infatti, viene attuata attraverso un procedimento che ha come momento finale quello di avvicinare le due parti in conflitto, la funzione di miglioramento del sistema necessita invece di un momento di approfondimento, rappresentato proprio dalle Relazioni.

¹⁵³ Ipotesi di illegittimità in ragione del vizio di eccesso di potere o per violazione di legge. Zecca, L'ipotesi dell'eccesso di potere, in *La rilevanza giuridica degli interventi del Difensore civico*, a cura di Arcioni e Lignani, Perugia 1988, 85 ss., il quale ritiene che in tal caso il Difensore civico sia portatore di interessi pubblici generali - alla legittimità del provvedimento - e non invece di interessi privati del ricorrente.

¹⁵⁴ Per una disamina dei poteri derivanti da queste funzioni, v. cap. III, par. 4, sulle funzioni attribuite dalla legge nazionale.

Si è già scritto che il Difensore civico prepara annualmente un resoconto dell'attività svolta, sugli interventi maggiormente rappresentativi, cercando di offrire una panoramica generale della difesa civica nella Regione di competenza.

La Relazione annuale è particolarmente rilevante perché consente al Difensore civico di condurre un ragionamento che abbraccia l'esperienza avuta dagli interventi compiuti, riconosce gli elementi di forza e quelli di debolezza delle Amministrazioni interessate e formula delle raccomandazioni – che possono riguardare ogni aspetto dell'agire amministrativo, dal processo decisionale fino alla formazione dei funzionari – al fine di migliorare l'attività della P.A. Nella Relazione, inoltre, il Difensore civico rende conto delle difficoltà da lui stesso incontrate nell'esercizio delle sue funzioni, e formula richieste migliorative, ad es. ottenere maggiori fondi o incrementare il numero dei funzionari addetti all'ufficio.

La Relazione, oltre che essere distribuita ai consiglieri, è altresì illustrata in aula dal Difensore civico, che quindi ha la possibilità di richiamare l'attenzione su particolari aspetti della propria attività, stimolando una discussione con i Consiglieri. A seguito dell'audizione, il Consiglio esamina il documento, esprime un parere motivato sullo stesso e se del caso assume dei provvedimenti in merito.¹⁵⁵ La Relazione viene pubblicata sul Bollettino Ufficiale e – molto più efficacemente – viene inserita *online* nel sito *web* della Regione, per rendere i cittadini più partecipi alla vita pubblica.

Il Difensore civico può altresì predisporre delle Relazioni speciali, che si occupano solo di alcune questioni particolarmente rilevanti che non possono attendere di essere discusse nella Relazione annuale. Se utilizzate in modo appropriato, queste Relazioni specifiche rappresentano uno strumento eccezionale

¹⁵⁵ Ancorchè non esista una disciplina nazionale, tutte le Regioni hanno previsto una disciplina simile sul punto, che si è descritta nel corpo del testo.

nelle mani del Difensore civico, che ad es. potrebbe decidere di renderle pubbliche a seguito del rifiuto della Pubblica Amministrazione di conformarsi alle proposte indicazioni, chiedendo contestualmente agli organi di governo di intervenire a riguardo.

Si ricorda inoltre che il Difensore civico regionale è tenuto – in forza di legge statale – ad informare anche i Presidenti della Camera e Senato della Repubblica circa l'attività svolta nei confronti degli uffici periferici delle Amministrazioni dello Stato.¹⁵⁶

Al fine di comprendere quali materie sono oggetto del maggior numero di richieste d'intervento del Difensore civico, si è cercato di estrapolare alcuni dati statistici dalle diverse Relazioni annuali. Purtroppo l'operazione si è rivelata più complicata del previsto, perché non tutti i Difensori hanno pubblicato i dati relativi alle istanze ricevute divisi per ambiti di competenza e comunque la mancanza di uniformità nella classificazione di tali informazioni rende assai poco affidabile una ricognizione del genere.¹⁵⁷ Ciò premesso, può essere comunque utile segnalare i dati relativi ad alcune Regioni, per individuare in linea di massima la portata del lavoro del Difensore civico e rapportarla poi a quella dell'Ombudsman del Commonwealth.¹⁵⁸ Si è deciso di considerare i dati di tre Regioni, Basilicata, Emilia - Romagna e Piemonte, sia perché le Relazioni dei rispettivi Difensori civici permettono una lettura coordinata, sia in ragione della loro appartenenza geografica a diverse aree del territorio nazionale.

¹⁵⁶ Art. 16 l. n. 127 del 1997. Di regola, i Difensori civici inviano ai Presidenti copia della Relazione annuale, in cui viene dato atto anche dell'eventuale attività prestata nei confronti delle Amministrazioni dello Stato.

¹⁵⁷ Sulle conseguenze negative di questa situazione e su come le ragioni della stessa siano da ricercarsi nella mancanza di una normativa nazionale, v. le brevi valutazioni conclusive.

¹⁵⁸ Per le statistiche dell'azione dell'Ombudsman del Commonwealth, v. cap. VII, par. 7.

Nel corso del 2009, in Basilicata vi sono stati circa 1000 istanze di intervento del Difensore civico regionale, di cui quasi l'80% è rappresentato da richieste di chiarimenti ed informazioni, con l'avvio quindi di poco più di 200 procedimenti veri e propri. Le materie oggetto degli interventi ha riguardato in primo luogo questioni relative alla salute, sicurezza sociale e igiene pubblica (15,49%), nonché organizzazione del personale (11,74%) e infine territorio e ambiente (10,33%). Per quanto riguarda l'azione del Difensore civico nei confronti degli uffici periferici dello Stato, la materia più richiesta è stata quella delle pensioni e delle prestazioni sociali (40,63%).¹⁵⁹

In Emilia – Romagna, i procedimenti attivati nel 2010 sono stati 713, tra cui quelli aventi ad oggetto i servizi pubblici (15%), la materia dei tributi e delle sanzioni amministrative (12,8%) e le politiche sociali (12%). Nel 20% dei casi circa, a seguito di istruttoria l'istanza è stata ritenuta priva di riscontro. Un dato importante è rappresentato dalla percentuale che indica solo nel 3,6% i casi in cui la P.A. non ha accolto la soluzione prospettata dal Difensore civico.¹⁶⁰

In Piemonte, nel 2010 sono stati attivati 1195 procedimenti, aventi ad oggetto altrettante richieste, di cui 947 sono state evase nel corso dell'anno. In questa Regione solo il 22,9% dei casi il cittadino ha avuto quello che il Difensore civico aveva individuato come suo diritto, mentre nel 44,1% dei casi l'intervento del

¹⁵⁹ Dati reperibili nella Relazione annuale per il 2009, nell'apposita sezione di www.consiglio.basilicata.it. Esempi di richieste o doglianze sono: pavimentazione non idonea a persone disabili, riconoscimento indennità integrativa nei confronti dell'Inpdap, esclusioni da un concorso pubblico, randagismo canino, infiltrazioni di acqua piovana nel cimitero.

¹⁶⁰ Dati reperibili nella Relazione annuale per il 2010, in <http://assemblealegislativa.regione.emilia-romagna.it>, sezione Difensore civico. Esempi di richieste sono: quote per consorzio bonifica, abbonamento rai, contestazione notifica di pagamento, trasporti pubblici.

Difensore civico ha comunque permesso al ricorrente di comprendere le ragioni del comportamento della P.A.¹⁶¹

Come si può evincere dai dati sopra riportati, risulta molto difficile trarre delle indicazioni generali, perché i Difensori civici adottano dei criteri differenti per descrivere il risultato delle loro attività. Le Relazioni sono certamente interessanti, ma sarebbero senz'altro più utili se si predisponessero delle linee guida, affinché i dati siano organizzati in modo uniforme e raggruppati in categorie omogenee, per consentire una valutazione comparata e di più ampio respiro, anche in un'ottica nazionale.

¹⁶¹ Relazione reperibile nell'apposita sezione in www.consiglioregionale.piemonte.it.

Capitolo IV. L'evoluzione dell'Ombudsman del Commonwealth

1. Il lungo cammino dell'Ombudsman federale australiano

Guardando più da vicino l'esperienza australiana, ci si trova immediatamente di fronte al problema di scegliere quale, tra gli Ombudsman, sia il modello preferibile. Nel corso degli anni, infatti, le istituzioni chiamate "Ombudsman" si sono moltiplicate al punto da contemplare anche organismi di garanzia che non si occupano della Pubblica Amministrazione in senso stretto, ma di società private fornitrici di un servizio pubblico.¹⁶² Da una parte, gli Ombudsman pubblici hanno acquisito nuove competenze in settori prima sconosciuti, dall'altra sono stati istituiti degli Ombudsman privati, sostanzialmente diversi per natura, funzioni e poteri. Per descrivere la portata del fenomeno, basti considerare che l'Ombudsman pubblico del Commonwealth ha anche i titoli di Law Enforcement Ombudsman, Immigration Ombudsman, Defence Force Ombudsman, Taxation Ombudsman, Postal Industry Ombudsman, Overseas Students Ombudsman.¹⁶³ Gli Ombudsman privati (cd. Industry Ombudsman) nei vari Stati si occupano ad esempio di telecomunicazioni, servizi finanziari, assicurazioni, energia, acqua e trasporti.¹⁶⁴ Il numero non sembra destinato a fermarsi e vi sono già più di trenta richieste per

¹⁶² Il tema sull'Ombudsman privato e Ombudsman pubblico verrà approfondito infra, cap. V, par. 3.

¹⁶³ L'Australia è una federazione di Stati, che assieme formano il Commonwealth australiano, da non confondere con l'omonimo organismo britannico. La legge istitutiva alla quale si farà riferimento continuo è l'Ombudsman Act 1976 (Cht) ss 4 (3), 4 (4), 4 (5), 19 B, 19 L. Nel testo, per non appesantire la lettura, si è dato conto solo dell'Ombudsman di cui si tratterà in questo lavoro, ma per completezza si deve dare atto che ogni Ombudsman nazionale è stato nel corso del tempo destinatario di nuove funzioni. Ad es., l'Ombudsman della Tasmania si occupa anche di energia ed a capo della Commissione per le doglianze in materia di salute (Energy Ombudsman e Health Complaints Commissioner); l'Ombudsman dell'Australia Occidentale è anche Energy Ombudsman; l'Ombudsman del New South Wales lavora anche nella commissione indipendente contro la corruzione (Independent Commission Against Corruption and Police Integrity Commission).

¹⁶⁴ Telecommunications Industry Ombudsman, Financial Ombudsman Service, Energy and Water Ombudsman, Energy Industry Ombudsman, Transport Industry Ombudsman.

istituire altrettanti Ombudsman, con funzioni che spaziano dall'aviazione al *franchising*, fino ad arrivare al *business* dei funerali.¹⁶⁵

In questa situazione, non stupisce che sia stata proposta una normativa per regolare l'utilizzo del sostantivo "Ombudsman", per evitare che il cittadino sia tratto in errore, confidando di affidarsi ad una istituzione che non possiede le caratteristiche ipotizzate.¹⁶⁶ Questa iniziativa conferma il grado di affidabilità che l'Ombudsman si è guadagnato nel corso del tempo tra i cittadini ed inoltre pone la questione di fondo di individuare quali siano le caratteristiche essenziali che devono essere presenti, o meglio che non devono mancare affinché una istituzione possa chiamarsi Ombudsman.

Trovare dei punti di contatto tra i numerosi Ombudsman appena elencati potrebbe sembrare impresa assai ardua, che obbligherebbe ad analizzare ciascun atto normativo istitutivo di tali organismi. Inoltre, tale sforzo potrebbe dare dei risultati non sempre ottimali, atteso che spesso ci sono delle differenze – anche terminologiche – rispetto alle funzioni e ai poteri a seconda dei diversi Stati membri. Procedendo in questo modo, probabilmente, si finirebbe con il riconoscere l'esistenza di alcuni elementi comuni come l'indipendenza e l'autonomia dell'Ombudsman, senza però essere in grado di comprendere a fondo le caratteristiche essenziali di questo organismo. Invero, questo problema metodologico può essere risolto attraverso lo studio della legge istitutiva dell'Ombudsman del Commonwealth, che sembra assolutamente idonea allo scopo della ricerca.

¹⁶⁵ Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 80.

¹⁶⁶ Il problema del nome sarà oggetto di un approfondimento nel cap. V, par. 1.

La legge del 1976, novellata da ultimo nel 2010, rappresenta infatti l'esito dell'impegno degli Stati e dei Territori australiani per dare al Commonwealth un unico Ombudsman, con poteri, competenze e regole di funzionamento validi per tutta l'area. Tale atto normativo, proprio in ragione della sua estensione, è una sapiente opera di sintesi delle esperienze comuni dei Paesi che formano l'Australia, che da un lato valorizza meritevoli spunti del singolo Stato e dall'altro lato unifica tutto il territorio sotto l'egida di un unico Ombudsman.¹⁶⁷

Va infatti sottolineato che spesso un ufficio amministrativo può funzionare alla perfezione se agisce all'interno di una zona non molto estesa, ed incontrare invece soverchi problemi se gli viene affidata una competenza più ampia. Ebbene, se l'estensione della competenza territoriale rappresenta un criterio valido per misurare il grado di successo di un'istituzione, l'Ombudsman del Commonwealth rappresenta l'"ufficio di sorveglianza" con la più vasta competenza territoriale al mondo.

Muovendo da queste premesse, si procederà ad analizzare l'evoluzione dell'Ombudsman del Commonwealth, dalla sua istituzione ai giorni nostri, descrivendo quattro periodi fondamentali. Dal 1968 al 1976, in cui si darà conto dell'acceso dibattito circa le funzioni da attribuire all'ufficio e dei suoi primi anni di attività; dal 1976 al 1989, anni in cui il ruolo e le funzioni dell'Ombudsman si sono radicati, acquisendo importanza nella compagine istituzionale; dal 1989 al 2002, periodo di una incessante evoluzione dell'ufficio e dal 2002 al 2010, dando conto degli ultimi rilevanti sviluppi. Da ultimo, si cercherà di tracciare le future linee di evoluzione dell'Ombudsman nel periodo 2011 – 2016.

¹⁶⁷ Per queste ragioni, usualmente gli studiosi prendono in esame l'Ombudsman del Commonwealth quale punto di riferimento per quanto concerne le caratteristiche di tale ufficio. Per tutti, v. Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 82.

2. La genesi dell'istituzione (1968 – 1976)

Verso la seconda metà degli anni '60 in Australia si discuteva di una riforma epocale nel diritto amministrativo, con l'obiettivo dichiarato di rendere i pubblici ufficiali pienamente responsabili del loro operato, di rimuovere ogni segreto - che non fosse assolutamente necessario - nell'operato del Governo e infine di permettere a ciascun individuo di rapportarsi con facilità alla Pubblica Amministrazione, la quale avrebbe dovuto prevedere dei rimedi efficaci per far fronte alle sue debolezze croniche.¹⁶⁸

Le ragioni che permisero all'Ombudsman di avere ingresso in questa riforma sono diverse. Alcuni ritengono che si volesse limitare il potere del Governo, a quel tempo non efficacemente bilanciato dal Parlamento; altri credono che lo scopo fosse quello di garantire un servizio pubblico efficiente; altri ancora individuano le cause in una nuova coscienza sociale, che pretese uno Stato più democratico, oppure ancora nell'inadeguatezza del sistema che fino ad allora non era riuscito a tutelare le posizioni del cittadino nei confronti di una Pubblica Amministrazione in posizione di vantaggio, spesso arbitraria nelle proprie decisioni.¹⁶⁹ Invero, quest'ultima ragione sembra essere quella maggiormente accreditata dagli studiosi, secondo i quali la legislazione dell'epoca non era riuscita a tenere il passo con l'espansione delle attività dello Stato.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Griffiths, Australian administrative law: institutions, reforms and impact, in *Public Administration* 63, 445, 1985, 461; Sawyer, *Ombudsman*, 2nd ed., Melbourne University Press, 1968, 5 ss.; Collins, *Ombudsmen – Knights or Knaves*, *Legal Service Bulletin* 4, 130, 1979, 130.

¹⁶⁹ Tali posizioni sono sostenute rispettivamente da Douglas and Jones, *Administrative Law*, 4th ed, Federation Press, Sydney NSW, 2002, 47 ss.; Aronson, Dyer and Groves, *Judicial review of administrative action*, 3rd ed., Pyrmont NSW, 2004, 85 ss.; Bentil, *Concept of “administrative action” and the ombudsman*, in *Australian Current Law*, 14, 1986, 14.

¹⁷⁰ Allars, *Managerialism and Administrative Law*, *CPBA* 66, 50, 1991, 50; Danet, *Toward a Method to Evaluate the Ombudsman Role*, in *Administration and Society* 10, 1978, 355; Maher,

All'interno della riforma dell'Amministrazione all'Ombudsman del Commonwealth fu riservata la funzione di garantire che il Governo rendesse conto del suo operato alla popolazione¹⁷¹. Come si può leggere nelle parole del Primo Ministro dell'epoca: "L'introduzione di questo ufficio è diretto ad assicurare che la Pubblica Amministrazione sia ricettiva, si sappia adattare alle circostanze e sia sensibile alle esigenze dei cittadini".¹⁷² Invero, la nozione dell'Ombudsman come un soggetto indipendente con il compito di indagare il processo decisionale dell'Amministrazione è comune a moltissime esperienze statuali, ma all'interno del dibattito sulla riforma della legge amministrativa australiana si sono scontrati diversi modelli di Ombudsman, proposti da diverse commissioni parlamentari, tra cui la Commissione Kerr, la Commissione Bland e la Commissione Ellicott.¹⁷³

La Commissione Kerr considerava l'Ombudsman un "avvocato generale delle doglianze", una figura estranea sia al Parlamento che al Governo, che avrebbe dovuto operare all'interno del sistema giudiziario.¹⁷⁴ La ragione di una tale collocazione derivava dalla volontà di attribuire all'Ombudsman una vasta competenza, che comprendesse un'ampia gestione delle doglianze, anche in fase

Complaining to the Ombudsman, 2, 1976, 2; Parliament, Commonwealth Administrative Review Committee Report, 5, in www.ag.gov.au.

¹⁷¹ Creyke and McMillan, Introduction: Administrative Law Assumption... Then and Now, in Creyke and McMillan, *The Kerr Visions of Australian Administrative Law*, Australian National University, Canberra, 1988, 22.

¹⁷² Fraser, come riportato nella sezione speeches di www.ombudsman.gov.au.

¹⁷³ Così sono passate alla storia queste tre Commissioni, dal nome dei politici che le hanno presiedute. Il nome completo è Commonwealth Administrative Review Committee (the Kerr Committee), i cui lavori si possono trovare in Parl Paper n. 144 (1971), Committee on Administrative Discretions (the Bland Committee), che ha presentato due report separati, uno nel gennaio del 1973 – rinvenibile in Parl Paper n. 53 (1973) – e l'altro nell'ottobre dello stesso anno - rinvenibile in Parl Paper n. 316 (1973), Committee of Review of Prerogative Writ procedure (The Ellicott Committee), in Parl Paper n. 53 (1973).

¹⁷⁴ The Kerr Committee, Parl Paper n. 44 (1971) 93.

precontenziosa, al fine di deflazionare il carico di lavoro delle Corti.¹⁷⁵ Questa impostazione non fu condivisa dalla Commissione Bland, che invece avrebbe preferito un ufficio al di fuori del sistema giudiziario, restringendo il raggio d'azione in modo tale da orientarlo solo verso la risoluzione di doglianze sorte tra il cittadino e la P.A.¹⁷⁶ La Commissione Ellicott infine sembrava schierarsi a favore dell'idea della Commissione Kerr, sostenendo inoltre che l'elemento più importante della riforma avrebbe dovuto essere quello di permettere ai cittadini di chiedere l'aiuto di un'istituzione imparziale, che investigasse le doglianze contro un'azione del potere esecutivo.

La legge istitutiva dell'Ombudsman del Commonwealth del 1976, tutt'ora vigente seppur più volte emendata, raccolse le osservazioni delle diverse Commissioni. Riassumendo brevemente quanto si approfondirà in seguito, questa legge colloca l'Ombudsman del Commonwealth nell'ambito del potere esecutivo e non nell'alveo parlamentare. In generale, i compiti dell'Ombudsman sono quelli di indagare sulle doglianze presentate e di suggerire miglioramenti del sistema amministrativo, limitandosi solo alle Autorità pubbliche. L'Ombudsman non può modificare una decisione dell'Amministrazione, ma può indirizzarle alcune raccomandazioni, ricorrendo anche alla pubblicizzazione dei diversi casi affrontati, invitandola a rimediare in modi diversi, attraverso scuse ufficiali, pagamenti di somme di denaro o la modifica del provvedimento.

¹⁷⁵ A questo proposito, in senso critico, autorevole dottrina ha fatto notare che la nozione generale di Ombudsman, la cui prima caratteristica in ogni ordinamento è sempre quella dell'indipendenza, non avrebbe potuto essere compatibile con la connotazione di "avvocato di parte" disegnata dalla Commissione Kerr. Sul punto, v. Pearce, *The Ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different*, in *Ombudsman Journal* 11, 13, 1993, 22.

¹⁷⁶ Con una metafora molto efficace, la Commissione Bland si espresse a favore di un Ombudsman che si dedicasse a schiacciare le mosche, piuttosto che a cacciare leoni. V. *Senate Standing Committee on Finance and Public Administration, Review of the Office of the Commonwealth Ombudsman* (AGPS, Canberra, December 1991), 14.

L'Ombudsman opera come parte di un più ampio sistema amministrativo. Per esempio, l'art. 6 della legge istitutiva prevede che l'Ombudsman abbia la discrezionalità di non investigare una doglianza e che possa trasferire la pratica ad altri uffici dell'Amministrazione presso i quali sia garantita una migliore assistenza. Questo potere si estende fino al cercare dei pareri da altri apparati amministrativi o da organi giudiziari come ad es. i Tribunali Amministrativi di Appello (AAT), o la Commissione per i diritti umani.¹⁷⁷ L'ampia libertà di cui gode l'Ombudsman è felicemente riassunta da una celebre frase di un importante studioso, secondo il quale il comportamento dell'Ombudsman è in gran parte dettato dallo stile personale e da un metodo di lavoro che viene scelto dalla persona stessa che ricopre la carica.¹⁷⁸ L'Ombudsman è soggetto ad un controllo giudiziale delle sue decisioni e comunque è tenuto a riferire alla Commissione permanente del Senato sugli affari costituzionali e legali.

Tutte le caratteristiche appena elencate, sulle quali ci si soffermerà in modo approfondito in seguito, sono utili per comprendere fin da subito che l'Ombudsman è davvero una istituzione *sui generis*. La scelta fondamentale è stata quella di non voler inquadrare l'Ombudsman all'interno del potere giudiziario, permettendo quindi l'adozione di un modello istituzionale snello e de-burocratizzato, svincolato da rigide procedure, e al contrario dotato di amplissima autonomia di indagine.¹⁷⁹

Riassumendo, nel periodo tra il 1968 e il 1976, sono stati fissati i parametri del nuovo ufficio dell'Ombudsman del Commonwealth, istituzione sorta dalla necessità

¹⁷⁷ Pearce, *The Commonwealth Ombudsman: the right office in the wrong place*, in Creyke and McMillan, *The Kerr Visions of Australian Administrative Law*, Australian National University, Canberra, 1988, 21.

¹⁷⁸ Richardson, *Commonwealth Ombudsman, Fourth Annual Report*, AGPS, Canberra, 1980-1981, 55.

¹⁷⁹ Pearce, *The Ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different*, in *Ombudsman Journal* 11, 13, 1993, 25.

di garantire ai cittadini un metodo di risoluzione delle dispute con la Pubblica Amministrazione informale, indipendente e veloce.

3. La natura e la funzione dell'Ombudsman federale (1976 – 1989)

Nell'arco di poco più di dieci anni, tre persone si sono succedute alla guida dell'ufficio dell'Ombudsman, contribuendo in modo determinante allo sviluppo di questa istituzione, che cresceva con una popolarità inaspettata.¹⁸⁰ Infatti, il primo anno di attività le doglianze furono 2.656, fino ad arrivare, nell'anno 1989, a 3.268 doglianze scritte e a 6.950 doglianze orali.¹⁸¹ Fin dal primo *report* annuale, l'Ombudsman rilevò la necessità di finanziare meglio l'ufficio e di incrementare il numero di funzionari addetti, in modo da affrontare la crescente quantità di doglianze.¹⁸² A fianco all'attività di gestione delle istanze, l'Ombudsman del Commonwealth si adoperò con ogni mezzo per diffondere il più possibile le funzioni e il ruolo del suo ufficio tra i cittadini. Acutamente, infatti, il primo Ombudsman si rese conto che l'esistenza stessa di un ufficio del genere dipendeva proprio dalla consapevolezza della sua esistenza da parte della gente comune.¹⁸³ Per questo, nonostante la carenza di fondi, l'Ombudsman decise di aprire degli uffici nelle principali città australiane, visitare personalmente centri regionali e comunità

¹⁸⁰ Richardson 1977 - 1985; Kolts 1986 - 1988; Pearce 1988 - 1991.

