SCUOLA DOTTORALE IN
DIRITTO EUROPEO, STORIA E SISTEMI GIURIDICI DELL'EUROPA
Sezione: DIRITTO AMMINISTRATIVO
XXII ciclo

L'Ombudsman europeo e la Rete europea degli ombudsmen

TUTOR
CH.MO PROF. GUIDO CORSO

COORDINATORE
CH.MO PROF. GIANFRANCO D'ALESSIO

DOTTORANDO
COSTANTINO NASSIS

INDICE

Introduzione **6**

CAPITOLO I 12

Storia e profili evolutivi dell'Ombudsman **12**
I.1.- Le origini scandinave. 13
I.2.- Lo sviluppo storico e le successive mutazioni dell'archetipo. 16
I.2.1.- Il modello danese: il *Folketingets Ombudsmand*. 18
I.2.2.- Il superamento dei confini scandinavi: l'esperienza neozelandese. 26
I.2.2.1.- La legge istitutiva del Parliamentary Commissioner. 29
I.2.2.2.- il procedimento di inchiesta. 32
I.2.2.3.- Vizio dell'atto amministrativo e possibili rimedi. 34
I.2.3.- Il *Parlamentary Commissioner for Administration* nel Regno Unito. 35
I.2.3.1.- Il diritto costituzionale in Gran Bretagna. 36
I.2.3.2.- Le basi storiche. 37
I.2.3.3.- I tratti distintivi del Parliamentary Commissioner for Administration. 39
I.2.3.4.- Osservazioni conclusive. 41
I.2.4.- Il *Médiateur de la République* in Francia. 42
I.2.4.1.- L'intervento en équité. 44
I.2.4.2.- Il rapporto con la giustizia amministrativa. 47
I.2.4.3.- La natura adattiva del Médiateur. 50
I.2.5.- Il *Defensor del Pueblo* in Spagna. 53
I.2.5.1.- l'ambientazione in un habitat 'ostile'. 54
I.2.5.2.- Il rapporto con il plesso giudiziario. 56
I.2.5.3.- Rilievi finali. 58
I.2.6.- Le *Petitionsausschusses* in Germania. 59
I.2.6.1.- L'esperienza nei Länder. 60
I.2.6.2.- Il diritto di petizione a livello federale. 61
I.2.6.3.- Valutazioni finali. 62
I.2.7.- L'Ombudsman nella cornice sovrastatale dell'Unione Europea. 63
I.2.8.- Il futuro del diritto amministrativo e dell'ombudsman. 67

CAPITOLO II 72

Le basi giuridiche dell'Ombudsman Europeo **72**
II.1.- Il mandato dell'Ombudsman Europeo ed i suoi limiti. 73
II.2.- La nozione di *maladministration*. 75
II.2.1.- La codificazione delle regole di buona condotta amministrativa. 77
II.3.- Il mandato dell'Ombudsman europeo. 78
II.4.- Profili procedurali dell'azione dell'Ombudsman Europeo: l'accesso alla tutela. 82
II.4.1.- I poteri istruttori. 88
II.4.2.- I possibili esiti delle indagini. 91
II.5.- Breve rassegna della più recente casistica. 94
II.5.1.- Trasparenza e openness. 95
II.5.2.- La funzione di custode del trattato della Commissione. 102
II.5.3.- Appalti, contratti e sovvenzioni. 105

II.5.4.- Questioni inerenti al personale. 108
II.5.5.- Altri affari. 112
II.5.- L'Ombudsman e i tribunali dell'Unione europea. 114

CAPITOLO III 122

Trasparenza ed Accountability nell'Unione europea 122
III.1.- Democrazia e *rule of law*. 123
III.1.2.- I presupposti democratici favorevoli all'ombudsman. 125
III.1.2.- La sequenza evolutiva. 128
III.2.- L'Ombundsman europeo come *key player* per la trasparenza e l'*accountability* nell'Unione. 130
III.2.1.- La nuova trasparenza attiva. 134
III.3.- L'*accountability*. 136

CAPITOLO IV 140

La Rete europea degli ombudsmen e l'ombudsmanship in Italia 140
IV.1.- L'Ombudsman Europeo e gli ombudsmen nazionali: la Rete. 141
IV.1.1.- La Dichiarazione della Rete europea degli ombudsmen. 142
IV.2.- La sussidiarietà nei rimedi. 145
IV.3.- Una rete di *accountability*. 147
IV.3.1.- Una Rete cooperativa. 152
IV.4.- L'*ombudsmanship* in Italia. 155
IV.4.1.- Il difensore civico regionale e locale. 157
IV.4.2.- I poteri del difensore civico. 159
IV.4.3.- Il difensore civico e il diritto di accesso. 160
IV.4.4. La natura giuridica dell'intervento del difensore civico in tema di accesso ai documenti amministrativi. 162
IV.4.5.- La natura giuridica del difensore civico. 165
IV.4.6.- Profili problematici e proposte migliorative. 169

CAPITOLO V 171

La buona amministrazione come diritto fondamentale dell'uomo 171
V.1.- L'Ombudsman europeo e i diritti fondamentali dell'uomo: il diritto alla buona amministrazione. 172
V.2.- Gli ombudsmen europei e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. 176
V.3.- Il diritto fondamentale ad una buona amministrazione. 181
V.3.1.- La buona amministrazione nella Carta di Nizza. 183
V.4.- Legalità e buona amministrazione: convergenze parallele. 186
V.4.1.- Il criterio della legalità. 187
V.4.2.- I diritti umani. 189
V.4.3.- La buona amministrazione e la vita oltre la legalità. 190
V.4.4.- La convergenza. 193

Considerazioni conclusive 195

Bibliografia 199
Dottrina 199

Decisioni e altri provvedimenti dell'Ombudsman europeo 216
Giurisprudenza 218
Corte di Giustizia CE – Tribunale di primo grado 218
Avvocato Generale CGCE 219
Corte europea dei diritti dell'uomo 219
Corte costituzionale italiana 220
Consiglio di Stato – TAR 220
Altri documenti 220
Altre fonti 221
Abbreviazioni 221

The European Network of Ombudsmen Statement 223

“*Rien ne se crée sans les hommes. Rien ne dure sans les institutions*”
(J. Monnet)

“*No matter how able an ombudsman may be, no matter how venerated he may be by public, he cannot supplant the political processes that in the end control the administration of public affairs*”
(W. Gellhorn)

Introduzione

Sotto il profilo storico, l'ufficio dell'ombudsman[1] è nato in Scandinavia nella forma di un commissario parlamentare nominato per sovrintendere l'attività amministrativa dell'esecutivo. Per lungo tempo, sono stati espressi molti ed autorevoli dubbi sulla possibilità che siffatto ufficio di controllo e supervisione si radicasse in ordinamenti giuridici lontani dalle tradizioni scandinave[2]. La diffusione mondiale dell'ombudsman ha dimostrato, nei fatti, che la gran parte degli evocati dubbi erano infondati. Invero, negli ultimi decenni, l'istituto dell'ombudsman è stato introdotto con notevole successo in molte nazioni con sistemi legali e politici molto differenziati.

Il principale oggetto della presente indagine è la trasposizione dell'ufficio dell'ombudsman a livello comunitario. La nomina, nel 1994, di un ombudsman europeo[3] ha, infatti, dato origine ad una serie

---

[1] *Ombudsman* è una parola svedese che letteralmente significa "rappresentante" o "agente". L'origine della parola è riconducibile all'*Old Norse*, una lingua germanica del Nord Europa parlata dagli abitanti della Scandinavia e dagli abitanti degli insediamenti Vichinghi d'oltre mare fino al 1300 circa (http://en.wikipedia.org/wiki/Old_Norse). In quella antica lingua nordica, la parola "*umbuds man*" significa "rappresentante", "fiduciario" (http://en.wiktionary.org/wiki/ombudsman). L'originale significato della parola rivela la vera funzione della prima istituzione che utilizzò questo appellativo: un fiduciario del Re. Vedasi *infra*, paragrafo I.1.

[2] Cfr. ZAGREBELSKY G., "Problemi costituzionali sulla nomina di un Commissario parlamentare in Italia", in *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, a cura di MORTATI C., Unione Tipografico Torinese, 1974, p. 147-172.

[3] La denominazione ufficiale utilizzata per l'Ombudsman nella versione italiana dei Trattati è 'Mediatore europeo'. L'infelice scelta lessicale si spiega con una frettolosa ed imprecisa traduzione letterale del testo utilizzato nel corso della Conferenza intergovernativa, redatto in francese. La versione italiana ricalca, quindi, la denominazione utilizzata in Francia (*Médiateur*), ove ha però una precisa giustificazione storica e giuridica: la preesistenza di un omologo nazionale così denominato per metterne in rilievo le funzioni conciliative. Negli altri paesi dell'Unione la traduzione è stata più fedele al senso giuridico che non a quello letterale, e spesso è stato utilizzato il termine ombudsman, siccome ampiamente conosciuto a livello internazionale e difficilmente equivocabile. La traduzione italiana risulta ancor meno giustificata se si considera che in Italia, già da tempo, esistevano numerosi ombudsmen sia a livello regionale, sia a livello locale, ed avevano tutti assunto la denominazione di "difensore civico". Nel linguaggio giuridico italiano "mediatore" è un soggetto terzo che agevola la conclusione di un contratto fra altre due parti, oppure un soggetto che favorisce la risoluzione di una controversia internazionale fra stati a tra fazioni

di questioni problematiche. La prima e più rilevante domanda è se un siffatto modello istituzionale funziona in un livello sovra-nazionale. Da questo primo interrogativo, derivano temi più di dettaglio da esaminare attentamente, quali il rapporto tra l'*ombudsmanship* e la cittadinanza europea; le connessioni tra l'Ombudsman europeo, gli altri meccanismi di tutela esistenti nell'ordinamento comunitario e gli omologhi nazionali; lo scopo principale dell'Ombudsman europeo e l'esatto significato del termine *maladministration* (che è speculare alla nozione di buona amministrazione); il ruolo dell'Ombudsman europeo in relazione alla protezione dei diritti umani riconosciuti e tutelati nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

Conformemente ai menzionati rilievi preliminari, il presente lavoro è strutturato in cinque parti. La prima esamina le origini Scandinave dell'ombudsman, concentrandosi sulle principali esperienze nazionali ed, in particolare, sul modello danese, posto che l'ombudsman danese può essere a ragione considerato come l'antenato di quello europeo. L'Ombudsman europeo è, infatti, titolare di compiti e poteri in tutto simili a quelli attribuiti all'omologo danese. Un ampio spazio è poi dedicato all'analisi delle principali esperienze nazionali (Nuova Zelanda, Regno Unito, Francia, Spagna e Germania), dove gli ombudsmen[4] sono stati creati principalmente per sorvegliare le sempre più estese attività amministrative del settore pubblico. È indi preso in considerazione il (non facile) processo di fondazione dell'Ombudsman

---

in lotta. Nel linguaggio comune il termine designa genericamente colui che facilita il raggiungimento di un accordo tra due o più parti. Ciò non ha favorito la piena comprensione delle funzioni svolte dal Mediatore-Ombudsman europeo. Onde evitare le riferite ambiguità, nel presente lavoro si è preferito utilizzare esclusivamente il più accreditato termine ombudsman anche per indicare il Mediatore europeo. Quantunque la correzione dei Trattati (in versione italiana) sul punto sia altamente improbabile, tale scelta lessicale, condivisa anche da parte della dottrina italiana [RINOLDI D. (1992), "Petizioni e difensore civico nell'ordinamento comunitario: sovrapposizione o complementarietà?", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 3, p. 938], vuole essere un contributo all'adozione convenzionale di una definizione meno fuorviante e più precisa.

[4] Occorre porre un ulteriore chiarimento di carattere semantico. Quantunque, nella lingua svedese, il plurale di *ombudsman* sia *ombudsmän*, è ormai internazionalmente diffusa e riconosciuta la forma plurale utilizzata nel mondo anglosassone: *ombudsmen*. Nel presente lavoro, pertanto, si è ritenuto opportuno utilizzare la (più nota) forma in lingua inglese.

europeo. Alcune osservazioni conclusive sono dedicate allo sviluppo futuro del diritto amministrativo in connessione con il ruolo dell'ombudsman.

Il secondo capitolo illustra le basi giuridiche delle funzioni espletate dall'Ombudsman europeo e la controversa tematica della sua “giurisdizione”. Un esame approfondito è riservato alle procedure seguite dall'Ombudsman ed ai vari possibili esiti. Al riguardo, una significativa funzione di approfondimento ha la rassegna della più recente casistica, che consente una migliore comprensione pratica della straordinaria diversità delle soluzioni remediali concretamente adottate e l'efficacia dello strumento quando è utilizzato con perizia ed abilità. La rassegna dei casi e suddivisa in termini di classificazione tematica dei principali argomenti oggetto di inchieste formali. Sulla scorta delle indicazioni offerte dallo stesso Ombudsman europeo nei Rapporti annuali al Parlamento, le categorie individuate sono cinque: 1) Trasparenza, accesso pubblico e dati personali (*Opennes*); 2) Il ruolo di custode del trattato della Commissione; 3) Contratti, Aggiudicazione di appalti e assegnazione di sovvenzioni; 4) Questioni inerenti al personale e procedure di selezione; 5) Questioni istituzionali, politiche e di altro genere. Quindi, una attenta analisi è indirizzata alle complesse e (a volte) problematiche relazioni intercorrenti tra l'Ombudsman europeo e i tribunali comunitari. Dall'esame di queste relazioni, emergerà chiaramente che l'Ombudsman europeo non è soltanto un meccanismo remediale alternativo ai tribunali, istituito per abbassare la soglia di accessibilità alla giustizia amministrativa europea e per rendere la composizione delle liti amministrative più accessibile. Lo *standard* di controllo e di riesame utilizzato dall'Ombudsman è più esteso di quello adottato dai tribunali e non si limita al mero controllo sulla legalità degli atti esaminati. Esso può riguardare anche i profili regolati da norme non vincolanti (*soft law*) e dai principi generali che dovrebbero governare la struttura amministrativa comunitaria. In quest'ultimo ambito “giurisdizionale”, l'Ombudsman europeo gode di un monopolio quasi esclusivo ed è sempre impegnato nel tentativo di estenderne gli

orizzonti, introducendo un sempre maggior numero di obblighi di *soft law* per la burocrazia europea.

Il terzo capitolo è inizialmente dedicato alla illustrazione dei principali parametri che influenzano il contesto politico e istituzionale in cui l'ombudsman opera e che condizionano la sua capacità di servire i cittadini e di migliorare la loro capacità di godere maggiormente dei diritti. Si descrive poi il fondamentale ruolo dell'Ombudsman europeo nel rendere l'azione politica e amministrativa europea più trasparente. Senza trasparenza, infatti, i cittadini non possono dare un consenso informato all'azione di governo, non possono discutere o criticare in maniera fondata, e non possono intervenire tempestivamente nel processo politico. La ricerca dimostra che il ruolo dell'Ombudsman è anche funzionale alla riduzione dell'attuale *deficit* di legittimazione che infirma le istituzioni comunitarie. Considerato che, tra i principali problemi dell'Unione Europea, vi sono la scarsa trasparenza[5] e la mancanza di controlli efficaci sui processi di produzione normativa e di decisione amministrativa, l'Ombudsman si trova in una collocazione istituzionale favorevole al controllo sull'attività amministrativa e a rendere la burocrazia comunitaria più trasparente e, conseguentemente, più *accountable*. La conseguenza diretta di questa funzione chiave è il lento, ma costante, consolidamento della democrazia nell'ambito dell'Unione. L'idea basilare della trasparenza è che i cittadini devono essere in grado di ottenere facilmente le informazioni di cui hanno bisogno per chiamare le autorità pubbliche a rendere conto del loro operato, essa implica perciò che le autorità pubbliche dovrebbero promuovere spontaneamente la pubblicazione di certi tipi di informazioni. In questo senso, la trasparenza si sovrappone con i portati della *accountability* e risulta essere uno dei principali strumenti per rendere il ceto politico e burocratico *accountable*. L'ultima sezione del terzo capitolo approfondirà quindi

[5] Cfr. BRADLEY K., "La transparence de l'Union Européenne: une évidence ou un trompe l'œil?", in *Cahiers de droit européen*, 1999 (3/4), p. 283-362.

il concetto di *accountability* così come si è evoluto nel contemporaneo dibattito dottrinale.

Il quarto capitolo si occupa dello sviluppo di una Rete europea degli ombudsmen. Questo *network*, sebbene sia ancora un *work-in-progress*, rappresenta un interessante modulo organizzativo per rendere più effettivi l'applicazione della normativa dell'Unione europea ed il rispetto dei diritti ivi riconosciuti. Il mandato dell'Ombudsman europeo è, infatti, limitato alle istituzioni ed agli uffici dell'Unione. Non può quindi prendere in considerazione i reclami contro le pubbliche amministrazione degli stati membri, persino quando sono in questione diritti previsti dalle norme europee. Siccome la gran parte del diritto comunitario trova applicazione presso le autorità statali o sub-statali dei singoli stati membri[6], la Rete sta lentamente evolvendo in un potente strumento di collaborazione degli ombudsmen europei e del loro personale, agevolando e migliorando la trattazione congiunta e cooperata degli affari in carico. Le difficoltà dell'Italia a dare un adeguato contributo allo sviluppo ed all'evoluzione della Rete offre poi lo spunto per analizzare l'*ombudsmanship* italiana, al fine di identificarne le caratteristiche principali ed i limiti che ne infirmano l'efficacia e l'efficienza. In questa ottica europea, sarà esaminata la vigente normativa italiana e la natura giuridica del difensore civico, tentando di individuare i principali profili problematici ed alcune proposte migliorative.

L'ultima parte della ricerca descrive ed esamina l'attivo impegno dell'Ombudsman europeo a migliorare il rispetto dei diritti umani nello scenario giuridico dell'Unione europea ed a promuovere il diritto fondamentale alla 'buona amministrazione' (concetto che non coincide esattamente con quello di 'legalità') in Europa. La *maladministration* è

---

[6] Doveroso è, al riguardo, richiamare l'idea di Jean Monnet, di una Comunità vista come potere pubblico privo di un'amministrazione diretta, che vede la utilizzazione degli apparati amministrativi nazionali come terminali esecutivi delle politiche europee. Nel corso degli anni, il modello originario di amministrazione indiretta si è tuttavia modificato in modo significativo. Sull'amministrazione europea di notevole interesse è lo studio condotto da DELLA CANANEA G., "L'amministrazione europea", in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di CASSESE S., Giuffrè, 2003, Tomo II, parte generale, II edizione, p. 1797-1927.

difatti un concetto ampio e la buona amministrazione richiede, in primo luogo, il rispetto delle norme e dei principi giuridici, tra cui i diritti fondamentali. Tuttavia, i principi di buona amministrazione vanno oltre la stretta legalità, imponendo alle istituzioni e agli organi comunitari, non solo di rispettare i loro obblighi giuridici, ma anche di essere *service-minded* e di garantire che gli utenti siano adeguatamente trattati e godano pienamente dei loro diritti. Così, mentre l'illegittimità implica necessariamente la *maladministration*, la cattiva amministrazione non comporta automaticamente l'illegalità. L'enfasi sui diritti fondamentali dell'uomo (ed in particolare sul diritto alla buona amministrazione) nell'ordinamento giuridico europeo sta costantemente consolidando una visione più ampia della legalità, che proietta l'amministrazione europea verso una cultura di servizio. Una amministrazione che si ispiri a questi rinnovati canoni comportamentali applicherà la legge tenendo sempre presente l'interesse degli amministrati e considererà una denuncia o un reclamo all'ombudsman non un pericolo da cui difendersi ma un'opportunità per mettere in pratica il principio del servizio.

Capitolo I

Storia e profili evolutivi dell'Ombudsman

I.1.- Le origini scandinave.

Nell'anno 1697, Carlo XII divenne Re di Svezia appena quindicenne. Dodici anni dopo, subì una catastrofica sconfitta dall'armata russa dello *Czar* Pietro il Grande alle porte di Poltava, nell'odierno territorio dell'Ucraina. Quella memorabile battaglia diede origine al primo Ombudsman nel mondo. Infatti, dopo la rovinosa sconfitta, il Re svedese fuggì nell'odierna Moldavia e per ben cinque anni fu ospite (ingombrante) del Sultano ottomano. Durante il periodo di esilio forzato, il Regno di Svezia – all'epoca una potenza europea – fu governato dalla menzionata regione balcanica, sino a che Re Carlo decise finalmente, nel 1714, di fare ritorno nel suo Regno. Un anno prima di rimpatriare, nell'ottobre del 1713, Carlo XII firmò un'ordinanza con cui istituiva la figura del Supremo Rappresentante del Re (*Koningen Högste Ombudsmannen*). Il compito di questo alto funzionario era quello di assicurare, per conto del Re, che i giudici, gli ufficiali dell'esercito e gli altri pubblici impiegati osservassero le leggi dello Stato e le norme a loro direttamente indirizzate. Trovandosi al tempo (forzatamente) lontano dalla sua terra, il Re svedese avvertì dunque l'esigenza di affidare ad un funzionario di fiducia il compito di sorvegliare il suo regno[7].

Il Supremo Rappresentante del Re istituito nel 1713 non è normalmente menzionato quale antenato degli odierni ombudsmen per la sua stretta connessione con il potere esecutivo e per non aver avuto quello *status* di indipendenza ed autonomia che è oggi considerato un elemento imprescindibile dell'*ombudsmanship*. Purtuttavia, il ruolo che l'*Högste Ombudsmannen* ha avuto sulla creazione e sullo sviluppo dell'istituto dell'ombudsman è di particolare momento.

Dopo la morte del Re Carlo XII, la monarchia svedese si indebolì notevolmente, mentre il Parlamento aumentò proporzionalmente la propria forza. Pertanto, il Supremo Rappresentante del Re del 1713 –

[7] I riferimenti storici sono così delineati da ORTON F., "The Birth of the Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, p. 247-249.

rinominato nel 1719 *Justitie Kanslern* (Cancelliere della Giustizia) – diventò un'istituzione più al servizio del Parlamento che del Re. Successivamente, nel XVIII secolo, la monarchia riconquistò il potere assoluto e l'ufficio del Cancelliere della Giustizia fu nuovamente associato al monarca. Il Parlamento non dimenticò comunque il valore di quell'istituzione di controllo. Così, in seguito ad un colpo di Stato dopo un'altra sconfitta contro la Russia, la nuova costituzione svedese istituì un Ombudsman parlamentare[8].

L'Ombudsman svedese (*Justitie Ombudsman*) è stato quindi istituito nel 1809 nel contesto di una più generale riforma costituzionale, seguita alla abdicazione del Re Gustavo IV. Dalle testimonianze scritte dell'epoca e dalle sopra menzionate radici storiche, appare ragionevole inferire che la nomina di questo speciale funzionario fu principalmente dovuta all'esigenza di creare un efficace sistema di controllo degli uffici pubblici, che fosse autonomo ed indipendente rispetto al potere del Re. Dunque, la creazione dello *Justitie Ombudsman*, molto probabilmente, non fu motivata dalla (più recente) volontà di concedere ai cittadini ordinari un meccanismo remediale contro gli errori o i soprusi della pubblica amministrazione, ma piuttosto dalla necessità del *Riksdag* (il Parlamento svedese) di assicurare la legalità nell'azione amministrativa[9].

Lo *Justitie Ombudsman* fu principalmente creato come fondamentale elemento del sistema di pesi e contrappesi costituzionali. Invero, l'ufficio, che non era semplicemente una *longa*

---

[8] L'odierno Ombudsman svedese condivide le funzioni ed i poteri con il *Justitie Kanslern*, che è il discendente diretto del Supremo Rappresentante del Re. Le funzioni del Cancelliere della Giustizia sono, in gran parte, parallele a quelle dell'Ombudsman, essendo principalmente destinato a ricevere ricorsi dei cittadini o di altri funzionari avverso atti o comportamenti dei giudici o di altri pubblici impiegati sottoposti al suo controllo, Cfr. GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press, p. 231-234.

[9] Come precisato in precedenza, una sorta di ombudsman esisteva già prima della istituzione dell'Ombudsman parlamentare ed era il Cancelliere della Giustizia (*Justitie Kansler*) creato nel 1713. Questo funzionario, tuttavia, era nominato dal Re anziché dal *Riksdag* (Parlamento) ed era, di conseguenza, considerato formalmente privo di sufficiente indipendenza.

manus del *Riksdag*, è stato concepito per agire in piena autonomia sullo stimolo dei ricorsi individuali presentati dai cittadini. Sin da subito, quindi, lo *Justitie Ombudsman* ebbe il ruolo di affidabile "guardiano" sul potere burocratico per conto del Parlamento[10], dal momento che i parlamentari, riunendosi il parlamento molto raramente, non erano in grado di esercitare un controllo continuo ed efficace sulla pubblica amministrazione.

Su tali premesse storiche, la figura dell'ombudsman si ispirò essenzialmente all'idea che i cittadini dovessero avere la possibilità di ricorrere avverso gli atti delle autorità e che i loro ricorsi dovessero essere esaminati senza pregiudizi, onde garantire che i titolari dei pubblici uffici rispettassero la legge ed eseguissero le proprie funzioni diligentemente. Non v'è, infatti, dubbio che la nomina dello *Justitie Ombudsman* sia connessa al nuovo clima democratico che caratterizzò la Svezia degli inizi dell'Ottocento[11]. Questa atmosfera condusse in Svezia ad un crescente interesse per la tutela dei diritti di cittadinanza ed al riconoscimento della necessità di rafforzare la percezione dell'imparzialità della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e, conseguentemente, la fiducia nei pubblici funzionari[12]. In questo senso, fondamentale fu il contributo dello *Justitie Ombudsman* al consolidamento della legittimazione delle esistenti istituzioni pubbliche.

---

[10] È ragionevole ritenere che i redattori della costituzione svedese del 1809 non avessero presente la prospettiva teorica che l'Ombudsman potesse diventare anche una "fonte del diritto", come gli sviluppi successivi hanno invece dimostrato.

[11] Kirchheiner avverte che alcuni Stati hanno istituito un proprio ombudsman stravolgendo le principali caratteristiche strutturali della formula originale e disattendendo totalmente l'ispirazione democratica. Ciò avrebbe impedito di trarre tutti i vantaggi ed i benefici derivanti da questa istituzione di controllo, cfr. KIRCHHEINER H. H., "The Ideological Foundation of the Ombudsman Institution", in *International Handbook of the Ombudsman*, Gerald E. Caiden (ed.), Greenwood Press 1982, Vol. I, p. 23.

[12] *Ibidem*, p. 24.

I.2.- Lo sviluppo storico e le successive mutazioni dell'archetipo.

Passarono più di cento anni prima che il modello dell'ombudsman varcasse i confini della Svezia, restando tuttavia entro i confini della Scandinavia. La Finlandia fu, nel 1919, il secondo Paese ad istituire un ombudsman, introducendo nella costituzione due nuove figure istituzionali: l'Ombudsman parlamentare e il Cancelliere. Quest'ultimo aveva la funzione di vigilare sulla corretta applicazione delle leggi, da parte delle autorità e dei funzionari, nei procedimenti giurisdizionali o giustiziali. Ci vollero altri trentasei anni prima che il Regno di Danimarca istituisse, nel 1955, il *Folketingets Ombudsmand* (letteralmente, Ombudsman parlamentare)[13]. La Norvegia completò il quartetto scandinavo nel 1963, creando un ombudsman per l'amministrazione civile (*Stortingets Ombudsman*) largamente ispirato al modello danese[14]. Fu proprio la creazione dell'ombudsman danese ad aver segnato l'inizio di un marcato interesse internazionale per questo tipo di istituzioni[15]. Lo schema danese servì da modello anche per l'ombudsman della Nuova Zelanda, istituito nel 1962, che fu il primo Stato non scandinavo ad introdurre questa figura pubblica[16].

---

[13] In Danimarca la nomina di un ombudsman fu prevista dalla costituzione del 1953. La sezione 55 della riformata costituzione del 5 giugno 1953 consente, infatti, al Parlamento (*Folketing*) la nomina di uno o due persone esterne al Parlamento, con il compito di sorvegliare l'amministrazione civile e militare del Regno. Una legge del 11 giugno 1954 ha dato attuazione alle previsioni costituzionali fissando le norme che governano l'attività dell'ufficio.

[14] Cfr. MEANS I. N., "The Norwegian Ombudsman", in *Western Political Quarterly*, Vol. 21 (4-1968), p. 624-650.

[15] Il rinnovato interesse è spesso attribuito al primo *Folketingets Ombudsmand*, il Prof. Stephan Hurwitz, ed all'entusiasmo con cui «descrisse il suo lavoro ed i relativi frutti», GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press, p. 5.

[16] L'esperienza neozelandese dimostrò, nel mondo anglosassone, il valore di questo commissario indipendente. Anche in questo caso, il primo ombudsman neozelandese, *Sir* Guy Powels (uno stimato giurista), agevolò il processo di diffusione, cfr. HILL L. B., *The Model Ombudsman: Institutionalizing New Zealand's Democratic Experience*, 1976, Princeton University Press, p. 75-76.

Successivamente, questa istituzione scandinava divenne popolare in tutto il mondo e, attualmente, ci sono ombudsmen in moltissimi Stati, allocati a livello federale, statale[17], regionale o locale. Il modello si è rivelato utile anche ad un livello sovra-nazionale e l'Ombudsman europeo, insediatosi nel 1995, rappresenta l'ultimo e più promettente esempio della duttilità di questa figura istituzionale pubblica.

L'ombudsman è stato trapiantato con successo anche nel settore privato. Nel Regno Unito, ad esempio, durante gli anni ottanta e novanta gli ombudsmen del settore privato hanno avuto un notevolissimo sviluppo. Quantunque ispirati allo schema pubblicistico, queste figure operanti nel mondo del privato rappresentano una mutazione del concetto originale e sono, in molti casi, assimilabili a strutture di arbitrato[18]. Ciò nondimeno, la proliferazione nel settore privato illustra la particolare attitudine dell'ombudsman (in tutte le possibili varianti) ad offrire un efficace rimedio contro errori o abusi[19] e dimostra, soprattutto, la straordinaria adattabilità del modello alle diverse circostanze in cui è chiamato ad operare. Non è un caso che la sua proliferazione sia stata impressionante soprattutto per la diversità delle organizzazioni che lo hanno utilizzato (banche, società assicurative, università, prigioni, giornali ecc.).

---

[17] Gli ombudsmen nazionali non sono molto diffusi negli stati federali. Gli Stati Uniti, il Canada e la Germania hanno ombudsmen (o istituzioni similari) a competenza generale esclusivamente a livello statale. Pur non sussistendo valide elaborazioni teoriche che spiegano questo fenomeno, negli Stati Uniti lo si ascrive allo stile marcatamente congressuale del governo e alla rigida separazione dei poteri. Si ritiene che il plesso esecutivo vedrebbe l'ombudsman con sospetto e sfiducia, quale fazioso agente del Congresso, cfr. K. HEEDE, *European Ombudsman: redress and control at Union level*, 2000, Kluwer Law International, p. 84.

[18] Per una approfondita analisi comparativa degli ombudsmen privati e pubblici, v. SENEVIRATNE M., *Ombudsmen – Public services and Administrative Justice*, 2002, LexisNexis Butterworths.

[19] Cfr. COLON F. T., "The Ombudsman, or the Myth of the White Knight", in *Social Studies*, Vol. 64 (5-1973), p. 202-210.

I.2.1.- Il modello danese: il *Folketingets Ombudsmand*.

La gran parte degli ombudsmen del settore pubblico, ed in modo particolare l'Ombudsman europeo, riproducono fondamentalmente il modello danese. Il *Folketingets Ombudsmand* è stato descritto come[20] «il principale riferimento per tutti i successivi ombudsmen parlamentari nel mondo»[21]. È, pertanto, opportuno esaminare attentamente le principali caratteristiche di questo importantissimo modello, onde comprenderne meglio la natura ed i possibili sviluppi.

Il *Folketingets Ombudsmand* è stato creato per apprestare un rimedio concreto ai timori determinati dalla crescente interferenza dello Stato nella vita quotidiana dei cittadini. Ha il mandato di supervisionare l'amministrazione civile e militare, con esclusione dei tribunali. La sua competenza tutoria attinge ministri, funzionari pubblici e tutti gli altri soggetti che agiscono a servizio dello Stato, tranne quelli impiegati nell'amministrazione della giustizia. Così, mentre l'Ombudsman svedese è legittimato a controllare il funzionamento dei tribunali, ciò è precluso all'omologo danese. Devesi, tuttavia, rilevare che è prevista la possibilità di indirizzare ricorsi avverso gli atti o i comportamenti dei giudici danesi ai presidenti dei rispettivi uffici giudiziari e che i tribunali danesi sono sottoposti al giudizio del Tribunale dei Reclami[22]. Peraltro,

---

[20] Quando non è diversamente specificato, le traduzioni delle citazioni tratte da lavori in lingua non italiana sono dell'autore.

[21] HEEDE K., *European Ombudsman: redress and control at Union level*, 2000, Kluwer Law International, p. 25. Per quel che concerne l'Ombudsman europeo, Heede asserisce che, essendo stato istituito per creare uno strumento addizionale di supervisione sulle attività amministrative degli uffici comunitari, l'Ombudsman ha ricevuto una missione identica a quella dell'Ombudsman danese. Tuttavia, l'autrice ritiene i problemi di controllo amministrativo a livello comunitario molto diversi da quelli della Danimarca al tempo della creazione del suo Ombudsman nazionale. Per tale ragione, Heede considera il modello adottato per l'Ombudsman europeo non del tutto appropriato.

[22] Questo tribunale speciale è stato creato nel 1939. Decide sulla eventuale riapertura di casi definitivamente archiviati sia per il sopravvenuto rinvenimento di nuove prove, sia perché vi sono degli sviluppi o delle circostanze che infirmano la validità della decisione. Non si può non osservare però che questo tribunale speciale è utilizzato molto raramente. Per maggiori dettagli, v. GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press, p. 13.

l'Ombudsman svedese non ha poteri di controllo diretto sull'attività dei ministri, laddove invece il *Folketingets Ombudsmand* ha piena competenza. Questo potere di controllo esteso agli organi più spiccatamente politici deriva logicamente dal sistema amministrativo danese, in cui, diversamente dalla Svezia, i ministri hanno poteri amministrativi in senso stretto e sono personalmente responsabili davanti al Parlamento per eventuali inefficienze delle loro amministrazioni[23].

Inoltre il *Folketingets Ombudsmand* non ha il potere di promuovere, nei confronti dei pubblici funzionari sospettati di crimini contro la pubblica amministrazione, l'azione penale, che invece rappresenta una delle caratteristiche più pregnanti della variante svedese. Si è detto, in proposito, che la mancanza di speciali poteri requirenti sia una delle principali «*déformation*» subita dal prototipo, atteso che il potere di imputazione criminale rappresenta, secondo alcuni, l'arma fondamentale dell'ombudsman[24]. Sebbene questa opinione sia sostenuta da valide e, in parte, condivisibili argomentazioni, è necessario sottolineare che è stata proprio la riferita amputazione che ha reso possibile la trasposizione del modello istituzionale in quasi tutte le moderne democrazie. In realtà la *déformation* danese rappresenta l'evoluzione dell'ombudsman da pubblico accusatore a difensore dei cittadini, in considerazione del fatto che nelle società moderne è molto più avvertita l'esigenza di una autorità di controllo della pubblica amministrazione il cui principale obiettivo sia quello di porre rimedio ai reclami dei cittadini e non di perseguire i reati dei funzionari.

---

[23] Per una ampia panoramica sul sistema amministrativo danese, v. SCHWARZE J., *European Administrative Law*, 2006, Sweet and Maxwell, p. 161-172; REVSBECH K., "The Growth of Danish Administrative Law", in *Danish Law in a European Perspective*, 2002, Thomson Publisher, p. 145-178; JENSEN J. A., "Basic features of Danish Public Law", in *European Public Law* (1-1995), p. 149-155.

[24] Cfr. HADI M. A., "L'Extension de l'Ombudsman: Triomphe d'une Idée ou Déformation d'une Institution?", in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLIII, 4 (1977), p. 340.

Rispetto all'ufficio svedese[25], l'accesso alla tutela offerta dal *Folketingets Ombudsmand* è stato in qualche misura ristretto, posto che i reclami possono essere presi in considerazione solo se si sono previamente esperiti tutti gli eventuali ricorsi interni (gerarchici o atipici) previsti dall'ordinamento e se il reclamo è stato presentato entro un anno dal verificarsi dell'evento oggetto di censura. L'Ombudsman danese è nominato (o confermato) dal Parlamento (*Folketing*) all'inizio di ogni legislatura e ogniqualvolta il posto sia vacante[26]. La sua funzione principale consiste nel valutare, sull'impulso di un reclamo o d'ufficio, se la pubblica amministrazione agisca nel rispetto delle norme di legge e dei principi della buona prassi amministrativa. Chiunque può presentare un reclamo all'ombudsman. Prima che l'ombudsman possa considerare il caso, è necessario che siano stati infruttuosamente esperiti i tutti i possibili ricorsi amministrativi. Quale autorità terza ed imparziale, il *Folketingets Ombudsmand* è spesso invocato come alternativa alla tutela giurisdizionale. Ciò è in parte dovuto al fatto che la procedura di reclamo all'ombudsman è completamente gratuita, non necessita dell'assistenza di un legale ed è molto più rapida di un processo nei tribunali. I criteri di valutazione utilizzati dal *Folketingets Ombudsmand* sono largamente coincidenti con quelli adottati dai tribunali. Tuttavia, sono – per molti aspetti – più estesi, considerato

---

[25] In Svezia l'unico requisito di ammissibilità del reclamo è l'identificabilità del soggetto interessato. La procedura è, per il resto, molto informale, senza alcun limite di tempo e totalmente priva di spese.

[26] La sezione 55 della costituzione danese del 1953 reca la seguente previsione: «Secondo le modalità fissate dalla legge, il Parlamento può eleggere uno o due persone che non devono essere membri del Parlamento stesso per sovraintendere l'amministrazione civile e militare». La legge istitutiva dell'ombudsman è stata promulgata nel 1954 e l'Ufficio ha iniziato l'attività l'uno aprile 1955. Nel 1961, con un emendamento della legge istitutiva, le amministrazioni locali – che non sono espressamente menzionate nella norma costituzionale – furono parzialmente sottoposte alla "giurisdizione" dell'ombudsman e, con un'altra revisione della legge nel 1996, tutta l'attività amministrativa dei governi locali è stata, senza eccezioni, sottoposta al controllo dell'ombudsman. Per una dettagliata analisi dell'estensione e dei limiti della competenza del *Folketingets Ombudsmand*, cfr. LARSEN K., "The Parliamentary Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, p. 60-76.

che l'ombudsman può valutare le questioni sotto il profilo della buona condotta amministrativa, della ragionevole durata del procedimento, del comportamento dei funzionari e della organizzazione degli uffici. Per quel che concerne i dati fattuali, i poteri di indagine dell'ombudsman sono meno penetranti di quelli dei tribunali, dato che non è abilitato a ricevere testimonianze e valuta i reclami solo sulla base delle evidenze documentali.

La base cognitiva delle indagini e delle valutazioni dell'ombudsman è quindi più vasta rispetto al diritto amministrativo così come è tradizionalmente inteso nei tribunali. Di tal che, le investigazioni fondate sul concetto di buona condotta amministrativa possono dare luogo a censure anche quando il comportamento della pubblica amministrazione preso in considerazione non è contrario alla legge. Questa cornice valutativa «*includes requirements of legal protection and humanitarian nature in favour of the citizens, such as the need to show consideration and the need to provide information, access and influence. It also includes the requirement of a reliable and efficient organization of the administration, so that errors, deficiencies and inappropriate, bureaucratic routines are avoided in the case consideration, and the requirement that the administration must behave in such a way that the relationship of trust with citizens is strengthened*»[27].

La principale caratteristica del *Folketingets Ombudsmand* è che non può annullare o modificare le decisioni delle autorità amministrative indagate. Può solo esprimere una motivata opinione sul caso esaminato. Può quindi criticare un provvedimento ed invitare l'amministrazione a riesaminare il caso o modificare l'esito del procedimento, e questi inviti risultano quasi sempre rispettati. Un'altra peculiarità dell'ombudsman danese è che può rigettare anche i casi che presentano tutti i requisiti di ammissibilità, ovvero prendere in carico reclami formalmente non ammissibili alla stregua di investigazioni

[27] LARSEN K., "The Parliamentary Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, p. 108.

d'ufficio. Un altro importante profilo del controllo del *Folketingets Ombudsmand* è che non si limita, a differenza dell'esame di un tribunale, alle allegazioni o alle deduzioni del reclamante.

In base alla legge istitutiva del 1954 (così come modificata, da ultimo, con una legge del 1996), l'ombudsman danese deve essere laureato in Legge e non deve essere membro del Parlamento nazionale o di una assemblea elettiva locale. Nella pratica, il Parlamento danese ha sempre nominato un candidato politicamente neutrale e capace di ottenere il sostegno di una ampia maggioranza parlamentare[28].

Come sopra anticipato, chiunque può presentare un reclamo al *Folketingets Ombudsmand*. Diversamente dalle tutela giurisdizionale, non è richiesto uno specifico e concreto interesse individuale rispetto all'esito del reclamo. L'ombudsman può nondimeno rigettare i reclami proposti da soggetti privi di un interesse ragionevole e concreto nel caso[29]. Il reclamo deve recare il nome e l'indirizzo del reclamante[30]. Ove possibile, deve essere presentato per iscritto, deve esporre le ragioni ed includere i documenti rilevanti[31]. Il reclamo deve essere depositato entro dodici mesi dalla emanazione del provvedimento contestato[32]. Il termine è inderogabile e decorre dalla data della decisione definitiva dell'autorità per il ricorso amministrativo di ultima istanza[33]. Generalmente l'ombudsman comunica il reclamo alla

---

[28] Se tuttavia l'ombudsman perde, nel corso del mandato, la fiducia del Parlamento, può essere dichiarato decaduto, cfr. la Sezione 3 della legge istitutiva.

[29] Sezione 16, comma 1, della legge istitutiva n. 473 del 12 giugno 1996.

[30] Sezione 13, comma 2, della legge istitutiva cit.

[31] Reclami non sufficientemente motivati possono condurre al rigetto immediato degli stessi, cfr. Sezione 16, comma 1, della legge istitutiva.

[32] Sezione 13, comma 3, della legge istitutiva.

[33] Se l'autorità amministrativa di ultima istanza respinge il gravame riportandosi integralmente alle motivazioni poste a supporto del provvedimento impugnato in via amministrativa, il termine è calcolato dalla data del primo provvedimento (salvo che non siano emerse nuove informazioni durante la procedura giustiziale). Inoltre, occorre rilevare che i ricorsi amministrativi sono spesso sottoposti a termini decadenziali, sicché se l'autorità amministrativa ha dichiarato inammissibile un ricorso per tardività, non sarà più possibile rivolgersi all'ombudsman, posto che non è stato ritualmente esperito il rimedio

amministrazione interessata, con l'invito a dare una nuova valutazione del caso, e contemporaneamente chiede al reclamante di attendere l'esito di questa prima indagine, onde valutare in contraddittorio se vi siano sufficienti ragioni di reclamo. Una procedura simile è adottata nei casi in cui l'ombudsman chiede al reclamante di attendere l'esito di un *test-case* pendente i cui risultati possono riflettersi anche sul caso dell'interessato.

In base alla Sezione 16, comma 1, della sua legge istitutiva, il *Folketingets Ombudsmand*, deve valutare se un reclamo presenta sufficienti elementi di fondatezza per giustificare un'indagine. Questa previsione conferisce il potere di non procedere anche rispetto a reclami che siano formalmente ammissibili. Ne consegue che, diversamente dai tribunali e dalle autorità amministrative giustiziali, l'ombudsman non ha l'obbligo di svolgere una indagine su tutti i reclami che integrano i requisiti procedurali di proponibilità[34]. La decisione se sussistono o meno adeguati elementi che giustificano una indagine su un reclamo è essenzialmente discrezionale. Questo potere discrezionale trova fondamento nel c. d. *triviality limit*, in base al quale non possono essere presi in considerazione i reclami che sono manifestamente inconsistenti o assurdi. Allo stesso tempo, la Sezione 16, comma 1, della legge istitutiva, autorizza, entro certi limiti, l'ombudsman di graduare l'ordine di priorità dei reclami ritenuti meritevoli di indagine e di praticare un intervento ortopedico sugli stessi, riducendo o mettendo meglio a fuoco le questioni sottoposte.

Il *Folketingets Ombudsmand* «può iniziare una indagine d'ufficio» (Sez. 17, comma 1, legge istit.) e «può intraprendere indagini generali sulle procedure adottate dalle amministrazioni» (Sez. 17, comma 2, legge istit.). In tali casi, il limite decadenziale annuale ed il preventivo

---

giustiziale interno (cfr, Sezione 14 della legge istit.), LARSEN K., "The Parliamentary Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, p. 78.

[34] Cfr. la Sezione 16, comma 1, della legge istit., in virtù della quale «l'Ombudsman deve determinare se il reclamo offre sufficienti elementi per una indagine».

esperimento dei rimedi amministrativi non sono evidentemente applicabili. La decisione di iniziare una indagine d'ufficio è totalmente discrezionale. Generalmente però le indagini officiose sono giustificate dall'interesse generale e dalla particolare rilevanza amministrativa delle questioni esaminate[35]. Infine, la Sezione 18 della legge istitutiva abilita l'ombudsman a «fare ispezioni in qualsiasi istituzione o azienda e in qualsiasi luogo di lavoro che ricade sotto la sua competenza». Nella pratica, il *Folketingets Ombudsmand* è solito ispezionare gli ospedali psichiatrici, le case di accoglienza per bambini e ragazzi in difficoltà, le prigioni e altre simili istituzioni dove i diritti dei cittadini possono essere più facilmente limitati o pregiudicati[36].

Il reclamo all'ombudsman non ha effetti sospensivi del provvedimento censurato e non è possibile richiedere misure cautelari interinali. L'amministrazione interessata può tuttavia decidere di sospendere l'esecuzione del provvedimento in attesa che l'ombudsman si pronunci. Se l'amministrazione respinge, senza motivo, la richiesta di sospendere l'atto in pendenza del reclamo, è possibile presentare un reclamo separato avverso tale decisione. Il *Folketingets Ombudsmand* tratta però di norma tali reclami congiuntamente a quelli aventi ad oggetto la questione principale[37]. Come già precisato, l'ombudsman può solo esprimere la propria opinione sul caso esaminato[38]. L'ombudsman può così criticare le decisioni amministrative e raccomandare atti di ritiro o di riforma delle stesse, ma

---

[35] Le indagini d'ufficio possono trarre spunto da inchieste giornalistiche, da articoli sulla stampa specializzata o da reclami individuali che danno la possibilità di scoprire o approfondire questioni diverse da quelle oggetto di diretta censura (ciò è avvenuto soprattutto nel caso di questioni comuni a più reclami).

[36] Cfr. *FO Summary Annual Report 2006* (versione inglese), Folketingets Ombudsmand Press, p. 8-9.

[37] Cfr. *Folketingets Ombudsmand Beretning* (Relazione Annuale al Parlamento dell'Ombudsman) 1986, p. 75.

[38] A norma della Sezione 22 della legge istit., «l'Ombudsman può esprimere critiche, fare raccomandazioni e svolgere altre considerazioni sul caso».

l'amministrazione interessata non è vincolata a rispettare le raccomandazioni. Tuttavia, occorre rilevare che gli inviti e le raccomandazioni del *Folketingets Ombudsmand* sono quasi sempre accolte e non è eccessivo sostenere che le opinioni dell'ombudsman hanno *de facto* la medesima efficacia di una decisione del tribunale. Questa particolare efficacia può essere attribuita alle accurate e convincenti argomentazioni con cui l'ombudsman normalmente suffraga le proprie opinioni sui singoli casi. Se, eccezionalmente, l'autorità non si conforma al parere espresso dall'ombudsman, la Sezione 23 della legge istitutiva dà al *Folketingets Ombudsmand* la possibilità di raccomandare «che al reclamante sia assicurato il gratuito patrocinio legale con riferimento agli affari che ricadono nella sua competenza». In ogni caso, l'ombudsman può indirizzare la decisione dell'amministrazione dissenziente al Parlamento o alla Commissione parlamentare competente affinché siano prese delle misure adeguate.

Sebbene sia eletto dal Parlamento e possa essere dichiarato decaduto in ogni momento, ove venisse meno la fiducia parlamentare, il *Folketingets Ombudsmand* rappresenta una autorità indipendente in senso stretto ed il suo rapporto non gerarchico con l'assemblea parlamentare può essere descritto come una collaborazione *inter pares*. Ciò non significa che l'attività dell'ombudsman sia priva di meccanismi di controllo. Invero, a norma della Sezione 63, comma 1, della costituzione danese, i tribunali possono riesaminare i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche. Il che significa che i tribunali possono prendere in esame anche i casi già sottoposti all'attenzione dell'ombudsman. Le sue decisioni sono così oggetto delle valutazioni dei tribunali, i quali, per tal via, esercitano una forma di controllo indiretto[39]. Eventuali azioni giudiziarie rivolte

[39] VON EYBEN W. E., *Juridisk Grundbog* (Legal Primer), Vol. I, Juristforbundet, 1991, p. 222 e ss., Analizza le considerazioni dei tribunali in merito ai pareri espressi dall'ombudsman in una serie di casi. La sua indagine ha dimostrato che i tribunali hanno quasi sempre confermato il punto di vista dell'ombudsman e che le sue argomentazioni sono state spesso utilizzate per motivare le sentenze.

direttamente contro gli atti o i pareri del *Folketingets Ombudsmand* devono essere respinte se l'ombudsman lo richiede formalmente (Sezione 25 della legge istit.).

Non v'è dubbio che le sinteticamente descritte innovazioni danesi hanno reso l'ombudsman più adatto alle esigenze di uno stato moderno e più semplice la sua collocazione nelle moderne strutture costituzionali. Questa è verosimilmente la principale ragione per cui la rapida diffusione del modello dell'ombudsman ha avuto luogo solamente dopo la sua introduzione in Danimarca[40]. Lo sviluppo del modello dell'ombudsman dopo la sua variazione danese si è, infatti, caratterizzato come una «*ombudsman explosion*»[41]. In pratica, tutti i paesi sviluppati ed anche un gran numero di paesi in via di sviluppo hanno introdotto questa istituzione nei loro ordinamenti. Persino alcuni stati non democratici hanno adattato il modello dell'ombudsman alle loro esigenze[42].

I.2.2.- Il superamento dei confini scandinavi: l'esperienza neozelandese.

L'istituzione l'ombudsman in Nuova Zelanda costituisce il primo tentativo riuscito di esportare il modello fuori dai confini

---

[40] Alla travolgente diffusione di questa istituzione, ha notevolmente contribuito anche l'entusiastica campagna portata avanti da Stephan Hurwitz – il primo *Folketingets Ombudsmand* – per pubblicizzare il suo ufficio fuori dai confini scandinavi. Hurwitz ha dedicato molto tempo a scrivere articoli sulle caratteristiche dell'ombudsman, molti dei quali sono poi stati tradotti in inglese, francese e tedesco.

[41] BURBRIDGE C. T., "Problems of transferring the Ombudsman Plan", in *Revue International des Sciences Administratives*, 2 (1974), p. 103.

[42] Per una panoramica su istituzioni non democratiche in qualche modo accostabili al modello dell'ombudsman, come la Procura in Unione Sovietica, la Casa del Potere in Yougoslavia e la *Prokuratura* in Polonia durante l'era sovietica, cfr. GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press, p. 256-371. Cfr, anche ELCOCK H., "The Polish Ombudsman and the transition to democracy", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45 (1996), p. 684-690; LETOWSKA E., "The Polish Ombudsman (the Commissioner for the protection of civil rights)", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39 (1990), p. 206-217.

scandinavi. Fu la relazione sull'esperienza danese tenutasi in un convegno dell'O.N.U. convocato a Ceylon nel 1959 a suggerire l'adozione dell'istituto[43]. L'*iter* della legge istitutiva fu estremamente lineare e non fu oggetto di un acceso dibattito. La discussione del testo mantenne sempre un tono smorzato. Solo le associazioni sindacali del pubblico impiego si pronunciarono contro l'innovazione, ma anche questa blanda opposizione sfumò ben presto e si convertì in una dichiarazione di appoggio sindacale all'attività dell'ombudsman, in un clima di *fair play* tra ombudsman e burocrazia[44]. In verità la situazione costituzionale e politica della Nuova Zelanda negli anni sessanta favorì l'introduzione dell'ombudsman. L'ampiezza del fenomeno burocratico aveva dato origine alla formazione di un ceto di funzionari, organizzato sindacalmente, che comprometteva la tradizione di lealtà al governo del corpo amministrativo neozelandese[45]. L'emergere di una *administrative class* costituiva infatti una pesante ipoteca sull'azione di governo. L'esigenza di sviluppare forme di cooperazione tra governo e sindacati del pubblico impiego era pertanto al centro del dibattito politico[46].

Occorre soggiungere peraltro che in Nuova Zelanda, come in tutti i paesi del *Commonwealth*, la formazione di una normativa sostanziale in materia amministrativa non ha tradizione storica. Secondo il modello inglese, il mancato intervento legislativo è stato in parte compensato dall'attivismo dei giudici ordinari, che tuttavia ha dimostrato non pochi limiti, spesso palesati nel tradizionale *self restraint* dei giudici rispetto a molte questioni amministrative

---

[43] Cfr. NORTHEY J. F., "New Zealand's Parliamentary Commissioner", in *The Ombudsman: Citizens Defender*, D. C. Rowat, 1968, p. 131.

[44] Per una analisi dei rapporti tra burocrazia ed ombudsman neozelandesi, cfr. HILL L. B., "The New Zealand Ombudsman's Authority System", in *Political Science*, 1968, p. 42 e ss.

[45] Cfr. CAMPBELL P., "Politician, Public Servants and the People in New Zealand", in *Political Studies*, 1955, p. 133-140.

[46] Per una analisi del problema, cfr. CONDLIFFE J. B., *The Welfare State in New Zealand*, Allen and Unwin, 1959.

controverse. La *judicial modesty* in materia amministrativa ha favorito la proliferazione dei *tribunals* (organi amministrativi con funzioni quasi giurisdizionali), agevolando un indirizzo legislativo diretto a contenere il peso costituzionale dei giudici ordinari[47]. Con l'istituzione dei *tribunals* amministrativi è stata difatti sottratta alla giurisdizione ordinaria la cognizione di un numero notevole di controversie, almeno in sede di prima istanza. L'introduzione dell'ombudsman nel sistema amministrativo neozelandese si è inserita in quel tormentato processo di ridefinizione dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e *tribunals* amministrativi, ridefinizione resa più problematica dalla notoria resistenza del sistema costituzionale neozelandese all'introduzione di una giurisdizione concorrente con quella dei giudici ordinari. L'istituzione dell'ombudsman tentò di comporre le esigenze contraddittorie, dando soluzione ad un elemento su cui maggiore era stata la tensione: la mancanza di totale indipendenza dei *tribunals* dalla pubblica amministrazione. Il meccanismo di nomina e la collocazione esterna all'apparato burocratico dell'ombudsman ha sopito infatti la polemica sulla parzialità dei *tribunals* superando contemporaneamente il rischio di una congestione dei tribunali ordinari, ove si fosse deciso di devolvere a questi ultimi tutto il contenzioso amministrativo.

La riforma fu quindi una soluzione di compromesso che affiancò ai *tribunals* amministrativi un'autorità extragiudiziale per il controllo sull'attività amministrativa. Restò, tuttavia, irrisolto il problema della appellabilità delle decisione dei *tribunals* amministrativi, che fu affrontato successivamente con il Judicial Amendment Act del 1967, che istituì una sezione speciale della Corte Suprema per i *cases* amministrativi[48]. L'istituzione di una magistratura

---

[47] Sullo sviluppo dei *tribunals* e delle *appeal authorities* in Nuova Zelanda, cfr. ROBSON J. L., *New Zealand*, in KEETON G. W., *The British Commonwealth, the Development of its Laws and Constitutions*, 1954, Stevens & Sons, vol. IV, p. 103 e ss.

[48] Cfr. WILD R., "The administrative Division of the Supreme Court of New Zealand", in *University of Toronto Law Journal*, 1972, p. 258.

di persuasione come l'ombudsman e l'estensione di competenza della Corte suprema ha dunque consentito il perfezionamento del controllo sull'attività amministrativa, senza lacerare il tradizionale rapporto del complesso giuridico amministrativo con il diritto ordinario.

