

IL RUOLO DELL'OMBUDSMAN NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

*Alice Anselmo**

SOMMARIO: 1. Storia dell'Istituzione – 1.1. L'Ombudsman – 1.2. Le caratteristiche – 1.3. Il Mediatore europeo – 1.4. Il Mediatore e Commissione per le petizioni – 2. Il modello di riferimento e cenni dell'esperienza italiana – 2.1. L'Ombudsman danese – 2.2. Il difensore civico italiano, cenni – 3. L'ufficio dell'Euro-ombudsman e le relazioni con il pubblico – 3.1. Relazioni con il pubblico – 3.2. I mezzi materiali – 3.3. Il personale – 3.4. L'incaricato della protezione dati – 3.5. Il bilancio dell'Ufficio del Mediatore – 4. Il mandato del Mediatore europeo: status e criteri di scelta – 4.1. *segue*: le regole procedurali – 4.2. *segue*: Casi ad esempio – 5. Mediazione e revisione quasi-giudiziale – 5.1. Il Mediatore europeo, "semplice" mediatore o quasi-giudice? – 5.2. La revisione quasi-giudiziale – 6. La necessità di un codice di buon comportamento amministrativo – 6.1. I motivi che fanno ritenere necessario un codice di buona condotta amministrativa per i funzionari della Comunità nelle loro relazioni con il pubblico – 6.2. Progetti di raccomandazione – 6.3. La risposta della Commissione – 6.4. La risposta del Parlamento – 6.5. La risposta del Consiglio – 6.6. I pareri delle altre istituzioni, organismi ed agenzie decentrate comunitari – 6.7. Il modello di codice di buon comportamento amministrativo proposto dal Mediatore e la situazione attuale – 6.8. La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea – 6.9. L'attuale punto di vista del Mediatore – 7. Il Mediatore e il suo apporto al rafforzamento della legislazione europea sull'ambiente – 7.1. L'inadeguatezza della procedura stabilita dall'art.226 CE (ex 169), adottando il Newbury case come esempio – 7.2. L'orientamento del Mediatore sui punti specifici della denuncia – 7.3. Poteri propri di inchiesta conferiti dall'art.226 CE – 7.4. Il Comitato per le petizioni – 7.5. Le deliberazioni del Comitato – 8. Il ruolo del Mediatore quale creatore di norme di "soft law" all'interno dell'Unione europea – 8.1. Una piccola introduzione alla "soft law" – 8.2. L'Ombudsman e la soft law – 8.3. Il Mediatore europeo fonte di "soft law" – 8.4. La prassi del Mediatore europeo quale laboratorio di soft law, e la "cristallizzazione" – 8.5. Diplomazia, ruolo nel miglioramento delle relazioni interistituzionali ed "alleati" – 8.6. Due esempi di risultato dell'opera del Mediatore europeo attraverso i canali di "soft law": l'art. 226 CE sul potere di iniziativa e la contrattazione comunitaria – 8.7. I vantaggi e gli svantaggi – 9. Conclusioni e possibile evoluzione – 10. Bibliografia di riferimento

1.-1.1.- L'istituzione dell'Ombudsman è conosciuta in tutto il mondo; secondo la Presidenza dell'International Ombudsman Institute a tutt'oggi ve ne sono operanti in più di 75 Paesi, anche se noti con nomi differenti¹, mentre a livello comunitario tutti gli stati membri, ad eccezione dell'Italia, hanno istituzionalizzato a livello nazionale l'istituto.

Etimologicamente "*Ombudsman*" è colui che è abilitato ad agire per altri; può essere, altrimenti, definito come un organo esterno di controllo nei confronti dell'amministrazione, situato ai margini delle procedure abituali di ricorso, nonché incaricato di fornire almeno un avviso su questioni che vedono opposti il servizio pubblico ai suoi utenti².

Ma che cosa vuol dire più specificamente "*controllo*"? Indica un particolare esame volto a rivedere, vigilare o riscontrare la regolarità di una funzione esercitata da un soggetto diverso da colui che pone in essere il controllo stesso³.

In ambito europeo due sono stati i modelli già utilizzati da Stati Membri che sono stati presi ad esempio: l'Ombudsman svedese⁴ ed il Commissario parlamentare britannico⁵.

* Dottore di Ricerca in Diritto Costituzionale, Avvocato, Docente presso l'Università Kore di Enna.

¹ <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi> vedi, infra, il par.4.

² <http://www.comeur.it/ineuropa/002/5.htm>.

³ Questo termine è di origine francese: "le contre-role" indicava il contro-ruolo, o doppio registro, in cui erano iscritti i dati relativi a tributi, agli elenchi di prestazione di opere ed agli inventari; inoltre il "contre-role" stava ad indicare quella attività di riesame attuata secondo preesistenti parametri di valutazione e finalizzata alla erogazione della misura sanzionatoria dell'annullamento dell'atto; è stato poi merito della scienza giuridica anglosassone l'aver esteso il significato del termine controllo fino a ricomprendervi, oltre al cosiddetto "controllo-verifica" della regolarità dell'esercizio di una funzione, anche l'ipotesi di cd. "controllo impulso o di direzione", caratterizzati da una funzione-guida o di indirizzo della stessa attività esercitata. Aa. vv., Diritto amministrativo, Monduzzi, 1999, pagg.583, 663; Puglisi: "Il difensore civico e l'evoluzione dei controlli amministrativi", in: www.cahiers.org/Osservatori/1/2000/OTTOBRE/dif_civ_contr_amm_puglisi.html.

⁴ N.E.Holm in "The Danish Ombudsman", Gammeltoft-Hansen, 1995, Copenhagen, pag.13 e ss.; <http://www.drcentre.com/page5a.htm>, <http://www.dailystarnews.com/199901/17/n9011709.htm>, <http://www.bo.se/eng/engelsk.asp>, <http://www.earthsummitwatch.org/ombudpaper.htm>.

⁵ Gregory R. and Hutcheson P. (1975), *The Parliamentary Ombudsman: A Study in the Control of Administrative Action*, London: George Allen and Unwin Ltd, Biblioteca dell'Università Robert Schumann di Strasburgo. <http://www.poptel.co.uk/statewatch/>

Ma nonostante l'obiettivo successo di questa istituzione e la sua utilità, essa è stata contestata in Paesi come la Francia, ed addirittura la sua creazione è stata in un primo momento ostacolata anche dal Parlamento europeo.

La figura dell'Ombudsman non poteva che nascere in Scandinavia, in Paesi con una radicata tradizione democratica, dove la distanza tra Istituzioni e cittadini è meno marcata e il ricoprire cariche pubbliche è più sentito come un impegno verso la collettività piuttosto che un privilegio personale, come sovente e purtroppo accade nei Paesi latini.

Questo Ufficio ha, infatti, visto la luce nel 1809 in Svezia, quando con una legge costituzionale è stato creato un difensore civico, "*Justice Ombudsman*", per difendere i cittadini dagli eventuali abusi dell'Amministrazione, riforma partita dal Parlamento con l'intenzione di assicurare l'indipendenza dell'operato di questo difensore del singolo cittadino da Re, Governo ed Amministrazione, configurandolo come "*organo di giustizia*"; sempre in Svezia, con la medesima autonomia, è stato pure creato nel 1915 un ombudsman militare⁶.