¹⁸¹ I dati, che si possono trovare negli annual report, sono stati oggetto di una preziosa analisi da parte di Stuhmcke, *Privatisation and Corporatisation: What now for the Commonwealth Ombudsman?*, AIAL 11, 2004, 101 ss. Negli anni 1985 – 1986 si è raggiunto il picco di 3.750 doglianze scritte e di 17.000 doglianze orali.

¹⁸² In Particolare, nel Fourth Annual Report si notò che il mancato incremento dei fondi comportava l'aumento del carico di lavoro, e così fino al Eight Annual Report, dove l'Ombudsman ha intitolato una sezione "Crisis in resources", denunciando che a fronte dell'incremento delle funzioni, il personale destinato all'ufficio dell'Ombudsman è rimasto quello iniziale. Tutti i report si possono trovare in www.ombudsman.gov.au.

¹⁸³ Third Annual Report, AGPS, Canberra, 1980, 2.

etniche e pubblicizzare il proprio ufficio, anche tramite forme inusuali, come la pubblicità nei cartoni del latte.¹⁸⁴

Durante questo periodo, inoltre, la giurisdizione dell'Ombudsman del Commonwealth aumentò progressivamente. In particolare, nel 1981 la competenza venne estesa alle doglianze presentate contro l'operato della polizia, nel 1982 alle doglianze sul diritto di accesso e poi a quelle relative alle registrazioni telefoniche, nel 1983 alle doglianze in materia di Forze Armate e infine, nel 1989 l'Ombudsman del Commonwealth divenne l'Ombudsman dello Stato dell'Australian Capital Territory.¹⁸⁵

In questi primi anni di attività si pose il problema dell'indipendenza dell'Ombudsman dal potere esecutivo, nonostante la nomina fosse a tutti gli effetti governativa.¹⁸⁶ Il prof. Richardson – primo Ombudsman del Commonwealth – giunse alla conclusione che una vicinanza più stretta con il Parlamento, assieme ad un allentamento della dipendenza dal Governo sarebbe stata certamente d'aiuto nell'interesse di mantenere una indipendenza effettiva.¹⁸⁷ Si è inoltre evidenziato che una delle ragioni per la quale era preferibile che l'Ombudsman avesse un

¹⁸⁴ Third Annual Report, AGPS, Canberra, 1980, 4.

¹⁸⁵ I riferimenti normativi sono: Complaints Australian Federal Police Act 1981; Defence Force Ombudsman Act 1983; Freedom of Information Act 1982; Telecommunications (Interception) Act 1987; Ombudsman Act 1989. In tema, v. Morris, The banking Ombudsman, in *Journal of Business Law* 131, 1987, 131; Richardson and Sainsbury, The Commonwealth Ombudsman and the Australian Taxation Office, in *Taxation in Australia*, 20, 1985, 299.

¹⁸⁶ Commonwealth Ombudsman, Fifth Annual Report, AGPS, Canberra, 1981 – 1982, 26; Bakewell, 47.

¹⁸⁷ Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman, Annual Report, AGPS, Canberra 1984 – 1985, 2. Il problema della collocazione istituzionale dell'Ombudsman è complicato e verrà analizzato nel cap. V, par. 2. In questa sede si ritiene comunque opportuno dare conto che tale questione è sorta fin dai primi anni di vita dell'Ombudsman.

rapporto privilegiato con il Parlamento derivava dall'esigenza di evitare la naturale tentazione del Governo di limitare la competenza dell'Ombudsman.¹⁸⁸

In conclusione, nel periodo tra il 1977 – anno di effettivo inizio delle attività – e il 1989, nonostante la carenza di risorse e di personale, l'Ombudsman del Commonwealth ebbe un notevole ruolo nella gestione delle doglianze contro la Pubblica Amministrazione.¹⁸⁹

Appare rilevante notare, inoltre, che l'istituzione dell'Ombudsman non risentì degli effetti della riforma della Pubblica Amministrazione, iniziata verso la metà degli anni '80, quando il Governo presieduto da Bob Hawke cominciò a riorganizzare il settore pubblico, ristrutturando il servizio pubblico e incoraggiando una gestione manageriale della Pubblica Amministrazione.¹⁹⁰ Infatti, dai dati statistici che si possono agevolmente consultare nei *report* annuali risulta un costante incremento delle attività dell'ufficio. Questa iniziale e perdurante distanza che l'Ombudsman seppe dimostrare nei confronti dei cambiamenti di quegli anni si affievolì solo nel 1989, quando il Governo decise di introdurre delle modifiche molto rilevanti che incisero direttamente sull'ufficio, come ci si appresta ad analizzare.

4. Gli sviluppi dell'ufficio (1989 – 2002)

Questo periodo fu caratterizzato dall'istituzione di numerosi Ombudsman privati, ovvero delle agenzie di *audit*, revisione e gestione delle doglianze nei

¹⁸⁸ Pearce, Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman, Annual Report (AGPS, Canberra 1987 – 1988) 2; Mowbray, The Parliamentary Commission and administrative guidance, in Public Law 570, 1987, 570.

¹⁸⁹ Newcity, Ombudsman heal thyself, Legal Service Bulletin 175, 1984, 175.

¹⁹⁰ Yeatman, The concept of Public Management and the Australian State in the 1980's, Australian Journal of Public Administration, 44, 339, 1987, 339; Richardson and Sainsbury, The Commonwealth Ombudsman and the Australian Taxation Office, in Taxation in Australia, 20, 1985, 13 ss.

confronti di quelle società private che svolgevano un servizio pubblico, in seguito alla privatizzazione di molti settori che prima erano gestiti direttamente dalla Pubblica Amministrazione.¹⁹¹

L'introduzione e il rapido sviluppo di queste figure erosero competenze e visibilità all'Ombudsman pubblico, fino ad allora unico nel suo genere. A partire dalla fine degli anni '80 l'Ombudsman del Commonwealth, che si era avveduto dei cambiamenti che in corso grazie all'esperienza del rapporto quotidiano con la Pubblica Amministrazione, cercò di evolvere a sua volta, per non restare schiacciato dall'espansione degli altri Ombudsman.¹⁹² Si deve ricordare che l'Ombudsman di allora, Philippa Smith, richiese fermamente ma senza successo che la sua competenza fosse estesa anche alle doglianze che riguardavano settori esternalizzati, come le imprese private che svolgevano un servizio pubblico.¹⁹³ Nonostante la Commissione permanente del Senato avesse chiaramente indicato che l'Ombudsman avrebbe dovuto concentrarsi quasi esclusivamente sulla risoluzione di doglianze individuali, dalle statistiche emerge in modo evidente che l'attenzione fu invece focalizzata sulla risoluzione di problemi sistemici dell'Amministrazione. L'Ombudsman in carica indicò che il ruolo centrale dell'ufficio rimaneva quello di investigare le doglianze in modo imparziale, ma si rendeva parimenti necessario risolvere le dispute e scoprire le debolezze dell'Amministrazione, in quanto lo scenario amministrativo si era nel frattempo evoluto in modo tale da esigere una corrispondente evoluzione anche

¹⁹¹ Si tratta di un argomento di ampio respiro, di cui si darà conto nel cap. V, par. 3. A questo punto dell'indagine si indica solamente l'evoluzione dello scenario globale, per descrivere i cambiamenti dell'Ombudsman. V. Evans, *Ombudsman under fire*, *Australian Lawyer* 31, 1996, 8; James, *Private Ombudsman and Public Law*, *Darmouth*, 1997, 55; Tracey, *The Council's Multicultural Australia Project: A new role for the Commonwealth Ombudsman*, in *Admin Review* 29, 34.

¹⁹² McLeod, *Twenty five years of the Commonwealth Ombudsman*, *AIAL* 36, forum 15, 2003, 15.

¹⁹³ Smith, *Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman*, *Annual Report (AGPS, Canberra 1993 – 1994)*, 2.

dell'istituzione.¹⁹⁴ Coerentemente, nel *report* di quell'anno si può leggere che i fondi ricevuti dall'ufficio furono diretti a rafforzare l'apparato che si occupa di indagare le cause di inefficienza sistematica della Pubblica Amministrazione e che si identificarono circa 150 problemi di carattere sistemico dell'Amministrazione.¹⁹⁵

Pare quindi che lo spostamento dell'attenzione dalle doglianze individuali a quelle sistemiche fosse legato alla necessità di ricercare nuovi equilibri per la sopravvivenza dell'ufficio, la cui competenza in materia di doglianze individuali andava progressivamente erodendosi.¹⁹⁶

Un'altra spinta al cambiamento dell'istituzione provenne dagli Ombudsman nazionali, che modificarono le funzioni, il modo di lavoro e l'approccio ai problemi. Infatti, nei primi anni '90 l'Ombudsman del New South Wales (NSW) operò un ripensamento radicale del suo ufficio, dovendosi confrontare con problemi di mancanza di fondi, aumento delle funzioni e rapporto con gli Ombudsman del settore privato. La prima decisione fu quella di dare la precedenza alle doglianze che indicavano la presenza di un problema sistemico nell'Amministrazione o a quelle che lamentavano un abuso di potere.¹⁹⁷ In tal modo, l'Ombudsman riuscì ad interpretare al meglio le due funzioni che la legge gli riconosceva, risolvendo le

¹⁹⁴ Smith, Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman, Annual Report (AGPS, Canberra 1994 – 1995), 7; Stuhmcke, The Commonwealth Ombudsman: Twenty Five Years on and No Longer Alone, AIAL forum 54, 2003, 15; Stuhmcke, The rise of the Australian Telecommunications Industry Ombudsman, in Telecommunications Policy 26, 2002, 807 ss., Stuhmcke, 'Each for themselves' or 'one for all'? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman, in Federal Law Review 1, 2010, 145 ss.

¹⁹⁵ Smith, Commonwealth Ombudsman and Defence Force Ombudsman, Annual Report (AGPS, Canberra 1994 – 1995), 7; Smith, Red tape and the Ombudsman, CBPA 18, 88, 1988, 42.

¹⁹⁶ McAloon, When the Business of Business is Government: the role of the Commonwealth Ombudsman and Administrative Law in a Corporatised and privatised Environment, AIAL 23, forum 44, 1999, 44.

¹⁹⁷ Landa, The Ombudsman Surviving and Thriving into the 2000s, in Stephen Argument (ed), Administrative Law: Are the States Overtaking the Commonwealth?, AIAL, 91, 1994, 91-92. Pearce, The Commonwealth Ombudsman: the right office in the wrong place, in Creyke and McMillan, The Kerr Visions of Australian Administrative Law, Australian National University, Canberra, 1988, 29.

questioni individuali e utilizzando tali indagini come volano per approfondire le ragioni del disservizio in modo strutturale. Inoltre furono intraprese numerose attività, come la predisposizione di *brochures* rivolte ai cittadini con le istruzioni per adire l'Ombudsman e l'organizzazione di *workshops* per diffondere al massimo la conoscenza dell'ufficio al pubblico.

La scelta dell'Ombudsman del NSW fu poi seguita, nel corso dei successivi dieci anni, da tutti gli Ombudsman nazionali e da quello del Commonwealth, che hanno adottato nuovi espedienti per pubblicizzare la propria attività e per dedicare maggiori risorse all'individuazione e risoluzione di problemi generali e sistemici.

Questa tendenza proseguì fino al 2002, anno in cui l'attenzione dell'Ombudsman si rivolse principalmente alla ricerca e alla risoluzione di problemi sistemici, come risulta dal *report* annuale, nel quale si segnalano 12 indagini di carattere generale estese a ben 16 agenzie governative.¹⁹⁸ A tal proposito, l'Ombudsman di allora – McLeod – affermò di voler promuovere un miglioramento della Pubblica Amministrazione, attraverso la risoluzione di problemi di carattere sistemico, organizzando di conseguenza il suo ufficio. Il risultato della gestione McLeod produsse una serie di *report* molto significativi, per la loro caratteristica di occuparsi della risoluzione di problemi piuttosto di analizzare meramente le ragioni dell'esistenza degli stessi.¹⁹⁹

Alla fine del periodo che si sta considerando, ovvero nel 2002, l'Ombudsman del Commonwealth si era confrontato con un numero di doglianze doppio rispetto a quello dei suoi predecessori, a fronte di un limitato incremento del personale del

¹⁹⁸ Commonwealth Ombudsman Annual Report (AGPS, Canberra 2001 – 2001), 138.

¹⁹⁹ Esempi sono: Issue relating to oral advice: Clients Beware (1997), A good practice guide for effective complaint handling (1999), Balancing the risk (1999) and to compensate or not to compensate (1999), rinvenibili tutti in www.ombudsman.gov.au.

suo staff.²⁰⁰ Ciononostante, l'Ombudsman aveva deciso di dirigere gran parte delle sue risorse nell'attività di rilevazione di problemi sistemici, proprio perché aveva correttamente intuito il cambiamento che era in atto nella Pubblica Amministrazione, con l'aumento degli Ombudsman privati.

La tendenza di relegare in secondo piano il ruolo che era considerato primario – ovvero quello di gestione delle controversie – per favorire invece la rilevazione di problemi sistemici – fu spinta al massimo dall'Ombudsman del NSW, Bruce Barbour, il quale giunse ad affermare che il ruolo di gestione delle doglianze non era altro che uno dei modi per assicurare un'alta qualità nel processo decisionale, visto che anche la doglianza del singolo poteva far emergere un problema più grande.²⁰¹

L'Ombudsman del Commonwealth modificò quindi la propria struttura interna, per monitorare le attività dell'Amministrazione, prestando attenzione ai settori in cui vi erano state maggiori doglianze, ricercare autonomamente problemi di carattere sistemico, continuare nella gestione delle doglianze individuali con particolare riferimento a quelle che possono far presumere problemi latenti di più ampia portata.²⁰²

5. Gli ultimi anni e i nuovi approdi dell'Ombudsman (2003 – 2010)

Dal 2003 al 2010 la carica di Ombudsman fu ricoperta dal prof. McMillan, che nel suo primo anno di mandato riuscì ad incrementare fortemente il personale dello staff e a diversificare le funzioni dell'ufficio. La struttura disegnata da McMillan e

²⁰⁰ Nell'annual report 1989-90 lo staff era formato da 77 persone, mentre nel 2002 era di 88 membri.

²⁰¹ Barbour, What are the essential features of an Ombudsman?, in Creyke and McMillan, *Administrative Law: The Essentials*, AIAL 57, 2002, 57.

²⁰² Stuhmcke, *Privatising administrative law: The telecommunications Industry Ombudsman scheme*, AJAL 6, 1998, 15; Stuhmcke, 'Each for themselves' or 'one for all'? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman, in *Federal Law Review* 1, 2010, 145 ss.

tutt'ora in vigore prevede 140 persone e 8 differenti funzioni che fanno capo allo stesso Ombudsman (*Commonwealth Ombudsman, Tax, Canberra, Defense, Immigration, Postal Industry, Law enforcement e Overseas Students*). Questa crescita esponenziale nelle funzioni di controllo non fu priva di conseguenze per l'Ombudsman, che si trovò ad essere una istituzione di carattere generale, ma con molte specializzazioni.²⁰³ L'Ombudsman del Commonwealth si stava occupando anche di tasse e di difesa fin dal 1980, ma fu proprio dal 2002 che si sommarono altre importanti funzioni, come quelle in merito di immigrazione, posta e forze dell'ordine.

L'Ombudsman di allora ritenne di dover far fronte a tali cambiamenti, mediante uno sviluppo del suo ufficio ed in particolare creando le condizioni affinché vi fosse un monitoraggio costante delle attività della P.A. non solamente limitato ad un controllo *ex post*.²⁰⁴ Pertanto, con l'obiettivo di aumentare la capacità dell'Amministrazione di rendere conto del proprio operato, McMillan instaurò un sistema di *audit* permanente, combinato con delle ispezioni, che si affiancò alle classiche funzioni di gestione delle doglianze e di ricerca di problemi sistemici.²⁰⁵ Se in precedenza il sistema permetteva solamente un controllo *una tantum*, spesso provocato dall'istanza di un cittadino, con la nuova impostazione impressa da McMillan il lavoro dell'Ombudsman appariva molto più strutturato, con una articolata organizzazione di attività quali *audit* continuativo, ispezioni e gestione delle doglianze. L'attenzione dell'Ombudsman si spostò in modo ancora più deciso

²⁰³ McMillan, Future Directions for Australian Administrative Law - the Ombudsman, National Administrative Law Forum, in <http://www.ombudsman.gov.au>, 2004, 1 ss.

²⁰⁴ Pitham and McMillan, Who's got the map? The Changing landscape of National Law Enforcement, Homeland Security and the Role of Administrative Accountability Bodies, in Finn (ed), Shaping administrative law for the next generation: Fresh perspectives, AIAL, 166, 2005, 166.

²⁰⁵ Pitham and McMillan, Who's got the map? The Changing landscape of National Law Enforcement, Homeland Security and the Role of Administrative Accountability Bodies, in Finn (ed), Shaping administrative law for the next generation: Fresh perspectives, AIAL, 166, 2005, 170.

verso la risoluzione di problemi sistemici e relativi al malfunzionamento nel processo decisionale dell'Amministrazione. La conseguenza di tale scelta fu quella di predisporre l'organizzazione dell'ufficio in modo da poter verificare che le raccomandazioni suggerite dall'Ombudsman fossero effettivamente implementate dalla P.A., affiancando quindi alle altre attività quella di monitoraggio costante²⁰⁶.

Alcuni osservatori ritengono che questi cambiamenti non siano stati privi di conseguenze e che, pertanto, si renda necessario un ripensamento della cornice istituzionale in cui agisce l'Ombudsman. In particolare, secondo lo stesso McMillan, gli organi di garanzia, controllo, revisione, *audit*, gestione delle doglianze, hanno formato da tempo una categoria amministrativa a sé stante, di cui si dovrebbe necessariamente tener conto. La tradizionale dottrina della separazione dei poteri sarebbe quindi ormai obsoleta perché non considera questa nuova categoria (il c.d. *quarto braccio*), che da un lato aiuta grandemente il potere giudiziario nell'Amministrazione della giustizia, dall'altro esercita l'insostituibile ruolo di controllo del potere esecutivo. Secondo McMillan, una teoria costituzionale evoluta dovrebbe quindi riconoscere l'esistenza di quattro entità, rappresentate dal Parlamento, dalle Corti, dal potere esecutivo e da quella che si può chiamare una categoria di "integrità e supervisione". All'interno di questa categoria, McMillan vede una serie di Enti come i Tribunals, gli ispettorati le commissioni di controllo, ecc., con il compito di garantire la legalità, un corretto processo decisionale e costante miglioramento della P.A.²⁰⁷ Questa teoria mette al centro la figura dell'Ombudsman, che monitora l'attività della P.A. e ne risolve i

²⁰⁶ McMillan, *The Ombudsman and the Rule of Law*, AIAL 44, forum 1 - 4, 2005; Barbour, *The Ombudsman and the Rule of Law*, AIAL Forum 44, 2005, 17. In particolare, riguardo le indagini e la pubblicazione di decisioni, l'ufficio ha sia un ruolo funzionale ed educativo nel migliorare la P.A. compreso quella di verificare l'osservanza della legge.

²⁰⁷ McMillan, *The Ombudsman, Immigration and Beyond*, in www.ombudsman.gov.au, 2005, 1 ss.

problemi sistemici, ma non manca di affrontare i problemi derivanti dalle doglianze dei singoli cittadini. In questo modo il ruolo dell'Ombudsman diventa centrale, in quanto realizza la funzione oramai insostituibile di raccordo tra le istituzioni e i cittadini.

6. La futura evoluzione del Difensore civico federale (2011 - 2016)

Nel corso degli anni si è assistito ad un processo lento e progressivo ed ora l'Ombudsman del Commonwealth ha ora una grande flessibilità nella gestione dello staff e nell'indirizzare la propria azione in totale autonomia ed indipendenza.

La nascita di un nuovo managerialismo, lo studio delle *performance* e del *risk management* applicato alla P.A., i nuovi *skills* e i nuovi ruoli che sono stati attribuiti all'Ombudsman, hanno fatto in modo che l'Ombudsman modificasse il suo approccio al lavoro, che inizialmente era solo quello di gestire le doglianze dei privati.

Dal 30 agosto 2010 è stato nominato Ombudsman Allan Asher, che come si darà atto tra breve ha già lasciato il suo incarico. A conferma della grande importanza dell'impostazione che un ufficio riceve a seconda della persona che ricopre l'incarico, è opportuno comunque rilevare che, basandosi sul discorso di insediamento e sui primi interventi compiuti, Asher avrebbe proseguito nella strada indicata dal suo predecessore, pur con importanti distinzioni²⁰⁸. Nella visione di Asher, infatti, il compito dell'Ombudsman sarebbe stato pur sempre quello di rispondere alle istanze dei cittadini e nel miglioramento dell'attività della P.A. Se si dovessero trovare degli elementi di discontinuità – o di evoluzione – rispetto al passato, si potrebbe rilevare che Asher avrebbe inteso far rientrare, nella categoria

²⁰⁸ Asher, *Improving administration – the impact and the role of the Commonwealth Ombudsman*, in www.ombudsman.gov.au.

degli Enti del *quarto braccio di integrità*, non solo istituzioni pubbliche, con finalità di controllo e di supervisione, ma anche *media*, gruppi lobbistici, la comunità dei cittadini e naturalmente anche le agenzie governative come l'Ombudsman, aventi come compito quello di influenzare il modo in cui le politiche del Governo sono formulate, interpretate e amministrare.

Come accennato poche righe sopra, quanto descritto appartiene ormai al recente passato in quanto il 28 ottobre 2011 Asher ha lasciato l'incarico e da quello stesso giorno Alison Larkins – già vice di Asher – è stata nominata Ombudsman del Commonwealth facente funzioni. Asher ha rassegnato le dimissioni in quanto nel Parlamento si cominciava a dubitare della sua capacità di agire in modo imparziale, dal momento in cui aveva avvicinato un membro del Senato per sensibilizzarlo circa la carenza di risorse dell'ufficio dell'Ombudsman, prima dell'apposita audienza di fronte al Parlamento. Tutto ciò, al di fuori dei canali ufficiali ed utilizzando un gergo colloquiale e non quello che usualmente è adottato dal protocollo istituzionale.²⁰⁹

In conclusione, l'ufficio dell'Ombudsman, a partire dalla sua nascita nel 1970, ha mostrato una significativa evoluzione per quanto concerne il ruolo, le funzioni e in generale l'attività di vigilanza che lo ha maggiormente progressivamente portato al centro della vita amministrativa del Paese. Fin dal primo momento, l'Ombudsman ha avuto grande successo nell'attività di risoluzione delle doglianze, conquistando la fiducia dei cittadini. Nel corso degli anni, poi, l'Ombudsman è passato da essere una figura di secondo piano, con un ruolo marginale di assistenza

²⁰⁹ Si ritiene opportuno dare atto di questo avvicendamento per le ragioni che hanno portato Asher alle dimissioni, che evidenziano differenze che non si può non definire culturali e di sensibilità civico-istituzionale, tra Australia e Italia. L'intera vicenda si può leggere in Opening Statement – Commonwealth Ombudsman Allan Asher Additional Estimates, 17 October 2011, in www.aph.gov.au; Asher, Ombudsman resigns, in www.ombudsman.gov.au.

del cittadino, ad una istituzione centrale per il funzionamento della giustizia amministrativa.²¹⁰ Questo passaggio è stato determinato dalla maggiore valorizzazione del *fixing – role* dell'Ombudsman (miglioramento del sistema) rispetto al *complaint – role* (gestione delle doglianze).²¹¹ L'Ombudsman australiano, molto di più di ogni altra novità introdotta con le riforme amministrative degli anni '70, ha avuto la capacità di smarcarsi dalla suo ruolo originario e di ripensare sé stesso e la sua posizione all'interno dell'ordinamento. L'Ombudsman ha ottenuto un ruolo centrale nel diritto amministrativo in quanto è riuscito ad adempiere ad una pluralità di funzioni necessarie - quali la correzione di una illegittima azione del Governo e il miglioramento del processo decisionale - che fino ad allora non erano state assolve da alcun altro organismo.

²¹⁰ Stuhmcke, 'Each for themselves' or 'one for all'? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman, in *Federal Law Review* 1, 2010, 149 ss.

²¹¹ Snell, Towards an Understanding of a Constitutional Misfit: Four Snapshots of the Ombudsman enigma, in Finn, *Sunrise or Sunset? Administrative Law in the New Millennium*, AIAL 188, 2000, 189.