I.2.2.1.- La legge istitutiva del **Parliamentary Commissioner.**

L'intitolazione della legge istitutiva (*Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act* del 1962) ha inteso valorizzare il rapporto dell'organo con la Camera dei Rappresentanti. Il procedimento di nomina e la durata del mandato sono, infatti, atipici nel sistema costituzionale neozelandese e intenzionalmente derogatori rispetto al regime previsto per le figure di alta amministrazione. L'enfasi della legge sul principio dell'investitura parlamentare trova le sue radici nell'ipoteca della polemica costituzionale che si sarebbe sviluppata contro l'istituzione dell'ombudsman, a tutela della supremazia parlamentare. Il procedimento di nomina adottato riserva così alla Camera dei Rappresentanti il potere di procedere alla designazione «nella prima o nella seconda sessione di ogni legislatura». Si è inoltre affermata la «convenzione costituzionale» di valorizzare l'imparzialità della carica, non procedendo a candidature di personalità politiche rappresentative. Lo *status* di «*neutral power*» dell'ombudsman in Nuova Zelanda è ormai un profilo acquisito ed irrinunciabile per l'ufficio[49].

La disciplina prevede la rieleggibilità, consentendo nell'esperienza neozelandese di configurare una forma quasi di mandato *ad personam*, simile al modello danese. La stessa normativa suggerisce del resto di valorizzare il prestigio personale dell'ombudsman. Non sono previsti requisiti di eleggibilità. È unicamente sancita l'incompatibilità con la carica di membro del parlamento; la pronuncia sulla eventuale incompatibilità con altri

[49] Cfr. HILL L. B., "The New Zealand Ombudsman's Authority System", in *Political Science*, 1968, p. 48.

incarichi, remunerativi e non, è invece riservata, caso per caso, al Primo ministro. Appare evidente che la normativa non intende prefigurare un organo di controllo meramente tecnico, non essendo richiesta per l'ombudsman una specifica preparazione professionale, e che limitato è stato l'interesse a costituire un regime di indipendenza assoluta dell'ufficio. Il potere del Primo Ministro in materia di incompatibilità è, infatti, sintomatico della più generale tendenza ad istituire, accanto al potere di sospensione e rimozione dalla carica riservato alla Camera dei Rappresentanti, forme indirette di sindacato governativo[50]. Sinteticamente, la posizione costituzionale dell'ombudsman potrebbe essere così rappresentata: il procedimento di nomina, il procedimento di rimozione e sospensione, il giuramento e l'atto di dimissioni formalizzano il principio della sovranità parlamentare; tuttavia i meccanismi istituzionali che intervengono nell'attività ordinaria dell'ombudsman ne favoriscono l'attrazione nell'area di Governo.

Nel definire le competenze dell'ombudsman la legge fu condizionata dalla volontà di sottrarre all'ombudsman sia le questioni "politiche", sia le questioni di legittimità. Le prime erano, infatti, una prerogativa esclusiva delle commissioni parlamentari, le seconde dovevano invece restare nell'orbita degli organi giurisdizionali in senso lato (giudici ordinari e *tribunals* amministrativi). Nella legge, le rispettive aree di riserva furono tuttavia delineate in modo non estremamente rigido. Sicché fu favorito il coordinamento con le inchieste parlamentari e si ammise la proponibilità del reclamo all'ombudsman laddove i mezzi processuali esperibili davanti alle corti ed ai *tribunals* non davano diritto ad una pronuncia giudiziale sul merito. La delimitazione dell'area di competenza dell'ombudsman si è così cristallizzata nella nozione di "questione amministrativa" che la legge del 1962 ha introdotto, disponendo che fossero soggetti al potere

[50] Ancor più significativo in tal senso è l'articolo della legge istitutiva che riserva al Primo Ministro la determinazione del numero di persone necessarie al funzionamento dell'ufficio e al Ministro delle Finanze l'approvazione delle loro retribuzioni, nonché dei termini e delle condizioni della loro nomina.

di inchiesta dell'ombudsman esclusivamente gli atti o le omissioni degli organi statali enumerati in una apposita tabella annessa alla legge, concernenti questioni di amministrazione e rilevanti per la sfera giuridica di una persona o di una associazione[51]. Nel delineare la nozione di «*matter of administration*», il legislatore si è quindi intenzionalmente limitato ad indicare i principi direttivi, attribuendo principalmente all'ombudsman il potere di decidere caso per caso sulla natura amministrativa o politica della questione.

All'inizio, la competenza dell'ombudsman fu limitata all'esame dei reclami riguardanti le amministrazioni centrali. Successivamente (1968) la competenza fu estesa anche alle scuole ed agli ospedali. La normativa subì una più radicale riforma con l'*Ombudsmen Act* del 1975, che estese la giurisdizione alle amministrazioni locali e diede la possibilità di nominare uno o più ombudsmen[52]. Nel luglio del 1983, entrò in vigore l'*Official information Act 1983*, che attribuì agli ombudsmen il compito di esaminare i reclami relativi alle decisioni dei Ministri della Corona e dell'amministrazione centrale sulle richieste di informazioni o di accesso ai documenti amministrativi. Il *Local Government Official Information and Meetings Act 1987* ha poi esteso la predetta competenza sulla trasparenza amministrativa anche alle amministrazioni locali. Nel 2001, il *Protected Disclosures Act*, comunemente conosciuto come «*whistle-blower legislation*»[53], ha

---

[51] La legge che ha successivamente sostituito il primo atto istitutivo (l'*Ombudsman Act* del 1975) ha, nella sostanza, mantenuto la filosofia iniziale, stabilendo che «*it shall be a function of the Ombudsmen to investigate any decision or recommendation made, or any act done or omitted, whether before or after the passing of this Act, relating to a matter of administration and affecting any person or body of persons in his or its personal capacity*» (art. 13, legge cit.).

[52] L'art. 3 della legge del 1975 prescrive che «*there shall be appointed, as officers of Parliament and Commissioners for Investigations, one or more Ombudsmen*». Attualmente ci sono due ombudsmen, Beverley Wakem, che proviene da importanti esperienze nel mondo delle telecomunicazioni, e David McGee, che prima di diventare ombudsman era Segretario Generale della *House of Representatives*, cfr. il sito istituzionale dell'*Office of the Ombudsmen* (http://www.ombudsmen.parliament.nz).

[53] Questo espressivo modo di indicare la legge, può essere reso in italiano con la seguente espressione: «*legge sugli informatori*».

dato agli ombudsmen la possibilità di dare indicazioni o consigli, in modo riservato ed anonimo, agli impiegati che rivelano, o hanno intenzione di rivelare, malfunzionamenti nei loro uffici (pubblici e privati). Gli ombudsmen rientrano anche nel novero delle «*appropriate authorities*» abilitate dalla legge a ricevere informazioni riservate. Di recente, il *Crown Entities Act 2004* ha dato agli ombudsmen il potere di investigare sui reclami contro alcune *Crown Entities*[54], come l'*Office of the Privacy Commissioner* e le *Commerce and Securities Commissions*.

I.2.2.2.- il procedimento di inchiesta.

Il procedimento di inchiesta può essere promosso d'ufficio dall'ombudsman, su reclamo di un privato o su istanza di una commissione parlamentare. Quando l'atto introduttivo è il reclamo di un cittadino, la sola condizione di ricevibilità originariamente richiesta era la forma scritta, successivamente è venuto meno anche questo requisito formale[55]. Non è richiesto uno specifico interesse del cittadino alla decisione del reclamo, fondamento del reclamo è l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, e pertanto la legittimazione è estesa anche a soggetti con limitata capacità di agire come i detenuti e gli infermi di mente[56]. Il potere

[54] In Nuova Zelanda, gli «Enti della Corona» forniscono beni e servizi allo Stato (principalmente prestazioni sanitarie ed educative), sulla base di accordi di acquisto analoghi a quelli negoziati con i Dipartimenti Governativi. Sono enti giuridicamente distinti dallo Stato Centrale, aventi autonomia patrimoniale e di spesa, per i quali si verifica una delle seguenti condizioni: la Corona possiede la maggioranza dei diritti di voto; la Corona può sostituire gli organi di governo dell'ente; la Corona in caso di liquidazione, ha il diritto di ricevere più del 50% del patrimonio o risponde sussidiariamente ed illimitatamente delle obbligazioni dell'ente; l'ente è considerato tale dal Parlamento.

[55] L'art. 16 del l'*Ombudsman Act 1975* recita testualmente che «*a complaint to an Ombudsman may be made in writing or orally … a complaint made orally shall be put in writing as soon as practicable*».

[56] In Nuova Zelanda, il flusso dei reclami da parte di tali soggetti si è dimostrato sensibilmente minore che nella corrispondente esperienza scandinava, cfr. GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press, p. 121. Il problema dei *mental cases* è stato analizzato per la prima volta nel *Report of the Ombudsman* del 1964.

discrezionale dell'ombudsman di non procedere all'inchiesta se il cittadino non ha «sufficiente interesse personale» nella questione denunciata, ha però imposto, di fatto, come condizione di procedibilità l'interesse specifico del cittadino. La presentazione di un reclamo all'ombudsman dà pertanto diritto unicamente alla notificazione delle decisioni finali assunte dal Commissario parlamentare sia sulla procedibilità, sia sul merito della questione. Il reclamo tende quindi a configurarsi come l'atto introduttivo di una serie procedimentale. Ne è una conferma il principio affermatosi nell'evoluzione dell'istituto, che esclude l'ammissibilità del reclamo quando il cittadino è portatore di un interesse pubblico «diffuso»; se cioè il comportamento amministrativo denunciato è oggetto di un generale dissenso dell'opinione pubblica[57]. In tal caso, l'interesse istituzionale del cittadino al buon andamento della pubblica amministrazione avrebbe, infatti, una dimensione più propriamente "politica" e il potere di inchiesta neutrale e imparziale dell'ombudsman non avrebbe un *milieu* adeguato. La natura del reclamo è ulteriormente chiarita dall'ampiezza del potere discrezionale che è riconosciuto all'ombudsman nell'accertamento delle condizioni di procedibilità. L'ombudsman può, infatti, non procedere all'inchiesta anche «qualora ritenga non necessaria l'inchiesta, valutate tutte le circostanze del caso»; quando siano trascorsi più di dodici mesi da quando l'irregolarità amministrativa è stata commessa; o infine quando la denuncia sia redatta in termini sconvenienti e oltraggiosi. La denuncia privata costituisce, in ultima analisi, un mezzo con cui il Commissario parlamentare ha notizia di comportamenti amministrativi deviati.

Distinta dal reclamo privato e dall'inchiesta officiosa è l'istanza di una commissione parlamentare, che dà impulso ad un procedimento speciale di inchiesta, in cui l'attività dell'ombudsman è vincolata alle direttive della commissione. Il procedimento ordinario è invece estremamente elastico e caratterizzato dall'ampiezza dei poteri istruttori dell'ombudsman. Sotto tale profilo, il *modus operandi*

[57] Cfr. GELLHORN W., op. cit., p. 109.

dell'ombudsman neozelandese costituisce un modello alternativo alla "giurisdizionalizzazione" dell'attività amministrativa. Il procedimento è difatti segreto e non è vincolato alle modalità del contraddittorio fra gli interessati. Carattere *sui generis* ha anche il potere ispettivo del Commissario parlamentare. Può procedere ad ispezioni negli uffici soggetti alla sua competenza solo previa informativa. Il Procuratore generale ha poi il potere di inibire l'accesso dell'ombudsman agli uffici, se ritiene che l'attività istruttoria possa compromettere la sicurezza pubblica, la difesa nazionale, i rapporti internazionali.

I.2.2.3.- Vizio dell'atto amministrativo e possibili rimedi.

Se al termine dell'istruttoria emergono irregolarità o violazioni delle regole amministrative, l'ombudsman è obbligato a relazionare al ministero o all'organo di vertice dell'ufficio interessato formulando eventuali raccomandazioni[58]. In tal caso, può anche chiedere che gli sia notificato se e in che modo l'amministrazione intenda dare attuazione alla sua raccomandazione. Il passaggio alla fase remediale del procedimento si ha dunque solo se il Commissario parlamentare accerta che l'atto amministrativo è affetto da uno dei vizi tassativamente elencati dalla legge e che è possibile porvi rimedio. I vizi dell'atto amministrativo, previsti dalla originaria legge istitutiva ed in quelle successive, tendono a coincidere con i vizi di legittimità tradizionalmente intesi. Tuttavia accanto ad ipotesi corrispondenti alla figura del c. d. "eccesso di potere", la legge ha delineato una figura autonoma di atto «*wrong*», riconducibile all'accezione tradizionale di "vizio di merito"[59]. L'intervento remediale dell'ombudsman

---

[58] Art. 18, comma 6, dell'*Ombudsman Act 1975*: «*If, during or after any investigation, [an Ombudsman] is of opinion that there is substantial evidence of any significant breach of duty or misconduct on the part of any officer or employee of any Department or organisation, he shall refer the matter to the appropriate authority*».

[59] L'art. 22, comma 1, dell'*Ombudsman Act 1975*, fornisce uno spettro molto ampio di vizi del comportamento amministrativo. «*The provisions of this section* [i. e. Procedure after investigation] *shall apply in every case where, after making any investigation under this Act, an Ombudsman is of opinion that the decision, recommendation, act, or omission which was the subject-matter of the investigation: (a) Appears to have been contrary to*

neozelandese resta comunque di tipo squisitamente persuasivo. Se la pubblica amministrazione non si adegua alla raccomandazione dell'ombudsman entro un ragionevole intervallo di tempo, l'unico rimedio esperibile dal Commissario parlamentare è quello di mandare copia della relazione e della raccomandazione al Primo Ministro e di dare quindi notizia della questione al Parlamento[60].

Pur con questi limiti, comuni peraltro a quasi tutti gli ombudsman tradizionali, l'istituto del reclamo all'ombudsman ha contribuito notevolmente a procedimentalizzare l'attività amministrativa e a favorire il coordinamento orizzontale tra le amministrazioni. L'azione dell'ombudsman neozelandese ha quindi generalmente avuto una funzione trainante rispetto ad un più generale disegno di riforma burocratica.

I.2.3.- Il *Parlamentary Commissioner for Administration* nel Regno Unito.

In un sistema costituzionale così importante come quello inglese, l'ombudsman non sembrava avere molte *chances* di radicamento, almeno non senza profonde e sostanziali mutazioni, che lo avrebbero trasformato, secondo alcuni, in un mero «*ombudsmanikin*»[61]. Per comprendere bene come queste previsioni pessimistiche siano state

---

law; or (b) Was unreasonable, unjust, oppressive, or improperly discriminatory, or was in accordance with a rule of law or a provision of any Act, regulation, or bylaw or a practice that is or may be unreasonable, unjust, oppressive, or improperly discriminatory; or (c) Was based wholly or partly on a mistake of law or fact; or (d) Was wrong».

[60] Art. 22, comma 4, dell'*Ombudsman Act 1975*: «*If within a reasonable time after the report is made no action is taken which seems to an Ombudsman to be adequate and appropriate, the Ombudsman, in his discretion, after considering the comments (if any) made by or on behalf of any Department or organisation affected, may send a copy of the report and recommendations to the Prime Minister, and may thereafter make such report to* [the House of Representatives] *on the matter as he thinks fit*».

[61] ABEL A. S., "Commonwealth constitutional Complications", in *The Ombudsman: Citizens Defender*, D. C. Rowat, 1968, p. 287.

smentite dai fatti, gioverà premettere una breve descrizione di principi basilari del sistema costituzionale britannico[62].

I.2.3.1.- Il diritto costituzionale in Gran Bretagna.

Tre sono i profili costituzionali britannici che risulta utile approfondire per lo studio delle problematiche connesse all'introduzione dell'ombudsman: la responsabilità ministeriale, il ruolo dei parlamentari come istanza di reclamo e la *rule of law*. In base ad uno dei *core principles* della costituzione non scritta britannica, i ministri rispondono direttamente al Parlamento per l'andamento delle rispettive amministrazioni. Si è pertanto sostenuto che l'ingerenza di un'autorità indipendente di indagine sui casi di *maladministration* avrebbe reso più complicato il compito dei ministri e più grave la loro responsabilità[63]. In Gran Bretagna, una delle più tradizionali sedi di reclamo è il Parlamento stesso. Una parte importante del lavoro dei parlamentari inglesi è dedicata ai reclami presentati dai loro elettori contro gli abusi commessi dalla pubblica amministrazione[64]. Ciò discende da un altro principio cardine della costituzione inglese: la primazia parlamentare. In questa prospettiva, la presenza di un ombudsman era vista come un inutile filtro di intermediazione nei rapporti tra eletti ed elettori[65]. Infine, secondo il fondamentale principio della *rule of law*, tutti i pubblici ufficiali sono soggetti nello svolgimento delle loro funzioni alla legge. L'applicazione di questo principio è affidata al prudente apprezzamento dei giudici, che in Gran Bretagna hanno uno *status*

---

[62] Cfr. GRIFFITH J. A. G., "The political constitution", in *The Modern Law Review*, n. 1 (Gennaio 1979), p. 1-21.

[63] Cfr. *The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances*, un *Report* di *Justice*, Stevens, 1961, paragr. 155, per brevità: *Whyatt Report*.

[64] Per una descrizione del ruolo dei parlamentari nel trattare i reclami degli elettori, cfr. RAWLINGS R., "The MP's complaint service", in *The Modern Law Review*, 1990, p. 22 e ss.

[65] Cfr. *Whyatt Report*, paragr. 196.

costituzionale di assoluto rilievo. In queste condizioni, si riteneva che l'ombudsman non avesse un sufficiente margine di operatività[66].

I.2.3.2.- Le basi storiche.

Tenuti in considerazione gli enunciati principi costituzionali, è possibile fare una breve panoramica del contesto storico in cui è stato istituito l'ombudsman britannico. L'occasione per introdurre l'ombudsman è scaturita dalla crisi degli esistenti organismi di controllo dell'amministrazione, iniziata già nei primi del novecento. Il celeberrimo caso Crichel Down del 1954[67] ha fatto precipitare la crisi e, conseguentemente, si avvertì pressante l'esigenza di creare sistemi di controllo più efficaci. A tal fine, fu nominata un *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* presieduta da Sir Oliver Franks. Questo *Committee* produsse un *Report* nel 1957, in cui avanzava svariate proposte per il miglioramento degli *Administrative Tribunals* e delle procedure di inchiesta amministrativa[68]. *Inter alia*, il

---

[66] Cfr. ABEL A. S., "Commonwealth constitutional Complications", in *The Ombudsman: Citizens Defender*, D. C. Rowat, 1968, p. 283-284.

[67] Questo caso costituisce un autentico 'mito' nella storia amministrativa inglese. In quell'episodio, il Ministero dell'Agricoltura si confrontò con un proprietario terriero che lamentava la mancata restituzione da parte del Ministero di alcune terre che gli erano state requisite prima della Seconda Guerra Mondiale per scopi militari. Seguì una inchiesta, la quale dimostrò che i funzionari ministeriali non erano stati imparziali. L'esito dell'indagine condusse alle dimissioni del Ministro. «*That story of muddled when it appeared in 1954 promptly became authority for all sorts of things that in fact were not present, but a myth may be most potent in stirring men into action*», JACKSON R. M., *The Machinery of Justice in England*, Cambridge University Press, 1977, p. 115-116.

[68] Una delle proposte del Comitato fu di creare uno speciale organo Consiliare con la funzione di verificare l'attività degli *Administrative Tribunals*. Questa proposta si materializzò molto presto nel *Tribunals and Enquiries Act* del 1958, che istituì il *Council on Tribunals*. Anche dopo questa prima riforma, i *Tribunals* hanno però continuato a ricevere parecchie critiche, rischiando di compromettere la reputazione della sistema giudiziario inglese. Il sistema fu quindi leggermente modificato dal *Tribunals and Inquiries Act 1992*. Ma la vera svolta si è avuta con la creazione dei *Tribunals Service* (un'agenzia di gestione dei *tribunals*) nel 2006, e con l'entrata in vigore del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*. La legge del 2007 ha creato una struttura unificata per i *Tribunals*, ha poi riconosciuto ai membri provvisti di una professionalità giuridica lo *status* e le guarentigie dei magistrati. A regime sono previsti due tipi di *Tribunal*, uno di prima istanza ed un *Upper Tribunal* per gli appelli. Nei nuovi *Tribunals*, i componenti con formazione

Comitato Frank rilevò che «*over most of the field of public administration no formal procedure is provided for objecting or deciding on objection*»[69], ma non considerò la possibilità di offrire ai cittadini strumenti di tutela anche nei casi in cui mancassero formali procedure di ricorso. La questione fu quindi presa in carico dal Comitato creato nel 1960 da 'Justice', la sezione inglese dell'*International Commission of Jurists*. Questa ricerca fu coordinata da Sir John Whyatt. Il relativo *Report* (noto come *Whyatt Report*), pubblicato nel 1961 con il suggestivo titolo *The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances*, costituisce la principale fonte ispiratrice del *British Parliamentary Commissioner on Civil Administration*.

Nel *Whyatt Report* il Comitato di studio concluse che, nei settori amministrativi dove il Parlamento era l'unico organo di controllo dell'attività dei funzionari pubblici, era necessario introdurre sistemi di controllo supplementare. Per quel che concerne gli atti di *maladministration* furono proposti meccanismi di controllo che, lungi dall'infirmare il ruolo del Parlamento, avrebbero dovuto rendere l'esistente sistema di controlli più effettivo, attraverso lo svolgimento di indagini informali ed imparziali. In particolare, l'idea era quella di creare «*a new machinery which will … achieve this object by translating certain features of the Scandinavian Ombudsman system into the English idiom and combining them with the principle underlying the system of the Public Accounts Committee and the Comptroller and Auditor-General*»[70]. La proposta ebbe successo e fu

---

giuridica hanno il titolo di *Judge*. Entro certi limiti, è anche possibile fare ricorso alle *Court of Appeal* nazionali. È stato inoltre istituito l'ufficio del *Senior President of Tribunals*, nominato direttamente dalla Regina su proposta del *Lord Chancellor*. Il primo novembre del 2007, il *Council on Tribunals* è stato soppresso per essere sostituito dall'*Administrative Justice and Tribunals Council* (AJTC). Contemporaneamente, tutti i *Tribunals* esistenti (circa 107) sono passati sotto il controllo dell'AJTC.

[69] *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*, UK Command Papers 218, H.M.S.O., 1957, paragr. 9.

[70] *Ibid.*, paragr. 143.

creata una nuova autorità, il *Parliamentary Commissioner for Administration*, che avrebbe dovuto agire come *longa manus* del Parlamento nelle sue funzioni ispettive, svolgendo autonomamente ed imparzialmente le indagini sui reclami ricevuti dai parlamentari da parte dei cittadini. È agevole intuire sin da subito che questo alto funzionario, sebbene largamente ispirato alla figura dell'ombudsman, se ne distacca sotto molti aspetti.

I.2.3.3.- I tratti distintivi del Parliamentary Commissioner for Administration.

L'ombudsman britannico sfrutta solo in parte tutte le potenzialità dell'originale figura scandinava. Nel dettaglio, due sono le principali limitazioni. *In primis*, i reclami non possono essere presentati direttamente, ma devono necessariamente passare per un componente della *House of Commons*[71]. Il filtro parlamentare sembra essere giustificato da una duplice esigenza. Contenere il numero dei reclami e mantenere integra la tradizionale funzione dei parlamentari di ricevere le doglianze del proprio elettorato. Un secondo limite del *Parliamentary Commissioner for Administration* è rinvenibile nel restringimento delle competenze rispetto all'omologo scandinavo. La legge istitutiva del 1967 stabilisce, infatti, che il *Parliamentary Commissioner* può investigare sui reclami «*made to a Member of the House of Commons by a member of the public who claims to have sustained injustice in consequence of maladministration*». Soggiunge la medesima norma istitutiva che «*nothing in this act authorises or requires the Commissioner to question the merits of a decision taken without maladministration by a government department or other authority in the exercise of a discretion vested in that department or authority*». Dunque, la legge limita l'ombudsman all'esclusivo esame dei casi di possibile *maladministration*. La nozione di

[71] Sezione 5, comma 1, del *Parliamentary Commissioner Act* del 22 marzo 1967.

maladministration è evidentemente molto estesa e proteiforme[72], nello specifico caso dell'ombudsman inglese essa è stata tuttavia limitata alle mere irregolarità procedurali. Sicché, sono stati considerati sottoponibili alla competenza del *Parliamentary Commissioner* solo i reclami dove «*the administrative authority responsible for the act or decision complained of has failed to observe proper standards of conduct and behaviour when exercising hid administrative powers*»[73]. In altri termini, il *Parliamentary Commissioner* non può indagare quei casi in cui anche la mera applicazione formale della legge determina dei pregiudizi sostanziali. La natura flessibile del concetto di *maladministration* ha tuttavia favorito lo sviluppo di una interpretazione estensiva, che ha consentito al *Parliamentary Commissioner* di considerare sia i profili procedurali dell'applicazione delle norme, sia le conseguenze sostanziali dell'applicazione come potenziali fonti di *maladministration*.

A parte i descritti limiti, è bene evidenziare che il *Parliamentary Commissioner* gode di un forte sostegno parlamentare. Ciò garantisce un pronto intervento al massimo livello istituzionale, tutte le volte in cui le risposte fornite dalle amministrazioni investigate sono elusive o insoddisfacenti. Nella sua attuale configurazione, l'istituzione ha assunto la denominazione di *Parliamentary and Health Service Ombudsman* e comprende sia l'ufficio del *Parliamentary Commissioner for Administration*, sia l'ufficio dell'*Health Service Commissioner for England*[74]. L'ombudsman ha dei penetranti poteri investigativi e può obbligare le amministrazioni indagate a fornire tutti i documenti e tutte le prove necessarie per formulare il parere[75]. Le opinioni espresse su un reclamo non sono tuttavia vincolanti per

[72] Per una trattazione più approfondita di questo concetto cardine, v. *infra*, paragr. II.2.

[73] Cfr. *Whyatt Report*, paragr. 152.

[74] Quest'ultimo è stato istituito nel 1993 dall'*Health Service Commissioner Act*, v. il sito web istituzionale dell'ombudsman (http://www.ombudsman.org.uk).

[75] Il potere coattivo di acquisire le prove richieste è assistito dalla facoltà di irrogare sanzioni, che possono essere portate ad esecuzione presso la *High Court*.

l'amministrazione interessata. Le decisioni dell'ombudsman possono essere impugnate davanti ai tribunali, anche se ciò accade molto raramente. Nei casi verificatisi, i tribunali aditi hanno dichiarato la propria giurisdizione, precisando però che il sindacato giudiziale non può estendersi alle scelte discrezionali dell'ombudsman.

I.2.3.4.- Osservazioni conclusive.

Dalle considerazioni sin qui esposte, emerge con chiarezza che l'ombudsman inglese si fonda sulla rinuncia ad alcune caratteristiche del modello originario e sulla accentuazione dei poteri investigativi. Questi poteri sono sostanzialmente posti al servizio dei membri del Parlamento, i quali prima dell'istituzione dell'ombudsman erano sprovvisti di adeguati strumenti di indagine. Nondimeno il *Parliamentary and Health Service Ombudsman* può essere considerato un equivalente funzionale dell'ombudsman scandinavo. Come è stato osservato nel *Whyatt Report* in relazione agli strumenti parlamentari di inchiesta, «*the new machinery which we propose would not compete with any of these procedures. It would be supplementary and would, in our view, make them more effective by providing a ready and comparatively simple means of obtaining an impartial investigation of complaints of maladministration*»[76]. Ne consegue che le funzioni svolte dall'ombudsman inglese devono essere apprezzate tenendo in considerazione il tradizionale ruolo di *grievance men* dei parlamentari. In ogni caso, è opinione comune che il *Parliamentary Commissioner* sia ormai stabilmente inserito nel sistema costituzionale britannico[77]. Si è tuttavia rilevato che l'ufficio è ancora sottoutilizzato[78]. Questo fenomeno è in parte dovuto al

---

[76] *Whyatt Report*, paragr. 144.

[77] Un'analisi comparativa in tal senso si trova in RAWLING R., "The MP's complaint service", in *The Modern Law Review*, 1990, p. 149.

[78] GREGORY R. E PEARSON J., "The Parliamentary Ombudsman after Twenty-Five Years", in *Public Administration*, 1992, p. 467.

meccanismo indiretto di accesso. Invero, i parlamentari che ricevono i reclami sovente tentano di trattarli direttamente e li indirizzano all'ombudsman solo se necessitano indagini approfondite. Il filtro parlamentare svolge indubbiamente degli effetti benefici sul carico di lavoro dell'ombudsman e ne evita il sovraccarico. Tuttavia, nel complesso la situazione resta tuttora sostanzialmente insoddisfacente e non rende il reclamo all'ombudsman uno strumento di tutela agile e *friendly*.

I.2.4.- Il *Médiateur de la République* in Francia.

In Francia il modello tradizionale ha subito delle modifiche ancor più marcate. La ragione risiede nell'intenzione originale di creare una figura diversa dall'ombudsman scandinavo. Come è stato efficacemente detto, con «il Mediatore francese l'istituzione dell'ombudsman ha cambiato non solamente aspetto ma soprattutto natura»[79]. La creazione di un ombudsman francese è comunque sorprendente. Nella culla del diritto amministrativo, il Consiglio di Stato (*Conseil d'État*) ed i giudici amministrativi inferiori hanno sempre avuto un prestigio elevatissimo e sono in grado di imporre l'applicazione della legge alle amministrazioni sottoposte alla loro giurisdizione. Il plesso giurisdizionale amministrativo ha quindi un forte radicamento nella cultura giuridica transalpina ed ha sempre rappresentato un forte ostacolo all'introduzione di figure istituzionali affini, che potessero, in qualche modo, interferire nell'attività di controllo sulla legalità e sulla giustizia nella pubblica amministrazione. Questa importantissima tradizione gius-amministrativa francese ha influenzato non poco la scelta del modello di ombudsman. Come risulta chiaro dal dibattito parlamentare che ha

[79] HADI M. A., "L'Extension de l'Ombudsman: Triomphe d'une Idée ou Déformation d'une Institution?", in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLIII, 4 (1977), p. 338.

preceduto la legge istitutiva del *Médiateur*[80], il legislatore francese non ha voluto creare una sorta di "difensore del cittadino" nei rapporti con la pubblica amministrazione, quanto piuttosto – come traspare dal nome stesso – un semplice mediatore. La nomina di un *Médiateur de la République* fu parte di una lunga stagione di riforme conclusa nel 1973, che era mirata a migliorare e semplificare i rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione. In questa cornice, il *Médiateur* fu concepito come una "sentinella" del Governo, con il principale compito di individuare i settori della pubblica amministrazione più bisognosi di miglioramenti o riforme. In breve, «l'istituzione dell'ufficio del *Médiateur* nel 1973 fu allo stesso tempo il prodotto e il produttore di riforme amministrative»[81].

La questione se il *Médiateur* sia un ombudsman in senso pieno è stata molto dibattuta e la maggior parte degli studiosi hanno quasi sempre aderito all'opinione negativa. Invero, non pochi sono in profili di questa istituzione che sembrano confermare il giudizio prevalente. In primo luogo, il *Médiateur* è un organo nominato dal Governo (con decreto del Consiglio dei Ministri)[82] e non dal Parlamento. In secondo luogo, i cittadini reclamanti non possono rivolgersi direttamente al *Médiateur* ma devono presentare i loro reclami per il tramite di un parlamentare[83]. La scelta del filtro parlamentare è stata giustificata con la volontà di evitare che l'ufficio fosse sommerso di reclami, ma ha determinato – almeno nei primi anni di attività del *Médiateur* – una certa distanza dai cittadini, aggravata dal fatto che il *Médiateur* non può agire d'ufficio. In terzo luogo, i poteri di indagine del *Médiateur*

---

[80] È molto significativo che, durante la predisposizione del testo di legge, il Governo abbia rifiutato la proposta di istituire un Alto Commissario per i diritti umani e la proposta di creare un Rappresentante del Parlamento che si occupasse dei diritti di libertà, presentate rispettivamente da Poniatowsky e da Chandernagor, sul rilievo che diritti umani e diritti di libertà fossero sufficientemente garantiti da meccanismi di tutela già esistenti in Francia.

[81] MENIER J. E DESFEUILLES H., in *International Handbook of the Ombudsman*, 1983, Gerald E. Caiden (ed.), Vol. II, p. 105.

[82] Art. 2, della legge istit. del 3 gennaio 1973.

[83] Art 6, *ibidem*.

sono notevolmente pregiudicati dalla impossibilità di avere accesso diretto ai documenti o ai *dossier* ufficiali. Inoltre non è abilitato a svolgere direttamente le investigazioni ma deve farle per il tramite di speciali uffici ispettivi interni alle amministrazioni interessate, che, per di più, possono agire solo dopo che il Ministro competente ha dato l'autorizzazione[84].

Infine, per risolvere i conflitti dedotti nei reclami ricevuti, il *Médiateur* ha preferito utilizzare lo strumento delle raccomandazioni[85], anziché fare ricorso ai poteri di ingiunzione e di iniziativa disciplinare[86]. Il *Médiateur* ha anche dato molto rilievo alla sua funzione di stimolo alle riforme e alla diffusione delle *best practices*, con ciò confermando una certa propensione ad immedesimarsi nell'azione governativa.

I.2.4.1.- L'intervento en équité.

Quanto sin qui esposto rende un'immagine del *Médiateur* in chiaroscuro. Sarebbe però errato valutare questa istituzione francese senza tenere nella dovuta considerazione un profilo molto importante delle sue funzioni. La legge istitutiva del 1973 lo abilita, infatti, a ricevere tutti i reclami che denunciano una disfunzione amministrativa[87]. Questa previsione normativa è stata intesa nel senso

---

[84] È stato previsto un referente del *Médiateur* in ogni Ministero, con il compito di istruire il *dossier* del reclamo ed investigare i fatti ivi denunciati. Sebbene questi *liaison officers* abbiano spesso agevolato il lavoro del *Médiateur* ed i suoi rapporti con le amministrazioni interessate, Paul Legatte ha dichiarato nel suo *Rapport au Président de la République et au Parlement* (1991, p. 49) che tale sistema comporta alcune difficoltà, dal momento che «l'interlocutore in questione tende a recepire le risposte degli uffici indagati senza avere una visione critica e senza adeguarle alle domande del *Médiateur*, questo inconveniente si aggrava allorquando il corrispondente ministeriale, o un suo subordinato, risponde su un dossier al posto del Ministro anche quando quest'ultimo è stato interpellato direttamente e personalmente dal *Médiateur* (in particolare nei casi di raccomandazioni)». Risulta quindi chiara una "dipendenza" funzionale del *Médiateur* dalle amministrazioni investigate.

[85] Art. 9 della legge istit.

[86] Art. 10 *ibid*.

[87] L'art. 1 della legge così dispone «*Un Médiateur de la République … reçoit … les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement de*

di consentire al *Médiateur* il controllo dell'interpretazione della legge da parte dei pubblici funzionari, obbligandolo ad intervenire laddove questi ultimi avrebbero potuto dare una migliore attuazione alla legge o hanno agito in violazione di essa.

Una riforma legislativa del 1976 ha poi aggiunto un secondo comma all'art. 9 della legge istitutiva con l'obiettivo di estendere la competenza del *Médiateur* ai casi in cui anche la corretta applicazione della legge potrebbe produrre nequizie[88]. Secondo questa norma additiva, il *Médiateur* ha il potere di raccomandare alle pubbliche amministrazioni coinvolte di non applicare le leggi o i regolamenti sospetti. In tali casi il *Médiateur* agisce secondo equità (*en équité*)[89]. L'uso estensivo del potere di agire secondo equità è dimostrato dal fatto che il *Médiateur* ha agito *en équité* anche con riferimento alle sentenze dei tribunali, invitando l'amministrazione a rinunciare, in tutto o in parte, all'esercizio dei diritti o dei poteri ivi acclarati[90]. È superfluo sottolineare che l'azione *en équité* sia molto controversa. A molti è sembrata essere «una autentica eresia»[91] nello Stato di diritto,

---

l'État, des collectivités publiques territoriales, des établissements publique et de tout organisme investi d'une mission de service publique».

[88] Le parole della legge del 24 dicembre 1976 sono le seguenti: «*lorsqu'il apparaît au Médiateur de al République, a l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'autorité compétente toutes mesures qu'il estime de nature à y remédier et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires*».

[89] L'azione *en équité* richiede tre pre-condizioni. Il *Médiateur* deve assicurarsi che la disparità di trattamento non sia stata prevista ed accettata dal legislatore. Il rimedio all'iniquità individuata deve essere realizzabile in via amministrativa. Infine, la correzione degli effetti iniqui dell'azione amministrativa non deve ridondare a svantaggio di terzi.

[90] A norma dell'art. 11 della legge istit. così come riformata nel 1976 «*le Médiateur de la République né peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, mais a la faculté de faire des recommandations à l'organisme en cause*».

[91] LEGATTE P., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 1991, p. 217. Nella stessa Relazione, Legatte ha affermato che, comunque, i reclami trattati *en équité* rappresentano una esigua parte della attività del *Médiateur*.

dove la soggezione dei pubblici poteri alla legge è considerata la garanzia fondamentale dei diritti individuali.

Pur tuttavia, un'ottica in linea con i principi fondanti l'istituzione dell'ombudsman conduce ad una conclusione meno ostile, suffragata da una duplice argomentazione. Innanzitutto, più che uno sconfinamento nelle prerogative del Parlamento questo potere equitativo del *Médiateur* deve essere considerato una manifestazione del carattere complementare dell'ombudsman. Sicché, attraverso l'intervento equitativo, il *Médiateur* può esplorare territori preclusi ad altri meccanismi di controllo, purché vi siano conflitti tra *les administrés* e le amministrazioni. Questo è, invero, il dominio esclusivo degli ombudsmen: un'area quasi inesplorata che va oltre la mera legalità. In secondo luogo, occorre rilevare che, essendo i poteri dell'ombudsman limitati a svolgere indagini ed esprimere, se necessario, critiche all'azione amministrativa, la facoltà di agire *en équité* non pregiudica il tradizionale equilibrio di poteri degli Stati democratici. Ciò risulta ancor più evidente nel caso del *Médiateur*, i cui poteri di indagine sono, come rilevato in precedenza, molto evanescenti.

Si è già osservato che il *Médiateur* è titolare del potere di proporre nuove leggi o regolamenti ovvero la modifica della normativa esistente[92]. In linea di principio, questa facoltà è presente anche nell'archetipo svedese e danese e in ombudsmen di più recente creazione come il *Defensor del Pueblo* spagnolo. Ma, a differenza degli ombudsmen appena citati, il *Médiateur* ha fatto di questo potere il suo «*tâche essentielle*»[93]. Proposte di riforma sono state, infatti, avanzate in numerosi ambiti dell'amministrazione (servizi sociali, fisco, sussidi pubblici ecc.). La procedura seguita per la trattazione di

---

[92] Art. 9 della legge istit.

[93] SANTOLINI B., "Organisation de la défense des administrés: le Médiateur, aujourd'hui", in *La Revue Administrative*, n. 201 (1981), p. 196. Questa opinione ha avuto ampio riscontro nella realtà: il *Médiateur* ha inoltrato numerosissime proposte di riforma legislativa, tanto da dedicare a queste proposte un apposito capitolo nelle relazioni annuali.

queste proposte è stata però duramente criticata dal *Médiateur* perché «lunga, laboriosa e … i risultati sono spesso deludenti»[94].

I.2.4.2.- Il rapporto con la giustizia amministrativa.

Merita un approfondimento anche il rapporto del *Médiateur* con gli organi giurisdizionali francesi. In generale, va osservato che l'art. 11, comma 1, della legge istitutiva del 3 gennaio1973 impediva al *Médiateur* ogni intervento riguardo ad una procedura instaurata presso un tribunale. Nel 1976[95] si tempera la tassatività di quel divieto (apparso troppo duro nella pratica per il fatto che frapponeva ostacoli ad una possibile soluzione amichevole della contesa) consentendo al *Médiateur* di intervenire anche su una questione sottoposta all'esame dei giudici, non per interferire nel giudizio, ma solo per suggerire soluzioni congrue all'autorità amministrativa coinvolta nel giudizio e per fissare un termine in caso di ritardo nell'esecuzione del giudicato[96], denunciando l'eventuale ulteriore inottemperanza nel *Rapport* e pubblicando la denuncia nel *Journal officiel*.

Il *Médiateur* può quindi interagire con la gestione della giustizia amministrativa pretendendo il rispetto dei giudizi favorevoli ai cittadini e prospettando transazioni ispirate dall'equità. Come già chiarito, l'equità è difficile da definire e talora può non coincidere con

---

[94] PELLETIER J., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 1992, p. 106. Le proposte sono normalmente inviate alle amministrazioni interessate ed al ministro con la delega per le riforme amministrative. Sono quindi discusse da tutti i ministri in una riunione presieduta dal menzionato ministro per le riforme.

[95] Con la legge n. 76-1211 del 24.12.1976.

[96] L'art. 11 della citata legge istitutiva il *Médiateur de la République* risulta, in conseguenza, così riformulato: «*Le Médiateur de la République ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, mais à la faculté de faire des recommandations à l'organisme mis en cause. Il peut, en outre, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté dans les conditions prévues à l'article 14 et publié au Journal officiel*».

la legalità. I giudici devono assicurare la legalità e nell'espletare questa funzione non possono subire nessuna interferenza. Ciò non esclude tuttavia una valutazione di equità affidata al *Médiateur*. Il giudizio del tribunale e l'intervento del *Médiateur* non sono procedimenti concorrenti. Essi hanno oggetto diverso e possono ben coesistere: il primo, infatti, mira a porre termine ad una lite applicando le disposizioni della legge, il secondo, invece, mira a conciliare le parti e a concordare una soluzione mediata ed ispirata all'equità, per la quale, ove richiesto, il *Médiateur* può definire le modalità[97]. Cosicché il *Médiateur*, senza alcuna pretesa di interferire sul giudizio in atto, può proporre raccomandazioni in ordine alla condotta della Pubblica Amministrazione e, in caso di esito processuale favorevole all'amministrazione, può anche suggerire soluzioni concordate e più benevole rispetto alla mera applicazione della legge siccome interpretata dal giudice. In tal modo, l'amministrazione può essere invitata a non implementare tutte le statuizioni di una sentenza i cui effetti appaiano manifestamente iniqui. L'amministrazione può essere pure sollecitata a concedere una soddisfazione parziale o totale al ricorrente, senza insistere nell'eventuale giudizio già intrapreso.

Può affermarsi che il *Médiateur* ha un suo peculiare spazio di intervento motivato dalla sussistenza di situazioni di iniquità. I margini di questo particolare potere di intervento sono molto difficili da definire e presentano non poche insidie, che devono essere superate caso per caso[98]. La definizione del concetto di equità è devoluta al

---

[97] Sul punto, con rinvio alla giurisprudenza del *Conseil d'Ètat*, cfr. LEGATTE P., "Le Médiateur de la République. Situation actuelle", in *La Revue admistrative*, 1986, p. 431 e ss.

[98] È stato posto sovente l'accento sulla volatilità ed indiscernibilità dell'equità, talora considerata addirittura come l'antitesi del diritto, cfr. FRYDMAN P., "Les considérations d'équité en droit administratif français, in Justice, Médiation et Equité", in *Actes du colloque Droit et démocratie du 20 juin 1990*, Paris, La Documentation Française 1992, p. 47. Per Frydman, «*Droit et équité constituent en réalité deux concepts théoriquement étrangers l'un à l'autre, et même partialement opposés … Des grandes différences entre l'équité et le droit tient à ce que l'équité est, contrairement au droit, une notion parfaitement subjective*»; cfr., PETTITI L., "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droit de l'Homme", in *Justice, Médiation et Equité*, in *Actes du colloque Droit et démocratie du 20 juin 1990*, La Documentation Française 1992,

prudente apprezzamento dello stesso *Médiateur*[99], il quale può ricevere un notevole contributo esplicativo dalle decisioni della Corte europea per i diritti dell'uomo, alle quali sovente si ispira[100].

La possibilità, riconosciuta al *Médiateur* dalla legge sui «diritti dei cittadini nelle loro relazioni con le amministrazioni» del 2000[101], di ingiungere all'amministrazione di eseguire una sentenza favorevole al reclamante appare complementare alla disposizione contenuta nella stessa legge, all'art. 17, con la quale si accelera l'*iter* di pagamento delle somme dovute ai cittadini a seguito di procedimento giudiziario[102] ma con una portata più ampia, poiché non circoscritta alle decisioni a contenuto pecuniario. La legge ha quindi introdotto un doppio regime, che è rigido per le condanne al pagamento di somme

---

p. 35.; BRACONNIER S., *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruyllant Bruxelles 1997, p. 491 e ss.

[99] LEGATTE P., *Le principe d'équité*, 1992, p. 10, a sua volta osserva che proprio l'equità caratterizza il ruolo del *Médiateur* e gli consente di introdurre nelle questioni una dimensione umana, affidando a quella istituzione il compito «*de redresser les décisions administratives et d'assoupir les rigueurs de la loi au nom de la solidarité, pour y introduire, à travers l'équité, une dimension humaine que ne traduit plus la lettre des textes*».

[100] La CEDU pone spesso l'equità a base delle sue decisioni e alla sua giurisprudenza i *Médiateurs* si sono esplicitamente richiamati (significativo, in proposito, è il *Rapport* del 1994), sottolineando l'estrema vicinanza tra il *Médiateur* e la Corte di Strasburgo. Sul punto, cfr. PETTITI L., loc. cit. Va comunque notato che l'equità per il *Médiateur* è ancora più essenziale, poiché costituisce il principale fondamento delle sue decisioni, mentre la CEDU opera una sintesi tra equità e diritto, cfr. BRACONNIER S., loc. cit.

[101] Nell'aprile del 2000 ci fu l'ultima importante riforma amministrativa. In quell'occasione venne emanato un provvedimento di ampia portata concernente i diritti dei cittadini nelle loro relazioni con le amministrazioni (legge n. 2000-321, «*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations – DCRA*»). La legge solo in alcune parti si occupa direttamente del *Médiateur*, precisamente al titolo III, «*Dispositions relatives au Médiateur de la République*», all'art. 26. I cardini delle innovazioni introdotte consistono nel fatto che la legge: a) introduce la possibilità di ricorso al *Médiateur* da parte dei suoi omologhi stranieri e del Mediatore europeo; b) riconosce e dà uno statuto legislativo ai delegati del *Médiateur de la République*; c) conferisce al *Médiateur* il potere di proporre riforme indipendentemente dall'esistenza di un ricorso a lui sottoposto; d) stabilisce che il Rapporto annuale del *Médiateur* venga presentato non solo al Presidente della Repubblica, ma anche ad entrambi i rami del Parlamento.

[102] I termini concessi sono fissati in due mesi per gli enti morali di diritto pubblico ed in quattro mesi per lo Stato.

di denaro ed elastico e rimesso all'iniziativa del singolo ed al successivo apprezzamento del *Médiateur* per l'esecuzione di sentenze a differente contenuto ingiuntivo[103]. Il punto è molto importante e su di esso si è spesso soffermato il *Médiateur* lamentando che troppi e numerosi sono i reclami legati alla mancata esecuzione delle sentenze di condanna nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

I.2.4.3.- La natura adattiva del **Médiateur.**

Dall'esame delle più recenti relazioni annuali sembra che il quadro sin qui delineato è, in qualche modo, cambiato e il *Médiateur* si è molto avvicinato al genuino modello dell'ombudsman. Da un lato, il *Médiateur* ha notevolmente rafforzato i rapporti con i membri del parlamento, coinvolgendoli in maniera più diretta nella trattazione dei reclami inoltrati per il loro tramite. Per altro verso, il *Médiateur* è anche riuscito ad avvicinarsi al suo "pubblico". In disparte le numerose campagne pubblicitarie messe reiteratamente in campo, dei significativi cambiamenti organizzativi hanno migliorato molto l'accessibilità all'ufficio. In effetti, nel 1986, sono stati nominati dei delegati territoriali (*délégués départementaux*) per fornire ai cittadini un servizio di prossimità. Dunque, i delegati hanno il compito di svolgere un primo esame del reclamo e di ricercare una soluzione per le vie brevi nei casi più semplici e a dimensione locale. Stante la maggiore vicinanza agli uffici amministrativi attinti da un reclamo, i delegati hanno maggiori *chances* di risolvere rapidamente i conflitti. Anche quando il reclamo esorbita dalla loro sfera di competenza, i delegati orientano i cittadini e li aiutano a trovare le migliori soluzioni remediali. L'enorme aumento dei reclami successivo alla nomina dei delegati ne testimonia il sostanziale successo[104].

---

[103] Cfr. BRACONNIER S., op. cit., p. 1223.

[104] Già nel 1992 i delegati territoriali avevano trattato più di 30.000 reclami, v. PELLETIER J., *ibid*., p. 81.

Dalle considerazioni sin qui svolte, emerge con chiarezza che l'originalità del *Médiateur* rispetto all'archetipo di ombudsman risiede nella maggiore distanza dal Parlamento ed in un rapporto più intenso con l'esecutivo. Ciò si rileva, in particolare, nel modo di approcciare le amministrazioni durante le investigazioni. In tali circostanze, il *Médiateur* opera non come una proiezione del Parlamento che, controllando l'azione dei funzionari pubblici, rafforza e completa il controllo parlamentare sull'esecutivo, ma si comporta piuttosto come un'autorità amministrativa di conciliazione. Questa concezione ha avuto una autorevole conferma in una decisione del *Conseil d'Ètat*, che ha annoverato il *Médiateur* tra le «*autorités indépendantes de caractère administratif*», ossia tra gli «*organismes administratifs*»[105]. Questo *arrêt* è stato aspramente criticato dall'ex *Médiateur* Paul Legatte perché, tra le altre cose, «… c) definisce la questione dello statuto facendo riferimento al solo dato formale della legge, senza tenere in conto l'insieme delle disposizioni di fondo della legge; d) adotta una soluzione incompatibile con la missione assegnata al *Médiateur*»[106]. Secondo Legatte, il *Médiateur* è un'istituzione *sui generis* e, come tale, dovrebbe trovare una collocazione a livello costituzionale. Resta comunque il fatto che, *rebus sic stantibus*, il *Médiateur* dipende molto dalla fattiva collaborazione delle amministrazioni controllate e non gode di un sufficiente supporto parlamentare.

Nonostante tutte le rilevate debolezze del *Médiateur*, si deve comunque concludere riconoscendo il suo notevole contributo al miglioramento dei rapporti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni. Entro questi limiti il *Médiateur* è progressivamente diventato un ombudsman in senso classico. Va, in proposito osservato che il *Médiateur* è stato istituito con l'idea di creare una istituzione

---

[105] Decisione del 10 luglio 1981. Il *Conseil d'Ètat*, in quella occasione, ha statuito che il *Médiateur* «anche in ragione della sua stessa denominazione … ha il carattere di una autorità amministrativa».

[106] LEGATTE P., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 1991, p. 19.

destinata a modellarsi nel corso del tempo e ad evolversi in funzione delle esigenze che si sarebbero via via prospettate[107]. Di questo sono stati consapevoli sia il legislatore che la dottrina e soprattutto il *Médiateur*. La prospettiva evolutiva dell'istituzione e dei compiti che la caratterizzano è costantemente tenuta presente e richiamata da tutti i *médiateurs*. Nel *Rapport* del 2000 sono stati evidenziati lo sviluppo e le trasformazioni dell'istituto, che è icasticamente definita un «*chantier*»[108].

Il *Médiateur*, nella sua attuale configurazione, ha compiti e struttura molto estesi, sempre più penetranti ed ha integrato alcune delle istanze che erano state rifiutate al momento della sua istituzione. In particolare, il filtro dell'attivazione mediata dai parlamentari è stato superato in via di fatto, seguendo un percorso che, da un lato, tende a consolidare il legame tra *Médiateur* e Parlamento e, dall'altro, conduce ad un'affrancazione dallo schermo parlamentare, laddove il *Médiateur* stesso ravvisi l'opportunità di intervenire immediatamente. Il cammino intrapreso ha prodotto notevoli risultati, collocando il *Médiateur* «*dans l'ensemble institutionnel français*»[109]. L'insieme delle modifiche fa sì che il *Médiateur* in Francia sia ormai considerato un *partner necessarie*, la cui importanza è sottolineata dalla crescita dei casi sottoposti alla sua attenzione, passati da 1773, al momento della sua istituzione (nel 1973), a 65530 nel 2008, e dal fatto che molti di essi si sono risolti positivamente.

---

[107] Questa idea si trova enunciata espressamente nella presentazione, a nome del Governo, da parte del Guardasiggilli (René Pleven) della legge istitutiva del *Médiateur*, il quale lo definì una «*institution pragmatique et èvolutive*».

[108] STASI B., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 2000, p. 7. Nel *Rapport* del 2000, a proposito dell'idea di evoluzione espressa nella relazione Pleven, si ribadisce che la «*souplesse souhaitée per le législateur s'est révélée utile, permettant à l'institution de se trasformer et de se développer progrssivement, en droit comme en fait*».

[109] Così si esprime lo stesso *Médiateur* nella presentazione del suo ufficio sul sito *web* istituzionale (http://www.mediateur-republique.fr).

I.2.5.- Il *Defensor del Pueblo* in Spagna.

Anche l'ombudsman spagnolo è degno dell'attenzione e della considerazione degli studiosi per una serie di motivi. Il modello spagnolo rappresenta, per prima cosa, una fedele trasposizione dell'originale schema scandinavo. Dimostra, poi, il reale potenziale adattivo dell'ombudsman nella sua configurazione pura, essendo stato utilmente introdotto anche in un contesto ordinamentale molto distante dai principi giuridici su cui si fonda l'idea dell'ombudsman. *Last but not least*, l'esperienza dei rapporti del *Defensor del Pueblo* con i tribunali spagnoli risulta utilissima per esaminare ed analizzare il ruolo dell'Ombudsman europeo nei riguardi dei tribunali comunitari.

Il *Defensor del Pueblo* è certamente uno dei più apprezzati modelli di ombudsman[110]. In estrema sintesi, le caratteristiche che hanno decretato questo prestigio internazionale possono essere così compendiate: 1) In linea con la tradizione scandinava, il *Defensor del Pueblo* viene eletto dal Parlamento, verso il quale è responsabile[111]. È tuttavia indipendente dall'assemblea elettiva, essendo il suo mandato svincolato dalla durata della legislatura. Sicché, l'eventuale scioglimento delle Camere parlamentari non incide sul termine di durata dell'ufficio. L'assoluta autonomia ed indipendenza dal Parlamento è un tratto fondamentale del *Defensor*, dal momento che, essendo legittimato a contestare la legittimità costituzionale delle leggi, esercita un controllo diretto anche sul potere legislativo[112]; 2) Il

---

[110] La Spagna ha introdotto l'ombudsman nell'art. 54 della nuova costituzione del 1978, che ha configurato uno Stato autenticamente democratico ed ha predisposto una adeguata struttura di tutela degli individui nei confronti delle autorità. L'art. 54 della costituzione spagnola cosi recita: «*una ley organica regulara la institucion del defensor del pueblo, como alto comisionado de las cortes generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este titulo, a cuyo efecto podra supervisar la actividad de la administracion, dando cuenta a las cortes generales*». Per uno studio su questa istituzione, cfr. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO J. M., *El Control Parlamentario de la Administracion. El Ombudsman* (II ed.), 1981, Instituto Nacional de Administracion Publica.

[111] Art. 2 della Ley Organica del Defensor del Pueblo (LODP), n. 3 del 6 aprile 1981, in *Buletin oficial del Estado* (BOE) n. 109 del 7 maggio 1981.

[112] Art. 162 della costituzione spagnola e art. 29 della LODP.

Defensor del Pueblo può trattare gli affari sia per impulso di un reclamo sia per iniziativa d'ufficio[113]. Ciò sterilizza, in parte, le ricadute negative della norma di cui all'art. 10 della *Ley Organica del Defensor del Pueblo* (LODP), che impone al reclamante la dimostrazione di un interesse legittimo rispetto al caso sottoposto; 3) Il *Defensor* spagnolo ha ampi poteri investigativi[114]. Ha pieno accesso alle informazioni ed ai documenti ufficiali e, diversamente dal *Médiateur* francese, può indagare direttamente presso le amministrazioni interessate senza la necessità di servirsi di referenti interni all'ufficio controllato. Inoltre, se le autorità pubbliche tentano di impedire le indagini o le ostacolano occultando le informazioni richieste, il *Defensor* può indirizzare una relazione speciale al Parlamento ed ha anche il potere di promuovere l'azione disciplinare contro i funzionari riluttanti[115]; 4) Infine, è opportuno osservare che l'ombudsman spagnolo è stato introdotto nella nuova costituzione post-franchista con l'aspettativa di rendere più agevole e rapido il processo di democratizzazione dell'amministrazione pubblica, di aumentare la tutela dei diritti di cittadinanza e di contribuire al miglioramento delle *performances* del settore pubblico. L'atmosfera istituzionale che ha determinato la creazione del *Defensor del Pueblo* è quindi perfettamente consentanea alle radici ideologiche dell'ombudsman originale.

I.2.5.1.- l'ambientazione in un habitat *'ostile'*.