L'impronta lasciata da più di un secolo di esperienza ha fatto sì che la Finlandia, immediatamente dopo il raggiungimento della propria indipendenza, se ne sia dotata nel 1919.

Dovranno in seguito passare quasi quarant'anni per vedere l'Istituzione ripresa da altri Paesi e sempre dell'area scandinava: sia la Norvegia nel 1952 che la Danimarca un anno dopo, hanno istituito degli Ombudsmen con competenza generale.

Attualmente, 26 Stati membri dell'Unione europea, come accennato, prevedono la figura dell'ombudsman nazionale.

La Germania e il Lussemburgo dispongono anche di Commissioni per le petizioni a livello nazionale ed in Italia, allo stato attuale, esiste solo la previsione che consente la creazione di difensori civici regionali e comunali⁷, mentre una proposta legislativa volta ad istituire un difensore civico

<http://www.statewatch.org/secreteurope.html>.

⁶ Wahab, I (1979) *The Swedish Institution of Ombudsman: An Instrument of Human Rights*, Stockholm: Liberförlag, Biblioteca dell'Università Robert Schumann di Strasburgo.

⁷ Vedi infra il paragrafo due della seconda sezione di questo capitolo.

nazionale da anni è in attesa di essere esaminata.⁸

Tra gli Stati membri della Comunità il primo è stato la Repubblica federale di Germania ad adottare un Ombudsman militare, un esempio seguito dalla Gran Bretagna, che ha introdotto nel 1967, con il Parliamentary Commissioner Act del 22 marzo, un Commissario parlamentare, ed è da evidenziare come in questo ordinamento tale organo diventa un verificatore dell'azione amministrativa, dato che mancano termini decadenziali da rispettare per l'impugnativa degli atti amministrativi.

Nel 1973 è la volta della Francia, seppur tra molte resistenze, ad istituire il “*Médiateur de la République*”⁹. In questo processo di estensione del controllo democratico sull'operato delle varie amministrazioni partito dal Nord del vecchio continente vale la pena di notare che Spagna e Portogallo hanno istituito un proprio difensore civico, dopo la caduta dei rispettivi regimi totalitari che li avevano governate per decenni.

Per quanto ci riguarda, a tutt'oggi, alcuni autori si lamentano, e forse i cittadini si sono già rassegnati, del fatto che l'Italia non si sia ancora adeguata ai partners europei, alcuni dei quali, come visto, dall'esperienza democratica assai più giovane, istituendo un difensore civico nazionale, nonostante siano stati fatti notevoli passi verso la trasparenza dell'operato della sua amministrazione, facendo particolare riferimento alla legge 241/90 ed i suoi successivi sviluppi¹⁰.

Riguardo il Mediatore europeo, Il Parlamento europeo aveva adottato per la prima volta una risoluzione su questo tema già nel 1979¹¹. Durante gli anni '80 questo era stato approfondito dal Comitato Adonnino¹², ma si arriva a qualcosa di veramente concreto solamente con la proposta spagnola del 1991, all'interno del più ampio progetto di costituzione della cittadinanza

⁸ Il ruolo del Mediatore europeo, discorso pronunciato da Jacob Söderman in occasione della sesta riunione dei difensori civici nazionali d'Europa a Gerusalemme, Israele, 9-11 settembre 1997, in: http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/pdf/it/jerus_it.pdf, pag.18.

⁹<http://www.mediateur-de-la-republique.fr>,
<http://vosdroits.admifrance.gouv.fr/ARBO/2204-FXVDA110.html>

¹⁰ Enrico Vinci, in: IDG-DOGI / 11.94.04967.

¹¹ GUCE 1979, C 140/153; <http://www.mining.it/euro/parlamento/parlamento.htm>

¹² “A people's Europe”, Bulletin of the EC, Supplement 7/85; <http://www.eurit.it/gfe/prince2inte.html>; <http://www.eur-op.eu.int/code/it/it-5000100.htm>; <http://www.eurplace.org/grandtour/gt/documen/crono.html>.

europea, che viene portata a conoscenza degli altri partners nel quadro della conferenza Intergovernativa durante le negoziazioni che hanno poi portato al Trattato di Maastricht.

Secondo questa proposta l'adozione di tutta una serie di diritti per i cittadini europei avrebbe dovuto essere accompagnata dalla creazione di speciali enti responsabili della loro salvaguardia.

È, infatti, dato di comune esperienza che è praticamente inutile attivare delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, se poi non vi è modo per i titolari di poterle difendere, ancor più vero in ambito comunitario dove, con la debita eccezione del Parlamento europeo, difficilmente sono confutabili le critiche riguardanti la burocratizzazione e la lontananza delle Istituzioni¹³. Inoltre, negli ultimi anni si è manifestata la tendenza ad inserire una sorta di difensore all'interno di strutture comunque verticalizzate e/o burocratizzate; è questo l'esempio di grandi corporations come General Electric¹⁴ e Belgacom¹⁵, che hanno previsto all'interno delle loro rispettive strutture degli Ombudsmen.

1.2. – L'Ombudsman è, oggi in termini generali, un organo collegato alla rappresentanza politica nazionale, dotato di attribuzioni ispettive nei confronti delle amministrazioni dipendenti dall'esecutivo e destinato ad operare come organo di tutela di interessi collettivi ed individuali, compromessi da comportamenti illegittimi o inopportuni, anche omissivi, dell'amministrazione.

Gli ordinamenti che hanno accolto al loro interno l'istituto sono accomunati da caratteristiche comuni per quanto riguarda la forma di governo che li caratterizza: l'elemento indispensabile è il principio organizzativo della separazione dei poteri, quanto meno nella contrapposizione democratica tra organo rappresentativo e governo.

Sulla base di questa premessa si ritiene che l'organo si aggiunga ai sistemi creati dal Parlamento per il controllo dell'esecutivo e che, di conseguenza,

¹³ Saule Maria Rita, "Il Mediatore nel Trattato di Maastricht", in: IDG-DOGI / 11.95.00183; nel sito Web: <http://www.idg.fi.cnr.it>

¹⁴ <http://www.ge.com/annual98/corp/>

¹⁵ 194.7.253.55/dsifblg1.html

debba essere sottratto ad ogni forma di ingerenza da parte di quest'ultimo¹⁶. Il controllo esercitato dall'Ombudsman ha la caratteristica di svolgersi direttamente sull'amministrazione e non sui responsabili politici, che dovrebbero, invece, sottostare al più ampio e democratico controllo dell'elettore.

Altra caratteristica è che l'organo, pur essendo fiduciario del Parlamento, deve esserne autonomo, in quanto spetta al Parlamento stesso fissare con legge i criteri generali di condotta ed organizzazione, non potendo successivamente andare ad influenzare il suo operato.

Spetta a quest'organo di controllo rilevare le inadeguatezze, i vizi e gli abusi nell'uso dei poteri dell'esecutivo sia nell'ambito dell'amministrazione civile che in quella militare, ma non può, tassativamente, modificare, revocare o annullarne i provvedimenti.

La competenza è limitata alle sole ipotesi di cattivo uso, in senso lato, di tale potere da cui derivano lesioni di interessi individuali, ma può anche comportare la denuncia di situazioni oggettive di inadempienze o di disfunzioni circa lo stato organizzativo e della stessa azione amministrativa.