Capitolo V. L'Ombudsman australiano tra il pubblico ed il privato

1. Il problema dell'utilizzo del titolo "Ombudsman"

Nel corso degli anni, l'Ombudsman del Commonwealth ha visto aumentare le proprie competenze, estendendo la sua area di operatività in settori anche molto diversi tra loro.²¹² L'Ombudsman pubblico mira non solo alla composizione della controversia ma al miglioramento del sistema amministrativo e si rivolge a soggetti istituzionali, come i Ministri e il Parlamento. L'Ombudsman privato è invece preposto alla risoluzione delle controversie tra la società privata e l'utente. Oltre alla diversificazione delle funzioni dell'Ombudsman del Commonwealth, si è assistito ad una proliferazione di Ombudsman nel settore privato, istituendo un vero e proprio sistema di risoluzione di controversie distinto da quello giurisdizionale, su base contrattuale.²¹³

L'aumento del numero degli uffici ha posto il problema dell'utilizzo della parola stessa Ombudsman, che come facilmente intuibile non è solo di carattere definitorio, ma coinvolge la sostanza di cosa sia definibile 'Ombudsman'. Nel 1994 la Commissione per l'accesso alla giustizia ha tentato di presentare una regolamentazione a tal proposito, rilevando che il termine Ombudsman era ormai associato ad un organismo indipendente e imparziale. Se la parola fosse stata usata per descrivere altri organismi che, alla prova dei fatti, si fossero dimostrati non all'altezza delle aspettative, allora tutti gli Ombudsman avrebbero perso di

²¹² Specificamente, l'Ombudsman del Commonwealth si occupa dei seguenti temi: provvedimenti o comportamenti di agenzie governative, libertà di informazione, polizia federale, forze armate, immigrazione, tasse.

²¹³ Barbour, What are the essential features of an Ombudsman?, in Creyke and McMillan, Administrative Law: The Essentials, AIAL 57, 2002, 54 – 56. Esempi di questo sistema sono l'Ombudsman bancario e quello delle telecomunicazioni. In tema, Weerasoria, 255; Everett, 213; Stuhmcke, Privatising administrative law: The telecommunications Industry Ombudsman scheme, AJAL 6, 1998, 15 ss.; Stuhmcke, The role of the Telecommunications Industry Ombudsman, UNSWLY 21, 1998, 69.

credibilità.²¹⁴ La Commissione quindi proponeva al Governo del Commonwealth di prevedere delle caratteristiche *standard* per gli organismi di garanzia per il settore privato. Il dibattito è proseguito negli anni successivi e nel 1997, in particolare, è stata formalizzata una proposta nella quale si descrivevano dei veri e propri punti di riferimento, con il dichiarato intento – da una parte – di fornire un codice di *good practice* per le società private che avessero l'intenzione di creare un organismo di risoluzione delle controversie e – dall'altra – di dare ai consumatori l'idea di cosa avrebbero dovuto aspettarsi da tale organismo.²¹⁵

La proposta poi non ha avuto seguito, ma si ritiene ugualmente opportuno guardare da vicino i principi ivi contenuti perché descrivono la sensibilità nell'affrontare il problema dell'identificazione di requisiti minimi dell'Ombudsman. Ebbene, il Governo australiano riteneva che, per poter soddisfare degli *standard* minimi, un Ombudsman del settore privato dovesse garantire accessibilità, indipendenza, correttezza, *accountability* ed efficienza, nel senso di tenere traccia delle doglianze, facendo in modo che le istanze fossero affrontate secondo delle procedure oggettive e le cui *performances* venissero periodicamente controllate.

Come spesso accade quando il legislatore non è sufficientemente rapido nell'affrontare una realtà in continua evoluzione, il problema del nome non è stato superato ed ora non solo il settore privato, ma anche le Università e le Amministrazioni locali si sono dotate di un organismo di revisione interna, spesso

²¹⁴ Access to justice advisory committee, Access to Justice: An action plan, AGPS, Canberra, 1994, 315.

²¹⁵ Commonwealth Minister for Customs and Consumer Affairs, Benchmarks for industry based customer Dispute Resolution Schemes, in www.treasury.gov.au sotto la voce Consumer Policy.

chiamato Ombudsman, che però non sempre soddisfa i requisiti che sono stati citati sopra.²¹⁶

A livello federale, la parola Ombudsman non è stata regolamentata, mentre a livello nazionale nello Stato dell’Australia del Sud da lungo tempo si proibisce l’uso di tale termine per indicare i meccanismi di revisione delle decisioni interni alla Pubblica Amministrazione, come ad es. l’*audit*.²¹⁷

Ora si ritiene che sia troppo tardi per introdurre una legislazione che regolamenti in tutto il Commonwealth l’utilizzo del nome ‘Ombudsman’, anche in presenza di scelte diverse da parte del legislatore nazionale, visto che il crescente ed incontrollato numero di organismi di sorveglianza, che dura da più di trent’anni, renderebbe difficile una armonizzazione basata su elementi comuni. Questo è certamente un motivo di critica al sistema australiano, che peraltro è così noto che alcuni – in modo provocatorio – hanno sostenuto che un cittadino potrebbe trovarsi nella situazione di poter “presentare la stessa doglianza ad un avvocato, ad un Ombudsman, ad un commissario, ad una commissione o ad un comitato”.²¹⁸ Da qui, emerge con ancora più evidenza la necessità di ricercare gli elementi comuni di un Ombudsman, in modo tale da evitare – da una parte – di chiamare Ombudsman organismi che non lo sono e – dall’altra parte – di chiamare con un altro nome organismi che invece hanno le stesse caratteristiche dell’Ombudsman.²¹⁹

²¹⁶ Ad esempio il Produce and Grocery Industry Ombudsman. Molto critico rispetto a questa prassi McMillan, What’s in a Name? Use of the Term ‘Ombudsman’, in www.ombudsman.gov.au.

²¹⁷ South Australia, Ombudsman Act 1972, s 32. La Nuova Zelanda è andata oltre, proibendo l’uso del termine in modo generalizzato e attribuendo al solo Ombudsman Capo il potere di consentirne l’utilizzo da parte di altri organismi. New Zealand, Ombudsman Act 1975, s 28 A (1).

²¹⁸ Barbour, What are the essential features of an Ombudsman?, in Creyke and McMillan, Administrative Law: The Essentials, AIAL 57, 2002, 60.

²¹⁹ A proposito del nome, può essere curioso sapere che nel 1991 la Senate Standing Committee on Finance and Public Administration, nel suo report chiamato Review of the office of Commonwealth Ombudsman, dichiarava di accettare il termine Ombudsman, nel senso di un sostantivo generico e di genere neutrale, in lingua inglese, suggerendo di non renderlo plurale.

2. La collocazione istituzionale dell'Ombudsman del Commonwealth

Una trattazione sull'Ombudsman del Commonwealth non può prescindere da un profilo che ha ricevuto grande attenzione da parte della dottrina, concernente la collocazione dell'ufficio dell'Ombudsman nella compagine istituzionale.²²⁰

È stato rilevato che è inusuale rinvenire all'interno della struttura del Governo organismi “come l'Ombudsman, che sono descritti come parte del potere esecutivo, perché stanno meglio lì piuttosto che da un'altra parte”.²²¹ Se questi sono i motivi che hanno giustificato l'attuale collocazione dell'Ombudsman, allora sembra opportuno dare atto almeno dell'esistenza di altre proposte.

Un'alternativa è quella di collocare l'Ombudsman all'interno della struttura parlamentare. Un inquadramento del genere sarebbe in linea con quanto accade negli altri Paesi del mondo e con le stesse previsioni degli Stati australiani, i cui Ombudsman nazionali hanno un forte collegamento con il Parlamento.²²² Secondo autorevole dottrina, l'attuale collocazione dell'Ombudsman è frutto dell'incertezza degli addetti ai lavori di fronte ad un ufficio con caratteristiche così peculiari che non si adattano a nessuno dei tre poteri – esecutivo, giudiziario o legislativo.²²³ L'introduzione di tale organismo è stata invero mal sopportata dagli operatori del

²²⁰ Petre, *The Future of the Relationship Between Parliamentary Ombudsman and Industry Ombudsman*, in *AIAL* 63, 2003, 15.

²²¹ Saunders, *It's your constitution: Governing Australia Today*, Federation Press 1988, 78.

²²² Il primo ufficio dell'Ombudsman istituito nello Stato dell'Australia Occidentale era chiamato Commissione Parlamentare per le Investigazioni Amministrative. L'Ombudsman del Queensland è stato chiamato allo stesso modo fino al 2001. Nel Nuovo Galles del Sud (NSW) e nel Queensland una commissione parlamentare è preposta all'esaminare i rapporti dell'Ombudsman e ad informare il Parlamento circa l'attività dell'ufficio. Tale Commissione inoltre, in entrambi gli Stati, ha una funzione consultiva circa la nomina dell'Ombudsman e addirittura nel NSW ha potere di veto. Nello Stato di Vittoria, l'Ombudsman è definito dalla Costituzione come un ufficiale indipendente del Parlamento. Infine, tutti gli Ombudsman australiani hanno il potere di presentare rapporti annuali o speciali al Parlamento. Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 269.

²²³ Pearce, *The Ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different*, in *Ombudsman Journal* 11, 13, 1993, 65.

diritto, primi fra tutti gli avvocati, che non erano avvezzi a confrontarsi con un ufficio amministrativo privo di potere decisionale ma dotato di forti poteri di persuasione. Anche l'Autorità giudiziaria, comunque, non ha accolto nel migliore dei modi la novità rappresentata dall'Ombudsman, che inizialmente è stato percepito come un intruso nel sistema giudiziario, che poteva sottrarre potere alle Corti.²²⁴ Persino alcuni parlamentari non hanno accolto con favore l'Ombudsman, per il timore di venire oscurati, agli occhi dei loro elettori, nell'attività di risoluzione delle dispute con la P.A.²²⁵ Si intravede quindi che in Australia il cammino dell'Ombudsman non è stato costellato solo da consensi, ma ha raccolto critiche e scetticismo da parte di coloro che volevano mantenere intatte le loro prerogative professionali. Il radicamento di questa istituzione nell'ordinamento è stato possibile solamente grazie alla comunità dei cittadini che ha creduto nell'Ombudsman, come si evince dall'elevato numero delle doglianze presentate nei primi anni di attività. L'istituzione ha trovato forza e legittimazione dalla fiducia riposta dalle persone che vi si rivolgevano. Ecco quindi che l'esperienza dell'Ombudsman si rivela fin da subito come un processo culturale che viene dal basso, dalla popolazione che ha dimostrato di voler mantenere tale organismo ed anzi ne ha voluto incrementare le competenze.²²⁶

Di fronte a tutte queste iniziali resistenze, risulta ora più facilmente comprensibile l'affermazione per cui "l'ufficio dell'Ombudsman sia stato collocato

²²⁴ Questa tendenza è stata particolarmente visibile quando la Corte Suprema ha adottato una serie di decisioni che interpretavano in senso molto restrittivo la competenza dell'Ombudsman dello Stato di Victoria.

²²⁵ Più specificamente, il parlamentare si poneva come mediatore tra il cittadino e la P.A. nel tentativo di guadagnare voti. Il fatto che l'Ombudsman si ponesse come l'interlocutore privilegiato con la P.A. poteva quindi danneggiare questo sistema. Pearce, *The ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different*, in *Ombudsman Journal* 11, 13, 1993, 66.

²²⁶ Il pensiero non può che andare all'indifferenza con la quale i cittadini italiani hanno assistito all'abrogazione della figura del Difensore civico comunale.

li dove non recava disturbo”²²⁷, anche se la struttura del potere esecutivo forse non era la più adatta. Una ricollocazione dell’Ombudsman nel Parlamento potrebbe invero avere degli effetti positivi, in quanto entrambi questi organi sono accomunati dalla funzione di controllo del potere esecutivo.

In primo luogo, il Parlamento potrebbe esercitare pressioni nei confronti del Governo, affinché le raccomandazioni dell’Ombudsman verso l’operato degli uffici amministrativi siano concretamente prese in considerazione. Il potere di persuasione, infatti, che si traduce in raccomandazioni alla P.A., non ha efficacia vincolante e non è supportato da alcuna forza coercitiva. L’appoggio del Parlamento potrebbe essere un valido aiuto per rafforzare quella moral suasion che certamente sarebbe meno efficace se provenisse da un ufficio inquadrato nella stessa piramide organizzativa dell’Amministrazione con la quale si controverte. Il conflitto di interessi, in questa seconda ipotesi, è immanente al sistema.

Il Parlamento, inoltre, sarebbe un eccellente alleato per esigere dal Governo l’allocazione di risorse adeguate al fine di garantire il funzionamento e il raggiungimento degli obiettivi dell’Ombudsman.²²⁸ Il potere esecutivo avrebbe in effetti gioco facile nel destinare somme insufficienti all’Ombudsman proprio per evitare indagini percepite come intrusive nel funzionamento degli uffici amministrativi e rendere così l’Ombudsman poco più che un organismo di facciata.

In terzo luogo, nel caso in cui le doglianze o il malfunzionamento della P.A. fossero riconducibili non a meri funzionari ma addirittura a Ministri, il potere di persuasione dell’Ombudsman sarebbe di certo amplificato se provenisse dalle voci dei membri del Parlamento, piuttosto che dalla segreteria del Ministero.

²²⁷ Saunders, *It’s your constitution: Governing Australia Today*, Federation Press 1988, 78.

²²⁸ Pearce, *The ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different*, in *Ombudsman Journal* 11, 13, 1993, 71.

Tutti le ragioni sopra esposte hanno alla base il timore che l'indipendenza non sia piena se l'ufficio dell'Ombudsman rimanesse all'interno della struttura del potere esecutivo. L'impressione è che tutte le migliori garanzie procedurali, non solo quelle riguardanti la rimozione, ma in generale tutte quelle che disciplinano i rapporti tra Parlamento – Ombudsman – Governo, non siano sufficienti ad evitare una sorta di strisciante influenza del potere esecutivo, che potrebbe gettare un'ombra sull'operato dell'Ombudsman.

Le ragioni a favore di una ricollocazione dell'Ombudsman nel Parlamento sono molto persuasive, ma una decisione in tal senso sembra davvero difficile da assumere. Bisogna infatti tenere in considerazione che ormai sono passati molti anni dall'istituzione dell'ufficio e che la proposta di considerare l'Ombudsman un ufficiale del Parlamento è stata discussa e rigettata dalla Commissione Permanente del Senato per la Finanza e la Pubblica Amministrazione, come risulta dal suo rapporto datato 1991. Secondo la Commissione non vi sarebbero delle valide ragioni per credere che un collegamento strutturale tra l'Ombudsman e il Parlamento potrebbe migliorare l'efficienza dell'operato dell'ufficio.²²⁹

Nonostante sia innegabile la funzione di controllo del potere esecutivo, l'Ombudsman finisce per essere considerato un ufficio quasi di staff, come potrebbe essere confermato dalla legge istitutiva, nella parte in cui prevede un rapporto privilegiato tra l'Ombudsman e il Primo Ministro. Non sembra quindi che vi siano spazi per una modifica che, sostanzialmente, dovrebbe rimediare a quello che è stato definito un errore di valutazione iniziale.²³⁰ Inoltre, una totale revisione di quanto è stato deciso trent'anni fa potrebbe gettare un'ombra sulla gestione

²²⁹ Senate Standing Committee on Finance and Public Administration, Review of the Office of the Commonwealth Ombudsman, 1991, 104, in www.ag.gov.au.

²³⁰ Pearce, The ombudsman: Review and Preview the Importance of Being Different, in Ombudsman Journal 11, 13, 1993, 66.

dell'ufficio dell'Ombudsman dalla sua istituzione ai giorni nostri. Al contrario, è possibile valorizzare il ruolo e la funzione dell'Ombudsman nell'ambito di un percorso che prevede il riconoscimento di quel 'quarto braccio di integrità' di cui si è detto e su cui ci si soffermerà più approfonditamente in seguito.

3. L'Ombudsman del settore pubblico e l'Ombudsman del settore privato

Negli anni '70, quando l'istituzione dell'Ombudsman cominciava a muovere i primi passi, esisteva una rigida divisione tra il settore pubblico e quello privato. Il Difensore civico, infatti, era stato pensato per occuparsi esclusivamente dei servizi offerti dagli apparati pubblici. Nel corso degli anni però molti di quei servizi sono stati oggetto di privatizzazione, ed in altri casi di esternalizzazione. Una reazione a questo cambiamento è stata la creazione di Ombudsman del settore privato, con una competenza che spesso ricalca quella che apparteneva prima al settore pubblico, come nel caso delle telecomunicazioni e dell'energia.²³¹ Naturalmente, spostandosi nel campo del diritto privato, non sono mancati i problemi, in quanto tradizionalmente l'unico rimedio contro un disservizio oggetto di una contrattazione con un'azienda privata era di carattere giurisdizionale. Il passaggio di alcuni servizi dal pubblico al privato è stato vissuto dall'ufficio dell'Ombudsman come una vera e propria sottrazione di competenze, laddove invece sarebbe stato necessario un aumento dei poteri: «per ricevere ed investigare lamentele in tutti i casi in cui le agenzie spendono denaro pubblico in servizi per il pubblico, essenzialmente l'Ombudsman dovrebbe essere in grado di seguire il percorso dei

²³¹ Stuhmcke, The role of the Telecommunications Industry Ombudsman, UNSWLY 21, 1998, 69. Altri esempi di servizi esternalizzati sono la gestione delle prigioni e dei centri di detenzione, il reclutamento delle agenzie governative, i servizi postali, la protezione per l'accesso a edifici governativi, il servizio di interpretariato.

dollari dal Commonwealth fino al *service provider*, chiunque esso sia».²³² Nel *report* annuale 1997 – 1998 l’Ombudsman osservò che il cittadino non avrebbe dovuto essere leso nel proprio diritto di ottenere un servizio efficiente semplicemente perché il Governo decide di garantire quel servizio in un modo differente, esternalizzandolo. In quel *report*, inoltre, si fa argutamente notare che la responsabilità del Governo in tal caso non si può certo ritenere minore, solamente perché il servizio è assicurato da privati.²³³

Pare assolutamente ragionevole, infatti, che la responsabilità del servizio rimanga in capo alla P.A. anche se lo svolgimento della funzione è materialmente effettuato da privati. D’altra parte, gli strumenti affidati all’Ombudsman pubblico sono stati pensati per relazionarsi con i meccanismi della Pubblica Amministrazione e si dimostrano armi spuntate se dirette contro il settore privato.

Questo problema è stato oggetto di diverse prese di posizione. Da una parte, la *Commission of Public Accounts and Audit* sostenne che fosse necessario estendere la competenza dell’Ombudsman pubblico anche alle aziende che contraevano con la Pubblica Amministrazione, senza in realtà affrontare il problema della differente natura tra provvedimenti pubblici e atti contrattuali. Secondo un’altra tesi, il Governo avrebbe dovuto prevedere che tutte le società private aderissero agli *standard* del settore pubblico, in presenza di doglianze presentate dal cittadino-

²³² Annual Report 1995-96, AGPS, Canberra 1996, 17-18.

²³³ Il principio è stato ribadito in seguito in molte circostanze. Si riporta questo passaggio in particolare, perché emerge in maniera netta la differenza concettuale tra responsibility and accountability, che spesso è molto difficile rendere in altre lingue: “members of the public have a right to complain about government decisions and actions. They should not lose that right when a government function is provided by some other body. Responsibility for providing a government service can be transferred: accountability can not.” Fact sheet 6, Complaint handling: Outsourcing, in www.ombudsman.gov.au.

utente.²³⁴ Altri ancora ritennero che si sarebbe dovuto modificare la legislazione, nel senso di considerare comunque responsabile la P.A. anche di condotte poste in essere da privati, nell'esercizio di funzioni esternalizzate.²³⁵ Questa proposta, ancorché datata, merita di essere esaminata nel dettaglio, per l'autorevolezza della fonte che proponeva formalmente una modifica alla legislazione vigente e quindi ricostruiva nei particolari il problema. Da una parte, secondo l'*Administrative Council*, l'Ombudsman avrebbe dovuto investigare le lamentele nei confronti dei contraenti privati, con gli stessi poteri di cui è dotato nel rapporto con la P.A., come ad es. nel richiedere i documenti rilevanti. Dall'altra parte, però il *Council* riteneva che la responsabilità per la qualità dei servizi avrebbe dovuto pur sempre rimanere in capo al Governo. Come conseguenza, l'Ombudsman non poteva dirigere le proprie raccomandazioni contro le società private, ma solo contro la P.A. In questo modo, un primo contatto doveva comunque essere instaurato tra l'Ombudsman e la società privata, per la risoluzione della possibile controversia, riservando però all'Autorità amministrativa il compito di modificare il sistema nel caso in cui si fossero riscontrate ipotesi di malamministrazione.

Ferma restando l'impossibilità dell'Ombudsman di intervenire direttamente nei confronti del privato, seppur solo con la *moral suasion*, si è suggerito l'inserimento di alcune clausole nel contratto di servizio in base alle quali le società sarebbero state vincolate a conformarsi a quanto stabilito nelle raccomandazioni dell'Ombudsman. Se la P.A. non avesse ritenuto di includere una clausola del genere, tale comportamento sarebbe stato ritenuto equivalente ad una espressa

²³⁴ Commonwealth Ombudsman, Own Motion Investigation into complaint handling in the job network, in www.ombudsman.gov.au.

²³⁵ Administrative Review Council, The contracting out of Government Services, report. n. 42, 1998, in www.ag.gov.au. Queste sono istanze di un cambiamento legislativo per esempio sull'estensione della competenza dell'Ombudsman di ricevere lamentele da parte dei prigionieri che sono incarcerati in strutture di detenzione gestite da privati.

rinuncia alla possibilità di correggere defezioni nel servizio esternalizzato. In tal caso, quindi, sarebbe stato assolutamente ragionevole che l'Ombudsman chiedesse conto del disservizio proprio alla P.A., e non alla società privata.

Ancora, si è fatto notare che la P.A. avrebbe dovuto tenere in considerazione tali clausole alla scadenza del contratto con i privati. Infatti non rinnovare contratti alle società che non hanno mostrato collaborazione nella risoluzione delle doglianze con i privati avrebbe potuto essere considerato un atto di "buona amministrazione". Viceversa, l'Ombudsman avrebbe dovuto considerare atto di *malamministrazione* la contrattazione con società che non consentivano all'introduzione di dette clausole.

Si deve peraltro ricordare che l'Ombudsman del settore privato esercita poteri coercitivi e può irrogare sanzioni. Si consideri ad es. l'Ombudsman delle telecomunicazioni, che può condannare una società al pagamento di un'ammenda fino a 50.000 AUD, o all'Ombudsman finanziario, la cui multa può arrivare a 150.000 AUD. Un aspetto rilevante, circa il pagamento di sanzioni da parte delle aziende private, consiste nel fatto che esiste un sistema di incentivazione alla risoluzione delle controversie, anche prima di coinvolgere l'Ombudsman. L'ingegnoso meccanismo consiste in ciò che ogni doglianza passa attraverso una serie di stadi successivi, a cominciare dal semplice tentativo di conciliazione, via via crescendo di livello con l'intervento di professionisti della mediazione. Ebbene i costi del settore privato sono naturalmente finanziati attraverso una forma di tassazione a cui sono sottoposte tutte le aziende del settore. L'ammontare che ogni azienda deve pagare è direttamente proporzionale al numero di lamentele che sono state inoltrate contro la stessa e al livello a cui le doglianze giungono prima di essere risolte. Le società hanno quindi un interesse economico a risolvere le controversie, o meglio a soddisfare tempestivamente il consumatore, e quindi ad

avere un atteggiamento benevolo nei riguardi dei clienti. Può accadere infatti che una società ritenga più conveniente non tenere un atteggiamento rigido nei confronti di una doglianza considerata pretestuosa, proprio per evitare un maggior esborso che potrebbe derivare dal raggiungimento di un numero di doglianze tale da far scattare l'aliquota di tasse superiore.

Oltre a quanto già evidenziato, il tema si presta ad essere analizzato anche da un altro punto di vista. È evidente che la Pubblica Amministrazione deve rendere conto ai cittadini del suo operato (*accountability*) e restare all'interno dei binari legislativi (*rule of law*) nella misura in cui fornisce dei servizi ai cittadini. Se la Pubblica Amministrazione si spoglia di tali compiti, affidandoli a privati, si pone il problema di come garantire sia l'*accountability* sia la *rule of law*. Di fronte a questo cambiamento, i tradizionali modelli non hanno offerto una adeguata tutela. Da un lato, l'esternalizzazione aveva di fatto collocato alcuni servizi e funzioni al di fuori della giurisdizione degli *Administrative Tribunals*, e dall'altro aveva colto di sprovvista le Corti, che faticavano ad applicare principi di *common law*, pensati tradizionalmente per le istituzioni pubbliche, a società private. In questa situazione di incertezza, l'Ombudsman ha dimostrato una straordinaria capacità di adattamento, cercando di ampliare il più possibile la propria area di intervento, pretendendo che anche le società private soggiacessero agli stessi principi di quelle pubbliche. Ad es., si è stabilita la responsabilità del Dipartimento dell'Immigrazione – che ovviamente è parte dell'Amministrazione – quando una società privata, che gestiva un centro di detenzione per gli immigrati, non ha risposto alle domande dell'Ombudsman, concernenti alcune doglianze in merito alle attività compiute all'interno di quel centro. Ancora, l'Ombudsman ha presentato una relazione al Parlamento in cui si è affermata la responsabilità del

Dipartimento del Lavoro per il mancato raggiungimento di *standard* qualitativi di una società privata alla quale era stata demandato lo svolgimento di un servizio pubblico.

