

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

IL DIFENSORE CIVICO

Documento del 30 settembre 2015

F

N

C

SOMMARIO: 1. Quadro normativo. – 2. Ambito di attività. – 3. Chi può ricoprire il ruolo di difensore civico?

1. Quadro normativo

Il Difensore civico è un organismo che si occupa di garantire i diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei servizi pubblici, anche se gestiti da privati.

Dunque si intuisce subito come la figura del difensore civico si caratterizza per una multidisciplinarietà, tenuto conto della vastità di temi che è chiamata a gestire.

La sua origine risale al 1809, quando la Svezia istituì la figura dell’*“Ombudsman”* che significa “colui che fa da tramite”.

Solo nel XX secolo si diffuse questa figura in gran parte dei paesi europei fino all’istituzione nel 1992 da parte dell’Unione Europea di un proprio Ombudsman denominato “Mediatore Europeo” che trova una propria investitura nel testo della Costituzione europea.

A livello italiano si segnala purtroppo, diversamente da altri paesi dell’Unione Europea, l’assenza di un Difensore Civico Nazionale, nonostante la sua presenza sia raccomandata anche dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite che con varie risoluzioni ne caldeggia l’istituzione ed il rafforzamento della funzione e del ruolo autonomo ed indipendente.

Infatti, autonomia ed indipendenza rappresentano requisiti fondamentali per poter svolgere l’attività di difensore civico, non è un caso che molti regolamenti di enti locali che disciplinano la figura del difensore civico rechino indicazioni in merito ad eventuali cause di incompatibilità richiedendone la rimozione al fine di poter svolgere questa delicata funzione senza condizionamenti (si pensi ad esempio all’assunzione dell’incarico di difensore civico da parte di soggetti che sono al contempo membri di organi politici, di governo o di controllo dell’ente che lo ha nominato o degli enti in esso ricadenti o società partecipate dagli stessi).

Allo stato attuale in Italia risultano in essere Difensori Civici Regionali istituiti con leggi regionali già a partire dagli anni ’70, successivamente la Legge 142/1990 all’art. 8

ha introdotto la possibilità per province e comuni di istituire il difensore civico, delegando ai loro statuti la disciplina circa la nomina, prerogative, mezzi nonché rapporti con il consiglio provinciale o comunale; possibilità inserita anche nel Testo Unico degli Enti Locali (D.Lgs. 267/2000 T.U.E.L.) all'art. 11.

Tuttavia, circa 20 anni dopo dall'istituzione di questa figura introdotta con la L. 142/90, la Legge Finanziaria 2010 (art. 1, comma 186, L. 191/2009), al fine di contenere la spesa pubblica, ha soppresso la figura del difensore civico comunale facendo confluire la funzione del difensore civico comunale nel livello provinciale ridefinendolo "difensore civico territoriale" a patto che i comuni sottoscrivano con la provincia di riferimento apposite convenzioni.

Si viene pertanto a delineare un quadro articolato come segue:

1. i difensori civici comunali sono stati aboliti;
2. il difensore civico nazionale non è stato istituito;
3. il difensore civico territoriale, ove presente, gestisce per competenza le casistiche della provincia che lo ha nominato, dei comuni ricadenti nell'ambito territoriale della provincia se risulta sottoscritta la convenzione;
4. il difensore civico territoriale agisce di prassi in via collaborativa nei comuni ricadenti nell'ambito della provincia che lo ha nominato qualora la convenzione non sia stata perfezionata;
5. il difensore civico regionale agisce per competenza sulle istanze di carattere regionale,
6. se la legge regionale lo prevede agisce per competenza anche nei confronti di comuni e province sprovviste di difensore civico, diversamente qualora la legge regionale non lo stabilisca è prassi diffusa un intervento di carattere collaborativo, laddove non esiste un difensore civico territoriale.

Nei casi 4) e 6) l'intervento in via collaborativa è giustificato dalla volontà di rendere utile il servizio di difesa civica che diversamente verrebbe svilito, considerato che la funzione amministrativa è attribuita prioritariamente ai comuni (in proposito si veda l'art. 118 della Costituzione) e proprio da tali enti arriva il maggior carico di lavoro.

Infatti, l'intervento in via sussidiaria è previsto per disposto normativo in una sola fattispecie, vale a dire nel caso del diritto di accesso di cui all'art. 25, comma 4, della L. 241/90. In base a tale norma qualora il difensore civico competente per territorio "non

sia stato istituito, la competenza (a riesaminare la determinazione di un eventuale diniego di accesso) è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore”.