1.3. - Dall'exkursus sulle tradizioni dei Paesi membri sembra strano che la proposta di istituzione del Mediatore sia avvenuta a livello sopranazionale, anche se strettamente collegata a quella sulla cittadinanza dell'Unione europea.

L'idea di introdurre delle previsioni relative alla cittadinanza europea all'interno del Trattato costitutivo dell'Unione fu lanciata da Felipe Gonzalez il 4 maggio 1990 in una lettera indirizzata a tutti gli altri membri del Consiglio europeo¹⁷.

Successivamente a tale lettera la delegazione spagnola formulò una nota riportata all'interno dei lavori della conferenza Intergovernativa sull'unione politica, intitolata "*La strada verso l'Unione europea*". La proposta spagnola proponeva che l'adozione di un catalogo di diritti per i cittadini della, allora futura, Unione non avrebbe dovuto essere elaborata disgiuntamente da

¹⁶ N.E.Holm in "*The Danish Ombudsman*", Gammeltoft-Hansen, 1995, Copenhagen, pag.13 e ss. Royal Danish Embassy; <http://www.denmarkemb.org/ombud.htm>

¹⁷ http://eipa-nl.com/public/public_eipascope

sistemi e meccanismi per poterli far valere, proteggere, in caso di indebita compressione attraverso il ricorso ad enti responsabili della loro salvaguardia.

A questo proposito, la proposta della delegazione spagnola prevedeva che i cittadini europei avrebbero potuto ricevere una più adeguata protezione dei loro diritti “*europel*” inviando delle denunce o delle petizioni ad un Ombudsman europeo, le cui funzioni sarebbero state quelle di proteggere questi “*diritti special?*” derivanti dalla cittadinanza e sulla base di questa prima proposta il Mediatore avrebbe potuto esercitare la sua azione anche attraverso gli Ombudsmen locali od istituzioni equivalenti.

La proposta spagnola non poteva non essere sposata dalla Danimarca, Stato dove l'istituzione è dalla sua creazione assai radicata, e nel memorandum emesso dal Governo danese il 4 ottobre 1990 si ribadiva, infatti, che in base alla forza delle istituzioni democratiche e della

cooperazione comunitaria, un sistema di difesa basato su di un Ombudsman avrebbe dovuto essere introdotto sotto l'egida del Parlamento europeo.

La sua istituzione è stata, infine, approvata a livello politico dal Consiglio europeo di Roma tenutosi il 14 e 15 dicembre 1990¹⁸, dove i Capi di Stato dei dodici decisero di prendere in considerazione la creazione di un meccanismo di difesa dei diritti dei cittadini di fronte alle Istituzioni comunitarie e, al fine di concretizzare questa proposta, gli Stati membri avrebbero potuto inviare le considerazioni appropriate. Qualche mese dopo, il 21 febbraio 1991, la delegazione spagnola inviò una nuova e più completa proposta, articolata in dieci articoli, che individuava nella cittadinanza europea uno dei tre pilastri dell'Unione europea ed il fondamento della sua legittimazione democratica¹⁹; i primi otto articoli riguardavano i diritti dei cittadini europei, il nono i meccanismi azionabili per la loro salvaguardia.

Ne seguiva l'idea che un Ombudsman doveva essere nominato in ogni Stato membro per assistere i cittadini dell'Unione e per difendere i loro diritti di fronte alle autorità amministrative sia dell'Unione che dei rispettivi

¹⁸ www.eurolandia.tin.it/euro/notizie/dossier/elezioni/cammino1c.htm

¹⁹ Dr. Epaminondas Marias, in: http://eipanel.com/public/public_eipascope/94/1/1.htm

Stati; un soggetto giuridico, quindi, avente facoltà di azionare tali diritti davanti agli organi giurisdizionali sia per iniziativa dei diretti interessati, che d'ufficio.

Inoltre, il Mediatore avrebbe avuto, anche, il compito di fornire e rendere usufruibili informazioni chiare e complete sui dati riguardanti i diritti ed il modo in cui azionarli.

Allo stesso tempo, il progetto spagnolo indicava all'interno di un allegato una considerazione sulla costruzione "ingegneristica" della struttura ed il suo *modus operandi* proponendo due modelli alternativi: uno consistente nel conferire tali funzioni ad un Ombudsman europeo, costituito come organo indipendente dell'Unione, o un altro consistente nel rinforzare l'azione dei mediatori nazionali attraverso la coordinazione e l'aiuto di un mediatore, agente a livello europeo. Alcuni mesi dopo, nel maggio del 1991 all'interno della risoluzione sulla deliberazione del Comitato per le petizioni per l'anno parlamentare 1990/1991, il Parlamento europeo ha manifestato riserve riguardo il Mediatore, se non addirittura la propria opposizione alla creazione di un Ombudsman europeo, se questo si fosse rivelato un elemento di depotenziamento del potere di controllo del Parlamento e dei suoi comitati nella supervisione dell'attività della Commissione e dei suoi dipartimenti e/o anche una semplice sovrapposizione al già esistente Comitato per le Petizioni. Bisogna, comunque, far notare che tale opposizione non era assolutamente un atteggiamento nuovo per il Parlamento: infatti, già nel 1985 aveva constatato che le differenze tra i vari sistemi legali degli Stati membri rendevano di fatto impossibile una trasposizione pura e semplice dell'istituzione Ombudsman nel sistema comunitario, considerazione espressa, peraltro contemporaneamente, dagli stessi Ombudsmen nazionali e dal Presidente del Comitato per le petizioni riuniti in un meeting tenutosi nel marzo del 1991, quando la Commissione aveva presentato i progetti per la creazione del Mediatore europeo come punto di discussione all'interno di una conferenza Intergovernativa sull'unione politica.

Il cardine del punto di vista del Parlamento era che già il Comitato per le petizioni aveva le potenzialità per svilupparsi in una sorta di ombudsman, e per di più sotto il suo diretto controllo, senza i problemi derivanti dalla creazione di un nuovo soggetto giuridico, organo od istituzione, e la sua

incorporazione in un sistema già esistente²⁰.

Un tal nascituro Ombudsman avrebbe dovuto, quindi, non entrare in conflitto di competenza con soggetti già esistenti quali, appunto, il Comitato per le petizioni, gli Ombudsmen nazionali ed i Comitati per le petizioni operanti all'interno dei singoli stati; ovvero non invadere la sfera di competenza di tali soggetti ed andare a coprire le aree ancora prive di tutela.

Infine, il progetto ha visto la luce durante la presidenza lussemburghese, strutturato in maniera tale da poter essere qualificato come un capolavoro di compromesso: il progetto del Trattato ha previsto infatti, da una parte, la creazione del Mediatore e, dall'altra, per la prima volta all'interno del diritto comunitario, una base legislativa al diritto di sottoporre petizioni al Parlamento europeo. Il punto di compromesso è stato centrato nel limitare la competenza del Mediatore alla conoscenza di denunce dirette contro casi di cattiva amministrazione, verificatisi nella attività di istituzioni od organi comunitari, e nella sua elezione e subordinazione al Parlamento, controbilanciato dal divieto al Comitato per le petizioni, costituito in seno allo stesso Parlamento, di accettare petizioni proposte da singole persone.