Recentemente, l'Ombudsman del Commonwealth ha preso una posizione netta sui problemi appena considerati, fornendo una risposta sul modo di affrontare il rapporto trilaterale tra utente, società che fornisce il servizio e Amministrazione.²³⁶ Secondo questa impostazione, la P.A. – che deve essere ritenuta responsabile del funzionamento del servizio pubblico operato dalla società privata – deve avere accesso al controllo della gestione ed inoltre pretendere che nel contratto siano previsti alcuni obblighi fondamentali a carico di detta società ed in particolare quelli riguardanti la predisposizione di un sistema di gestione delle doglianze.

²³⁶ Fact sheet 6 Complaint handling: Outsourcing, in www.ombudsman.gov.au.

Capitolo VI. Il ruolo dell'Ombudsman del Commonwealth

1. Le funzioni istituzionali dell'Ombudsman del Commonwealth

Si procede quindi ora all'analisi dell'Ombudsman del Commonwealth, nella sua dimensione "pubblica", vale a dire quando si relaziona con agenzie, dipartimenti, Enti e in genere con tutti quegli organismi che formano la Pubblica Amministrazione del Commonwealth. Ai sensi della legge istitutiva, le funzioni dell'Ombudsman sono essenzialmente due:²³⁷ a seguito di uno specifico reclamo, esaminare un'azione in materia amministrativa, adottata da un Dipartimento o da un'altra Autorità prevista dalla legge; oppure esaminare d'ufficio ogni azione in materia amministrativa, adottata da un Dipartimento o da un'altra Autorità prevista dalla legge.²³⁸

La legge prevede delle eccezioni, all'interno della categoria generale dell'azione come sopra individuata, rispetto alle quali l'Ombudsman non è autorizzato ad investigare. In particolare, il divieto può riguardare alcune categorie di soggetti (l'Ombudsman non può indagare su azioni intraprese da un Ministro o da un

²³⁷ Part II, Division I, section 5 dell'Act.

²³⁸ Per Dipartimento, ci si intende riferire ad una struttura amministrativa generale, mentre la nozione di Prescribed authority, tradotta come "Autorità prevista dalla legge" è definita dalla stessa legge istitutiva (Part I, section 3) e raggruppa una serie variegata di Autorità amministrative, alcune delle quali istituite per perseguire l'interesse pubblico, oltre che a diverse cariche pubbliche, quali ad es. il dirigente dell'ufficio esecutivo del Tribunale o un soggetto a cui è riconosciuto, per forza di legge, lo stesso status di un Giudice di una Corte istituita dal Parlamento. L'elenco di tutte le Autorità servirebbe a ben poco, anche attesa la sostanziale differenza della struttura burocratica con quella dello Stato italiano. Quel che rileva, invece, è che tale previsione, che comprende i Dipartimenti e le "Autorità previste dalla legge", individua una zona operativa dell'Ombudsman assai vasta e molto più estesa di quella che potrebbe essere rappresentata dai singoli uffici amministrativi territoriali. La legge evidentemente si riferisce alla competenza rispetto al settore pubblico. Per la competenza dell'Ombudsman rispetto al settore privato, vedi il cap. V, par. 3.

Giudice), oppure alcune categorie di azioni specifiche, come ad esempio quelle relative al rapporto di pubblico impiego.²³⁹

A prima vista, sembra che le due funzioni siano quasi identiche tra loro e che differiscano solamente in punto d'impulso all'indagine. In realtà, nonostante l'evidente somiglianza, la distinzione tra i due compiti dell'Ombudsman è unanimemente riconosciuta ed il rapporto tra queste due funzioni – quello di risolutore di doglianze individuali e quello di valido strumento per migliorare l'attività amministrativa – è stato studiato in modo approfondito. La funzione che la legge attribuisce all'Ombudsman, di investigare *motu proprio* l'azione amministrativa, ha una natura differente rispetto a quella che si basa su uno specifico reclamo. Tale funzione, che riguarda il ruolo sistemico dell'Ombudsman, include raccomandazioni e investigazioni che possono migliorare il processo decisionale dell'Amministrazione.

Le due funzioni dell'Ombudsman sono certamente connesse tra loro, in quanto una doglianza presentata da un cittadino può far emergere un difetto generale e sistemico nella gestione di un processo decisionale. Tuttavia, tali funzioni mirano a scopi differenti. Se il ruolo di gestione delle doglianze individuali è *reattivo*, nel senso che reagisce ad una istanza del cittadino, il ruolo sistemico è invece *proattivo*, in quanto l'Ombudsman sceglie di rimediare a difetti dell'azione amministrativa. Gli scopi delle due funzioni sono differenti in quanto, nel primo caso, si tende a rimediare ad una lesione già avvenuta, mentre nel secondo caso si vogliono

²³⁹ Le esclusioni sono dettagliatamente e tassativamente individuate nella Part II, Division I, section 5 (2) – (7) dell'Act.

prevenire future doglianze attraverso il miglioramento del sistema amministrativo nel suo insieme.²⁴⁰

Questo duplice ruolo dell'Ombudsman era stato riconosciuto subito dalla giurisprudenza, anche se durante i primi anni di funzionamento di tale figura si era privilegiata soprattutto la funzione di risoluzione dei conflitti, a discapito di quella che mira a prevenirli.²⁴¹ È lecito ritenere che, in passato, l'Ombudsman abbia inizialmente investito le proprie risorse soprattutto nella risoluzione di doglianze individuali, piuttosto che in indagini sistemiche, anche per contribuire a far aumentare una percezione positiva da parte degli utenti, oltre per il fatto che la legge mostrava di preferire questa funzione. Non bisogna dimenticare, infatti, che il fenomeno degli Ombudsman trae la propria forza proprio dal sostegno popolare. La percezione dei cittadini di non essere tutelati nel rapporto con la Pubblica Amministrazione è stata canalizzata in un'istanza di carattere politico, che ha portato all'istituzione dell'Ombudsman. Le prime azioni dell'Ombudsman sono state quindi dirette a risolvere concretamente problemi dei singoli cittadini, i quali hanno così potuto sperimentare l'efficacia della sua azione. Si è creato così un circolo virtuoso di fiducia, che ha permesso all'Ombudsman di investire maggiori risorse nelle indagini sistemiche, per rafforzare quegli apparati interni della Pubblica Amministrazione che sono preposti alla risoluzione dei conflitti.

²⁴⁰ Stuhmcke, 'The Commonwealth Ombudsman: An Integrity Branch of Government', *The Alternative Law Journal*, 32, 2007, 233 ss.

²⁴¹ Un chiaro esempio si trova nelle parole del giudice capo Milvan, *Re Ombudsman Act, 1970*, 72 WWR 176, 190 e 192, secondo il quale "lo scopo basilare di un Ombudsman è quello di un cane da guardia con il compito di osservare come lavora la Pubblica Amministrazione... l'Ombudsman può illuminare quelle zone oscure anche contro la resistenza di coloro che vorrebbero invece far calare il sipario. Se le sue osservazioni sono appropriate, possono essere adottate delle misure correttive all'interno di un processo democratico, altrimenti in ogni caso la semplice osservazione e sorveglianza non arrecherebbero alcun pregiudizio". L'esempio è citato da Stuhmcke, 'The Commonwealth Ombudsman: An Integrity Branch of Government', *The Alternative Law Journal*, 32, 2007, 240 ss.

La risoluzione di un conflitto in atto, da parte dell'Ombudsman, è di certo un risultato più certo, in termini di pubblicità e visibilità, rispetto al miglioramento del processo decisionale di un oscuro ufficio della Pubblica Amministrazione. Senza contare che - in questo secondo caso - il cittadino che beneficia del miglioramento sistemico non sa che il merito è frutto del lavoro dell'Ombudsman. Nondimeno, è facilmente intuibile che il *complaint – role* è senz'altro meno utile per la collettività rispetto al *fixing – role*, che invece ha una ricaduta generale su tutti i possibili conflitti derivanti da *maladministration*.

2. La funzione di risoluzione delle doglianze

Analizziamo ora la prima funzione dell'Ombudsman, vale a dire quella che lo vede impegnato come risolutore delle doglianze presentate dagli utenti.

La legittimazione attiva in questo caso è dilatata al massimo e praticamente chiunque può presentare una doglianza all'Ombudsman: persone fisiche, persone giuridiche, anche quelle non riconosciute, avvocati per conto di clienti, ma anche semplici conoscenti per conto di altri soggetti. Inoltre, non è richiesto che l'istante abbia la cittadinanza o sia residente in Australia.²⁴² L'accesso alla tutela offerta dall'Ombudsman è inoltre facilitato dall'assenza di pre-requisiti, che invece sono richiesti da altre forme di tutela, pertanto una persona può presentare la propria doglianza anche se non ha ricevuto una lesione dalla situazione oggetto dell'istanza.²⁴³

²⁴² Da una ricerca effettuata più di vent'anni fa, è risultato che attorno al 20% dei casi, la doglianza era stata presentata da una persona per conto di amico o di un parente, per conto di un'organizzazione e – a pagamento – per conto di un cliente. V. Senate Standing Committee on Finance and Public Administration, 1991, 165 in www.aph.gov.au.

²⁴³ Bisogna pur ammettere, però, che quest'apertura è bilanciata dall'ampio potere discrezionale dell'Ombudsman che può decidere di non investigare una doglianza, ad es. perché a suo parere il ricorrente non ha un "interesse sufficiente".

La doglianza può essere presentata sia in forma scritta che orale, ma l'Ombudsman può esigere che sia presentata per iscritto, anche con l'ausilio del personale dell'ufficio, come spesso accade se la richiesta riguarda una situazione complessa.²⁴⁴ Naturalmente vige il principio di libertà delle forme e non esistono formule sacramentali da inserire nell'istanza. Inoltre, non esiste alcun tipo di tassa o contributo, in qualsiasi modo si voglia chiamare una somma di denaro necessaria per presentare la domanda o far proseguire il procedimento. Il ricorrente, inoltre, non rischia di dover pagare le spese legali che la Pubblica Amministrazione deve eventualmente sostenere, neppure nel caso in cui la sua istanza si riveli priva di consistenza.²⁴⁵

Ricevuta la richiesta, l'Ombudsman verifica che la materia rientri tra quelle di sua competenza e, successivamente, decide se aprire un fascicolo e procedere all'investigazione, oppure se non investigare e archiviare l'istanza, esercitando così la discrezionalità attribuitagli dalla legge. È opportuno ricordare che il ruolo dell'Ombudsman, nella sua funzione di risolutore delle doglianze, è assolutamente diverso da quello che ricopre l'avvocato nei rapporti con il cliente. Una volta che il ricorrente ha presentato la sua istanza, non si instaura alcun tipo di rapporto con l'Ombudsman, che è tenuto solamente a comunicare all'utente se intende esercitare la discrezionalità di non investigare, motivando tale scelta. Al contrario, se il

²⁴⁴ I dati sono tratti dal rapporto 2009-2010 Sezione 7 Act, in www.ombudsman.gov.au. Ogni anno l'Ombudsman riceve un gran numero di richieste. Nel 2009-2010 sono state presentate 37.468 doglianze, di cui 18.284 riguardavano agenzie di competenza dell'Ombudsman. Il 76% delle istanze sono state presentate telefonicamente, il 6% per iscritto, il 3% di persona e il 15% in formato elettronico. Si ricorda che questi dati riguardano soltanto l'Ombudsman del Commonwealth. Per dare un'idea del carico di lavoro di tutti gli ombudsmen australiani che si occupano del settore pubblico, è stato rilevato che nell'anno 2007-2008 le doglianze contro l'operato della Pubblica Amministrazione sono state circa 100.000. Cfr. www.ombudsman.gov.au.

²⁴⁵ Anderson, *The Ombudsman – Some Nuts and Bolts*, in Douglas and Jones, *Administrative Law*, 4th ed, Federation Press, Sydney NSW, 2002, 146.

procedimento prosegue, l'istante non ha alcun diritto di assistere alle attività di indagine, come invece accade nei tribunali.²⁴⁶

In quest'ultimo caso, l'Ombudsman può contattare il ricorrente, per ottenere informazioni più dettagliate, e quindi procedere a contattare l'ufficio della Pubblica Amministrazione, avvisandolo dell'esistenza di una doglianza ed invitandolo a rispondere.²⁴⁷ Se la doglianza riguarda una questione di semplice risoluzione, il contatto tra l'ufficio dell'Ombudsman e quello della P.A. può anche essere limitato ad una telefonata o ad una e-mail. Può anche accadere che i contatti tra gli uffici proseguano per molti mesi, prima di giungere ad una conclusione. A seconda dei casi, il ricorrente può limitarsi ad accettare le scuse della P.A. ottenere una spiegazione di quanto accaduto, oppure anche ottenere un provvedimento diverso da quello originario. D'altra parte, anche se il ricorrente non si ritiene soddisfatto, l'Ombudsman può arrestare il procedimento, ritenendo che il problema sia stato risolto, oppure che non vi siano più le condizioni per continuare l'investigazione.²⁴⁸

Statisticamente, la grandissima parte delle doglianze si risolve dopo alcuni contatti tra l'Ombudsman e la P.A., senza richiedere l'esercizio di poteri investigativi.²⁴⁹

²⁴⁶ Anderson, *The Ombudsman – Some Nuts and Bolts*, in Douglas and Jones, *Administrative Law*, 4th ed, Federation Press, Sydney NSW, 2002, 147.

²⁴⁷ Sezione 9 della legge istitutiva.

²⁴⁸ Questo è un ulteriore esempio della portata della discrezionalità di non investigare, che non è limitata ad un esame preliminare della questione, ma è un potere che l'Ombudsman mantiene durante tutto il procedimento, che quindi potrebbe essere bloccato in qualunque momento.

²⁴⁹ L'Ombudsman del NSW nel 1993-1994 ha proceduto ad investigazioni formali solo nel 5% dei casi. Nel 2007, ci sono state solo 19 investigazioni formali. Nel 2007 in Australia Occidentale, il 76% dei casi sono stati risolti allo stato iniziale.

3. La funzione di miglioramento del sistema

Il cd. *fixing - role* non è disciplinato in modo particolareggiato dalla legge, né si potrebbe invero prevedere una procedura specifica, come invece descritta per il *complaint – role*. Il miglioramento del sistema amministrativo è infatti una funzione che non può essere ristretta all'interno di regole, ma che permea tutta l'azione dell'Ombudsman. In altre parole, durante ogni sua attività l'Ombudsman tende a ricercare inefficienze della P.A. di carattere seriale, per poi cercare il modo di risolverle. Le indagini effettuate da organismi di sorveglianza garantiscono il cittadino contro le varie forme dell'abuso di potere, migliorano il processo decisionale e spingono l'Amministrazione ad osservare la legge non solamente da un punto di vista formale, ma anche sostanziale, in quanto essa saprà di essere oggetto di un controllo che non pretende solo il rispetto del dettato normativo, ma anche il conseguimento dell'utilità che quella norma tende a garantire. Senza ripetere quanto già rilevato, è forse opportuno dare un esempio della reale portata dei poteri dell'Ombudsman, trattando del celeberrimo caso Vivian Alvarez Solon Young.

Nel 2001, la cittadina australiana Vivian Alvarez Solon Young, affetta da alcuni disturbi psichiatrici, fu arrestata e quindi espulsa dal Dipartimento dell'Immigrazione, in quanto sospettata di essere clandestina. L'ex marito della signora Alvarez non seppe più nulla di lei e, solo dopo molte richieste all'Amministrazione, il Dipartimento dell'Immigrazione si mosse per affrontare la questione che venne alla luce nel 2005, benché alcuni funzionari fossero a conoscenza fin dal 2003 che la signora era stata espulsa.

Nel 2005, l'Ombudsman del Commonwealth rilasciò un rapporto sull'ingiusta deportazione della signora Sono Young dall'Australia alle Filippine, che ebbe

rilevanti conseguenze per il Dipartimento dell'Immigrazione.²⁵⁰ Al di là delle responsabilità dei singoli funzionari, alcuni negligenti, altri in malafede, l'indagine accertò numerose e gravi inefficienze nel processo decisionale dell'Amministrazione interessata. I funzionari non credettero alla signora Solon Young, a causa dei suoi problemi psichiatrici, quando questa si proclamava cittadina australiana. Tutta l'istruttoria fu gestita in modo superficiale: in particolare, questi funzionari agirono in modo così poco professionale da non verificare che – una volta sposata – la signora Solon Young aveva cambiato cognome. Senza procedere ad ulteriori indagini che sarebbero state di facile effettuazione, come ad esempio chiedere notizie al medico curante della struttura in cui si sapeva che la signora era stata ricoverata, i funzionari del dipartimento dichiararono che la signora era una clandestina e come tale la espulsero dall'Australia, rimpatriandola nelle Filippine. Il rapporto dell'Ombudsman indicò, tra gli altri interventi necessari, una revisione totale del sistema informatico circa la gestione delle pratiche, un addestramento particolare di quei funzionari che hanno a che fare con le persone arrestate, soprattutto per quanto concerne l'identificazione delle stesse, nonché un adeguato sistema di tutela sanitaria per i detenuti.²⁵¹

A seguito di questo *report*, il Dipartimento dell'Immigrazione accettò tutte le raccomandazioni dell'Ombudsman, implementando nuovi sistemi e programmi di

²⁵⁰ Inquiry into the circumstances of the Vivian Alvarez Matter, Report n. 3/2005 under the Ombudsman Act 1976, report, in www.ombudsman.gov.au.

²⁵¹ Nel rapporto vi sono anche indicazioni specifiche e dettagliate. Ad esempio, si è previsto che il dirigente debba implementare un protocollo nel quale deve essere prevista una vera e propria checklist contenente delle caselle che devono essere spuntate una volta avuta la certezza dell'esistenza di dati precisi circa l'identificazione della persona. Tale lista deve essere poi allegata ad ogni altro modulo circa i procedimenti che riguardano quella persona. Questo miglioramento mira ovviamente a rendere più preciso il lavoro dei funzionari e a facilitare le comunicazioni tra dipartimenti. Inoltre, nel programma di addestramento dei funzionari deve essere presente un modulo nel quale si insiste sul punto che, se si assumono informazioni errate o non complete, vi è una altissima probabilità di prendere decisioni sbagliate. Così bisogna fare almeno un doppio controllo circa lo spelling e la registrazione delle generalità delle persone.

addestramento del personale, con un impegno complessivo di più di 60 milioni di dollari australiani.²⁵²

4. La funzione di controllo del potere esecutivo

La lezione fornita dal caso Alvarez dimostra che gli organismi di garanzia stanno progressivamente sviluppando una nuova forma di controllo dell'operato del Governo. Nel sistema anglosassone, le indagini indipendenti e le Commissioni Reali non sono delle novità, ma tradizionalmente si tratta di strumenti attivati quando il danno è già emerso, con una funzione precipuamente di tipo sanzionatorio o punitivo. Ora invece i meccanismi d'indagine sono costruiti in modo tale che gli organismi non intervengano successivamente, ma durante il processo decisionale, in modo tale da garantire costantemente una supervisione di garanzia.

Non bisogna sottovalutare, inoltre, i benefici di un controllo sistematico dell'attività della Pubblica Amministrazione. In questo modo, l'Ombudsman riesce a conoscere in modo approfondito i processi decisionali dell'Ente, riuscendo a formulare raccomandazioni che tengono conto di una molteplicità di fattori, e non solamente di quelli che emergono dal singolo controllo. Si riescono inoltre a monitorare i progressi dell'Ente sul lungo periodo, creando un rapporto stretto tra le due istituzioni. Infatti, la Pubblica Amministrazione è consapevole di essere controllata dall'Ombudsman, che non sanziona - ma consiglia - al fine di migliorare le prestazioni.

²⁵² È stato riconosciuto che questi rapporti hanno avuto la conseguenza di far aumentare i fondi per l'Ombudsman e in generale di accrescere la fiducia in questa istituzione. Alla signora Vivian Solon Young sono stati riconosciuti a titolo di indennizzo 4,5 milioni di dollari australiani.

Ad una Amministrazione impegnata in molte attività e con molti compiti nella vita dei cittadini, deve corrispondere un'attività di controllo costante da parte di questi ultimi: l'Ombudsman incarna la soluzione a questa esigenza.

Autorevoli studiosi hanno sostenuto provocatoriamente che l'efficacia dell'azione delle Corti e dei *Tribunals* riposa in parte su una combinazione di fede e supposizione.²⁵³ Infatti, non c'è modo di capire ciò che accade una volta che la Corte ha dichiarato invalida una decisione della Pubblica Amministrazione: non ci sono dati che indichino come le diverse situazioni si siano evolute, né sono previste procedure in base alle quali la Pubblica Amministrazione debba annotare quali provvedimenti abbiano fatto seguito a quelli annullati dai giudici, né esiste una figura istituzionale con il compito di monitoraggio. Questi problemi sono invece risolti in tutti i casi di competenza dell'Ombudsman. Il controllo sistematico e programmato consente infatti di analizzare da vicino il comportamento dell'Amministrazione, in risposta alle raccomandazioni formali, ma anche alle sollecitazioni informali ricevute.

Di speciale importanza appare inoltre il ruolo che ha avuto l'Ombudsman nello stimolare l'istituzione di uffici per la gestione delle doglianze all'interno dei singoli Dipartimenti amministrativi.²⁵⁴ Molti di questi uffici, tra i quali ve ne sono alcuni finanziati adeguatamente e con personale qualificato, gestiscono una quantità di doglianze in proporzione pari a quella dell'Ombudsman.

Il ruolo dell'Ombudsman appare quindi molto più ampio e importante di quanto comunemente si pensi o appaia all'esterno.

²⁵³ Creyke and McMillan, *Judicial Review Outcomes – An empirical Study*, in *AJ Admin L* 11, 2004, 82.

²⁵⁴ Administrative Review Council, *Internal Review of Agency decision making*, report n. 44 (2000), in www.ag.gov.au.

L'Ombudsman del Commonwealth si occupa anche di materie molto delicate, riguardanti ad es. la protezione degli informatori di polizia e la libertà dell'informazione. Da un lato, l'ufficio dell'Ombudsman è stato infatti incluso tra quelle Autorità, previste dalla legge, che possono venire a conoscenza di informazioni riservate, oggetto delle confidenze degli informatori.²⁵⁵ Dall'altro lato, la legge sulla libertà dell'informazione attribuisce all'Ombudsman il ruolo di gestire le doglianze dei cittadini che si siano visti rifiutare informazioni dalla P.A.²⁵⁶

Ancora, di fondamentale importanza risulta la normativa anti-terrorismo, nella quale è previsto che, per bilanciare l'aumento dei poteri di polizia, divenuti particolarmente limitativi della libertà personale, sia fatto salvo il diritto di ricorrere all'Ombudsman.²⁵⁷ Sul punto, ci si domanda se la normativa abbia introdotto dei limiti alla competenza delle Corti per quanto concerne la materia delle detenzioni personali, oppure se vi siano delle restrizioni al diritto degli avvocati circa l'accesso a quelle strutture protette. Ebbene per ciò che rileva in questa sede è utile sottolineare che, in questi ambiti, il legislatore ha ritenuto sufficiente la garanzia offerta dal lavoro dell'Ombudsman e dell'Ispettore Generale della Sicurezza, affidando ad entrambi il controllo delle attività della Polizia (non bisogna

²⁵⁵ Il provvedimento normativo è il S 13 del Public Interest Disclosure Act 1994 (Canberra).

²⁵⁶ Da questo punto di vista, si può notare una somiglianza con il Difensore civico italiano – a cui la legge attribuisce specifici compiti in tema di diritti di accesso. V. Freedom of Information Act 1982 (Cth) s 57. Questa legge originariamente prevedeva un compito più ampio per l'Ombudsman, che includeva anche un suo ruolo – quasi di ausilio del cittadino – nel processo giurisdizionale. Questa funzione non venne poi implementata e quindi venne cancellata dal testo finale, su proposta dello stesso Ombudsman, in quanto non erano state previste delle apposite risorse per tale scopo. La libertà di informazione è sempre stato un tema caro all'Ombudsman, al quale infatti sono state dedicate più di una investigazione iniziata d'ufficio, contro le inefficienze della Pubblica Amministrazione. V. Commonwealth Ombudsman, Needs to Know: Own Motion Investigation into the Administration of the Freedom of Information Act 1982 in Commonwealth Agencies (1999), in www.ombudsman.gov.au.

