amministrativamente
Numero 3/4 – Marzo/Aprile 2011

LA SILENZIOSA MODIFICA DELLA NORMATIVA SUL DIRITTO DI ACCESSO (ART. 25 L. 241 DEL 1990) OPERATA DALLA FINANZIARIA PER IL 2010: L'ABOLIZIONE DEL DIFENSORE CIVICO. GLI ARCHIVI DELLA P.A. *PAUPERIBUS CLAUSI SUNT?*

di FRANCESCO FERRRARA

(Testo dell'intervento tenuto al Convegno del Gruppo San Martino "*La legge sul procedimento venti anni dopo*" – Palermo 16 aprile 2010 ed in corso di pubblicazione nella raccolta degli atti del convegno)

Obiettivo di questo intervento è quello di focalizzare l'attenzione su quella che può essere considerata la più recente e *silenziosa* modifica della disciplina del diritto di accesso alla documentazione amministrativa.

La legge finanziaria per il 2010, prima, e la recente riforma Calderoli, approvata in via definitiva lo scorso 26 marzo, hanno – come è noto – abolito il difensore civico comunale.

Questa abolizione comporta una modifica dell'art. 25 della legge sul procedimento amministrativo, nella parte in cui prevede che a fronte del diniego espresso o tacito all'accesso, o nel caso di differimento da parte dell'amministrazione locale, il richiedente può – in alternativa al ricorso al Tar – chiedere, al difensore civico competente, *ove costituito,* il riesame del diniego stesso.

Solo qualora tale organo non sia stato istituito, allora la competenza è del difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore[1].

Per meglio chiarire il contesto, appare opportuno ricordare che la stessa norma stabilisce che il difensore civico – di qualunque livello territoriale – disponga sempre e comunque di trenta giorni per pronunciarsi.

Per completezza, è poi opportuno sottolineare che l'art. 25 della l. 241 del 1990 stabilisce che decorso il termine di trenta giorni, il ricorso presentato al difensore civico si intende respinto.

---

[1] Giova ricordare che la possibilità di ricorrere in via amministrativa al difensore civico a presidio del corretto esercizio del diritto di accesso è stata introdotta dall'art. 15 della legge n. 340 del 2000. Sul punto, tra i vari commenti, si ricorda quello di M.T. SEMPREVIVA, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005,* Milano, 2005,1396.

In questa ipotesi, il cittadino può rivolgersi al TAR.
Stando così le cose, sembra che il ricorso giurisdizionale rimanga *di fatto* l'unico rimedio esperibile per superare i frequenti ostacoli che le pubbliche amministrazioni pongono alle richieste di diritto di accesso.
Abolendo il difensore civico comunale, i cittadini che vorranno tentare questo rimedio dovranno rivolgersi *necessariamente* al difensore civico provinciale, ora denominato territoriale, sempre che istituito.
Il difensore civico territoriale, tuttavia, mantiene comunque in ogni caso trenta giorni per esercitare i propri poteri persuasivi nei confronti dell'amministrazione
Non è difficile immaginare che – a meno di ampliare gli organici dei difensori civici territoriali – l'aumento del carico di lavoro comporterà, di regola, il superamento dei trenta giorni, costringendo così *di fatto* il cittadino a proporre ricorso al Tar.
Lo scenario sin qui ipotizzato può avere delle conseguenze nei confronti dei cittadini innanzitutto sul piano economico.
Mentre il ricorso al difensore civico è gratuito, quello al Tar ha un costo, seppur basso ma pur sempre un costo: duecentocinquanta euro di contributo unificato; senza considerare che sebbene in questi casi il patrocinio di un avvocato non sia obbligatorio, il ricorso al Tar richiede un minimo di preparazione giuridica che non tutti i cittadini hanno[2].
La scelta operata dal legislatore appare, inoltre, contraddittoria per diverse ragioni che si indicano – molto sinteticamente – secondo un ordine crescente:

---

[2] Sul punto appare opportuno trascrivere quanto si legge nel doc. CXXVIII n. 2/12 della Camera dei deputati – XIII legislatura – in ordine alla possibilità di abolire il difensore civico in relazione alle applicazioni della legge n. 241 del 1990: "*per rendere effettivo l'esercizio dei diritti che"* la legge 241 ha introdotto "*si rende necessario, soprattutto nei confronti dei cittadini più sprovveduti ed indifesi (sia per mancanza di disponibilità economiche si per scarsa conoscenza dei meccanismi tecnico giuridici necessari per interloquire con le strutture pubbliche) l'ausilio di un organismo super partes, che offra la propria consulenza professionale per dare la giusta "veste giuridica" alle istanze di parte.*
In dottrina, tale profilo è stato evidenziato in particolare da F. VETRÒ, *Art. 25, comma 4, 5, 5 bis e 6,* in N. PAOLOANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione,* Torino, 2005, 758 e ss. Sul punto, occorre, inoltre ricordare il contributo di R. FERRARA, *Il difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine ad un dibattito in corso,* in *Dir. Proc.amm.,* 1997, 258, il quale sottolineava come "*il ruolo svolto dal difensore civico in funzione dell'assistenza degli interessi procedimentali dei cittadini sarà invero tanto più decisivo quanto più il richiedente sia persona per così dire sprovveduta e indifesa, anche da punto di vista delle disponibilità economiche, oppure in relazione alla dimensione organizzativa degli apparati amministrativi nei cui riguardi si dirige l'intervento perché nelle grandi realtà metropolitane il grado di scollamento e di alterità dei privati rispetto alle istituzioni locali è certamente più marcato e persino preoccupante".*

1. la prima: l'affermazione, operata con la novella del 2005, quasi solennemente, del diritto di accesso come principio generale dell'azione amministrativa;
2. la seconda, invece, riguarda la più recente modifica apportata con la legge n. 69 del 2009, con la quale soltanto nei confronti delle amministrazioni statali (centrali e periferiche) si prevede nell'ambito del diritto di accesso il ricorso in opposizione! Rimedio che non pare sia utilizzabile per i Comuni;
3. Un ulteriore elemento di contraddizione sembra potersi intravedere, poi, con riferimento al titolo V della Costituzione, in particolare con lo spirito di valorizzazione degli enti locali che sorregge questa parte della Costituzione, dopo la nota riforma del 2001. Già prima di questa novella, parte della dottrina lamentava una intersezione di competenze tra Regioni ed enti locali in questa disciplina[3].