Il 25 ottobre 1993 una conferenza interistituzionale tenutasi in Lussemburgo ha portato alla adozione di una dichiarazione riguardante democrazia, trasparenza e sussidiarietà e lì il Parlamento, il Consiglio e la Commissione, quali istituzioni della Comunità, hanno dato il loro assenso a tre punti posti durante la stessa: il primo sulle procedure necessarie all'incremento e concreta applicazione del principio di sussidiarietà; il secondo sugli elementi necessari per attivare il Comitato di conciliazione come disposto dall'art.251 (ex189b) CE, ed il terzo, infine, sul progetto di decisione del Parlamento europeo per l'elaborazione delle regole di

²⁰ Adam Roberto, in: IDG-DOGI / 11.95.00186; Adam Roberto, in: IDG-DOGI / 11.94.04972 Adam Roberto: Intervento al "Séminaire sull'Ombudsman", Lussemburgo 27/11/1992 in: *Riv. intern. diritti uomo*, 1992, fasc. 3, dicembre, pagg. 928-934. Tale organismo è stato istituito con il Trattato sull'U.E. di Maastricht nel 1992, con sede a Strasburgo. Ex art.195 Trattato, esso è nominato dal Parlamento europeo con mandato rinnovabile e non può dallo stesso essere rimosso se non, ex art.195/2°c., a mezzo ricorso alla Corte di giustizia. Ad oggi hanno rivestito tale carica Jacob Soderman dal 1995 al 2003, e Nikoforos Diamandouros dal 2003, attualmente in carica.

funzionamento dell'ufficio del Mediatore. In seguito, durante la sessione plenaria del novembre 1993, il Parlamento ha, finalmente, adottato una risoluzione sul summenzionato consenso, approvando tra l'altro la decisione ed il funzionamento dell'ufficio del Mediatore, autorizzando così il suo presidente a sottoscrivere tale decisione e pubblicarla nella Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee non appena ricevuto l'assenso formale del Consiglio.

Quindi, in base all'articolo 2 di tale decisione del Parlamento ogni cittadino dell'Unione, sia egli persona fisica o giuridica residente o avente sede legale all'interno di uno degli Stati membri dell'Unione, può direttamente o attraverso uno dei membri del Parlamento europeo presentare una denuncia al Mediatore contro un caso di cattiva amministrazione posto in essere nell'attività di un'istituzione od organo comunitario, fatta l'eccezione della Corte di Giustizia o del Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie²¹.

Il processo in corso sull'integrazione europea e la decisione su di una "*Union sans cesse plus étroite parmi les États membres*" contenuta nel preambolo del trattato di Maastricht, e sviluppata successivamente in quello di Amsterdam, non può che portarci ora a focalizzare il discorso sulla trasparenza, sul funzionamento ed operato di Commissione e Consiglio. Infatti, il processo di integrazione europeo e l'ulteriore allargamento dell'Unione potrà aversi con successo unicamente se ci sarà il pieno supporto dei suoi cittadini.

E' stata questa la linea di pensiero basata sulla considerazione dell'evoluzione storica che ha portato gli allora dodici membri, a Maastricht, alla creazione del Mediatore europeo.

1.4. - Entrambi sia il Mediatore che la Commissione per le Petizioni²², che si trova in seno al Parlamento europeo, sono enti non giudiziali muniti della competenza a salvaguardare i diritti politici e sociali in rapporto alle

²¹ Decisione 94/262 del Parlamento europeo del 9 marzo 1994 sullo statuto e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore, in GUCE L 113 del 4 maggio 1994, pag.15; decisione generalmente nota come "*Statuto del Mediatore europeo*".

²² <http://europa.eu.int/scadplus/leg/it/cig/g4000d.htm#d8>

Istituzioni comunitarie, le quali, appunto, proprio per la loro lontananza e prive di quella legittimità che può essere data da un'elezione democratica, potrebbero pensare e, di conseguenza, agire ritenendo di non essere soggette al controllo dei cittadini.

Quindi, questi enti non giudiziali, insieme al sistema giudiziale della Comunità, Tribunale di primo grado e Corte di Giustizia, formano un sistema che garantisce la partecipazione dei cittadini alla vita attiva dell'Unione in maniera attiva e non come sudditi.

In molti Paesi dell'Unione, come abbiamo già visto sopra, gli Ombudsmen sono previsti accanto ai Comitati per le petizioni previsti all'interno dei singoli Parlamenti: infatti, in Germania il Comitato per le petizioni del Bundestag riceve ogni anno migliaia di denunce, ruolo analogo che ha anche il Comitato per le Petizioni avente sede nel Parlamento portoghese; in Belgio l'Ombudsman della comunità fiamminga e quello della città di Anversa funzionano in parallelo con il Comitato per le Petizioni del Parlamento di quel Paese, mentre il Lussemburgo ha dimostrato la sua preferenza verso il Comitato delle Petizioni che ha sede nella Chambre des Députés.

2.-2.1. - a: la sfera di competenza

La Danimarca si è dotata di un proprio ufficio di difensore civico nel 1955, prendendo quale spunto il corrispondente ufficio svedese differenziandolo, però, in alcune caratteristiche e perseguendo un duplice obiettivo: innanzitutto, quello di esercitare un controllo sull'amministrazione in nome del Parlamento, ampliandone il raggio d'azione, una necessità, questa, considerata sempre crescente davanti alla vastità e complessità dell'azione amministrativa; in secondo luogo al fine di garantire il rispetto della legge e dell'ordine a favore del singolo, quasi una sorta di istituzione d'appello per i cittadini entrati in conflitto con istituzioni, organi od enti amministrativi. In definitiva, l'Ombudsman è stato concepito come *“protettore dell'uomo della strada, contro l'arbitrarietà e gli abusi di potere da parte dell'esecutivo”*²³.

È stato fatto un notevole sforzo per mantenere quest'ufficio in una

²³ Anderson, Epaminondas, cit. Kaj Larsen, in *“the Danish Ombudsman”*, cit., pag.39 e ss.

dimensione limitata, non burocratizzata, imperniandola essenzialmente sull'elemento personale.

Già ad un primo sguardo, il *Danish Ombudsman Act* dà l'impressione di aver concepito una sorta di autorità disciplinare: la sua funzione è, infatti, quella di valutare se i soggetti sotto la sua sfera di controllo abbiano commesso errori o siano stati negligenti nell'assolvimento dei compiti loro assegnati e se, sulla base degli elementi raccolti, un'amministrazione sia da considerarsi potenzialmente responsabile, ai sensi sia della legge sia civile che penale, per il mancato assolvimento dei propri compiti.

Se una tale responsabilità è appurata, una "raccomandazione" viene inviata al Comitato per gli affari legali del Parlamento affinché sia dato inizio alle adeguate azioni legali davanti alle Corti competenti. Inoltre, se viene rilevato che un impiegato ha una possibile responsabilità di cattiva condotta nell'adempimento dei propri compiti, ciò viene portato a conoscenza dell'organo amministrativo competente per l'avvio dell'adeguato procedimento disciplinare.

Il *Danish Ombudsman* ha, inoltre, il compito di segnalare al Parlamento, ed al competente ufficio ministeriale, difetti in leggi, regolamenti, procedure o prassi amministrative di cui sia venuto a conoscenza, potendo, contestualmente, suggerirvi delle migliori.