²⁵⁷ Australian Security Intelligence Organisation 1979 (Cth) div. 3, ss 34E e 34F dove si legge del ruolo dell'Ombudsman, e S 34X, dove si legge dell'esclusione del ricorso alle Corti.

dimenticare che l'Ombudsman del Commonwealth ha anche questa funzione) e di quelle dell'Ente australiano che gestisce i servizi di *intelligence*.²⁵⁸

Queste funzioni appaiono certamente distanti dall'iniziale concezione dell'Ombudsman, tanto che impongono di riconsiderarne l'importanza. La tradizionale teoria della separazione dei poteri, infatti, non riesce a collocare una doverosa collocazione la figura dell'Ombudsman nell'organizzazione dello Stato democratico. Con la creazione di questa figura, la dottrina australiana non ha di certo inteso porre in discussione il ruolo del potere giudiziario, insostituibile baluardo di uno Stato di diritto, ma ha riconosciuto l'esistenza di molte aree, che sono appena interessate dal lavoro delle Corti, ma sono quotidianamente controllate da organismi di supervisione e di controllo vigilanza. Si pensi, ad esempio, ai processi decisionali seguiti dall'Autorità pubblica Centrelink (che provvede al pagamento di somme di denaro da parte di vari Dipartimenti del Commonwealth che si occupano di servizi sociali, ad es. famiglia, esigenze abitative, disoccupazione, indigeni ecc...), che prende decisioni sempre di maggior importanza.²⁵⁹ Come accennato in precedenza, la teoria della separazione dei poteri risulta superata dal riconoscimento di un organismo che mira a garantire i cittadini da un'azione arbitraria dell'Amministrazione, attraverso un procedimento continuo e informale che la obbliga a rendere costantemente conto della sua azione.

Sembra quindi che la progressiva espansione dell'attività amministrativa e la presenza di poteri sempre più penetranti della P.A. abbiano portato naturalmente alla creazione di Enti che controbilanciano questi poteri, attraverso l'uso di controlli

²⁵⁸ Ad esempio, funzionari dell'ispettorato generale visitano regolarmente le strutture carcerarie, visionando i mandati di cattura e indagando sulle condizioni dei detenuti.

²⁵⁹ Sul punto v. www.humanservices.gov.au.

che garantiscono la funzionalizzazione del potere stesso all'interesse generale, evitando l'arbitrio.

La nascita e l'evoluzione di questi Enti di garanzia è stata di certo sottovalutata nel corso del tempo, ma pare che finalmente sia giunto il momento di un riconoscimento della loro importanza. Per anni si è continuato a pensare all'Ombudsman come all'istituzione che gestisce piccole doglianze senza rilevanza, quando invece tale istituzione – assieme ad altri organismi – rappresenta uno strumento di tutela di cui i cittadini, ma anche la P.A. stessa, non possono più fare a meno in quanto profondamente radicati nel sistema amministrativo con funzioni di controllo e supervisione. Secondo il più autorevole sostenitore di questa tesi, solamente dopo aver ufficialmente riconosciuto questo nuovo sistema di controllo sul potere esecutivo si potrà ripensare l'organizzazione dello Stato e dotare questi Enti delle appropriate funzioni, compiti, finanziamento, poteri.²⁶⁰

5. L'Ombudsman federale e l'integrità nell'azione amministrativa

Ci sono diversi organi indipendenti che sono preposti alla supervisione e al controllo dell'Amministrazione, come ad es. gli *Auditors-General*, gli Ombudsman, i *Tribunals*, le Commissioni indipendenti, le Commissioni per la *privacy*, le Commissioni per l'informazione, le Commissioni per i diritti umani e quelle anti discriminazione, le Commissioni per i servizi pubblici, gli Ispettori generali delle tasse e quelle per la sicurezza militare. Le funzioni adottate da questi organismi riguardano il rispetto della legalità, il miglioramento della Pubblica Amministrazione e i processi decisionali. Da molti anni, inoltre, è in atto un

²⁶⁰ La teoria che spinge verso il ripensamento della separazione dei poteri è strenuamente portata avanti da McMillan. V. McMillan, *Re-thinking the Separation of Powers*, *Federal Law Review*, 38, 3, 2010, 46.

movimento di convergenza di questi Enti, che li sta avvicinando dal punto di vista di compiti e procedure, verso ciò che gli studiosi chiamano “integrità istituzionale”, che va oltre il ristretto concetto di legalità e mira a garantire il rispetto di valori condivisi nell’azione amministrativa.²⁶¹

Proprio l’attenzione rivolta all’applicazione di valori pubblici distingue la funzione di “integrità” dalle altre funzioni dello Stato, esercitate attraverso i poteri esecutivo, legislativo e giudiziario. In particolare, si sta assistendo ad una progressiva espansione del concetto di integrità: ora si richiede che l’azione amministrativa osservi una *best practice* in senso ampio, non essendo più sufficiente che i funzionari non siano corrotti.

Si tratta di una rivoluzione copernicana del modo in cui si affronta l’azione della Pubblica Amministrazione. Prima, infatti, l’attenzione era focalizzata su ciò che non doveva sussistere, vale a dire la corruzione del funzionario, ora invece ci si concentra su alcuni elementi che devono essere presenti, affinché l’azione amministrativa si perfezioni di volta in volta. Questo nuovo modo di pensare è il risultato di una straordinaria evoluzione culturale: attraverso un cammino trentennale, grazie anche al lavoro degli Ombudsman, la società civile non si accontenta più del fatto che l’azione della P.A. non sia il risultato di una condotta penalmente rilevante, ma anzi pretende che tale azione osservi delle regole poste a realizzare davvero l’interesse pubblico.

Quasi dieci anni fa, autorevole dottrina aveva proposto che “l’integrità” diventasse un principio informatore dell’azione di Governo. Si auspicava quindi il passaggio da una correttezza personale, individuale, del funzionario pubblico – requisito per coprire tale carica – ad una correttezza istituzionale, che va ben oltre il

²⁶¹ McMillan, Re-thinking the Separation of Powers, *Federal Law Review*, 38, 3, 2010, 46.

concetto di illegalità.²⁶² Specificamente, tale correttezza istituzionale si concreta nel perseguimento dell'interesse pubblico e nell'applicazione, nell'ambito dell'azione amministrativa, di valori di correttezza in senso ampio. Il 'quarto braccio', organismo di integrità, contraddistinto proprio da questo nuovo modo di pensare, è composto da diversi uffici, che spesso fanno parte della struttura del potere esecutivo.

La progressiva espansione del concetto d'integrità è stato accompagnato, nel corso degli anni, dall'evoluzione di taluni organismi, che hanno acquisito sempre di più le funzioni di controllo e di vigilanza dell'azione amministrativa, proprio per favorire quella *best practice* che altrimenti faticherebbe ad emergere senza una correzione proveniente dall'esterno. Per integrità, ci si intende riferire ad uno *standard* dell'azione amministrativa che non solo sia rispettosa dei tradizionali concetti di responsabilità, legalità e correttezza procedurale, ma che tenda – attraverso un'etica pubblica – a perseguire l'interesse della comunità.²⁶³

Oltre alla più antica istituzione di *audit* australiana, chiamata appunto Auditor – General, durante gli ultimi dieci anni sono stati istituiti altri organismi che mirano a garantire l'integrità nell'azione amministrativa, quali le commissioni contro la corruzione, chiamate con nomi diversi negli Stati del Commonwealth.²⁶⁴ Seguendo questa tendenza, sono stati istituiti diversi organismi per la gestione dei reclami e delle lamentele, come gli Ombudsman, che espletano sia funzioni di risoluzione delle doglianze sia, in generale, di miglioramento del sistema decisionale della P.A.

²⁶² McMillan, Future Directions for Australian Administrative Law - the Ombudsman, National Administrative Law Forum, in <http://www.ombudsman.gov.au>, 2004, 1 ss.

²⁶³ Creyke and McMillan, Introduction: Administrative Law Assumption... Then and Now, in Creyke and McMillan, The Kerr Visions of Australian Administrative Law, Australian National University, Canberra, 1988, 272.

²⁶⁴ Commissione indipendente contro la corruzione nel NSW, Commissione contro la corruzione nel Western Australia, Commissione contro il crimine e l'illegittimità delle condotte nel Queensland.

L'Ombudsman fa parte a pieno titolo di questo nuovo sistema, assieme alle altre istituzioni di controllo e di sorveglianza dell'azione amministrativa, e non può che essere – per sua natura – indipendente. L'Ombudsman, istituito per dare una risposta rapida alle doglianze del singolo cittadino nei confronti di uno specifico ufficio della P.A., nel corso degli anni ha fortemente incrementato la funzione, complementare ma diversa, di indagare problemi generali e sistemici che pregiudicano un funzionamento corretto degli uffici amministrativi, anche attraverso l'utilizzo di raccomandazioni e di *report* che denunciano la *malpractice* e ne auspicano il cambiamento. Al pari delle altre agenzie, che si ritiene formino la compagine del nuovo organismo d'integrità, il ruolo dell'Ombudsman è quello di supervisione e di controllo, non solo quello di fornire un servizio.²⁶⁵ L'Ombudsman – e quindi il quarto braccio di integrità – stanno diventando parte della struttura statale che si occupa di rispondere a quella domanda di giustizia, un tempo appannaggio esclusivo del potere giudiziario.

Vi è quindi un inestricabile collegamento tra l'evoluzione del concetto di integrità e di etica di Governo e lo sviluppo di nuovi organismi di controllo e di supervisione, che gli studiosi ora tentano di raggruppare in un'unica categoria. La crescente richiesta di un'azione amministrativa non solo rispettosa della legalità, ma anche dell'etica pubblica, ha portato alla creazione di nuovi organismi e allo sviluppo di altri, come l'Ombudsman, già esistenti verso una funzione di controllo e di supervisione del Governo.

²⁶⁵ Creyke and McMillan, Introduction: Administrative Law Assumption... Then and Now, in Creyke and McMillan, *The Kerr Visions of Australian Administrative Law*, Australian National University, Canberra, 1988, 272. Gli Autori in questo caso si stanno riferendo esclusivamente ad una delle due funzioni dell'Ombudsman e specificamente a quella relativa al miglioramento dell'azione amministrativa, in quando mi sembra che sia innegabile che l'Ombudsman offra un servizio al cittadino, quando tenta di risolvere una disputa sorta tra questi e la P.A.

Una nuova localizzazione dell'Ombudsman all'interno di questo nuovo organismo di integrità, pur se strutturalmente legato al potere esecutivo, ha ottenuto da diversi anni l'approvazione di altri Ombudsman e si ritiene che questo ormai sia un percorso irreversibile verso un suo completo riconoscimento.²⁶⁶

Per quanto interessa in questa sede, si può notare che il fatto stesso di raggruppare Enti, agenzie ed uffici diversi, ma simili per quanto concerne il loro ruolo di controllo e di sorveglianza, è un tentativo classificatorio che ha l'effetto di rafforzare il carattere di indipendenza dei singoli Enti, dando loro una veste differente all'interno del nuovo organismo di integrità.²⁶⁷

6. La tutela dello Stato di diritto

²⁶⁶ Brouwer, Victorian Ombudsman, Annual Report 2005, in www.ombudsman.vic.gov.au; Beva, 228. Esempio, a tal proposito, risulta l'opinione dell'Ombudsman dell'Australia Occidentale, nel suo discorso del 2008, secondo il quale le quattro principali agenzie che nell'Australia occidentale sono appellate come "agenzie di integrità" sono l'Auditor – General, the Crime and Corruption Commission, The Commissioner for Public Sector Standards and the Ombudsman. Queste quattro agenzie formano assieme il Gruppo di coordinamento dell'Integrità (ICG). Field, Speech at the ethical leadership and governance in the public "secoe" conference, 2008, in www.ombudsman.wa.gov.au. Per dare un esempio pratico di quali organismi fanno parte del nuovo braccio di integrità, si ricordano inoltre: The national Archives, Auditor – General, Public Service Commission, Inspector – General of Intelligence and Security, Privacy Commissioner. Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 273.

²⁶⁷ Field, Speech at the ethical leadership and governance in the public conference, 2008, in www.ombudsman.wa.gov.au descrive che i membri dell' ICG, rappresentati dai capi di ogni agenzia, si trovano una volta ogni quattro mesi e sono supportati da alcuni alti funzionari che preparano gli argomenti da discutere nelle riunioni, per favorire la collaborazione tra le agenzie e gli obiettivi comuni.

Nella cultura australiana è radicato il concetto che l'attività dell'Ombudsman contribuisca a garantire lo Stato di diritto, quale insieme di principi che permettono un controllo dell'esercizio del potere esecutivo. Il principio fondamentale afferma che il Governo non può agire se non in forza di una legge che attribuisce un potere e ne regola l'uso. In tal modo, si consente al cittadino di dolersi dell'operato del potere esecutivo, relazionandosi con un ufficio indipendente, senza sopportare costi o temere sanzioni, nell'aspettativa di veder trattato il proprio caso in modo trasparente.

In questo senso, la funzione assolta dall'Ombudsman - di ricevere e risolvere le doglianze dei cittadini - ha una importanza fondamentale perché contribuisce a garantire che l'operato del potere esecutivo rimanga all'interno dei confini tracciati dalla legge. D'altra parte, non si tratta semplicemente del mero rispetto del dato normativo, ma della realizzazione della pretesa che la Pubblica Amministrazione renda conto della propria attività. L'Amministrazione deve essere *accountable*, deve cioè rendere conto e quindi spiegare e giustificare le proprie azioni, secondo appropriati criteri e in sufficiente dettaglio. Naturalmente, se emerge che quell'azione non raggiunge gli *standard* previsti, occorre che vi siano delle conseguenze, le quali in una democrazia possono assumere la forma di deterrente: si pensi, ad esempio, alla diffusione mediatica delle scarse prestazioni eseguite, che porta a conoscenza del pubblico l'operato della Pubblica Amministrazione. In questo modo, al momento delle elezioni, il cittadino può decidere in modo informato le persone dalle quali vuole essere rappresentato, sulla base delle loro azioni.²⁶⁸

²⁶⁸ Questo tema è approfondito nell'opera di Diamandouros, *Democracy, Rule of Law, and the Ombudsman*, in www.mevaker.gov.il/serve/site.docs.iunim-61-b-eng.pdf.

Abbiamo visto che l'Ombudsman e le altre istituzioni che fanno parte del nuovo organismo di integrità hanno sviluppato forme di controllo costanti per scrutinare le azioni delle Autorità pubbliche, attraverso la richiesta di informazioni per valutare la loro attività durante il mandato e se del caso modificare o rettificare le proprie decisioni. In questo senso, l'Ombudsman rafforza lo Stato di diritto, mantenendo vigile e informata la cittadinanza. L'istituzione dell'Ombudsman riflette ed aiuta a mantenere la qualità di un ordine costituzionale che preveda la democrazia rappresentativa e lo Stato di diritto come principi fondamentali. In tutta l'Australia, gli Ombudsman che si occupano del settore pubblico ricevono quasi 100.000 doglianze ogni anno. Queste cifre sono importanti non solo perché indicano la frequenza con la quale i cittadini si rivolgono all'Ombudsman, ma anche perché confermano che questa istituzione si è radicata nel sistema amministrativo. Da un lato i cittadini considerano come un loro diritto quello di dolersi dell'azione del Governo, rivolgendosi ad un organismo indipendente, senza temere di sopportare i costi elevati di una tutela legale professionale. Dall'altro lato bisogna notare che anche le Amministrazioni ora considerano assolutamente normale che i cittadini possano rivolgersi all'Ombudsman, che chiederà conto dell'operato della P.A.

Da un punto di vista dello Stato di diritto, pertanto, il dovere di rendere conto – da parte delle Amministrazioni – è legato a doppio filo con il diritto di lamentarsi – da parte dei cittadini. Ecco quindi che il lavoro dell'Ombudsman genera un rapporto che altrimenti non sarebbe possibile, se affidato solo al ricorso giurisdizionale.

Capitolo VII. Il funzionamento dell'Ombudsman del Commonwealth

1. La nomina dell'Ombudsman del Commonwealth

L'Ombudsman è nominato dal Governatore Generale per un periodo massimo di 7 anni, rinnovabili e può essere rimosso dall'ufficio solo a seguito dell'approvazione, da parte di ogni ramo del Parlamento, di un'apposita istanza presentata dal Governatore Generale.²⁶⁹ Le ragioni a fondamento di tale istanza sono rappresentate da una condotta riprovevole da parte dell'Ombudsman oppure da una sua incapacità fisica o psichica.²⁷⁰ Per questi stessi motivi, il Governatore Generale può sospendere l'Ombudsman dal suo ufficio. In tal caso, il Ministro deve presentare una Relazione davanti a ciascuna delle camere del Parlamento entro 7 giorni utili dal provvedimento sospensivo. Inizia così un procedimento che termina con la deliberazione del Parlamento, che autorizza il Governatore Generale a rimuovere l'Ombudsman.

Ci sono altri due casi tassativi che possono portare alla rimozione, senza che sia necessaria una risoluzione in tal senso da parte del Parlamento: l'ipotesi in cui l'ufficio dell'Ombudsman vada in bancarotta oppure se la persona che ricopre la carica di Ombudsman si assenti dal servizio per 14 giorni consecutivi o per 28 giorni nel corso di 12 mesi.

Dalle poche ma chiare disposizioni emerge immediatamente una delle caratteristiche principali dell'Ombudsman, ovvero l'indipendenza, che si manifesta nel garantire la stabilità del ruolo alla persona fisica che ricopre tale carica. L'indipendenza è un elemento essenziale per un ufficio che ha penetranti poteri

²⁶⁹ Ombudsman Act 1976, Part III, Division I, section 20 – 29 Act.

²⁷⁰ Il riferimento a parametri astratti, come il concetto di ciò che è riprovevole, sono spesso usati nel common law e sono rispettati come veri e propri limiti. Naturalmente, perché il sistema funzioni, occorre che la comunità – compresi i suoi rappresentanti – condividano questi principi, sentendoli propri e quindi pretenendone l'osservanza, al di sopra di ragioni di convenienza politica.

d'indagine – anche officiosi – nei confronti della Pubblica Amministrazione. Un Ombudsman che dovesse costantemente preoccuparsi di mantenere la propria carica, perché soggetto al potere di rimozione del Governo, sarebbe di certo influenzabile dalle richieste del potere politico.²⁷¹

Il meccanismo di rimozione individuato dalla legge istitutiva, che prevede il sostanziale accordo tra Governo e Parlamento in presenza di determinate circostanze, è una soluzione che garantisce l'indipendenza dell'Ombudsman. D'altra parte, un ufficio che si pone come tramite tra gli utenti e la Pubblica Amministrazione deve non solo essere indipendente, ma anche apparire tale. Quando si tratta di indipendenza, la forma è anche sostanza e, per far percepire l'Ombudsman come un organismo indipendente, non sono sufficienti delle norme sulla nomina e sulla rimozione, che sono tanto appropriate quanto misconosciute dal cittadino medio, al quale si chiede di affidarsi – per risolvere un problema con la P.A. – ad un altro organismo della P.A.

Il riconoscimento dell'indipendenza dell'Ombudsman da parte della comunità è di importanza fondamentale rispetto alla sopravvivenza stessa di tale istituzione ed infatti nel corso degli anni si è assistito ad un progressivo incremento delle spese dell'ufficio per finanziare una campagna di informazione relativa all'attività dell'Ombudsman.²⁷²

Nella legge istitutiva si prevede inoltre che l'Ombudsman e i soggetti che agiscono sotto la sua autorità non siano responsabili – né civilmente né penalmente – per alcuna azione od omissione compiuta in buona fede nell'esercizio delle loro

²⁷¹ Naturalmente il principio dell'indipendenza, che riguarda la stabilità della carica, è legato a quello dell'autonomia, che concerne la libera determinazione delle proprie azioni.

²⁷² Annual Report 2003, 2004 e 2005, in www.ombudsman.gov.au.

funzioni.²⁷³ Tale immunità non copre l'Ombudsman e il suo staff nel caso di divulgazione di informazioni che sono state ottenute per ragioni di ufficio, tranne naturalmente quando tale diffusione è legittima, come nelle ipotesi della redazione dei *report*, di cui si tratterà diffusamente in seguito.

Ricollegandosi a quanto sopra circa la necessità che l'Ombudsman sia indipendente, non si può tralasciare l'importanza di scegliere una persona adatta a coprire l'incarico dell'Ombudsman, che sia percepita come degna di fiducia non solo dai cittadini – utenti, ma anche dai funzionari della Pubblica Amministrazione eventuali destinatari delle sue raccomandazioni. Emerge l'importanza che l'ufficio dell'Ombudsman sia impersonificato da un soggetto autorevole, meritevole di fiducia, che abbia il coraggio di investire nelle investigazioni sistemiche piuttosto che in quelle individuali, sopportando il rischio di scontentare alcuni cittadini che hanno presentato una doglianza che forse rimarrà inevasa, ma allo scopo di evitarne delle altre.²⁷⁴

Nel corso di più di trent'anni si è assistito ad una evoluzione della figura dell'Ombudsman, derivante dall'impulso di coloro che hanno diretto l'ufficio in quegli anni. La carica di Ombudsman è stata assunta da soggetti di primissimo piano che hanno davvero fatto la differenza. Non è un caso se, nel discorso di insediamento, l'Ombudsman che assume l'incarico descrive un vero e proprio percorso programmatico, nel quale si prefigge degli obiettivi, anche in discontinuità

²⁷³ È interessante sottolineare che tale immunità riguarda la funzione nel senso più ampio, tanto che coinvolge non solo l'Ombudsman ma anche tutti coloro che lavorano per l'ufficio dell'Ombudsman.

²⁷⁴ Sull'importanza di nominare un Ombudsman autorevole, equilibrato e coraggioso allo stesso tempo, v. Interim Report of the Committee on Administrative Discretions ("Bland Committee"), AGPS, 1973. Secondo la Commissione, trovare l'uomo giusto per la carica di Ombudsman potrebbe dimostrarsi ben più difficile che definire la legislazione fondamentale del suo ufficio e dettagliare i suoi poteri e le sue funzioni.

rispetto alla gestione precedente, ed indica i mezzi che intende utilizzare per raggiungerli.²⁷⁵

2. La competenza: il carattere amministrativo

Ancorché vi siano dei precisi articoli di legge, in base ai quali si prevede che l'Ombudsman possa investigare ogni azione relativa alla materia di amministrazione, determinare i confini della competenza dell'Ombudsman non risulta facile.²⁷⁶ Il problema consiste nel comprendere cosa sia la “materia di amministrazione” e la questione è di particolare rilevanza, in quanto spesso l'Autorità amministrativa è ricorsa al Tribunale per far valere il difetto di competenza dell'Ombudsman – con lo scopo di sottrarsi al suo controllo – sostenendo il carattere non amministrativo della *res litigiosa*.²⁷⁷

L'indagine è resa più difficile a causa della mancanza di un atto normativo che definisca cosa sia la “materia amministrativa” e dall'assenza di un'interpretazione giudiziale sul punto da parte dell'Alta Corte Australiana. Per colmare questa lacuna, alcuni sostengono che si debba ricorrere all'interpretazione che è stata data ad una simile locuzione verbale presente in un altro provvedimento normativo e precisamente in una legge del 1977, dove ci si riferisce ad una decisione “di carattere amministrativo”, espressione molto simile alla “materia amministrativa”.²⁷⁸ L'interpretazione giudiziale data a quella locuzione è che, come regola generale, l'azione amministrativa si distingue da quella legislativa sulla base

²⁷⁵ Per esempio, ogni operatore che si occupi del settore riconosce che la Smith, che ha ricoperto la carica di Ombudsman, ha voluto cambiare rotta ed ha imposto all'Ombudsman del Commonwealth di smettere di seguire la gestione delle doglianze, per seguire invece obiettivi di fixing role.

²⁷⁶ Ombudsman act s 3 e 5.

²⁷⁷ Douglas and Katze, *Administrative law* Butterworths Tutorial Series, Sydney NSW, Butterworths, 1999, 280.

²⁷⁸ Withnall, in Withnall – Evans, *Administrative Law*, LexisButterworths, Sydney NSW, 2010, 82. La legge in questione è la *Administrative Decisions (Judicial Review) Act*, 1977.

del criterio che la prima consiste nell'applicazione di una legge e la seconda consiste invece nella creazione della legge. Come facilmente intuibile, in un sistema di *common law* questa distinzione teorica è quasi priva di senso e necessita, per avere un qualche valore, dell'interpretazione giudiziale. Per comprendere la complessità del problema, si intende rapidamente passare in rassegna due casi, che la Corte Federale ha deciso in modo opposto.

Nel caso *Minister for Industry and Commerce v Thooheys Ltd*,²⁷⁹ la legge imponeva una tassazione sui beni importati, con l'esclusione di alcune categorie di prodotti, la cui individuazione in concreto e caso per caso era affidata all'Autorità amministrativa. Il Ministero – per evitare di essere soggetto all'indagine dell'Ombudsman, sollecitato in tal senso da un cittadino – sostenne che la propria decisione non poteva considerarsi di carattere amministrativo, in quanto la sua attività era assimilabile ad una attività legislativa. La Corte Federale, al contrario, stabilì che in tal caso la decisione del Ministero fosse di carattere amministrativo, pur esercitando un potere discrezionale circa l'individuazione dei beni da considerare all'interno di una categoria.