La norma così come scritta fornisce una sorte di gerarchia distinguendo di fatto fra difensore civico comunale (attualmente non più esistente), difensore civico territoriale e difensore civico regionale; negli altri casi, diversi dalla richiesta di accesso agli atti, non si rinviene un principio di sussidiarietà formalizzato in una disposizione normativa e, quindi, il difensore civico (territoriale/regionale) nei casi non di espressa competenza interviene in via collaborativa. Anzi, è forse la legge finanziaria 2010 (art. 1, comma 186, L. 191/2009) che sopprimendo la figura del difensore civico comunale fornisce una sorta di legittimazione all'attività svolta in via collaborativa per offrire un servizio venuto meno.

Oltre a quanto sopra evidenziato, contribuisce ad una frammentazione dell'attività di questo organismo anche l'attuale contesto di incertezza normativa in cui si trovano ad operare le province per le quali è in essere una riforma che redistribuisce le competenze e ridisegna gli organi e le loro funzioni, motivo per cui a livello nazionale al momento risultano designati solo pochi difensori civici territoriali.

A livello nazionale, data l'inesistenza di un difensore civico, opera a decorrere dal 1994 il Coordinamento della Conferenza nazionale dei Difensori civici delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, quale organismo associativo per la diffusione e la valorizzazione del ruolo istituzionale della difesa civica. La finalità è di garantire a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro residenza, la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ad ogni livello; di promuovere la piena affermazione dei diritti umani e di cittadinanza, sanciti dall'ordinamento italiano e dalle risoluzioni europee e internazionali; di sviluppare i rapporti con il Mediatore Europeo. Oltre a questo il Coordinamento nazionale sostiene e promuove nelle sedi istituzionali l'approvazione di una legge quadro sulla difesa civica ed istituzione di un difensore civico nazionale.

Proprio nel 2014 si registrano due eventi significativi che fanno ben sperare circa la possibilità di istituire un difensore civico nazionale, il 2 ottobre a Palazzo Montecitorio è stato presentato il primo Rapporto annuale del coordinamento nazionale ed il 5 novembre il Governo ha espresso parere favorevole ad un ordine del giorno che

impegna il Governo ad affiancare le iniziative di riforma della giustizia civile con iniziative di valorizzazione della difesa civica come strumento di deflazione del contenzioso tra cittadini e pubbliche amministrazioni, rafforzandone funzioni, poteri ed ambiti di attività.

2. Ambito di attività

La difesa civica nasce come forma di garanzia pre-contenziosa, caratterizzandosi per un accesso semplice ed informale per i cittadini in quanto la sua attivazione non richiede formalità procedurali ed è gratuita. Lo scopo è quello di correggere le disfunzioni e le inefficienze dell'agire delle pubbliche amministrazioni avendo come obiettivo quello di garantire l'attuazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione. Al contempo la difesa civica offre un supporto agli organi giurisdizionali che vengono parzialmente sgravati di controversie minori che trovano una soluzione mediante l'intervento di un soggetto terzo.

A rafforzare l'idea del difensore civico quale figura di garanzia interviene anche l'art. 136 del T.U.E.L. stabilendo che qualora “gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo.

Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico”.

L'ambito di attività in cui si trova ad operare un difensore civico si caratterizza per un'elevata multidisciplinarietà che richiede conoscenze in vari settori quali il diritto amministrativo, diritto commerciale/societario, diritto tributario, contabilità pubblica, conoscenze economiche-giuridiche declinate in vari settori: previdenza, assistenza sanitaria, circolazione stradale solo per fare alcuni esempi e non ultime conoscenze sulle tecniche di mediazione.

Infatti, il difensore Civico può essere investito di pratiche che possono in via del tutto esemplificativa essere classificate come segue:

- diritto di accesso;
- servizi pubblici;

- edilizia residenziale pubblica e privata;
- attività produttive;
- turismo;
- ambiente;
- previdenza;
- sanità;
- cultura;
- servizi demografici;
- tributi.

Dei settori sopra menzionati, che richiedono tutte competenze adeguate, alcuni di questi devono essere approfonditi al fine di comprendere meglio l'attività di un difensore civico.

La materia del diritto di accesso rappresenta uno dei rari casi di "procedimentalizzazione" dell'attività del difensore civico, essendo lo stesso legislatore a fissare i termini di decadenza entro i quali i cittadini, se vogliono, devono presentare l'istanza ed entro il quale la difesa civica deve provvedere.

Tenuto conto della facilità con cui si può richiedere l'intervento del difensore civico e della sua gratuità, i richiedenti l'accesso a documenti amministrativi che se lo sono visto negare dalle amministrazioni comunali, provinciali o regionali in modo espresso o tacito spesso ricorrono al difensore civico considerato che tale scelta non preclude la possibilità di rivolgersi al Tar. Infatti la presentazione della richiesta di riesame al difensore civico interrompe il termine per ricorrere al tribunale amministrativo. Oltre a ciò, la gratuità dell'intervento incentiva molti cittadini a rivolgersi in prima battuta al difensore civico.

Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi è collegato a una riforma di fondo dell'Amministrazione, ispirata ai principi di democrazia partecipativa, della pubblicità e trasparenza

Dell'azione amministrativa desumibili dall'articolo 97 della Costituzione, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e all'attività amministrativa quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi ed illegalità, oggi peraltro tema particolarmente ricorrente.

Evoluzione naturale della normativa di cui alla L. 241/90 è la normativa su anticorruzione e trasparenza di cui alla L. 190/2012 e D. Lgs. 33/2013.

Ad oggi quindi la materia del diritto di accesso presenta profili di complessità derivanti dall'interconnessione fra discipline normative anche recenti che attengono il difficile rapporto fra accesso, privacy e trasparenza.

Il D.Lgs. 33/2013 ha introdotto il c.d. "accesso civico" che prevede, diversamente dall'accesso classico di cui all'art. 22 della L. 241/90 che richiede un interesse concreto diretto ed attuale per poter richiedere l'accesso a documentazione amministrativa, la possibilità di chiunque e senza obbligo di motivazione, qualora la P.A. abbia omesso la pubblicazione obbligatoria di determinati documenti, di richiederli ed il correlato obbligo della P.A. di pubblicare tali dati e documenti sul proprio sito web, nonché la contemporanea trasmissione al richiedente.

Rispetto all'accesso classico, con il nuovo istituto (accesso civico), limitatamente a determinati atti, il diritto di accesso fuoriesce dai ristretti confini procedurali per divenire strumento di promozione della trasparenza in funzione democratica; tuttavia i due istituti non sempre convivono in modo pacifico, non mancano infatti sul tema sentenze che si stanno già occupando del rapporto fra accesso classico ed accesso civico.

Un'ulteriore aspetto di complessità deriva dal fatto che la richiesta di diritto di accesso può essere rivolta non solo verso la P.A., ma anche ad aziende autonome e speciali e gestori di pubblici servizi.

Infatti, nella gran parte dei casi i pubblici servizi sono gestiti dalla P.A. mediante società partecipate che assumono solitamente la forma di società di capitali e risultano anche queste, oltre alla P.A., destinatarie delle normative in materia di anticorruzione e trasparenza.

Ma qui la previsione pone non pochi problemi di interpretazione ed attuazione alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, in proposito si vedano anche le recentissime "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici" prodotte congiuntamente da Mef ed Anac (Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015).

È evidente come specialmente in questa fattispecie l'equilibrio fra diritto di accesso e riservatezza sia particolarmente delicato, motivo per cui Assonime, nella primavera scorsa in occasione della pubblica consultazione delle linee guida sopra richiamate, ha invitato a procedere con cautela nell'estendere questo tipo di normative a società pubbliche valutando l'opportunità di distinguere quelle che svolgono funzioni amministrative da quelle che svolgono normale attività d'impresa sul mercato che potrebbero risultare danneggiate sul piano della competitività per effetto di norme troppo stringenti.

Oltre ai due istituti accesso "classico" e "civico", il Legislatore ha previsto nel nostro ordinamento anche altre due forme di accesso di cui agli artt. 10 e 43 del D.Lgs. 267/2000 (T.U.E.L.), una pluralità di strumenti che certo renderebbe opportuna una rivisitazione organica di questo istituto che si misura quotidianamente con i temi della trasparenza, anticorruzione e riservatezza.

Rispetto ai due istituti quello classico e civico, che presuppongono rispettivamente per il loro esercizio, un interesse concreto, diretto ed attuale in un caso e la mancata pubblicazione di determinati atti e documenti nell'altro, il T.U.E.L. all'articolo 10 sancisce un principio generale di pubblicità degli atti degli enti, mentre l'art. 43 sempre del T.U.E.L. istituisce una particolare categoria di diritto di accesso riservato ai soli consiglieri comunali e provinciali.

In questo ultimo caso ai consiglieri viene riconosciuto il privilegio di poter ottenere tutti gli atti che possono essere "utili all'espletamento del proprio mandato"; quello del consigliere è un diritto amplissimo che non incontra limiti né di carattere temporale, né di carattere oggettivo, tantomeno di riservatezza in virtù del fatto che al Consigliere a cui vengono rilasciati i documenti richiesti è imposto l'obbligo di mantenere il segreto nei casi previsti dalla legge.

Oltre alle forme sopra dettagliate, esiste anche un ulteriore diritto di accesso in materia ambientale così come previsto dal D.Lgs. 195/2005 che si differenzia dal diritto di accesso "classico" per l'estensione dei soggetti legittimati all'accesso e per il contenuto delle cognizioni accessibili. Infatti, in deroga alla disciplina di cui alla L. 241/90, che richiede "un interesse diretto, concreto e attuale", in caso di accesso ambientale non deve essere dichiarato l'interesse per avere accesso alla documentazione ed informazioni ambientali richieste.