Le denunce hanno, nel corso degli anni, avuto più la tendenza ad interessare le decisioni delle autorità amministrative piuttosto che il comportamento personale degli impiegati civili, anche perché le raccomandazioni che l'Ombudsman invia in questi casi hanno effetto vincolante, il che non può non fornire una particolare incisività alla sua azione. Gli sono infine attribuiti ampi ed incisivi poteri di inchiesta azionabili e esauribili su base discrezionale, sia sui punti a lui direttamente sottoposti nella denuncia (che ha l'obbligo di esaminare nella loro totalità), sia in altri di cui venga a conoscenza incidentalmente.

b: l'Ombudsman e la revisione giudiziale

In Danimarca non esiste un sistema di tribunali amministrativi, come è quello esistente in Italia od in altri Paesi dell'Europa continentale, e nemmeno un organo centralizzato a cui indirizzare appelli in materia amministrativa.

Quel Paese ha, invece, tutta una serie di tribunali amministrativi

specializzati, e rispettivamente indipendenti, ove indirizzare istanze relative a sussidi di disoccupazione, pensioni, protezione dell'ambiente, in materia tributaria., etc... L'operato di tali tribunali, come delle altre autorità amministrative, è soggetto a revisione giudiziale e tale potere è affidato alla giurisdizione ordinaria, come nel sistema di *common law* inglese.

L'Ombudsman danese non si limita a conoscere solamente gli aspetti di mera legalità degli atti a lui sottoposti, ma ha anche il potere di sindacarli nel merito: come poter dunque scegliere tra Ombudsman e revisione giudiziale? La scelta non dipenderà solamente dall'oggetto ma, soprattutto, dalle differenze che riguardano la procedura da seguire.

Comparata alla revisione giudiziale, la procedura davanti all'Ombudsman è assai più semplice non richiedendo né formalità né costi da sostenere. Per contro, l'Ombudsman non può invalidare né modificare una decisione amministrativa, ma può semplicemente ed unicamente fornire la propria opinione su di un caso portatogli in esame e fornire il proprio punto di vista in merito alla semplice legalità delle decisioni amministrative.

Un denunciante che abbia adito l'Ombudsman senza successo potrà ulteriormente perseguire i suoi fini portando il caso davanti alle corti competenti, anche se nella pratica raramente questo si verifica, come ugualmente raro è che un'autorità amministrativa sfidi un'opinione di un Ombudsman non osservandone una raccomandazione diretta a chiedere l'annullamento o la modifica di una decisione amministrativa che egli abbia considerato non conforme alla legge od alla prassi.

Nei casi in cui, comunque, ciò accadesse l'Ombudsman, di norma, indirizzerà una raccomandazione al Ministro della Giustizia affinché al privato cittadino sia concesso il gratuito patrocinio al fine di facilitare una decisione finale e vincolante sul caso, e davanti alla giurisdizione ordinaria egli non prenderà nessuna parte nel corso della procedura.

Come ultima osservazione, è da rimarcare che all'Ombudsman danese è espressamente vietato di sindacare sull'operato delle Corti nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

c: l'Ombudsman ed il Folketing

Il difensore civico danese è rappresentativo del Parlamento (*Folketing*) ed esercita le sue funzioni di controllo sull'amministrazione per conto di esso. Il fatto che tale autorità gli derivi direttamente dal massimo organo

rappresentativo dà un peso particolare alle opinioni da lui espresse sulla condotta degli ufficiali di governo, per quanto allo stesso tempo si evinca la sua estraneità all'amministrazione sulla quale ha il compito di vigilare. La necessità di una buona intesa di lavoro tra il Parlamento e l'Ombudsman è, senza dubbio, elemento essenziale per il buon funzionamento dell'ufficio, e questa dipende in larga misura dal contorno costituzionale entro il quale ambedue operano.

L'Ombudsman è sì eletto dal Parlamento ma il rapporto intercorrente non può certo definirsi di subordinazione: quest'ultimo può e deve, in ogni momento, emanare delle direttive generali sulle modalità di condotta dell'ufficio ed ha la facoltà di revocargli la carica nel caso in cui venga meno il rapporto di fiducia che ha portato alla sua elezione.

Ma, definiti questi limiti, l'Ombudsman deve agire in totale indipendenza, un requisito naturalmente necessario per assicurare il pieno affidamento dei cittadini al suo lavoro, alla sincerità delle opinioni che esprime, per evitare che egli si vada a schierare in controversie di natura politica. Riassumendo, in tre semplici punti, questi sono i cardini dell'azione del *Danish Ombudsman*: innanzitutto, l'istituzione serve ad evitare casi di cattiva amministrazione, che potenzialmente possono essere posti in essere dall'amministrazione stessa; in secondo luogo, a risolvere eventuali dispute comunque nate sulle quali vi abbia competenza ed, infine, anche come conseguenza, contribuisce a sviluppare nuovi standards di comportamento amministrativo.

2.2 - In Italia il dibattito sull'opportunità di istituire tale organo nasce negli anni '60 con in prima fila Arturo Carlo Jemolo, che lo idealizza come un controllore degli atti di governo, ma sarà necessario attendere l'approvazione degli statuti delle Regioni ordinarie per avere una normazione positiva in questo senso. Rinviene purtroppo sottolineare che l'ordinamento italiano è rimasto l'unico fra i paesi comunitari a non aver istituito un Ombudsman nazionale.

In questi statuti ordinari si è giunti, quanto meno, ad una previsione formale di una istituzione ispirata all'Ombudsman, anche se solamente con un limite di azione solo a livello regionale. Successivamente, l'istituto è stato

ripreso dall'art.8 della legge 142/1990 di riforma delle autonomie locali, che in ossequio ai criteri di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, già sancito dall'art.97 della Costituzione, gli attribuisce funzione di segnalazione delle disfunzioni, abusi, carenze e ritardi dell'attività di tali enti a danno dei cittadini²⁴. Un più recente sviluppo è arrivato con il decreto legislativo 267 del 18 agosto 2000 che ha riformato il testo unico sull'ordinamento degli enti locali, e ci fornisce le argomentazioni giuridiche per capire il ruolo del difensore civico nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali²⁵.

Il problema è che l'art.8 della 142/90 è collocato nell'ambito del titolo dedicato alla partecipazione procedimentale, e sulla base di quest'osservazione nasce il problema di verificare se il legislatore del 1990 ha voluto qualificare il difensore civico come organo di controllo o semplicemente come un soggetto giuridico avente la prerogativa di partecipare alla funzione procedimentale.

Questo scoglio non è stato superato dall'articolo 11 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali, che è rubricato "*Difensore civico*" e situato nell'ambito del Titolo I (Disposizioni Generali) della Parte I (Ordinamento Istituzionale)²⁶.

Quale sviluppo ci si potrà attendere nell'ordinamento italiano? Si può confidare che, ottimisticamente, e sempre prendendo le mosse dal disposto costituzionale dell'articolo 97, esso diventerà un ulteriore garante della imparzialità e buon andamento della azione amministrativa, assumendo questo ruolo di controllore super partes.