È rimarchevole il fatto che un modello genuino di ombudsman sia riuscito a radicarsi in Spagna, sebbene fossero presenti alcune circostanze che avevano dissuaso alcuni paesi dall'istituire un ombudsman e avevano indotto altri ad allontanarsi molto dal modello

[113] Art. 49, comma 1, della LODP.

[114] Art. 19 e 22 della LODP.

[115] Artt. 23-26 della LODP.

originale. Invero, quantunque la Spagna sia una nazione piuttosto popolosa, i cittadini possono interpellare direttamente il *Defensor del Pueblo*, senza la necessità di utilizzare il filtro di un membro del Parlamento[116]. In Spagna, poi, esiste una amministrazione decentralizzata molto simile a quella di uno Stato federale. Questa peculiarità è stata considerata il principale ostacolo all'introduzione di un ombudsman federale in Germania[117]. Ciò non ha però impedito l'emergere di ombudsmen non solo a livello centrale ma anche presso le autonome comunità sub-statali. Il *Defensor* ed i suoi omologhi locali collaborano molto intensamente sulla base di accordi bilaterali[118]. La Spagna ha pure un sistema di diritto amministrativo molto evoluto. Ciò significa che la pubblica amministrazione è soggetta ad un ponderoso *corpus* di leggi amministrative[119], significa inoltre che in Spagna c'è un sistema di giustizia amministrativa molto sviluppato[120]. Risulta pertanto interessante che, nonostante l'esistenza di un così ampio spettro di presidi contro gli abusi della pubblica amministrazione, si è ritenuto necessario inserire il *Defensor del Pueblo* nel circuito delle tutele. Infine, in Spagna esiste persino una Commissione per le Petizioni. Anzi, più precisamente, vi sono due Commissioni nazionali per le Petizioni, una presso il Congresso dei Deputati e l'altra presso il Senato, cui si sommano le Commissioni per le Petizioni istituite presso i parlamenti delle Comunità autonome. Ciò nondimeno, il *Defensor* è riuscito ad inserirsi utilmente in questo "affollato" ambiente istituzionale. È sintomatico dell'ottimo livello di coordinamento il fatto che un considerevole numero di reclami sono trasmessi al *Defensor del Pueblo* dalle varie Commissioni per le

---

[116] Art. 9, comma 1, della LODP.

[117] V. *infra*, parag. I.2.6..

[118] Art. 12, cooma 2, della LODP.

[119] Cfr. GARCIA DE ENTERRÌA E. e FERNÀNDEZ TOMÀS R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol II, 2008, p. 381.

[120] Cfr. *Ibid.*, p. 481.

Petizioni, che spesso si limitano a svolgere funzioni di mera intermediazione[121].

I.2.5.2.- Il rapporto con il plesso giudiziario.

L'aspetto più interessante del *Defensor del Pueblo* nell'ambito della presente ricerca risiede nelle sue competenze rispetto ai tribunali spagnoli[122]. Il rapporto tra il *Defensor* e gli organi di giustizia si riflette in due aspetti. *In primis*, una parte importante della sua attività si focalizza sui reclami dei cittadini contro le disfunzioni nell'amministrazione della giustizia. Inoltre, il *Defensor* protegge i diritti dei cittadini anche accedendo direttamente alla tutela giustiziale.

Con riferimento al primo dei menzionati aspetti, occorre precisare che in Spagna v'è una netta distinzione tra la funzione giurisdizionale dei tribunali e la gestione amministrativa degli stessi. Il *Defensor* non può ovviamente interferire sull'esercizio della funzione giurisdizionale. Dunque, a norma dell'art. 17, comma 2, della LODP, il *Defensor* deve sospendere ogni intervento laddove il reclamo sia stato sottoposto all'esame di un tribunale. Anche in tal caso, può tuttavia portare avanti indagini di carattere generale connesse al caso concreto. Se, invece, il reclamo riguarda la (cattiva) gestione amministrativa del servizio giustizia, il *Defensor* ha l'obbligo di intervenire. Questo obbligo deriva dal fatto che uno dei diritti fondamentali del cittadino spagnolo è il diritto di ottenere una pronta ed effettiva tutela giurisdizionale[123]. In questi casi, viene seguita una

---

[121] Cfr. FELTRER RAMBAUD L., *Le droit d'Adresser des Pétitions à l'Ombudsman Espagnol*, lavoro (non pubblicato) discusso il 20 ottobre 1994 al Seminario "Le droit d'Adresser des Pétitions au Médiateur Européen et à la Commission des Pétitions du Parlement Européen", organizzato in Lussemburgo dall'Istituto Europeo della Pubblica Amministrazione (http://www.eipa.eu).

[122] Cfr. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO A., "Le défenseur du Peuple Espagnol et la Justice", in *Revue Française d'Administration Publique*, 64 (ottobre-dicembre 1992), p. 663-666.

[123] Il *Defensor* è primariamente impegnato a proteggere le prerogative costituzionali dei cittadini.

particolare procedura rispettosa del principio di separazione dei poteri e della massima indipendenza dei giudici. In virtù di questa procedura, quando riceve un reclamo concernente le *performances* dell'apparato amministrativo dei tribunali, il *Defensor* si rivolge al *Procurador General del Estado* chiedendo una indagine sui motivi del reclamo. Nella pratica però questa indagine indiretta si è rivelata tutt'altro che satisfattiva. Difatti, accade spesso che il *Procurador* non ha più informazioni di quelle che riceve dall'ufficio indagato e si limita ad essere semplice un «*courroie de transmission*». La procedura, poi, non rende l'indagine più agevole e grava il *Procurador* di un lavoro supplementare, sovente inutile e meramente burocratico. Per tali ragioni, il *Defensor* ed il *Consejo General del Poder Judicial* hanno raggiunto un accordo che attribuisce al *Consejo* la competenza a trattare direttamente i reclami sulla gestione amministrativa della giustizia. In via di fatto ed *extra legem*, l'ombudsman e l'organo di governo della magistratura spagnola lavorano insieme con buoni risultati.

Si è già detto che i reclami sulla gestione amministrativa della giustizia costituiscono la *magna pars* dell'attività del *Defensor*[124]. In particolare, un importante numero di questi reclami denunciano le gravi carenze di mezzi e di personale. Se riscontra le denunciate carenze, il *Defensor* rivolge raccomandazioni al Ministro della Giustizia. Altri reclami esprimono rimostranze per alcuni comportamenti dei funzionari. Le conseguenti indagini conducono talvolta alla sospensione degli impiegati o alla irrogazione di sanzioni disciplinari.

Per quel che concerne l'aspetto dell'accesso alla giustizia, l'art. 162 della costituzione abilita il *Defensor* a impugnare gli atti ed i provvedimenti delle amministrazioni centrali e locali che ritiene contrari alla costituzione. Il *Defensor* può anche proporre l'*habeas corpus* davanti ai tribunali ordinari e un *recurso de amparo* davanti

[124] GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO A., "Le défenseur du Peuple Espagnol et la Justice", in *Revue Française d'Administration Publique*, 64 (ottobre-dicembre 1992), p. 665.

alla corte costituzionale[125]. Quest'ultima speciale azione è uno degli strumenti di tutela direttamente previsti dalla costituzione (art. 53, comma 2) per la salvaguardia dei diritti fondamentali. Sono stati previsti due tipi di *locus standi*, uno pubblico e uno privato. Sicché il ricorso può essere presentato da persone fisiche o giuridiche che dimostrano un interesse legittimo, dal *Defensor del Pueblo* e dal *Ministerio de Economía y Hacienda*. Tra i diritti oggetto di questa particolare tutela, possono essere menzionati il diritto alla vita, il diritto di libertà religiosa, il diritto di libera associazione, il diritto alla partecipazione politica e il diritto di petizione. Le violazioni censurabili con questo particolare strumento sono quelle derivanti da provvedimenti amministrativi e giudiziali, o da comportamenti fattuali posti in essere dalle autorità centrali e locali e da tutte le altre autorità pubbliche.

I.2.5.3.- Rilievi finali.

Due sono i profili del *Defensor del Pueblo* che devono essere evidenziati in questa sede. Innanzitutto, va osservato che questa istituzione è stata investita di poteri sulla sfera legislativa, così allargando considerevolmente le funzioni dell'ombudsman originale. Il *Defensor* è un custode della costituzionalità degli atti parlamentari e un tutore della primazia della costituzione in Spagna, anche se si attiva solo quando è necessario per proteggere un diritto fondamentale di un cittadino reclamante. Non deve sorprendere che il *Defensor* ha, sin qui, fatto un uso molto cauto di questi poteri inerenti la sfera del potere legislativo. In altri ambiti, ha però utilizzato estensivamente i suoi poteri di influenza legislativa. Ad esempio, ha spesso proposto nuove leggi per migliorare i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione, ma anche leggi relative alla sfera del diritto privato, come quelle sulla tutela del consumatore[126]. In secondo luogo, si deve

[125] Art. 29 della LODP.

[126] Cfr. FELTRER RAMBAUD L., op. cit., p. 28.

rilevare che l'esperienza dell'ombudsman spagnolo sul controllo dei tribunali costituisce un ottimo esempio da traslare, con i dovuti adattamenti, anche al livello dell'Unione europea. Il *Defensor* ha dimostrato che l'ombudsman è un ottimo strumento per affrontare e risolvere i problemi che affliggono l'amministrazione della giustizia ed il suo modello suggerisce interessanti soluzioni da prendere in considerazione per superare alcuni problemi che infirmano la giustizia comunitaria[127].

I.2.6.- Le *Petitionsausschusses* in Germania.

L'idea di istituire un ombudsman in ogni *Länder* e uno a livello federale fu vivacemente discussa nella Repubblica Federale Tedesca intorno agli anni sessanta[128]. Le varie proposte non ebbero, tuttavia, molto successo e i parlamenti dei singoli stati federati (*Landtage*) ripegarono sull'idea di riformare il diritto di petizione.

---

[127] Un altro modello particolarmente interessante è l'ombudsman portoghese (*Provedor de Justiça*), che gode di notevoli poteri nei riguardi del sistema giudiziario lusitano. Sebbene non abbia competenze sul merito delle decisioni giudiziali, il *Provedor de Justiça* sovraintende all'amministrazione dell'attività dei tribunali. Per esempio, può intraprendere delle azioni in caso di ingiustificati ritardi processuali. Inoltre, è dotato di due strumenti aggiuntivi per indagare su reclami di natura amministrativa. È membro del *Conselho Superior da Magistratura*, che governa le nomine, i trasferimenti e la disciplina dei giudici, ed è presieduto dal Presidente della Repubblica. Può altresì esprimere raccomandazioni in merito alla costituzionalità di leggi, decreti o regolamenti. Ha anche il potere di contestare la costituzionalità degli atti normativi del parlamento o del governo e chiedere che siano dichiarati incostituzionali. Analoghi poteri di controllo sulle leggi sono stati attribuiti all'ombudsman austriaco (*Volksanwaltschaft*).

[128] La questione se un ombudsman fosse necessario nella Germania federale fu discusso per la prima volta all'incontro organizzato dall'Accademia Evangelica della Nordrhein-Westfalen a Iserlohn, in cui era presente anche l'ombudsman danese Stephan Hurwitz. Le opinioni espresse in quell'occasione furono le più disparate. Alla fine, prevalse l'opinione dell'allora presidente della Commissione per le Petizioni del *Bundestag*, Helene Wessel, che riteneva preferibile riformare il diritto di petizione, anziché istituire un ombudsman federale.

I.2.6.1.- L'esperienza nei Länder.

Questa riforma, che si focalizzò sul potenziamento delle funzioni svolte dalle commissioni parlamentari per le petizioni, mirava contemporaneamente ad assicurare ai cittadini un meccanismo rapido ed effettivo di tutela dagli abusi del potere amministrativo ed a rafforzare il controllo parlamentare sulla pubblica amministrazione. Alle commissioni per le petizioni dei *Landtage* furono così attribuiti una serie di nuovi poteri. Nonostante i nuovi poteri delle commissioni, il riformato diritto di petizione non ebbe il riscontro sperato. Ciò si spiega, innanzitutto, con le gravi carenze strutturali ed organizzative delle commissioni, che si riflettevano sulla qualità delle indagini e delle investigazioni svolte. In secondo luogo, le commissioni per le petizioni erano sovente composte da giovani ed inesperti membri dei *Landtage*, mentre i parlamentari più importanti ed autorevoli preferivano occuparsi di altro. Inoltre, i nuovi poteri conferiti alle commissioni sono stati usati molto timidamente[129].

Questo parziale insuccesso ha spinto alcuni *Länder* ad affiancare dei veri e propri ombudsmen alle commissioni per le petizioni. Il primo ombudsman tedesco è stato creato nel *Land* Rhineland-Palatinate. Successivamente sono sopravvenuti altri ombudsmen regionali: il c. d. *Bürgerbeauftragte*, in Mecklenburg – Western Pomerania e in Thuringia, e il *Bürgerbeauftragter* specializzato nei servizi sociali in Schleswig-Holstein. Gli ombudsmen nei vari *Länder* hanno il compito di collaborare con le rispettive commissioni per le petizioni nella trattazione dei ricorsi. Sicché, generalmente gli ombudsmen regionali che ricevono un reclamo, dopo aver verificato la loro competenza, tentano di risolvere il caso con un accordo bonario tra l'amministrazione ed il reclamante. Se il tentativo fallisce, l'affare viene presentato alla Commissione per le Petizioni del Parlamento regionale, la quale, a sua volta, può archiviare il caso, dichiarare che la

[129] Cfr. MIELKE S., "Reform des Petitionswesens in den Bundesländern", in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2-1971, p. 423-426.

disfunzione lamentata non può più essere rimossa ovvero invitare il reclamante di rivolgersi ad un tribunale amministrativo.

I.2.6.2.- Il diritto di petizione a livello federale.

Anche il *Bundestag* (Parlamento federale) ha preferito la riforma del diritto di petizione[130] alla istituzione di un vero e proprio ombudsman federale. Tra le tante ragioni che hanno motivato questa scelta, meritano di essere menzionate le seguenti: a) Si è sostenuto che esistono già sufficienti strumenti di tutela dagli abusi amministrativi, a cominciare da un articolato sistema di giustizia amministrativa; b) La dimensione e la struttura federale dello stato tedesco renderebbe necessaria la creazione di una complessa rete di ombudsmen presso i singoli *Länder*, con conseguente complicazione burocratica del sistema; c) Il *Bundestag* sarebbe nella migliore collocazione istituzionale per avanzare proposte di riforma legislativa.

Il principale scopo della riforma federale del diritto di petizione fu quello di porre fine alle critiche indirizzate alla Commissione per le Petizioni del *Bundestag* (*Petitionsausschuss*), basate sul rilievo che vi era una eccessiva dipendenza funzionale dalle amministrazioni controllate nello svolgimento delle indagini e delle verifiche. Conseguentemente, si propose di aumentare i poteri informativi della *Petitionsausschuss* nei confronti delle amministrazioni pubbliche. I nuovi poteri attribuiti alla Commissione furono: a) Il diritto di accesso a tutti i documenti posseduti dalle amministrazioni e la possibilità di fare ispezioni; b) la capacità di ascoltare eventuali testimoni e gli stessi reclamanti e la facoltà di chiedere l'assistenza di altre autorità o dei tribunali; c) il potere di delegare ai singoli membri della commissione i vari incombenti[131].

---

[130] Legge federale n. 1921 del 19 luglio 1975.

[131] La riforma è stata attuata aggiungendo l'art. 45c alla *Grundgesetz*. A norma del primo paragrafo del citato articolo, il *Bundestag* è obbligato a istituire una Commissione per la Petizioni. Per tal via, alla *Petitionsausschuss* è stato attribuito uno *status* costituzionale. Il secondo paragrafo dell'art. 45c autorizza inoltre il legislatore ad incrementare, se necessario, i poteri attribuiti alla Commissione per la trattazione dei reclami.

I.2.6.3.- Valutazioni finali.

Non è revocabile in dubbio che la riforma del 1975 ha avvicinato molto la *Petitionsausschuss* allo schema originale dell'ombudsman. Ciò nonostante, sembra esservi ancora spazio per l'introduzione di veri ombudsmen (federale e statali) in Germania. In particolare, sono cinque gli aspetti in cui le commissioni per le petizioni, quantunque dotate di ampi e penetranti poteri, non riescono a eguagliare l'ombudsman: a) Diversamente dagli ombudsmen, i parlamentari che compongono le Commissioni per le petizioni non sempre sono profondi conoscitori della materia amministrativa e la qualità delle loro indagini risente spesso di questa carenza cognitiva; b) Normalmente gli ombudsmen hanno poteri officiosi di indagine. Le commissioni per le petizioni in Germania non hanno invece questa facoltà e possono intervenire solo in reazione ad una petizione; c) L'estrazione politica dei membri delle commissioni per le petizioni ne pregiudica notevolmente l'autorevolezza e l'immagine di neutralità e le priva di una delle principali virtù dell'ombudsman, d) In conformità al carattere strettamente parlamentare del controllo esercitato sull'esecutivo, le commissioni per le petizioni tendono a focalizzare l'attenzione su quei reclami che presentano dei risvolti politici; e) Le commissioni sono spesso numerose e hanno una immagine pubblica anonima, l'ombudsman è invece un personaggio con una immagine pubblica ben definita ed una forte identificabilità, la qual cosa costituisce un indubbio vantaggio nei rapporti con l'utenza.

Per quanto sopra esplicitato, si può concludere affermando che il modello tedesco delle *Petitionsausschusses* non possa essere considerato del tutto assimilabile all'originale schema dell'ombudsman. Quantunque queste speciali commissioni parlamentari siano pacificamente accettate in tutte le associazioni

internazionali degli ombudsmen[132], si deve rilevare che esse non costituiscono una reale alternativa e non riescono a garantire gli stessi benefici istituzionali degli ombudsmen.

I.2.7.- L'Ombudsman nella cornice sovrastatale dell'Unione Europea.

L'idea di istituire un ombudsman nel panorama istituzionale dell'Unione europea mirava a due obiettivi fondamentali[133]. In primo luogo, si voleva migliorare la tutela dei diritti e degli interessi del cittadino europeo, creando un percorso alternativo alla lite giudiziaria. Inoltre, in un'ottica politica, la creazione di un ombudsman europeo

---

[132] Tra le associazioni internazionali di ombudsmen, merita una particolare menzione, per prestigio e partecipazione, l'International Ombudsman Institute (http://www.ioi-europe.org).

[133] La letteratura sull'Ombudsman europeo è vastissima, si vedano comunque i lavori di: BONNOR P. G., "The European Ombudsman: a novel source of soft law in the EU"; in *European law review*, Vol. 25 (2000) n. 1, p. 39; O'KEEFFE D., BIONDI A., *Report on Implication of the Treaty of Amsterdam for National Ombudsmen and Similar Bodies*, 1998, http://www.euro-ombudsman.eu.int; SÖDERMAN J., "The Role and the Impact of the European Ombudsman in access to documentation and the Transparency of Decision-making", in DECKMYN V., THOMSON I. (eds.), *Openness and Transparency in the European Union*, European Institute of Public Administration, 1998, p. 79; HEEDE K., "Enhancing of Accountability of Community Institutions and Bodies: The Role of the European Ombudsman", in *European Public Law*, 1997, p. 587; KUNZLIK P., JACOBSON B., "Article 169, the Ombudsman and the Parliament", in *European Environmental Law Review*, 1997, p. 46; SÖDERMAN J., "A Thousand and One Complaints. The European Ombudsman «en route»", in *European Public Law*, 1997, p. 351; TIERNEY S., "European citienship in practice? The first annual Report of the European Ombudsman", in *European Public Law*, 1996, p. 517; DICKMANN R., "La democratizzazione dei processi decisionali in Europa", in *Boll. inf. cost. parl.*, 1995, n. 2, p. 125; FERRANTI G., "I difensori civici nelle esperienze europee e nel Trattato di Maastricht", in *Rivista di diritto europeo*, 1995, p. 293; ADAM R., "Mediatore europeo e difensore civico nazionale", in *Com. intern.*, 1994, p. 42; MARIAS E. A. (ed.), *The European ombudsman*, European Institute of Public Administration, 1994; PLIAKOS A., "Le Médiateur de l'Union européenne", in *Cahiers de droit européen*, 1994, p. 563; SAULLE M. R., "Il mediatore nel Trattato di Maastricht", in *Com. intern.*, 1994, p. 17; PIERUCCI A., "Le Médiateur européen", in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993, p. 818; ADAM R., "Il Mediatore europeo: organo di tutela del singolo o strumento di controllo parlamentare?", in *Riv. intern. diritti uomo*, 1992, p. 928; TESAURO G., "Il Mediatore europeo", in *Riv. intern. diritti uomo*, 1992, p. 891; VINCI E., "Unione europea, cittadino, ombudsman. Brevi riflessioni su un nuovo istituto civico europeo", in *Riv. intern. Diritti uomo*, 1992, p. 884.

era un modo per dare un volto più amichevole alla distante, complessa ed impersonale struttura comunitaria e per evitare l'ulteriore alienazione dei cittadini scettici rispetto ad una amministrazione lontana ed anonima. Il primo passo concreto per introdurre l'ombudsman nella struttura dell'Unione fu fatto, il 24 settembre 1990, dalla delegazione spagnola alla *Intergovernmental Conference on Political Union*, che presentò un *memorandum* intitolato «*The Road to European Union*» in cui si suggeriva che l'istituzione della cittadinanza europea doveva essere accompagnata dalla creazione di una autorità indipendente che salvaguardasse i nuovi diritti di cittadinanza. Pochi giorni dopo, il 4 ottobre 1990, il governo danese avanzò una proposta meno ambiziosa, chiedendo la creazione di un ombudsman con la funzione di controllare i comportamenti amministrativi delle autorità comunitarie. Ispirandosi largamente alla propria tradizione nazionale, la delegazione danese produsse così una bozza di riforma del Trattato che prevedeva la creazione di un ombudsman europeo, la cui missione era circoscritta al controllo dei servizi amministrativi forniti dalle autorità europee.

Il Parlamento europeo, sostenuto dagli ombudsman e dalle commissioni per le petizioni degli stati membri, si oppose strenuamente alle riferite iniziative. Il timore principale era il possibile indebolimento del parlamento stesso e delle istituzioni omologhe all'ombudsman, operanti ad un livello statale. Ciononostante i lavori per la creazione dell'ombudsman europeo proseguirono. Nel giugno del 1991, la Presidenza lussemburghese presentò una bozza del Trattato riformato che introduceva un ombudsman europeo, funzionalmente indipendente ma istituzionalmente affiliato al Parlamento europeo, il cui ambito di competenza sarebbe stato confinato alla dimensione 'orizzontale' dell'ordinamento giuridico comunitario, senza cioè poteri di controllo sulle strutture amministrative degli stati membri. Questo modello, che rappresenta per molti una soluzione di compromesso tra la proposta spagnola e

quella danese[134], mentre per altri replica essenzialmente l'idea danese[135], fu finalmente incorporata nel Trattato sull'Unione europea sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992. Il primo Ombudsman europeo venne eletto nel giugno del 1995 e si insediò il 27 settembre 1995[136]. Il Trattato sull'unione europea (TUE) eliminò uno degli ostacoli che in precedenza avevano impedito la traslazione dell'ombudsman nel sistema comunitario. Venne cioè meno la mancanza di adeguati presupposti normativi. In effetti, l'art. 138 E del Trattato sull'unione europea ha stabilito che «Il Parlamento europeo nomina un Mediatore, abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, e riguardanti casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali». L'art. 138 E deve, tuttavia, essere letto alla luce del capoverso dell'art. 8 D che recita come segue: «Ogni cittadino dell'Unione può rivolgersi al Mediatore istituito conformemente all'articolo 138 E». Risulta pertanto necessario esaminare brevemente il concetto di 'cittadinanza europrea' ed il ruolo della cittadinanza dell'Unione nel Trattato di Maastricht. Il Trattato del 1992 rappresenta un cambiamento significativo nella storia della Comunità europea, posto che ha

---

[134] Cfr. MARIAS E., "The European Ombudsman: Competences and Relations with the Other Community institutions and bodies", in *The European Ombudsman*, EIPA, 1994, p. 75.

[135] Cfr. HEEDE K., *European Ombudsman: redress and control at Union level*, 2000, Kluwer Law International, p. 13.

[136] Il primo ombudsman, il finlandese Jacob Söderman, iniziò a lavorare nel settembre del 1995. Dopo la conclusione di due mandati, gli successe il greco Nikiforos Diamandouros nell'aprile del 2003, con uno staff di circa trenta persone. Per maggiori dettagli sulla genesi dell'ufficio, cfr. HEEDE K., *European Ombudsman: redress and control at Union level*, 2000, Kluwer Law International, note 1, at p. 10–20. In merito ai problemi politici che hanno fatto da cornice alla nomina del primo ombudsman, cfr. MAGLIVERAS K., "Best intentions but empty words: The European Ombudsman", in *European Law Review* (20-1995), p. 407-408. Per una opinione del diretto interessato sul primo anno di mandato dell'ombudsman europeo, cfr., SÖDERMAN J., "A thousand and one complaints: The European Ombudsman en Route", in *European Public Law* (3-1997), p. 351–361.

incorporato la transizione di quest'ultima da una dimensione meramente economica ad una pienamente politica. Il Trattato di Maastricht presenta quindi norme a carattere profondamente simbolico, che mirano a materializzare e a rendere visibile la diversa natura e sostanza dell'Unione[137]. Un'altra conseguenza di questa transizione consiste nella necessità per le istituzioni comunitarie di perseguire nuovi obiettivi di natura non solo economica[138]. Inoltre, alle istituzioni comunitarie sono affidate competenze e *performances* in aree che non sono interessate da questioni meramente economiche.

Il concetto di cittadinanza dell'Unione appartiene chiaramente a questo arsenale di simboli[139]. In particolare, è stata concepita per simbolizzare gli effetti della menzionata transizione ed è strettamente connessa con il problema della legittimazione politica e democratica della Comunità. Pertanto, la cittadinanza europea è stata principalmente una dimostrazione di buona volontà da parte dei governi degli stati membri, che hanno voluto trasmettere ai cittadini comunitari il loro reale interesse a migliorare i rapporti con le istituzioni comunitarie e rappresentare chiaramente il posto di rilievo

---

[137] Per esempio, l'idea cardine di questa trasformazione è già espressa nel preambolo (art. A, secondo parag.) con la dichiarazione che «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini».

[138] L'art. 2 del Trattato che istituisce la Comunità europea (così come modificato dal Trattato del Mastricht) fissa gli obiettivi perseguiti dalla Comunità e, dopo la riforma del 1992, menziona finalità che non sono limitate a risultati di tipo economico. Nella nuova versione, l'art. 2 recita che «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri».

[139] Per un approfondimento sul significato della cittadinanza dell'Unione, cfr. KOVAR R. e SIMON D., "La Citoyenneté Européenne", in *Cahiers de Droit Européen*, n. 3-4 (1993), p. 285, secondo i quali la cittadinanza europea è il simbolo della «*volonté de dépasser la dimension économique de l'intégration communitaire vers une union à caractère politique qui impliquait nécessairement la création d'une nouvelle forme d'allégeance des ressortissants des Etats Membres à l'égard de la Communauté*».

che le persone hanno nella cornice amministrativa europea. Questo simbolismo del concetto di cittadinanza non è però l'unico aspetto positivo di questa innovazione. Questo termine serve a includere semanticamente «tutti i cittadini della Comunità»[140], cioè anche quelle categorie di cittadini che sono più direttamente coinvolte nei problemi derivanti dal *deficit* di legittimazione sociale della Comunità, ossia gli operatori non economici, che, sino ad allora, erano stati totalmente negletti. La cittadinanza europea ha quindi tentato di dare nuove e più solide basi alla posizione degli individui privati in relazione con le istituzioni comunitarie. Pertanto, l'ombudsman europeo è stato chiamato a svolgere un ruolo primario nella materializzazione di uno dei principali simboli dell'Unione: la cittadinanza europea. Questo concetto di larga portata (economica e politica) implica un nuovo rapporto tra istituzioni comunitarie e singoli individui, poiché la cittadinanza europea non è stata concepita per essere un mero simbolo privo di contenuto sostanziale. Infatti, ha notevoli potenzialità di sviluppo futuro e ha posto le precondizioni per rendere effettivi i proclamati diritti di cittadinanza, come il diritto di accesso ai documenti delle amministrazioni comunitarie.

I.2.8.- Il futuro del diritto amministrativo e dell'ombudsman.

Il sentiero di sviluppo del diritto amministrativo segue pedissequamente quello sociale, anche se con qualche ritardo. Ogni previsione sul diritto amministrativo del futuro deve conseguentemente essere considerata con un certo scetticismo. Tuttavia, alcuni fattori di sviluppo si possono già intravedere.

---

[140] Cfr. *Dutch Government's Policy Document on European Political Union presented to Parliament*, 26 October 1990, CORBETT R., *The Treaty of Maastricht: From Conception to Ratification. A Comprehensive Reference Guide*, Harlow Longman Group, 1993, p. 176, in cui si osserva che «*the term now being used is 'all Community citizens', not just economic agents*».

L'attuale *trend* demografico condurrà verosimilmente all'aumento esponenziale della popolazione anziana, il che imporrà nuove norme ed una maggiore attenzione amministrativa. Un altro fattore è l'internazionalizzazione dei mercati e delle economie che continuerà inarrestabilmente e che non potrà non avere un forte impatto sui fondamenti e sui contenuti del diritto amministrativo[141]. Attualmente la pubblica amministrazione in Europa sta subendo una profonda ristrutturazione, che implica pure una parziale privatizzazione e la decentralizzazione. Il cambiamento strutturale della popolazione (in termini di età, di occupazione e *status* sociale) è probabilmente uno dei fattori che si rifletterà più rapidamente sullo sviluppo del diritto amministrativo. I principali problemi amministrativi saranno connessi alla allocazione delle (insufficienti) risorse e dei *benefits* sociali. In un periodo di economia recessiva, questo sviluppo richiederà l'identificazione della priorità e la determinazione di regole per fissare le priorità. Il diritto amministrativo può contribuire a creare le basi giuridiche di queste priorità e a governare i processi decisionali. La necessità di regole è destinata ad aumentare. Esse si baseranno probabilmente sul principio dell'equità, sull'esigenza di limitare l'abuso di potere e sulla pretesa di governare la discrezionalità amministrativa.

Inoltre, le regole poste ad un livello non statale hanno un ruolo sempre più importante in moltissime aree del diritto amministrativo. A parte le norme europee, le regole provenienti da altri ordinamenti sovrastatali sono spesso incorporate nelle leggi amministrative nazionali. Ciò accade, per esempio, nel caso degli *standards* elaborati nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle sue istituzioni. L'influenza più indiretta proviene dalla cooperazione internazionale sotto gli auspici del Consiglio d'Europa. Un tipico aspetto della cooperazione internazionale su tali questioni giuridiche è il tentativo di esportare le garanzie legali da settori del diritto

[141] Per i principali riferimenti bibliografici in tema di globalizzazione del diritto amministrativo, v. *infra*, in nota 286.

tradizionalmente più tutelati (come il processo penale) ad altri settori regolamentati da norme pubblicistiche, come il settore dei servizi pubblici. L'attenzione internazionale alle garanzie giuridiche si pone anche in relazione alla creazione di nuovi strumenti di tutela legale. Dove si esercita la discrezionalità amministrativa, una maggiore attenzione è indirizzata ai criteri che giovano ad implementare i diritti dell'uomo. Tutto questo sembra essere molto vicino alla pratica già sperimentata con successo dall'ombudsman e, grazie alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vi sono buone ragioni per ritenere che il descritto processo si estenderà ancor di più, ed includerà uno spettro amplissimo di amministrazioni. Allo stesso tempo, gli organi di controllo delle pubbliche amministrazioni dovranno fare maggiore attenzione le volte in cui siano in gioco regole e *standards* internazionali per l'esercizio della discrezionalità.

Negli anni recenti, un altro processo è iniziato negli ordinamenti giuridici di molti paesi europei. Lo sviluppo di questo processo – in parte dovuto a motivazioni ideologiche – è ampiamente basato sulla naturale esigenza delle pubbliche amministrazioni di adeguarsi ai cambiamenti della società. Il fenomeno della c. d. "privatizzazione" non deve essere inteso come un aspetto del «*rolling back the State*»[142], esso è piuttosto il tentativo di iniettare idee organizzative e gestionali del settore privato e di migliorare le regole tradizionali del settore pubblico[143]. Se questi processi e queste tendenze avranno ulteriori sviluppi, determineranno (come è parzialmente già accaduto) l'insorgere di una serie di questioni problematiche connesse all'applicazione e all'adattamento delle attuali regole generali dell'azione amministrativa[144]. Sarà pertanto necessario chiarire se le

---

[142] Cfr. PARKER D. e BURTON J., *Rolling back the State?*, 1991, Parker and Burton, website https://dspace.lib.cranfield.ac.uk/bitstream/1826/636/2/SWP2191.pdf .

[143] Questo fenomeno è riscontrabile, per esempio, nella tendenza ad assegnare alcune funzioni a società pubbliche strutturate secondo i modelli privatistici e collocate al di fuori della linea gerarchica della pubblica amministrazione.

[144] Sul dibattito dottrinale italiano, successivo alla riforma del 2005 (con legge n.15/2005) della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, che ha introdotto il seguente principio generale: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non

leggi amministrative (inclusa l'attività di controllo e tutela dell'ombudsman) potranno essere applicate, in tutto o in parte, alle società pubbliche o alle autorità che sono abilitate a intraprendere attività di mercato lucrative o che sono organizzate secondo modelli misti (pubblici e privati)[145]. Tutte le questioni evocate sono

---

autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente», vedansi CERULLI IRELLI V., "Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla legge n. 15/05 recante modifiche e integrazione alla legge n. 241/90)", in (www.astridonline.it); FUOCO E. G., "L'art 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990 – Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato", in (www.lexitalia.it); DURANTE N., "L'adozione degli atti di natura non autoritativa, con elettivo riferimento alla tematica del conferimento e della revoca dell'incarico di funzione dirigenziale nell'ambito del rapporto di lavoro con l'amministrazione dello Stato", in (www.giustizia-amministrativa.it); VIRGA G., "Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura", in (www.lexitalia.it) n. 1/2005.

[145] La conseguenza inevitabile del descritto *trend* è un marcato incremento del numero di contratti pubblici. Ciò accentua la necessità di determinare se lo *status* pubblico o semi-pubblico delle parti contraenti influenza lo scopo (*i. e.* la causa) del contratto e se i principi interpretativi ed integrativi elaborati nel settore privato possono essere integralmente utilizzati in questi casi. Un altro punto focale è la questione della applicabilità delle categorie privatistiche della nullità e della annullabilità rispetto a questo tipo di accordi. Nel contesto giurisprudenziale e dottrinale italiano, è sintomatica della prospettata problematica la non ancora sopita discussione in merito all'annullamento dell'aggiudicazione e alla sorte del relativo contratto di appalto. Non è questa la sede per affrontare l'evoluzione di questo ormai annoso dibattito, si può, tuttavia, rinviare ai lavori più recenti: DE SIANO A. – RINALDI F., "Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. «Direttiva ricorsi»", in *Giustamm.it*, pubblicato il 29/07/2009; CARANTA R., "Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti di gara" (commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 6, p. 1533-1539; BENINCASA M., "Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto stipulato medio tempore: problemi di riparto della giurisdizione" (commento a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5, p. 1279-1288; BARBAGALLO R., "Le conseguenze sul contratto d'appalto derivanti dall'annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara" (commento a TAR Piemonte, sez. I, 13 giugno 2008, n. 1370), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5, p. 1273-1279; POLINARI J., "Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: spunti per una lettura sistematica", in *Appalti e contratti*, 2009, fasc. 7, p. 37-53; VIVARELLI M. G., "Ancora sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione: nuove e vecchie prospettive", in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 2, p. 327-350; MANFREDI G., "Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria" (commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9 e Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 6, p. 611-620; SANTORO P., "La caducazione del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza (secondo l'Adunanza plenaria 30 luglio 2008, n. 9)", in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 1, p. 5-34; SATTA F., "Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema", in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 1, p. 123-129; SCACCHI A., "Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto", in *Giustamm.it*,

strettamente legate al sistema economico. Il fatto che l'economia sia recessiva o espansiva ha una notevole influenza sul diritto amministrativo. Un ciclo economico recessivo conduce, per esempio, ad un aumento dei problemi allocativi e si riflette inevitabilmente sulle regole amministrative. Un altro processo che sta sicuramente influenzando il diritto amministrativo è il rapido progresso della *information and communication technology*.

Le considerazioni che precedono evidenziano una rinnovata percezione delle relazioni tra cittadino e pubblica amministrazione. Non è pertanto ardito sostenere che l'evoluzione dello stato liberale e costituzionale sta muovendo, attraverso il passaggio intermedio del *welfare state*, verso una sorta di *self-governing state*. In siffatto scenario incipiente, il ruolo dell'ombudsman (e di istituzioni similari) risulterà utilissimo alla dialettica democratica e all'elaborazione di soluzioni equilibrate a tutte le nuove questioni amministrative.

---

pubblicato il 24/04/2009; GOISIS F., "Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione" (commento a Corte eur. Giust., Sez. II, 18 luglio 2007, causa C-503/04; Cassazione, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031), in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 1, p. 112-145; ZONNO D., "Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della «tutela reale» dinnanzi al giudice amministrativo. Rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto" (commento a TAR Molise, 24 settembre 2008, n. 719), in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 1, p. 226-243; FRAZZINGARO S., "Il riparto della giurisdizione in materia di contratti pubblici: le posizioni contrastanti delle Supreme Corti", in *Appalti e Contratti*, 2009, fasc. 1-2, p. 41-54; LAMBERTI C., "Una decisione «propulsiva» delle Sezioni Unite" (commento a Cassazione Civile, Sez. Unite, ord. 7 novembre 2008, n. 26790 e Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 1, p. 26-38.

Capitolo II

Le basi giuridiche dell'Ombudsman Europeo

II.1.- Il mandato dell'Ombudsman Europeo ed i suoi limiti.

Le funzioni dell'Ombudsman europeo sono governate dagli articoli 21 e 195 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), dallo Statuto dell'Ombudsman[146] e dalle norme attuative adottate dall'Ombudsman in virtù dell'art 14 dello Statuto stesso. Le attuali norme di attuazione sono entrate in vigore il 1° gennaio 2003[147]. Lo Statuto disciplina l'esercizio delle funzioni dell'Ombudsman e, in linea di massima, costituisce tuttora una buona base normativa per le sue attività. Tuttavia, dopo una attenta analisi, l'Ombudsman europeo aveva individuato alcune limitate modifiche per migliorare la sua capacità di operare più efficacemente a beneficio dei cittadini. L'11 luglio 2006, l'Ombudsman si era pertanto rivolto al Presidente del Parlamento europeo, insistendo perché fosse iniziata la procedura di emendamento dello Statuto. Nel giugno 2008, alla luce delle raccomandazioni dell'Ombudsman e di una relazione della commissione per gli affari costituzionali (di cui è stata relatrice la parlamentare finlandese Anneli Jäätteenmäki), il Parlamento europeo ha adottato una decisione[148] per la revisione dello Statuto, entrata in vigore il 31 luglio 2008. Le due modifiche principali introdotte rafforzano i poteri di indagine dell'Ombudsman. In primo luogo, nel corso di un'indagine l'Ombudsman può accedere adesso, senza alcun limite, ai documenti in possesso delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Le istituzioni e gli organi dell'Unione non possono più opporre un rifiuto alla consultazione dei documenti per «ragioni

---

[146] Lo Statuto è stato adottato con una decisione del Parlamento europeo (Decisione n. 94/262 del 9 Marzo 1994, sullo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del mediatore, in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea (GuUE) 1994 L 113, p. 15). Cfr. PERILLO E., "Le processus d'adoption du Statut du Médiateur", in *Diritto dell'Unione Europea* (1-2006), p. 137.

[147] Il testo integrale è consultabile nel sito *web* dell'Ombudsman europeo (http://www.ombudsman.europa.eu).

[148] Decisione 2008/587 del Parlamento europeo, che modifica la decisione 94/262 sullo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore, GuUE 2008 L 189, pag. 25.

debitamente motivate dalla segretezza». In secondo luogo, i funzionari dell'Unione europea che forniscono prove all'Ombudsman non sono più tenuti a rendere dichiarazioni «a nome delle loro amministrazioni e in base alle istruzioni di queste». Sono inoltre state chiarite e consolidate le disposizioni che impongono all'Ombudsman di mantenere la segretezza dei documenti e delle informazioni. Infine, l'articolo 5 dello Statuto riformato fornisce all'Ombudsman una base giuridica per collaborare con le istituzioni e gli organismi degli Stati membri responsabili della promozione e della protezione dei diritti fondamentali[149]. Il 3 dicembre 2008, l'Ombudsman ha revisionato anche le disposizioni di attuazione per allinearle con le modifiche introdotte nello Statuto e per fare in modo che tengano conto dell'esperienza maturata dal 2004, anno in cui erano stati apportati gli ultimi cambiamenti. Le nuove disposizioni di esecuzione, entrate in vigore il 1° gennaio 2009, sono intese a mantenere e rafforzare la fiducia degli autori delle denunce, ma anche delle istituzioni, verso le indagini dell'Ombudsman. In particolare: a) il denunciante ha la certezza: (i) di poter visionare tutti i materiali che l'istituzione interessata decide di trasmettere all'Ombudsman nell'ambito della preparazione del proprio parere sulla denuncia, o in risposta a ulteriori indagini (ii) che l'Ombudsman ha pieno accesso a tutte le informazioni e a tutti i documenti che considera pertinenti per l'indagine; b) le istituzioni hanno la certezza che, quando l'Ombudsman chiede di poter visionare documenti o di avere informazioni in più rispetto a quelle fornite nel parere e nelle risposte dell'istituzione a ulteriori indagini, o quando esamina il fascicolo, né il pubblico né l'autore della denuncia può accedere a informazioni o documenti che l'istituzione segnala come riservati.

[149] Così recita l'art. 5 dello Statuto: «Qualora ciò contribuisca a rendere più efficaci le proprie indagini e a migliorare la tutela dei diritti e degli interessi delle persone che sporgono denuncia, il mediatore può cooperare con le autorità corrispondenti che esistono in taluni Stati membri, nel rispetto delle legislazioni nazionali applicabili. Il mediatore non può esigere, in tal modo, documenti ai quali non avrebbe accesso ai sensi dell'articolo 3».

Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha poi incluso il terzo pilastro nelle competenze dell'Ombudsman. Invero, secondo l'art. 41 (1) del TUE, l'art. 195 TCE è applicabile agli affari concernenti la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale[150]. Al contrario, non v'è un simile riferimento al secondo pilastro (politica estera e di sicurezza comune) nell'art. 28 del TUE.

II.2.- La nozione di *maladministration*.

Il concetto di *maladministration* (*i. e.* cattiva amministrazione) è la pietra angolare del sistema giuridico che governa l'attività dell'Ombudsman europeo[151]. Il riferimento alla *maladministration* ha una duplice funzione: a) delinea i confini esterni della competenza dell'Ombudsman; b) costituisce inoltre un termine di paragone per valutare il comportamento della burocrazia europea e serve quindi da base cognitiva per giudicare, nel merito, i casi presi in considerazione. Sia il Trattato che istituisce la Comunità europea, sia lo Statuto dell'Ombudsman non danno alcuna definizione del concetto in esame e delegano implicitamente questo compito definitorio all'Ombudsman, che, a sua volta, è soggetto alla superiore autorità interpretativa della Corte di giustizia delle Comunità europee. A seguito di un invito rivolto dal Parlamento europeo a precisare il significato di *maladministration*, l'Ombudsman ha proposto la seguente definizione nella sua Relazione annuale del 1997: «si è in presenza di cattiva amministrazione allorquando un organismo pubblico non opera conformemente a una norma o a un principio per

[150] Cfr. decisione dell'Ombudsman sul reclamo 785/2002/OV del 17 dicembre 2002 in merito al rifiuto di accesso a certi documenti della conferenza sul terrorismo: rifiuto giustificato per asserite ragioni di tutela della pubblica sicurezza.

[151] Per una breve ma completa descrizione di questo concetto, cfr. CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2006, Oxford University Press (Academy of European Law – European University Institute), p. 847-851.

esso vincolante»[152]. Questa definizione è stata integrata con la dichiarazione che «quando l'Ombudsman verifica se una istituzione comunitaria o un altro organismo hanno agito in conformità alle norme ed ai principi per essi vincolanti, il suo primo e più importante compito è quello di accertare se hanno agito legalmente»[153].

Nel 1998, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione che accoglieva favorevolmente la definizione offerta dall'Ombudsman[154]. Successivamente, uno scambio epistolare tra l'Ombudsman e la Commissione ha rivelato che anche la Commissione riteneva condivisibile quella definizione. Le «norme ed i principi» evocati nella definizione dell'Ombudsman hanno sia natura legale in senso stretto, sia natura non strettamente legale. Ciò significa che l'applicazione dello standard della *maladministration* implica certamente un esame sotto il profilo della stretta legalità, ma va oltre. In altre parole, si verifica una sovrapposizione con le questioni giustiziali normalmente affrontate nei tribunali. L'Ombudsman può trattare esclusivamente la *maladministration* della burocrazia dell'Unione e non può indagare i casi relativi alle burocrazie degli stati membri. Questa limitazione 'giurisdizionale' fu prevista per evitare possibili interferenze con il lavoro degli ombudsmen nazionali o di organismi similari ed ha avuto un impatto notevole sul lavoro dell'Ombudsman europeo, dal momento che le norme europee sono generalmente applicate dagli stati membri. L'applicazione centralizzata delle norme comunitarie è una eccezione limitata ad alcuni campi specifici, come le regole sulla concorrenza, sugli aiuti di stato o sulle politiche sociali. Tornando alla definizione in esame, occorre soggiungere che per «amministrazione» si intende l'attività

---

[152] Relazione annuale dell'Ombudsman europeo (RAOE) 1997, p. 23. Tutte le Relazioni annuali sono consultabili (anche in lingua italiana) nel sito *web* dell'Ombudsman (http://www.ombudsman.europa.eu). I richiami alle Relazioni annuali dell'Ombudsman europeo fatti nel presente lavoro sono riferiti all'edizione in lingua inglese.

[153] *Ibid*., p. 24.

[154] Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sulla Relazione annuale e sulle attività dell'Ombudsman europeo nel 1997, C4-0270/98, GuUE 1998, C 292/168, al punto 2.

‘esecutiva’ delle autorità europee. L’attività giudiziaria, quella legislativa e quella politica in senso lato[155] non sono sottoposte al controllo dell’Ombudsman.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea (CDF), originariamente proclamata il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007, prima della sottoscrizione del Trattato di Lisbona in data 13 dicembre 2007, include il diritto alla buona amministrazione tra i diritti fondamentali della cittadinanza europea (art. 41). L’art. 43 della CDF prevede il diritto di proporre reclamo all’Ombudsman europeo nei casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari. Il fondamento ideale di questa consacrazione del diritto alla buona amministrazione riposa nella convinzione che la cultura del servizio ai cittadini sia lo strumento principale per debellare la *maladministration* nella burocrazia europea e debba essere tenuta distinta dalla ‘cultura della colpa’ che stimola atteggiamenti di chiusura e di difesa[156].

II.2.1.- La codificazione delle regole di buona condotta amministrativa.

Il 6 settembre 2001 il Parlamento europeo ha approvato il Codice di buona condotta amministrativa, che le istituzioni e gli organi dell’Unione europea, le loro amministrazioni e i loro funzionari sono tenuti a rispettare nei rapporti con il pubblico. Il Codice tiene conto dei principi di diritto amministrativo europeo contenuti nella giurisprudenza dei tribunali europei e si ispira alle leggi nazionali[157]. Il

---

[155] Ovviamente la distinzione tra attività politico-amminstrativa e attività meramente politica è spesso evanescente.

[156] Cfr. RAOE 2007, p. 34.

[157] Sui caratteri del diritto amministrativo europeo e sulle convergenze del diritto amministrativo in europa: CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, 1999; WEBER A., “Sviluppi del diritto amministrativo europeo”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, p. 589; TORCHIA L., “Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998; SCHWARZE J., “The convergence of Adminstrative Law of the EU Member States”, in *European Public Law*, 1998, p. 191; CASSESE S., “Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi

Parlamento ha invitato anche l'Ombudsman ad applicare il Codice di buona condotta amministrativa nell'esame dei casi di *maladministration*. Pertanto, l'Ombudsman tiene conto delle norme e dei principi del Codice in sede di esame dei reclami e in occasione di indagini di propria iniziativa. L'Ombudsman ha accolto favorevolmente la conferma, espressa da tutti i responsabili delle agenzie dell'Unione europea nella riunione di Lisbona del 24 ottobre 2008, di accettare il Codice europeo di buona condotta amministrativa come riferimento normativo nello svolgimento delle rispettive funzioni[158].

II.3.- Il mandato dell'Ombudsman europeo.

L'art. 195 del TCE abilita l'Ombudsman a ricevere reclami da ogni cittadino dell'Unione e da qualunque persona fisica o giuridica[159]

---

nazionali", in CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, I, p. 3; MASSERA A., "I principi generali", in CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, I, p. 431; LEGRAND P., "Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti di diritto", in *Pol. dir.*, 1997, p. 3; LEGRAND P., "European legal Systems are not Converging", in *Int. Comp. Law. Quart.*, 1996, p. 52; MARCOU J. (a cura di), *Les mutations du droit de l'administration en Europe, pluralisme et convergences*, 1995, ed ivi, in particolare, il saggio di MALARET E.; BARBIERI E. M., "Diritto comunitario ed istituti generali del diritto amministrativo nazionale", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, p. 3; SCHWARZE J., "Developing Principles of European Administrative Law", in *Public Law*, 1993, p. 229; FALCON G., "Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo europeo", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 74; GRAHAM C. F., "Towards a European Administrative Law, the English Case", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 3; BELL J., "Convergences and divergences in European Adminstrative Law", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, p. 393; CASSESE S., "Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello europeo?", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 467; CHITI M. P., "Implicazioni amministrative della integrazione europea", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, p. 1188; FALCON G., "Dal diritto amministrativo nazionale al diritto comunitario", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, p. 351.

[158] Cfr RAOE 2008, p. 33.

[159] Il termine 'persona giuridica' è stato interpretato estensivamente. Dunque non implica il requisito della personalità giuridica ed è stato utilizzato come categoria residuale, in cui comprendere tutti i reclamanti che non possono essere classificati come 'persone fisiche'. L'Ombudsman europeo ha così preso in esame anche i reclami presentati da società, fondazioni, sindacati, fondi autonomi, organizzazioni non governative, ombudsmen

residente o stabilita nel territorio di uno stato membro[160], riguardanti casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni e degli organi comunitari, ad eccezione dei tribunali comunitari nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali[161]. Una denuncia, pertanto, esula dal mandato dell'Ombudsman nei casi in cui: 1) il denunciante non è una persona legittimata a presentare denuncia; 2) non sono coinvolti organi o istituzioni della Comunità; 3) la questione riguarda la Corte di giustizia o il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali; 4) non si tratta di un'ipotesi di *maladministration*. Sebbene il diritto di presentare un reclamo all'Ombudsman europeo sia limitato a cittadini residenti e persone giuridiche con sede legale in uno Stato membro, l'Ombudsman è altresì legittimato ad avviare indagini di propria iniziativa. La facoltà di svolgere questo tipo di indagini officiose consente all'Ombudsman

---

nazionali e regionali e tribunali statali. Cfr., *ex multis*, decisioni sui reclami 821/2000/GG; 1101/16.12.96/CFUI/IT/JMA; 384/97/JMA e 615/98/BB.

[160] Anche la nozione di 'residenza' è stata interpretata liberamente. Il requisito della residenza non implica dunque l'esistenza di una dimora fissa o abituale. Può trattarsi del posto dove una persona fisica vive sporadicamente, senza l'intenzione di farne il centro delle sue relazioni sociali o delle sue attività professionali. Né risulta necessario che la residenza sia fissata in modo ufficiale. Dal momento che il reclamante si trova fisicamente nel territorio dell'Unione, la questione se il suo ingresso e la sua permanenza siano legali è irrilevante ai fini della legittimazione. Pertanto anche gli immigrati clandestini hanno accesso all'Ombudsman europeo. Cfr. decisione sul reclamo 972/24.10.96/FMO/DE/DT, compendiata in RAOE 1996, p. 15.

[161] Cfr. reclamo 920/2007/BU, in cui un funzionario ha censurato il Tribunale della funzione pubblica per l'errata applicazione del regolamento di procedura e delle istruzioni pratiche del Tribunale di primo grado in una causa pendente in cui il reclamante era attore. Il reclamante sosteneva che i requisiti delle suddette disposizioni sulla traduzione dei documenti giustificativi e sulla lunghezza massima del ricorso comportavano una restrizione inaccettabile del diritto di accesso alla giustizia. L'Ombudsman ha ritenuto che l'eccezione dell'articolo 195 del TCE per la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali si applicasse anche al Tribunale della funzione pubblica, essendo quest'ultimo una Camera giurisdizionale affiancata al Tribunale di primo grado. L'Ombudsman è stato inoltre del parere che la questione oggetto della denuncia rientrasse nelle funzioni giurisdizionali del Tribunale di primo grado e non si è, conseguentemente, considerato legittimato a trattare il reclamo. Questa decisione (come tutte le decisioni concernenti casi ammissibili archiviati dal 30 giugno 1998) è consultabile (in inglese e nella lingua del reclamante) nel sito *web* dell'Ombudsman (http://www.ombudsman.europa.eu/home/en/decision.htm).

di esaminare i casi di eventuale *maladministration* portati alla sua attenzione da persone non legittimate a presentare reclamo[162]. In questi casi l'Ombudsman offre agli interessati, nel corso dell'indagine, le stesse opportunità procedurali di cui potrebbero usufruire ove fossero legittimati a presentare denuncia. L'opportunità di avviare una iniziativa officiosa è sempre valutata caso per caso.

Il mandato dell'Ombudsman europeo concerne le istituzioni e gli organi comunitari. Peraltro, mentre le istituzioni sono elencate all'articolo 7 del TCE, non esistono definizioni o elenchi ufficiali degli organi comunitari. Il termine include sia organi istituiti dai trattati, come il Comitato economico e sociale e la Banca centrale europea, sia organi istituiti dalla legislazione derivata, come l'Agenzia europea dell'ambiente e l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (FRONTEX). I reclami nei confronti di autorità pubbliche degli Stati membri esulano dal mandato dell'Ombudsman europeo[163], anche se riguardano questioni

---

[162] Nel 2007-2008, sono state svolte tre indagini officiose. Nella relazione annuale del 2006 l'Ombudsman ha dichiarato che intendeva ricorrere al proprio potere di iniziativa officiosa ogniqualvolta l'unica ragione per non indagare a fronte di una denuncia di *maladministration* in capo alla Banca europea per gli investimenti (BEI) nella concessione di prestiti al di fuori dell'Unione europea (prestiti esteri) fosse la non cittadinanza o la non residenza nell'Unione del reclamante. Nella sua risoluzione del 25 ottobre 2007 il Parlamento europeo ha accolto con favore la dichiarazione di intenti dell'Ombudsman e lo ha invitato a considerare la conclusione di un protocollo d'intesa con la BEI. Nel dicembre 2007, l'Ombudsman si è rivolto al presidente della BEI proponendo l'avvio di un dibattito sulla formulazione di un *Memorandum* d'intesa. Il *Memorandum* è stato infine sottoscritto dall'Ombudsman e dal presidente della BEI il 9 luglio 2008 (in GuUE 2008 C 244, pag. 1). L'obiettivo dell'accordo è potenziare la protezione delle parti interessate in relazione a eventuali episodi di *maladministration* nell'ambito delle attività della BEI. Il *Memorandum* prevede espressamente che la protezione delle parti interessate sia estesa anche alle persone che non siano cittadini o residenti di uno degli Stati membri dell'UE o che non abbiano sede legale in uno di essi.

[163] Come esempio di reclamo escluso dalla competenza soggettiva dell'Ombudsman, può essere menzionato il reclamo riguardante i termini con cui un denunciante era stato licenziato dal suo impiego presso la Western European Union (WEU). Il reclamo era rivolto contro il segretario generale del Consiglio dell'Unione europea, il sig. Javier SOLANA, che era anche segretario generale della WEU. Dalla denuncia risultava che la decisione contestata era stata presa dal sig. SOLANA nella sua funzione di segretario generale della WEU. Poiché la WEU non è un organismo o un'istituzione dell'UE, l'Ombudsman ha declinato la propria competenza (reclamo 128/2007/FOR).

di diritto comunitario. Molte di questi reclami sono però ricevibili dagli ombudsmen nazionali e regionali inseriti nella Rete europea degli ombudsmen. Quando un reclamo è escluso dalla sua competenza, l'Ombudsman europeo tenta normalmente di indicare al reclamante un'altra istituzione che può ricevere la sua denuncia, specialmente se il caso concerne questioni di diritto amministrativo europeo. A volte, se il reclamo appare *prima facie* fondato, l'Ombudsman ove possibile e con il consenso dell'interessato, trasferisce il *dossier* direttamente all'istituzione competente. A tal riguardo, deve essere posta in evidenza l'importanza della Rete europea degli ombudsmen[164]. Infatti, uno dei principali obiettivi della Rete è quello di agevolare il rapido trasferimento dei reclami al competente ombudsman nazionale o regionale o all'amministrazione interessata[165].