Se questa conclusione può sembrare assolutamente pacifica a chi è abituato a ragionare con il sistema di *case law*, il caso seguente potrebbe invece creare qualche perplessità. Nel caso *Queensland medical laboratory v Blewett*,²⁸⁰ la legge individuava una tabella in cui, a seconda delle patologie cliniche, venivano stabilite dei compensi per i medici curanti. La legge inoltre attribuiva il potere al Ministero di modificare tali compensi e così in effetti accadde, con una decurtazione del 25 per cento. Ci si chiese se tale provvedimento avesse carattere amministrativo oppure

²⁷⁹ *Minister for industry and commerce v Thooheys Ltd* (1982) 4 ALD 661, deciso dalla Federal Court of Australia.

²⁸⁰ *Queensland medical laboratory v Blewett* (1988) 16 ALD 440, deciso dalla Federal Court of Australia.

legislativo. Ebbene in questo caso, la Corte stabilì che l'esercizio del potere del Ministro, attribuito da una legge del Commonwealth, aveva la conseguenza di modificare il dettato originario della legge e quindi era come se la stessa legge fosse stata modificata. Secondo questo ragionamento, la Corte ritenne che il provvedimento fosse di carattere legislativo.

Dai due esempi contrapposti emerge che la decisione circa il carattere amministrativo o legislativo di una questione debba essere compiuta riferendosi al caso concreto. Il sistema di *common law* non lascia l'interprete completamente in balia della discrezionalità del potere giudiziario, ma al contrario attraverso la valorizzazione del precedente mira a garantire una certa uniformità di trattamento rispetto a questioni simili, anche per evitare il ricorso continuo alla Corte. È quindi necessario riferirsi ad un altro caso, *Central Queensland Land Council Aboriginal Corp v Attorney – General*,²⁸¹ nel quale vennero stabiliti dei criteri di massima per distinguere il carattere amministrativo da quello legislativo, tra cui: (1) le decisioni amministrative applicano regole generali a casi particolari, laddove decisioni legislative determinano il contenuto delle regole generali; (2) il controllo parlamentare delle decisioni è un indicatore della natura legislativa della decisione; (3) se la decisione è sottoponibile ad una *review* nel merito, allora è di carattere amministrativo; (4) se una decisione ha un effetto vincolante, nel senso che si ripercuote direttamente su un'altra previsione normativa, allora ha natura legislativa.

Invero, a prima vista pare che non tutti questi criteri siano poi utili, in quanto sembra che taluni elenchino solo delle conseguenze del carattere amministrativo oppure legislativo dell'azione, piuttosto che dei criteri che consentano di

²⁸¹ *Central Queensland Land Council Aboriginal Corp v Attorney – General* (Cth) (2002) 116 FCR 390 at 408.

determinare, a monte, la natura di una decisione. Ad esempio, è pacifico che un provvedimento suscettibile di *review* nel merito abbia carattere amministrativo, ma il problema consiste proprio nello stabilire, in via prodromica, la natura legislativa o amministrativa di tale provvedimento.²⁸²

Nonostante una lunga esperienza giurisprudenziale, la questione circa la natura amministrativa o legislativa rimane comunque ancora aperta, come dimostra il caso *Nisselle v Brouwer*,²⁸³ nel quale la legge stabiliva che membri di una commissione medica per decidere sulle denunce di malattia professionale fossero nominati da un pubblico ufficiale, che inoltre assumeva la carica di presidente di tale organo. A seguito della denuncia di illegittimità della nomina dei commissari, il presidente della commissione si rivolse alla Suprema Corte dello Stato di Victoria evidenziando il difetto di competenza dell'Ombudsman, affinché stabilisse che la materia non poteva considerarsi amministrativa. La Corte Suprema dello Stato di Victoria stabilì invece che la materia era di carattere amministrativo, in base al criterio già adottato in precedenza, secondo cui appartiene all'azione

²⁸² In ogni caso, questi indicatori sono generalmente utilizzati per stabilire la natura amministrativa o legislativa della materia del contendere ed è interessante notare che, anche al di fuori dell'Australia, paesi con tradizione di Ombudsman come il Canada abbiano dovuto affrontare questioni simili, a testimonianza che il problema non è soltanto locale. Ebbene anche in Canada la Suprema Corte ha adottato il criterio in base al quale ciò che determina il carattere amministrativo dell'azione è l'adozione, la formulazione o l'applicazione che il Governo fa di una regola generale in una situazione particolare. In un caso molto celebre - *British Columbia Development Corp v Friedmann* (Ombudsman), 1984, 2 SCR 447, Supreme Court of Canada - la Pubblica Amministrazione stipulò un contratto con una società privata, in attuazione di una scelta governativa di bonificare un certo territorio. A seguito di un ingiustificato ritardo da parte del Ministero, la società si rivolse all'Ombudsman, che aprì un fascicolo. Il Ministero, allo scopo di evitare l'indagine dell'Ombudsman, chiese alla Corte di stabilire che la questione non fosse di carattere amministrativo, ma che riguardasse invece il potere contrattuale della Pubblica Amministrazione. La Corte sancì la competenza dell'Ombudsman, dopo aver stabilito il carattere amministrativo della controversia. Secondo la Corte, l'azione della Pubblica Amministrazione era una diretta conseguenza di una politica governativa, non rilevando che in concreto la questione fosse inerente alla materia contrattuale.

²⁸³ *Nisselle v Brouwer*, 2007, 16 VR 296 Supreme Court of Victoria.

amministrativa ciò che non è di carattere legislativo o giudiziario.²⁸⁴ Secondo la Corte, l'analisi in concreto dell'attività del pubblico ufficiale doveva considerarsi amministrativa, in quando stava esercitando un potere statutario di nomina, che non poteva essere ritenuto legislativo né giudiziario.

Come dimostrano gli ultimi due casi citati, più di trent'anni non sono bastati per raggiungere dei criteri solidi per determinare se una questione è di carattere amministrativo. È forse più opportuno limitarsi a prendere atto che, nonostante le critiche che si possono muovere, fin dalla nascita degli Ombudsman il carattere amministrativo di un'azione, che fonda la competenza di questo organismo di garanzia, è stato sempre valutato in concreto, sulla base di quei criteri di massima appena considerati, costruiti nel corso degli anni dalla giurisprudenza.

3. La discrezionalità di non investigare

Non tutte le azioni che rientrano nella competenza dell'Ombudsman sono esaminate dall'ufficio, che è dotato di un'ampia discrezionalità nel decidere se dare corso ad alcune doglianze. L'Ombudsman può scegliere di non investigare in molti e diversi casi, ad esempio se la doglianza si riferisce ad un'azione adottata più di 12 mesi prima, oppure se l'Ombudsman si convince che la doglianza è frivola o vessatoria o che non è stata presentata in buona fede.²⁸⁵ L'Ombudsman può quindi decidere di non dar corso a istanze che presentano identici motivi di doglianza, se ritiene che la questione sia già stata adeguatamente affrontata in precedenza e che pertanto istruire un nuovo procedimento varrebbe solo a sottrarre risorse ad altre

²⁸⁴ La causa che ha fatto precedente è quella di *Glenister v Dillon* 1976, VR 434, 309 Supreme Court of Victoria.

²⁸⁵ Part II, Division I, section 6 dell'Act. Questa sezione è ampia e dettagliata. Nel corpo del testo si prendono in considerazione solo alcuni tra i molti casi previsti dalla legge, atteso che in questa parte si intende dare una panoramica di massima circa l'attività dell'Ombudsman.

indagini.²⁸⁶ Similmente, la doglianza potrebbe non essere presa in considerazione se l'Ombudsman rilevasse che il ricorrente non ha un interesse sufficiente nella questione,²⁸⁷ oppure se l'istanza non è stata previamente presentata all'ufficio preposto alla ricezione di tali doglianze.²⁸⁸ A tal proposito, secondo il rapporto annuale 2008 – 2009, il 58% di tutte le istanze rivolte all'Ombudsman non hanno avuto corso proprio perché il ricorrente non aveva presentato reclamo all'apposito ufficio della Pubblica Amministrazione.²⁸⁹ La *ratio* di questa disposizione è semplice ed è legata sia alla funzione di risoluzione delle doglianze, sia a quella di miglioramento del sistema: la previa presentazione della doglianza all'ufficio competente sgrava l'Ombudsman da un rilevante carico di lavoro e consente alla Pubblica Amministrazione di affinare il proprio processo decisionale. Un'altra interessante previsione è quella che permette all'Ombudsman di non investigare, quando ritiene ragionevole che il ricorrente possa rivolgersi al potere giudiziario per risolvere la disputa.²⁹⁰ L'ampissima discrezionalità attribuita all'Ombudsman necessita di essere rapportata al caso concreto e così si ritiene che, per decidere se è ragionevole che il ricorrente adisca l'Autorità giudiziaria, si debba aver riguardo al valore della controversia.²⁹¹ Allo stesso modo, l'Ombudsman può decidere di non investigare se il ricorrente ha già esercitato il diritto di adire l'Autorità giudiziaria, a meno che non ci siano specifiche ragioni di continuare l'istruttoria. Ancora, l'Ombudsman può non dare corso ad una doglianza, se ritiene che la questione

²⁸⁶ Withnall, in Withnall – Evans, *Administrative Law*, LexisButterworths, Sydney NSW, 2010, 89.

²⁸⁷ Tale requisito è molto simile a quello dello *standing* nella *judicial review*.

²⁸⁸ Secondo lo spirito che anima la legge istitutiva, nessuno di questi requisiti rappresenta una condizione di procedibilità, ma solamente di una sorta di linee guida che l'Ombudsman generalmente osserva.

²⁸⁹ 2008 – 2009 Commonwealth Ombudsman Annual Report, 17, in www.ombudsman.gov.au.

²⁹⁰ Non tutte le doglianze che sono presentate all'Ombudsman sono infatti “giustiziabili”, come ad esempio quelle relative ad un approccio maleducato del funzionario pubblico.

²⁹¹ Withnall, in Withnall – Evans, *Administrative Law*, LexisButterworths, Sydney NSW, 2010, 90.

possa essere affrontata da un altro ufficio od Ente con competenze specifiche, come la Commissione per la *privacy* o l’Autorità australiana per le comunicazioni e i *media*.

Se decide di non investigare, l’Ombudsman è comunque tenuto a comunicare le ragioni di tale scelta sia all’utente che ha presentato l’istanza che all’Autorità contro la quale l’istanza era rivolta.²⁹²

Questa breve panoramica di alcuni casi in cui l’Ombudsman può decidere di non investigare suscita molte domande nel giurista abituato a confrontarsi con il *case law*, non ultima quella dei rapporti tra l’Ombudsman e l’Autorità giudiziaria, che potrebbe ricordare da lontano il rapporto tra il ricorso gerarchico e quello giurisdizionale. Questi casi, che da un lato sembrano essere disciplinati nel dettaglio e quindi strettamente tassativi, dall’altro lato hanno delle maglie così larghe che di fatto lasciano all’Ombudsman la scelta di investigare o di non investigare su quasi ogni questione. Basti pensare infatti che le categorie concettuali generali a cui la legge fa riferimento, come la “ragionevolezza”, non possono rappresentare dei criteri limitativi della discrezionalità dell’Ombudsman. Da ultimo, poi, il ricorrente non avrebbe alcuno strumento di tutela contro la decisione dell’Ombudsman.

Il potere di “non agire”, come sancito dalla legge istitutiva, consente una riflessione su uno dei caratteri essenziali della figura dell’Ombudsman. A fronte della generale capacità di investigare, sono previste alcune poche eccezioni in cui l’Ombudsman non è autorizzato all’indagine e molti altri casi in cui, invece, può decidere discrezionalmente di non agire.

²⁹² Part II, Division I, Section 12, che sancisce il diritto dell’utente e dell’Autorità pubblica di essere informata sull’attività dell’Ombudsman e quindi, più in generale disciplina il dovere dell’Ombudsman di mantenere una condotta del tutto trasparente.

Il potere discrezionale di non investigare, in particolari casi stabiliti dalla legge, ha senso solamente in presenza di un obbligo generale di indagine. Tuttavia, ancorché il potere di investigare sia connaturato alla funzione che giustifica l'esistenza stessa dell'Ombudsman, non esiste un obbligo - protetto da una norma sanzionatoria - di istruire e dar corso ad un procedimento per ogni istanza presentata. Sembra quindi che il potere di non investigare sia complementare, e non opposto, al potere di investigare. In altre parole, la funzione dell'Ombudsman necessita - per essere concretamente applicata - di entrambi i poteri, quello di indagare e quello - in determinate circostanze - di non indagare. Si pensi, da un lato, alla sconfinata area di competenza dell'Ombudsman, che comprende gran parte dell'attività della Pubblica Amministrazione su tutto il territorio del Commonwealth e, dall'altro, alla struttura snella del suo ufficio, composto da funzionari pubblici. In questo quadro, la non obbligatorietà dell'azione dell'Ombudsman rende di fatto possibile la sua efficacia, che altrimenti sarebbe bloccata da un eccessivo carico di lavoro, ad es. da istanze presentate in modo seriale. Inoltre, l'ampia discrezionalità del potere di non investigare consente all'Ombudsman di tralasciare - anche se non completamente - il *complaint role* e di dedicare risorse al *fixing - role*, ad es. attivandosi d'ufficio per migliorare un processo decisionale inefficiente e prevenire quindi il sorgere delle doglianze. In tal modo l'Ombudsman può davvero scegliere autonomamente dove dirigere la propria indagine. Al contrario, una regola che gli imponesse di aprire un procedimento per ogni istanza potrebbe paralizzare la sua attività o distrarre risorse preziose per un'indagine sistemica.

Ecco quindi che si riafferma l'importanza di tenere separate le due funzioni dell'Ombudsman, che - seppur accumulate dalla stessa natura, vale a dire quella di investigare - sono assolutamente diverse in quanto a finalità. Il contemperamento

della tendenziale onnicomprensività della competenza dell'Ombudsman, attraverso la dotazione di un potere discrezionale a maglie larghe e sostanzialmente privo di controllo, consente di calibrare gli obiettivi dell'ufficio tenendo conto dell'allocazione delle risorse.

Il generale potere di esaminare l'azione amministrativa, l'ampia discrezionalità nel decidere di non dare corso ad una doglianza, l'assenza di una norma sanzionatoria che punisca il mancato intervento, sono tutte previsioni finalizzate a garantire all'Ombudsman la possibilità di auto-determinare la propria azione.

In conclusione, tirando le fila di quanto descritto, risulta evidente che il principio informatore delle sezioni 5 e 6 della legge istitutiva, "Funzioni dell'Ombudsman" e "Discrezionalità di non investigare alcune doglianze" sia quello dell'autonomia, intesa come la capacità dell'Ombudsman di perseguire la sua funzione mediante il libero esercizio dei poteri stabiliti per legge, senza che un'altra Autorità possa interferire con questa determinazione.

L'autonomia permette alla persona che ricopre la carica di Ombudsman di incidere profondamente nella determinazione degli obiettivi dell'ufficio e nel corso degli anni – come diffusamente descritto in precedenza – vi è stato un sostanziale incremento delle investigazioni sistemiche rispetto a quelle originate dall'impulso di parte, come esito della volontà espressa dagli Ombudsman di concentrarsi maggiormente sul *fixing – role*.²⁹³

4. I poteri d'indagine del Difensore civico federale australiano

²⁹³ In modo tipicamente anglosassone, che privilegia la concretezza ai proclami, si assicura all'Ombudsman la propria autonomia, peraltro senza mai nominarla direttamente.

Guardiamo ora più da vicino i poteri che possono essere esercitati dall'Ombudsman in un'indagine formale, vale a dire quando l'Ombudsman ritiene di dare corso ad una doglianza oppure di iniziare un'indagine *motu proprio*, dopo aver rilevato che la materia rientra tra le sue competenze.

Ai sensi della s 8 (1) della legge istitutiva, l'Ombudsman deve comunicare l'avvio della procedura al dirigente della struttura amministrativa nei cui confronti è diretta l'indagine. Solitamente, le indagini sono condotte in forma riservata, ma l'Ombudsman ha la discrezionalità di agire nel modo che ritiene migliore. Per quanto concerne i poteri istruttori, l'Ombudsman può autorizzare un funzionario ad accedere negli uffici oggetto dell'indagine, con il potere di ispezionare tutti i documenti ivi conservati. Quando l'indagine potrebbe pregiudicare la sicurezza o la difesa del Commonwealth, occorre il permesso dell'Attorney – General o del Ministro competente.

Il potere di richiedere informazioni, anche in via coattiva, è senz'altro un altro strumento essenziale nelle mani dell'Ombudsman. Tutti i soggetti che, nell'esercizio delle loro funzioni, vengono a conoscenza di informazioni utili sono obbligati a riferirle all'Ombudsman. La legge istitutiva tiene espressamente indenne l'informatore da ogni sanzione. Più specificamente, dal punto di vista civilistico, è stato stabilito che la rivelazione di tali informazioni non costituisce una violazione del Privacy Act e, dal punto di vista penalistico, è stato previsto addirittura che la produzione di informazioni ottenute in tal modo non sia ammissibile nel processo. Inoltre, il soggetto che dovesse rendere tali dichiarazioni non incorre in alcuna violazione del segreto professionale.

Come si può notare, le previsioni legislative abbattano davvero ogni ostacolo per far ottenere all'Ombudsman tutte le informazioni necessarie alla sua indagine. La

legge istitutiva va oltre e prevede anche un procedimento coattivo di reperimento di documenti, registrazioni o ogni altro supporto contenente informazioni. L'Ombudsman può emettere un ordine scritto rivolto al soggetto in possesso di tali dati, di produrre entro un termine perentorio la documentazione oppure di rispondere a questioni rilevanti per l'indagine. Se la persona si presenta nella data stabilita, l'Ombudsman può esigere che presti giuramento. In via di eccezione, come appena notato trattando di accesso all'interno della struttura amministrativa, se la rivelazione di quelle informazioni potesse pregiudicare la sicurezza, la difesa o le relazioni internazionali, l'Attorney – General potrebbe dispensare il soggetto dal presentarsi o dal rendere quanto richiesto.

La sanzione per chi non adempie l'obbligo di prestare le informazioni richieste, o di non prestare giuramento, è della multa fino a 1000 dollari australiani o la reclusione fino a tre mesi.²⁹⁴ Inoltre, l'Ombudsman – previa informazione al Ministero – può richiedere alla Corte Federale Australiana di ordinare al soggetto di collaborare. La persona che non ottempera nemmeno in tal caso incorrere nelle conseguenze di aver violato un ordine della Corte Federale, che prevedono anche la reclusione.

Di regola, è interesse dell'istante inserire nella sua doglianza tutti gli elementi rilevanti, in quanto egli non ha diritto di essere sentito dall'Ombudsman durante l'indagine. Peraltro, in generale nessuno ha il diritto di essere sentito dall'Ombudsman, salvo quando l'Ombudsman intende pubblicare un *report* nel quale si prende una posizione critica nei confronti di un soggetto. In tal caso, l'Ombudsman deve permettere a quella persona – spesso un dirigente pubblico – di presentare delle osservazioni scritte o orali.

²⁹⁴ Sezione 36 della legge istitutiva.

L'Ombudsman può inoltre chiedere un parere al Tribunale amministrativo di appello circa la legittimità di un'azione intrapresa dalla Pubblica Amministrazione. In tal caso, l'Ombudsman deve informare il dirigente della struttura di aver effettuato tale richiesta, oppure può invitare lo stesso dirigente ad inoltrare al Tribunale amministrativo d'appello un parere circa una determinata questione.

Se dovesse sorgere una questione circa le funzioni o i poteri dell'Ombudsman, questi o il dirigente della struttura amministrativa potrebbero chiedere chiarimenti alla Corte Federale, previa informativa spedita al Ministero competente.

5. I rimedi esperibili dall'Ombudsman del Commonwealth

La caratteristica che forse più di tutte rende l'Ombudsman un organismo davvero *sui generis* è la mancanza del potere di decidere in modo vincolante. A fronte dell'ampissimo potere istruttorio, che permette di scovare le cause di malamministrazione non soltanto nel prodotto finale della P.A., vale a dire il provvedimento, ma anche nell'ingranaggio che conduce poi a tale risultato, l'Ombudsman non è pressoché dotato di alcun potere coercitivo.

Le azioni che possono essere intraprese dall'Ombudsman sono indicate in ordine sparso dalla legge istitutiva e, riassumendo, sono le seguenti: la pubblicazione di *report* circa l'attività della P.A. (S 15 – 17), i comunicati al pubblico concernenti le proprie funzioni o indagini (S 35 a); le comunicazioni di informazioni alle persone coinvolte (S 12), la notificazione alla P.A. dell'accertamento di una condotta illegittima da parte di un suo dipendente (S 8(10)- (12)), l'emissione di certificati

che accertano l'esistenza di un ritardo non giustificabile nell'adozione di un provvedimento (S 10).²⁹⁵

Ci si concentra ora sui *report*, che possono essere destinati a diversi soggetti istituzionali, quali la P.A. soggetta all'indagine, il Ministero competente, il Primo Ministro o il Parlamento. Ci sono due condizioni che devono sussistere, per permettere all'Ombudsman di produrre un *report* a seguito della sua indagine.

La prima condizione è che l'Ombudsman si sia formato un'opinione circa quali errori siano stati commessi dalla P.A. (S15 (1)). La seconda condizione (S 15 (2)) è soddisfatta quanto l'Ombudsman ritenga di aver trovato la soluzione al problema denunciato, che dovrebbe quindi essere accolta e messa in pratica dall'Amministrazione.

Quando si verificano entrambe le due condizioni, l'Ombudsman deve presentare il *report* alla Pubblica Amministrazione interessata e al Ministro competente (S 15 (6)), nel quale enuncia le ragioni che hanno formato il suo convincimento e quindi i rimedi che a suo parere devono essere posti in essere. La Pubblica Amministrazione destinataria del *report* può presentare delle osservazioni, le quali – assieme al *report* – possono essere fatte conoscere al soggetto che ha presentato la doglianza.

Generalmente, le raccomandazioni fornite dall'Ombudsman sono seguite dalla Pubblica Amministrazione, ma non si deve immaginare che ogni raccomandazione contenga indicazioni suscettibili di modificare radicalmente l'assetto della P.A.: nella stragrande maggioranza dei casi le raccomandazioni si esauriscono nella richiesta di fornire delle spiegazioni migliori a supporto della decisione o nella presentazione di scuse ufficiali, oppure talora nella modifica di un provvedimento.

²⁹⁵ Withnall, in Withnall – Evans, *Administrative Law*, LexisButterworths, Sydney NSW, 2010, 95 ss.

In ogni caso, l'Ombudsman ha il potere di verificare che la P.A. abbia adottato quanto suggeritole.

Per soddisfare la prima condizione, si richiede in particolare che l'accertamento conduca a ritenere l'azione: a) contraria alla legge, b) irragionevole, ingiusta, oppressiva o discriminatoria, c) basata in tutto o in parte su un'errata interpretazione della legge o dei fatti; che sia – in altre parole – sbagliata, considerando tutte le circostanze, d) riguardi considerazioni irrilevanti oppure implichi un uso improprio del potere, e) non adeguatamente motivata.

Questi criteri, come si intuisce, riguardano valutazioni che usualmente sono utilizzate nella *merit review* e nella *judicial review* e pertanto l'elenco non può che suscitare un moto di perplessità all'interprete. Infatti, di regola l'accertamento sull'azione amministrativa spetta alla magistratura, che spesso ha una cognizione limitata alla legittimità dell'atto e solo in casi particolari conosce il merito della decisione della P.A. L'Ombudsman del Commonwealth, invece, è un organismo *sui generis* alla quale la legge affida poteri di accertamento molto ampi, simili a quelli di una *review* sul merito, senza però l'attribuzione di poteri sostitutivi. Da un lato, a ben guardare, lo sguardo dell'Ombudsman è addirittura più penetrante di quello delle Corti, nella parte in cui può giudicare – nel senso di dare un giudizio – sull'opportunità del processo decisionale della P.A. nonché sulla decisione stessa. Dall'altro lato, tuttavia, non si deve cedere alla tentazione di considerare l'Ombudsman un particolare giudice amministrativo. Infatti, anche se l'Ombudsman ritenesse che la decisione della P.A. non avrebbe dovuto essere quella che è stata effettivamente adottata, il suo ruolo primario è quello di accertare se la P.A. ha agito in modo irragionevole. Pertanto, se nel corso dell'istruttoria la P.A. mostra di aver agito all'interno del criterio della ragionevolezza, adottando una

tra le tante decisioni discrezionali possibili, il compito dell'Ombudsman si esaurisce e – venendo meno la condizione che si è appena vista – non deve procedere con il *report*.²⁹⁶

Uno studio ha dimostrato che le Corti accolgono più facilmente ricorsi che fanno valere la violazione di norme di diritto, mentre gli altri motivi hanno poche possibilità di essere valorizzati.²⁹⁷ Vi sono quindi una serie di doglianze la cui fondatezza non viene nemmeno considerata, in parte perché viene rivolta all'Autorità che non ha gli strumenti per valutarla. All'opposto, è stato notato che i motivi principali che sono posti alla base delle doglianze rivolte all'Ombudsman non riguardano la violazione di legge, ma ragioni di opportunità, incomprensioni tra cittadini e funzionari, debolezze delle procedure amministrative. Il vantaggio di rivolgersi in primo luogo all'Ombudsman consiste nell'assenza di costi, nella rapidità del procedimento, impregiudicata la possibilità di adire la Corte in un secondo momento. Inoltre, vi sono delle ricadute positive per la collettività, in quanto se la Pubblica Amministrazione decidesse di seguire le raccomandazioni presentate dall'Ombudsman, modificando così il proprio precedente orientamento, verrebbe esclusa in radice la possibilità di ricorsi seriali per lo stesso motivo.