E' indubbio che l'evoluzione dei compiti del difensore civico, organo collegato ma non appartenente al potere politico, come risulta anche dallo studio comparato del ruolo e dei compiti dei vari ombudsmen, è da ascrivere al processo storico evolutivo del principio di democraticità, al quale si aggiunge la conseguente evoluzione dell'esercizio delle funzioni amministrative e della relativa funzione di controllo su cui è opportuno, sinteticamente, puntare l'attenzione: secondo la dottrina il controllo sull'attività assume una duplice configurazione a seconda che si voglia

²⁴ Aa. vv., *Corso di diritto amministrativo*, cit.

²⁵ http://cedweb.mininterno.it/autonomie/speciale_autonomie.html

²⁶ Puglisi cit.

indicare una attività di valutazione critica sull'azione amministrativa già svolta (il cd. "*controllo di gestione in senso stretto*"), condotta sulla base di elementi di confronto predeterminati, oppure un'attività svolta all'interno dell'amministrazione controllata (il cd. "*controllo di efficienza*"), per la verifica dell'attività con gli obiettivi programmati durante il suo svolgimento. Il controllo sull'attività, quindi, assume il significato sia di una valutazione contestuale all'azione amministrativa per valutarne la conformità agli obiettivi, sia a posteriori per accertare che i risultati programmati siano stati raggiunti, in vista di una miglior efficacia dell'azione amministrativa, in ossequio sempre, all'art.97 Cost. In questo panorama complessivo si concreta l'attività di controllo del Difensore civico ed, in particolare, occorre puntare l'attenzione sulle riforme che, in materia di autonomie locali, hanno innovato la materia dei controlli sugli atti degli enti locali, soprattutto la legge 127/97 (cd. *Bassanini bis*) che ha attribuito al difensore civico alcune delle funzioni di controllo che prima spettavano al Coreco: più precisamente l'art. 17, ai commi 38-39, prevede che un quarto dei consiglieri provinciali o comunali possano chiedere la sottoposizione delle deliberazioni della giunta e del consiglio in materia di appalti e forniture di rilievo comunitario, assunzione di personale e piante organiche al sindacato di legittimità del difensore civico.

Quest'ultima forma di controllo trova nella 127/97, modificata l'anno successivo dalla 191/98, una disciplina totalmente innovativa, la cui competenza viene attribuita al difensore civico comunale o provinciale sulla base di un procedimento particolare: se quest'ultimo ritiene illegittima una deliberazione ne dà comunicazione all'ente assieme all'invito a modificare i vizi riscontrati, ma se, nonostante tale invito, l'ente non ottempera alle censure avanzate eliminando i vizi, la deliberazione può rimanere in vita ed acquistare comunque esecutività semplicemente attraverso un atto di conferma dell'organo emanante adottato a maggioranza assoluta. Sembra quindi che al difensore così venga demandato, nei limiti delle osservazioni addotte, un controllo di legittimità che sfugge ai limiti posti in sede di controllo obbligatorio.

Da notarsi, comunque, che al difensore civico non è concesso il potere di annullamento dell'atto che, attraverso una "semplice" riapprovazione alla maggioranza assoluta acquista efficacia, generando solamente una probabile

responsabilità politica del Consiglio. Sulla base di questi elementi si può ipotizzare che tali funzioni di controllo potrebbero avere un ruolo dinamico e si potrebbero assestare come uno strumento attivo per il costante adeguamento dell'azione amministrativa ai programmi e alle previsioni su cui si fonda, agli obiettivi prefissati, e lo strumento su cui basare tutto questo potrebbe essere lo statuto comunale.

3.3.1 - La strategia del Mediatore europeo nell'utilizzo dei mezzi di informazione ha due obiettivi: il primo è quello di informare coloro i quali potrebbero avere un motivo valido per presentare una denuncia per cattiva amministrazione, nell'azione di un'istituzione o di un organismo comunitario, sul loro diritto di rivolgersi al Mediatore e quale è la procedura da seguire; il secondo è quello di migliorare le relazioni tra l'Unione ed i suoi cittadini informandoli sul ruolo del Mediatore nel contribuire ad assolvere all'obbligo della Comunità verso l'attuazione di forme di amministrazione aperte, democratiche e responsabili. Allo stesso tempo è essenziale evitare di suscitare aspettative infondate che altro non farebbero che generare un aumento delle denunce ricadenti al di fuori della sfera di competenza del Mediatore.

Questo è alla base della strategia di informare accuratamente i potenziali denunciatori, sia attraverso i mezzi mediatici convenzionali (pubblicazioni, convegni...) che quelli, nuovi, elettronici (sito Web, archivio elettronico).

3.2. - Le regole giuridiche che esaminiamo sono state create per permettere al Mediatore di assumere e svolgere il suo compito nella migliore delle condizioni possibili, ma queste non potrebbero essere efficaci se non fossero accompagnate da mezzi materiali sufficienti e gestiti in maniera autonoma: un'insufficienza delle risorse, infatti, gli impedirebbe di rispondere utilmente, nei tempi e in qualità, alle denunce o di effettuare le inchieste che egli giudichi necessarie.

Il primo requisito per un'efficace azione del suo ufficio è quindi che il Mediatore si consacri totalmente a questo incarico, proiezione della regola contenuta nell'art.195 CE, che gli impone il divieto di esercizio in

contemporanea di qualsiasi altra attività professionale.

Parimenti di estrema importanza sono da considerarsi le risorse materiali ed umane di cui dispone: anche se il Mediatore è un organo unipersonale, non ne consegue che egli debba necessariamente lavorare da solo; comporta, invece, che lo svolgimento e conclusione di ogni argomento preso in considerazione dal suo ufficio vengano compiuti sotto la sua supervisione, in suo nome e, di conseguenza, sotto la sua responsabilità. Di qui la necessità che i mezzi a sua disposizione siano mezzi propri dell'ufficio; se, per assurdo, egli dovesse appoggiarsi a strutture di altre organizzazioni, con la debita eccezione di quelle del Parlamento europeo per evidenti ragioni di economia, potrebbero sorgere conflitti di attribuzione, o altre tensioni tali da comprometterne un efficace funzionamento.

3.3. - Tutti gli agenti ed i funzionari dell'ufficio del Mediatore sono soggetti ai regolamenti e discipline applicabili ai funzionari ed altri agenti delle Comunità europee, una posizione che assicura uno status sufficientemente interessante per attrarre delle candidature di qualità. Il loro inquadramento è paragonabile a quello degli assistenti che hanno il compito di assistere i giudici della Corte di Giustizia.

Altra disposizione di rilievo è quella che prevede per i funzionari delle Comunità o degli Stati membri nominati al segretariato del Mediatore di essere distaccati, nell'interesse del servizio, con la garanzia della reintegrazione in pieno diritto nella loro istituzione d'origine alla cessazione di questo incarico; non c'è, quindi, alcun possibile pregiudizio per la loro carriera. Per quanto riguarda la durata dell'incarico di questo personale, al fine di assicurare una certa continuità di lavoro, è necessario che esso non sia rivoluzionato ad ogni cambio di legislatura, ma nemmeno il periodo di permanenza nell'ufficio deve essere così lungo da arrivare a cadere nel paradosso che un'istituzione assolutamente antiburocratica come quella del Mediatore si trasformi a sua volta in burocratica. Attorno ad un'équipe stabile e permanente ruotano quindi dei collaboratori a tempo determinato reclutati per l'assolvimento di uno o più compiti determinati e, secondo una disposizione del Parlamento europeo, è lo stesso Mediatore a scegliere il responsabile principale della sua segreteria; tale nomina, se effettuata da un soggetto estraneo, potrebbe, infatti, tramutarsi in un altro fattore di pressione sia al momento delle negoziazioni per la nomina che nel corso

della attività lavorativa, dato che tale soggetto difficilmente potrebbe poi esimersi da una qualche gratitudine nei confronti del suo “sponsor” .