Presenta interessanti profili di sviluppo futuro anche la cooperazione con la rete SOLVIT[166]. Nel 2007, per esempio,

---

[164] V. *infra*, Capitolo IV.

[165] Per comprendere le potenzialità della Rete europea degli ombudsmen, si può citare il caso (2681/2006/BM, compendiato in ROAE 2007, p. 39) di un cittadino spagnolo scontento perché il sistema «Via Verde», che prevede uno sconto sul pedaggio autostradale portoghese, non era disponibile per i cittadini dell'UE non residenti in Portogallo. Poiché il reclamo riguardava le autorità nazionali portoghesi, l'Ombudsman europeo lo ha trasferito all'ombudsman portoghese (*Provedor de Justiça*). A seguito di un'indagine, l'ombudsman portoghese ha rilevato che il sistema «Via Verde» prevede la deduzione automatica del pedaggio dal conto corrente dell'utente. Per beneficiare di questo sistema, l'utente deve avere un conto corrente facente parte della rete «Multibanco» che include due banche spagnole. L'ombudsman portoghese ha inoltre notato che, sebbene le limitazioni dell'attuale sistema possano essere messe in dubbio sulla base dei principi di libertà e concorrenza contrattuale nel settore bancario, la direttiva 2004/52/CE sull'interoperabilità dei sistemi di pedaggio stradale elettronici a livello comunitario dovrebbe creare un sistema uniforme di pagamento elettronico del pedaggio stradale a livello europeo entro il 2011. Alla luce di ciò, il *Provedor de Justiça* concludeva che non erano necessarie ulteriori indagini sulla questione e ha archiviato il caso.

[166] SOLVIT è un *problem-solving network* telematico creato dalla Commissione europea, grazie al quale tutti gli stati membri lavorano insieme per risolvere, evitando le liti giudiziarie, i problemi causati dalla errata applicazione delle norme europee sul mercato interno da parte delle amministrazioni pubbliche. Esiste un centro SOLVIT in ogni stato membro dell'Unione (e anche in Norvegia, Islanda e Liechtenstein). I centri SOLVIT possono agevolare la soluzione dei reclami dei privati e delle imprese. Sono inseriti nelle amministrazioni statali ed hanno il compito di dare soluzioni concrete ai reclami nell'arco di dieci settimane dalla presentazione della denuncia. Le procedure SOLVIT sono

l'Ombudsman europeo ha trasferito al competente centro SOLVIT il reclamo di un cittadino bulgaro che si era laureato in medicina nel suo paese. Dopo l'ingresso della Bulgaria nell'Unione europea, avrebbe voluto esercitare la professione medica in Francia e si è procurato un certificato di conformità del suo diploma di laurea dal Ministero della Salute bulgaro. La competente autorità francese ha, però, rifiutato il certificato bulgaro sul rilievo che non vi era menzionata la direttiva europea pertinente. Le autorità bulgare hanno insistito per la validità del proprio certificato anche senza lo specifico riferimento alla normativa europea. L'ombudsman europeo ha così trasferito il reclamo al centro SOLVIT in Bulgaria, il quale, poco tempo dopo, ha informato l'Ombudsman che il caso era stato prontamente risolto ed il medico reclamante aveva ricevuto un certificato idoneo ad ottenere l'abilitazione in Francia alla professione medica. Sempre nel 2007, l'Ombudsman ha consigliato di contattare la rete SOLVIT ad altri sessantanove reclamanti.

II.4.- Profili procedurali dell'azione dell'Ombudsman Europeo: l'accesso alla tutela.

Quando un reclamo è presentato al suo ufficio, l'Ombudsman verifica preliminarmente se rientra nelle sue competenze. Ciò significa, come visto in precedenza, che il reclamo deve essere diretto contro un organo dell'unione e deve riguardare presunti casi di *maladministration*. Il reclamo deve altresì integrare gli ulteriori criteri di ammissibilità posti dallo Statuto dell'Ombudsman, in particolare la denuncia deve essere preceduta dagli appropriati passi amministrativi

---

completamente gratuite. Per un documentato approfondimento sulla natura e sulle funzioni della rete SOLVIT, cfr. LOTTINI M., "La rete SOLVIT: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6-2006, p. 1089-1106; il sito *web* istituzionale della rete SOLVIT (http://ec.europa.eu/solvit/site/index_en.htm).

presso le istituzioni o gli organi interessati[167]. Inoltre, persino quando il reclamo rientra nella competenza ed è ammissibile, l'Ombudsman ha sempre il potere discrezionale di procedere all'indagine o archiviare il caso immediatamente[168]. L'Ombudsman ritiene pure che, se il reclamo è già stato trattato dalla Commissione per le petizioni del Parlamento europeo, non ci sono ragioni per avviare una indagine, salvo che il reclamante non produca nuovi documenti o prove.

Come esempio in cui, ad avviso dell'Ombudsman, non sussisterebbero sufficienti motivi per iniziare una inchiesta, merita una menzione il caso di un cittadino rumeno che si era rivolto alla Commissione europea sostenendo che una tassa di registrazione delle automobili, imposta dalle autorità rumene, violava il diritto comunitario. In risposta, la Commissione ha informato il denunciante di aver avviato una procedura per infrazione contro la Romania, al fine di assicurare che non vi fosse alcuna discriminazione contro le automobili usate di importazione. La Commissione ha soggiunto di

---

[167] A norma dell'art. 2 (4) dello Statuto, la denuncia «deve essere preceduta dai passi amministrativi appropriati presso le istituzioni o gli organi interessati». I funzionari e gli altri agenti europei possono presentare una denuncia «soltanto se l'interessato ha esperito le possibilità interne di domanda o ricorso amministrativo, in particolare quelle di cui all'articolo 90, paragrafi 1 e 2 dello statuto dei funzionari, e solo dopo che sono scaduti i termini fissati per la risposta da parte dell'autorità interessata», art. 2 (8) dello Statuto.

[168] Nel 2007, il 42% dei reclami ammissibili sono stati considerati improcedibili perché non giustificavano una indagine, RAOE 2007, p. 36. Nel 2008, la percentuale dei reclami per i quali non è stata avviata una indagine è salita al 44%. Tuttavia, occorre precisare che l'insussistenza di motivi per avviare una indagine non implica necessariamente che il reclamante abbia torto o che debba restare insoddisfatto. Un esempio recente aiuterà a comprendere meglio questo aspetto. Un cittadino greco ha presentato denuncia per quello che definiva il comportamento «inammissibile» di un soggetto che prestava servizio per la società privata di vigilanza della rappresentanza della Commissione in Grecia. Il denunciante aveva richiesto il nome del dipendente e aveva preteso che fossero intraprese tutte le misure necessarie affinché questa persona si comportasse correttamente in futuro e affinché si rendesse consapevole che la sua condotta aveva suscitato un'impressione estremamente negativa dei servizi della Commissione. La Rappresentanza ha immediatamente risposto al denunciante, scusandosi per il comportamento del dipendente e rendendosi disponibile a soddisfare la richiesta iniziale del reclamante, auspicando che l'increscioso incidente non avesse compromesso la fiducia del denunciante nei confronti dell'UE. Su tali basi, l'Ombudsman ha concluso che la Commissione aveva intrapreso le misure necessarie per riparare il torto e che non vi fossero elementi sufficienti per avviare un'indagine (reclamo 87/2008/VAV).

non aver chiesto alla Romania di abolire la tassa, poiché le norme comunitarie non prevedevano tale possibilità. In risposta ad un'ulteriore denuncia dello stesso cittadino, la Commissione ha dichiarato di essere in procinto di esaminare il progetto di legge rumeno che avrebbe dovuto introdurre i necessari emendamenti alle norme rumene in materia di tassazione delle automobili, al fine di armonizzarle all'articolo 90 del TCE. Nel suo reclamo all'Ombudsman europeo, il denunciante ha dedotto di non essere soddisfatto delle risposte della Commissione, sostenendo che la Commissione avrebbe dovuto richiedere alle autorità rumene di abolire o di ridurre la tassa di registrazione delle automobili. Nel rispetto del principio di buona collaborazione sancito dalla Dichiarazione adottata dalla rete europea degli ombudsmen (v. *infra*, parag. IV.1.1) e considerato che il denunciante si era dichiarato insoddisfatto anche delle autorità rumene, l'Ombudsman ha informato l'*Avocatul Poporului*[169] rumeno della denuncia e delle procedure per infrazione in corso. L'Ombudsman europeo ha informato altresì la Commissione del suo operato, suggerendo di tenere l'ombudsman rumeno costantemente al corrente degli sviluppi della procedura per infrazione[170]. Il caso appena descritto mostra icasticamente i giovamenti, sotto il profilo partecipativo ed informativo, che l'intervento dell'Ombudsman europeo può recare anche nei casi in cui decide di non intraprendere una indagine formale. L'esempio rivela altresì la necessità di una Rete strutturata degli ombudsmen europei, per garantire un efficace ed utile coordinamento dei vari uffici.

---

[169] L'ombudsman rumeno (letteralmente, «Avvocato del Popolo») è un'istituzione indipendente, responsabile del trattamento delle denunce presentate dai cittadini contro le altre istituzioni dello Stato. L'ombudsman rumeno è stato istituito nel 1991 dopo la ratifica della prima costituzione post comunista del paese. Inizialmente, l'ombudsman è stato nominato dal Senato per un mandato di quattro anni. Dopo la modifica costituzionale del 2003, l'ombudsman è nominato per un periodo di cinque anni, da entrambe le camere del parlamento.

[170] Reclamo 2543/2007/RT, compendiato in RAOE 2007, p. 37.

Un altro caso degno di nota riguarda una impresa italiana. Questa impresa aveva denunciato all'Ombudsman la sua delusione per il modo in cui la Commissione aveva proceduto nell'indagine su un presunto cartello nell'industria del fluoruro di alluminio. L'impresa lamentava, tra l'altro, che la Commissione: a) aveva ingiustamente ignorato la sua richiesta di indulgenza quando ha inviato la 'dichiarazione di obiezioni'[171], b) non aveva rispettato i suoi diritti di difesa e c) l'aveva obbligata a non ottemperare ad un ordine delle autorità giudiziarie nazionali, richiedendo la restituzione di alcuni documenti che avrebbe dovuto produrre in giudizio. L'Ombudsman, dopo un attento esame del caso presentato dalla impresa reclamante, ha rilevato che, per quanto riguarda la richiesta di indulgenza, la Commissione adotta una decisione definitiva di indulgenza soltanto quando chiude l'indagine. Ha poi osservato che, fornendo all'impresa denunciante informazioni sul proprio parere in merito alla probabilità di un'indulgenza e concedendo una proroga dei termini per la presentazione delle sue osservazioni sulla 'dichiarazione di obiezioni', la Commissione aveva dato la possibilità alla denunciante di esercitare il proprio diritto di difesa. Per quanto attiene alla restituzione dei documenti, l'ombudsman ha notato che la Commissione aveva fornito per sbaglio alla denunciante alcuni documenti riservati e che, conformemente alla legislazione in materia, era legittimata nonché obbligata a chiederne la restituzione. L'Ombudsman ha quindi ritenuto che non vi fossero ragioni sufficienti per avviare un'indagine[172].

L'autore e l'oggetto della denuncia devono essere identificati. Il reclamo può essere proposto sia da un singolo (reclamo individuale), sia da più soggetti congiuntamente (reclamo collettivo). I reclamanti

---

[171] La c. d. 'dichiarazione di obiezioni' è il primo passo formale della Commissione nelle indagini *antitrust*, con cui la Commissione stessa informa le parti interessate per iscritto degli addebiti mossi nei loro confronti. Essa non compromette l'esito finale della procedura ed ha la funzione di integrare il contraddittorio procedimentale.

[172] Reclamo 2118/2007/IP, compendiato in RAOE 2007, p. 38.

possono rivolgersi all'Ombudsman direttamente ovvero possono farlo indirettamente per il tramite di un membro del Parlamento europeo. Anche in quest'ultimo caso però non viene meno il requisito della cittadinanza europea o della residenza nel territorio dell'Unione. Sono ammissibili reclami che hanno la natura di *actiones populares*. Diversamente da quanto avviene per le petizioni al Parlamento, l'ammissibilità dei reclami all'Ombudsman europeo non è condizionata alla sussistenza di un interesse personale nel caso oggetto di denuncia. Il reclamante non deve dimostrare di aver subito un pregiudizio dal presunto caso di *maladministration* denunciato, né è necessaria la prova degli eventuali benefici che deriverebbero dall'esito dell'indagine. Merita rilevare che, secondo le statistiche riportate nelle più recenti Relazioni annuali al Parlamento europeo, di tutti i reclami ricevuti dall'Ombudsman, poco più del 25% rientrano nella sua competenza, di questi circa un terzo non presentava sufficienti ragioni per avviare una indagine. È difficile specificare il numero esatto di casi che riguardano autorità nazionali che svolgono funzioni comunitarie, tuttavia, avuto riguardo ai trasferimenti annuali di reclami alle istituzioni nazionali competenti e ai consigli rivolti ai reclamanti di rivolgersi agli ombudsman nazionali o regionali, è possibile inferire che almeno un sesto dei reclami solleva questioni di amministrazione comunitaria indiretta. Questa deduzione dà risalto all'importanza della istituita Rete europea degli ombudsmen, che rende possibile il rapido trasferimento reciproco dei reclami, agevola la trattazione delle questioni più complesse e potrà portare, in futuro, allo svolgimento di indagini collegiali e alla presentazione di relazioni congiunte.

L'Ombudsman europeo non è autorizzato ad esaminare reclami relativi alle «funzioni giurisdizionali» della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado. L'esatta portata della locuzione «funzioni giurisdizionali» non è chiarissima e l'Ombudsman sembra aver accolto una interpretazione alquanto 'espansiva' delle sue

competenze[173]. In ogni caso, non può indagare su fatti che sono già stati valutati in sede giurisdizionale e non può interferire in casi pendenti davanti ai tribunali. Il reclamo deve essere presentato entro due anni dalla data in cui il fatto su cui si basa la denuncia è entrato nella sfera di conoscibilità del reclamante e deve essere preceduto dai passi amministrativi appropriati presso le istituzioni o gli organi interessati (ricorsi gerarchici, appelli amministrativi ecc.). Tutti i reclami ricevuti dall'Ombudsman sono registrati e riscontrati. La comunicazione di riscontro dà notizia al reclamante dell'inizio del procedimento e comunica il numero di registro, rende noto altresì il nome e il recapito telefonico del responsabile della procedura. Se nessuna indagine viene avviata, al reclamante sono comunicate le ragioni dell'archiviazione immediata. Se l'indagine è invece avviata, per prima cosa l'Ombudsman inoltra una copia del reclamo all'amministrazione interessata, chiedendo un parere sul caso oggetto di esame. Il principio della *fair procedure* implica che le decisioni dell'Ombudsman in ordine ad un reclamo non devono tenere in considerazione le informazioni contenute in documenti prodotti dal reclamante o dalle amministrazioni comunitarie, se la controparte non ha avuto l'opportunità di esaminare i documenti e di esprimere il proprio punto di vista (*audiatur et altera pars*). L'Ombudsman trasmette, pertanto, i pareri delle amministrazioni comunitarie interpellate al reclamante chiedendo di formulare eventuali osservazioni. Né il Trattato, né lo Statuto prevedono la possibilità di ricorrere contro le decisioni dell'Ombudsman sui reclami. Tuttavia, l'Ombudsman è soggetto ad eventuali azioni per il risarcimento dei danni basate sull'art. 288 del TCE. Infatti, la giurisprudenza comunitaria ha statuito che, in linea di principio, è possibile proporre tale azione sulla base di una presunta *mala gestio* del reclamo[174].

---

[173] Cfr. reclamo 126/97/VK, compendiato in RAOE 1998, p. 17.

[174] Cfr. RAIMONDI L., "Mediatore europeo e mezzi di ricorso giurisdizionale", in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004 (3), p. 547 e ss.; sentenza della Corte di giustizia in proc. C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, in [2002] European Court Reports (Raccolta della Giurisprudenza) II-2203, in cui si è stabilito che, avuto riguardo alla

II.4.1.- I poteri istruttori.

L'art. 3 (2) dello Statuto dell'Ombudsman obbliga le amministrazioni comunitarie a fornire all'Ombudsman tutte le informazioni richieste e dare accesso ai fascicoli relativi al caso esaminato. Eventuali rifiuti basati su ragioni di segretezza non sono più ammissibili dopo la riforma statutaria del 31 luglio 2008. L'accesso ad informazioni e documenti secretati o sensibili è quindi sempre possibile con l'osservanza delle norme di sicurezza adottate dall'istituzione o dall'organismo *a quibus*. Le amministrazioni che trasmettono informazioni e documenti secretati o sensibili devono, quindi, informare l'Ombudsman di tale carattere di segretezza o di riservatezza e concordare preventivamente le condizioni per il trattamento dei dati. L'art. 3 (2) dello Statuto impone pure ai funzionari ed agli altri agenti delle istituzioni e degli organi comunitari l'obbligo di testimoniare, a richiesta dell'Ombudsman. Essi restano comunque vincolati all'obbligo del segreto professionale. Il potere di acquisire delle testimonianze è stato utilizzato molto raramente[175]. Normalmente i reclami sono trattati pubblicamente, a meno che il reclamante non richieda espressamente la segretezza. L'art. 13 delle Disposizioni di esecuzione (Dde) dello Statuto riconosce al reclamante la possibilità di accedere al fascicolo del reclamo. L'art. 14 delle Dde consente al pubblico l'accesso ai documenti custoditi dall'Ombudsman, che non siano correlati a

---

speciale natura delle funzioni dell'Ombudsman, l'esame dei giudici comunitari deve limitarsi a verificare se l'Ombudsman ha commesso gravi e manifeste violazioni del diritto comunitario nell'espletamento delle sue funzioni, tali da causare seri pregiudizi al cittadino interessato. Questa sentenza (come tutte le sentenze dei tribunali comunitari) è consultabile (in inglese e nella lingua del ricorso) sul sito *web* della Corte di giustizia (http://curia.europa.eu). Cfr. anche SUKSI M., "Comment on Case C-234/02, European Ombudsman vs. Frank Lamberts", in *Common Market Law Review* (42-2005), p. 1765 - 1781.

[175] Nel 2007, l'Ombudsman ha utilizzato il potere di ispezionare i fascicoli delle amministrazioni in 18 casi. La possibilità di escutere testimoni è stato, invece, utilizzato in un solo caso.

indagini, alle stesse condizioni ed entro gli stessi limiti definiti dal regolamento (CE) n. 1049/2001 per l'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione[176]. Il pubblico può inoltre richiedere accesso a documenti correlati a un'indagine custoditi dall'Ombudsman, purché il reclamo non sia stato classificato come riservato su richiesta del denunciante o da parte dell'Ombudsman stesso (art. 14.2 Dde). Né il reclamante, né il pubblico possono però accedere alle informazioni confidenziali o ai documenti confidenziali ottenuti a seguito dell'esame del fascicolo dell'istituzione interessata o dell'escussione di un testimone (art. 13.3 Dde). L'Ombudsman può quindi utilizzare ogni strumento istruttorio considerato utile per approfondire il caso[177]. A tal fine, l'art. 5 (5) delle Dde stabilisce che l'Ombudsman può commissionare studi o relazioni di esperti qualora li consideri necessari al buon esito di un'indagine.

Alla luce dei dati normativi, è possibile distinguere due tipi di poteri di indagine, un tipo di natura 'orizzontale' e uno a carattere 'verticale'. Su un piano orizzontale, l'Ombudsman è abilitato a contattare le amministrazioni comunitarie e chiedere informazioni o documenti provenienti dalle stesse. Le istituzioni o gli organi interpellati sono obbligati a conformarsi alle richieste istruttorie dell'Ombudsman entro un termine ragionevole[178]. In una dimensione verticale, l'Ombudsman ha due tipi di poteri istruttori. Ha poteri investigativi 'diretti' che riguardano le relazioni tra l'Ombudsman e le autorità nazionali[179]. Ha anche poteri investigativi 'indiretti', che sono

---

[176] Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GuUE L 145 del 31.5.2001, pag. 43).

[177] Cfr. articolo 3 (1) dello Statuto.

[178] Cfr. articolo 3 (2) dello Statuto.

[179] Le autorità amministrative nazionali «hanno l'obbligo di fornire al mediatore, a sua richiesta, tramite le Rappresentanze permanenti degli Stati membri presso le Comunità europee, tutte le informazioni che possono contribuire a far luce su casi di cattiva amministrazione da parte delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo che dette informazioni siano soggette a disposizioni legislative o regolamentari in materia di segreto

azionati quando la richiesta di ostensione riguarda documenti o informazioni provenienti dalle amministrazioni degli stati membri, ma che sono nella disponibilità di istituzioni o di organi comunitari. Questi documenti e informazioni sono accessibili all'Ombudsman solo dopo che lo Stato membro interessato è stato informato.

Questa distinzione di piani (orizzontale e verticale) di investigazione è rilevante in relazione alla portata ed al grado dei poteri istruttori. Per esempio, lo Statuto non sembra autorizzare l'Ombudsman a citare come testimoni i funzionari delle amministrazioni nazionali (piano verticale)[180], mentre può sicuramente citare i funzionari europei (piano orizzontale), i quali sono obbligati a testimoniare. Inoltre, i poteri investigativi 'orizzontali' e quelli 'verticali-indiretti' sono molto intrusivi. I poteri istruttori 'verticali-diretti' sono invece più limitati, dal momento che possono essere sottoposti al limite del segreto professionale e a «qualsiasi altra disposizione che ne vieti la pubblicazione». Risulta, tuttavia, importante notare che la pratica investigativa dell'Ombudsman consiste principalmente nella raccolta e nella valutazione dei dati fattuali e delle osservazioni scritte che le parti hanno prodotto spontaneamente. Lo stile istruttorio dell'Ombudsman europeo è, in ciò, molto simile a quello di molti giudici amministrativi europei (incluso il giudice amministrativo italiano) che agiscono in base al c. d. principio dispositivo con metodo acquisitivo. Solo in pochissimi casi, soprattutto durante indagini avviate di propria iniziativa, l'Ombudsman ha usato strategie investigative alternative (*scil*. inquisitorie), come visite sul posto, o pubblici appelli a presentare

---

professionale ovvero a qualsiasi altra disposizione che ne vieti la pubblicazione. Nell'ultimo caso, tuttavia, lo Stato membro interessato può consentire al mediatore di venire a conoscenza di dette informazioni, purché si impegni a non divulgarne il contenuto», art. 3 (3) dello Statuto.

[180] Cfr. CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2006, Oxford University Press (Academy of European Law – European University Institute), p. 841.

osservazioni in merito a inchieste *in itinere*[181] e la commissione di studi o ricerche[182].

II.4.2.- I possibili esiti delle indagini.

Quando l'Ombudsman decide di chiudere un'indagine, informa il reclamante circa i risultati e le conclusioni. Se il caso è chiuso con **nessun riscontro di *maladministration***, occorre evidenziare che non si tratta necessariamente di un esito negativo per il reclamante, il quale potrà almeno giovarsi dei chiarimenti offerti dalla amministrazione interessata circa la propria condotta amministrativa. Inoltre, persino nei casi di nessun riscontro di *maladministration*, l'Ombudsman può rilevare l'opportunità per l'amministrazione di migliorare la qualità dei propri servizi per il futuro. In tale evenienze, l'Ombudsman formulerà una osservazione complementare.

Laddove possibile, l'Ombudsman tenta di trovare rapidamente una soluzione positiva con la collaborazione dell'istituzione o l'organo coinvolto, prima di avviare una indagine formale. In pratica, questa cooperazione può condurre ad una **risoluzione dell'amministrazione** che soddisfi *in toto* il reclamante. L'obiettivo dell'Ombudsman in questi casi è quello di risolvere il conflitto rapidamente, senza dover avviare una inchiesta ordinaria sulla presunta *maladministration*. Questo tipo di soluzione è normalmente conseguita nei casi concernenti l'incapacità di riscontrare tutta la corrispondenza. Infatti, poco dopo l'inizio dell'attività dell'Ombudsman, divenne chiaro che una semplice telefonata dell'ufficio dell'ombudsman all'amministrazione censurata risultava spesso risolutiva per il cittadino reclamante. In precedenza, nei casi in cui l'intervento per le vie brevi consentiva al denunciante di avere un

---

[181] Cfr. inchiesta officiosa OI/5/1999/(IJH)/GG, compendiata in RAOE 2001, p. 215, dove fu rivolto un invito al pubblico ad esprimere opinioni sui problemi determinati dai ritardi nei pagamenti della Commissione.

[182] Cfr. inchiesta officiosa OI/3/2001/SM, compendiata in RAOE 2001, p. 222.

immediato riscontro alla propria corrispondenza, l'Ombudsman soleva informare l'autore del reclamo che non c'erano più motivi per avviare una indagine. Dal punto di vista statistico, questi casi erano registrati nella seguente categoria: «nessun motivo per avviare una indagine». Nel 1998, questa pratica di rilevazione statistica è stata rivista e si è deciso che siffatti casi devono essere classificati come «risolti dall'amministrazione»[183]. Recentemente, l'Ombudsman ha cominciato a fare maggior uso di procedure informali, giovandosi in particolare di accordi di cooperazione siglati con le amministrazioni interessate. Il Consiglio, ad esempio, ha designato un funzionario della sua Segreteria, al quale l'Ombudsman può rivolgersi con la prospettiva di concordare una soluzione rapida ed informale.

Se tuttavia una indagine già iniziata rivela un caso di *maladministration*, l'Ombudsman europeo «ricerca, per quanto possibile cooperando con l'istituzione interessata, una conciliazione amichevole atta ad eliminare tale caso di cattiva amministrazione e a soddisfare il denunciante»[184]. In tale ipotesi, un altro esito positivo può essere la c. d. **soluzione amichevole**, nella foggia di un equo compromesso accettabile per entrambe le parti, come pagamenti *ex gratia* senza riconoscimento di responsabilità e senza creare un precedente vincolante[185].

Se una risoluzione rapida o un compromesso sono impossibili o fallimentari, l'Ombudsman ha due forme di decisione a sua disposizione. La più *soft* (e più frequentemente utilizzata) è l'**osservazione critica** indirizzata all'istituzione o all'organo

---

[183] Cfr. RAOE 1998, p. 28-29. ovviamente, non tutti reclami relativi a casi si corrispondenza inevasa possono essere risolti con interventi telefonici o telematici. A volte è necessario indagare, soprattutto quando vi sono delle fondare ragioni per sospettare che l'originaria incapacità di riscontrare prontamente la corrispondenza non sia frutto di una isolata svista amministrativa, ma sia il sintomo di una inefficienza a carattere sistematico.

[184] Art. 6 delle Disposizioni di esecuzioni.

[185] Per esempio, a seguito di un reclamo all'Ombudsman, l'Università di Stoccolma ha ricevuto il pagamento per un progetto di ricerca, reclamo 1173/2003/(TN)IJH, in RAOE 2003, p. 11.

interessati. L'osservazione critica viene normalmente formulata quando: a) non è più possibile eliminare il caso di *maladministration*; b) il caso non sembra presentare implicazioni di carattere generale; c) non è necessaria una azione supplementare[186] e d) l'Ombudsman ritiene inutile un progetto di raccomandazione o una relazione speciale al Parlamento (nei casi in cui l'amministrazione non recepisca il progetto di raccomandazione). Una osservazione critica conferma al reclamante la fondatezza della sua denuncia e spiega all'amministrazione coinvolta in cosa è sbagliato il suo comportamento amministrativo, aiutandola ad evitare, *pro futuro*, gli stessi errori[187].

Lo strumento più appuntito dell'Ombudsman europeo è il **progetto di raccomandazione**, che si fa nelle situazioni in cui il caso di *maladministration* è particolarmente serio e può essere ancora eliminato o ha implicazioni generali. In siffatte circostanze, a norma dell'art. 3 (6) dello Statuto, «l'istituzione o l'organo interessato è tenuto a trasmettergli entro tre mesi un parere circostanziato».

Se l'istituzione o l'organo comunitari non rispondono adeguatamente al progetto di raccomandazione, l'Ombudsman può, come ultima azione sostanziale, trasmettere una **relazione speciale** al Parlamento europeo. Ciò avviene nelle situazioni in cui l'Ombudsman si aspetta di ricevere un forte sostegno dal Parlamento europeo. Dal 1995, sono state trasmesse poche relazioni speciali (una delle ultime nel 2007) concernenti questioni come l'accesso ai documenti, la codificazione dei principi della buona amministrazione sottoforma di un codice amministrativo recante norme vincolanti e procedure di reclutamento ed impiego nell'ambito dell'Unione. La relazione

---

[186] Art. 7 delle Disposizioni di esecuzioni. L'osservazione critica può essere integrata da una osservazione supplementare, sebbene questo non sia espressamente previsto nelle Dde. Cfr., p. e., la decisione sul reclamo 1288/99/OV, compendiata in RAOE 2002, p. 98.

[187] Nel 2007, l'Ombudsman europeo ha condotto uno studio sulle azioni supplementari intraprese dalle istituzioni attinte dalle osservazioni critiche o supplementari fatte nel 2006. Lo studio è consultabile nel sito *web* dell'Ombudsman (http://www.ombudsman.europa.eu).

speciale può includere anche raccomandazioni. I Regolamenti del Parlamento europeo attribuiscono alla Commissione per le petizioni la responsabilità di mantenere i rapporti con l'Ombudsman. Al *meeting* delle Commissioni per le petizioni del 12 ottobre 2005, l'Ombudsman europeo si è impegnato, in base a quanto previsto dall'art. 205, comma 3, del Regolamento del Parlamento europeo, a comparire davanti alla Commissione, le volte in cui presenta una relazione speciale al Parlamento.

II.5.- Breve rassegna della più recente casistica.

La carenza di autoritarietà vincolante delle decisioni dell'Ombudsman europeo che riconoscono la necessità di apprestare un rimedio al cittadino non deve condurre alla conclusione che i suoi sforzi investigativi siano inutili. Nella pratica, le decisioni dell'Ombudsman sono normalmente accettate dalle amministrazioni implicate. Queste decisioni hanno dato origine a diverse forme remediali sia con riferimento a specifici reclami presentati per ottenere la correzione di inefficienze sporadiche ed isolate, sia in relazione ad inchieste di ampio raggio tese a modificare diffuse pratiche o procedure amministrative. Un attento esame dell'attuazione pratica dei modelli remediali assunti dall'Ombudsman può rivelare alcuni dati molto interessanti. Merita, pertanto, esporre ordinatamente i più significativi elementi giuridici e fattuali contenuti nelle recenti decisioni dell'Ombudsman. La rassegna che segue è quindi strutturata in termini di classificazione tematica delle principali materie oggetto di indagini, ordinate intorno a cinque categorie principali, così come individuate dallo stesso Ombudsman[188] nelle sue relazioni annuali: a) trasparenza; b) la funzione di custode del trattato della Commissione; c) appalti, contratti e sovvenzioni; d) questioni inerenti al personale; e) varie.

[188] Cfr. RAOE 2007, p. 49.

II.5.1.- Trasparenza e **openness.**

Un'elevata percentuale delle indagini condotte dall'Ombudsman europeo riguarda denunce per mancanza di trasparenza. L'articolo 1 del TUE auspica che nell'Unione le decisioni siano adottate «nel modo più trasparente possibile» e l'articolo 255 del TCE sancisce il diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Tale diritto è adesso governato dal regolamento n. 1049/2001, che riconosce una serie di rimedi avverso la mancanza di trasparenza[189]. Un rifiuto di accesso ai documenti può essere contrastato sia in sede giudiziaria, a norma dell'art. 230 del TCE, sia con un reclamo all'Ombudsman, le cui indagini possono condurre a dei risultati sorprendenti.

Nel caso 1844/2005/GG[190], un giornalista tedesco chiese alla Commissione l'accesso ad un documento che il dipartimento competente aveva redatto, nel 1995, per l'istruttoria di una decisione su una possibile procedura di infrazione contro la Grecia in relazione alla costruzione di un nuovo aeroporto. La Commissione rigettò la richiesta, assumendo che l'ostensione del documento avrebbe pregiudicato gravemente i sui processi decisionali. Nell'opinione indirizzata all'Ombudsman, a seguito del reclamo, la Commissione spiegò che il documento denegato conteneva valutazioni e decisioni dei suoi servizi interni e rifletteva il dibattito intercorso tra gli stessi. Ha poi fatto riferimento a delle linee guida secondo cui i documenti relativi alle procedure di infrazione possono essere, in linea di massima, rilasciati una volta che il relativo caso sia stato chiuso. Le deroghe a quest'ultima regola dovrebbero essere applicate in modo molto restrittivo. Tuttavia, secondo la Commissione, l'ostensione del

---

[189] Cfr. BIONDI A., "Access to document in the EU", in *European Business Law Review* (7/8-1998), p. 221-226; HELISKOSKI J. – LEINO P., "Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents", in *Common Market Law Review* (43-2006), p. 735–781.

[190] Compendiato in RAOE 2007, p. 83-84.

documento in questione avrebbe seriamente compromesso la sua capacità di esercitare con efficacia le funzioni relative alle procedure di infrazione. Dopo una attenta istruttoria, l'Ombudsman ha trasmesso alla Commissione un progetto di raccomandazione, in cui la invitata a concedere l'accesso al documento. A parere dell'Ombudsman, l'interpretazione della menzionata deroga alla regola del pubblico accesso ai documenti adottata dalla Commissione era così generica che appariva idonea a svuotare di significato la deroga stessa. Nella successiva replica la Commissione ha insistito nel denegare l'accesso a causa della 'sensibilità' delle informazioni contenute nel documento richiesto. Secondo la Commissione, l'ostensione di quel documento avrebbe ridestato discussioni sopite e avrebbe istigato degli infondati dubbi sulla legittimità del suo operato. L'ombudsman ha rilevato che la Commissione aveva spiegato nella sua replica di dettaglio le ragioni per le quali aveva rifiutato l'accesso a quello specifico documento, mentre, nella gestione dell'originaria istanza di accesso del reclamante e nel suo primo parere (all'Ombudsman), aveva fatto un vago riferimento alla tutela dei suoi processi decisionali in termini generali. Pertanto, l'Ombudsman ha affermato che la Commissione ha gestito in modo inappropriato l'istanza ostensiva del giornalista tedesco. Per quanto concerne poi il contenuto sostanziale del documento, l'Ombudsman ha accettato la proposta della Commissione di esaminarlo riservatamente. In seguito alla visione del documento, l'Ombudsman ha dichiarato di non essere convinto che l'ostensione del documento avrebbe avuto le conseguenze negative invocate dalla Commissione. Il caso è stato perciò archiviato con una 'osservazione critica'.

Nel caso 16/93/2005/PB[191], il reclamante aveva chiesto alla Commissione l'accesso alle relazioni contabili annuali inviate dagli stati membri in relazione alla Politica agricola comune ed a norma del Regolamento 2390/1999. La Commissione aveva replicato che, secondo il citato Regolamento, le informazioni contabili e finanziarie

[191] Compendiato in RAOE 2007, p. 82.

inviate dagli stati membri dovevano essere considerate riservate. Aveva inoltre soggiunto che quelle relazioni non esistevano più nella forma di 'documenti' dal momento che il loro contenuto cognitivo era stato trasferito in un grande *database* informatico e che il Regolamento 1049/2001 consente il pubblico accesso ai 'documenti', non alle informazioni. Nella decisione finale, l'Ombudsman ha rilevato che la Commissione non aveva dato valide giustificazioni al suo riferimento alle norme sulla riservatezza recate dal Regolamento 2390/1999. La Commissione si era, infatti, limitata ad una generica invocazione dell'interesse protetto e non aveva fornito adeguate spiegazioni in ordine alla possibile applicazione di una specifica eccezione (alla riservatezza) prevista nella citata norma. In questo contesto, l'Ombudsman ha altresì osservato che il nuovo Regolamento finanziario ed una recente intesa politica, nell'ambito del Consiglio, su un nuovo Regolamento che obblighi gli stati membri a pubblicare l'elenco nazionale dei beneficiari di finanziamenti, contraddicevano le argomentazioni della Commissione in ordine ad una presunta riservatezza delle informazioni finanziarie. L'Ombudsman ha concluso dichiarando non soddisfacente la posizione assunta dalla Commissione in merito all'accesso del pubblico alle informazioni contenute nei *database*. L'ombudsman si è tuttavia trattenuto dal portare avanti la questione, evidenziando, in particolare, che si trattava di una questione giuridica nuova ed alquanto complessa che il legislatore comunitario avrebbe dovuto esaminare in sede di riforma del regolamento 1049/2001. Il caso è stato dunque chiuso con una 'osservazione critica'. Inoltre, l'Ombudsman ha dichiarato che avrebbe preso in considerazione l'opportunità di consultare i membri della Rete europea degli ombudsmen per scoprire quali risposte erano state date a queste problematiche negli stati membri e per venire a conoscenza delle *best practices*.

Nel caso 3269/2005/TN[192], il reclamo riguardava la cancellatura, da parte della Commissione, dei nomi dei lobbisti di un'industria in un

[192] Compendiato in RAOE 2007, p. 102-104.

documento reso pubblico a norma del Regolamento 1049/2001. il reclamante si doleva del fatto che la Commissione non avesse spiegato adeguatamente in che modo l'ostensione dei nomi in questione avesse potuto arrecare pregiudizio alla tutela della «vita privata e [del]l'integrità dell'individuo» così come previsto dall'art. art. 4, comma 1-b, del Regolamento[193], e contestava pure l'erroneo riferimento della Commissione all'art. 8 (b) del Regolamento 45/2001 per motivare le cancellature[194]. La Commissione aveva replicato che la pubblicazione dei nomi degli individui 'controinteressati' avrebbe potuto interferire con il loro diritto alla riservatezza, che è tutelato dalla legislazione comunitaria concernente la protezione dei dati personali. L'Ombudsman ha quindi interpellato il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD)[195], chiedendo un parere sulla posizione assunta dalla Commissione e in particolare sull'applicabilità del Regolamneto 45/2001 al caso in esame. In risposta all'interpello dell'Ombudsman, il GEPD ha comunicato di ritenere opportuno attendere la sentenza del Tribunale di primo grado sulla causa T-194/04, *Bavarian Lager vs. Commissione*, prima di esaminare il caso. Poiché allora non era ancora chiaro quando la causa evocata dal GEDP si sarebbe conclusa, l'Ombudsman ha deciso di esaminare il caso senza attendere la sentenza del Tribunale ed il parere del GEDP. L'Ombudsman ha pertanto esaminato il reclamo alla luce delle linee

---

[193] A norma dell'art. 4 (1) del Regolamento 1049/2001, «Le istituzioni rifiutano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: a) l'interesse pubblico, in ordine: — alla sicurezza pubblica, — alla difesa e alle questioni militari, — alle relazioni internazionali, — alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali».

[194] Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, in GuUE L 8 del 12.1.2001, pagg. 1-22.

[195] Per un approfondimento sulla natura e sulle funzioni di questa figura, cfr. HIJMANS H., "The European data protection supervisor: the institutions of the EC controlled by an independent authority", in *Common Market Law Review* (43-2006), p. 1313–1342.

guida formulate dal GEDP, secondo le quali tre condizioni devono essere integrate per poter legittimamente rifiutare l'accesso ai documenti a norma dell'art. 4 (1-b) del Regolamento 1049/2001. L'Ombudsman ha rilevato che la Commissione non aveva preso in considerazione nessuna delle tre condizioni richieste ed ha conseguentemente ritenuto che le deduzioni del denunciante fossero fondate. Tuttavia, considerato che la questione delle cancellature dei nomi di persone contenuti in documenti offerti in ostensione a norma del Regolamento 1049/2001 era sottoposta al giudizio del Tribunale di primo grado nella causa T-194/2004, l'Ombudsman decise di non dare seguito all'indagine e chiuse il caso.

Il Tribunale di primo grado si è poi pronunciato[196] sulla menzionata causa l'8 novembre 2007 e ha annullato la decisione della Commissione di rifiutare la pubblicazione dei nomi di tutti i partecipanti al *meeting* tenutosi nell'ambito di un procedimento per inadempimento ex art. 226 TCE. Nella sentenza il Tribunale di primo grado ha chiarito che i regolamenti 1049/2001 e 45/2001 hanno due scopi differenti. Il primo è destinato a garantire la massima trasparenza possibile dei processi decisori delle autorità pubbliche e delle informazioni sulla base delle quali le decisioni sono assunte. È quindi concepito per facilitare, per quanto possibile, l'esercizio del diritto di accesso ai documenti e per promuovere le buone prassi amministrative. Il secondo regolamento è rivolto alla tutela ed alla protezione delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, con particolare riguardo alla vita privata, nella gestione dei loro dati personali. Pertanto, l'accesso ai documenti contenenti dati personali è disciplinato dal Regolamento 1049/2001, a norma del quale, tutti i documenti amministrativi, in linea di principio, dovrebbero essere accessibili al pubblico. Il citato regolamento prescrive altresì che alcuni interessi pubblici e privati sono protetti da un regime derogatorio. Il Tribunale ha pure osservato che, secondo la

[196] Sentenza del Tribunale di primo grado nella causa T-194/04, *Bavarian Lager Co. Ltd* con int. adesivo del *GEDP vs. Commissione*, in (http://eur-lex.europa.eu).

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la 'vita privata' è un concetto esteso che non si presta ad una definizione esaustiva. L'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) tutela anche il diritto alla identità, il diritto allo sviluppo personale e il diritto di ogni individuo di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno. Non sussiste alcuna ragione di principio per escludere le attività professionali o commerciali dal concetto di 'vita privata'. V'è quindi un'area di interazione tra l'individuo e gli altri che, persino in un contesto pubblico, può ricadere nella sfera della 'vita privata'. Per determinare se sussiste una violazione dell'art. 8 della CEDU, secondo il Tribunale di primo grado, occorre determinare, in primo luogo, se sussiste una interferenza nella vita privata della persona interessata e poi, in caso di risposta affermativa, se questa interferenza sia giustificata. Per essere giustificata, dovrà essere conforme a legge, perseguire uno scopo legittimo ed essere necessaria in una società democratica. Con riferimento a quest'ultima condizione, per stimare se una ostensione documentale sia 'necessaria in una società democratica', si deve valutare se le ragioni poste a fondamento della giustificazione siano 'rilevanti' e 'sufficienti' e se le misure adottate siano 'proporzionali' agli scopi legittimamente perseguiti. Nei casi relativi alla ostensione di dati personali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che alle autorità competenti deve essere riconosciuta una certa discrezionalità nel fissare un equo bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati in conflitto. Questo margine di discrezionalità deve, però, essere soggetto al riesame dei giudici e la sua ampiezza va determinata facendo riferimento a fattori come la natura e l'importanza degli interessi in gioco e la gravità dell'interferenza. Inoltre, le deroghe al principio dell'accesso ai documenti amministrativi devono essere interpretate restrittivamente. A parere del Tribunale del Lussemburgo, la deroga di cui all'art. 4 (1-b) del Regolamento 1049/2001 concerne solo i dati personali che sono idonei a compromettere la tutela della privacy e l'integrità morale dell'individuo. Sulla base dei principi enucleati, il Tribunale, al fine di

determinare se la menzionata deroga si applicasse anche al caso in questione, ha ritenuto necessario verificare se il pubblico accesso ai nominativi dei partecipanti al quel *meeting* fosse in grado di pregiudicare effettivamente e specificamente la riservatezza e l'integrità delle persone interessate. Nelle circostanze dedotte in giudizio, il Tribunale ha giudicato che il fatto che i verbali del *meeting* contenessero i nomi dei rappresentanti delle industrie interessate non incideva sulla vita privata di quelle persone, atteso che avevano partecipato all'incontro nella esclusiva qualità di rappresentanti degli enti per i quali lavoravano. Peraltro, i giudici europei, hanno messo in rilievo che i verbali non contenevano opinioni individuali riferibili direttamente a quelle persone, ma solo posizioni attribuibili agli enti che quelle persone rappresentavano. La mera presenza dei nominativi di alcune persone in una lista di partecipanti ad un *meeting* in rappresentanza degli enti per cui lavorano, non costituisce, per il Tribunale di primo grado, una 'interferenza' e la tutela della riservatezza e della integrità della persona interessata non risulta compromessa. La sentenza in commento ha anche accertato che la Commissione aveva errato nel ritenere che il ricorrente non avesse dimostrato un legittimo motivo per l'accesso documentale o una fondata necessità di conoscere i nominativi dei partecipanti al *meeting* che si erano espressamente opposti all'ostensione. Così, sebbene il Tribunale abbia riconosciuto che l'esigenza di preservare l'anonimato delle persone che informano la Commissione di presunte infrazioni delle norme comunitarie costituisce un obiettivo legittimo idoneo a giustificare in astratto la decisione della Commissione di con consentire – in tutto o in parte – l'accesso a certi documenti, in quel caso concreto ha ritenuto che la Commissione avesse valutato solo in astratto l'effetto negativo che la pubblicazione dei documenti richiesti avrebbe potuto avere sulla sua attività investigativa, senza dimostrare in concreto che l'ostensione di quei nomi avrebbe effettivamente e specificamente compromesso la tutela degli scopi investigativi. In particolare la Commissione non era riuscita a dimostrare, in quel giudizio, che gli scopi investigativi fossero effettivamente e

specificamente pregiudicati dall'ostensione di dati richiesti sei anni dopo la chiusura delle indagini.

In conclusione, l'autorevole decisione del Tribunale di primo grado ha confermato e rafforzato l'opinione precedentemente espressa dall'Ombudsman sul medesimo caso, dando, con ciò, una plastica dimostrazione delle sue potenzialità di rimedio preventivo.

II.5.2.- La funzione di custode del trattato della Commissione.

La *rule of law* è il principio fondante dell'Unione europea. Uno dei compiti più importanti della Commissione è quello di garantire il rispetto e l'applicazione del Trattato[197]. L'articolo 226 del TCE introduce una procedura generale in base alla quale la Commissione può contestare e sottoporre alla Corte di giustizia eventuali infrazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri. La Commissione può avviare indagini di propria iniziativa, sulla base di denunce o a seguito delle richieste del Parlamento europeo di trattare le denuncie recate nelle petizioni presentate a norma dell'articolo 194 del TCE. Altre procedure si applicano in relazione a questioni specifiche, come gli aiuti di Stato illegali. L'Ombudsman riceve e si occupa dei reclami contro la Commissione nel suo ruolo di custode del trattato[198]. Per quanto riguarda gli obblighi procedurali della Commissione nei confronti dei denuncianti, il principale punto di riferimento dell'Ombudsman è una Comunicazione[199] pubblicata dalla

---

[197] L'art. 211 del TEC assegna alla Commissione il compito di «vigila[re] sull'applicazione delle disposizioni del presente trattato e delle disposizioni adottate dalle istituzioni in virtù del trattato stesso».

[198] Quando l'Ombudsman apre un'inchiesta su tale tipo di denuncie, è sempre attento a rendere chiaro al reclamante che l'indagine non esaminerà se vi sia stata una infrazione delle norme comunitarie ai sensi dell'art. 226 TCE, perché l'Ombudsman europeo non ha un mandato per investigare le azioni delle autorità degli Stati membri.

[199] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Mediatore europeo relativa ai rapporti con gli autori di denunce in materia di violazioni del diritto comunitario (COM/2002/0141 def.), in GuUE 2002, C 244, pag 5. La Comunicazione prevede che, come regola generale, «i servizi della Commissione possono proporre al collegio dei Commissari di decidere la costituzione in mora dello Stato membro interessato e quindi l'avvio del procedimento per infrazione, oppure l'archiviazione della pratica», entro il

Commissione stessa nel 2002, in risposta ai rilievi critici formulati dell'Ombudsman all'atto dell'archiviazione del reclamo *P.S. Emfietzoglou - Macedonian Metro Joint Venture* (Rif. 995/98/OV).

Nel caso 3453/2005/GG[200], un medico tedesco aveva denunciato, nel 2001, alla Commissione europea presunte violazioni della Germania nel conformarsi alla normativa dell'Unione in materia di orario di lavoro, in particolare per quel che concerneva il tempo di 'guardia' dei medici negli ospedali. A seguito di un reclamo presentato nel 2003, l'Ombudsman europeo aveva ritenuto fondate le contestazioni del denunciante. Aveva osservato, tuttavia, che la Germania aveva recentemente introdotto una nuova normativa in quel settore e che la Commissione doveva ancora esaminarla. Partendo dal presupposto che la Commissione non sarebbe dovuta incorrere in ulteriori ritardi nel trattare la denuncia d'infrazione del reclamante, l'Ombudsman ha quindi chiuso la sua indagine. Nel 2005, il medico tedesco si rivolgeva nuovamente all'Ombudsman. Nel suo nuovo reclamo, il denunciante, in sostanza, ha ribadito che la Commissione non aveva trattato la sua denuncia di infrazione entro un congruo periodo di tempo. L'Ombudsman europeo ha dunque avviato una nuova indagine. Nel suo parere di replica, la Commissione ha posto in rilievo che, nel settembre del 2004, aveva presentato al legislatore comunitario una proposta di modifica della direttiva pertinente. La Commissione ha quindi sottolineato che avrebbe esaminato il reclamo di denuncia dell'infrazione alla luce di quella proposta e delle discussioni in corso con le altre istituzioni comunitarie. L'Ombudsman ha ritenuto che la mera presentazione di una proposta di modifica della direttiva non consentiva alla Commissione di eludere

---

termine di «un anno a decorrere dalla registrazione della denuncia ad opera del segretariato generale». Il Punto 3 della Comunicazione definisce i casi in cui le informative «non possano essere esaminate come denunce e non vengono quindi iscritte nel registro centrale delle denunce», in tali circostanze il Segretariato generale informa l'autore della informativa, con lettera semplice, che «i servizi della Commissione [hanno deciso] di non registrare la comunicazione scritta come denuncia,… precisando il o i motivi di cui al punto 3, secondo comma».

[200] Compendiato in RAOE 2007, p. 107-108.

il suo obbligo di garantire che la direttiva in vigore fosse rispettata da parte di tutti Stati membri. Ha inoltre ritenuto che l'indubbio potere discrezionale della Commissione in materia di presunte violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri non la abilita a rinviare a tempo indeterminato la definizione di una procedura di infrazione sulla base del fatto che la normativa applicabile potrebbe essere modificata nel futuro. L'Ombudsman europeo ha, pertanto, formulato un progetto di raccomandazione, invitando la Commissione a trattare la denuncia di infrazione del medico tedesco rapidamente e con la massima diligenza. Nel suo parere circostanziato, la Commissione ha però mantenuto la sua posizione iniziale. Di conseguenza, l'Ombudsman ha presentato una relazione speciale al Parlamento riguardo a questo caso.

Nel caso in cui 1166/2006/WP[201], il reclamante, un cittadino tedesco, era stato condannato per possesso illegale di armi da un tribunale tedesco nel 1997. Ciò nonostante, nel 1998, il reclamante, per il medesimo episodio, era stato condannato in contumacia a sedici anni di carcere anche da un tribunale italiano. Nel 2002, fu arrestato sulla base di un mandato di cattura internazionale e fu posto in stato di detenzione. Nel 2003, l'avvocato del reclamante ha esposto alla Commissione questo caso, affermando che il giudice italiano aveva violato il principio del *ne bis in idem*, che impedisce di essere giudicati due volte per lo stesso reato (in tedesco: «*nicht zweimal in derselben Sache*»). La Commissione ha replicato che non era competente ad esaminare le decisioni delle autorità giudiziarie e che non era possibile avviare una procedura di infrazione contro uno Stato membro in materia penale. La Commissione ha inoltre soggiunto che l'unica condotta attuabile in tali casi sarebbe quella di proporre, ai sensi dell'articolo 35 (7) del TUE, una controversia dinanzi alla Corte di giustizia europea sull'interpretazione di un accordo come, per esempio, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che ha introdotto il principio del *ne bis in idem* a livello

[201] Compendiato in RAOE 2007, p. 63-64.

europeo. Tuttavia, dato che mancavano alcuni dati rilevanti, la Commissione ha consigliato all'avvocato denunciante di portare avanti la difesa del suo assistito a livello nazionale. Nel 2005, dopo la decisione sfavorevole di una corte d'appello italiana, la Commissione ha infine concluso che non sussistevano ragioni sufficienti per intervenire. Nella sua denuncia all'Ombudsman europeo, il reclamante ha sostenuto invece che la Commissione avrebbe dovuto agire. La Commissione, nel successivo parere, ha spiegato che aveva menzionato l'articolo 35 (7) del TUE perché il giudice italiano aveva dichiarato, nella sentenza del 1998, che il principio del *ne bis in idem* internazionale non era applicabile in Italia. Tuttavia, questa dichiarazione non era stata confermata dalle successive decisioni dei giudici italiani. Pertanto, non vi era alcun sintomo di un generale contrasto interpretativo tra la Commissione ed il sistema giudiziario italiano. In merito a questo caso, l'Ombudsman ha ricordato che l'area del diritto europeo relativa alla cooperazione giudiziaria in materia penale è ancora prevalentemente decisa attraverso procedure intergovernative, di tal che le possibilità di intervento della Commissione sono piuttosto limitate. Inoltre, a parere dell'Ombudsman, la scelta della Commissione di non dare ulteriore seguito alla questione, posto che i tribunali italiani avevano ormai generalmente recepito il principio del *ne bis in idem* internazionale, è parsa ragionevole. Pertanto, l'Ombudsman ha chiuso il caso senza riscontrare ipotesi di *maladministration*.

II.5.3.- Appalti, contratti e sovvenzioni.

L'Ombudsman europeo si occupa anche dei reclami per l'assegnazione e la gestione dei contratti e delle sovvenzioni. Tuttavia, quando si pone una questione sulla presunta violazione di un contratto già stipulato, l'Ombudsman si limita a verificare se l'istituzione o l'organo comunitari hanno fornito una esplicazione coerente e ragionevole in merito alle basi giuridiche delle loro azioni e alle

ragioni per le quali ritengono che il loro punto di vista sull'interpretazione del contratto sia giustificato.

Nel reclamo 3693/2005/ID[202], la denuncia riguardava il rifiuto dell'offerta del reclamante sulla base di una disposizione di bando di gara, in base alla quale «non più di ... sei domande di partecipazione per tutti i lotti possono essere presentate da una persona fisica o giuridica (comprese le persone giuridiche appartenenti allo stesso gruppo), qualunque sia la forma di partecipazione». Il reclamante, un Gruppo europeo di interesse economico (GEIE), sosteneva che la Commissione aveva sbagliato nel ritenere che un membro di questo GEIE avesse fatto domanda di partecipazione per sette lotti. L'Ombudsman ha osservato innanzitutto che non è suo compito valutare l'ammissibilità delle offerte e sostituire il suo giudizio a quello dell'istituzione interessata nel determinare se una offerta integra i criteri di ricevibilità e ammissibilità applicabili al caso concreto. Conseguentemente, si è limitato ad esaminare se la Commissione avesse motivato in modo valido e sufficiente la decisione contestata. L'Ombudsman ha inoltre osservato che, secondo il principio della parità di trattamento degli offerenti e in base all'obbligo di trasparenza nelle gare di appalto, i criteri di ammissibilità e di aggiudicazione indicati nel bando di gara (o in un documento simile) devono essere formulati in modo tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti la possibilità di interpretarli in modo uniforme. Inoltre, quando le offerte sono in fase di valutazione, i mentovati criteri devono essere applicati obiettivamente ed in modo indifferenziato a tutti gli offerenti. In questo contesto, le informazioni che l'amministrazione aggiudicatrice rende pubblicamente disponibili ai potenziali offerenti in merito all'interpretazione e all'applicazione dei criteri di ricevibilità e di aggiudicazione sono particolarmente importanti. Perciò, quando l'amministrazione aggiudicatrice prende in esame le offerte presentate, deve tenere nella dovuta considerazione il contenuto di tali

[202] Compendiato in RAOE 2007, p. 87-88.

informazioni, almeno nella misura in cui l'accuratezza e l'esattezza delle stesse non sia stata contestata da un offerente o non siano manifestamente in contrasto con le pertinenti disposizioni del bando di gara (o documento analogo) o con il diritto comunitario. Nel caso in esame, l'Ombudsman ha stabilito che la Commissione non aveva rispettato il canone comportamentale sopra enucleato. L'Ombudsman ha anche rilevato che la Commissione non aveva motivato a sufficienza la decisione di escludere alcune offerte, dal momento che alcuni passaggi della sua Comunicazione sulla partecipazione dei GEIE agli appalti pubblici e ai programmi finanziati con fondi pubblici avrebbero potuto, almeno in linea di principio, confondere i potenziali concorrenti in sede di elaborazione delle offerte. Tenendo conto del fatto che i contratti in questione erano stati già assegnati, sottoscritti e posti in esecuzione, e che la decisione contestata riguardava la fase selettiva della procedura di gara, l'Ombudsman ha però ritenuto inammissibile la richiesta del denunciante di revocare la decisione impugnata e di riammettere le domande escluse. Il caso è stato conseguentemente chiuso con una 'osservazione critica'.