È accaduto ad esempio che l'Ombudsman – accogliendo la doglianza di una famiglia – non abbia condiviso l'interpretazione di una norma di legge, effettuata dal Dipartimento dei Servizi famigliari, sulla base del quale molti nuclei famigliari sono stati esclusi da un contributo governativo. Dopo l'intervento dell'Ombudsman, il Dipartimento ha modificato la propria interpretazione, adottando quella suggerita

²⁹⁶ Il criterio della ragionevolezza dell'Ombudsman si è spesso allargato fino a comprendere anche l'opportunità del provvedimento amministrativo. In altre parole, quando l'Ombudsman ritiene un atto inopportuno, rispetto alla situazione concreta, lo può considerare irragionevole, anche quando rientra tra le scelte discrezionali della P.A.

²⁹⁷ Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 82 ss.

nella raccomandazione. In tal modo molte altre famiglie hanno goduto di quel contributo, beneficiando del ricorso presentato da una sola.²⁹⁸ Un altro esempio ha riguardato il caso di un motociclista, che si è rivolto all'Ombudsman per contestare una multa per eccesso di velocità, denunciando la carenza di segnali di avvertimento dell'autovelox. La Pubblica Amministrazione, accogliendo quanto suggerito dall'Ombudsman, ha quindi annullato *ex officio* le multe a carico di 470 automobilisti, senza che questi altri avessero presentato ricorso.²⁹⁹

Invece, se la Pubblica Amministrazione non si conforma alla raccomandazione dell'Ombudsman, lo stesso può segnalare il fatto al Primo Ministro, inviando tra l'altro anche copia del *report* munito delle osservazioni compiute dalla Pubblica Amministrazione.³⁰⁰ La stessa segnalazione, in aggiunta, può essere anche rivolta al Presidente del Senato e allo *speaker* della Camera perché presentino la questione al Parlamento.³⁰¹

L'Ombudsman può inoltre emettere dei comunicati circa le azioni intraprese o riguardo le sue funzioni, se ritiene che sia nell'interesse pubblico o nell'interesse della Pubblica Amministrazione. Questo potere è altamente persuasivo per ottenere che la P.A. si conformi alle raccomandazioni proposte. L'Attorney-General può comunque proibire all'Ombudsman di rendere pubblici i risultati del proprio lavoro nei casi particolari che riguardano possibili pregiudizi alla sicurezza nazionale.³⁰²

In ogni caso, anche se l'Ombudsman non provvede ad redigere il *report*, in quanto non si sono verificate le condizioni previste dalla legge, appena completata

²⁹⁸ Inutile sottolineare che, invece, nel caso di un ricorso giurisdizionale, la sentenza avrebbe fatto stato solo tra le parti. V. Commonwealth Ombudsman, Families should get 600 AUD per child bonus payment sooner, in www.ombudsman.gov.au.

²⁹⁹ Esempio anche questo reperibile in www.ombudsman.gov.au.

³⁰⁰ (S 16).

³⁰¹ (S 17).

³⁰² Nel dettaglio sono descritti al S 9 (3).

l'indagine l'ufficio deve notiziare il soggetto che ha presentato l'istanza e la P.A. interessata.³⁰³ Tra l'altro, se durante l'indagine l'Ombudsman ritenga che un pubblico dipendente sia responsabile di una condotta illegittima, deve portare le prove di quanto sostiene al dirigente della struttura oppure al Ministro.³⁰⁴

Per quanto concerne un altro rimedio tipico, ovvero “i certificati di irragionevole ritardo”, la legge prevede che il cittadino possa rivolgersi all'Ombudsman, denunciando un irragionevole ritardo da parte della P.A. nell'adozione di una decisione discrezionale, quando non è previsto un termine per la conclusione del procedimento. Se l'Ombudsman ritiene irragionevole tale ritardo, allora rilascia al cittadino una certificazione che ha l'effetto di statuire che la P.A. ha rigettato la richiesta del soggetto istante, il quale in tal modo avrà modo di rivolgersi al tribunale per esercitare il diritto di *review*.³⁰⁵

Per dare contezza della portata dell'azione dell'Ombudsman, si ritiene opportuno descrivere taluni contenuti delle raccomandazioni, quasi sempre accolte dall'Amministrazione.³⁰⁶

Quando è accaduto che una persona si sia lamentata del fatto che la P.A. abbia sospeso l'applicazione di taluni benefici, o deciso di non proseguire in un servizio, l'Ombudsman ha richiesto di sospendere o posticipare tali azioni, così da permettere di riconsiderarne l'opportunità. Specialmente se le precedenti comunicazioni con il soggetto sono state ostacolate da limiti di carattere linguistico, culturale o da problemi di salute, l'Ombudsman ha consigliato alla P.A. di prendere

³⁰³ Si ricorda inoltre che questo è uno dei rari casi in cui il dirigente della P.A. interessato dalla raccomandazione hanno il diritto di essere sentiti dall'Ombudsman S 12 (3).

³⁰⁴ S 8 (10).

³⁰⁵ Come appare evidente, in questo caso la certificazione dell'Ombudsman non è altro che una statuizione del silenzio – rifiuto da parte della P.A.

³⁰⁶ Fact sheet 3, in www.ombudsman.gov.au.

in considerazione tale doglianza prima di continuare con la sua azione, dando in tal modo l'impressione al cittadino di essere stato ascoltato.

Si ha talvolta la sensazione che tali rimedi siano dei palliativi, che non servano poi a molto, ma che offrano illusioni a basso costo per rabbonire l'opinione pubblica. Non ritengo che si debba tuttavia cedere ad una visione così cinica, per due ragioni fondamentali. La prima è che secondo le statistiche il rimedio proposto dall'Ombudsman funziona concretamente, in quando la P.A. segue la sostanza delle raccomandazioni suggerite e non aderisce solamente in modo formale. La seconda ragione, più sottile, è che in fin dei conti spesso il cittadino si duole non tanto della sospensione del servizio o della mancata applicazione dei benefici, ma del fatto di non essere stato interpellato, di non sentirsi parte di una comunità. Naturalmente, questa sensazione si traduce in sfiducia nei confronti della P.A. ed in generale in indifferenza per il sistema di Governo, causando disinteresse e allontanamento dalla politica e quindi dalla vita democratica. Da qui la particolare attenzione dell'Ombudsman alle persone svantaggiate dal non parlare la lingua ufficiale, oppure di appartenere ad un basso ceto sociale o a minoranze etniche.

Un altro contenuto piuttosto ricorrente nelle raccomandazioni dell'Ombudsman consiste nella richiesta di riconsiderare o cambiare una decisione. Quando sembra che una decisione sia stata basata su informazioni incomplete, o quando appare che una persona non sia stata avvisata in modo corretto di quali tipo di informazione avrebbe dovuto dare per ottenere una decisione in senso favorevole, l'Ombudsman ha invitato la P.A. a modificare il provvedimento amministrativo. All'interno di questa categoria ci sono anche gli errori legali, vale a dire dovuti ad una errata interpretazione della legge, o per l'inosservanza delle norme sul procedimento amministrativo. Come si vede, in questo caso la cognizione dell'Ombudsman

potrebbe sovrapporsi a quella delle Corti, in quanto tali vizi sono certamente suscettibili di essere impugnati davanti all’Autorità giudiziaria. Questo implica, inoltre, che lo staff dell’Ombudsman debba essere dotato di personale specificamente addestrato per riconoscere tali violazioni. Tuttavia, questa categoria di rimedi non è limitata alle violazioni di legge ed abbraccia invece quello che l’Ombudsman chiama una “giustizia naturale”, vale a dire dei principi che devono essere sempre seguiti, come ad esempio quello di provvedere affinché il cittadino sia sempre informato della possibilità di essere sentito o comunque di inoltrare delle comunicazioni alla P.A., prima che questa assuma una decisione sfavorevole.³⁰⁷

Sebbene l’Ombudsman possa certamente invitare la P.A. a riconsiderare una decisione, la politica che finora è stata seguita è quella di invitare il cittadino ad utilizzare i meccanismi di *review* interna alla P.A. stessa. In questo modo, si intendono raggiungere diversi obiettivi. In primo luogo, l’Ombudsman ha visto ridursi le richieste che aumentano invece esponenzialmente di anno in anno, sottraendo risorse ad altri interventi di carattere sistemico. In secondo luogo, si è utilizzato un meccanismo che la P.A. ha implementato appositamente, come gli uffici che gestiscono le doglianze, che di certo possono risolvere la situazione in modo più rapido, in quanto conoscono in modo approfondito la realtà della P.A. nella quale lavorano. In terzo luogo, è interesse dell’Ombudsman valutare la doglianza, dopo che questa è stata trattata senza successo dall’ufficio interno preposto della P.A., in quanto in tal modo è possibile analizzare sia i motivi della doglianza, sia i motivi del fallimento di una risoluzione pacifica.

Tra i rimedi soddisfattori, un posto di primissimo rilievo va senz’altro riconosciuto alla compensazione finanziaria, categoria che raggruppa diversi istituti

³⁰⁷ Un elenco di questi principi è stato raccolto nella guida di best practice per la Pubblica Amministrazione, in www.ag.gov.au/arc.

caratterizzati dal fatto che sono tutti casi in cui la P.A. attribuisce un beneficio economico al cittadino, corrispondendo direttamente denaro oppure rimettendo un debito.³⁰⁸ Si tratta di rimedi molto importanti, non tanto per l'entità delle somme corrisposte, quanto per il risvolto favorevole nel rapporto tra l'opinione pubblica e l'Amministrazione. A fronte di un esborso assolutamente sopportabile per le casse della P.A., si offre al cittadino non solo la sensazione di essere ascoltato, ma si concedono dei benefici economici, riconoscendo di aver tenuto una condotta pregiudizievole. Il grande impatto di un'operazione del genere, anche mediatico, sta in ciò che di regola il flusso finanziario si dirige nella direzione opposta, dai cittadini alla P.A. sotto forma di tassazione, e quasi mai il contrario, anche se naturalmente il pubblico usufruisce dei servizi della stessa P.A. È questo il punto fondamentale: nel caso in cui detti servizi non siano all'altezza degli *standard* qualitativi ed anzi abbiano provocato un disagio al cittadino – utente, allora la P.A. rimborsa parte delle somme che aveva introitato.

Un altro rimedio, la “compensazione per danni” – come lesioni personali, danni alla proprietà e in genere un pregiudizio economico – consiste nell'ovviare a danni causati direttamente ad una persona per fatto di cattiva amministrazione, vale a dire tutti i casi in cui la P.A. senza giustificato motivo non ha seguito correttamente la procedura prevista, come ad es. accade quando le indicazioni date al cittadino si sono rivelate ambigue o non corrette.³⁰⁹ La P.A. può altresì corrispondere una somma di denaro per “speciali circostanze” - *una tantum* oppure per un periodo di tempo - quando una persona ha patito un danno a causa di un'azione della P.A. che ha avuto un risultato totalmente inatteso, oppure a causa di una legge che ha in

³⁰⁸ La compensazione finanziaria si applica solo a quelle P.A. previste dal Financial Management and Accountability Act del 1997. Una descrizione accurata si trova nella Finance Circular, Discretionary Compensation Mechanism, n. 2006/05, in www.finance.gov.au.

³⁰⁹ V. Fact sheet 9, in www.ombudsman.gov.au

concreto effetti discriminatori. Inoltre, la P.A. può decidere di non riscuotere le somme di un debito, quale esito di una tassazione che non avrebbe dovuto essere imposta, oppure che è stata riconosciuta quale discriminatoria.

Da ultimo, tra i rimedi utilizzabili dalla P.A., la presentazione di scuse occupa senz'altro una posizione di altissimo rilievo. Naturalmente, i rimedi devono tener conto del caso concreto. Ad es., di fronte ad episodi di maleducazione dei dipendenti pubblici, risulta chiaro che non si possono applicare le fattispecie previste dalla compensazione finanziaria. Molto spesso – semplicemente – una persona si aspetta delle scuse con cui la P.A. riconosce l'errore, si mostra dispiaciuta di quanto accaduto e si impegna ad agire diversamente in futuro. La P.A. è spesso restia a presentare delle scuse in quanto teme che tale dichiarazione possa essere valutata in giudizio come una ammissione di responsabilità. I dati statistici invece mostrano che non vi è una diretta correlazione tra la presentazione di scuse e la citazione in giudizio ed anzi una dichiarazione con cui un alto funzionario si scusa personalmente dell'operato della P.A., con una lettera *ad hoc*, che descrive nel dettaglio quanto accaduto, può invero indurre il cittadino a desistere da un'azione legale.³¹⁰ A conferma dell'importanza di tale rimedio, si deve notare che moltissime doglianze che hanno richiesto l'intervento dell'Ombudsman si sono risolte proprio con l'invito, poi accolto dalla P.A., di presentare delle scuse formali.

Risulta particolarmente interessante notare che questi rimedi, come accennato, sono totalmente nella disponibilità della P.A., anche prima dell'intervento dell'Ombudsman. Il fatto che la P.A. si attivi solamente a seguito delle raccomandazioni dell'Ombudsman evidenzia senza dubbio l'utilità di questo ufficio, nel suo ruolo di mediazione. D'altra parte, l'obiettivo a cui si tende è il

³¹⁰ Annual Report 2009 – 2010, www.ombudsman.gov.au, nella versione pdf, 170 ss.

generale miglioramento del sistema amministrativo e non solamente la risoluzione di singole doglianze. Per questo, l'Ombudsman presta grande attenzione nel verificare la frequenza dello stesso tipo di doglianze nei confronti della stessa P.A., infatti la presenza di lamentele seriali è quasi sempre indice di un problema sistemico dell'Amministrazione. In tal caso, l'Ombudsman sposta la propria attenzione e le proprie risorse nell'analizzare il procedimento che ha portato al disservizio, fornendo quindi alla P.A. gli strumenti per porvi rimedio.

Un altro punto da mettere in luce è che le modalità di investigazione dell'Ombudsman, libere da ogni schema, sono in grado di permettere la scelta del modo migliore per risolvere il problema. Spesso la difficoltà che le persone incontrano nel trattare con l'Amministrazione può essere affrontato da diversi punti di vista: il rimedio più adatto a soddisfare le esigenze di una persona può essere diverso da quello che quella stessa persona aveva pensato nel momento in cui aveva presentato la propria istanza. Così, può accadere che un soggetto intenda ottenere la totale rivisitazione di una decisione dell'Amministrazione, e al termine dell'indagine dell'Ombudsman preferisca invece una somma di denaro a titolo compensativo.

6. I criteri di buona amministrazione

Come noto, la buona amministrazione richiede qualcosa di più dell'osservanza del dettato normativo. Nel sistema australiano, spetta ai *Tribunals*, agli Ombudsman e alle agenzie di *audit* interne alla P.A. analizzare se i principi di buona amministrazione sono stati rispettati. In particolare, gli uffici dell'Ombudsman si sono impegnati molto nel cercare di dare contenuto a questi principi, fornendo degli

standard da seguire.³¹¹ Un utile esempio è dato dalle categorie di *administrative deficiency* individuate dall'Ombudsman del Commonwealth.³¹² Nonostante non si faccia un particolare uso dei *report* in quanto quasi tutte le doglianze vengono risolte in modo informale, l'Ombudsman del Commonwealth ha comunque ritenuto necessario formulare dei criteri di buona amministrazione per guidare la P.A. nell'esercizio del potere discrezionale di cui è dotata. Inoltre, questi criteri sono utilizzati anche per fornire un dato statistico pubblicato nel *report* annuale, nel senso che i casi trattati dall'Ombudsman sono disaggregati e ri – aggregati in modo tale da mostrare quanti di questi casi rientrano tra le categorie formulate. Sono state individuate 15 categorie di *administrative deficiency*, divise in due gruppi a seconda che riguardino casi individuali oppure casi che coinvolgono il sistema di funzionamento della P.A. Ci sono naturalmente dei casi che possono essere inseriti in entrambe le categorie, in quanto molto spesso il caso individuale è causato da un problema strutturale della P.A.

Tra le categorie che riguardano casi individuali, si elencano: ritardo irragionevole da parte della P.A.; inadeguata spiegazione delle ragioni;³¹³ errore procedurale;³¹⁴ errore sul fatto;³¹⁵ errore sul diritto;³¹⁶ comportamento non

³¹¹ Si tratta di una tendenza generalizzata negli Stati australiani e anche in Europa. V. Good conduct and administrative practice and effective complaint, NSW, in www.ombo.nsw.gov.au; An easy guide to good administrative decision – making, Queensland, in www.ombudsman.qld.gov.au; The Ombudsman's guidelines for conducting administrative investigations, Western Australian, in www.ombudsman.wa.gov.au. Nel Regno Unito, v. Principle of good administration, in www.ombudsman.org.uk; nella Comunità Europea, v. The code of good administrative behaviour, in www.ombudsman.europa.eu

³¹² December 2009 fact sheet 2, in www.ombudsman.gov.au. Il termine 'administrative deficiency' non è definito dalla legge istitutiva, ma è utilizzato dall'Ombudsman come sinonimo di malamministrazione.

³¹³ Es.: dare ad un utente una spiegazione incorretta o confusa circa le modalità di fruire il servizio, oppure rifiutare di provvedere ad una spiegazione scritta delle ragioni che hanno condotto a quella decisione.

³¹⁴ Quando la procedura è risultata difettosa o non è funzionata correttamente. Es.: non rispondere ad una richiesta di informazioni.

professionale di un pubblico ufficiale;³¹⁷ violazione dei doveri di ufficio da parte del pubblico ufficiale;³¹⁸ azione o decisione irragionevole o discriminatoria.³¹⁹ Tra le categorie che riguardano il sistema di funzionamento della P.A., si segnalano: conseguenze pregiudizievoli o non volute nella corretta applicazione della legge;³²⁰ conseguenze irragionevoli nell'applicazione di regole applicate da una agenzia governativa;³²¹ procedure difettose o scorrette;³²² mancanza di risorse dell'agenzia;³²³ staff dell'agenzia inadeguato;³²⁴ difetto di coordinamento tra agenzie governative;³²⁵ difetto di coordinamento tra Stati nazionali e Commonwealth.³²⁶

7. L'efficacia delle raccomandazioni e dei report

Una questione a lungo dibattuta è quella se l'Ombudsman possa essere davvero efficace anche senza essere dotato di poteri che consentono di incidere in modo

³¹⁵ Quando il processo decisionale è stato affetto da un errore, che poteva essere evitato, da parte di un funzionario. Es. inserire in modo incorretto i dati personali di un soggetto nel data base.

³¹⁶ Quando la P.A. sbaglia nell'applicazione della legge. Es.: prendere una decisione in conflitto di interessi.

³¹⁷ Es. scortesie e maleducazione.

³¹⁸ Es. rivelazione di informazioni riservate.

³¹⁹ Es. decisione basata in violazione della legge sulla parità sesso o basata sulla provenienza territoriale.

³²⁰ Es. un provvedimento normativo che ha delle inaspettate conseguenze che svantaggiano grandemente una categoria di persone senza motivo apparente, oppure una legislazione che impone particolari condizioni di pensionamento, difficili da raggiungere o discriminatorie per alcuni soggetti.

³²¹ Es. i requisiti per ottenere degli aiuti sono discriminatori o eccessivamente onerosi per alcune categorie di persone.

³²² L'ambito è molto ampio e va dalla pubblicazione di informazioni scorrette nel sito web dell'agenzia, all'errato numero telefonico, all'assenza di un sistema per gestire i reclami.

³²³ Es. un'agenzia non riesce ad evadere tutte le pratiche, per mancanza di fondi.

³²⁴ Es. dipendenti che scrivono linee guida errate, errori a ripetizione che mostrino una mancanza di preparazione per la funzione che ricoprono.

³²⁵ Es. quando una decisione deve essere presa attraverso una procedura che coinvolge diverse pubbliche Amministrazioni.

³²⁶ Es. un'agenzia del Governo federale ha delegato un'agenzia di uno degli Stati, senza adeguata preparazione e senza provvedere ad un controllo di tale attività.

vincolante sul provvedimento della P.A., modificandolo o annullandolo. L'Ombudsman è stato spesso definito una tigre senza denti, in riferimento al fatto che l'efficacia della sua azione sarebbe fortemente limitata dall'assenza di poteri vincolanti.³²⁷ Non c'è dubbio che una mancanza del genere impedisce all'Ombudsman di assicurare un rimedio veloce e penetrante come quello delle Corti. Proprio per questa ragione, l'Ombudsman frequentemente consiglia al cittadino che ha presentato una istanza di rivolgersi al potere giudiziario, se ritiene che tale doglianza sottenda una questione che possa essere più efficacemente tutelata in quelle sedi.

Posta questa necessaria premessa, bisogna però sottolineare che questo argomento è ampiamente sopravvalutato, in quanto l'efficacia dell'azione dell'Ombudsman non è direttamente proporzionale all'esercizio di poteri vincolanti. Le Amministrazioni, proprio come le persone che vi lavorano, sono inclini ad accettare una critica bene argomentata e diretta a migliorare il sistema, piuttosto che una sanzione che mira a punire una condotta, che magari costituisce una prassi da decenni. Quasi tutte le raccomandazioni poste in modo formale dall'Ombudsman sono state accolte dalle Amministrazioni alle quali sono state dirette. Anche le raccomandazioni non presentate in modo ufficiale, e quindi nella veste di meri suggerimenti, sono di regola accettate dalle Amministrazioni. Persino in situazioni urgenti dove sarebbe forse più opportuno chiedere una decisione coercitiva di una Corte, le Amministrazioni si sono dimostrate disponibili,

³²⁷ Stuhmcke, 'Each for themselves' or 'one for all'? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman, in *Federal Law Review* 1, 2010, 23.

sospendendo il procedimento fino alla conclusione dell'istruttoria dell'Ombudsman.³²⁸

Inoltre, per le questioni che riguardano ritardi, indicazioni fuorvianti, mancanza di motivazione, maleducazione dei funzionari, i rimedi più adatti sono delle spiegazioni convincenti o delle scuse e non tanto una decisione vincolante da parte di una Corte. Anche se questi rimedi non rappresentano l'espressione più alta dello Stato di diritto, non si dovrebbe sottovalutare la loro importanza nel valutare il livello di civilizzazione di un sistema di Governo, nonché nella percezione che i cittadini hanno della responsabilità delle Amministrazioni nei confronti del pubblico.

Naturalmente, la *moral suasion* è tanto più incisiva tanto più la persona chiamata a ricoprire l'incarico di Ombudsman ha delle qualità morali ineccepibili di fronte all'opinione pubblica e una forte esperienza nel rapporto con la P.A.³²⁹ Inoltre, i poteri autoritativi non risolvono di certo ogni deficienza nel potere dell'Ombudsman, in quanto spesso le raccomandazioni per lo sviluppo del sistema amministrativo non possono per natura essere contenute in un provvedimento coercitivo, ma necessitano di una rivoluzione che parta dall'interno della Pubblica Amministrazione.

La maggior parte degli studiosi sono contrari alla dotazione di poteri vincolanti in capo all'Ombudsman. Si ritiene infatti che il buon funzionamento dell'ufficio

³²⁸ Per esempio, in diverse occasioni il Dipartimento delle Forze Armate ha accettato la richiesta da parte dell'Ombudsman di sospendere il procedimento che stava portando all'esclusione di alcuni dipendenti dal Corpo, attendendo il termine dell'istruttoria. Un altro esempio è quello della decisione di un'Autorità marittima, che ha differito la demolizione di una struttura che era soggetta ad una disputa in materia di eredità, fino al momento della conclusione dell'indagine. Esempi reperibili in www.ombudsman.gov.au.

³²⁹ Biganovsky, *New values for old? Is the review genie trapped inside the lamp of scrutiny?*, in *Argument, Administrative law & Public Administration: Happily married or living apart under the same roof?*, AIAL 1994, 67.

derivi proprio dalla levatura personale e professionale della persona in carica, e dalla sua esperienza nel campo della Pubblica Amministrazione. Paradossalmente, l'attribuzione di un potere determinativo potrebbe indebolire, anzi annullare, il potere di persuasione, che sarebbe quindi inutile.