Il Mediatore deve avere l'assoluta fiducia nell'operato della sua segreteria e questa ha più possibilità di esserci se il responsabile viene scelto da lui personalmente.

Per evitare inutili doppioni di personale amministrativo e tecnico, molti dei servizi necessari al Mediatore sono forniti da o attraverso il Parlamento europeo, ed i settori in cui il Mediatore si affida, in maggiore o minore misura, a questa assistenza sono: personale, ivi compresi contratti, stipendi, indennità e previdenza sociale; controllo finanziario e contabilità; preparazione ed esecuzione del titolo 1 del bilancio; traduzione, interpretazione e stampa; sicurezza; informatica, telecomunicazioni e servizi postali ²⁷.

All'inizio del 1996 il Mediatore disponeva di un organico di 10 persone, un bilancio suppletivo e rettificativo ha assicurato tre nuovi posti, portando così l'organico a 13²⁸; all'inizio del 1997 il Mediatore disponeva di un organico aumentato a 16 persone²⁹; diventate 17 all'inizio del 1998³⁰; 23 nel 1999 ed infine 24 nel 2000³¹.

Tutti i posti iscritti al bilancio del Mediatore sono stati temporanei fino alla stesura del bilancio per il 1998. Il bilancio 1999 ha creato sei posti supplementari, fra cui un posto A3, ma la Commissione per i bilanci del Parlamento europeo ha bloccato in riserva gli stanziamenti per tre di questi nuovi posti, ivi compreso il posto A3 e ne ha fatto dipendere lo sblocco dalla presentazione di un piano d'azione riguardante la trasformazione di posti temporanei in posti permanenti. All'inizio del 1999, pertanto, risultavano finanziati solo 20 dei 23 posti complessivi dell'organigramma. Nel febbraio 1999 il Mediatore ha presentato un piano d'azione per la ristrutturazione dell'ufficio che comprende la separazione dell'attività giuridica da quella amministrativa attraverso la creazione di due sezioni distinte, con l'ulteriore previsione di una graduale transizione dall'impiego di

²⁷ <http://www.europarl.eu.int/dg1/a4/it/a4-96/a4-0311.htm>

²⁸ Rapporto 1996, pag.121.

²⁹ Rapporto 1997, pag.329.

³⁰ Rapporto 1998, pag.310.

³¹ Rapporto 1999, pag.304.

posti esclusivamente temporanei ad una maggioranza di posti permanenti. Pur avendo accolto il piano d'azione, la commissione per i bilanci non ha sbloccato i fondi per il posto A3 supplementare, a quanto pare presupposto necessario per scindere il ruolo giuridico da quello amministrativo del responsabile del segretariato³².

3.4. - Il diritto alla protezione della sfera personale degli individui è primariamente assicurato dal Trattato CE all'art.286, il quale stabilisce che gli atti comunitari riguardanti la protezione delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali ed alla libera circolazione degli stessi, si applicano alle istituzioni ed agli organismi istituiti dal Trattato stesso o sulla base del medesimo.

Inoltre, il Mediatore ha deciso di designare all'interno del suo ufficio un funzionario incaricato della protezione dati, non solo sulla base della direttiva 94/46/CE del 24 ottobre 1995 del Parlamento e del Consiglio, sempre relativa alla tutela delle persone fisiche riguardo la tutela dei dati personali e circolazione degli stessi, ma anche per la semplice considerazione che un funzionario espressamente incaricato non può che incrementare e contribuire a promuovere le garanzie per i diritti e le libertà delle persone interessate dalle operazioni di trattamento dei loro dati sensibili³³.

I compiti del responsabile³⁴ sono quelli di istituire e tenere un registro pubblico delle attività di trattamento dei dati svolte all'interno dell'ufficio del Mediatore europeo; compito a questo complementare è quello di redigere con cadenza annuale e da pubblicare entro il primo febbraio di ogni anno con riferimento all'anno precedente, una dichiarazione di affidabilità avente ad oggetto il rispetto, da parte dell'ufficio stesso, degli atti comunitari relativi al trattamento dei dati personali e loro circolazione³⁵.

3.5. - L'articolo 12 del regolamento finanziario delle Comunità europee

³² Rapporto 1999, pag.305.

³³ http://www.euro-infonet.it/notizie/notiziario_99073105.html

³⁴ <http://www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/it/dataprot.html>

³⁵ GUCE L 281/95, pag. 31.

prevede che il Mediatore trasmetta al Parlamento europeo entro il 1° maggio di ogni anno una previsione di entrate e di spese per l'anno successivo.

Lo statuto del Mediatore europeo stabilisce che il suo bilancio deve figurare nell'allegato della sezione I (Parlamento europeo) del bilancio generale delle Comunità europee pubblicato nella Gazzetta Ufficiale³⁶.

Il dibattito sulla possibilità di creare un bilancio indipendente ha avuto inizio nel 1998 e nello stesso anno il Parlamento europeo ha deciso di modificare il regolamento finanziario al fine di istituire un bilancio indipendente per il Mediatore europeo³⁷. Nel dicembre 1999 il Consiglio ha approvato una proposta in tal senso ed ha effettuato le necessarie modifiche al regolamento finanziario, con decorrenza dal 1° gennaio 2000. Questa iniziativa è stata accolta sì con favore, ma anche con la dovuta riserva dell'accoglimento dei necessari tempi tecnici, dato che non si deve trasformare in un ostacolo all'attività di trattazione delle denunce, può, quindi, essere realistica l'istituzione di un bilancio indipendente a partire dal 2001³⁸.

Il bilancio del 1999, come quelli degli anni precedenti, è stato redatto sotto forma di allegato al bilancio del Parlamento europeo, in conformità delle disposizioni vigenti, fermo restando che, ove necessario, il Mediatore può richiedere un trasferimento dal fondo di riserva per sopravvenienze passive del Parlamento, come avvenuto nel 1996 e nel 1998³⁹. Per migliorare la trasparenza il bilancio 1999 ha compreso per la prima volta un "onorario di gestione" per coprire i costi del Parlamento europeo relativi alla fornitura di servizi del personale, quali l'amministrazione di contratti, stipendi e indennità del personale e una serie di servizi informatici.

La cooperazione tra il Parlamento europeo e il Mediatore europeo ha avuto inizio a seguito dell'accordo quadro del 22 settembre 1995, completato dagli accordi sulla cooperazione amministrativa e sulla cooperazione di bilancio e finanziaria siglati il 12 ottobre 1995. Questi accordi dovevano scadere al termine della legislatura del Parlamento eletto

³⁶ Art.12 dello statuto.

³⁷ Rapporto 1998, pag.11; Regolamento 2673/1999 del Consiglio del 13 dicembre 1999, GUCE L 326, pag.1.

³⁸ Rapporto 1998, pag.12.