Nel caso 2633/2006/WP[203], un traduttore residente in Germania, aveva presentato un'offerta in risposta ad un bando di gara per i servizi di traduzione in bulgaro pubblicato dalla Commissione. L'offerta era stata respinta perché, secondo la Commissione, la sua competenza linguistica non aveva raggiunto il punteggio minimo richiesto di 5/10. Il reclamante aveva, tuttavia, osservato che la maggior parte delle parole e delle frasi che erano state segnate come errate nel testo in lingua bulgara oggetto di valutazione era in realtà corretta. Nella sua denuncia all'Ombudsman, il traduttore ha sostenuto che la Commissione aveva ingiustamente respinto la sua offerta. Egli ha quindi invitato la Commissione ad annullare la propria decisione di respingere la sua offerta, riammettendola al prosieguo della procedura di selezione. La Commissione ha risposto che, a seguito all'intervento dell'Ombudsman, aveva deciso di convocare nuovamente il comitato

[203] Compendiato in RAOE 2007, p. 72-73.

di valutazione interistituzionale, al fine di riesaminare l'offerta e di evitare ogni possibile trattamento iniquo. Il comitato di valutazione, integrato da altri due linguisti bulgari, ha deciso di accogliere due degli argomenti dedotti dal reclamante. Il numero finale di errori contenuti nella sua offerta è stato pertanto ridotto a cinque, sicché l'offerta è stata ammessa al prosieguo della procedura di selezione. Alla fine, l'offerta riammessa è risultata quella vincitrice, con il punteggio di 12/20. La Commissione si è scusata con il denunciante per il disagio arrecato ed ha informato l'Ombudsman europeo che al reclamante era stato concesso un contratto quadro. Il reclamante ha comunicato all'Ombudsman che era del tutto soddisfatto del modo in cui la Commissione aveva risolto il suo problema. L'Ombudsman ha accolto con favore il fatto che la Commissione avesse rapidamente affrontato e risolto il problema sollevato dal denunciante e che si fosse anche scusata per i disagi arrecati.

II.5.4.- Questioni inerenti al personale.

La maggior parte delle decisioni su reclami relativi questioni inerenti al personale sono riferibili alle procedure di assunzione, ai rapporti di lavoro con le istituzioni e gli organismi e alle domande di tirocinio.

Nel caso 3114/2005/MHZ[204], la denuncia riguardava il regime linguistico nei concorsi per il reclutamento, tenutisi dopo l'allargamento del 1° maggio 2004, quando dieci nuovi stati sono entrati a far parte dell'Unione. Poco prima dell'allargamento, venne adottato un Regolamento che derogava temporaneamente alle normali disposizioni sull'ordinamento del personale, consentendo che alcuni posti fossero ricoperti esclusivamente dai cittadini dei nuovi stati membri[205]. Il Regolamento prevedeva inoltre lo svolgimento, fino al

[204] Compendiato in RAOE 2007, p. 93-95.

[205] Regolamento (CE, EURATOM) 401/2004 del Consiglio, del 23 febbraio 2004, che istituisce misure particolari e temporanee per l'assunzione di funzionari delle Comunità' europee in occasione dell'adesione di Cipro, dell'Estonia, della Lettonia, della Lituania, di

2010, di concorsi riservati per l'assunzione di funzionari il cui idioma principale era una delle undici lingue dei vecchi stati membri. L'Ufficio europeo di selezione del personale (UESP) aveva quindi organizzato due serie di concorsi. La prima serie di selezioni era limitata ai cittadini dei nuovi Stati membri. I candidati dovevano avere una delle dieci lingue dei nuovi stati membri come lingua principale e dovevano dimostrare una conoscenza adeguata di una delle undici lingue dei vecchi stati membri. Inoltre, erano obbligati a prendere parte anche alle prove in lingua inglese, francese o tedesco. La seconda serie di selezioni era aperta ai cittadini di tutti i venticinque stati membri. I candidati dovevano avere una delle undici lingue dei vecchi stati membri come lingua principale e dimostrare una conoscenza soddisfacente di un'altra di queste undici lingue. Non avevano, però, l'obbligo di dimostrare la conoscenza della lingua inglese, francese o tedesca. L'Associazione dei laureati della Scuola nazionale della pubblica amministrazione polacca ha proposto reclamo, lamentando che, attraverso la descritta organizzazione delle competizioni per l'assunzione, l'UESP aveva discriminato i cittadini dei nuovi Stati membri. L'Ombudsman ha pertanto chiesto all'UESP di spiegare perché solo le undici 'vecchie' lingue europee erano ammissibili come seconda lingua, e perché solo i candidati provenienti dai nuovi Stati membri erano tenuti a sostenere una prova supplementare in lingua inglese, francese o tedesca. In risposta, l'UESP ha dichiarato che la conoscenza di una delle undici 'vecchie' lingue fosse «più adatta alla realtà della organizzazione amministrativa delle istituzioni nel corso del periodo transitorio», e che «non vi [era] alcuna possibilità di tener conto della immensa varietà di scelte individuali che i candidati [avrebbero potuto] fare al momento di scegliere una seconda lingua». Nell'analisi del caso, l'Ombudsman ha preliminarmente ricordato l'articolo 12 del TCE, che vieta la discriminazione fondata sulla nazionalità, e la giurisprudenza

---

Malta, della Polonia, della Repubblica ceca, della Slovacchia, della Slovenia e dell'Ungheria, in GuUE 2004, L 67, pag 1.

dei tribunali comunitari sul principio di non discriminazione. Ha inoltre evidenziato che la legislazione deve essere interpretata alla luce di questi principi di diritto e che i requisiti linguistici per l'impiego possono costituire una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità, salvo che non siano razionalmente giustificati. L'Ombudsman ha poi osservato che i requisiti inerenti la lingua principale dei concorsi erano stati autorizzati dal Regolamento 401/2004. Tuttavia, il Regolamento non aveva detto nulla sui requisiti relativi alla seconda lingua, né richiedeva la conoscenza della lingua inglese, francese o tedesca. L'UESP non aveva adeguatamente spiegato perché solo le undici 'vecchie' lingue erano ammissibili come seconda lingua. L'Ombudsman ha anche ammesso che potrebbe essere ragionevole richiedere la conoscenza di determinate lingue per garantire un'efficiente comunicazione interna. Ma l'UESP non aveva spiegato perché si è ritenuto essenziale per i candidati provenienti dai nuovi stati membri la conoscenza dell'inglese, francese o tedesco, mentre tale conoscenza linguistica supplementare non è stata ritenuta necessaria per i candidati nella seconda serie di competizioni, sebbene i due gruppi di candidati fossero destinati a svolgere funzioni sostanzialmente identiche. L'Ombudsman ha pertanto concluso che l'UESP aveva violato il principio di non discriminazione e ha formulato una 'osservazione critica'.

Nel caso 3278/2004/ELB[206], la reclamante aveva presentato domanda per un concorso interno organizzato dal Parlamento europeo, facendo menzione del fatto che era incinta e segnalando la probabile data del parto. Le prove selettive si sono purtroppo svolte un giorno dopo il parto. Il giorno stesso in cui aveva partorito, la reclamante aveva informato il Parlamento che non sarebbe stata in grado di partecipare alle prove e aveva chiesto di essere autorizzata a sostenerle in una data successiva. Il Parlamento ha rigettato la richiesta. Nella sua denuncia, la concorrente ha sostenuto che tale rifiuto era discriminatorio. L'Ombudsman, a sua volta, ha dichiarato che il rifiuto

[206] Compendiato in RAOE 2007, p. 100-101.

opposto non sembrava riflettere un equo bilanciamento degli interessi in gioco. Dopo aver ricordato i principi fondamentali di non discriminazione sulla base del sesso e del rispetto della vita privata e familiare, l'Ombudsman ha constatato che la decisione impugnata implicava *de facto* una discriminazione tra i sessi e che un tale rifiuto poteva rendere l'esercizio della libertà fondamentale alla procreazione molto meno attraente per i candidati di sesso femminile e, quindi, poneva una seria ipoteca sul loro diritto al rispetto della vita privata. Sebbene il Parlamento abbia tentato di difendere la sua decisione contestata, ha dovuto ammettere che avrebbe potuto organizzare la prova in una data successiva e non è riuscito a dimostrare di aver rispettato il principio di proporzionalità, che richiede un giusto bilanciamento dei principi in conflitto e degli interessi coinvolti. In particolare, il Parlamento non ha dimostrato che, nello stabilire la data della prova, aveva preso adeguatamente in considerazione le informazioni ricevute da parte della reclamante circa la data del probabile parto. L'Ombudsman ha dunque stabilito che il rifiuto contestato non era giustificato. Poiché, tuttavia, la concorrente ingiustamente discriminata, nel frattempo, aveva ritirato il suo reclamo alla luce dell'impegno del Parlamento a modificare i requisiti per la partecipazione delle donne che hanno partorito di recente ai futuri concorsi e la sua politica sulla fissazione delle date delle prove per le candidate in stato di gravidanza, l'Ombudsman europeo ha deciso di non approfondire ulteriormente la questione. Egli ha inoltre accolto con favore l'impegno del Parlamento a modificare i requisiti per la partecipazione delle donne in allattamento nei futuri concorsi, e ha chiesto al Parlamento di garantire che le norme di riferimento riflettano un attento ed equo bilanciamento degli interessi in gioco e dei principi coinvolti, compreso il principio della parità di trattamento dei candidati.

II.5.5.- Altri affari.

Per quanto riguarda le altre questioni affrontate dall'Ombudsman, nei casi 1475/2005/(IP)GG e 1476/2005/(BB)GG[207], due associazioni di compagnie aeree – l'*European Regions Airlines Association* (ERAA) e l'*International Air Carrier Association* (IACA) – hanno ritenuto che il materiale pubblicato dalla Commissione, al fine di informare i passeggeri dei loro nuovi diritti ai sensi del Regolamento 261/2004[208], conteneva informazioni inesatte e fuorvianti. Dopo che la Commissione aveva respinto la maggior parte delle loro obiezioni, le due associazioni si sono rivolte all'Ombudsman. Entrambe le associazioni hanno sostenuto che le informazioni riguardanti i diritti dei passeggeri ai sensi del Regolamento 261/2004 (che la Commissione aveva pubblicato in poster, volantini, opuscoli e in un video di presentazione) contenevano affermazioni inesatte e fuorvianti. I denuncianti hanno sostenuto che la Commissione avrebbe dovuto correggere queste informazioni e ritirare il materiale pubblicato. Dopo aver svolto un'indagine approfondita, l'Ombudsman è giunto alla conclusione che un certo numero di affermazioni criticate dai denuncianti erano effettivamente imprecise o fuorvianti. L'Ombudsman europeo ha pertanto indirizzato, in entrambi i casi, un 'progetto di raccomandazione' alla Commissione, chiedendo a quest'ultima di correggere le affermazioni imprecise. Nel suo parere circostanziato, la Commissione ha informato l'Ombudsman di aver preso atto del suo 'progetto di raccomandazione' e che i fogli illustrativi, i poster, gli opuscoli e la presentazione video in questione erano stati ritirati dal suo sito *web*. La Commissione ha inoltre sottolineato che le informazioni sarebbero state immediatamente riformulate e che il nuovo materiale informativo sarebbe stato

[207] Compendiata in RAOE 2007, p. 97-99.

[208] Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91.

preventivamente trasmesso alle parti interessate, compresi i reclamanti, per i commenti.

Nel reclamo 1779/2006/MHZ[209], una Organizzazione non governativa (ONG) polacca per la protezione ambientale si doleva del fatto che la Banca europea degli investimenti (BEI) avesse cofinanziato il progetto «*Poland Road Modernization*», anche se nessuna valutazione strategica dell'impatto ambientale del progetto era stata effettuata, così come richiesto dalla normativa ambientale polacca. Secondo la denunciante, la BEI aveva quindi agito in contrasto con l'*Enviromemtal Statement* dalla stessa approvato[210], secondo cui la BEI garantisce che i progetti che essa finanzia rispettano i principi e le norme fissate dalla legislazione ambientale comunitaria e nazionale. L'organizzazione reclamante sosteneva pure che la BEI avesse omesso di informarla circa la risposta delle autorità polacche interpellate dalla stessa BEI in seguito alle denunce. Nel suo parere, la BEI ha dichiarato che le autorità polacche hanno la piena responsabilità di garantire il rispetto della normativa nazionale e che, dopo essere state contattate dalla Banca, hanno comunicato che la legislazione polacca non richiede una valutazione strategica dell'impatto ambientale di quel progetto. Secondo il punto di vista dell'Ombudsman, la BEI è legittimata 1) a ritenere che le autorità polacche abbiano rispettato le disposizioni di legge applicabili, e 2) a fare affidamento sul fatto che le stesse autorità polacche abbiano fornito informazioni attendibili per quanto riguarda la corretta applicazione delle leggi ambientali nazionali. Pertanto, l'Ombudsman ha accolto le motivazioni dedotte della BEI per giustificare la fiducia accordata alle informazioni rese disponibili dalle autorità polacche, quando ha firmato il prestito. Non ha quindi riscontrato una ipotesi di *maladministration* per quanto riguarda questo problema. L'Ombudsman europeo ha anche fatto riferimento ai risultati

[209] Compendiato in RAOE 2007, p. 68-69.

[210] Con deliberazione del Consiglio di amministrazione della BEI, del 6 maggio 2004.

dell'inchiesta svolta dall'ombudsman polacco, a cui la ricorrente aveva presentato una denuncia parallela nei confronti delle autorità polacche. A questo proposito, è stata formulata una 'osservazione supplementare' nel senso che, in futuro, la BEI dovrebbe considerare l'opportunità di stabilire canali di comunicazione e di ricerca informativa con le istituzioni di controllo nazionali e regionali, quali gli ombudsmen, che potrebbero essere una preziosa fonte di informazioni supplementari sulla conformità dei progetti finanziati dalla Banca con la legislazione nazionale ed europea.

II.5.- L'Ombudsman e i tribunali dell'Unione europea.

L'istituzione dell'ombudsman è stata usata in tutto il mondo come uno strumento per fornire una rapida, gratuita ed informale alternativa al contenzioso amministrativo. L'articolo 195 del TCE configura l'Ombudsman europeo come un dispositivo extra-giudiziario attraverso il quale possono essere proposti gratuitamente[211] reclami riguardanti i servizi amministrativi comunitari inefficienti. A differenza dell'Ombudsman, i giudici comunitari sono privi di qualsiasi capacità di intervento 'proattivo' e la loro funzione

[211] Al riguardo merita menzionare una sentenza della Corte di giustizia sulla ripetibilità delle eventuali spese (liberamente) sostenute nel corso del procedimento dinanzi all'Ombudsman, Corte di giustizia, sezione 2, 28 giugno 2007, proc. n. C-331/07, *Internationaler Hilfsfonds vs. Commissione*, in (www.forumiuris.eu). Il caso è originato dalla richiesta di rimborso delle spese precontenziose avanzata da un'organizzazione non governativa che, dopo essersi rivolta all'Ombudsman, era stata costretta a fare ricorso anche al tribunale comunitario per superare la renitenza dell'amministrazione comunitaria. In quell'occasione, la Corte di giustizia ha tuttavia negato il chiesto rimborso, sul rilievo che tanto il regolamento di procedura della Corte quanto quello del Tribunale dispongono che le spese di procedura sostenute dalle parti sono rimborsabili solo se si rivelano necessarie ai fini del procedimento. Le spese sostenute nell'ambito del ricorso all'Ombudsman devono essere distinte da quelle sostenute durante il procedimento contenzioso. L'adizione dell'Ombudsman permette, da una parte, di identificare e aiuta ad eliminare i casi di cattiva amministrazione nell'interesse generale e, dall'altra, può evitare un ricorso giurisdizionale se l'Ombudsman riesce a risolvere la vertenza tra il denunciante e l'istituzione interessata. Tale adizione – ha dichiarato la Corte – deriva da una libera scelta degli interessati. Le spese, sostenute quindi liberamente dal denunciante, non possono pertanto essere considerate come un danno imputabile all'istituzione in causa.

aggiudicativa[212] è confinata entro i limiti di quanto devoluto dalle parti in lite.

Quindi, dal punto di vista dei cittadini danneggiati, ricorrere all'Ombudsman può rappresentare una valida alternativa rispetto alla proposizione di un'azione formale dinanzi a un giudice nazionale o comunitario[213]. Il reclamo all'Ombudsman evita gli inconvenienti ben noti dei procedimenti giudiziari (i costi, i ritardi, le formalità e gli attriti). Inoltre, lo *standard* di giudizio dell'Ombudsman è più ampio del sindacato giurisdizionale e non è limitato al mero controllo di legalità. Per altro verso, l'attività di rimedio individuale dell'Ombudsman riflette in alcuni aspetti l'azione giudiziaria. Come nell'ambito giudiziario, devono essere previamente esperiti tutti i possibili i rimedi in via amministrativa e si applicano dei termini (quasi) decadenziali per proporre il reclamo. L'Ombudsman esamina preliminarmente la ricevibilità e quindi la fondatezza di un reclamo. Anche se l'Ombudsman non cita spesso i suoi precedenti, utilizza alcune formule rituali che contribuiscono a creare una sua 'giurisprudenza'. Infine, la procedura dell'Ombudsman europeo è normalmente pubblica (simile a un processo) e l'Ombudsman è totalmente indipendente come un giudice. Alcuni osservatori hanno persino criticato l'approccio "legalistico" dell'Ombudsman europeo[214]. Tenuto conto che l'Ombudsman può sostituire in termini funzionali i giudici e che entrambi i *fora* hanno specifici vantaggi e difetti, è apprezzabile il fatto che il TCE lasci al cittadino la possibilità di decidere quale dei due percorsi remediali sia più adatto a servire i

---

[212] Aggiudicativa (dall'ingl. *adjudicative*) è la giurisdizione volta a fornire una risposta etero-diretta, come è proprio dell'arbitrato e dei giudizi davanti agli organi giurisdizionali. Essa si contrappone in questo senso alla conciliazione che è una soluzione negoziata della lite, solo facilitata dal terzo, e volta a fornire una risposta auto-determinata.

[213] Cfr. DAVIS R. W., "Quasi-Judicial review: The European Ombudsman as an Alternative to the European Courts", in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue1/davis1.html .

[214] Cfr. RAWLINGS R., "Engaged Elites Citizens Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement", in *European Law Journal*, Vol. 6 (2000), p. 15 e 17.

suoi interessi[215]. È anche logico che i due rimedi non possano essere esperiti contemporaneamente. L'Ombudsman riconosce tuttavia che, ai sensi dell'articolo 220 del TCE, la Corte di giustizia è l'organo principale di interpretazione giuridica e di applicazione del diritto dell'Unione. L'Ombudsman si ispira quindi alla giurisprudenza dei tribunali dell'Unione, anche se non la cita costantemente nelle sue decisioni. Mutuando le parole di Jacob Söderman (il primo Ombudsman europeo), si può affermare che « *the jurisprudence of the Courts in Luxembourg … will safely guide the Ombudsman's ship on the heavy seas of good and bad administration*»[216]. Se un cittadino sceglie di ricorrere all'Ombudsman e non è soddisfatto dall'esito della procedura, eventuali successivi ricorsi giurisdizionali sono, in teoria, possibili[217]. Nella pratica, questa opzione è ostacolata dalla regola secondo cui i termini per il procedimento giudiziario non sono interrotti o sospesi dal reclamo all'Ombudsman. A questo proposito, si può ragionevolmente sostenere che la mancanza di un coordinamento tra le norme e le procedure dell'Ombudsman e quelle dei tribunali europei costituisce il principale *punctum dolens* dei loro rapporti istituzionali, che dovrebbe essere prontamente risolto attraverso un'idonea iniziativa legislativa[218].

---

[215] Cfr. sentenza della Corte di giustizia in proc. C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, *supra* in nota 174, al paragrafo 66.

[216] SÖDERMAN J., "A thousand and one complaints: The European Ombudsman *en Route*", in *European Public Law* (3-1997), p. 354.

[217] La constatazione da parte dell'Ombudsman di un caso di *maladministration* non è *res iudicata* (HARDEN I., "When Europeans complain: The work of the European Ombudsman", in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (3-2000), p. 199–237, a p. 221). In base all'art. 2 (5), dello Statuto, l'Ombudsman può consigliare al ricorrente di rivolgersi ad un'altra autorità. Tuttavia, l'Ombudsman non ha l'obbligo di suggerire al reclamante che si può presentare un ricorso dinanzi al giudice comunitario o di informarlo dell'esistenza di altri rimedi giuridici e dei limiti di tempo che si devono osservare per proporre l'azione davanti ai giudici. L'Ombudsman non ha cioè il dovere di consigliare al denunciante un altro possibile rimedio. Cfr, sentenza della Corte di giustizia in proc. C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, *supra* in nota 174, al paragrafo 25 and 80.

[218] Al riguardo, un interessante modello operativo proviene dalla Danimarca. La normativa danese abilita, infatti, le amministrazioni interessate a rinunciare preventivamente all'eccezione in giudizio del termine decadenziale, se il privato si impegna a chiedere

Per quanto sopra esposto, il rapporto istituzionale tra l'Ombudsman e il sistema giudiziario comunitario[219] può essere descritto come una parziale sovrapposizione delle rispettive aree di competenza. Il concetto di *maladministration* stabilisce un criterio di suddivisione delle competenze basato sulla «logica geometrica dei cerchi concentrici»[220]. Il primo cerchio (*inner circle*) concerne le questioni che rientrano nel concetto di legalità ed è condiviso sia dall'Ombudsman, sia dal giudice comunitario. In questo spazio comune, i principali rischi sono la duplicazione delle indagini e la formulazione di diversi modelli valoriali per valutare le stesse circostanze di fatto. Il TCE e lo Statuto dell'Ombudsman europeo risolvono il problema della competenza condivisa, riconoscendo la primazia dell'interpretazione giurisdizionale su quella dell'Ombudsman. Si è già sottolineato che l'Ombudsman non è autorizzato a svolgere indagini sulle funzioni giudiziarie dei tribunali comunitari o di indagare su fatti che sono o sono stati oggetto di procedimenti giurisdizionali. In tali ipotesi, l'Ombudsman ha il dovere di dichiarare irricevibile il reclamo o di porre fine ad un suo procedimento già iniziato. Inoltre, l'Ombudsman non può intervenire in casi pendenti davanti ai tribunali o dubitare della fondatezza di una decisione di un tribunale.

Il cerchio più esterno (*outer circle*) del sistema concentrico riguarda le questioni disciplinate dalle norme non giuridicamente vincolanti e i principi che devono essere rispettati dalla struttura amministrativa comunitaria. In questa area di competenza,

---

l'intervento dell'ombudsman prima di adire il tribunale. Questa prassi si rivela utile sia per il privato, che può tentare un rimedio non oneroso senza rischiare di decadere dall'azione giudiziaria, sia per l'amministrazione, che riduce il rischio di dover sostenere notevoli spese legali per difendersi in giudizio.

[219] Per una analisi approfondita di questo rapporto, cfr. da ultimo DEWACHTER K., "Le médiateur européen et la Cour de justice – un rôle différent, un contrôle différent", in *Journal de Droit Européen* (2008), p. 112-114.

[220] CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2006, Oxford University Press (Academy of European Law – European University Institute), p. 852.

l'Ombudsman gode di un monopolio totale e ha cercato di estenderne ulteriormente i confini, introducendo una serie più ampia di obblighi normativi non vincolanti (*soft law*) per la burocrazia comunitaria[221]. Ciò si percepisce chiaramente esaminando l'evoluzione del ruolo dei *players* privati nella procedura di infrazione di cui all'articolo 226 del TCE. La Commissione ha sempre considerato la procedura prevista dall'articolo 226 del TCE come un gioco di contrattazione bilaterale tra sé e lo Stato membro, piuttosto che un rapporto triangolare in cui le parti private sono trattate alla stregua di rispettabili e degni interlocutori istituzionali[222]. Anche la magistratura comunitaria si è rifiutata di riconoscere i diritti procedurali dei privati, atteso che essi non sono formalmente considerati come parti della procedura di infrazione, e ha riconosciuto alla Commissione un ampio margine di discrezionalità nelle sue decisioni finali (anche di ordine procedurale). A differenza della Commissione e dei giudici comunitari, l'Ombudsman non si è limitato a considerare solo ciò che è legalmente richiesto alla Commissione (*inner circle*), ma ha esteso la sua indagine all'esame di ciò che era eticamente dovuto dalla Commissione (*outer circle*). Attraverso i suoi poteri d'indagine e di persuasione, l'Ombudsman ha, infatti, modificato la percezione della Commissione del ruolo che svolgono le parti private nella procedura *ex* art. 226 del TCE e ha fissato una serie di obblighi che la Commissione dovrebbe rispettare nella gestione ordinaria delle denunce dei cittadini sulla violazione, da parte degli stati membri, delle norme europee. Così la Commissione si è impegnata a registrare le denunce e darne notizia ai loro autori[223]; a concludere l'inchiesta

---

[221] Cfr. BONNOR P. G., "The European Ombudsman: a novel source of soft law in the EU"; in *European law review*, Vol. 25 (2000) n. 1, p. 39-56.

[222] Cfr. RAWLINGS R., "Engaged Elites Citizens Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement", in *European Law Journal*, Vol. 6 (2000), p. 4-28.

[223] Cfr. reclamo 1267/99/ME, compendiato in RAOE 2001, p. 132; reclamo 1194/2000/JMA, compendiato in RAOE 2001, p. 161 e reclamo 1767/2001/GG, compendiato in RAOE 2002, p. 161.

sulle denunce entro un anno, tranne in casi particolari[224]; a tenere costantemente informati i privati circa le azioni intraprese in seguito alle loro denunce[225]; a motivare in modo chiaro ed adeguato le sue decisioni[226]; a dare ai denuncianti tempestive e sufficienti informazioni per preparare e presentare osservazioni prima della chiusura dei loro casi[227]. Tutti i menzionati obblighi procedurali hanno infine avuto un'adeguata esplicitazione formale nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Mediatore europeo relativa ai rapporti con gli autori di denunce in materia di violazioni del diritto comunitario* (COM/2002/0141 def.). L'Ombudsman ha ritenuto inoltre che rientra nell'area della sua competenza, non soltanto il giudizio sul trattamento procedurale del denunciante, ma anche il controllo sulla valutazione di merito della denuncia[228].

Un'altra caratteristica fondamentale dei rapporti istituzionali tra l'Ombudsman e il sistema giudiziario comunitario è la possibilità di sottoporre le decisioni dell'Ombudsman al controllo giurisdizionale. Per quanto riguarda l'eventualità di utilizzare il 'ricorso per annullamento' previsto dall'articolo 230 del TCE[229], occorre notare

---

[224] Cfr. reclamo 190/97/DT, compendiato in RAOE 1997, p. 151; reclamo 1060/97/QV, compendiato in RAOE 1999, p. 75 e reclamo 715/98/IJH, compendiato in RAOE 2000, p. 39.

[225] Cfr., *ex multis*, reclamo 879/99/IP, compendiato in RAOE 2000, p. 114.

[226] Cfr. reclamo 323/97/PD, compendiato in RAOE 1999, p. 145 e reclamo 493/2000/ME, compendiato in RAOE 2001, p. 144.

[227] Cfr. reclamo 366/99/IP, compendiato in RAOE 2000, p. 66 e reclamo 995/98/OV, compendiato in RAOE 2001, p. 116.

[228] Cfr. reclamo 39/2002/OV, compendiato in RAOE 2002, p. 164.

[229] Questa importantissimo articolo statuisce che «La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. La Corte di giustizia è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti e la BCE propongono per salvaguardare le proprie prerogative.

innanzitutto che l'Ombudsman non figura espressamente nella lista degli enti che hanno la legittimazione passiva a resistere nel giudizio 'per annullamento'. Ma, dato che questo ostacolo potrebbe essere superato attraverso un'interpretazione estensiva dell'articolo 230 (1) del TCE, la questione principale è se le decisioni dell'Ombudsman rientrano nella tipologia di atti che sono impugnabili. Il caso *Cantine Sociali Venete* fornisce alcune indicazioni utili a questo riguardo[230]. Si trattava di un 'ricorso in carenza' ai sensi dell'articolo 232 del TCE[231]. In quell'occasione, il Tribunale di primo grado ha enunciato che l'Ombudsman non è qualificato come un'istituzione comunitaria, ai sensi dell'articolo 232 (3) del TCE e che i suoi atti (osservazioni, relazioni ecc.) che seguono le indagini non sono suscettibili di ricorso per annullamento e, per estensione, alle azioni per carenza, a causa della loro efficacia non giuridicamente vincolante[232]. Tuttavia, va rilevato che questo enunciato si riferisce agli atti dell'Ombudsman conseguenti alle indagini e alle inchieste sui casi di *maladministration*

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza».

[230] Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado in proc. T-103/99, *Associazione delle Cantine Sociali Venete vs. European Ombudsman and Parliament*, in [2000] European Court Reports (Raccolta della Giurisprudenza) II-4165.

[231] A norma dell'art. 232 del TCE, «Qualora, in violazione del presente trattato, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione si astengano dal pronunciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni della Comunità possono adire la Corte di giustizia per far constatare tale violazione. Il ricorso è ricevibile soltanto quando l'istituzione in causa sia stata preventivamente richiesta di agire. Se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione non ha preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi. Ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte di giustizia alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad una delle istituzioni della Comunità di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere. La Corte di giustizia è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi proposti dalla BCE nei settori che rientrano nella sua competenza o proposti contro di essa».

[232] Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado in proc. T-103/99, ai paragrafi 47-51.

(*i. e.* osservazioni, relazioni, progetti di raccomandazione ecc.). Esso non può essere esteso alle decisioni che dichiarano, per esempio, l'inammissibilità di un reclamo. In tali casi, è ragionevole sostenere che le decisioni dell'Ombudsman producono effetti giuridici definitivi e devono essere soggette al sindacato giudiziale[233], dal momento che potrebbero violare il diritto del reclamante a beneficiare di un adeguato ed approfondito esame delle sue denunce, a norma dell'articolo 195 del TCE.

Le decisioni dell'Ombudsman possono anche essere esaminate indirettamente attraverso un ricorso per risarcimento danni ai sensi dell'articolo 288 (2) del TCE[234], a condizione che il richiedente possa dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della responsabilità. Pertanto, il richiedente deve provare a) la violazione sufficientemente grave di una norma di legge che conferisce diritti ai singoli; b) i danni e c) il nesso di causalità tra la violazione della regola e danni. I giudici comunitari hanno chiarito che le azioni risarcitorie contro le decisioni dell'Ombudsman sono, in linea di principio, ricevibili. Tuttavia, l'ampio potere discrezionale dell'Ombudsman europeo nella trattazione dei reclami e nella valutazione del loro merito rende difficile dimostrare una violazione normativa sufficientemente grave e riduce grandemente le possibilità di successo di un'azione per il risarcimento dei danni. Comunque, in circostanze del tutto eccezionali, non è escluso che l'Ombudsman possa commettere errori palesi e manifesti nell'esercizio delle sue funzioni, errori che potrebbero casualmente riflettersi in un danno ai singoli[235].

---

[233] Cfr. CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2006, Oxford University Press (Academy of European Law – European University Institute), p. 854.

[234] L'art. 228 (2) dichiara che «In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

[235] Cfr, sentenza della Corte di giustizia in proc. C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, *supra* in nota 174.

Capitolo III

Trasparenza ed Accountability *nell'Unione europea*

III.1.- Democrazia e *rule of law*.

L'Ombudsman europeo ha lo scopo di promuovere la democrazia nell'Unione europea e l'istituzione della cittadinanza europea. Storicamente, la figura dell'ombudsman è sempre stata concepita in un contesto democratico[236]. Di conseguenza, l'istituzione di ombudsmen negli stati di più recente adesione, che in precedenza erano sotto il regime comunista, è stato un elemento importante della transizione verso la democrazia[237]. L'Ombudsman europeo aiuta a

---

[236] Per quanto riguarda lo sviluppo dell'ombudsman in relazione alla evoluzione della democrazia, cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 15.10.2007, http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2007-10-15.htm e European Ombudsman Speeches – 30.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-30.htm . L'Ombudsman europeo sostiene che «*the ombudsman institution is the result of three kinds of historical and social developments ... we can think of ombudsmen as having been established in three waves, with the second wave continuing alongside, perhaps even merging with, the third. Sweden established the world's first ombudsman in 1809, as part of a constitutional settlement that ended a period of absolute monarchy. The new institution was to be independent of Government, supervise the application of the laws by judges and other public officials and prosecute in cases of illegal conduct* (cfr. WIESLADER B., *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation, 1994). *Until the middle of the 20th Century, only one other country, Finland, had established an ombudsman. The Finnish Ombudsman was based on the Swedish model, with power to supervise the courts and to prosecute officials. The characteristics of the two institutions created during this long first wave forged an enduring and essential link between the ombudsman and the rule of law, which is the fundamental constitutional principle governing the relationship between the individual and the State. Elsewhere in Europe during this period, the rule of law came to be identified primarily, or even exclusively, with the courts. The second wave of ombudsman development began when Denmark established the world's third ombudsman office in the mid-1950s. During this wave, ombudsmen were established to tackle problems arising from the expansion of public administration during the twentieth century, especially after the Second World War, when the social welfare and regulatory functions of the State grew exponentially*» ... «*In two subsequent waves of expansion, ombudsmen were established in many newer democracies as part of a commitment to respect human rights and the principle of democracy. From the mid-1970s onwards, ombudsmen were established in post-authoritarian states, such as Greece, Spain and Portugal, as well as in many countries of Latin America and elsewhere in the world. After 1989, the transition from communism to democracy in Central and Eastern Europe resulted in a large increase in the number of ombudsman institutions in these regions. The encouragement and support of the Council of Europe was a major contribution to this development. At the same time, the earlier waves of expansion acquired greater momentum and brought the institution to an ever growing number of countries around the globe*».

[237] Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 24.04.2003, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2003-04-24.htm .

rendere l'idea democratica una realtà politica, perché è un meccanismo che assicura la responsabilizzazione dei funzionari pubblici nei confronti dei cittadini[238]. Inoltre, l'Ombudsman intrattiene un dialogo diretto con i cittadini e contribuisce in tal modo all'apertura dell'Unione, avvicinandola ai cittadini. La nomina parlamentare gli conferisce pure un certo grado di legittimazione democratica. L'istituzione dell'ufficio dell'Ombudsman europeo è stata legata alla creazione di una cittadinanza europea nel Trattato di Maastricht. L'Ombudsman europeo è quindi un organo speciale responsabile per la salvaguardia dei diritti dei cittadini.

Il contesto politico e istituzionale in cui l'ombudsman opera e che condiziona la sua capacità di servire i cittadini e di migliorare la loro capacità di godere maggiormente dei loro diritti, risulta, tuttavia, influenzato e plasmato da due parametri principali: la democrazia e la *rule of law*. Anche se, nella contemporanea cultura giuridica europea, la *rule of law* e la democrazia sono concepite come un abbinamento inseparabile e, per così dire, naturale, esse sono analiticamente distinte. La *rule of law* descrive una condizione in cui tutti i membri della società sono soggetti alla legge, e in cui nessuno può operare al di fuori o al di sopra della legge. In uno stato di diritto, ogni persona è soggetta alla legge ordinaria e non sono previsti, se non in casi particolari, regimi straordinari o eccezionali. Per definizione, la *rule of law* esclude l'esistenza di un potere senza limiti. Una condizione fondamentale per la creazione di uno stato di diritto e per il suo mantenimento è l'esistenza di una distinta funzione giudiziaria, caratterizzata da totale autonomia e con il compito di sviluppare i principi generali del diritto. In altre parole, i tribunali sono le fondamenta su cui lo stato di diritto è costruito e da cui il suo sviluppo e la sua evoluzione dipendono. Infine, l'evoluzione dello stato di diritto ha, nel tempo, portato ad un regime sociale e politico in cui il rapporto tra governanti e governati non è diretto e immediato, ma

[238] Cfr. HEEDE K., "Enhancing the accountability of Community institutions and bodies: The role of the European Ombudsman", in *European Public Law* (3-1997), p. 588.

risulta mediato da strutture o istituzioni (i cosiddetti «*corps intermédiaires*»[239]) che hanno un riconoscimento giuridico e una autorità, e che pongono limiti effettivi al 'potere sovrano'.

III.1.2.- I presupposti democratici favorevoli all'ombudsman.

Rispetto all'antico *pedigree* della *rule of law*, la democrazia come la conosciamo oggi è un fenomeno molto più recente, che è indissolubilmente legato agli sconvolgimenti politici e socio-economici che hanno segnato il continente europeo e le colonie americane nel 'secolo lungo' che va dall'ultimo quarto del XVIII secolo fino alla metà del XX secolo. Associata alla graduale espansione del diritto di suffragio a un numero sempre crescente di soggetti divenuti cittadini, la democrazia gode oggi di una indiscussa legittimazione, non solo in tutta Europa ma a livello mondiale. L'Ombudsman europeo ha individuato alcune caratteristiche di base della democrazia che sono i presupposti fondamentali per la sua legittimazione e la sua efficacia. Secondo la sua ricostruzione, questi presupposti comprendono «*a) the capacity to allow for fair elections,*

[239] Cfr. de Secondat, Charles, Baron de MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952 (rist. 2004). Nella sua classificazione dei tipi di sistemi politici, Montesquieu definisce tre tipologie principali: repubblicana, monarchica e dispotica. Secondo la sua classificazione, i sistemi politici repubblicani variano a seconda di quanto estesi siano i diritti di cittadinanza: quelli che estendono la cittadinanza con relativa ampiezza sono denominate repubbliche democratiche, mentre quelli che limitano la cittadinanza in modo più restrittivo sono denominate repubbliche aristocratiche. La distinzione tra monarchia e dispotismo si fonda sul fatto che esistano o meno 'poteri intermedi' (in francese: «*corps intermédiaires*», come la nobiltà, il clero ecc.) che possono limitare l'autorità del sovrano: in tal caso, il regime è considerato come una monarchia, altrimenti è considerato un dispotismo. A fondamento di ciascuna classificazione del sistema politico, secondo Montesquieu, deve esserci quello che lui chiama un "principio". Questo principio funziona come una molla o un motore che spinge i cittadini a sostenere il regime e a farlo funzionare senza intralci. Per le democrazie (e in misura minore - per le repubbliche), questa molla è l'amore per la virtù: la volontà di mettere gli interessi della comunità prima di interessi privati. Per le monarchie, la molla è l'amore per l'onore: il desiderio di conseguire un rango superiore e maggiori privilegi. Infine, per i dispotismi, la molla è la paura del sovrano. Un sistema politico non può durare, se il suo principio fondamentale viene a mancare. Montesquieu ha sostenuto, per esempio, che gli inglesi fallirono nel creare una repubblica dopo la guerra civile (1642-1651), perché la società non aveva il requisito (democratico) necessario: l'amore per la virtù.

including, of course, the classical political liberties, such as freedom of expression, including freedom of the Press and freedom of association; b) flowing from these political liberties, the existence of more than one legal party having the right freely to contest an election; and c) the absence of "veto groups", capable of subverting the popular verdict of an election. Traditional examples of such veto groups are the monarchy, the armed forces, or other parts of the state apparatus unwilling to accept the result of an election as legitimate and final»[240]. Un'importante implicazione di questa analisi è che la democrazia non può essere semplicemente identificata con le istituzioni parlamentari o con il mero svolgimento delle elezioni.

Libertà ed uguaglianza, due dei portati intellettuali più importanti del Secolo dei Lumi, costituiscono le solide basi su cui tutte le democrazie moderne sono state costruite. Il bilanciamento di questi due principi, così come incorporato nelle *formulae* costituzionali, ed i conseguenti adattamenti istituzionali permettono di distinguere due varianti della democrazia moderna, storicamente contingenti. La prima variante, che affonda le sue radici nell'eredità Giacobina[241]

---

[240] DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 24.04.2003, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2003-04-24.htm .

[241] In senso stretto, il termine Giacobinismo è riferito al pensiero ed all'attività dei giacobini nel corso della rivoluzione francese. In senso più ampio e come categoria del lessico politico, il giacobinismo ha un'accezione sia positiva che negativa. In senso positivo, è inteso come modello di volontà rivoluzionaria radicale che si impone agli opportunisti ed agli indecisi, di rivoluzione permanente che forza il corso storico verso traguardi ulteriori mobilitando masse popolari, di dittatura rivoluzionaria e di uso del terrore contro i nemici: caratteri - questi - che affondano le loro radici nel manicheismo tipico dei giacobini. Nell'accezione negativa, il giacobinismo rappresenta l'autonomizzazione del momento politico rispetto alla società civile, l'origine della così detta democrazia totalitaria, l'assorbimento dittatoriale della spinta autonoma all'emancipazione delle classi oppresse, oltre che un modello di direzione politica "borghese" elitaria ma soprattutto autoritaria. Infatti, il giacobinismo, che dominò la scena politica in Francia soprattutto nel biennio 1792-1794, propugnava l'idea della sovranità popolare; nutriva, nei suoi settori più radicali, una profonda diffidenza verso ogni forma di rappresentanza politica; considerava inevitabile e opportuno, in situazioni di emergenza politica e militare, l'accentramento del potere nelle mani di gruppi ristretti di dirigenti e militanti, dotati di carisma e capaci di muoversi in consonanza con il popolo sovrano; produceva forme di svolgimento della politica dal carattere tumultuoso e assembleare. Sul Giacobinismo, costituiscono un riferimento essenziale SALVADORI M. L., TRANFAGLIA N. (a c. di), *Il modello politico giacobino e le rivoluzioni*, La Nuova Italia, 1984; BACZKO B., *Come uscire dal terrore. Il*

della Rivoluzione francese, privilegia l'uguaglianza come principio fondamentale di organizzazione della democrazia. Secondo il tipo ideale di questa concettualizzazione della democrazia, la sovranità popolare costituisce la fonte esclusiva del potere, la cui unica espressione istituzionale è il Parlamento (il più delle volte, nella configurazione unicamerale). Il grave inconveniente di questa concettualizzazione egualitaria, che deriva direttamente dall'assunzione dell'uguaglianza come maggiore – se non unico – principio organizzativo, è l'essere guidata da una logica unidimensionale, orientata a privilegiare l'omogeneità piuttosto che la diversità, con il connesso rischio di una dinamica di appiattimento sociale. Tale concettualizzazione della democrazia ha sempre suscitato serie preoccupazioni per quanto concerne il rispetto dello stato di diritto e il rispetto dei diritti individuali, compresi i diritti umani[242].

La variante alternativa è caratterizzata dalla ricerca sistematica di accorgimenti istituzionali in grado di incarnare le varie combinazioni dei principi di uguaglianza e di libertà. A governare questa concettualizzazione di democrazia, di nuovo nella sua forma ideal-tipica, è una logica pluralista, la cui preoccupazione primaria è la ricerca di un equilibrio ottimale tra le istituzioni alternativamente espressive di principi egualitari e libertari. Un simile equilibrio si basa sulla esistenza di una fitta rete di controlli e di contrappesi istituzionali e fornisce migliori condizioni per il rispetto dello stato di diritto e per la qualità della democrazia[243].

Termidoro e la Rivoluzione, Feltrinelli, 1989; FURET F., *Giacobinismo*, in FURET F., OZOUF M., *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Bompiani, 1988.

[242] In altre parole, il processo democratico (governato dalla maggioranza) non può essere utilizzato per risolvere le questioni relative alla difesa dei diritti umani, compreso il diritto delle minoranze.

[243] Non è un caso, quindi, che nelle democrazie che più si avvicinano alla variante pluralista, la magistratura, quale principale pilastro dello stato di diritto, è più sviluppata e rispettata e la presenza dell'ombudsman, quale modello quintessenziale di un contrappeso istituzionale non giurisdizionale, gode di maggiore legittimazione. La difesa e la promozione dello stato di diritto costituiscono un terreno comune sul quale il ruolo dei giudici e degli ombudsmen si sovrappone. Inoltre, entrambe le istituzioni stanno fuori dalla struttura gerarchica della pubblica amministrazione e possono agire come meccanismi

III.1.2.- La sequenza evolutiva.

Nelle democrazie mature, l'introduzione della *rule of law* ha storicamente preceduto la democrazia. La previa esistenza dello stato di diritto come base fondamentale su cui fu eretto uno Stato organizzato secondo regole legal-razionali ha reso più facile affrontare le inevitabili tensioni e gli sconvolgimenti abitualmente associati con l'aumento della partecipazione popolare, connessa, a sua volta, all'introduzione della democrazia. Nei paesi in cui una tale sequenza ha portato alla positiva articolazione dello stato di diritto e della democrazia, l'emergere dell'ombudsman come un'istituzione diversa, ma complementare, ai tribunali, in grado di fungere da meccanismo non giudiziario di *accountability*[244] orientato verso il miglioramento

---

indipendenti per il suo controllo e la sua *accountability*. Giudici e ombudsmen svolgono ruoli distinti ma complementari nei moderni regimi democratici, dove lo stato di diritto è rispettato e osservato. Anziché portare ad inutili doppioni, essi servono come istituzioni in grado di offrire ai cittadini e agli utenti dei servizi pubblici una scelta chiara su come essi possono esercitare il loro diritto fondamentale alla giustizia. La possibilità di scegliere tra le vie alternative di tutela costituisce un elemento distintivo della variante pluralista della democrazia. A sua volta, la capacità di fornire una scelta serve ad arricchire la gamma dei "prodotti" che tale democrazia è in grado di offrire ai suoi cittadini e, di conseguenza, migliora la sua qualità. Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 29.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-29.htm .

[244] La *accountability* è un concetto etico con diversi significati. È spesso usato come sinonimo di concetti di matrice anglosassone come *responsibility*, *answerability*, *enforcement*, *blameworthiness*, *liability*, e di altre condizioni associate con l'aspettativa di dover rendere il conto. Dal punto di vista della *governance*, questo concetto è stato fondamentale per le discussioni relative a problemi sia nel settore pubblico, sia nel privato (in particolare per le società). La *accountability* può essere schematicamente definita nel modo seguente: «A è responsabile di fronte al B quando A è obbligato ad informare B sulle azioni e le decisioni (passate o future) di A, per giustificarle, e per subire la punizione nel caso di eventuali cattive condotte» [SCHEDLER A., "Conceptualizing Accountability", 1999, in SCHEDLER A., DIAMOND L., PLATTNER M. F., *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, Lynne Rienner Publishers, p. 13-28.]. In ruoli di *leadership*, la *accountability* è il riconoscimento e l'assunzione di responsabilità per le azioni, i prodotti, le decisioni e le politiche, compresa l'amministrazione, la *governance* e l'attuazione nell'ambito degli scopi assegnati e che comprende l'obbligo di riferire, spiegare e di essere responsabile per le derivanti conseguenze. Il termine "*accountability*" deriva dal tardo latino *accomptare* (tenere il conto), una forma 'prefissata' di *computare* (calcolare), che a sua volta è derivato da *putare* (ritenere, stimare) [Oxford English Dictionary 2nd Ed.]. La parola è un'estensione della terminologia utilizzata nei sistemi di

dello stato di diritto e la tutela dei diritti dei cittadini, è stato allo stesso tempo molto più facile e molto più efficace. A sua volta, questa complementarità offre ai cittadini una più ampia gamma di scelta quando si tratta di decidere il modo migliore per esercitare e tutelare i loro diritti, e, come tale, contribuisce positivamente alla qualità della democrazia.

Quando invece la democrazia è stata introdotta nei paesi in cui lo stato di diritto è debole, fragile o, nel peggiore dei casi, semplicemente manca, le prospettive per l'ombudsman di essere un efficace meccanismo di *accountabilty* e di contribuire al rafforzamento dello stato di diritto e della democrazia sono meno brillanti. Dove la democrazia non può contare su norme e valori associati alla cultura del rispetto dei diritti e degli obblighi reciproci, così come concepiti dalla *rule of law*, e dove, di conseguenza, i tribunali non possono effettivamente fungere da fondamento per la costruzione di un sistema istituzionale di controlli e di equilibri e di una fitta rete di contrappesi, il potere dell'esecutivo e, più in generale dello stato, può essere illimitato. Un ambiente del genere è quasi per definizione inospitale per l'istituzione dell'ombudsman e limita seriamente la sua capacità di essere un utile meccanismo di *accountability*, in grado di proteggere i diritti dei cittadini. In tali casi, l'ombudsman si trova di fronte all'alternativa poco invidiabile di essere emarginato e potenzialmente ignorato o, meno frequentemente, di essere caricato di aspettative irrealistiche, connesse al suo ruolo di meccanismo di controllo deputato a rendere il ramo esecutivo del governo *accountable*. In entrambi i casi, il risultato più probabile è la progressiva delegittimazione dell'istituzione, atteso che l'incapacità di servire allo scopo porta alla inevitabile erosione della sua autorità morale e la priva della sua stessa *raison d'être*.

---

prestito del denaro sviluppatisi nella Grecia antica e, più tardi, a Roma. Per maggiori approfondimenti del significato giuridico amministrativo del termine, v. *infra*, parag. III.3.

III.2.- L'Ombundsman europeo come *key player* per la trasparenza e l'*accountability* nell'Unione.

È ben noto che l'azione politica e amministrativa europea è stata, nonostante la clausola programmatica introduttiva dell'articolo 1 del Trattato sull'Unione europea («... le decisioni [dell'Unione] siano prese nel modo più trasparente possibile»), notoriamente opaca. Tuttavia, la trasparenza (a volte chiamata *openness*) è una condizione indispensabile di una democrazia che funzioni[245]. Senza trasparenza, i

[245] Al riguardo, merita citare il recente (21.01.2009) "Memorandum per i responsabili dei dipartimenti dell'esecutivo federale e delle agenzie governative" sul *Freedom of Information Act* (La legge sulla libertà di informazione) del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama. In questo Memorandum, il neoeletto Presidente statunitense ha fissato le seguenti linee guida per la nuova amministrazione: «*A democracy requires accountability, and accountability requires transparency. As Justice Louis Brandeis wrote, "sunlight is said to be the best of disinfectants." In our democracy, the Freedom of Information Act (FOIA), which encourages accountability through transparency, is the most prominent expression of a profound national commitment to ensuring an open Government. At the heart of that commitment is the idea that accountability is in the interest of the Government and the citizenry alike. The Freedom of Information Act should be administered with a clear presumption: in the face of doubt, openness prevails. The Government should not keep information confidential merely because public officials might be embarrassed by disclosure, because errors and failures might be revealed, or because of speculative or abstract fears. Nondisclosure should never be based on an effort to protect the personal interests of Government officials at the expense of those they are supposed to serve. In responding to requests under the FOIA, executive branch agencies (agencies) should act promptly and in a spirit of cooperation, recognizing that such agencies are servants of the public. All agencies should adopt a presumption in favor of disclosure, in order to renew their commitment to the principles embodied in FOIA, and to usher in a new era of open Government. The presumption of disclosure should be applied to all decisions involving FOIA. The presumption of disclosure also means that agencies should take affirmative steps to make information public. They should not wait for specific requests from the public. All agencies should use modern technology to inform citizens about what is known and done by their Government. Disclosure should be timely. I direct the Attorney General to issue new guidelines governing the FOIA to the heads of executive departments and agencies, reaffirming the commitment to accountability and transparency, and to publish such guidelines in the Federal Register .In doing so, the Attorney General should review FOIA reports produced by the agencies under Executive Order 13392 of December 14, 2005. I also direct the Director of the Office of Management and Budget to update guidance to the agencies to increase and improve information dissemination to the public, including through the use of new technologies, and to publish such guidance in the Federal Register. This memorandum does not create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or in equity by any party against the United States, its departments, agencies, or entities, its officers, employees, or agents, or any other person. The Director of the Office of Management and Budget is hereby authorized and directed to publish this memorandum in the Federal Register*» (disponibile nel sito del Difensore civico del Comune di Milano, www.comune.milano.it/difensorecivico/).

cittadini non possono dare un consenso informato all'azione di governo, non possono discutere o criticare in maniera fondata, e non possono intervenire tempestivamente nel processo politico[246]. La trasparenza è naturalmente legata anche alla *rule of law*, poiché tale principio costituzionale implica che i cittadini possano facilmente ottenere informazioni chiare e precise sui loro diritti e doveri. Dal 2001, il Regolamento sulla trasparenza[247] disciplina l'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio, del Parlamento e della Commissione. Il Regolamento concede alle mentovate istituzioni europee tempi brevi per reagire alle richieste di accesso ai documenti. Ai sensi dell'articolo 8, di tale Regolamento, «entro 15 giorni lavorativi dalla … registrazione [delle domande di accesso], l'istituzione … con risposta scritta, motiva il rifiuto totale o parziale. In caso di rifiuto totale o parziale, l'istituzione è tenuta ad informare il richiedente dei mezzi di cui questi dispone, vale a dire l'avvio di un ricorso giurisdizionale contro l'istituzione e/o la presentazione di una denuncia presso il mediatore, a norma degli articoli 230 e 195 del trattato CE». Anche l'inerzia è contrastata efficacemente prevedendo che, «in assenza di risposta nei termini da parte dell'istituzione, la domanda s'intende respinta e il richiedente ha il diritto di ricorrere in giudizio nei confronti dell'istituzione e/o presentare una denuncia al mediatore a norma dei pertinenti articoli del trattato CE». Questo diritto è di grande rilevanza pratica. Anno dopo anno, i casi più

---

[246] Cfr. LODGE J., "Transparency and democratic legitimacy", in *Journal of Common Market Studies* (32/3-1994), p. 343-368; CURTIN D., MEIJER A. J., "Does transparency strengthen legitimacy?", in *Information Polity* (11-2006), p. 109-122. In quest'ultimo lavoro, gli autori presentano una prospettiva critica sulle teorie basate sul rapporto tra trasparenza e la legittimazione. Essi ricostruiscono tre assunti dai documenti di politica europea - la trasparenza rafforza la legittimazione di ingresso, la legittimazione di uscita e la legittimazione sociale - e quindi evidenziano diversi punti deboli. La conclusione è che la trasparenza è un elemento chiave delle istituzioni democratiche, ma teorie *naïves* sul rapporto tra trasparenza e la legittimazione possono e devono essere evitate. Essi mettono in guardia contro l'ingenua fiducia sui benefici di Internet: «*enhancing legitimacy is much more complicated than creating fancy websites*».

[247] Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GuUE L 145 del 31.5.2001, pag. 43).

frequenti di *maladministration* che si riscontrano dalle indagini dell'Ombudsman europeo sono inerenti alla mancanza di trasparenza (compreso il rifiuto di accesso ai documenti)[248]. Ciò nondimeno, il principio di trasparenza appare come un principio costituzionale basilare per l'Unione[249]. Questo principio è un diritto fondamentale (consacrato nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*), e si riferisce non solo ai documenti concernenti il singolo interessato, ma a tutti i documenti. L'accesso al proprio fascicolo personale è anch'esso parte del diritto fondamentale ad una buona amministrazione. Lo scopo di questi diritti è quello di consentire ai cittadini di controllare le attività di coloro che esercitano pubblici poteri e di poterle giudicare. In questa prospettiva, il diritto di accesso ai documenti non è soltanto un diritto fondamentale da esercitarsi in base alle proprie esigenze personali, ma è anche un elemento della cittadinanza che può (e dovrebbe) essere esercitato nel pubblico interesse[250].

Un diverso aspetto della trasparenza è probabilmente ancora più strettamente legato al principio democratico. Si tratta dei procedimenti legislativi a cui partecipano, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione. Le sessioni, i dibattiti e i documenti pertinenti devono essere pubblici. Legiferare pubblicamente significa che ogni persona interessata può controllare il processo nella sua interezza, senza dover richiedere una specifica informazione. Il tipo di democrazia che predomina negli Stati membri dell'Unione europea comporta sia la *accountabilty* alle elezioni, sia la *accountability* tra le elezioni. Un certo grado di trasparenza è essenziale per entrambe le forme di *accountability*. Tuttavia, una maggiore attenzione per la

[248] Nel 2007, il 28% dei reclami deducevano una presunta mancanza di trasparenza, compreso il rifiuto di informazioni, v. RAOE 2007, allegato 3.2, p. 157.

[249] Non deve quindi sorprendere che la trasparenza sia stata menzionata nel preambolo 'non-operativo' del Trattato costituzionale, che proclamava, nel secondo paragrafo, che l'Europa «desidera approfondire il carattere democratico e trasparente della vita pubblica».