I risultati di uno studio hanno evidenziato che se l'Ombudsman potesse decidere autoritativamente, la tendenza degli uffici sarebbe quella di accorciare le indagini, spesso lunghe e defatiganti, per esercitare immediatamente il potere coercitivo, specialmente quando i casi riguardano lamentele minori.³³⁰ È stato notato inoltre che tale potere si rivelerebbe un ostacolo all'esercizio della funzione di rafforzamento del sistema amministrativo, in quanto la decisione *tranchant* permetterebbe forse di chiudere più velocemente una controversia, ma di certo non intaccherebbe la radice del problema, che si riproporrebbe di lì a poco. Ancora, l'utilizzo di poteri coercitivi comprometterebbe senza dubbio il clima di collaborazione con la Pubblica Amministrazione, necessario per favorire gli indispensabili cambiamenti che devono provenire dall'interno. Un Ombudsman simile ad un giudice potrebbe inoltre incoraggiare le parti ad adottare un approccio molto simile a quello contenzioso e non incline ad una conciliazione.

In altre parole, la dotazione di poteri vincolanti e autoritativi sarebbe contraria alla natura stessa dell'ufficio e sarebbe incompatibile con le procedure finora seguite.

Alcuni si sono dimostrati possibilisti circa l'attribuzione all'Ombudsman del potere di stabilire degli indennizzi.³³¹ Si ritiene infatti che in questo modo non si

³³⁰ Petre, Commentary: What are the Essential Features of an Ombudsman?, in Creyke and McMillan, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary*, 2nd edition, LexisNexis Butterworths, Chatswood NSW, 2009, 45.

³³¹ Anderson, *The Ombudsman – Some Nuts and Bolts*, in Douglas and Jones, *Administrative Law*, 4th ed, Federation Press, Sydney NSW, 2002, 54.

farebbe altro che riconoscere una prassi già in atto, in quanto molto spesso accade che i dipartimenti della P.A. indennizzano i cittadini che hanno sofferto di danni conseguenti ad un episodio di malamministrazione, seguendo alla lettera i suggerimenti dell'Ombudsman. Secondo questa tesi inoltre, si potrebbe limitare l'utilizzo di poteri determinativi alle sole richieste di indennizzo, in modo tale da limitare i problemi circa la sovrapposizione tra Ombudsman e Autorità giudiziaria.³³²

Le decisioni dell'Ombudsman del Commonwealth sono soggette alla *judicial review*, tuttavia molto spesso l'Amministrazione ricorre al giudice per far valere l'incompetenza per materia dell'Ombudsman e quasi mai per cercare di invalidare le conclusioni contenute nei rapporti o nelle raccomandazioni. Questo fenomeno in realtà si spiega da un punto di vista tecnico, ricordando che il potere giudiziario non può intervenire e modificare le decisioni dell'Ombudsman, perché questi non emette sentenze o verdetti. Ecco quindi la ragione per la quale l'Amministrazione motiva i suoi ricorsi lamentando la violazione della competenza: l'unica vera arma in mano all'Amministrazione è riuscire a dimostrare che l'Ombudsman si è pronunciato su materie che non avrebbe dovuto nemmeno indagare. La raccomandazione dell'Ombudsman, così priva di una efficacia vincolante, rimane quindi una voce scomoda per l'Amministrazione che non vuole ascoltare. In altre parole, in Australia l'Amministrazione non si può trincerare dietro ragioni meramente formali o tecniche, sostenendo che la propria condotta non è contro la

³³² Questa soluzione è stata trovata come un rimedio efficace per numero di lamentele ricevute degli Ombudsman dei carcerati concernenti la perdita o il danneggiamento di importanti oggetti di proprietà personale. V. la sezione relativa in www.ombudsman.gov.au.

legge oppure che il proprio provvedimento, pur impugnato di fronte al giudice, non è stato annullato.³³³

È opportuno indicare qualche risultato concreto, ottenuto dall'Ombudsman del Commonwealth nel corso del 2010.³³⁴

Cominciando dalla funzione di gestione delle doglianze, nel 2010 l'Ombudsman del Commonwealth ha ricevuto quasi 38.000 istanze, ma di queste solamente il 49% sono state considerate di competenza dell'ufficio. Oltre ai casi che si sono risolti dopo solo alcuni contatti tra il ricorrente e la P.A., l'Ombudsman ha attivato un procedimento vero e proprio per circa 4.500 casi, nei confronti di 150 agenzie governative. Nel 10% dei procedimenti, l'Amministrazione è stata ritenuta responsabile di errori o inefficienze e comunque nel 70% dei casi complessivi l'Ombudsman ha ritenuto di dover suggerire un rimedio od una soluzione. Le doglianze sono state risolte nel 77% dei casi entro un mese dalla presentazione dell'istanza.

Per quanto concerne la funzione di miglioramento della P.A., l'Ombudsman ha proceduto a 19 indagini sistemiche che hanno riguardato ad es. il procedimento di rilascio dei visti per l'ingresso nel territorio nazionale, le indagini di polizia, l'accesso alle informazioni custodite presso agenzie governative, i poteri dell'ufficio delle imposte. L'Ombudsman ha inoltre redatto tre bollettini *online* nei quali sono stati descritti recenti casi che sono stati specialmente rappresentativi ed inoltre una guida pratica – rivolta ai dipendenti pubblici che hanno a che fare con il pubblico – per gestire al meglio le doglianze presentate da parte di utenti che

³³³ Nella celebre controversia *Bounty Council v The Ombudsman*, (1995), 37 NSWLR 357, 110, viene spiegato che i poteri dell'Ombudsman sono estremamente vasti e che la Corte non ne può disporre, trattandosi di previsioni preposte alla tutela dell'interesse pubblico, attraverso il miglioramento della Pubblica Amministrazione e un costante aumento della sua capacità di rendere conto ai cittadini.

³³⁴ Annual Report 2009 – 2010, www.ombudsman.gov.au, nella versione pdf, 13 e 169 ss.

mostrano un comportamento inappropriato.³³⁵ Infine, l'Ombudsman ha sottoposto 11 interrogazioni al Parlamento per risolvere problemi di carattere sistemico della Pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda la funzione di monitoraggio delle attività di alcune Amministrazioni, per verificare che il loro operato sia stato conforme a quanto stabilito dalla legge (es. polizia federale, nell'esercizio del potere di intercettare le comunicazioni telefoniche, oppure altre agenzie con il potere di accedere alla banche dati di sistemi di sorveglianza), sono state portate a termine 31 ispezioni, che hanno coinvolto 16 differenti agenzie.

³³⁵ Si tratta di "Better practice guide to managing unreasonable complainant conduct", reperibile in pdf su <http://www.ombudsman.gov.au>, sezione publications and media.

Brevi valutazioni conclusive

Dalla disamina compiuta è emerso che in Australia l'Ombudsman rientra a pieno titolo nella compagine istituzionale. Inoltre, l'alto livello di integrazione con gli altri organismi di garanzia ha raggiunto una portata tale da spingere autorevoli studiosi a riconoscere l'esistenza di un gruppo interconnesso di istituzioni a tutela dell'integrità nell'azione della P.A.³³⁶ In Italia, invece, la mera ricognizione dei dati rilevati su base nazionale evidenzia che l'Ombudsman non è di certo considerato indispensabile nel sistema amministrativo: a livello nazionale non è previsto alcun Difensore civico, a livello regionale 7 Regioni su 20 - vale a dire circa il 30% - non hanno un Difensore civico in carica, ed una di queste ha di recente abrogato la propria legge istitutiva,³³⁷ a livello locale la legge finanziaria del 2010 ha abrogato la figura del Difensore civico comunale.³³⁸

Invero, l'analisi della disciplina positiva indica molti punti di contatto tra la difesa civica australiana e quella italiana. Infatti, le norme che disciplinano la scelta del Difensore civico e quelle dell'Ombudsman, come anche quelle che ne regolano la revoca, esprimono la stessa *ratio* di garantire la sostanziale indipendenza dell'istituzione. Le stesse somiglianze normative si possono riscontrare nel procedimento, che appare snello e privo di qualsiasi formalità, come anche per quanto concerne i poteri attribuiti al Difensore civico, la cui decisione non ha efficacia vincolante ma di solo indirizzo. Questo risultato non sorprende, perché un

³³⁶ V. cap. VI, par. 5 e 6.

³³⁷ In Campania, Umbria e Sardegna al momento il Difensore civico non è in carica e in Sicilia non è mai stato istituito. La Calabria non ha mai nominato il Difensore civico, così come la Puglia. Il Friuli Venezia Giulia ha abrogato il Difensore civico, quindi non c'è più una legge che lo preveda. V. art. 12, comma 33, L. R. Venezia Giulia n. 9 del 2008, sull'assestamento del bilancio 2008 e sul bilancio pluriennale 2008 – 2010, in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione, vale a dire il 23 agosto 2008.

³³⁸ L. n. 191 del 2009. Certo, rimangono i difensori civici istituiti dalle Province, di cui peraltro ad ogni legislatura si discute l'abrogazione. Allo stato, con provvedimento normativo si è deciso di provvedere all'abrogazione delle Province con legge costituzionale.

Paese che si voglia dotare di una difesa civica che funzioni – almeno in linea teorica – non può prescindere dai requisiti fondamentali che contraddistinguono gli organi di garanzia, quali l'indipendenza, l'autonomia, la rapidità nel definire un procedimento e la possibilità di rendere pubbliche le raccomandazioni. Al contrario, sorprende il fatto che – pur presentando così tante somiglianze – l'Ombudsman del Commonwealth e il Difensore civico regionale siano istituzioni così diverse.

Le ragioni di queste differenze sono molteplici e collegate a numerose variabili, anche di carattere culturale e storico, oltre che giuridico. Nonostante la diversità del contesto sociale, si ritiene possibile trarre delle conclusioni dall'indagine sin qui svolta, sottolineando l'esistenza di alcuni aspetti fondamentali che hanno giocato un ruolo importante per il successo dell'Ombudsman australiano e che possono considerarsi la causa delle difficoltà incontrate dalla difesa civica italiana.

Si deve premettere che la diversità della fonte normativa - da un lato una pluralità di leggi regionali, dall'altro un unico provvedimento normativo federale - ha reso necessaria una forzatura per unificare i tratti caratteristici della difesa civica italiana, pur in assenza di una disciplina specifica.

Invero si ritiene che proprio quest'aspetto – quello della mancanza di una legge nazionale che istituisca il Difensore civico italiano – sia una delle più importanti cause che hanno impedito lo sviluppo della difesa civica nel nostro Paese. Parallelamente uno dei motivi che hanno fondato il successo dell'Ombudsman del Commonwealth è certamente da individuarsi nella legge istitutiva federale, unica per tutto il territorio e novellata molte volte nel corso di quasi quarant'anni, garantendo ad essa attualità e, al contempo, la conservazione dei tratti originari.

Il vantaggio dell'istituzione di un Difensore civico nazionale non consiste solamente nell'estensione delle competenze alle strutture amministrative dello

Stato, ma soprattutto nell'imputazione ad esso di un ruolo di guida e coordinamento di tutte le altre figure di garanzia, che consente di limitare al massimo il frazionamento della tutela, dovuta a discipline frammentarie. Inoltre, la caratteristica di essere l'unico per tutto il territorio nazionale permette all'Ombudsman di godere di maggiore visibilità, di essere riconoscibile dai cittadini e di mantenere l'autorevolezza di necessaria per essere ascoltato dai membri del Parlamento che lo hanno designato.

Un'altra conseguenza dell'assenza di una normativa nazionale è rappresentata dalla grave difficoltà di reperire un dato statistico puntuale. In Italia, la mancanza della certezza dei dati impedisce ogni seria analisi che voglia valutare in modo unitario le attività dei Difensori civici regionali, ciascuno dei quali predispone statistiche che prendono in considerazione aspetti diversi. In Australia, al contrario, le statistiche sull'attività svolta consentono una rapida ed efficace comparazione tra la situazione del passato e quella attuale, permettendo di verificare se gli strumenti utilizzati sono stati idonei a raggiungere i risultati prefissati.

Un ulteriore elemento che ha contribuito allo sviluppo della difesa civica australiana è senz'altro l'efficace gestione manageriale ad opera delle persone che hanno coperto l'incarico di Ombudsman. Ogni mandato infatti è stato diverso dal precedente e caratterizzato da differenze molto rilevanti – sia per quanto concerne gli obiettivi da raggiungere, sia per quanto riguarda le modalità di azione – a seconda della concezione della *mission* dell'Ombudsman.³³⁹ Sul piano organizzativo, la libertà di cui ha goduto ha consentito all'Ombudsman di aprire alcuni uffici locali, prevedendo una piattaforma minima di regole e livelli essenziali di garanzia che consentono di rendere omogeneo il procedimento in tutto il

³³⁹ Si ricorda infatti che l'Ombudsman è passato dal gestire semplici doglianze al monitorare l'attività della P.A., risolvendo problemi sistemici. Sul punto, v. cap. IV, par. 3 e 4.

territorio nazionale. Anche in Italia si è assistito ad un esperimento simile, rappresentato dal Coordinamento nazionale dei difensori civici, costituito con l'obiettivo di perseguire la concertazione tra i soggetti istituzionali.³⁴⁰ A ben guardare, tuttavia, le due esperienze hanno risposto a due esigenze contrapposte: in Australia, l'Ombudsman federale ha avvertito la necessità di decentrare per essere presente capillarmente sul territorio, mentre in Italia i Difensori civici hanno creato una rete per sopperire alla mancanza di una normativa nazionale, demandando ad un organismo associativo sovraordinato, qual è il Coordinamento nazionale, l'attuazione di politiche comuni per la valorizzazione della difesa civica.³⁴¹

Venendo ora a trattare delle funzioni tipiche della difesa civica, a fronte della sobrietà contenuta nella legge istitutiva dell'Ombudsman – che riserva ad esso il compito di esaminare l'azione amministrativa – i provvedimenti normativi regionali che attribuiscono funzioni al Difensore civico colpiscono per la solennità e l'altisonanza delle formule ("garanzia, promozione, stimolo per il miglior funzionamento delle Amministrazioni e dei servizi pubblici", "assicurare il buon andamento, la tempestività, la correttezza e l'imparzialità dell'azione amministrativa").³⁴² La laconica formulazione della legge australiana ("esaminare un'azione in materia amministrativa"), tuttavia, non ha mai rappresentato un limite

³⁴⁰ Il coordinamento nazionale, composto dai Difensori Civici in carica delle Regioni e Province autonome, agisce tramite la Segreteria di un Difensore civico eletto collegialmente e ha sede a Roma, presso la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome. Sui rapporti tra Difensori civici, v. Falqui Massida, *Moltiplicazione dei difensori civici in regione. Rapporti tra difensori civici regionali e difensori civici per gli Enti locali*, in *Reg. e gov. loc.* 1992, 525; Ferrara, *Il Difensore civico: forme associative e di cooperazione tra Comuni*, in *Comuni d'Italia* 1999, vol IX, 1207 ss.

³⁴¹ Tra le finalità del Coordinamento nazionale si ricordano la promozione di iniziative di coordinamento tra Difensori civici e lo sviluppo delle relazioni con il Governo e il Parlamento nazionale.

³⁴² Il primo inciso è contenuto nella L.R. Emilia Romagna n. 25 del 2003, il secondo è invece della L.R. Sardegna n. 4 del 1989, ma sono esempi che si possono ritrovare in tutte gli atti normativi di tutte le Regioni.

alla concreta azione dell'Ombudsman, mentre gli obiettivi individuati dalle leggi regionali italiane sono rimasti molto spesso inattuati.

D'altra parte, non sembra corretto comparare i risultati ottenuti dalle due istituzioni prendendo in considerazione valori assoluti, come il numero delle doglianze risolte o quello dei problemi sistemici affrontati. Bisogna sottolineare infatti che il diverso contesto in cui opera l'Ombudsman australiano è decisivo ai fini del funzionamento di quest'organo e, probabilmente, anche se il Difensore civico italiano potesse attingere alle stesse risorse non sarebbe comunque in grado di raggiungere gli stessi risultati. In altre parole, se l'Ombudsman del Commonwealth si trovasse ad operare nell'ordinamento italiano non riuscirebbe mai ad eguagliare gli obiettivi raggiunti in Australia, a causa delle profonde differenze tra i due sistemi amministrativi. Si prenda ad esempio la funzione di gestione delle doglianze: se l'Amministrazione non si attiene alle raccomandazioni che le vengono rivolte, l'Ombudsman del Commonwealth può porre in essere una serie di attività volte a rendere pubblica la situazione, ed informare la popolazione che la scelta della P.A. si è rivelata insufficiente, scorretta, discriminatoria oppure semplicemente sbagliata nel merito. Questa misura – che fa pensare più ad una tecnica di *lobbying* che di *moral suasion* – consente di rappresentare l'opinione dell'Ombudsman senza alcun contraddittorio, visto che la divulgazione di queste informazioni non consente repliche da parte dell'Amministrazione. È evidente che questo profilo risulta intimamente legato non tanto alla dotazione dei poteri del Difensore civico – che come abbiamo visto sono pressoché identici a quelli dell'Ombudsman – quanto all'effettività delle sue raccomandazioni: in Italia non ci si può aspettare la stessa incisività dall'azione del Difensore civico regionale, atteso che le scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione – e specialmente quelle

attinenti al merito amministrativo – sono difficilmente sindacabili, anche da parte di un’istituzione diversa dal potere giudiziario.

Un altro esempio è offerto dall’altra funzione tipica dell’Ombudsman, ovvero l’azione proattiva per indurre un miglioramento nella P.A.: a questo riguardo, un punto di forza dell’esperienza australiana è rappresentato dall’impiego di uno staff di funzionari, addestrati ad indagare le inefficienze del processo decisionale ed inviati a seguire da vicino il lavoro nei diversi uffici dell’Amministrazione. L’aspetto funzionale in tal caso è strettamente legato a quello organizzativo, perché i funzionari hanno la possibilità di svolgere il loro lavoro nel modo migliore solo se sono inquadrati nella struttura organizzativa del Difensore civico, che deve essere separata da quella dell’Amministrazione che sono chiamati a controllare. Per evitare qualsiasi conflitto di interessi, infatti, la valutazione del loro operato – con ricadute sulla corresponsione del trattamento stipendiale accessorio legato alla produttività o sullo sviluppo della carriera – deve essere effettuata da dirigenti appartenenti allo stesso loro ufficio – quello del Difensore civico. In Australia, nel corso degli anni l’ufficio dell’Ombudsman ha visto aumentare in modo sostanziale il numero dei funzionari pubblici incardinati nella struttura organizzativa separata dell’Ombudsman, che arriva oggi a contare un numero di 140 dipendenti. In Italia purtroppo la basilare esigenza di tenere separate le sorti del controllante da quelle del controllato è di difficile attuazione, atteso che l’esiguo numero dei dipendenti regionali che prestano servizio presso il Difensore civico non giustifica la costituzione di un’organizzazione separata, con il risultato che questi funzionari risultano quasi sempre inquadrati nell’organigramma del Consiglio regionale.³⁴³

³⁴³ Da una disamina del numero dei funzionari addetti all’ufficio del Difensore civico in diverse Regioni, non sembra che vi siano problemi di sotto-dimensionamento (il Difensore civico in Veneto

L'esistenza di differenze fondamentali tra i due sistemi amministrativi non deve però far ritenere che la difesa civica italiana non abbia spazi sufficienti per migliorare, come ad es. nell'attività di mediazione, che spesso si esplica in una mera ricognizione di posizioni contrapposte del cittadino e della P.A., senza suggerire una soluzione concreta.³⁴⁴

Dopo aver osservato i punti di contatto tra le due istituzioni, si è proceduto ad individuarne le differenze, distinguendo quelle che derivano dal diverso ordinamento (come le difficoltà per consentire un sindacato sul merito amministrativo) da quelle che invece sono imputabili alla volontà politica (come l'assenza di una legge nazionale). La disamina non sarebbe completa se non si prendessero in considerazione almeno altri due motivi che hanno contribuito al successo dell'Ombudsman del Commonwealth, vale a dire l'appoggio della popolazione e un *budget* sufficiente per permettergli di lavorare.

Per quanto concerne il primo motivo, l'Ombudsman australiano si è reso conto fin dall'inizio che una nuova istituzione deve innanzitutto cercare di ottenere la fiducia delle persone alle quali intende offrire un servizio. Una volta ottenuta l'attenzione dei cittadini, tutti gli Ombudsman che si sono succeduti sono stati chiamati a rafforzare il rapporto fiduciario con gli utenti, principalmente dimostrando la propria terzietà, all'occorrenza contrapponendosi in modo risoluto e chiaro all'Amministrazione. Il percorso che conduce al successo della difesa comincia con l'appoggio dell'opinione pubblica, la cui indignazione moltiplica la forza persuasiva dell'Ombudsman nei confronti degli amministratori pubblici. In Italia – seppur con le lodevoli eccezioni di cui si è dato conto – nella maggioranza

conta su 8 collaboratori, in Lombardia 22, nelle Marche 6, in Toscana 15) anche se naturalmente in termini assoluti questi numeri non consentono di avere una struttura organizzativa separata.

³⁴⁴ Come si è avuto occasione di notare al cap. III, par. 3, l'esempio del Difensore civico del Piemonte mostra che è possibile raggiungere buoni risultati anche a legislazione invariata.

delle Regioni non si è assistito a nulla di tutto ciò, ed anzi, in assenza di una forte partecipazione popolare, il Difensore civico regionale è apparso un interlocutore debole per la P.A., che ha potuto semplicemente ignorare le sue richieste senza alcuna conseguenza, scoraggiando ancor di più i cittadini circa l'efficacia dell'azione di questo organo di garanzia.

Per quanto concerne il secondo motivo, anche per il Difensore civico vale la considerazione generale che, in assenza di idonee risorse economiche, la disciplina normativa più avanzata e i poteri più incisivi sono assolutamente inutili.³⁴⁵ La questione è tanto più importante laddove l'istituzione che necessita di essere finanziata sia titolare di funzioni di controllo, o anche di mera analisi, nei confronti del soggetto che ha il potere di decidere l'ammontare delle risorse economiche da trasferire ad essa.

Il rischio da scongiurare è quello di un conflitto di interessi, che permetta anche solo di insinuare che l'attività o l'inerzia del Difensore civico sia potenzialmente dettata da necessità di ottenere le risorse necessarie al proprio funzionamento. Un pericolo del genere si verifica più frequentemente in presenza di un ufficio di dimensioni ridotte, dove il controllo dell'opinione pubblica è minore e la pressione politica è maggiore – come nell'esperienza dei Difensori civici regionali – piuttosto che nei confronti di una imponente struttura come l'Ombudsman del Commonwealth.

Inoltre, anche senza immaginare tali ipotesi di conflitto, basta la considerazione che un finanziamento appena sufficiente a coprire i costi dell'ordinaria

³⁴⁵ L'autonomia lasciata al Difensore civico federale non è solamente il risultato di una previsione di legge ma poggia – più concretamente – nelle risorse economiche di cui è stato dotato l'ufficio. La libertà di decidere dove indirizzare i fondi posti a budget ha reso possibile gestire l'istituzione in un modo molto efficace, ad esempio aumentando le operazioni di marketing, oppure destinando più funzionari alle ispezioni periodiche.

amministrazione elimina in radice la possibilità di investire in nuove attività, necessarie per lo sviluppo della difesa civica.³⁴⁶ Tutte le innovazioni che hanno avuto origine dall'intuito degli Ombudsman succedutisi nel corso degli anni e che poi si sono consolidate sono state possibili grazie all'impiego di risorse economiche di cui il Difensore civico australiano poteva liberamente disporre nell'esercizio delle sue funzioni.

In Italia, l'insufficiente finanziamento ai Difensori civici regionali, che spesso viene denunciato nelle loro relazioni annuali, mostra con chiarezza la scarsa volontà politica di investire effettivamente nella difesa civica.

In conclusione, da questa indagine emerge che talune Regioni hanno compiuto lodevoli sforzi per far funzionare un'istituzione *sui generis*, che sconta però l'assenza di un modello nazionale di riferimento. Per raggiungere i risultati ottenuti in Australia, al netto delle differenze culturali e giuridiche tra i due Paesi, si dovrebbe innanzitutto partire dall'approvazione di una legge che istituisca il Difensore civico dello Stato italiano, supportato da adeguati finanziamenti: il ruolo di guida e coordinamento che questa nuova istituzione avrebbe nei confronti dei Difensori civici regionali potrebbe senz'altro imprimere una forte accelerazione allo sviluppo della difesa civica, assicurare l'unitarietà dell'azione di questo ufficio, e garantire livelli minimi di prestazioni a favore dei cittadini.

³⁴⁶ Si pensi ad es. all'apertura di nuovi uffici periferici oppure all'addestramento specifico per i funzionari preposti ad indagare e risolvere i problemi sistemici della P.A.