Orbene, con l'abolizione del difensore civico comunale, *l'intersezione di competenze* degli organi territoriali superiori rischia di divenire una costante interferenza.

In tal modo sembra che il difensore territoriale da «*snodo flessibile ed informale di collegamento*[4]*»* tra i cittadini e l'ente locale diventi una sorta di controllore di Province e Regioni sui Comuni. Inoltre, dubbi di compatibilità sorgono in relazione ai principi di differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118 Cost.: i Comuni cd. polvere e le grandi metropoli non sono uguali.

4. Il contrasto sembra ancor più evidente se si volge lo sguardo al quadro comunitario che prevede una figura analoga a quella del difensore civico: il Mediatore Europeo[5];

---

[3] Il riferimento è a M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti,* in G. MORBIDELLI (*a cura di*) , *Codice della giustizia amministrativa,* Milano, 2005, 772.

[4] L'espressione riportata è di E. CASETTA, *Riflessioni sul ruolo attuale del difensore civico,* in *Il diritto dell'economia,* 1997, 228 e ss. , saggio nel quale l'autorevole autore evidenzia che "*il difensore civico" […] "deve […]anche atteggiarsi a snodo flessibile e informale di collegamento, in grado di assicurare una maggiore trasparenza dell'organizzazione amministrativa, capace di offrire ulteriore occasioni di giustificabilità della sua azione e di consentire forme di partecipazione, forse atipiche, ma comunque aggiuntive rispetto a quelle tradizionali".*

[5] Su tale istituto si ricordano: M. P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buon amministrazione comunitaria,* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario,* 2000, 303 e ss.; D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo,* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario,* 2006, 265 e ss.

Se poi si considera che per costante ed uniforme giurisprudenza del Consiglio di Stato non è esperibile in materia di accesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, lo squilibrio sembra apparire più chiaro[6].

E' facile obiettare che in talune realtà il difensore civico non operasse bene e che comunque non dispone ancora di strumenti molto efficaci[7], tuttavia la soluzione appare peggiore del male.

La chiave di lettura di questa novella sembra essere quella della prevalenza di esigenze di risparmio finanziario dei Comuni sul diritto alla trasparenza.

L'abolizione del difensore civico – come si legge nel testo della finanziaria – è posta, infatti, in relazione alle riduzione di trasferimenti erariali nei confronti degli enti locali.

Nell'ideale conflitto tra trasparenza ed esigenze di bilancio, queste ultime prevalgono, caricando i costi dei diritti sui cittadini che si imbattono nelle non rare inefficienze delle amministrazioni locali.

Come è stato sottolineato efficacemente in dottrina "*qualunque intervento sul diritto di accesso si riflette inevitabilmente in positivo o in negativo sull'ampiezza e sulla qualità della trasparenza amministrativa*"[8].

Non è difficile immaginare che questo nuovo sistema comporterà un sacrificio della tutela del cittadino ed un effetto non deflativo del contenzioso, ma dissuasivo dell'esercizio del diritto di accesso.

In assenza di rimedi gratuiti, a secondo dei casi, il cittadino preferirà rinunciare anziché affrontare dei costi[9].

---

[6] In tal senso, Cons. Stato, II, 18 giugno 1997 parere n. 521/1997 in *Cons. St.*1998, I, 2044; id. III, 9 giugno 1998, parere n. 32/98, in *Cons. St.* 1999, I, 1049.

[7] Da ultimo, si vedano le osservazioni e le proposte di M. OCCHIENA, *I poteri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi: in particolare, la funzione giustiziale ex l. 241/1990 e d.p.r. 184/2006* in www.giustamm.it; ancora F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo,* in *Foro Amm. CdS,* 2009, 2971 cui si rinvia per l'ampio corredo bibliografico; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa,* Milano, 2005, 396 e ss.

[8] Il riferimento è a G. ARENA, *Trasparenza amministrativa,* in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico,* Milano, 2006, *spec.* 5951.

[9] Sul tema "*povertà e giustizia*" si ricorda M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società,* Milano, 1977, del quale appare utile riportare un passo che si ritiene piuttosto significativo a i fini della riflessione ivi condotta "*il senso di frustrazione e di alienazione dei poveri, che sentono la macchina della giustizia dello Stato – come qualcosa di estraneo e irraggiungibile, e perciò in ultima analisi ostile, è una tragedia che dà frutti assai pericolosi",* spec. 235.

Concludendo, viene in mente Ovidio che diceva "*curia pauperibus clausa est*", adesso viene da chiedersi se anche gli archivi degli enti locali non siano…. *pauperibus clausi*![10]

[10] Sul punto, in generale, sembra interessante la lettura di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* Roma – Bari, 2008, 339, il quale, a proposito dei fondamenti dei diritti fondamentali, mette in luce come l'importanza di sottrarne il loro esercizio alle dinamiche di forza economica.