[250] Cfr. HARDEN I., "When Europeans complain: The work of the European Ombudsman", in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (3-2000), p. 232.

accountability tra le elezioni conduce a richiedere forme più sviluppate di trasparenza rispetto a quando l'attenzione è rivolta principalmente alla *accountability* nelle elezioni. Le istituzioni e gli organi dell'Unione sono quindi fortemente dipendenti dalla legittimazione derivante dalla *accountability* tra le elezioni e quindi hanno una maggiore necessità di forme altamente sviluppate di trasparenza associata a tale tipo di *accountability*[251].

L'idea di base della trasparenza è che i cittadini devono essere facilmente in grado di ottenere le informazioni di cui hanno bisogno per chiamare le autorità pubbliche a rendere conto del loro operato sia alle elezioni, sia tra le elezioni. Almeno fino a poco tempo fa, molte democrazie moderne avevano la tendenza a ritenere che le informazioni sufficienti a rendere *accountable* il ceto dei governanti siano un 'sottoprodotto' dell'esercizio delle libertà politiche tradizionali, in particolare la libertà di espressione. Questo approccio è chiaramente riconoscibile nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che è stata adottata poco più di mezzo secolo fa. La Convenzione offre una protezione particolarmente forte alla Stampa libera, in considerazione del suo ruolo nella diffusione di informazioni e di idee per il pubblico e del diritto del pubblico a

[251] Cfr. PUNTSCHER RIEKMANN S., "In Search of Lost Norms: Is Accountability the Solution to the Legitimacy Problems of the European Union?", in *Comparative European politics* (5-2007), p. 121-137. La tesi principale di questo articolo è che la *accountability* è un importante principio organizzativo della democrazia. Vi è, tuttavia, la mancanza di consenso sulla definizione della democrazia come una Norma fondamentale oltre lo Stato. L'attuale vicenda dell'*accountability* come argomento di dibattito politico europeo può essere interpretata come un esempio della ricerca di una nuova definizione di tale Norma, ancora poco chiara a causa della creazione di un sistema politico sovranazionale, che ha portato ad una diffusione del potere. Il risultato è una forma di 'democrazia diffusa'. Porre l'attenzione sulla *accountability* non porta necessariamente alla soluzione dei 'dilemmi' della democrazia europea. Le procedure di *accountability* previste dai Trattati non sono sufficienti a convincere i cittadini della qualità democratica dell'Unione.

riceverle[252]. Tuttavia, la libertà di espressione non impone alle autorità pubbliche di comunicare informazioni ai cittadini[253].

III.2.1.- La nuova trasparenza attiva.

Il principio della trasparenza implica, invece, che le autorità pubbliche dovrebbero promuovere spontaneamente la pubblicazione di certi tipi di informazioni, in modo che possano essere facilmente comprensibili per il pubblico destinatario. In questo senso, la trasparenza si sovrappone con certi portati della *accountability*, come, ad esempio, la pubblicazione delle relazioni annuali, o di un bilancio dello Stato che mostra i programmi ed i risultati per quanto riguarda la spesa, le entrate e l'indebitamento. Inoltre, la trasparenza richiede alle autorità pubbliche di reagire prontamente e positivamente alle richieste del pubblico di accesso alle informazioni e ai documenti che non sono stati pubblicati[254].

La principale base giuridica per questo aspetto della trasparenza a livello dell'Unione è costruito attorno al concetto di accesso del pubblico ai documenti. Nella maggior parte dei paesi europei, la Svezia è l'unica pregevole eccezione[255], il diritto a ottenere l'accesso alle informazioni e ai documenti è tradizionalmente connesso ad un interesse particolare, superiore a quello del pubblico nel suo

---

[252] Cfr. *The Observer and the Guardian vs. United Kingdom*, 14 European Human Rights Reports 153 (1992). Cfr. anche *Goodwin vs. United Kingdom*, 22 European Human Rights Reports 123 (1996).

[253] Cfr. *Leander vs. Sweden*, 9 European Human Rights Reports 433 (1987). La Corte ha osservato che il diritto alla libertà di ricevere informazioni vieta sostanzialmente a un governo di limitare ad una persona di ricevere le informazioni che gli altri vogliono o possono essere disposti a comunicare.

[254] Questo concetto è noto come «*Freedom of Information*» (FoI) negli Stati Uniti e in alcuni altri paesi che si sono ispirati all'esperienza degli Stati Uniti, dopo l'introduzione, nel 1974, del *Freedom of Information Act*, sulla scia dello scandalo del *Watergate*.

[255] In Svezia, il diritto di accesso del pubblico ai documenti ufficiali è stato collegato alla libertà di stampa sin dal XVIII secolo. La ragione espressamente dichiarata è la promozione del «*free interchange of opinion and the enlightenment of the public*» (Swedish Freedom of the Press Act, chapter 2, Article 1, trad. ingl.).

complesso. Ad esempio, le parti di procedimenti giurisdizionali o amministrativi normalmente hanno il diritto di ottenere i documenti e le informazioni necessarie per difendere i loro interessi. Definizioni della trasparenza possono essere formulate in modo tale che includano tali interessi particolari. Tuttavia, l'idea principale della trasparenza è che tutti, o almeno tutti i cittadini, hanno il diritto di ottenere informazioni e documenti ufficiali, fatte salve le eccezioni di legge sulla tutela dei vari interessi pubblici (come la sicurezza e la prevenzione del crimine) e di alcuni interessi privati (come ad esempio i segreti industriali e la vita privata).

La trasparenza, quindi, non significa che tutte le informazioni e documenti ufficiali devono essere pubblici. Ciò che vuole indicare è che l'onere della prova (di riservatezza o di segretezza) grava sull'autorità pubblica che rifiuta una richiesta di accesso del pubblico, invertendo così la tradizionale presunzione di riservatezza che tuttora esiste in molti paesi. Le raccomandazioni in materia di accesso del Consiglio d'Europa[256], la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni ambientali[257] e l'Avvocato generale, in uno dei primi casi sull'accesso ai documenti ad essere proposto dinanzi alla Corte di giustizia[258], hanno tutti collegato il diritto di accesso del pubblico alla democrazia.

---

[256] Cfr. Raccomandazione Rec(2002)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti pubblici, del 22 febbraio 2002 ed il Memorandum esplicativo, consultabili alla pagina *web* http://www.coe.int/T/E/Human_rights/rec(2002)2_eng.pdf .

[257] Cfr. Decisione 2005/370/EC del 17 febbraio 2005, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in GuUE L 124, 17/05/2005, p. 1-3.

[258] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, del 28 novembre 1995, nel procedimento C-58/94, *Netherlands vs. Council*, [1996] European Court Reports I-2171, al punto 19. L'Avvocato Generale ha argomentato che «*The Parliament further submits that Decision 93/731 and the Code of Conduct are in breach of the requirements inherent in the principle of the openness of legislative proceedings and the right of access to legislative documents, which confirms that the Council treated rules relating to a fundamental principle as a question of internal organization and therefore exceeded its powers under Article 151 (3) of the Treaty. Accordingly, the fact that, under Article 4 of Decision 93/731, the Council may refuse all access to a legislative document in order to protect the confidentiality of its proceedings renders the general principle set out in Article 1 nugatory*

III.3.- L'*accountability*.

L'*accountability* è un concetto evocativo, che esprime una immagine di trasparenza e affidabilità[259]. Inoltre, l'*accountability* serve spesso come un ombrello concettuale che copre vari altri concetti. Ad esempio, la Commissione europea utilizza il termine *accountability* piuttosto liberamente. Serve non solo come sinonimo di 'chiarezza', di 'trasparenza' e 'responsabilità', ma è anche identificato con concetti molto più ampi, come 'coinvolgimento', 'deliberazione', e 'partecipazione'. Una delle ragioni di questa ambiguità e molteplicità concettuale è il fatto che la *accountability* è un concetto anglo-normanno[260], che non ha equivalenti semantici sul continente europeo. Altre lingue, come il francese, il portoghese, lo spagnolo, il tedesco o l'italiano, non hanno un equivalente esatto e non hanno (ancora) una distinzione semantica tra '*accountability*' e 'responsabilità'. Parte dell'ambiguità è dovuta al fatto che molte delle costituzioni dell'Europa continentale hanno disposizioni in materia di

---

and infringes the principle of the openness of legislative proceedings as it is guaranteed in the Member States. The same objections may be levelled against Article 7 of the decision, which, in the event of an express refusal or a failure to reply, which is treated as an express refusal, lays down a time-limit within which the applicant must make a confirmatory application for that position to be reconsidered. Such a provision may, on a merely formal ground, deprive the citizen of a fundamental right of pluralist democratic systems. Lastly, by prohibiting the reproduction or circulation of a requested document for commercial purposes through direct sale without prior authorization from the Secretary General, Article 3 (3) of Decision 93/731 has the effect of restricting the subsequent use of legislative - and hence public - documents by making them, quite simply, unavailable for commercial purposes».

[259] Cfr. BOVENS M., "New forms of Accountability and EU-Governance", in *Comparative European politics* (5-2007), p. 104-120, Secondo l'autore, le nuove forme di *accountability* possono essere diagonali o orizzontali e includono la *accountability* rispetto ai *fora* amministrativi, ai cittadini, ai clienti e alla società civile. Egli afferma che le nuove forme di *accountability* politica migliorano la comprensione della politica e forniscono una serie di controlli e di equilibri formali e informali, ma non sono alternative alle forme tradizionali di controllo popolare.

[260] V. *supra*, nota 244.

responsabilità, come in merito alla dottrina della responsabilità ministeriale, ma non hanno norme esplicite per quanto riguarda la *accountability*; mentre, nella tradizione anglosassone, la *accountability* è stata riconosciuta come un principio organizzativo già da lungo tempo[261]. In secondo luogo, nel contemporaneo dibattito anglo-americano, la *accountability* sembra essere un concetto in continua espansione. *Accountability* o, più precisamente, essere *accountable* è visto come una virtù, come una qualità positiva delle organizzazioni o dei funzionari pubblici. Quindi, gli studi sulla *accountability* spesso si concentrano su questioni normative e sulla valutazione del comportamento effettivo ed attivo degli agenti pubblici. La *accountability*, in questo senso molto ampio, è fondamentalmente un concetto valutativo. È utilizzato per qualificare positivamente uno stato di cose o il comportamento di un soggetto. Essa si avvicina alla nozione di 'reattività' e di 'senso di responsabilità', alla volontà di agire in modo trasparente, equo e leale.

D'altra parte, la *accountability* è spesso utilizzata in un senso descrittivo molto più ristretto. La *accountability* è vista come un meccanismo sociale, come un rapporto istituzionale o un accordo in cui un soggetto può essere tenuto a rendere conto ad un *forum*. Qui il fulcro della *accountability* non è se i soggetti hanno agito in modo responsabile, ma se sono o possono essere ritenuti responsabili *ex post facto* dai *fora* di *accountability*. La *accountability*, quindi, non corrisponde alla (anche se include la) *answerability*[262], vale a dire il dovere – che può essere legale, politico o morale – di rispondere alle domande su una questione particolare. Il concetto di *accountability* comprende anche la soggezione a una qualche forma di sanzione, se la prestazione si è rivelata, alla luce delle verifiche, insoddisfacente. La sanzione può essere legale o, in senso lato, politica.

---

[261] Cfr. ABRAHAM A., "The Ombudsman and the Executive: The Road to Accountability", in *Parliamentary Affairs* ,Vol. 61, (3-2008), p. 535–544.

[262] Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 17.10.2006, Paragraph 3 http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2006-10-17b.htm .

Nelle democrazie in cui la concettualizzazione egualitaria prevale, il portato naturale dell'idea che i vincitori delle elezioni possono legittimamente rivendicare il diritto ad esercitare pienamente il potere in nome del popolo sovrano è che il governo è responsabile solo nei confronti del popolo sovrano attraverso il periodico vaglio elettorale. La sanzione connessa a questo tipo di *accountability* consiste nel fatto che, se gli elettori ritengono insoddisfacenti i risultati di un governo, possono sostituirlo attraverso il voto. Le altre forme di *accountability* sono escluse in quanto potrebbero limitare il popolo sovrano, così come rappresentato da coloro che sono stati eletti.

Le democrazie che più da vicino riflettono la variante pluralista prevedono pure la *accountability* dei governi nei confronti del popolo alle elezioni. Tuttavia, le loro disposizioni costituzionali prevedono, in aggiunta, forme di *accountability* continuativa anche tra le elezioni. La *rule of law* è, in questi casi, la più sviluppata e rispettata base della *accountability* permanente e la magistratura è la pietra angolare dello stato di diritto. Accanto ai giudici, esistono, nelle democrazie pluraliste, anche altre forme ed istituzioni di *accountability* continua. Ad esempio, pur non godendo di una storia lunga come quella della *rule of law*, l'idea di continuo scrutinio parlamentare dell'esecutivo è anteriore alla democrazia moderna. Le democrazie moderne hanno sviluppato anche altri istituti di *accountability* continua per controllare le azioni delle autorità pubbliche, per chiamarle a rendere e fornire informazioni, analisi e rimedi (ad es. revisori dei conti pubblici, commissari speciali, comitati etici, protettori dei dati personali e, *last but not least*, gli ombudsmen). La legittimazione di tali istituzioni e quindi la loro capacità di essere presidio di legittimità per l'intero sistema di *governance*, dipende dallo svolgere le loro funzioni in un modo chiaramente imparziale ed equilibrato. Questa è la *ratio* della loro indipendenza, che, nei sistemi costituzionali in cui il controllo parlamentare del governo è ben sviluppato, è spesso garantita da un rapporto privilegiato con il Parlamento.

In questo contesto teorico, l'Ombudsman europeo può essere facilmente collocato. L'indipendenza della sua attività è consacrata

nel TCE. Il Parlamento europeo elegge l'Ombudsman europeo, nessuna altra istituzione svolge alcun ruolo nel processo elettorale, solo la Corte di giustizia può destituirlo prima della fine della legislatura. Egli è *accountable* solo nei confronti del Parlamento europeo, al quale rende conto della sua attività attraverso le relazioni annuali e le relazioni speciali. L'autorità di questo ufficio è morale e dipende da due elementi principali: il primo è il modo convincente e persuasivo con cui sono individuati e censurati i casi di cattiva amministrazione nelle istituzioni e negli organi dell'Unione, e la validità dei rimedi proposti; il secondo elemento è il diritto di criticare pubblicamente un'amministrazione che non è in grado di rimediare agli errori o di conformarsi alle raccomandazioni. A tal ultimo riguardo, il diritto di presentare una relazione speciale si rivela uno strumento utile e prezioso.

Capitolo IV

*La Rete europea degli ombudsmen e l'*ombudsmanship *in Italia*

IV.1.- L'Ombudsman Europeo e gli ombudsmen nazionali: la Rete.

L'Ombudsman europeo fa parte della Rete europea degli ombudsmen. Oggi, tutti gli stati membri dell'Unione hanno ombudsmen nazionali o organismi funzionalmente equivalenti[263] (con l'unica eccezione dell'Italia, dove sono stati istituiti solo ombudsmen regionali e locali). Nei dieci nuovi Stati membri, l'istituzione di ombudsmen nazionali è stato un passo importante nella transizione dal regime comunista alla democrazia. Anche se, come già osservato, le istituzioni di difesa civica e gli organismi analoghi in Europa variano nella forma e nella funzione, essi condividono importanti caratteristiche. Nella maggior parte dei casi, il loro fondamento giuridico è posto a livello costituzionale e non nella legge ordinaria[264]. Quasi tutti sono nominati dai parlamenti nazionali o sulla base di una proposta parlamentare. Il più delle volte, l'ufficio dell'Ombudsman non richiede competenze particolari[265]. Gli ombudsmen nazionali europei sono solitamente eletti per un periodo da quattro a sei anni. In generale, le attività delle amministrazioni nazionali e locali ricadono nell'area di competenza dell'ombudsman. In linea di massima, gli ombudsmen nazionali sono completamente indipendenti dall'autorità politica e godono di alcune immunità. Hanno considerevoli poteri di indagine (documentale e investigativa), ma non hanno alcuno strumento di azione diretta. La maggior parte degli ombudsmen possono proporre ai rispettivi parlamenti (o al governo, nel caso della Francia) l'abrogazione, la riforma o l'adozione di testi legislativi.

---

[263] L'ombudsman di più recente creazione è stato istituito in Lussemburgo. La Germania non ha alcun ombudsman federale, ma la Commissione per le petizioni del *Bundestag* è molto simile (v. *supra*, parag. I.2.6). Inoltre, la Germania ha un Commissario parlamentare per le forze armate (*Wehrbeauftragter*).

[264] Cfr. "The constitutional status of ombudsmen and the right to petition in Europe", in *The European Ombudsman Letters and Notes*, at http://www.euro-ombudsman.eu.int/letters/pdf/en/20030113-1.pdf .

[265] Rimarchevoli eccezioni sono la Danimarca, la Finlandia e la Norvegia, dove i candidati alla carica di ombudsman devono essere laureati in Giurisprudenza.

Tutti gli ombudsmen possono sottoporre questioni specifiche ai parlamenti nazionali e devono inoltre presentare una relazione annuale sulle loro attività.

La Rete europea degli ombudsmen (REO) è stata istituita nel 1996. È attualmente costituita da quasi novanta uffici in trentuno paesi europei. Nell'ambito dell'Unione, comprende gli ombudsmen e gli organismi analoghi a livello europeo, nazionale e regionale; mentre a livello extra-comunitario, comprende anche gli ombudsmen nazionali della Norvegia, dell'Islanda e dei paesi candidati all'adesione all'Unione europea. Tutti gli ombudsmen nazionali e gli organi analoghi negli Stati membri dell'Unione europea, nonché in Norvegia e in Islanda, hanno nominato un funzionario di collegamento (*liaison officer*), che funge da punto di contatto per gli altri membri della Rete. La cooperazione attraverso la Rete comprende sia il trattamento dei reclami (ad es. i trasferimenti), sia l'informazione ai cittadini. Le procedure di trasferimento dei reclami sono molto importanti, perché il mandato dell'Ombudsman europeo è limitato a casi di *maladministration* da parte delle istituzioni dell'Unione, mentre la maggior parte del diritto comunitario è applicato dalle amministrazioni degli Stati membri[266]. È pertanto fondamentale che l'Ombudsman europeo possa rapidamente indirizzare i cittadini reclamanti agli ombudsmen nazionali o regionali competenti.

IV.1.1.- La Dichiarazione della Rete europea degli ombudsmen.

Gli ombudsmen in tutta l'Unione europea, a livello nazionale, regionale e locale, svolgono un ruolo importantissimo nel garantire che i diritti dei cittadini consacrati nel diritto comunitario siano pienamente rispettati. L'Ombudsman europeo coopera a stretto contatto con i suoi omologhi nazionali e locali per far sì che le denunce dei cittadini inerenti il diritto dell'Unione europea siano

[266] Cfr. CHITI E. – FRANCHINI C., *L'integrazione amministrativa europea*, 2003, il Mulino, p. 133-188.

trattate con rapidità ed efficacia. Questa cooperazione si svolge in gran parte nella cornice della REO. Nel 2007, al sesto seminario degli ombudsmen nazionali degli stati membri dell'Unione e dei paesi candidati, la Rete ha raggiunto un obiettivo importante. Durante il seminario, gli ombudsmen hanno adottato una Dichiarazione[267], il cui scopo è quello di contribuire ad informare i cittadini e gli altri utenti dei servizi dell'ombudsman dei benefici che possono aspettarsi di ottenere, quando si rivolgono ad un membro della Rete su una questione che rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario. Questo sviluppo è stato considerato come un passo fondamentale nella costruzione di un'identità pubblica più chiara della Rete.

I contenuti principali e più significativi della Dichiarazione della REO sono i seguenti: 1) considerato che il diritto e la politica dell'Unione hanno un impatto crescente sulla vita quotidiana dei cittadini e dei residenti negli stati membri (in gran parte, sono attuati dalle autorità pubbliche degli stati membri), l'ombudsman nazionale o regionale competente è responsabile per la gestione dei reclami contro le autorità pubbliche di uno stato membro, compresi i reclami su una questione rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. L'Ombudsman europeo esamina le denunce presentate contro le istituzioni e gli organi dell'Unione europea; 2) Tutti gli ombudsmen europei si sono impegnati a fornire al pubblico un

[267] L'Ombudsman europeo si era offerto, in occasione del quinto Seminario degli ombudsmen nazionali che si è tenuto a l'Aia nel settembre 2005, di predisporre una bozza di Dichiarazione per informare i cittadini e gli altri utenti dei servizi dell'ombudsman dei benefici che possono aspettarsi di ottenere, quando si rivolgono a un membro della Rete su una materia che rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. La bozza della Dichiarazione è stata distribuita ai membri della Rete prima del seminario. La discussione sulla Dichiarazione si è basata su una relazione programmatica fatta dall'ombudsman nazionale con più anzianità di servizio, l'Ombudsman parlamentare della Danimarca, Hans Gammeltoft-Hansen. Egli ha sottolineato che lo scopo della discussione era l'adozione di una Dichiarazione destinata ai cittadini, che, nella forma più sintetica e semplice possibile, esplicitasse adeguatamente le caratteristiche fondamentali che uniscono gli ombudsmen in Europa e che sono comuni a tutti. Gammeltoft-Hansen ha quindi incoraggiato i suoi colleghi ad adottare la bozza di Dichiarazione. Dopo una vivace discussione, la Dichiarazione è stata adottata per consenso unanime. Il testo integrale della Dichiarazione è riportato in allegato.

servizio che deve essere imparziale, efficace ed equo. Entro i limiti del loro mandato, essi promuovono i principi sui cui l'Unione europea è fondata (vale a dire i principi della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dello Stato di diritto, ed i principi che sono comuni agli Stati membri); 3) Una delle attività più importanti della rete è la condivisione delle informazioni relative al diritto comunitario e delle migliori pratiche amministrative (*best practices*), in modo da offrire il miglior servizio possibile per il pubblico. Gli ombudsmen regionali e nazionali della Rete possono chiedere all'Ombudsman europeo risposte scritte a quesiti concernenti il diritto comunitario e la sua interpretazione, ivi compresi i quesiti che emergono nella trattazione di casi specifici; 4) Oltre a trattare i reclami, gli ombudsmen lavorano attivamente per migliorare la qualità della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici. Essi incoraggiano la buona amministrazione ed il rispetto dei diritti, suggeriscono soluzioni adeguate a problemi sistemici, diffondono le migliori pratiche e promuovono una cultura di servizio; 5) I casi di *maladministration* che un ombudsman può contribuire a correggere includono i ritardi ingiustificati, il mancato rispetto delle politiche o delle procedure fissate, la mancanza di imparzialità, l'ingiustizia, la comunicazione di informazioni o consigli inesatti, l'incoerenza e la scortesia; 6) gli ombudsmen della Rete applicano il principio della trasparenza nelle loro azioni e decisioni. Rendono pubblici i criteri che si applicano nel trattare le denunce, motivano le loro decisioni e relazionano pubblicamente sulle loro attività; 7) Una procedura semplificata deve essere usata, se l'esame preliminare indica che il problema del denunciante potrebbe essere risolto rapidamente, per esempio, da una telefonata. Se viene svolto un esame approfondito della denuncia, l'ombudsman informa il reclamante in merito all'inchiesta.

La Rete si è quindi evoluta in un potente strumento di collaborazione per gli ombudsmen e per il loro personale, presentandosi come un meccanismo efficace di cooperazione per la trattazione dei casi. È inoltre di particolare utilità all'Ombudsman

europeo per consentire al suo ufficio di trattare rapidamente ed efficacemente i reclami che esulano dal suo mandato. Esperienze e buone prassi sono condivise anche attraverso i seminari, gli incontri, un bollettino periodico, un *forum* di discussione elettronica e un servizio elettronico di notizie quotidiane.

IV.2.- La sussidiarietà nei rimedi.

Nell'Unione europea, la sussidiarietà è il principio fondamentale del sistema di *governance*. La sussidiarietà ha molte sfaccettature. Il primo aspetto è che la *policy* e il diritto comunitari sono prevalentemente gestiti dalle autorità pubbliche degli stati membri a livello nazionale, regionale e locale. In pratica, quindi, la *rule of law* e il rispetto dei diritti individuali derivanti dalla normativa dell'Unione europea dipendono in larga misura dalla qualità dell'amministrazione degli stati membri e dalla disponibilità di efficaci rimedi quando è necessario tutelare questi diritti. Una pietra miliare per la tutela dei diritti derivati dalla legislazione dell'Unione è stato il caso italiano *Costa vs. Enel*[268], in cui la Corte di giustizia ha affermato che il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, che è diventato parte integrante degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che i giudici nazionali sono tenuti ad applicarlo. Questo è stato solo l'inizio. La Corte di giustizia ha continuato a sviluppare una copiosa giurisprudenza che ha attribuito ai giudici nazionali il potere e la responsabilità di fornire rimedi efficaci contro gli eventuali errori o abusi delle autorità pubbliche degli Stati membri, al fine di tutelare i diritti individuali previsti dal diritto comunitario.

---

[268] Sentenza della Corte di giustizia nella causa 6/64, *Costa vs. ENEL*, [1964] European Court Reports, 585. Tra le tantissime note e pubblicazioni di commento a questa decisione della Corte, cfr. DE WITTE B., "Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international", in *Revue trimestrielle de droit européen* 1984, p.425-454; STEIN E., "Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case", in *Michigan Law Review* 1965, p.491-518; GORI P. , "La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri", in *Giurisprudenza italiana* 1964, p. 1073-1086.

L'attuale Ombudsman europeo è convinto che la logica della sussidiarietà, debba applicarsi anche ai rimedi non giurisdizionali[269]. Il mandato dell'Ombudsman è limitato alle istituzioni e agli organi comunitari. L'Ombudsman europeo non può prendere in esame le denunce contro le autorità pubbliche degli Stati membri, anche quando sono coinvolti i diritti previsti dalla normativa europea. Gli ombudsmen nazionali (o regionali) sono competenti a trattare i reclami in cui si denuncia che le autorità pubbliche nel loro Stato membro hanno fallito nell'applicazione delle norme comunitarie o nel garantire il rispetto dei diritti ivi previsti. Per questo motivo, il primo Ombudsman europeo aveva dato massima priorità, fin dall'inizio del mandato, alla creazione di una rete cooperativa con gli ombudsmen nazionali.

Per aiutare gli ombudsmen europei ad interpretare ed applicare correttamente il diritto comunitario nei casi che trattano, l'Ombudsman europeo ha deciso di ricevere quesiti volontariamente inoltrati dai suoi omologhi nazionali. L'ufficio dell'Ombudsman risponde direttamente ai quesiti o li trasmette all'istituzione comunitaria competente. È stato stabilito uno schema per l'organizzazione dei seminari degli ombudsmen nazionali, in linea di massima ogni due anni, così come per le riunioni periodiche dei funzionari di collegamento (*liaison officers*). Sono stati sviluppati anche efficaci mezzi di comunicazione, attraverso un vivace sito *web* con possibilità di incontri telematici, un servizio elettronico di notizie quotidiane e una *newsletter* semestrale. La Dichiarazione della REO spiega ai cittadini che cosa possono aspettarsi, se si rivolgono a un ombudsman della Rete. La Dichiarazione non solo è conforme al principio di sussidiarietà, ma tiene anche conto della flessibilità dell'istituto dell'ombudsman e di come è stato adattato ad una enorme varietà di culture ed istituzioni locali. Il rispetto della sussidiarietà e della diversità impone anche di tenere conto dell'importanza della

[269] Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 16.10.2006, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2006-10-16.htm .

dimensione regionale della *ombudsmanship* in alcuni stati membri, tra cui naturalmente l'Italia. Uno degli obiettivi condivisi più importanti per la REO è quello di assicurare che le denunce sul mancato rispetto dei diritti previsti dalle norme comunitarie siano prontamente indirizzate all'ufficio che è competente a trattarle. In pratica, tuttavia, ci sono sempre reclamanti che pensano che, quando è coinvolto il diritto comunitario, l'Ombudsman europeo sia l'autorità competente a trattare la denuncia. L'ufficio dell'Ombudsman europeo cerca, attraverso la REO, di trasferire rapidamente questi reclami agli ombudsmen competenti, o di fare sapere al reclamante a chi rivolgersi[270].

IV.3.- Una rete di *accountability*.

L'ufficio dell'Ombudsman europeo è un paradigma del concetto «tenue» di *accountability*, essendo sostanzialmente impegnato nel «dare conto», «interrogare» e «giudicare», mentre manca di «poteri sanzionatori»[271]. Questo è normalmente ritenuto un punto di forza, un profilo istituzionale che non solo pone la tecnica dell'ombudsman come una vera alternativa ai tribunali, ma che consente anche procedure e criteri di accessibilità molto più flessibili. Tuttavia, ancora la grande maggioranza dei reclami (circa il 70%) si rivelano irricevibili, principalmente perché sono contro le amministrazioni nazionali, regionali e locali degli stati membri, sulle quali

[270] Ad esempio, l'Ombudsman europeo nomalmente trasferisce le denunce contro la pubblica amministrazione francese al *Médiateur de la République*, la cui legge istitutiva prevede specifiche disposizioni per agevolare siffatti trasferimenti. A livello federale in Germania, la Commissione per le petizioni del *Bundestag* tratta le petizioni in un modo che è funzionalmente equivalente al ruolo dell'ombudsman nella gestione dei reclami. A livello regionale, tutti i *Länder* tedeschi hanno una Commissione per le petizioni, o un ombudsman, a cui l'Ombudsman europeo può trasferire le denunce. Invero, nell'ambito degli attuali Stati membri, è solo nel caso dell'Italia, che talvolta l'Ombudsman europeo riscontra difficoltà nel trovare un *difensore civico* in grado di aiutare il denunciante.

[271] Cfr. BOVENS M., "New forms of Accountability and EU-Governance", in *Comparative European politics* (5-2007), p. 104-120.

l'Ombudsman europeo non ha alcuna giurisdizione. Questa limitazione di competenza ha avuto una conseguenza indiretta, poiché l'Ombudsman europeo è stato spinto fin dall'inizio a promuovere una rete di *accountability*.

Un modo di considerare il contributo dell'Ombudsman alla *accountability* è attraverso la lente della risoluzione alternativa delle controversie (ADR). Nel confronto con i giudici, l'Ombudsman europeo sottolinea giustamente l'informalità e la flessibilità di questa particolare tecnica del diritto amministrativo: un servizio remediale che non è solo gratuito all'accesso, ma che è pure privo di rigorose regole di *locus standi* ed è relativamente rapido. Allo stesso tempo, mentre il processo giudiziario è sempre associato con l'idea di un gioco a 'somma zero', la promozione di risultati a 'somma positiva', che avvantaggiano sia il ricorrente, sia l'autorità pubblica, è vista come la parte più importante del lavoro dell'Ombudsman.

Un altro possibile approccio si sviluppa attraverso il contributo dell'Ombudsman europeo alla sempre difficile conciliazione della democrazia parlamentare con la delega all'esecutivo[272], che può presentare un valore aggiunto in termini di legittimazione dell'Unione europea, proprio a causa dal crescente uso di agenzie indipendenti nella (nuova) *governance* europea e della evidente debolezza delle forme classiche di responsabilità politica in un così intricato sistema istituzionale. Una menzione particolare merita la Commissione per le petizioni del Parlamento europeo, che è, al tempo stesso, un sistema parallelo di rimedio alle denunce, più orientato a temi collettivi o esplicitamente politici, e, attraverso l'obbligo di presentazione della relazione annuale, un meccanismo di *accountability* (tenue) dell'Ombudsman[273]. Due particolari caratteristiche devono tuttavia

[272] Cfr. MAGNETTE P., "Between Parliamentary control and the Rule of law. The political Role of the Ombudsman in the European Union", in *Journal of European Public Policy* (10-2003), p. 677.

[273] Per quanto riguarda il limitato fronte di possibile responsabilità dell'Ombudsman europeo di fronte ai giudici, attraverso l'azione di risarcimento danni, cfr. sentenza della Corte di giustizia in proc. C-234/02, *Mediatore europeo vs Frank Lamberts*, *supra* in nota 174.

essere evidenziate: in primo luogo, una certa tensione storica nelle relazioni tra questi due strumenti di ricorso[274] e, secondariamente, le debolezze interne della commissione, che lasciano l'Ombudsman europeo effettivamente privo di un ancoraggio sicuro e di una forte base di potere.

Evidenziando la necessità di un approccio più inclusivo (che prende in considerazione anche la funzione investigativa e quella parallela di revisione), sono spesso usati i termini «*fire-watching*» e «*fire-fighting*» per descrivere il ruolo dell'Ombudsman[275]. Secondo la tradizione classica nordica che ha indubitabilmente conformato anche l'ufficio europeo, è stata ben presto attribuita all'Ombudsman europeo una duplice funzione: la prima è quella di contribuire a rendere l'Unione più «*accountable by providing an independent critical appraisal of the quality of administration by Community institutions and bodies and a stimulus towards improvement*»[276]; la seconda è quella di sostituire i tribunali. Guardando più da vicino la funzione investigativa, l'ufficio ha elaborato una propria forma flessibile di contraddittorio procedimentale, ispirato alla massima equità. Ad esempio, nel c. d. caso *Parga*[277] – una delicata indagine sulle accuse di parzialità rivolte ad un funzionario della Commissione nell'ambito di un procedimento di infrazione – l'Ombudsman europeo, sulla base delle dettagliate osservazioni del reclamante, si è ripetutamente rivolto alla Commissione per maggiori chiarimenti. I principali limiti istruttori per quanto riguarda l'accesso ai documenti e l'audizione dei testimoni, che derivavano dall'originario statuto dell'Ombudsman europeo, sono stati recentemente superati grazie alla riforma statutaria

---

[274] Che risulta dall'ostilità della Commissione per le petizioni rispetto alla creazione dell'Ufficio dell'Ombudsman, cfr. MAGNETTE P., op. cit.

[275] Cfr. HARLOW C., "Ombudsmen in search of a Role", in *Modern Law Review* (41-1978), p. 446.

[276] HEEDE K, "Enhancing the accountability of Community institutions and bodies: The role of the European Ombudsman", in *European Public Law* (3-1997), p. 588.

[277] Cfr. reclamo 1288/99/OV, compendiato in RAOE 2002, p. 98.

del 31 luglio 2008 (Decisione 2008/587 del Parlamento europeo)[278]. Inoltre, l'Ombudsman sottolinea costantemente che, se il denunciante non ha avuto l'opportunità del *notice and comment*, le sue indagini «non possono prendere in considerazione i documenti forniti da una istituzione o da un organo comunitari per contestare l'accusa di *maladministration*»[279].

Concentrandosi maggiormente sui risultati, deve essere ricordato il notorio contributo dell'Ombudsman alla causa della trasparenza nell'Unione europea, che serve ad illustrare il suo ruolo fondamentale di *key player* in quella che è, ovviamente, una lotta continua. C'è poi il ripetuto coinvolgimento dell'Ombudsman nelle procedure di infrazione di cui all'art. 226 del TCE. In questi casi l'Ombudsman può attribuirsi il merito della progressiva elaborazione di un codice procedurale di base per il trattamento delle denuncie di infrazione da parte della Commissione. Questo sviluppo procedimentale è un ottimo esempio di azione istituzionale interna promossa dall'Ombudsman, ed è particolarmente degno di nota a causa del sostanziale disinteresse alla tutela dei privati dimostrato, in quel caso, dai giudici comunitari[280]. Un ulteriore sviluppo potenzialmente molto significativo è attualmente in corso in questo settore, in cui l'Ombudsman europeo è costantemente impegnato ad ampliare il fronte di *accountability* della Commissione attraverso il ricorso al concetto di «*due diligence*»[281]. Questo approccio supera la classica

[278] Come rilevato in precedenza, le due modifiche principali introdotte rafforzano i poteri di indagine dell'Ombudsman. In primo luogo, nel corso di un'indagine l'Ombudsman può accedere adesso, senza alcun limite, ai documenti in possesso delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Le istituzioni e gli organi dell'Unione non possono più opporre un rifiuto alla consultazione dei documenti per «ragioni debitamente motivate dalla segretezza». In secondo luogo, i funzionari dell'Unione europea che forniscono prove all'Ombudsman non sono più tenuti a rendere dichiarazioni «a nome delle loro amministrazioni e in base alle istruzioni di queste».

[279] RAOE 2004, p. 43.

[280] Cfr. sentenza in proc. C-141/02 P, *Commission vs. T*-Mobile, [2005] European Court Reports I-1283.

[281] Cfr. Il 'progetto di raccomandazione' alla Commissione nel reclamo 146/2005/GG, http://ombudsman.europa.eu/recommen/en/050146.htm .

obiezione della insindacabilità della discrezionalità amministrativa[282] e si adatta perfettamente alla disciplina interna dell'amministrazione manageriale, legandosi indirettamente anche alla funzione di «*fire-watching*» e di promozione della buona amministrazione.

Più in generale, l'Ombudsman europeo mira a svolgere un ruolo attivo nella definizione degli *standards*, che è un profilo non trascurabile nello sviluppo delle strutture e dei processi di *accountability*. Esemplificando un altro elemento del suo metodo proattivo, che vede l'Ombudsman europeo funzionare anche come fonte di *soft law*[283], il *Codice europeo di buona condotta amministrativa* merita una menzione speciale, anche se, essendo una sintesi di principi giuridici e di regole amministrative, vi è poco valore aggiunto nel suo contenuto. L'Ombudsman, con lo strumento della pubblica *advocacy*, preme quindi per il passo successivo: la codificazione[284] vincolante in veste di *hard law*.

---

[282] Cfr. CLARIANA G., "Holding the Administration Accountable in Respect of its Discretionary Powers: the Roles and Approaches of the Court, the Parliament and the European Ombudsman", in *The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution*, edited by N. Diamandouros and others, 2005.

[283] Cfr. BONNOR P. G., "The European Ombudsman: a novel source of soft law in the EU"; in *European law review*, Vol. 25 (2000) n. 1, p. 39-56.

[284] Sui principi generali del diritto amministrativo europeo e sul dibattito in merito alla loro codificazione, vedansi: NEHL H. P., *Principles of Administrative Law in EC Law*, 1999; GAJA G., "Identifying the Status of General Principles in European Community Law", in *Scritti per Mancini*, 1998, p. 445; CASTORINA E., "Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio «comune»", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, p. 1177; LENAERTS K., VANHAMME J., "Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process", in *Common Market Law Review*, 1997, p. 531; USHER J. A., *General Principles of EC Law*, 1997; CHITI M. P., "The Role of the European Court of Justice in the Developing of the General Principles of Law and their Possible Codification", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, p. 661; HARLOW C., "Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?", in *European Law Journal*, 1996, p. 3; SHAPIRO M., "Codification of Administrative Law: the US and the Union", in *European Law Journal*, 1996, p. 26; CRAIG P., "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", in *Cambridge Law Journal*, 1996, p. 289; DELLA CANANEA G., "From Judges to Legislators", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, p. 967; ADINOLFI A., "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, p. 521; ORTEGA L., "Principles of Administrative Procedure", in *European Review of Public Law*, 1993, p. 71.

IV.3.1.- Una Rete cooperativa.

Usando parole di Diamandouros, «la cooperazione tra gli ombudsmen è la via da seguire». Invero, l'Ombudsman europeo si era interessato a questo aspetto fin dall'inizio. Il primo passo concreto per incentivare la collaborazione è stata la creazione, nel 1996, di un sistema di *liaison officers* per connettere l'Ombudsman europeo e gli ombudsmen nazionali[285], per trasferire rapidamente i reclami e per il flusso di informazioni sul diritto comunitario e la sua attuazione.

Recentemente ha avuto luogo un notevole ampliamento della Rete. In tutto il mondo, la pubblica amministrazione ha recentemente sperimentato la cosiddetta «*ombudsmania*», un fenomeno particolarmente evidente nel continente europeo. Per i dieci nuovi stati membri dell'Unione, l'istituzione di ombudsmen è giustamente vista come un passo significativo nel processo di transizione dal regime comunista alla democrazia. Peraltro, molti dei vecchi stati membri, che in precedenza non avevano un ombudsman nazionale adesso lo hanno istituito. L'Italia, priva di un ombudsman nazionale o di un organo funzionalmente equivalente, è oggi l'unica eccezione. Un forte sviluppo degli ombudsmen regionali nei vari stati membri e il loro successivo inserimento nella Rete è anche importante, per le molte responsabilità nell'applicazione pratica del diritto comunitario ascritte al livello sub-nazionale di governo.

Tre caratteristiche incidono direttamente sulla forma e lo stile di questa Rete emergente di *accountability*. La prima riguarda l'esistenza di un *ombudsman world*. Nell'attuale sviluppo del diritto amministrativo transnazionale o globale[286], la dimensione regionale o

---

[285] Cfr. RAOE 1996, p. 92-93.

[286] Interessante, al riguardo, è rilevare l'emergere di un nuovo settore di studi giuridici denominato *Global Administrative Law*. Con la locuzione convenzionale *Global Administrative Law* si fa riferimento alle strutture, alle procedure ed agli *standards* normativi per la regolamentazione del processo decisionale, tra cui la trasparenza, la partecipazione, il controllo ed i meccanismi di attuazione di queste norme, che sono applicabili agli organismi intergovernativi di regolamentazione; alle reti intergovernative

europea si sovrappone su un modulo già altamente sviluppato di *networking* a livello internazionale. È quindi importante sottolineare che l'emergente rete di *accountability* non dovrebbe essere visualizzata semplicemente in termini di rapporti bipolari tra l'Ombudsman europeo e gli ombudsmen dei singoli Stati membri. In secondo luogo, va osservato che esiste una notevole diversità all'interno della famiglia degli ombudsmen, fondata su (ma non limitata da) diverse concezioni del ruolo. L'idea di una rete di *accountability* dell'Ombudsman europeo che offra un servizio uniforme e universale rimane quindi qualcosa di simile a una chimera. L'attuale Ombudsman europeo ha però attivamente promosso una Dichiarazione concordata, una sorta di codificazione "scheletrica", delle funzioni dell'ombudsman all'interno della rete europea[287]. La terza peculiarità attiene al carattere volontario e flessibile della cooperazione, secondo il paradigma della auto-organizzazione della Rete. Non vi è alcun collante giuridico per la Rete, né l'Ombudsman europeo ha a sua disposizione qualcosa che assomiglia alla dottrina

---

informali di regolamentazione; e organismi transnazionali ibridi pubblico-privati o privati. Il *focus* di questa area di studi non è il contenuto specifico delle norme sostanziali, ma piuttosto il funzionamento dei principi esistenti o futuri, delle regole procedurali, delle regole di controllo e degli altri meccanismi in materia di responsabilità, trasparenza, partecipazione, e di garanzia della legalità nella *governance* globale. Si vedano, sul punto, i seguenti lavori: *Global Administrative Law: Cases, Materials*, Issues (2nd edition, 2008), edito da CASSESE S., CAROTTI B., CASINI L., MACCHIA M., MACDONALD E. E SAVINO M.; BATTINI S., VESPERINI G. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: the Service Sector* (29 febbraio 2008); CASINI L., "Diritto amministrativo globale", in CASSESE S. (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, *ad vocem*; ESTY D. C., "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law", 115 *Yale Law Journal* 1490 (2006); KRISCH N., KINGSBURY B. (eds.), "Symposium on *Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*", 17 *European Journal of International Law*, no. 1 (2006); *Diritto amministrativo globale*: Bibliografia (CAROTTI B. e CASINI L., 2006); CASSESE S., "Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation", 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 663 (2005); KINGSBURY B., KRISCH N. E STEWART R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", 68 *Law and Contemporary Problems* 15 (2005); DELLA CANANEA G., "Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", 9 *Eur. Pub. L.* 563 (2003).

[287] Il primo risultato di questo embrionale tentativo di codificazione è la Dichiarazione della Rete europea degli ombudsmen, del 13-14 ottobre 2007, in particolare la Sezione «Il ruolo e lo scopo degli ombudsmen», v. *supra*, parag. IV.1.1.

dell'*effective remedy*[288], attraverso cui formare e strutturare le pratiche e le procedure degli ombudsmen nazionali della Rete. Il dialogo, pertanto, è qualitativamente diverso da quello all'interno della 'comunità giudiziaria'. Se l'Ombudsman europeo deve essere caratterizzato come *primus inter pares*, il suo primato non è – o non è ancora – quello voluto dalla Corte di giustizia.

Ci sono due profili piuttosto diversi del lavoro della Rete. Il primo è il suo ruolo di assistenza e di fissazione degli *standards* per molti

---

[288] Cfr. sentenza della Corte di giustizia in proc. C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd* vs. *Justitiekanslern*, [2007] European Court Reports I-02271. In questa importante decisione, la Corte ha chiarito che «È compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato all'art. 10 Trattato CE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario … Infatti, nonostante il Trattato CE abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono essere eventualmente esperite dai singoli dinanzi al giudice comunitario, detto Trattato non ha comunque inteso creare mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale. La situazione sarebbe diversa solo se risultasse dall'economia dell'ordinamento giuridico nazionale in questione che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Pertanto, anche se in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto comunitario richiede tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale. Spetta infatti agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto di tale diritto … A tale riguardo, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Ciascun caso in cui si pone la questione dell'effettività di una norma processuale nazionale dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, del suo svolgimento e delle sue peculiarità dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Inoltre, spetta ai giudici nazionali interpretare le modalità procedurali applicabili ai ricorsi di cui essi sono investiti, per quanto possibile in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario» (v. punti 38-44, 54). Sul punto, cfr. anche BO G., "La pronuncia della Corte di giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p. 1065-1078; SIMON D., "Modalités de la protection provisoire", in *Europe 2007 Mai Comm.*, n. 128, p. 9-10; ANAGNOSTARAS G., "The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights", in *European Law Review*, 2007, p. 727-739.

nuovi ombudsmen delle democrazie più recenti. Sicché il Codice di buona condotta amministrativa è stata tradotto in più lingue e diversi ombudsmen dei nuovi stati membri lo hanno utilizzato come una risorsa per migliorare la qualità della pubblica amministrazione nei loro paesi. Questo ruolo proattivo per aiutare a promuovere sistemi di *ombudsmanship* all'interno degli stati membri può essere considerato, dal punto di vista della costruzione e del rafforzamento delle capacità amministrative degli uffici pubblici, come un notevole contributo alla composizione di un'articolata struttura di *accountability*. In secondo luogo, indicativo della ricerca di un servizio di ricezione dei reclami paneuropeo è lo sviluppo di un sito *web user-friendly*; il prossimo passo previsto dall'Ombudsman europeo sarà la creazione di un punto di accesso comune, ossia una sorta di *one stop shop* telematico, che servirà da strumento interattivo per aiutare i cittadini a rivolgersi all'ombudsman competente. Intanto, grazie alla Rete, il rapido scambio di informazioni, la condivisione delle analisi dei problemi e la diffusione delle migliori pratiche sono ormai basati su un uso sempre più sofisticato di *Internet*. Infine, sono considerevoli le potenzialità delle indagini congiunte, utilizzabili per la condivisione informale di informazioni in casi particolari. Un primo passo in tal senso è stato fatto con una inchiesta parallela dell'Ombudsman europeo e del suo omologo spagnolo, il *Defensor del Pueblo*, in relazione ad alcuni reclami contro la decisione della Commissione di avviare una procedura di infrazione contro la Spagna per il prestito gratuito di libri nelle biblioteche pubbliche spagnole [289].

IV.4.- L'*ombudsmanship* in Italia.

Il promettente sviluppo della Rete europea degli ombudsmen e della cooperazione tra gli ombudsmen d'Europa pone indirettamente

[289] Cfr. reclami congiunti 3452/2004/JMA *et al.*, http://www.euro-ombudsman.eu.int/decision/en/043452.htm .

la questione della difesa civica[290] in Italia, che per varie ragioni non presenta caratteristiche strutturali ed organizzative tali da consentire una utile collocazione nella descritta rete di *accountabilty*. Per meglio identificare i *puncta dolentes* della *ombudsmanship* italiana, è tuttavia opportuno svolgere una preliminare esposizione dei suoi lineamenti storici ed evolutivi e delle sue caratteristiche giuridiche.

In Italia, sin dagli anni sessanta, si discuteva sulla necessità di istituire un ombudsman nazionale. Tuttavia, i numerosi ostacoli giuridici e tecnici che furono (non sempre fondatamente) prospettati dalla dottrina italiana resero questa figura istituzionale poco attraente. Il principale ostacolo era stato identificato nell'esigenza di provvedere ad una revisione costituzionale[291]. Un altro elemento di debolezza dell'ombudsman nazionale era visto, sul piano tecnico, nel conferimento di una competenza (generale) per tutti i settori della pubblica amministrazione, che mal si sarebbe conciliato con le crescenti necessità di specializzazione richieste dal governo delle moderne ed evolute società industriali. Pertanto, nel corso degli anni Settanta, prevalse la soluzione di istituire un ombudsman operante a livello regionale, che assecondava, oltretutto, il *trend* di trasferire molte funzioni amministrative alle autonomie territoriali.

La situazione della pubblica amministrazione italiana era, invero, tutt'altro che entusiasmante. Il processo di progressivo ampliamento delle funzioni amministrative aveva messo in evidenza delle gravi

---

[290] La scelta dell'appellativo italiano dell'ombudsman (*scil*. difensore civico) è dovuta all'accostamento ad alcuni funzionari romani del IV secolo d. C. collocati in uno spazio intermedio tra comunità locale e strutture periferiche dello Stato romano, che esercitavano funzioni peculiari in gran parte molto simili a quelle attribuite attualmente all'ombudsman. Questa istituzione romana era, infatti, nota comunemente con il nome di *defensor civitatis* ed essa continuò ad essere presente nella cultura del tempo sino allo scomparire di entrambi gli imperi d'occidente ed oriente (in alcuni casi la figura del *defensor civitatis* rimase ancora all'interno dell'amministrazione, si pensi agli ostrogoti, ma successivamente andò oscurandosi). Cfr. in http://it.wikipedia.org/wiki/Difensore_civico .

[291] L'esperienza in Francia ha invece dimostrato che, anche senza la copertura costituzionale ed in un sistema giuridico con un fortissimo radicamento degli organi del contenzioso amministrativo, l'ombudsman ha ampi margini di successo. V. *supra*, parag. I.2.4.

inefficienze, dovute, in larga parte, alla limitatezza delle strutture amministrative e alla dispersione e frantumazione dell'attività amministrativa che provocava situazioni di staticità, ed alcune volte di illegalità, poiché risultava difficile risalire ai soggetti responsabili o affidatari dei procedimenti amministrativi. Era emersa, dunque, l'esigenza di creare un istituto di tutela e controllo simile a quello scandinavo per offrire ai cittadini uno strumento celere e gratuito, idoneo a circoscrivere eventuali disfunzioni ed irregolarità. Notevole era lo scetticismo sulla effettiva utilità di siffatto organismo in un contesto ordinamentale e sociale come quello italiano e fu chiaro, sin da subito, che l'istituto non avrebbe risolto in termini assoluti i problemi del sistema amministrativo italiano. Tuttavia, le positive esperienze di altri paesi europei (in particolare in Francia ed nel Regno Unito) convinsero anche molti oppositori che l'istituto scandinavo, eseguiti gli opportuni adattamenti, sarebbe stato utile anche nell'ordinamento italiano.

IV.4.1.- Il difensore civico regionale e locale.

Negli anni settanta alcune regioni italiane introdussero nei rispettivi ordinamenti la figura del difensore civico (tra le prime, la Toscana con la legge reg. n. 8/1974 e la Liguria con la legge reg. n. 17/1974). Le leggi regionali istitutive recavano numerose norme di dettaglio relative all'elezione dell'organo, alla durata in carica, alle incompatibilità nella nomina, al procedimento, senza però definire con chiarezza e precisione le competenze ed i poteri, che comunque restavano circoscritti agli uffici dell'amministrazione regionale. Successivamente, la situazione migliorò leggermente allorché il legislatore regionale affidò nuovi compiti alla difesa civica, in ciò sollecitato anche dalle attività extraistituzionali svolte dai primi difensori civici. L'istituto trovò, poi, un suo esplicito riconoscimento anche nella legislazione nazionale in virtù della legge n. 142 del 1990. Un'ulteriore sostanziale evoluzione della figura del difensore civico si ebbe con la legge 127 del 1997 (c. d. Bassanini *bis*) che, tra le tante

novità introdotte in materia di attività amministrativa, attribuì alla difesa civica locale alcune funzioni in materia di controlli. In particolare l'art. 17 della legge n. 127 del 1997 prevedeva che il difensore civico locale potesse effettuare un controllo di legittimità sugli atti della giunta e del consiglio. Sebbene l'attuazione delle previsioni legislative non sia risultata rispondente alle iniziali aspettative, la figura del difensore civico locale è stata confermata dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali (decreto legislativo n. 267 del 2000). Allo stesso modo, anche il difensore civico regionale ha avuto un discreto sviluppo e quasi tutte le regioni si sono dotate di questo istituto, a volte prevedendolo persino a livello statutario.

La figura del difensore civico è oggi prevista da molti statuti o leggi regionali e da diversi statuti comunali e provinciali tra gli organi di garanzia volti a migliorare le relazioni ed i rapporti tra l'amministrazione ed i cittadini appartenenti al relativo territorio. I difensori civici regionali e locali controllano l'operato delle rispettive amministrazioni in modo da comprendervi non solo le attività degli organi ed uffici istituzionali dell'Ente territoriale, ma anche degli enti collegati e dipendenti come aziende, consorzi, società, cioè di quegli enti che, anche se strutturati in forma privata, operano per conseguire le finalità proprie di regioni, comuni e province. La scomparsa del sistema dei controlli, conseguente alla riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3 del 2001), sarebbe stata un'ottima occasione per rivitalizzare le funzioni tutorie dei difensori civici, attribuendo loro poteri di controllo più penetranti ed efficaci, ma l'inerzia del legislatore in tal senso non ha reso possibile questo miglioramento e le attuali funzioni dei difensori civici restano piuttosto evanescenti ed improduttive in termini di miglioramento dell'organizzazione e del funzionamento degli Enti controllati.

IV.4.2.- I poteri del difensore civico.

I compiti dei difensori civici italiani sono sostanzialmente riconducibili, in senso ampio, alla verifica della rispondenza dell'azione amministrativa regionale e locale, nel perseguimento dei fini pubblici, ai principi stabiliti dall'articolo 97 della Costituzione. Alla stregua del modello scandinavo, si tratta di una magistratura di persuasione, che, nell'ipotesi in cui venga a conoscenza (direttamente o per denuncia di un cittadino) di casi di cattiva amministrazione, sollecita gli interventi di autotutela dell'amministrazione stessa, coinvolgendo il funzionario responsabile della condotta censurabile. In particolare, il difensore civico può a) convocare i responsabili del procedimento (figura normativamente prevista dalla legge n. 241 del 1990 e rivisitata di recente dalla legge n. 15 del 2005) per esaminare i casi controversi; b) denunciare all'autorità giudiziaria eventuali responsabilità penali; c) denunciare all'amministrazione casi d'inefficienza e ritardi nello svolgimento della funzione pubblica; d) chiedere che sia promossa l'azione disciplinare a carico di dipendenti che impediscano o ritardino l'espletamento delle sue funzioni; e) sollecitare gli organi degli Enti per il riesame di atti e provvedimenti che presentino motivi e dubbi di illegittimità.

La legge 127 del 1997, successivamente traslata nel Testo unico degli enti locali (approvato con decreto legislativo n. 267/2000), attribuiva al difensore civico locale, per un verso, il controllo (eventuale) di legittimità delle deliberazioni della giunta e del consiglio in materia di appalti, di affidamento di servizi e forniture di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario (su richiesta di un qualificato numero di consiglieri); per un altro verso, il potere di nomina di commissari *ad acta* in caso di inerzia delle amministrazioni locali rispetto ad atti obbligatori per legge. Entrambi i menzionati poteri (controllo eventuale di legittimità e intervento sostitutivo) sono stati successivamente superati dalla riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. 3/2001) che ha eliminato i controlli preventivi di legittimità sugli atti degli enti locali e dal decreto legge n. 13/2002 (convertito in legge n. 75/2002) che ha affidato al Prefetto

il compito di nominare un commissario *ad acta* nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione nell'adozione di atti obbligatori per legge. Inoltre, occorre rilevare che la riforma del Titolo V della Costituzione e la legge (c. d. La Loggia) di attuazione affidano il potere sostitutivo al governo centrale e ai livelli intermedi di governo, di volta in volta, individuati dalla legge statale e regionale. Al riguardo, la Corte costituzionale ha però escluso per la legge regionale possa affidare al difensore civico, che non rappresenta un organo di governo della regione, la nomina di un commissario *ad acta* nell'ipotesi di inerzia amministrativa delle amministrazioni locali[292].

IV.4.3.- Il difensore civico e il diritto di accesso.