Infine, si segnala la presenza presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi istituita nel 1991 a seguito dell'entrata in vigore della L. 241/90 sul procedimento amministrativo, la Commissione gestisce le richieste di diritto di accesso concernenti le determinazioni adottate dalle amministrazioni statali o dai soggetti ad esse equiparati operanti in ambito ultraregionale; quindi in ambiti non di competenza dei difensori civici siano essi territoriali o regionali.

Questo approfondimento sul diritto di accesso evidenzia la necessità di un riordino dell'intera disciplina che al momento si presenta frammentata e non priva di insidie per i difensori civici che si trovano ad applicarla.

Oltre al tema del diritto di accesso, tema complesso e di forte attualità tenuto conto anche delle recenti novità legislative, il difensore civico è chiamato a svolgere la propria attività di garante dell'imparzialità anche in altri ambiti come sopra richiamati (cultura, tributi, assistenza sanitaria e previdenziale, ambiente, cultura, servizi demografici ecc.).

Proprio il tema dei tributi si presenta come un ambito di particolare interesse, data la mole di tributi locali gestiti dagli enti e loro società partecipate; basti pensare alle controversie che possono instaurarsi fra cittadini ed enti locali in relazione alla bollettazione, richiesta di informazioni, avvisi di mancato pagamento in ordine ai vari tributi: Imu, Tasi, Tari, imposta sulla pubblicità ecc..

Anche sul fronte delle sanzioni al codice della strada il difensore civico può essere investito di varie istanze da parte dei cittadini specialmente nella fase pre-contenziosa prima di rivolgersi al Giudice di Pace. Fase particolarmente utile per vedere riconosciute eventuali rimostranze, si pensi alla recente Sentenza della Cassazione 9507/2014 che ha apportato un significativo cambiamento, sostenendo che in caso di sanzione pagata, ma commettendo errori nel versamento delle spese accessorie (spese postali, di accertamento, ecc.) non è possibile richiedere al cittadino nuovamente anche il versamento della sanzione già corrisposta, stoppando dunque il fenomeno delle cartelle notificate ai cittadini per aver omesso il pagamento di importi irrisori.

Dall'analisi effettuata emerge come la difesa civica si ponga effettivamente come strumento di semplificazione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione evitando, in molti casi, costosi contenziosi giurisdizionali.

3. Chi può ricoprire il ruolo di difensore civico?

Da queste pagine che precedono risulta evidente come la funzione di difensore civico richieda competenze multidisciplinari, soprattutto conoscenze di carattere giuridico-economiche.

Infatti, molti di coloro che assumono questa posizione provengono dal mondo della pubblica amministrazione dove solitamente hanno ricoperto ruoli dirigenziali oppure dalla categoria professionale degli avvocati.

Dall'esame delle attività svolte da un difensore civico, senza pretesa di esaustività, emerge come anche la figura del commercialista possa trovare adeguato spazio assumendone l'incarico.

Il percorso economico-giuridico affrontato dai commercialisti, anche nel loro ruolo di revisore di enti locali e/o società da questi partecipate o quali membri di organismi di vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231/2001, consente a questa categoria professionale di avere le necessarie competenze per rivestire un incarico che quotidianamente si misura con il diritto tributario soprattutto inteso come fiscalità locale, contabilità pubblica, sistema dei controlli interni ed esterni a cui è soggetta la P.A., disciplina in materia di trasparenza, anticorruzione, appalti, diritto societario solo per ricordare alcune materie ricorrenti. Basti pensare in via esemplificativa all'istituto del diritto di accesso "classico" che, se esercitato nei confronti di gestori di servizi pubblici costituiti nella forma di società di capitali partecipate da enti, richiede un'attenzione specifica non solo con riguardo all'interesse concreto, diretto ed attuale fatto valere dall'istante, ma anche con riferimento alla documentazione oggetto di richiesta. Infatti, le società di capitali sono soggette alle norme del codice civile che come tali si caratterizzano per una logica in parte differente dal sistema normativo che guida la pubblica amministrazione. E proprio su questo terreno, spesso scivoloso a causa della compresenza pubblica/privata, si testano le competenze multidisciplinari del difensore civico, dove le conoscenze del diritto commerciale si inseriscono nella disciplina pubblica che guida l'operato della P.A..

Infine, nel bagaglio formativo di un difensore civico non devono mancare conoscenze in materia di mediazione, disciplina alla quale gli ordini professionali sia degli avvocati

che dei commercialisti hanno dedicato attenzione anche in conseguenza dell'introduzione di questo istituto mediante il D.Lgs. 28/2010.

Manuela Sodini – 30 settembre 2015.