Tra le funzioni del difensore civico, meritano una menzione quelle in materia di accesso ai documenti amministrativi. La legge n. 340 del 2000 (art. 15), che ha sostituito il comma 4 dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990, ha previsto, infatti, una tutela extragiudiziale del diritto di accesso ai documenti amministrativi. La norma ha introdotto in sostanza un rimedio amministrativo. La riforma della legge sul procedimento amministrativo ha previsto che, «In caso di rifiuto, espresso o tacito, o di differimento ai sensi dell'art. 24, comma 6, dell'accesso, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale […] ovvero chiedere, nello stesso termine, al difensore civico competente che sia riesaminata la suddetta determinazione». Il difensore civico, interpellato dall'interessato, se «ritiene illegittimo il diniego o il differimento, lo comunica a chi l'ha disposto. Se questi non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito». La possibilità di adire il

[292] Sulla storia e sullo sviluppo del sistema dei controlli sugli enti locali, sia consentito il rinvio a NASSIS C., "I controlli sugli enti locali dopo la riforma costituzionale del titolo V", in *Nella P. A. che cambia … note e commenti a margine del 3° Corso di Diritto Pubblico* (a cura di Alfonso De Stefano), Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale – Scuola Interregionale di Campania e Basilicata, 2005.

giudice amministrativo è stata salvaguardata, prevedendo che qualora «il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico, il termine [per proporre ricorso al tribunale amministrativo regionale] decorre dalla data del ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico». Si è previsto in sostanza un potere di *remand* all'autorità amministrativa ai fini di un riesame dell'istanza di accesso, che si sviluppa nell'ambito di un procedimento giustiziale vero e proprio, avente natura sostanziale di ricorso amministrativo (v. parag. successivo). Pertanto, quantunque privo di effetti vincolanti, l'intervento del difensore civico può svolgere una utile funzione di stimolo istruttorio, costringendo l'amministrazione interessata a valutare *funditus* la questione ostensoria e a motivare meglio l'eventuale (reiterato) rifiuto. Un altro profilo interessante di questa particolare procedura di ricorso è il fatto che essa sembra porre le basi per la creazione di un rapporto privilegiato fra il difensore civico e ed il giudice amministrativo in materia di accesso, in virtù del quale il primo può assumere le vesti di una sorta di *amicus curiae*. Lo sviluppo di questa possibile collaborazione istituzionale è tuttavia seriamente compromessa dall'assenza di un difensore civico nazionale e, soprattutto, dalla non sempre eccellente qualificazione giuridica di molti difensori civici locali.

Il meccanismo giustiziale appena descritto è stato successivamente riformato dalla legge n. 15 del 2005, che ha tentato di porre rimedio ad alcune imperfezioni procedurali emerse nella pratica ed ha colmato alcune lacune sostanziali. Sono state, infatti, specificate le competenze tra i vari livelli di governo, precisando che è possibile «chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione [di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento]. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è

inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione» (quest'ultimo onere di comunicare la richiesta anche alla amministrazione è stato introdotto dall'articolo 8, comma 1, legge n. 69 del 2009). Sotto un profilo procedurale ed a fini evidentemente acceleratori, si è anche previsto che «Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto». La disposizione configura evidentemente una ipotesi di silenzio-rifiuto testuale, con l'intento di abbreviare i tempi di accesso alla tutela giurisdizionale. Dal punto di vista sostanziale, la legge n. 15 del 2005 ha introdotto un meccanismo di coinvolgimento (nel procedimento di riesame giustiziale) della autorità posta a presidio dei dati personali. Sicché, «Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione [ma la norma sembra pacificamente riferibile anche al difensore civico regionale o locale] provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso».

IV.4.4. La natura giuridica dell'intervento del difensore civico in tema di accesso ai documenti amministrativi.

La finalità (solo parzialmente raggiunta) del descritto procedimento, obiettivamente farraginoso e complicato, sembra essere quella di scongiurare, ove possibile, il ricorso al giudice amministrativo, per evitare, nell'interesse del ricorrente, i costi della tutela giudiziaria e per smaltire più agevolmente, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, il contenzioso sull'accesso, che spesso ha ad oggetto interessi strumentali indiretti. Non è pacifica la natura del rimedio amministrativo introdotto dall'art. 25, della legge 241 del 1990. Secondo la tesi maggiormente accreditata, esso sarebbe un ricorso gerarchico improprio. Tale opinione è stata autorevolmente enunciata in un'articolata decisione del Consiglio di Stato (sez. VI, 27

maggio 2003, n. 2938, peraltro risalente ad epoca anteriore alla riforma della legge n. 241/90), nella quale si affermava l'ammissibilità, nella materia dell'accesso, di «un ricorso di tipo amministrativo, comunque configurato o denominato (riesame, ricorso gerarchico proprio, ricorso gerarchico improprio, ecc.)», tale essendo «sicuramente l'intenzione del legislatore, che [….] ha previsto un ricorso amministrativo al difensore civico (che si configura come una sorta di ricorso gerarchico improprio) e che nell'Atto Senato n. 1281 ha previsto anche un analogo ricorso amministrativo alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi […] (anch'esso configurabile come ricorso gerarchico improprio)» (l'A.S. n. 1281 è poi divenuto la l. n. 15 del 2005). A tale qualificazione sembrerebbe ostare il rilievo che nei procedimenti giustiziali si ha di norma una completa devoluzione della *res controversa* all'autorità decidente[293], caratteristica non ravvisabile nel «ricorso» *ex* art. 25 cit., il cui accoglimento comporterebbe un mero invito, rivolto all'«autorità disponente», a riesaminare la propria determinazione negativa (ovvero, nel caso di inerzia, a provvedere sull'istanza del privato), con conseguente apertura di un nuovo segmento procedimentale suscettibile di concludersi con la motivata conferma del diniego (si tratterebbe in altre parole di una richiesta di riesame del diniego "mediata" dall'intervento della Commissione o del difensore civico).

Rilevanti dati letterali e sistematici hanno tuttavia indotto buona parte della giurisprudenza[294] a preferire la prima opinione, dal momento che le norme di legge e regolamentari che delineano il procedimento innanzi al difensore civico o alla Commissione nazionale configurano in modo chiaro un *iter* di tipo giustiziale (si

---

[293] Nel senso che all'accoglimento del gravame consegue l'annullamento o la riforma, laddove siano dedotti vizi di merito, dell'atto impugnato, che per tale via viene eliminato dall'ordinamento giuridico ovvero modificato.

[294] Per tutte, Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675, in http://www.giustizia-amministrativa.it .

pensi alle disposizioni sui termini, sui presupposti di ammissibilità, sul contraddittorio, sull'istruttoria, sulla decisione). Il rapporto tra la decisione sul ricorso *ex* art. 25 e la successiva azione giurisdizionale risulta perciò definito dai principi generali della materia. Ne consegue innanzitutto che il trasferimento in sede giurisdizionale di una controversia instaurata in sede gerarchica può avvenire solo quando il procedimento giustiziale sia stato correttamente instaurato, ciò discendendo dalla necessità di evitare facili elusioni del termine decadenziale previsto per l'esercizio dell'azione innanzi al giudice amministrativo. Tale principio è applicabile anche all'*actio ad exhibendum* in quanto, come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, la natura impugnatoria del relativo ricorso prescinde dalla natura della situazione giuridica soggettiva sottostante[295].

In secondo luogo, verificata la rituale introduzione del rimedio amministrativo, non sembrano sussistere ostacoli alla cognizione diretta da parte del giudice anche dell'originario provvedimento impeditivo dell'accesso. Ciò si può agevolmente desumere: a) dal tenore dei ridetti commi 4 e 5 dell'art. 25, dai quali risulta che l'azione giurisdizionale ha ad oggetto le «determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso» ancorché siano stati previamente aditi il difensore civico o la Commissione; b) in via sistematica, dalle finalità di semplificazione e di *favor* perseguite dalla normativa in esame, dovendosi altresì tener conto della circostanza che l'accesso ai documenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex* art. 117, secondo comma, lettera *m*, della Costituzione[296].

---

[295] Non sembra infirmare tale ragionamento l'art. 12, comma 8, del d.P.R. n. 184/06, ai sensi del quale «la decisione di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso non preclude la facoltà di riproporre la richiesta d'accesso e quella di proporre il ricorso alla Commissione avverso le nuove determinazioni o il nuovo comportamento del soggetto che detiene il documento», occorrendo apprezzare la portata della norma alla luce del sistema di preclusioni individuato dalla citata Ad. plen., n. 6/2006 (in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 22, p. 121) e in particolare della regola secondo cui è inammissibile un'istanza di accesso che reiteri puramente e semplicemente quella respinta.

[296] Cfr. Corte cost., 1 dicembre 2006, n. 399, in *Giur. cost.*, 2006, 6; *Diritto & Giustizia*, 2006; *Foro amm.*, CDS 2006, 12, p. 3264. Il Giudice delle leggi ha chiarito che

IV.4.5.- La natura giuridica del difensore civico.

All'esito della ampia panoramica sui poteri e sulle funzioni del difensore civico in Italia, è doveroso delineare, sotto un profilo giuridico, i tratti distintivi di questa figura istituzionale. Appare subito evidente che non sia agevole rinvenire la natura giuridica del difensore civico nella lettura delle specifiche disposizioni di riferimento normativo, tenuto conto che da tali disposizioni si traggono indizi contraddittori. Alcune norme (in particolare, quelle sulle procedure di nomina) sembrano, infatti, ricondurlo nell'alveo degli organi di governo dell'Ente regionale o locale, mentre altre disposizioni (come quelle che ne specificano alcune funzioni) sembrano avvicinarlo alla categoria degli organi amministrativi. Entrambe le impostazioni non risultano, tuttavia convincenti. Occorre invero tenere presente che le attività normativamente (*i. e.* dalla legge statale o regionale, dagli statuti degli enti che lo hanno istituito e dai regolamenti) ascritte al difensore civico vanno da compiti tipicamente rappresentativi (di mediazione tra il governo dell'Ente ed il cittadino) a compiti più burocratici (nell'ambito del controllo facoltativo degli atti, laddove ancora previsto) fino a spingersi verso lo svolgimento di attività prettamente giustiziali (si fa riferimento alle descritte competenze del difensore civico attribuite dall'art. 25 della legge 7 agosto 1990 n. 241 in materia di accesso ai documenti amministrativi).

In via generale può sinteticamente ricordarsi che la figura dell'ombudsman, quantunque evolutasi in molteplici varianti difficilmente classificabili in categorie omogenee, è stata definita secondo tre diversi modelli: «a) rappresentante del Parlamento con

---

la disciplina delle informazioni in materia ambientale non appartiene alla materia «tutela dell'ambiente», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., ma si inserisce nel vasto ambito della tutela del diritto di accesso del pubblico ai documenti amministrativi; ciò non vale tuttavia ad escludere la competenza legislativa dello Stato in materia, giacché l'accesso ai documenti amministrativi attiene, di per sé, ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117 comma 2 lettera m), della Costituzione.

funzioni di controllo sull'Amministrazione, in particolare sui singoli ministri e sugli uffici amministrativi; b) organo di controllo amministrativo ma non parlamentare; c) garante del cittadino contro gli abusi della Pubblica amministrazione per assicurare un'esecuzione rapida delle istanze dei cittadini, contribuendo in questo modo al buon andamento della P.A.»[297]. Nonostante le notevoli differenze tra i vari modelli, l'istituto si caratterizza in quasi tutte le configurazioni che ha assunto nei vari ordinamenti giuridici in cui è stato innestato come portatore di due garanzie fondamentali: l'imparzialità e l'indipendenza. A questo punto è necessario chiedersi se il difensore civico regionale e locale può essere considerato un organo della Pubblica amministrazione, chiamato a svolgere una funzione di controllo interno, oppure se costituisce un istituto autonomo imparziale e indipendente, di tutela del cittadino contro atti lesivi da parte della stessa Pubblica amministrazione. Anche se la dottrina è ancora molto incerta, la natura giuridica del Difensore civico è stata generalmente assimilata alla categoria delle Autorità amministrative indipendenti (*authorities*)[298].

Nell'ordinamento italiano, il difensore civico ha avuto una disciplina normativa ondivaga e frammentaria che non ha mai definito in maniera chiara e definita la collocazione istituzionale, il ruolo e le funzioni di questa figura (è quasi sempre previsto quale organo facoltativo dell'Ente, i poteri di controllo che gli sono stati

---

[297] Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, in *Foro amm. TAR 2009*, 1, p. 108 (nota di ITALIA V.).

[298] Cfr. LIA L., LUCCHINI A., GARGATAGLI M., *Il difensore civico*, Giuffrè, 2008; BARBETTA A., relazione al convegno "il peso del difensore civico", Rimini, 2008; PIAZZA S., *Lineamenti di teoria generale della difesa civica*, Noccioli, 2006; TIMINERI B. A., "Il difensore civico: uno strumento di difesa dei diritti del cittadino", in *Nuova Rassegna*, 2005, p. 2210; DELLA TORRE M., "Il difensore civico nel nuovo testo unico degli Enti locali", in *Nuova Rassegna*, 2005, p. 1638; MASTROPASQUA G., *Il difensore civico. Profili sistematici ed operativi*, Cacucci, 2005; PULLI I. R., "Il difensore civico comunale", in *Nuova Rassegna*, 2003, p. 1234; LUCCIARINI O., "Il difensore civico: una figura in gestazione nell'ordinamento italiano, tra prospettive e modelli di riforma", in *Nuova Rassegna*, 2002, p. 1475; PIAZZA S., "Il difensore civico (regionale, provinciale, comunale) nel quadro delle autorità amministrative indipendenti", in *Nuova Rassegna*, 1998, p. 269.

riconosciuti sono facoltativi e il suo intervento in sede giustiziale per l'accesso ai documenti non sempre risulta efficace). L'indagine dell'evoluzione storica dell'istituto in Italia e dell'attuale assetto normativo produce le seguenti considerazioni: a) che l'istituzione si conferma, in linea di massima, facoltativa; b) che i compiti formalmente attribuiti attengono a quelli di una figura *super partes* e sono decisamente orientati verso gli alti indirizzi di garante della imparzialità e del buon andamento della Pubblica amministrazione regionale e locale; c) che la funzione di controllo non connota pienamente la figura ma costituisce una eccezione legislativa; d) ma, soprattutto, che, alla luce di alcuni pregevoli rilievi statistici[299], la realtà italiana presenta un sistema abbastanza differenziato, che trova un comune denominatore nella prevalenza della competenza assembleare per quanto riguarda la nomina, preceduta dallo svolgimento di una apposita selezione sulla base di un bando pubblico; non mancano neppure, anche se sono abbastanza rare, procedure che prevedono una elezione diretta a suffragio universale del difensore civico. Elementi dunque che deporrebbero per la natura rappresentativa dell'istituto assimilabile, quindi ad un organo di governo dell'Ente.

Se pure è vero, dunque, che l'organo è stato previsto e voluto, nell'ordinamento locale non meno che in quello generale, in funzione preponderante di garanzia delle posizioni degli amministrati nei riguardi dell'operato dell'Amministrazione ed anche come modulo organizzativo della partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa comune, fiduciarietà e ausiliarietà ne costituiscono, del pari, connotazioni essenziali. In ragione dei riferiti rilievi sia la dottrina, sia la giurisprudenza più autorevole hanno escluso che la figura del difensore civico sia pienamente riconducibile: a) a quella di organo di governo; b) a quella di organo pienamente (o, mutuando una efficace

[299] Cfr. *Quadro analitico sulla presenza del difensore civico nelle regioni e nei comuni capoluogo di provincia* (a cura di DE SANTIS M.), consultabile nel sito *web* del Formez, Centro di formazione studi (www.formez.it).

espressione della giurisprudenza, «piattamente»[300]) amministrativo. Infatti, sebbene la nomina si propone spesso quale esito di una selezione scandita dagli ordinari passaggi della predisposizione di un bando, della indicazione di un termine per la presentazione delle domande e di ciascun curriculum e nella valutazione di quest'ultimo per ciascuno degli aspiranti, la relativa procedura nella realtà evidenzia – nelle disposizioni legislative, statutarie e regolamentari che disciplinano lo svolgimento di tale fase – lo scandire dei tempi di una vicenda che sfugge all'ordinario procedere di una valutazione concorsuale per collocarsi nell'alveo di una valutazione «para-politica»[301] e di alto profilo istituzionale (per l'Ente di appartenenza).

Dovendosi individuare, comunque, una qualificazione idonea per definire la natura giuridica dell'istituto in questione e scartate, per le ragioni sopra esposte, le categorie dell'organo politico e di quello amministrativo, la giurisprudenza amministrativa ha fatto propria la definizione recata dall'art. 11 del Testo unico degli Enti locali (d. l.vo n. 267/2000), del «supremo garante dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'agire dell'Ente»[302] nel quale viene nominato, valorizzando gli eloquenti sintomi che lo conducono ad identificarsi quale una *autority*. Dell'indipendenza dell'organo è stata rilevata una duplice espressione: «per un verso perché il soggetto è eletto in base alla garanzia di indipendenza che offrono la sua preparazione ed esperienza, per altro verso la posizione di indipendenza gli è anche propriamente garantita, dai limiti che l'ordinamento pone alla cessazione dalla carica prima della sua naturale scadenza […] Da ciò consegue che il Difensore civico […] è un funzionario onorario, non potendolo inquadrarsi nell'ambito dei ruoli dell'Ente e che l'atto di nomina è riconducibile alla categoria degli atti di natura ampiamente

[300] Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, loc. cit.

[301] Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, loc. cit.

[302] Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, loc. cit.

discrezionale che sfuggono al sindacato giurisdizionale circa le ragioni della scelta effettuata»[303].

IV.4.6.- Profili problematici e proposte migliorative.

Sebbene gli sforzi definitori della dottrina e della giurisprudenza siano particolarmente apprezzabili e convincenti sotto un profilo strettamente formale, occorre rilevare che l'enfatica definizione del difensore civico come «supremo garante dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'agire dell'Ente» rappresenti un dato più formale che reale. In altri termini, la citata definizione giurisprudenziale è molto aderente al dato testuale della normativa di riferimento (scil. alla "realtà giuridica"), ma non riflette la "realtà dei fatti" della difesa civica italiana. Per evidenti ragioni strutturali (polverizzazione dell'istituto e totale assenza di una legge quadro che consenta uno stabile coordinamento fra i tanti uffici sparsi per il territorio) ed organizzative (alcuni uffici, soprattutto nei comuni più piccoli, sono oggettivamente inidonei ad esercitare le funzioni di cui sono titolari), i difensori civici italiani non godono, nel loro complesso[304], di sufficiente fiducia e stima sia da parte degli uffici che dovrebbero controllare ed indirizzare, sia da parte dei cittadini[305]. Ad aggravare la situazione vi è poi la pessima abitudine di "politicizzare" l'ufficio destinandovi spesso persone che si caratterizzano più per

---

[303] Sentenza, T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, loc. cit.

[304] Non mancano però numerosi ombudsmen che si sono distinti per efficienza e valore e che godono di una diffusa stima presso le comunità in cui operano. Alcune esperienze di successo sono descritte nel sito http://www.difesacivica.it .

[305] Cfr. CASETTA E., "Riflessioni sul ruolo attuale del difensore civico", in *Diritto dell'economia*, 1997, p. 227; DI MARCO C., "Ancora sull'istituto del difensore civico: uno strumento di partecipazione meramente virtuale?", in *Nuova Rassegna*, 1996, p. 782; CARACCIOLO LA GROTTIERA A., "Note critiche sulla figura del difensore civico", in *Foro amm.*, 1979, 2, p. 478.

l'appartenenza politica che per le competenze giuridiche ed amministrative[306].

La causa di questo parziale insuccesso è ascrivibile ad una serie di fattori concomitanti. La normativa di riferimento caotica e contraddittoria, le procedure farraginose e complesse, e la sostanziale insufficienza di mezzi hanno certamente reso il lavoro dei difensori civici esistenti tutt'altro che semplice. Non può tuttavia non osservarsi che la principale ragione dell'attuale fallimento sia, molto probabilmente, l'errata scelta del modello. Nell'*humus* amministrativo italiano (caratterizzato da una burocrazia abituata ad operare secondo schemi rigidi e formali, poco permeabile alle novità ed alle soluzioni consensuali e tradizionalmente autoreferenziale), l'aver ritenuto che piccoli uffici di difesa civica, strettamente collegati con le amministrazioni controllate e sprovvisti di una solida base normativa, potessero incidere o scalfire il Leviatano burocratico è stata una grave ingenuità. Occorre pertanto ripensare *ab imis* il modello di riferimento, ispirandosi alle migliori esperienze europee. Al riguardo, l'esempio della Spagna potrebbe essere un utile punto di riferimento. Come si è visto in precedenza[307], la nuova costituzione spagnola, pur mantenendo integra la possibilità di istituire ombudsmen a livello regionale o locale, ha infatti previsto la figura centrale del *Defensor del Pueblo*, che è dotato di autonomia ed indipendenza assolute, ha notevoli poteri istruttori e disciplinari, può supportare autorevolmente i suoi omologhi sub-statali e può collaborare attivamente anche con i tribunali amministrativi. Non deve sorprendere quindi che il *Defensor del Pueblo* sia, tra gli ombudsmen di più recente creazione, quello che ha acquisito maggior prestigio e considerazione.

---

[306] Cfr. STELLA G. A., "Lottizzati e super pagati «Aboliamo i difensori civici». Patti scellerati tra la sinistra e la destra per eleggerli", in *Corriere della Sera* (pag. Cronache), del 01.03.2009.

[307] V. *supra*, parag. I.2.5.

Capitolo V

La buona amministrazione come diritto fondamentale dell'uomo

V.1.- L'Ombudsman europeo e i diritti fondamentali dell'uomo: il diritto alla buona amministrazione.

I diritti fondamentali europei sono stati codificati per la prima volta nella Carta europea dei diritti fondamentali. L'Ombudsman europeo è stato sia un osservatore nella Convenzione per la Carta, sia un soggetto in grado di dare indirizzi ed esprimere opinioni in tale Convenzione[308]. Il 7 dicembre 2000, la Carta è stata "accolta" da parte del Consiglio europeo di Nizza. Così com'è, la Carta non è un trattato costituzionale, o documento legale, e ha il valore *sui generis* di una 'proclamazione solenne' da parte delle tre più importanti istituzioni dell'Unione. Il suo testo è essenzialmente conforme alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e quindi può essere considerato come una conferma (da parte del Consiglio, della Commissione e del Parlamento) dei diritti preesistenti in esso riconosciuti, con l'aggiunta di principi ampiamente accettati come il diritto ad una buona amministrazione, i diritti sociali dei lavoratori e la bioetica. I poteri o gli effetti della Carta, se così si può dire, sono solo questi: a) Le istituzioni proclamanti (e le altre istituzioni come la Corte di giustizia europea) non devono contraddire la Carta, posto che l'hanno 'proclamata solennemente'; b) il diritto comune, il diritto comunitario, e la giurisprudenza devono essere

[308] La Corte di giustizia europea decise, nel 1996, che i trattati istitutivi della Comunità europea non autorizzavano la Comunità ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questo nonostante tutti gli stati membri della Comunità/Unione europea fossero firmatari della Convenzione (Opinione 2/94 "*Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*" del 28 marzo 1996, [1996] European Court reports I-01759). A seguito di ciò, il Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) affidò il compito di redigere la Carta ad una Convenzione (vedi in http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm). La Convenzione ha tenuto la sua riunione costitutiva nel dicembre 1999 e ha approvato la bozza il 2 ottobre 2000. Il Consiglio europeo di Biarritz (13-14 ottobre 2000) ha approvato all'unanimità la bozza e la ha trasmessa al Parlamento europeo e alla Commissione europea. Il Parlamento europeo ha approvato il 14 novembre 2000 e la Commissione il 6 dicembre 2000. I presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione hanno firmato e proclamato la Carta, a nome delle loro istituzioni, il 7 dicembre 2000 a Nizza. Così, queste tre istituzioni dell'Unione europea (Consiglio, Commissione e Parlamento) hanno deciso che la Carta era (in quel momento) il *format* più appropriato per presentare i principi fondamentali dei diritti umani per l'Unione.

generalmente in armonia con essa. La carta non ha (ancora) lo *status* di diritto comunitario[309]. Pertanto, non possono essere proposte azioni giudiziarie unicamente sulla base di una presunta violazione dei principi contenuti nella Carta.

L'Ombudsman europeo, sin dall'inizio, si è impegnato a «*mak*[e] … *the Charter a living reality*»[310]. Ha fatto spesso riferimento ad essa nei suoi discorsi e nelle relazioni annuali e ha criticato le istituzioni dell'Unione per la loro incapacità di rispettare molti dei contenuti della Carta. Soprattutto, l'Ombudsman ha usato il suo potere di iniziativa per un approccio proattivo nell'implementazione dei diritti riconosciuti nella Carta. Le sue iniziative hanno riguardato, *inter alia*, i limiti di età per i concorsi di assunzione nell'Unione[311], il congedo parentale per i funzionari dell'Unione europea[312], la tutela giurisdizionale nelle procedure di gara[313] e la libertà di espressione dei funzionari della Commissione[314]. Nel novembre 2003, l'Ombudsman ha avviato un'indagine di propria iniziativa sulla integrazione delle persone con disabilità da parte della Commissione europea[315]. Inoltre,

---

[309] Il Trattato di Lisbona, che è stato firmato nel dicembre 2007, fa un riferimento alla Carta, in forza del quale la Carta acquista un valore giuridicamente vincolante. La Carta è stata leggermente modificata prima della firma del trattato di Lisbona, per assimilarla al testo che era parte della respinta Costituzione europea. L'articolo relativo alla Carta recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

[310] L'Ombudsman europeo, "What can the European Ombudsman do for you? — A guide for citizens", 2002, http://ombudsman.europa.eu/guide/pdf/en/guide_en.pdf, p. 11.

[311] Art. 21 CDF. Cfr. inchiesta OI/2/2001/(BB)OV, compendiata in RAOE 2002, p. 207.

[312] Art. 33 (2) CDF. Cfr. inchiesta OI/4/2001/ME, compendiata in RAOE 2002, p. 201.

[313] Art. 47 CDF. Cfr. inchiesta OI/2/2002/IJH.

[314] Art. 11 CDF. Cfr. inchiesta OI/1/2001/GG, compendiata in RAOE 2002, p. 196.

[315] Cfr. inchiesta OI/3/2003JMA, compendiata in RAOE 2007, p. 108-110. L'Ombudsman europeo ritiene che la gravità dei problemi incontrati dalle persone con disabilità richieda che gli impegni proclamati siano messi in pratica per mezzo di azioni efficaci. Per via del ruolo centrale della Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione e dei suoi impegni specifici nei confronti delle persone disabili, l'Ombudsman ha ritenuto utile passare in rassegna le azioni intraprese da questa istituzione in questo settore, e di valutare se erano o

l'Ombudsman ha sempre ritenuto che la mancata applicazione della Carta è *maladministration*, indipendentemente dallo *status* giuridico (di *soft law*) della Carta[316]. Questo ragionamento è supportato dal fatto che il diritto fondamentale ad una buona amministrazione (che riflette specularmente il concetto di *maladministration*) comprende il diritto al trattamento imparziale ed equo (art. 41 CDF) e il trattamento imparziale ed equo, a sua volta, include il rispetto per tutti gli altri diritti fondamentali. In questa prospettiva, il principio di 'equità' funziona come una cinghia di trasmissione che consente all'Ombudsman di controllare il rispetto di tutti i diritti fondamentali da parte dell'amministrazione europea (ma non da parte del potere legislativo e giudiziario). Considerare la violazione dei diritti fondamentali come ipotesi di *maladministration* non attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali uno *status* giuridico vincolante, perché la nozione di *maladministration* copre sia le condotte contrarie al diritto, sia le condotte non strettamente illegittime. Le argomentazioni dell'Ombudsman, pertanto, non implicano necessariamente la considerazione della Carta dei diritti fondamentali come un testo

---

non erano coerenti con i suoi obblighi di legge e con gli impegni assunti. L'Ombudsman ha pertanto deciso di avviare un'indagine di propria iniziativa in materia di integrazione delle persone con disabilità da parte della Commissione, al fine di garantire che tali cittadini non siano discriminati nelle loro relazioni con le istituzioni. L'indagine dell'Ombudsman è stata effettuata attraverso un dialogo aperto e trasparente in cui le persone con disabilità, i rappresentanti dei gruppi, gli altri ombudsmen a livello nazionale e regionale e il pubblico sono stati invitati a dare il loro contributo cognitivo. Sulla base dei dati acquisiti, l'Ombudsman ha ritenuto che la Commissione ha compiuto uno sforzo autentico per di integrare le persone con disabilità, anche se alcuni aspetti della sua politica non sembrano aver soddisfatto le aspettative del pubblico. L'Ombudsman ha riconosciuto che progressi sono stati fatti in un certo numero di settori. In questa ottica, il Codice di buona pratica della Commissione dovrebbe essere uno strumento molto utile a sensibilizzare il personale, nonostante maggiori sforzi dovrebbero essere fatti per assicurare che gli *standards* di comportamento vengano pienamente rispettati e periodicamente aggiornati. L'Ombudsman europeo ha, tuttavia, rilevato come il pubblico abbia reiteratamente sottolineato, durante il processo di consultazione, che azioni sono ancora necessarie in altri settori. L'Ombudsman ha concluso questa indagine auspicando che i risultati della sua iniziativa aiuteranno la Commissione a rivedere alcune delle sue azioni in questo campo, al fine di correggerle, se necessario, e, così facendo, a fornire un servizio migliore a tutti i cittadini europei.

[316] Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 30.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-30.htm.

vincolante sin dalla sua solenne proclamazione[317]. Anche se in teoria, sia gli organi dell'Unione, sia gli Stati membri che agiscono come agenti devono rispettare i diritti fondamentali europei (art. 51 (1) CDF)[318], in pratica, gli stati membri che applicano il diritto dell'Unione europea si trovano spesso a violare i diritti della Carta.

È ampiamente riconosciuto che l'articolo 51 (1) della CDF copre tutte le situazioni in cui gli atti degli stati membri sono occasionati dall'appartenenza all'Unione, siano o no atti precisamente riferibili al diritto europeo. La Carta dei diritti deve essere osservata da parte delle autorità nazionali anche quando gli stati membri godono di discrezionalità per quanto riguarda le modalità di attuazione delle direttive europee. Inoltre, l'implementazione del diritto dell'Unione nei termini di cui all'articolo 51 della CDF include l'applicazione e l'interpretazione del diritto (formalmente) nazionale di attuazione delle normative europee, perché altrimenti non sarebbe raggiungibile un livello coerente di protezione dei diritti fondamentali. Questo campo molto ampio dell'attività (normativa ed attuativa) degli Stati membri non può essere controllato dall'Ombudsman europeo. Il suo scrutinio sull'applicazione dei diritti fondamentali è limitato al campo di gran lunga più circoscritto dell'amministrazione 'diretta' dell'Unione. In questa area ristretta, il reclamo del singolo cittadino all'Ombudsman europeo rappresenta un'alternativa non-giudiziale al controllo di legittimità della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 230 (4) del TCE, che prevede condizioni relativamente restrittive per far valere eventuali violazioni dei diritti fondamentali europei da parte degli organismi dell'Unione. Nei casi più rilevanti di mancata

---

[317] Cfr. la Risoluzione adottata dagli ombudsmen nazionali e dagli organi similari degli stati membri dell'Unione europea durante il meeting del loro quarto seminario, tenutosi ad Atene il 7-8 aprile 2003, in cui si chiede di «*facilitate the application of the Charter of Fundamental Rights*».

[318] A norma art. 51 (1) della CDF, «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Questa disposizione è basata sulla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. sentenza in proc. C-292/97, *Kjell Karlsson*, [2000] European Court Reports I-2737, para 37.

osservanza dei diritti fondamentali europei da parte delle autorità nazionali, spetta in primo luogo agli stessi Stati membri mettere a disposizione rimedi effettivi[319]. I diritti fondamentali europei sono direttamente applicabili dai giudici nazionali, in modo che le presunte violazioni possono essere trattate nella sede nazionale, eventualmente sotto la guida delle decisioni della Corte di giustizia in risposta a questioni interpretative proposte attraverso lo strumento dell'articolo 234 del TCE. Inoltre, quasi tutti gli Stati membri offrono rimedi non-giudiziali (come gli ombudsmen nazionali, che possono trattare anche questioni relative ai diritti fondamentali). Una diversa opzione per un individuo leso per violazione dei diritti previsti nella Carta europea potrebbe essere quella di non ricorrere ad organi nazionali, ma di rivolgersi direttamente alle istituzioni dell'Unione, vale a dire alla Commissione, al fine di attivare una procedura di infrazione contro il suo Stato membro ai sensi dell'articolo 226 del TCE.

V.2.- Gli ombudsmen europei e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo era già stata messa in atto nel quadro del Consiglio d'Europa. La logica della Convenzione è che la responsabilità primaria per la tutela dei diritti umani si appunta sugli ordinamenti giuridici nazionali e, in particolare, sulle costituzioni nazionali. Non è quindi sorprendente che gli autori degli originali trattati comunitari non avessero ritenuto necessario prevedere disposizioni in materia di diritti umani o di diritti fondamentali. Agli inizi degli anni sessanta, era tuttavia ormai chiaro che le Comunità europee erano qualcosa di più di un'altra

[319] Cfr. sentenza in proc. C-50/00P, *Union de Pequeños Agricultores*, [2000] European Court Reports I-6677, parag. 42. I giudici del Lussemburgo hanno affermato che i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare ed applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio del diritto di azione in un modo che permette alle persone di contestare in sede giudiziale la legittimità di qualsiasi decisione (o altro provvedimento nazionale) relativa all'applicazione nei loro confronti di un atto comunitario.

organizzazione internazionale. I trattati avevano, in realtà, creato un potere legislativo ed esecutivo sopranazionale, in grado di imporre obblighi ai privati. Inoltre, il diritto europeo si è lentamente conquistato il primato e la supremazia sul diritto nazionale, il che significa che prevale sulla legge nazionale incompatibile, ivi incluse (entro certi limiti) le leggi costituzionali nazionali in materia di diritti fondamentali. In tale contesto, l'unico modo per tutelare, a tutti i livelli, i diritti fondamentali era che la stessa normativa europea li riconoscesse e li tutelasse espressamente. Poiché i trattati tacevano sulla questione dei diritti fondamentali, il compito di definire le loro implicazioni normative è spettato alla Corte di giustizia. A partire dalla fine degli anni sessanta, la Corte ha affermato ripetutamente che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario e, come tali, sono vincolanti non solo per le istituzioni e gli organi europei, ma anche per tutte le autorità pubbliche degli stati membri, ogni volta che il diritto comunitario trova applicazione[320]. Per identificare tali diritti, la Corte di giustizia si è ispirata alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri ed agli accordi internazionali, in particolare alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo dei diritti dell'uomo sulla Convenzione. Tali sviluppi hanno indotto a ritenere che, rispetto alla precedente tutela accordata ai diritti fondamentali dall'Unione europea, la Carta rappresenti la

[320] A partire dalla nota sentenza del 12 novembre 1969, nella causa C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, con cui la Corte di giustizia afferma che la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario e che quindi la salvaguardia di quei diritti deve essere assicurata dalla Corte di Giustizia stessa nel quadro degli obiettivi e della struttura della Comunità europea, si è sviluppata una giurisprudenza più che trentennale che ha saputo elaborare un sistema di tutela dei diritti fondamentali in grado di esprimere in modo originale l'identità del sistema comunitario. In proposito, da ultimo, cfr. VILLANI U., "I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea", in *Dir. Unione. Europ.*, 2004, 78 ss., con ampi riferimenti.

formalizzazione di un vero e proprio *Bill of rights*[321]. Ciò emerge ancor più nitidamente ricordando che la Carta non introduce *ex novo* una tutela comunitaria dei diritti fondamentali ma, più limitatamente, reca un contributo, seppur notevole, ad una realtà già radicata e consolidata nell'Unione europea. Tuttavia la Carta, pur avendo una portata meramente ricognitiva[322] dei preesistenti diritti, attribuisce ad essi un «plusvalore»[323], quanto meno quello della scrittura, modificando inevitabilmente il modo in cui essi vengono garantiti nel contesto comunitario[324]. Ecco, quindi, che non ci si può limitare a ritenerla soltanto un efficace «testo dichiarativo del livello di tutela esistente dei diritti nel sistema europeo»[325], una mera «codificazione organica della materia nel contesto comunitario»[326], dal momento che i redattori della Carta non hanno mancato di «interpretare con una certa libertà il mandato […] finendo […] per andare al di là di un'operazione meramente ricognitiva di diritti già esistenti»[327].

---

[321] Per tale orientamento, cfr. PACE A., "A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari", in *Giur. Cost*., 2001, 193 ss.

[322] In particolare il Preambolo insiste sul carattere ricognitivo della Carta di Nizza nella parte in cui prevede che essa «riafferma i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[323] L'espressione è di PACE A., "A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?", cit., 196.

[324] Mettono in luce le conseguenze positive, e anche controproducenti, della redazione per iscritto di un catalogo dei diritti BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A., *Introduzione*, in ID. (cur.), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 17 ss.

[325] Per tale orientamento, cfr. DE SIERVO U., "L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea", in *Diritto pubblico*, 2001, p. 55 ss.

[326] Così, POCAR F., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in POCAR (cur.), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, p. 1179 ss.

[327] Per un approfondimento sull'argomento, si veda ADAM R., "Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in *Dir. Unione Europ*., 2000, p. 888 ss.

Nel 1996, tuttavia, la Corte di giustizia ha espresso un parere negativo sulla proposta che la Comunità europea firmasse la Convenzione, ritenendo che il Trattato CE non rappresenta una base legale sufficiente per l'adesione. Questa situazione è stata senza dubbio uno degli elementi che ha determinato, durante il *meeting* di Colonia del Consiglio europeo nel giugno 1999, l'avvio di un processo di elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta è stata elaborata da una Convenzione, composta principalmente da rappresentanti dei capi di Stato o di governo, del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. L'Ombudsman europeo ha partecipato alla Convenzione, come osservatore e ha proposto, con successo, che la Carta comprendesse anche il diritto ad una buona amministrazione[328].

Fatte le superiori premesse, è opportuno dare un esempio di come l'Ombudsman europeo è in grado di fornire un effettivo rimedio alternativo e, più in generale, anche di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali. Un esempio interessante in tal senso deriva da un reclamo[329] di un *ex* esperto civile della Missione di Polizia dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina, che era stato licenziato per cattiva condotta, senza avere avuto la possibilità di esprimere le sue opinioni sui fatti presupposti. Il licenziato ha presentato un reclamo contro il Consiglio sulla base del fatto che si era rifiutato di rispondere o di riconoscere alcuna responsabilità per la vicenda occorsa. Dopo aver esaminato il quadro giuridico, l'Ombudsman ha rilevato che il Consiglio ha la responsabilità di assicurare che la Missione di Polizia dell'Unione rispetti la *rule of law* ed i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta europea. L'Ombudsman ha quindi criticato il fatto che il

---

[328] Il diritto ad una buona amministrazione non era stato inserito nell'elenco redatto dal *Presidium* della Convenzione per la Carta come base per la discussione (CHARTE 4112/00 del 27 gennaio 2000). Cfr. la proposta contenuta nel discorso dell'Ombudsman europeo alla Convenzione sulla Carta del 2 February 2000: *Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Sec. 3 (CHARTE 4131/00 of 17 February 2000), www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/Charter1.htm .

[329] Il caso è menzionato in DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 30.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-30.htm .

diritto ad una buona amministrazione, che include il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che un provvedimento individuale che incide negativamente sia assunto, non era stato rispettato nel caso del denunciante. L'esito della procedura è stato, alla fine, che il reclamante ha ricevuto un risarcimento e, al tempo stesso, sia il Consiglio, sia la Missione di Polizia dell'Unione hanno ricevuto indicazioni generali per quanto riguarda le loro responsabilità in materia di diritti fondamentali e di *rule of law*. Le pretese finanziarie del reclamante erano relativamente esigue e non sussisteva alcun rapporto contrattuale con il Consiglio. Questi profili concreti del caso, unitamente al fatto che la Missione di Polizia dell'Unione è stata istituita nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune (secondo pilastro), avrebbero reso difficile per un tribunale fornire un rimedio *cost-effective* (*scil*. economicamente conveniente) e penetrare così profondamente nelle relazioni tra il Consiglio e la Missione di Polizia. Il caso illustra dunque perfettamente il modo in cui l'ombudsman può efficacemente integrare il ruolo dei giudici.

Il fatto che i diritti fondamentali sono parte integrante del diritto comunitario in combinazione con il principio della *primauté* ha implicazioni molto importanti per gli ombudsmen negli stati membri, sia a livello nazionale, sia a livello regionale o locale. La *primauté* del diritto comunitario richiede che tutte le autorità pubbliche degli Stati membri applichino il diritto comunitario pienamente e correttamente. Dal momento che gli ombudsmen controllano le autorità pubbliche, essi hanno un ruolo chiave nel garantire l'adempimento di tale obbligo[330]. Meno ovvio, forse, è che, essendo gli ombudsmen stessi autorità pubbliche, devono, nel loro ambito di competenza, agire per proteggere i diritti che derivano dalla normativa comunitaria e devono disattendere la normativa nazionale che impedisce loro di proteggere tali diritti. Pertanto, non può essere contestato che la CDF ha quantomeno una piena legittimità politica (che presto diventerà anche

[330] Cfr. ABRAHAM A., "The Ombudsman and Individual Rights", in *Parliamentary Affairs*, Vol. 61, (2-2008), p. 370–379.

giuridica in senso stretto) e può essere considerata come l'espressione di un comune *standard* giuridico all'interno dell'Unione, e che gli ombudsmen possono esaminare i casi riguardanti l'attuazione e l'applicazione del diritto comunitario facendo riferimento anche ai principi contenuti nella Carta.

Il ruolo degli ombudsmen negli stati membri è particolarmente importante perché l'attuazione della legislazione europea e delle politiche dell'Unione è in gran parte di competenza delle amministrazioni degli stati membri. In pratica, quindi, il rispetto dei diritti dipende in larga misura dalla qualità del lavoro quotidiano delle amministrazioni nazionali e dalla misura in cui gli organi di vigilanza, compresi gli ombudsmen, riescono a promuovere un'amministrazione di alta qualità e a fornire rimedi efficaci, quando occorre. Al fine di tutelare i diritti dei cittadini e dei residenti e di fornire loro rimedi validi, la cooperazione tra le amministrazioni deve essere assistita da una cooperazione tra gli ombudsmen, che possono intervenire quando il diritto comunitario non viene applicato correttamente da parte delle amministrazioni pubbliche, al fine di fornire un rimedio efficace e di contribuire ad evitare errori simili in futuro, educando ed incoraggiando le autorità pubbliche ad applicare il diritto comunitario in modo corretto.

V.3.- Il diritto fondamentale ad una buona amministrazione.

Poiché è compito dell'Ombudsman scoprire e criticare la cattiva amministrazione in seno all'Unione europea, questa istituzione di garanzia è ovviamente fortemente interessata al rovescio della medaglia è che la buona amministrazione. L'Ombudsman ha sempre ritenuto che la *maladministration* è un concetto ampio e che la buona amministrazione richiede, tra le altre cose, il rispetto delle norme e dei

principi giuridici, tra cui i diritti fondamentali[331]. Tuttavia, i principi di buona amministrazione vanno oltre, imponendo alle istituzioni e agli organi comunitari, non solo di rispettare i loro obblighi giuridici, ma anche di essere *service-minded* e di garantire che gli utenti siano adeguatamente trattati e godano pienamente dei loro diritti. Così, mentre l'illegittimità implica necessariamente la *maladministration*, la cattiva amministrazione non comporta automaticamente l'illegalità. Il giudizio di *maladministration* da parte dell'Ombudsman pertanto non implica automaticamente che vi è stato un comportamento illegale, che potrebbe essere sanzionato anche da un tribunale[332].

Nel corso dell'integrazione europea, è emersa una serie di principi europei di buona condotta amministrativa. Il concetto di buona amministrazione è di origine scandinava. Al contrario, sia nella tradizione del diritto romano, sia nel diritto inglese, la buona amministrazione era esclusa dal territorio della legge. A causa di queste tradizioni divergenti, la rilevanza giuridica del concetto di buona amministrazione nel diritto comunitario è stata in dubbio per molto tempo. Ciononostante, non solo la buona amministrazione è stata ampiamente riconosciuta come un concetto giuridico, ma è stata consacrata anche come un principio generale del diritto comunitario[333]. Tuttavia, non tutti gli obblighi specifici dei funzionari

---

[331] Cfr. FORTSAKIS T., "Principles Governing Good Administration", in *European Public Law Review* (11-2005), p. 207-217.

[332] Cfr. reclamo 2580/2006/TN, compendiato in RAOE 2007, p. 35. Un cittadino irlandese, aveva denunciato all'Ombudsman che il Consiglio gli aveva inviato una risposta in inglese. Egli ha sostenuto che il Consiglio avrebbe dovuto fornirgli una risposta in irlandese e chiedere scusa per aver violato l'articolo 21 del TCE. Nel suo parere, il Consiglio ha riconosciuto che la sua *Public Information Unit* aveva risposto in inglese alla e-mail del reclamante, che era scritta in irlandese. Si è quindi scusata per l'inconveniente e ha fornito una traduzione in irlandese della sua risposta. Ha inoltre dichiarato che avrebbe, in futuro, assicurato che le richieste di informazioni in lingua irlandese sarebbero state riscontrate in tale lingua. Il denunciante ha accettato le scuse del Consiglio e ha accolto con favore il suo impegno a garantire che alla corrispondenza in irlandese si sarebbe da allora in poi risposto in irlandese. L'Ombudsman ha chiuso il caso, poiché il Consiglio aveva risolto la questione con piena soddisfazione del denunciante.

[333] Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado nel procedimento T-54/99, *max.mobil vs. Commission*, [2002] European Court Reports II-313, parag. 48.

europei che derivano da questo principio generale sono obblighi di legge, sicché le regole legali e principi di buona amministrazione si sovrappongono.

La buona amministrazione richiede norme giuridiche chiare. Non è quindi sorprendente che l'Ombudsman europeo sia stato un promotore dell'idea di una codificazione del diritto amministrativo europeo[334]. Il «Codice europeo di buona condotta amministrativa»[335] contiene principi giuridici e persino costituzionali come il principio di legalità e di proporzionalità, il divieto di abuso di potere o l'obbligo di motivazione, che sono in parte anche codificati nei Trattati. Inoltre, il Codice incorpora i (tradizionali e nuovi) diritti fondamentali dei cittadini, come ad esempio il divieto di discriminazione, il diritto di essere sentiti (c. d. *notice and comment*) o il diritto di accesso ai documenti. Infine, il Codice testualizza norme extra-giuridiche, come la cortesia, l'obbligo di avviso di ricevimento e simili. L'Ombudsman europeo ha sollecitato tutte le istituzioni europee ad adottare codici sulla base di questo modello[336]. Ma questo invito non ha ancora avuto un adeguato riscontro.

V.3.1.- La buona amministrazione nella Carta di Nizza.

La Commissione ha adottato un «Codice di buona condotta amministrativa per il personale della Commissione europea nei suoi

---

[334] Tra gli studiosi italiani che sostengono l'idea della codificazione, v. CHITI M. P., "Do we need Codes and/or Laws for Better Administrative Procedure and Conduct of Officials?", in *European Business Law Review* 2008, p. 233-242; CHITI M. P., "Il Mediatore europeo e la Buona Amministrazione Comunitaria", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2-2002), p. 303.

[335] V. *supra*, parag. II.2.1.

[336] Cfr. il progetto di raccomandazione dell'Ombudsman europeo (che ha fatto seguito all'inchiesta di propria iniziativa OI/1/98/OV) del 28 luglio 1999 e del 13 settembre 1999 (indirizzato alla Commissione). Il medesimo progetto di raccomandazione è stato trasmesso anche al Parlamento ed al Consiglio il 29 luglio 1999, www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/oi980001.htm .

rapporti con il pubblico»[337], che include la maggior parte delle proposte dell'Ombudsman europeo. Tuttavia, questo Codice fa parte delle regole di procedura della Commissione e quindi non conferisce alcun diritto di azione legale ai cittadini. Ciò nondimeno, le censure relative alla violazione del Codice della Commissione possono essere presentate all'Ombudsman europeo. Altri organismi, in particolare il Consiglio, finora non ha adottato alcun codice, e le altre istituzioni hanno codici che non sono conformi al modello proposto dall'Ombudsman. Pertanto, l'Ombudsman ha recentemente iniziato a prendere in considerazione una strategia diversa. Ha cioè raccomandato la formalizzazione di un diritto amministrativo europeo, applicabile a tutte le istituzioni dell'Unione europea. Trasformare il Codice in una legge europea contribuirebbe ad eliminare la confusione attualmente derivante dalla coesistenza di codici diversi per la maggior parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione; dovrebbe altresì garantire che le istituzioni e gli organi applichino gli stessi principi fondamentali nelle loro relazioni con i cittadini; e mostrerebbe, sia ai cittadini, sia ai funzionari, l'importanza di tali principi.

In ogni caso, la CDF è il primo strumento internazionale sui diritti umani che sancisce esplicitamente il diritto ad una buona amministrazione (art. 41)[338] e il diritto di presentare una denuncia all'Ombudsman europeo contro casi di *maladministration* da parte

---

[337] Decisione della Commissione, del 17 ottobre 2000, recante modificazione del suo regolamento interno, Allegato (2000/633/EC, ECS, Euratom), GuUE 2000 L 267/63.

[338] In base all'art. 41 della CDF, «1. Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni individuo ha diritto al risarcimento da parte della Comunità dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni individuo può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue del trattato e deve ricevere una risposta nella stessa lingua».

delle istituzioni e degli organi dell'Unione (art. 43)[339]. Sicché, contemporaneamente all'approvazione del Codice[340], il Parlamento europeo ha anche adottato una risoluzione che chiede all'Ombudsman europeo di applicare il Codice nel valutare se sussista un caso di *maladministration*, al fine di dare concreta attuazione al diritto dei cittadini ad una buona amministrazione, così come previsto dall'articolo 41 della CDF. L'Ombudsman europeo tiene quindi debitamente conto delle norme e dei principi contenuti nel Codice quando esamina i casi di presunta *maladministration*. In considerazione del suo *status* giuridico di 'diritto fondamentale', il diritto ad una buona amministrazione potrebbe teoricamente essere applicato, così come qualsiasi altro diritto fondamentale europeo, in sede giudiziaria e in sede non-giudiziaria. Tuttavia, in pratica, l'Ombudsman svolge, per questo particolare diritto, ancora un ruolo più importante rispetto ad altri diritti fondamentali.

Ciò che è veramente innovativo nella scrittura della CDF è che i principi del diritto amministrativo, non vengono posti in termini di obiettiva legalità nell'interesse pubblico, ma nel senso di diritti pubblici soggettivi[341]. La CDF tende a riconoscere lo *status* di diritti fondamentali ai diritti procedimentali: l'accesso alla giustizia, l'accesso ai documenti, il diritto di presentare una denuncia all'Ombudsman europeo e il diritto ad una buona amministrazione. Inoltre, la costituzionalizzazione di tali diritti relazionali, goduti dagli individui *vis-à-vis* con l'amministrazione, può essere vista come l'inizio di una nuova dimensione di cittadinanza europea.

---

[339] L'art. 43 della CDF statuisce che «Qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di sottoporre al mediatore dell'Unione casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali».

[340] V. *supra*, parag. II.2.1.

[341] Cfr. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., "The EU Charter of Fundamentals Rights, Not Binding but Influential: the example of Good Administration", *Continuity and Changes in EU law* (Essays in Honour of Sir Francis Jacobs), Oxford University Press, 2008, p. 168-171.

L'Ombudsman fa frequente riferimento all'articolo 41 della CDF nella sua relazione annuale sui casi di *maladministration*. Infine, il riferimento all'articolo 41 appare direttamente o indirettamente anche nella giurisprudenza dei tribunali europei. A titolo di esempio, vale la pena citare il laconico commento dell'avvocato generale Jacobs sul diritto di avere un procedimento gestito in tempi ragionevoli: «*slow administration is a bad administration*»[342].

V.4.- Legalità e buona amministrazione: convergenze parallele[343].

Nella prima relazione annuale, per l'anno 1995, l'Ombudsman europeo ha affermato che vi è un chiaro caso di *maladministration* quando un'istituzione o un organo comunitari omettono di agire in conformità con i trattati e con gli atti comunitari che sono vincolanti, o non riesce a rispettare le norme e i principi di diritto stabiliti dai giudici comunitari. Ha quindi menzionato, in particolare, la disposizione del Trattato sull'Unione europea (a quel tempo, era l'articolo F, adesso, è l'articolo 6)[344] che impone il rispetto dei diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Nella relazione si è poi soggiunto che molte altre cose possono costituire una *maladministration*, e sono stati formulati alcuni esempi

---

[342] Opinione dell'Avvocato Generale Jacobs nel procedimentro C-270/99 P, *Z. vs. Parliament*, [2001] European Court Reports I-9197, parag. 40.

[343] Con questo ossimoro, mutuato dal gergo "politichese" del *leader* democristiano Aldo Moro, si vuole mettere in risalto la complessità della relazione.

[344] L'art. 6 del TEU recita che «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri».

(come irregolarità amministrative ed omissioni, abusi di potere, negligenza, ingiustizia, discriminazione, ritardi evitabili e la mancanza o rifiuto di informazioni), per concludere nel modo seguente: «*The experience of national ombudsmen shows that it is better not to attempt a rigid definition of what may constitute maladministration. Indeed, the open ended nature of the term is one of the things that distinguish the role of the Ombudsman from that of a judge*»[345]. Risulta, quindi, evidente che, fin dall'inizio, l'Ombudsman ha inteso la *maladministration* in un modo che comprende, *en bloc*, la legalità, i diritti umani e anche i criteri che vanno al di là di quelli che un giudice terrebbe in considerazione se il caso fosse portato davanti ad un tribunale.

V.4.1.- Il criterio della legalità.

Per quanto riguarda la legalità, questo criterio può essere identificato con il principio della *rule of law*, che impone alle autorità pubbliche di agire secondo la legge e di evitare le illegalità. Ne consegue logicamente che l'agire illegalmente o illegittimamente non potrà mai essere 'buona amministrazione'. Per dire la stessa cosa in altri termini, un atto che è illegale è anche, *ipso facto*, un atto di *maladministration*. È importante chiarire, tuttavia, che "legge" e quindi "legalità" hanno un significato ampio nel contesto dell'Unione europea. La "legge" comprende i principi generali del diritto, che si trovano enucleati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come ad esempio il principio di uguaglianza e di non discriminazione, il diritto alla difesa, il principio della proporzionalità e della tutela delle legittime aspettative. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha stabilito inoltre che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. L'articolo 6 del trattato sull'Unione europea, che si riferisce specificamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle tradizioni costituzionali comuni

[345] RAOE 1995, Sezione I.3.2. (*the admissibility of complaints*).

agli Stati membri, riproduce, infatti, le formule elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti fondamentali[346]. Il concetto di legalità, di conseguenza, può essere visto in due modi: in senso stretto o in un'ottica più ampia[347]. Nel suo significato "stretto", la legalità si identifica esclusivamente in termini di conformità ai testi giuridici validamente promulgati. È una legalità "stretta", perché limita il materiale cognitivo che è considerato rilevante.

Una visione ampia della legalità accresce la serie dei criteri rilevanti da includere nei principi generali del diritto, come l'uguaglianza, la proporzionalità, e la *fair procedure*. Ampliare il materiale cognitivo implica anche una concezione più ricca del ragionamento giuridico, perché comprendere e applicare i principi richiede necessariamente l'uso della ragionevolezza e, in molti casi, un bilanciamento tra principi diversi. Inoltre, una delle caratteristiche più salienti dell'ordinamento giuridico europeo è che i diritti umani sono anche diritti legali, sia nell'ambito del diritto dell'Unione europea, sia nel più ampio sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In una prospettiva estesa, la legalità implica quindi

---

[346] È nella natura della giurisprudenza di evolversi nel tempo. Il senso pieno e il significato di una sentenza può emergere solo gradualmente, in quanto le sue implicazioni sono esplorate in casi successivi che coinvolgono diversi contesti e circostanze. Non può, pertanto, essere fissato staticamente il confine tra legalità e buona amministrazione. Per illustrare questo argomento, può essere menzionata l'indagine officiosa dell'Ombudsman europeo, iniziata nel 2001, in tema di discriminazione nelle assunzioni da parte delle istituzioni comunitarie per motivi di età. L'Ombudsman è riuscito a persuadere le istituzioni europee ad abbandonare i limiti di età massima per le assunzioni. La raccomandazione in tal senso si è basata su una combinazione del principio giuridico generale di non discriminazione, che è sancito dalla giurisprudenza della Corte, e dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. decisione sull'inchiesta OI/2/2001/(BB)OV, consultabile in http://www.ombudsman.europa.eu/decision/en/01oi2.htm). Successivamente, la Corte di giustizia ha dichiarato che la non discriminazione per motivi di età, deve essere anch'essa considerata come un principio generale del diritto comunitario (Causa C-144/04 *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm* [2005] European Court Reports I-9981, para. 75). Una successiva indagine di propria iniziativa dell'Ombudsman sui limiti di età massima per i tirocini è stata, quindi, avviata anche sulla scorta del nuovo principio legale affermato da parte della Corte (cfr. decisione sull'inchiesta OI/3/2006/BB, 8 dicembre 2006, consultabile in http://www.ombudsman.europa.eu/decision/en/06oi3.htm).

[347] Cfr. DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 15.10.2007, http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2007-10-15.htm .

anche il rispetto dei diritti umani. Nella cornice dell'Unione europea, non è possibile comprendere ed applicare i principi generali, senza tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia; non è inoltre possibile comprendere e rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, senza tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La visione ampia, quindi, comprende i principi del diritto, i diritti umani e la giurisprudenza delle due corti europee, come materiale utile per la valutazione della legittimità. Allo stesso tempo, essa implica una forma arricchita di ragionamento giuridico per sviluppare valutazioni e giudizi.

V.4.2.- I diritti umani.

La questione ulteriore è se i diritti umani sono qualcosa di distinto dalla legalità, dato che la giurisprudenza della Corte di giustizia si riferisce specificamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La tutela dei diritti umani, per i ben noti motivi storici, è diventata una caratteristica dell'ordinamento giuridico europeo dopo la Seconda guerra mondiale. È stato, quindi, opportuno riconoscere la particolare importanza dei diritti umani, menzionandoli espressamente nella Carta europea dei diritti, anche se, nell'ordine giuridico comunitario, tali diritti sono parte integrante dei principi generali del diritto e potevano quindi, logicamente, rientrare nell'ambito di applicazione della legalità. Sostanzialmente, la Carta dei diritti fondamentali non è ancora uno strumento giuridicamente vincolante (ma lo diventerà dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[348]). L'Ombudsman ha ritenuto, tuttavia, che le tre istituzioni dell'Unione europea, che hanno proclamato la Carta in occasione del vertice di Nizza del dicembre 2000 (*scil*. il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione), dovrebbero rispettare le norme ivi consacrate, e che il mancato rispetto di tali canoni può costituire *maladministration*. Le istituzioni hanno accettato questa posizione, che consente

[348] V. *supra*, nota 309.

all'Ombudsman di applicare la Carta, nonostante il fatto che non è ancora giuridicamente vincolante.

V.4.3.- La buona amministrazione e la vita oltre la legalità.

Dalle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, emerge che vi è necessariamente una grande area di sovrapposizione tra legalità, diritti umani e principi di buona amministrazione. Questi tre elementi non possono essere considerati come scatole separate, contenenti norme che possono essere rigidamente caratterizzate come ascrivibili ad una sola categoria. Un modo migliore di rappresentare la relazione tra questi tre elementi potrebbe essere l'immagine dei cerchi sovrapposti, le cui dimensioni e posizioni cambiano nel tempo. Inoltre, il diritto non consiste solo nei testi che sono stati formulati dal legislatore o dall'amministrazione; esso comprende anche i principi generali del diritto, che dovrebbe, tra le altre cose, guidare la comprensione e la corretta applicazione di tali testi[349]. Tuttavia, a parere dell'Ombudsman europeo, nonostante l'enorme sviluppo dei principi giuridici elaborati dai giudici comunitari, vi è ancora «*life beyond legality*»[350] e la *maladministration* non implica sempre l'illegalità.

L'idea fondamentale, alla base di questa opinione, è che la pubblica amministrazione esiste per servire i cittadini. Questa idea non nega, ma allo stesso tempo non può essere ridotta alla concezione classica della scienza amministrativa secondo la quale la pubblica amministrazione deve individuare e perseguire l'interesse pubblico[351]. Né può essere astretta all'obiettivo della efficiente, efficace ed

---

[349] Cfr. CHITI M. P., "Il Mediatore europeo e la Buona Amministrazione Comunitaria", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2-2002), p. 303.

[350] L'attuale Ombudsman europeo, il Prof. Diamandouros, sottolinea l'importanza di questo concetto in tutti i suoi discorsi e scritti.

[351] In generale, cfr. BOURGON J., "Responsive, responsible and respected government: towards a New Public Administration theory", in *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 73 (1-2007), p. 7-26.

economica fornitura dei servizi pubblici. Nel mondo contemporaneo, le persone non si accontentano più di essere soggetti passivi – «*les administrés*» – che aspettano pazientemente che l'amministrazione decida o agisca. Nelle democrazie moderne, i cittadini sono generalmente consapevoli che hanno dei diritti e che l'amministrazione pubblica deve necessariamente ponderare gli interessi in conflitto alla luce dei principi giuridici e gestionali. Per conquistare la fiducia del pubblico e per essere percepita con favore, la pubblica amministrazione ha bisogno non solo di essere rispettosa e cortese nei confronti dei cittadini, ma anche di essere responsabile ed attiva. Ciò implica la disponibilità dell'amministrazione a spiegare e giustificare il proprio comportamento attraverso un dialogo autentico e costruttivo con i cittadini, sia sulle questioni che li riguardano personalmente, sia sulle questioni di interesse generale.

Questa nuova concezione della pubblica amministrazione è mirabilmente descritta dall'attuale Ombudsman europeo, con le seguenti parole: «*I am increasingly persuaded that, in order to meet European citizens' expectations, what needs to be created and carefully nurtured in the Community institutions and bodies is a culture of service, in which administrators: - act openly fairly, reasonably, carefully and consistently; - take into account and balance all the interests involved; - avoid unnecessary delay; - are courteous and helpful, as well as sensitive to individual circumstances, needs and preferences; - acknowledge mistakes and offer apologies where appropriate; and aim for continuous improvement in their performance. I see no reason of principle why the concept of a "culture of service" could not be adopted by the legislature, or declared by the courts to be a legal principle, but, in fact, that has not happened at the level of the European Union. Nor indeed has the "European Code of Good Administrative Behaviour", which the European Parliament approved and asked the European Ombudsman to apply, been adopted as a legally binding text. At present, therefore, although the case law of Community Courts is continually developing and it is not excluded that the Community*

legislator might, in the future, adopt a European administrative law, the idea of service to citizens is not enshrined in Community law»[352].

In questo contesto concettuale, è importante osservare che il diritto e la legalità continuano ad essere strettamente associati con il biasimo e le sanzioni. La colpevolizzazione e le sanzioni sono, ovviamente, necessarie in alcuni casi. I funzionari corrotti devono essere puniti. I funzionari pigri o incompetenti dovrebbero essere censurati disciplinarmente. Ma una cultura di servizio, non è una cultura del biasimo. Un altro profilo problematico discende dal fatto che, attraverso la definizione strettamente legale degli obblighi di buona amministrazione, si corre il rischio di indurre gli amministratori a concentrarsi sulle regole che possono essere applicate automaticamente, piuttosto che impegnarsi nel più difficile compito di esercitare saggiamente la discrezionalità nell'applicazione dei principi[353].

---

[352] DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 17.09.2007, http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2007-09-17.htm .

[353] DIAMANDOUROS N., loc ult. cit., ha dato un interessante esempio per illustrare questo rischio. Il caso riguardava una istituzione europea il cui codice di buona condotta amministrativa prevede che alla corrispondenza in entrata sia inviata una risposta entro quindici giorni dalla ricezione. «*In my experience*» – ha detto l'Ombudsman – «*administrators take that seriously, as they should. The precise rule is appropriate and effective. Whether it would be made any more effective by defining it as a legal obligation is questionable, but that is not my point. The code provides for exceptions, one of which is that correspondence need not be answered if "it can reasonably be regarded as improper, for example, because it is repetitive, abusive and/or pointless". To my mind, that is a principle that should rarely be invoked and which requires a convincing explanation of why it applies in the particular circumstances. I was disturbed, however, to find evidence that some administrators had seized on the word "repetitive" and tried to convert the principle into a mechanical rule that a second letter about the same issue can be ignored. In an administrative culture where such attitudes exist, the attempt to promote a service culture through law might only reinforce a narrow and legalistic approach. At the same time, it might also encourage the tendency of some complainants to regard their complaint as a denunciation, rather than as an instrument for seeking practical redress, or a constructive solution to a problem*» (sottolineatura aggiunta).

V.4.4.- La convergenza.

L'enfasi sui diritti umani nell'ordinamento giuridico europeo sta costantemente consolidando la visione ampia della legalità a scapito della visione ristretta. Questo fenomeno comporta che, al fine di applicare la legge correttamente, gli amministratori devono adoperare la concezione ampia della legalità. Esso implica pure che l'esercizio del potere discrezionale deve tener conto dei diritti umani. Inoltre, lo sviluppo di tali principi giuridici accresce l'area di sovrapposizione fra il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo discrezionale ed il controllo posto in essere dall'Ombudsman. In pratica, quindi, i due modelli tendono a convergere, per quanto riguarda il controllo dell'amministrazione, verso la considerazione di diritti e di principi che, nella sostanza, restano i medesimi, sia che li applichi l'Ombudsman, sia che li applichino i tribunali.

Un'altra considerazione importante riguarda il rapporto tra il lavoro dell'Ombudsman europeo e il lavoro dei tribunali comunitari. Il loro compito comune è quello di garantire che l'amministrazione dell'Unione rispetti concretamente i diritti e si immedesimi nella cultura di servizio ai cittadini, sia quando interpretata ed applica la legge, sia quando esercita i suoi poteri discrezionali. I tribunali producono decisioni giuridicamente vincolanti. Essi hanno il potere di annullare gli atti giuridici e di rendere attuabile *in executivis* il risarcimento dei danni. La logica delle procedure giudiziarie porta ad una *adjudication*, in cui il tribunale fissa autoritariamente i diritti delle parti. La logica delle procedure dell'Ombudsman è più complessa ed richiede flessibilità tra due modalità di funzionamento. Da un lato, vi è una modalità risolutiva delle controversie (*dispute-resolution mode*) che si concentra sulla risoluzione di problemi, sulla riduzione dei conflitti, sulle possibilità di compromesso e sul conseguimento di risultati *win-win*. Dall'altra parte, vi è una modalità *adjudicative*, in cui l'Ombudsman rileva se ci sono casi di *maladministration*, o se non vi è alcun caso di cattiva amministrazione. Tale modalità di funzionamento è governata da una logica analoga a quella del giudice, in cui una parte vince e l'altra perde (*zero-sum game*). Dal punto di

vista dell'Ombudsman, le istituzioni europee dovrebbero collaborare con lui nella modalità *dispute-resolution* con la consapevolezza che l'indagine dell'Ombudsman non è esclusivamente incentrata sulla individuazione dei torti e delle ragioni. Per porre lo stesso argomento in modo più formale, si può dire che una amministrazione caratterizzata da una cultura di servizio per i cittadini dovrebbe considerare una denuncia o un reclamo come un'opportunità per mettere in pratica il principio del servizio. La disponibilità a collaborare con l'Ombudsman per conseguire una soluzione soddisfacente della controversia è un'espressione importante di fedeltà a questo principio. La vita «*beyond legality*» consiste quindi nella possibilità di considerare le indagini dell'Ombudsman come un'opportunità per trovare una soluzione *win-win*, non come un surrogato o un prologo di un procedimento giudiziario.

Considerazioni conclusive

L'Ombudsman europeo è stato istituito principalmente allo scopo di migliorare la legittimazione della *governance* europea. Dalla presente indagine è emerso che l'istituzione dell'Ombudsman europeo costituisce oggi uno degli elementi costitutivi di una buona *governance* europea e rafforza sia lo stato di diritto europeo, sia la democrazia europea. I problemi della legittimazione della *governance* europea sono prevalentemente connessi al funzionamento della democrazia. Sotto questo profilo, i contributi dell'Ombudsman sono più indiretti, nel senso che rafforzano l'aspetto procedimentale della partecipazione democratica e migliorano la trasparenza. Le attività dell'Ombudsman si sovrappongono con le funzioni di altre istituzioni europee: un rimedio individuale viene offerto non solo dall'Ombudsman, ma anche dai tribunali e dalla Commissione per le petizioni del Parlamento. Le riforme amministrative e giuridiche sono realizzate principalmente dal Consiglio, dal Parlamento e dalla Commissione, istituzioni che l'Ombudsman può agevolmente approcciare per stimolare gli interventi riformatori. Ciò nondimeno, da questo studio, risulta con chiarezza che l'Ombudsman non è un inutile duplicato degli altri meccanismi di rimedio individuale e di ricorso giustiziale. Questa particolare ufficio monocratico occupa, invero, uno «*unique space*»[354] tra le altre istituzioni comunitarie.

Quasi tutti gli Stati membri dell'Unione hanno ombudsmen nazionali o organismi analoghi. Si è avuto modo di constatare che, rispetto ad alcuni di loro, i denti dell'Ombudsman europeo non sono molto taglienti[355]. Gli mancano, in particolare, due importanti poteri: il potere di proporre ufficialmente e direttamente riforme legislative e il potere di deferire sospetti casi si illegalità alla giurisdizione

---

[354] HEEDE K., "Enhancing the accountability of Community institutions and bodies: The role of the European Ombudsman", in *European Public Law* (3-1997), p. 604.

[355] Cfr. HERTOGH M., "The European Ombudsman: Different roles in a demanding context", *in The European Yearbook of Comparative Government and Public Administration* (3- 1996), p. 337–349, a p. 346.

comunitaria. Inoltre, l'ombudsman europeo deve fronteggiare una amministrazione europea, che è influenzata da diverse, in parte difficilmente conciliabili, tradizioni amministrative nazionali. Gli ombudsmen nazionali possono, in molti stati membri, operare con maggior vigore, perché, in ultima analisi, le loro azioni sono sostenute e supportate da un parlamento nazionale forte[356]. Di contro, il Parlamento europeo non è ancora il baricentro della *governance* europea. Di conseguenza, l'Ombudsman europeo deve, ancor più dei suoi omologhi nazionali, contare su uno stile cooperativo di controllo e di riforma amministrativa. In tutti gli Stati membri, l'amministrazione si sta evolvendo verso un'amministrazione snella e verso il *New Public Management*[357], e questo cambiamento di paradigma non è senza effetto anche per l'amministrazione europea. Inoltre, la democrazia e la protezione dei diritti umani sono sempre più importanti. I nuovi stati membri dell'Unione sono – a causa della loro storia nazionale – persino più sensibili a questo proposito rispetto ai vecchi stati membri.

---

[356] M. HERTOGH, op. cit., p. 342.

[357] Il *New Pubblic Management* è definibile come uno stile di gestione del settore pubblico che, soprattutto sull'esempio delle pubbliche amministrazioni anglosassoni, vuole integrare il diritto amministrativo e le pratiche gestionali tradizionali di un ente pubblico con una metodologia più orientata al risultato (l'interesse pubblico), mutuata dal settore privato e mirata ad un suo maggior coinvolgimento nella gestione della cosa pubblica per consentire una maggiore elasticità ed economicità nelle prestazioni richieste, per riorganizzare le burocrazie e i relativi bilanci in modo più efficiente e per dare agli Enti stessi un ruolo che prediliga le funzioni di coordinamento e controllo alleggerendo le funzioni di diretta erogazione delle prestazioni di servizi alla cittadinanza che se compiute tramite gli *iter* previsti dal diritto amministrativo sono spesso più costose a parità di efficienza. Alcuni interessanti contributi della dottrina sul tema sono: ANDRISANI P. J., HAKIM S., SAVAS E. S., 2002, *The New Public Management: Lessons from Innovating Governors and Mayors*, Kluwer Academic Publishers; BARZELAY M., 2001, *The New Public Management: Improving research and policy dialogue*, University of California Press; BORGONOVI, E., 2002, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea; CARBONE L., CARINGELLA F., ROMANO F., 2001, *Il nuovo volto della Pubblica Amministrazione*, Edizioni Giuridiche Simone; FERLIE E., ASHBURNER L., FITZGERALD L., PETTIGREW A., 1996, *The New Public Management in Action*, Oxford University Press; GRUENING G., 2001, "Origini e basi teoriche del New Public Management", in MENEGUZZO M., *Managerialità, Innovazione e Governance: La Pubblica Amministrazione verso il 2000*, II ed., Aracne; JONES L. L., THOMPSON F., 1997, "L'implementazione strategica del New Public Management", in *Azienda Pubblica*, n. 6, 1997. (Titolo originale: "The strategic implementation of the New Public Management", edizione it. a cura di MUSSARI R.).

Anche se l'Ombudsman europeo può essere caratterizzato come «*occupying the administrative hinterland of the formal law*»[358], i suoi contributi diretti ed indiretti per le riforme della *hard law* non devono essere sottostimati. Le norme in materia di accesso ai documenti, le garanzie processuali nei procedimenti di infrazione della Commissione e la non ancora completata codificazione dei principi di buona condotta amministrativa si devono, in gran parte, ai suoi persistenti sforzi. Tuttavia, il suo successo «*is likely to be the greatest in the sort of political and constitutional community which needs him least ... It is more likely to make good government better than bad government good*»[359]. Con questo *caveat*, è possibile concludere che l'Ombudsman europeo è diventato un elemento indispensabile del costituzionalismo europeo, e che la Rete degli ombudsmen europei può dare un notevole contributo alla convergenza costituzionale europea.

Vi è, comunque, la possibilità di introdurre alcune modifiche nel regime giuridico dell'Ombudsman europeo per rendere il suo lavoro più efficace ed utile. Lo strumento più importante dell'ombudsman per il raggiungimento dei risultati è, infatti, la *public exposure*, o almeno la minaccia di *exposure*. L'ombudsman in generale opera esponendo errori e misfatti amministrativi. Ma, sempre più spesso, il timore dell'*exposure* sembra essere, in larga misura, sterilizzato[360]. L'esposizione non ha più lo stesso effetto del passato. Vi è certamente una chiara tendenza dei soggetti possibili vittime di *exposure* (organi amministrativi, funzionari e politici) a dotarsi di strumenti di auto-difesa. Il risultato è che, anche quando le critiche sono giustificate, il loro effetto è debole. Considerando che il potere dell'Ombudsman

---

[358] RAWLINGS R., "Engaged Elites Citizens Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement", in *European Law Journal*, Vol. 6 (2000), p. 17.

[359] WHEARE K. C., "Maladministration and its Remedies", in *The Modern Law Review*, Vol. 37, (4-1974), p. 165–166, a p. 166.

[360] Cfr. SEIDENFADEN T., "Strengthening a Success: Some Ideas for Reform", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, Vol. 3, p. 105.

europeo si basa essenzialmente sulla *moral suasion*, basata su un attento argomentare logico e giuridico, l'insensibilità delle istituzioni all'esposizione pubblica dei loro errori o misfatti può portare all'indifferenza rispetto all'attività dell'Ombudsman. Non è quindi irragionevole considerare in futuro l'opportunità di attribuire all'Ombudsman alcuni limitati poteri vincolanti, come la possibilità di annullare alcune decisioni amministrative (in particolare nella materia dell'accesso ai documenti) e chiedere il riesame della questione sottostante (sì da consentire una revisione di ultima istanza), o il potere di contrastare l'inerzia ed i ritardi amministrativi attraverso poteri di intervento sostitutivo.

Bibliografia

Dottrina

ABEL A. S., "Commonwealth constitutional Complications", in *The Ombudsman: Citizens Defender*, D. C. Rowat, 1968.

ABRAHAM A., "The Ombudsman and Individual Rights", in *Parliamentary Affairs*, Vol. 61, (2-2008).

ABRAHAM A., "The Ombudsman and the Executive: The Road to Accountability", in *Parliamentary Affairs* ,Vol. 61, (3-2008).

ADAM R., "Il Mediatore europeo: organo di tutela del singolo o strumento di controllo parlamentare?", in *Riv. intern. diritti uomo*, 1992.

ADAM R., "Mediatore europeo e difensore civico nazionale", in *Com. intern.*, 1994.

ADINOLFI A., "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994.

ANAGNOSTARAS G., "The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights", in *European Law Review*, 2007.

ANDRISANI P. J., HAKIM S., SAVAS E. S., 2002, *The New Public Management: Lessons from Innovating Governors and Mayors*, Kluwer Academic Publishers.

BACZKO B., *Come uscire dal terrore. Il Termidoro e la Rivoluzione*, Feltrinelli, 1989.

BARBAGALLO R., "Le conseguenze sul contratto d'appalto derivanti dall'annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara" (commento a

TAR Piemonte, sez. I, 13 giugno 2008, n. 1370), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5.

BARBIERI E. M., "Diritto comunitario ed istituti generali del diritto amministrativo nazionale", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994.

BARZELAY M., 2001, *The New Public Management: Improving research and policy dialogue*, University of California Press.

BATTINI S., VESPERINI G. (eds.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: the Service Sector* (29 febbraio 2008).

BELL J., "Convergences and divergences in European Adminstrative Law", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992.

BENINCASA M., "Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto stipulato medio tempore: problemi di riparto della giurisdizione" (commento a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5.

BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A., *Introduzione*, in ID. (cur.), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

BIONDI A., "Access to document in the EU", in *European Business Law Review* (7/8-1998).

BO G., "La pronuncia della Corte di giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008.

BONNOR P. G., "The European Ombudsman: a novel source of soft law in the EU"; in *European law review*, Vol. 25 (2000) n. 1.

BORGONOVI, E., 2002, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea.

BOURGON J., "Responsive, responsible and respected government: towards a New Public Administration theory", in *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 73 (1-2007).

BOVENS M., “New forms of Accountability and EU-Governance”, in *Comparative European politics* (5-2007).

BRACONNIER S., *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme et droit administratif français*, Bruyllant Bruxelles 1997.

BRADLEY K., “La transparence de l'Union Européenne: une évidence ou un trompe l'œil?”, in *Cahiers de droit européen*, 1999 (3/4).

BURBRIDGE C. T., “Problems of transferring the Ombudsman Plan”, in *Revue International des Sciences Administratives*, 2 (1974).

CAMPBELL P., “Politician, Public Servants and the People in New Zealand”, in *Political Studies*, 1955.

CARACCIOLO LA GROTTIERA A., “Note critiche sulla figura del difensore civico”, in *Foro amm.*, 1979, 2.

CARANTA R., “Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell’annullamento degli atti di gara” (commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 6.

CARBONE L., CARINGELLA F., ROMANO F., 2001, *Il nuovo volto della Pubblica Amministrazione*, Edizioni Giuridiche Simone.

CASETTA E., “Riflessioni sul ruolo attuale del difensore civico”, in *Diritto dell’economia*, 1997, p. 227.

CASINI L., “Diritto amministrativo globale”, in CASSESE S. (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, *ad vocem*.

CASSESE S., “Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation”, 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 663 (2005).

CASSESE S., “Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali”, in CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, I.

CASSESE S., “Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello europeo?”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992.

CASTORINA E., “Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio «comune»”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998.

CERULLI IRELLI V., “Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell’azione amministrativa (primo commento alla legge n. 15/05 recante modifiche e integrazione alla legge n. 241/90)”, in (www.astridonline.it).

CHITI E. – FRANCHINI C., *L’integrazione amministrativa europea*, 2003, il Mulino.

CHITI M. P., “Do we need Codes and/or Laws for Better Administrative Procedure and Conduct of Officials?”, in *European Business Law Review* 2008.

CHITI M. P., “Il Mediatore europeo e la Buona Amministrazione Comunitaria”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2-2002).

CHITI M. P., “Implicazioni amministrative della integrazione europea”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992.

CHITI M. P., “The Role of the European Court of Justice in the Developing of the General Principles of Law and their Possible Codification”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995.

CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, 1999.

CLARIANA G., “Holding the Administration Accountable in Respect of its Discretionary Powers: the Roles and Approaches of the Court, the Parliament and the European Ombudsman”, in *The European Ombudsman: Origins, Establishment, Evolution*, edited by N. Diamandouros and others, 2005.

COLON F. T., “The Ombudsman, or the Myth of the White Knight”, in *Social Studies*, Vol. 64 (5-1973).

CONDLIFFE J. B., *The Welfare State in New Zealand*, Allen and Unwin, 1959.

CORBETT R., *The Treaty of Maastricht: From Conception to Ratification. A Comprehensive Reference Guide*, Harlow Longman Group, 1993.

CRAIG P., "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", in *Cambridge Law Journal*, 1996.

CRAIG P., *EU Administrative Law*, 2006, Oxford University Press (Academy of European Law – European University Institute).

CURTIN D. - MEIJER A. J., "Does transparency strengthen legitimacy?", in Information Polity (11-2006).

DAVIS R. W., "Quasi-Judicial review: The European Ombudsman as an Alternative to the European Courts", in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2000, http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue1/davis1.html .

DE SIANO A. – RINALDI F., "Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. «Direttiva ricorsi»", in *Giustamm.it*, pubblicato il 29/07/2009.

DE SIERVO U., "L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea", in *Diritto pubblico*, 2001.

DE WITTE B., "Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international", in *Revue trimestrielle de droit européen* 1984.

DELLA CANANEA G., "Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", 9 *Eur. Pub. L.* 563 (2003).

DELLA CANANEA G., "From Judges to Legislators", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995.

DELLA CANANEA G., "L'amministrazione europea", in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di CASSESE S., Giuffrè, 2003, Tomo II, parte generale, II edizione.

DELLA TORRE M., "Il difensore civico nel nuovo testo unico degli Enti locali", in *Nuova Rassegna*, 2005.

DEWACHTER K., "Le médiateur européen et la Cour de justice – un rôle différent, un contrôle différent", in *Journal de Droit Européen* (2008).

DI MARCO C., "Ancora sull'istituto del difensore civico: uno strumento di partecipazione meramnete virtuale?", in *Nuova Rassegna*, 1996.

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 15.10.2007, http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2007-10-15.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 16.10.2006, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2006-10-16.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 17.09.2007, http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2007-09-17.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 17.10.2006, Paragraph 3 http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2006-10-17b.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 24.04.2003, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2003-04-24.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 29.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-29.htm .

DIAMANDOUROS N., European Ombudsman Speeches – 30.11.2005, http://ombudsman.europa.eu/speeches/en/2005-11-30.htm.

DICKMANN R., "La democratizzazione dei processi decisionali in Europa", in *Boll. inf. cost. parl.*, 1995, n. 2.

DIRITTO AMMINISTRATIVO GLOBALE: Bibliografia (CAROTTI B. e CASINI L., 2006).

DURANTE N., "L'adozione degli atti di natura non autoritativa, con elettivo riferimento alla tematica del conferimento e della revoca dell'incarico di funzione dirigenziale nell'ambito del rapporto di lavoro con l'amministrazione dello Stato", in (www.giustizia-amministrativa.it).

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., "The EU Charter of Fundamentals Rights, Not Binding but Influential: the example of Good Administration", *Continuity and Changes in EU law* (Essays in Honour of Sir Francis Jacobs), Oxford University Press, 2008.

ELCOCK H., "The Polish Ombudsman and the transition to democracy", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45 (1996).

ESTY D. C., "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law", 115 *Yale Law Journal* 1490 (2006).

EYBEN W. E. (VON), *Juridisk Grundbog* (Legal Primer), Vol. I, Juristforbundet, 1991.

FALCON G., "Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo europeo", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993.

FALCON G., "Dal diritto amministrativo nazionale al diritto comunitario", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991.

FELTRER RAMBAUD L., *Le droit d'Adresser des Pétitions à l'Ombudsman Espagnol*, lavoro (non pubblicato) discusso il 20 ottobre 1994 al Seminario "Le droit d'Adresser des Pétitions au Médiateur Européen et à la Commission des Pétitions du Parlement Européen", organizzato in Lussemburgo dall'Istituto Europeo della Pubblica Amministrazione (http://www.eipa.eu).

FERLIE E., ASHBURNER L., FITZGERALD L., PETTIGREW A., 1996, *The New Public Management in Action*, Oxford University Press.

FERRANTI G., “I difensori civici nelle esperienze europee e nel Trattato di Maastricht”, in *Rivista di diritto europeo*, 1995.

FORTSAKIS T., “Principles Governing Good Administration”, in *European Public Law Review* (11-2005).

FRAZZINGARO S., “Il riparto della giurisdizione in materia di contratti pubblici: le posizioni contrastanti delle Supreme Corti”, in *Appalti e Contratti*, 2009, fasc. 1-2.

FRYDMAN P., “Les considérations d’équité en droit administratif français”, in Justice, Médiation et Equité, in *Actes du colloque Droit et démocratie du 20 juin 1990*, Paris, La Documentation Française 1992.

FUOCO E. G., “L’art 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990 – Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato”, in (www.lexitalia.it).

FURET F., *Giacobinismo*, in FURET F., OZOUF M., *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Bompiani, 1988.

GAJA G., “Identifying the Status of General Principles in European Community Law”, in *Scritti per Mancini*, 1998.

GARCIA DE ENTERRÌA E. e FERNÀNDEZ TOMÀS R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol II, 2008.

GELLHORN W., *Ombudsmen and Others. Citizens' Protectors in Nine Countries*, 1966, Harvard University Press.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO A., “Le défenseur du Peuple Espagnol et la Justice”, in *Revue Française d’Administration Publique*, 64 (ottobre-dicembre 1992).

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO J. M., *El Control Parlamentario de la Administracion. El Ombudsman* (II ed.), 1981, Instituto Nacional de Administracion Publica.

GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW: CASES, MATERIALS, Issues (2nd edition, 2008), edito da CASSESE S., CAROTTI B., CASINI L., MACCHIA M., MACDONALD E. E SAVINO M.

GOISIS F., “Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l’aggiudicazione” (commento a Corte eur. Giust., Sez. II, 18 luglio 2007, causa C-503/04; Cassazione, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031), in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 1.

GORI P., “La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri”, in *Giurisprudenza italiana* 1964.

GRAHAM C. F., “Towards a European Administrative Law, the English Case”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993.

GREGORY R. E PEARSON J., “The Parliamentary Ombudsman after Twenty-Five Years”, in *Public Administration*, 1992.

GRIFFITH J. A. G., “The political constitution”, in *The Modern Law Review*, n. 1 (Gennaio 1979).

GRUENING G., 2001, “Origini e basi teoriche del New Public Management”, in MENEGUZZO M., *Managerialità, Innovazione e Governance: La Pubblica Amministrazione verso il 2000*, II ed., Aracne.

HADI M. A., “L'Extension de l'Ombudsman: Triomphe d'une Idée ou Déformation d'une Institution?”, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLIII, 4 (1977).

HARDEN I., “When Europeans complain: The work of the European Ombudsman”, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (3-2000).

HARLOW C., “Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?”, in *European Law Journal*, 1996.

HARLOW C., “Ombudsmen in search of a Role”, in *Modern Law Review* (41-1978).

HATCHARD J., “The Ombudsman in Africa revisited”, in *Insider Trading in Europe*, Vol. 40 (1991).

HEEDE K., “Enhancing the accountability of Community institutions and bodies: The role of the European Ombudsman”, in *European Public Law* (3-1997).

HEEDE K., *European Ombudsman: redress and control at Union level*, 2000, Kluwer Law International.

HELISKOSKI J. – LEINO P., “Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents”, in *Common Market Law Review* (43-2006).

HERTOGH M., “The European Ombudsman: Different roles in a demanding context”, *in The European Yearbook of Comparative Government and Public Administration* (3- 1996).

HIJMANS H., “The European data protection supervisor: the institutions of the EC controlled by an independent authority”, in *Common Market Law Review* (43-2006).

HILL L. B., “The New Zealand Ombudsman’s Authority System”, in *Political Science*, 1968.

HILL L. B., *The Model Ombudsman: Institutionalizing New Zealand's Democratic Experience*, 1976, Princeton University Press.

JACKSON R. M., *The Machinery of Justice in England*, Cambridge University Press, 1977.

JENSEN J. A., “Basic features of Danish Public Law”, in European Public Law (1-1995).

JONES L. L., THOMPSON F., 1997, “L’implementazione strategica del New Public Management”, in *Azienda Pubblica*, n. 6, 1997. (Titolo originale: “The strategic implementation of the New Public Management”, edizione it. a cura di MUSSARI R.).

KINGSBURY B., KRISCH N. E STEWART R. B., “The Emergence of Global Administrative Law”, 68 *Law and Contemporary Problems* 15 (2005).

KIRCHHEINER H. H., "The Ideological Foundation of the Ombudsman Institution", in *International Handbook of the Ombudsman*, Gerald E. Caiden (ed.), Greenwood Press 1982, Vol. I.

KOVAR R. e SIMON D., "La Citoyenneté Européenne", in *Cahiers de Droit Européen*, n. 3-4 (1993).

KRISCH N., KINGSBURY B. (eds.), "Symposium on *Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*", 17 *European Journal of International Law*, no. 1 (2006).

KUNZLIK P., JACOBSON B., "Article 169, the Ombudsman and the Parliament", in *European Environmental Law Review*, 1997.

LAMBERTI C., "Una decisione «propulsiva» delle Sezioni Unite" (commento a Cassazione Civile, Sez. Unite, ord. 7 novembre 2008, n. 26790 e Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 1.

LARSEN K., "The Parliamentary Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005.

LEGATTE P., "Le Médiateur de la République. Situation actuelle", in *La Revue admistrative*, 1986.

LEGATTE P., *Le principe d'équité*, 1992.

LEGRAND P., "European legal Systems are not Converging", in *Int. Comp. Law. Quart.*, 1996.

LEGRAND P., "Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti di diritto", in *Pol. dir.*, 1997.

LENAERTS K., VANHAMME J., "Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process", in *Common Market Law Review*, 1997.

LETOWSKA E., "The Polish Ombudsman (the Commissioner for the protection of civil rights)", in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39 (1990).

LIA L., LUCCHINI A., GARGATAGLI M., *Il difensore civico*, Giuffrè, 2008; BARBETTA A., relazione al convegno "il peso del difensore civico", Rimini, 2008.

LODGE J., "Transparency and democratic legitimacy", in *Journal of Common Market Studies* (32/3-1994).

LOTTINI M., "La rete SOLVIT: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6-2006.

LUCCIARINI O., "Il difensore civico: una figura in gestazione nell'ordinamento italiano, tra prospettive e modelli di riforma", in *Nuova Rassegna*, 2002.

MAGLIVERAS K., "Best intentions but empty words: The European Ombudsman", in *European Law Review* (20-1995).

MAGNETTE P., "Between Parliamentary control and the Rule of law. The political Rola of the Ombudsman in the European Union", in *Journal of European Public Policy* (10-2003).

MANFREDI G., "Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria" (commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9 e Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 6.

MARCOU J. (a cura di), *Les mutations du droit de l'administration en Europe, pluralisme et convergences*, 1995, ed ivi, in particolare, il saggio di MALARET E.

MARIAS E. A. (ed.), *The European ombudsman*, European Institute of Public Administration, 1994.

MARIAS E., "The European Ombudsman: Competences and Relations with the Other Community institutions and bodies", in *The European Ombudsman*, EIPA, 1994.

MASSERA A., "I principi generali", in CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, I.

MASTROPASQUA G., *Il difensore civico. Profili sistematici ed operativi*, Cacucci, 2005.
MEANS I. N., "The Norwegian Ombudsman", in *Western Political Quarterly*, Vol. 21 (4-1968).

MENIER J. E DESFEUILLES H., in *International Handbook of the Ombudsman*, 1983, Gerald E. Caiden (ed.), Vol. II.

MIELKE S., "Reform des Petitionswesens in den Bundesländern", in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2-1971.

MONTESQUIEU de Secondat, Charles, Baron de, *De l'esprit des lois* (1748), tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952 (rist. 2004).

NASSIS C., "I controlli sugli enti locali dopo la riforma costituzionale del titolo V", in *Nella P. A. che cambia … note e commenti a margine del 3° Corso di Diritto Pubblico* (a cura di Alfonso De Stefano), Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale – Scuola Interregionale di Campania e Basilicata, 2005.

NEHL H. P., *Principles of Administrative Law in EC Law*, 1999.

NORTHEY J. F., "New Zealand's Parliamentary Commissioner", in *The Ombudsman: Citizens Defender*, D. C. Rowat, 1968.

OBAMA B., "Memorandum per i responsabili dei dipartimenti dell'esecutivo federale e delle agenzie governative" (21.01.2009) sul *Freedom of Information Act*.

O'KEEFFE D., BIONDI A., *Report on Implication of the Treaty of Amsterdam for National Ombudsmen and Similar Bodies*, 1998, http://www.euro-ombudsman.eu.int .

ORTEGA L., "Principles of Administrative Procedure", in *European Review of Public Law*, 1993.

ORTON F., "The Birth of the Ombudsman", in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005.

PACE A., "A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari", in *Giur. Cost*., 2001.

PARKER D. and BURTON J., *Rolling back the State?*, 1991, Parker and Burton, website https://dspace.lib.cranfield.ac.uk/bitstream/1826/636/2/SWP2191.pdf .

PELLETIER J., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 1992.

PERILLO E., "Le processus d'adoption du Statut du Médiateur", in *Diritto dell'Unione Europea* (1-2006).

PETTITI L., "Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droit de l'Homme", in *Justice, Médiation et Equité*, in *Actes du colloque Droit et démocratie du 20 juin 1990*, La Documentation Française 1992.

PIAZZA S., "Il difensore civico (regionale, provinciale, comunale) nel quadro delle autorità amministrative indipendenti", in *Nuova Rassegna*, 1998.

PIAZZA S., *Lineamenti di teoria generale della difesa civica*, Noccioli, 2006.

PIERUCCI A., "Le Médiateur européen", in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993.

PLIAKOS A., "Le Médiateur de l'Union européenne", in *Cahiers de droit européen*, 1994.

POCAR F., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in POCAR (cur.), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova.

POLINARI J., "Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: spunti per una lettura sistematica", in *Appalti e contratti*, 2009, fasc. 7.

PULLI I. R., "Il difensore civico comunale", in *Nuova Rassegna*, 2003.

PUNTSCHER RIEKMANN S., "In Search of Lost Norms: Is Accountability the Solution to the Legitimacy Problems of the European Union?", in *Comparative European politics* (5-2007).

RAIMONDI L., “Mediatore europeo e mezzi di ricorso giurisdizionale”, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004 (3).

RAWLINGS R., “Engaged Elites Citizens Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement”, in *European Law Journal*, Vol. 6 (2000).

RAWLINGS R., “The MP’s complaint service”, in *The Modern Law Review*, 1990.

REVSBECH K., “The Growth of Danish Administrative Law”, in *Danish Law in a European Perspective*, 2002, Thomson Publisher.

RINOLDI D. (1992), “Petizioni e difensore civico nell'ordinamento comunitario: sovrapposizione o complementarietà?”, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 3.

ROBSON J. L., *New Zealand*, in KEETON G. W., *The British Commonwealth, the Development of its Laws and Constitutions*, 1954, Stevens & Sons, vol. IV.

SALVADORI M. L., TRANFAGLIA N. (a c. di), *Il modello politico giacobino e le rivoluzioni*, La Nuova Italia, 1984.

SANTOLINI B., “Organisation de la défense des administrés: le Médiateur, aujourd’hui”, in *La Revue Administratve*, n. 201 (1981).

SANTORO P., “La caducazione del contratto per invalidità derivata ed il giudizio di ottemperanza (secondo l’Adunanza plenaria 30 luglio 2008, n. 9)”, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 1.

SATTA F., “Annullamento dell’aggiudicazione: la fine di un problema”, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 1.

SAULLE M. R., “Il mediatore nel Trattato di Maastricht”, in *Com. intern.*, 1994.

SCACCHI A., “Profili civilistici dell’incidenza dell’annullamento dell’aggiudicazione sul susseguente contratto”, in *Giustamm.it*, pubblicato il 24/04/2009.

SCHEDLER A., “Conceptualizing Accountability”, 1999, in SCHEDLER A., DIAMOND L., PLATTNER M. F., *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, Lynne Rienner Publishers.

SCHWARZE J., “Developing Principles of European Administrative Law”, in *Public Law*, 1993.

SCHWARZE J., “The convergence of Adminstrative Law of the EU Member States”, in *European Public Law*, 1998.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, 2006, Sweet and Maxwell.

SEIDENFADEN T., “Strengthening a Success: Some Ideas for Reform”, in *The Danish Ombudsman 2005*, Folketingets Ombudsmand Press, 2005, Vol. 3.

SENEVIRATNE M., *Ombudsmen – Public services and Administrative Justice*, 2002, LexisNexis Butterworths.

SHAPIRO M., “Codification of Administrative Law: the US and the Union”, in *European Law Journal*, 1996.

SIMON D., “Modalités de la protection provisoire”, in *Europe 2007 Mai Comm.*, n. 128.

SÖDERMAN J., “A thousand and one complaints: The European Ombudsman en Route”, in *European Public Law* (3-1997).

SÖDERMAN J., “The Role and the Impact of the European Ombudsman in access to documentation and the Transparency of Decision-making”, in DECKMYN V., THOMSON I. (eds.), *Openness and Transparency in the European Union*, European Institute of Public Administration, 1998.

STEIN E., “Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case”, in *Michigan Law Review* 1965.

STELLA G. A., “Lottizzati e super pagati «Aboliamo i difensori civici». Patti scellerati tra la sinistra e la destra per eleggerli”, in *Corriere della Sera* (pag. Cronache), del 01.03.2009.

SUKSI M., comment on Case C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, in *Common Market Law Review* (42-2005).

TESAURO G., “Il Mediatore europeo”, in *Riv. intern. diritti uomo*, 1992.

TIERNEY S., “European citienship in practice? The first annual Report of the European Ombudsman”, in *European Public Law*, 1996.

TIMINERI B. A., “Il difensore civico: uno strumento di difesa dei diritti del cittadino”, in *Nuova Rassegna*, 2005.

TORCHIA L., “Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998.

UGGLA F., “The Ombudsman in Latin America”, in *Journal of Latin American Studies*, 36 (2004).

USHER J. A., *General Principles of EC Law*, 1997.

VINCI E., “Unione europea, cittadino, ombudsman. Brevi riflessioni su un nuovo istituto civico europeo”, in *Riv. intern. Diritti uomo*, 1992.

VIRGA G., “Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura”, in (www.lexitalia.it) n. 1/2005.

VIVARELLI M. G., “Ancora sulla sorte del contratto in seguito all’annullamento dell’aggiudicazione: nuove e vecchie prospettive”, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 2.

VON EYBEN W. E., *Juridisk Grundbog* (Legal Primer), Vol. I, Juristforbundet, 1991.

WEBER A., “Sviluppi del diritto amministrativo europeo”, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998.

WHEARE K. C., “Maladministration and its Remedies”, in *The Modern Law Review*, Vol. 37, (4-1974).

WIESLADER B., *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation, 1994.

WILD R., “The administrative Division of the Supreme Court of New Zealand”, in *University of Toronto Law Journal*, 1972.

ZAGREBELSKY G., “Problemi costituzionali sulla nomina di un Commissario parlamentare in Italia”, in *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, a cura di MORTATI C., Unione Tipografico Torinese, 1974.

ZONNO D., “Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della «tutela reale» dinnanzi al giudice amministrativo. Rapporti tra annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto” (commento a TAR Molise, 24 settembre 2008, n. 719), in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 1.

Decisioni e altri provvedimenti dell’Ombudsman europeo

in (http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decisions.faces)

Numeri di registro:

- 1060/97/QV;
- 1101/16.12.96/CFUI/IT/JMA;
- 1166/2006/WP;
- 1173/2003/(TN)IJH;
- 1194/2000/JMA;
- 126/97/VK;
- 1267/99/ME;
- 128/2007/FOR;
- 1288/99/OV;
- 1288/99/OV;
- 146/2005/GG;
- 1475/2005/(IP)GG;

- 1476/2005/(BB)GG;
- 16/93/2005/PB;
- 1767/2001/GG;
- 1779/2006/MHZ;
- 1844/2005/GG;
- 190/97/DT;
- 2118/2007/IP;
- 2543/2007/RT;
- 2580/2006/TN;
- 2633/2006/WP;
- 2681/2006/BM;
- 3114/2005/MHZ;
- 323/97/PD;
- 3269/2005/TN;
- 3278/2004/ELB;
- 3452/2004/JMA *et al.*;
- 3453/2005/GG;
- 366/99/IP;
- 3693/2005/ID;
- 384/97/JMA;
- 39/2002/OV;
- 615/98/BB;
- 715/98/IJH;
- 821/2000/GG;
- 87/2008/VAV;
- 879/99/IP;
- 920/2007/BU;
- 972/24.10.96/FMO/DE/DT;
- OI/1/2001/GG;
- OI/1/98/OV;
- OI/2/2001/(BB)OV;
- OI/2/2001/(BB)OV;
- OI/2/2002/IJH;
- OI/3/2001/SM;
- OI/4/2001/ME;
- OI/5/1999/(IJH)/GG;

Giurisprudenza

Corte di Giustizia CE – Tribunale di primo grado

Opinione 2/94 "*Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*" del 28 marzo 1996, [1996] European Court reports I-01759

Sentenza in proc. C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, in (www.forumiuris.eu).

Sentenza in proc. C-292/97, *Kjell Karlsson*, [2000] European Court Reports I-2737

Sentenza in proc. n. C-331/07, *Internationaler Hilfsfonds vs. Commissione*, in (www.forumiuris.eu).

Sentenza in proc. C-141/02 P, *Commission vs. T*-Mobile, [2005] European Court Reports I-1283.

Sentenza in proc. C-144/04 *Werner Mangold vs. Rüdiger Helm* [2005] European Court Reports I-9981.

Sentenza in proc. C-234/02, *European Ombudsman vs. Frank Lamberts*, in [2002] European Court Reports II-2203.

Sentenza in proc. C-270/99 P, *Z. vs. Parliament*, [2001] European Court Reports I-9197.

Sentenza in proc. C-292/97, *Kjell Karlsson*, [2000] European Court Reports I-2737.

Sentenza in proc. C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd* vs. *Justitiekanslern*, [2007] European Court Reports I-02271.

Sentenza in proc. C-50/00P, *Union de Pequeños Agricultores*, [2000] European Court Reports I-6677.

Sentenza in proc. C-58/94, *Netherlands vs. Council*, [1996] European Court Reports I-2171.

Sentenza in proc. C-6/64, *Costa vs. ENEL*, [1964] European Court Reports 585.

Sentenza in proc. T-103/99, *Associazione delle Cantine Sociali Venete vs. European Ombudsman and Parliament*, in [2000] European Court Reports II-4165.

Sentenza in proc. T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd sup. by EDPS vs. Commission*, in (http://eur-lex.europa.eu).

Sentenza, in proc. T-54/99, *max.mobil vs. Commission*, [2002] European Court Reports II-313.

Avvocato Generale CGCE

Conclusioni in proc. C-270/99 P, *Z. vs. Parliament*, [2001] European Court Reports I-9197

Conclusioni in proc. C-58/94, *Netherlands vs. Council*, [1996] European Court Reports I-2171;

Corte europea dei diritti dell'uomo

Sentenza nel caso *Goodwin vs. United Kingdom* 22 European Human Rights Reports 123 (1996).

Sentenza nel caso *Leander vs. Sweden* 9 European Human Rights Reports 433 (1987).

Sentenza nel caso *The Observer and the Guardian vs. United Kingdom* 14 European Human Rights Reports 153 (1992).

Corte costituzionale italiana

Sentenza, 1 dicembre 2006, n. 399, in *Giur. cost.*, 2006, 6; *Diritto & Giustizia*, 2006; *Foro amm.*, CDS 2006, 12, p. 3264.

Consiglio di Stato – TAR

Sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in D&G - Dir. e giust., 2006, 22.

Sentenza T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 5 maggio 2008, n. 3675, in http://www.giustizia-amministrativa.it .

Sentenza T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139, in *Foro amm. TAR 2009*, 1, p. 108 (nota di ITALIA V.).

Altri documenti

"The constitutional status of ombudsmen and the right to petition in Europe", in *The European Ombudsman Letters and Notes*, at http://www.euro-ombudsman.eu.int/letters/pdf/en/20030113-1.pdf .

FOLKETINGETS OMBUDSMAND BERETNING (Parliamentary Ombudsman Annual Report) 1986-2006 (http://www.ombudsmanden.dk/aarsberetning_en).

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, LEGATTE P., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 1991.

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, STASI B., *Rapport au Président de la République et au Parlement*, 2000.

OMBUDSMAN EUROPEO, "What can the European Ombudsman do for you? — A guide for citizens", 2002, http://ombudsman.europa.eu/guide/pdf/en/guide_en.pdf, p. 11.

QUADRO ANALITICO SULLA PRESENZA DEL DIFENSORE CIVICO NELLE REGIONI E NEI COMUNI CAPOLUOGO DI PROVINCIA (a cura di DE SANTIS M.), consultabile nel sito *web* del Formez, Centro di formazione studi (www.formez.it).

RELAZIONI ANNUALI DELL'OMBUDSMAN EUROPEO (RAOE) 1995-2008.

REPORT DI JUSTICE, *The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances*, Stevens, 1961, (c. d. *Whyatt Report*).

REPORT OF THE COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE TRIBUNALS AND ENQUIRIES, UK Command Papers 218, H.M.S.O., 1957.

REPORT OF THE NEW ZEALAND OMBUDSMAN del 1964.

Altre fonti

Sito *web* dell'Ombudsman europeo (http://www.ombudsman.europa.eu).

Sito *web* istituzionale dell'*Office of the New Zealand Ombudsmen* (http://www.ombudsmen.parliament.nz).

Sito *web* istituzionale dell'ombudsman inglese (http://www.ombudsman.org.uk).

Sito *web* istituzionale della rete SOLVIT (http://ec.europa.eu/solvit/site/index_en.htm).

Abbreviazioni

- ADR: Alternative dispute resolution
- AJTC: Administrative Justice and tribunal Council
- BCE: Banca centrale europea

- BEI: Banca europea per gli investimenti
- BOE: Buletin oficial del Estrado
- CDF: Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea
- CEDU: Convenzione europea dei diritti dell’uomo
- Dde: Disposizioni di esecuzione dello Statuto dell’Ombudsman
- FOIA: Freedom of information act
- GEIE: Gruppo europeo di interesse economico
- GEPD: Garante europeo della protezione dei dati
- GuUE: Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
- LODP: Ley Organica del Defensor del Pueblo
- ONG: Organizzazione non governativa
- RAOE: Relazione annuale dell’Ombudsman europeo
- REO: Rete europea degli ombudsmen
- TCE: Trattato che istituisce la Comunità europea
- TUE: Trattato sull’Unione europea
- UESP: Ufficio europeo di selezione del personale
- WEU: Western European Union

Allegato

The European Network of Ombudsmen Statement

Statement adopted at the Sixth Seminar of the National Ombudsmen of EU Member States and Candidate Countries, Strasbourg 14-16 October 2007

The European Network of Ombudsmen has prepared this statement to make the European Union (EU) dimension of the work of ombudsmen better known and to clarify the service they provide to people who complain about matters within the scope of EU law.

National and regional ombudsmen make a vital contribution to ensuring that citizens and residents of the EU can know and enjoy their rights. Together with the European Ombudsman, they form the *European Network of Ombudsmen*.

The European Network of Ombudsmen brings together, on a voluntary basis, the national and regional ombudsmen and similar bodies of the Member States of the European Union, the national ombudsmen of the candidate countries and of Iceland and Norway, as well as the European Ombudsman and the Committee on Petitions of the European Parliament. In Germany, committees on petitions at the national and regional level fulfil a similar role to ombudsmen. They are part of the Network.

EU law and policy have an increasing impact on the everyday life of citizens and residents of the Member States. For the most part, they are put into effect by the public authorities of the Member States. National and regional ombudsmen deal with complaints against public authorities of the Member States, including complaints that relate to activities that are within the scope of EU law. The European

Ombudsman supervises the EU institutions, such as the European Commission.

The appropriate national or regional ombudsman is responsible for dealing with complaints against public authorities of a Member State, including complaints about a matter falling within the scope of EU law. The European Ombudsman investigates complaints against the European Union institutions and bodies.

Although the powers and responsibilities of different ombudsmen in the Network vary widely, they are all committed to providing the public with a service that is impartial, effective and fair. Within the limits of their mandates, they support the principles on which the European Union is founded.

«*The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States*» *(Article 6 (1) of the Treaty on European Union).*

One of the most important activities of the Network is sharing information about EU law and best practice, so as to offer the best possible service to the public. National and regional ombudsmen in the Network may ask the European Ombudsman for written answers to queries about EU law and its interpretation, including queries that arise in their handling of specific cases.

The role and purpose of ombudsmen

The ombudsmen in the Network are independent and impartial persons, established by constitution or law, who deal with complaints against public authorities.

They try to achieve an appropriate outcome for each complaint. Having investigated a complaint and found it to be justified, an ombudsman may criticize what has taken place and state how, in his or her opinion, the case should have been properly handled. In many countries, the ombudsman may also propose remedies, which may include, for example, reviewing a decision, giving an apology, or providing financial compensation. Some ombudsmen may try to achieve a friendly solution to a complaint.

In some cases, the complainant may have the choice between going to an ombudsman or to a court. Normally, however, an ombudsman cannot deal with a complaint if a court is dealing or has dealt with the matter. Unlike a court, an ombudsman does not make legally binding decisions, but the public authorities usually follow the ombudsman's recommendations. If they do not, the ombudsman can, for example by notifying Parliament, draw political and public attention to the case.

As well as responding to complaints, ombudsmen also work proactively to raise the quality of public administration and public services. They encourage good administration and respect for rights, suggest appropriate solutions to systemic problems, spread best practice and promote a culture of service-mindedness.

Ombudsmen encourage public authorities to regard complaints as an opportunity to communicate effectively with the complainant and to put right any deficiencies in their service. Correspondingly, most ombudsmen do not investigate a complaint unless the body complained against has first been given a reasonable opportunity to deal with the matter itself.

The precise grounds on which an ombudsman can act vary within the Network, but normally include: violation of rights, including human and fundamental rights; other unlawful behaviour, including failure to respect general principles of law; and failure to act in accordance with

principles of good administration. Examples of maladministration that an ombudsman can help correct include unreasonable delay, failure to follow established policy or procedures, lack of impartiality, unfairness, giving inaccurate information or advice, inconsistency, and discourtesy.

Service to the public

The ombudsmen in the Network are committed to treating all members of the public with courtesy and respect. They aim to be accessible and service-minded, fair, impartial, consistent and effective.

Within the limits set by law and by the need to respect privacy and legitimate reasons for confidentiality, ombudsmen in the Network aim for transparency in their actions and decisions. They publish the criteria which they apply in dealing with complaints, give reasons for their decisions and report publicly on their activities.

The ombudsmen in the Network seek to maintain an appropriate balance between the thoroughness and the speed of their inquiries, taking account of the interests of the complainant and of the need to make effective use of resources.

Accessibility

The ombudsmen in the Network seek to facilitate free and equal access for everyone who is entitled to make use of their services.

Complaints may normally be addressed to an ombudsman directly.

An ombudsman's services are normally free of charge to the complainant.

Where exceptions to the above principles are imposed by law, the ombudsman seeks to minimise their adverse impact on complainants, as far as possible.

Handling of complaints

The ombudsmen in the Network aim to deal promptly and effectively with complaints. They take into account the relevant provisions of EU law, including general principles of law, such as respect for fundamental rights. The Charter of Fundamental Rights of the European Union may provide a useful point of reference in this regard.

Each complaint received is carefully analysed with a view to securing an appropriate outcome.

If a complaint is inadmissible, the ombudsman informs the complainant rapidly, explaining clearly the reason or reasons. If possible, the ombudsman advises the complainant of another body that could help.

Some ombudsmen use a simplified procedure, if preliminary analysis indicates that the complainant's problem could be solved rapidly, for example by a telephone call.

If there is a full investigation of the complaint, the ombudsman provides information to the complainant about the investigation, or ensures that the complainant can easily obtain such information. Relevant information could, for example, concern:

- the procedure used;
- the scope of the investigation, including what issue or issues are being investigated; and
- the progress of the investigation.

At the conclusion of the investigation, the ombudsman issues a written report or decision that normally sets out:

- the ombudsman's findings;
- whether the ombudsman considers the complaint to be justified in whole or in part and the reasons for this view; and
- the ombudsman's recommendations, if any, to the public authority concerned.

Publication of information

The ombudsmen in the Network publish easily understandable information, in widely accessible forms. Such information may include, for example:

- who is entitled to complain;
- against which public authorities a complaint may be lodged;
- the kinds of activity that can be the subject of a complaint, including activities within the scope of EU law;
- the conditions of admissibility of complaints;
- how to complain;
- what language or languages can be used to complain;
- (if appropriate) the conditions under which the ombudsman uses a simplified procedure;
- how to obtain individual advice about the possibility to complain (e.g., telephone hotline); and
- the possible outcomes and remedies if the complaint is found to be justified.

The European Ombudsman has undertaken to facilitate wide access to the information published by the national and regional members of the Network.

The European Ombudsman's website http://www.ombudsman.europa.eu contains information about the Network and links to the homepages of its members. The information

is also available on request from the European Ombudsman's Office (tel. +33 388172313).

An ever-improving service to the public

The ombudsmen in the Network are committed to continuously improving the service that they provide to the public. To this end, this Statement will be regularly reviewed, at least every two years, with the aim of ensuring that it reflects evolving best practice.