³⁹ Rapporto 1999, pag. 310.

nel 1994, ma nel luglio 1999 il Mediatore e il Presidente del Parlamento europeo hanno siglato un accordo che ha prorogato gli accordi originari di cooperazione fino alla fine del 1999. Nel dicembre 1999, infine, il Mediatore e il Presidente del Parlamento europeo hanno sottoscritto un accordo che ha rinnovato gli accordi di cooperazione, con alcune modifiche per l'anno 2000 e che prevede, per gli anni a venire, un rinnovo automatico⁴⁰.

In comune con le altre istituzioni ed organi comunitari, dal 1 ° gennaio 1999, il Mediatore europeo ha adottato l'Euro a fini di bilancio⁴¹.

4.- Il primo e vitale compito del Mediatore è quello di trattare specifiche istanze riguardanti casi di cattiva amministrazione⁴². Egli deve provvedere ad una significativa riparazione e reindirizzamento in favore di cittadini o residenti che si siano visti negare i loro diritti o che non abbiano ricevuto il trattamento dovuto da istituzioni od organi comunitari. L'Ombudsman ha il compito istituzionale, oltre a quello di supportare l'azione di questi soggetti, di promuovere prassi di buona amministrazione e questo comporta cooperazione con le autorità amministrative al fine di ricercare, e far loro adottare, soluzioni che migliorino le loro relazioni con i cittadini, come peraltro ha ben chiarito il Comitato per le petizioni del Parlamento europeo: *“il proteggere i diritti dei cittadini e l'incremento delle relazioni tra le istituzioni comunitarie ed i cittadini stessi vanno di pari passo”*⁴³.

L'Ombudsman, inoltre, aiuta a circoscrivere quale sia effettivamente la materia del contendere e, per quanto possibile, promuove soluzioni amichevoli e formula raccomandazioni che aiutino ad evitare il ricorso alle Corti. Infine, dato il background storico della nascita dell'Ufficio, all'*Euro-ombudsman* si deve riconoscere un'obbligo di promuovere, nei limiti del suo mandato, sia l'effettiva implementazione dei diritti dei cittadini europei, ad ogni livello, sia la trasparenza del lavoro delle istituzioni ed organi comunitari.

⁴⁰ Rapporto 1999, pag.307.

⁴¹ Rapporto 1999, pag.308.

⁴² Art.2 dello statuto.

⁴³ Rapporto sul ruolo del Mediatore europeo nominato dal Parlamento europeo, relatore Mr. Newman, A4 0083/94 PE 209.768/fin

Il Mediatore svolge le sue funzioni nel rispetto dell'articolo: 195 (ex 138CE) paragrafo 4 del trattato, che istituisce la Comunità europea; 20 D, paragrafo 4 del trattato CECA e 107 D, paragrafo 4 del trattato CEEA; dello statuto del Mediatore⁴⁴ e delle disposizioni di esecuzione adottate dal Mediatore stesso ai sensi dell'articolo 14 del suo statuto. L'articolo 195 del trattato CE dispone che: *“il Mediatore è nominato dopo ogni elezione del Parlamento europeo per la durata della legislatura. Il suo mandato è rinnovabile”*, mentre il regolamento del Parlamento europeo, all'art.177, ha aggiunto alcuni ulteriori dettagli alla procedura elettorale⁴⁵.

Il testo dello statuto e delle disposizioni di esecuzione, in tutte le lingue ufficiali, sono pubblicati nel sito Web del Mediatore⁴⁶, nonché disponibili presso il suo ufficio o le varie “antenne” sparse nei Paesi membri. Le disposizioni di esecuzione riguardano il funzionamento interno dell'ufficio, tuttavia, onde garantire che esse costituiscano un documento comprensibile e utile per i cittadini, comprendono anche materiale concernente le relazioni con altre istituzioni ed altri organi che compaiono nello statuto del Mediatore.

Nel giugno 1999 il Parlamento europeo ha modificato e proceduto ad una nuova numerazione degli articoli 177-179 CE, disposizioni del suo regolamento concernenti le relazioni del Parlamento europeo con il Mediatore europeo. Tali modifiche chiariscono che la relazione annuale e le relazioni speciali del Mediatore sono trattate dalla stessa commissione competente nel merito (in pratica la Commissione per le petizioni). Il mandato del Mediatore, così come delineato dal “rinumerato” articolo 195 del trattato CE, autorizza quest'ultimo a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o 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 e degli organi comunitari, fatta eccezione per la Corte di giustizia e per il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali⁴⁷.

Pertanto una denuncia, anticipando brevemente quanto verrà sviluppato

⁴⁴ Decisione 94/262 del Parlamento europeo, cit.

⁴⁵ L'art. 177 regolamento del Parlamento europeo.

⁴⁶ <http://www.euro-ombudsman.eu.int>

⁴⁷ Artt.2 dello statuto e 3 delle disposizioni di esecuzione

nella sezione seguente, esula dal mandato se: il denunciante non è una persona autorizzata a presentare una denuncia; essa non riguarda un'istituzione od un organo comunitario; riguarda la Corte di giustizia o il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, ovvero: non concerne un eventuale caso di cattiva amministrazione.

Il 30 novembre 1999, infine, il Mediatore ha modificato le disposizioni di esecuzione in modo da chiarire che, a seguito del trattato di Amsterdam, le denunce possono essere presentate anche in lingua irlandese (gaelica)⁴⁸.

Sulla base dell'attuale Statuto del Mediatore, così come previsto dal Trattato unico europeo, l'onorevole Bindi, al tempo facente parte del Comitato parlamentare per gli affari istituzionali, ha commentato che: *"il Mediatore è concepito per dare ai cittadini un mezzo per difendere se stessi contro gli abusi dell'amministrazione, senza avere il costo di un'azione legale, o quando non è possibile intentare un'azione legale"*⁴⁹. La risposta data dal Parlamento europeo ha sottolineato ulteriormente che: *"il Mediatore è concepito per rinforzare la salvaguardia dei diritti dei cittadini dell'Unione e migliorare la confidenza dei cittadini nelle Istituzioni dell'Unione, concedendo un'effettiva procedura alle denunce"*⁵⁰.

Le regole che stanno alla base della scelta del Mediatore, durata del mandato ed i motivi che possono porvi fine anzitempo sono evidentemente di grande importanza per garantirne l'indipendenza: un Mediatore eletto con la maggioranza semplice da un organo politico munito della più ampia libertà di azione politica, giocoforza, non potrà che risentire della influenza di chi l'ha innalzato alla carica, massimamente se egli è stato eletto per un periodo molto breve o se tale incarico è revocabile in maniera discrezionale.

Così in quest'ottica bisogna esaminare le disposizioni poste alla sua nomina ed alla durata del suo mandato: l'articolo 195 del Trattato CE prevede che il Mediatore sia nominato dal Parlamento europeo. Si tratta del modo di designazione tradizionale perché è questo il metodo che esiste nei Paesi Scandinavi ed in Germania, un tale sistema ha il vantaggio di assicurare una grande libertà nei rapporti con il potere esecutivo, elemento

⁴⁸ Modifica che ha preso efficacia dal 1° gennaio 2000, contenuta anche all'interno della brochure: *"Il Mediatore la può aiutare?"*, quest'ultima spesso allegata alle risposte ai denunciatori, ed aggiunto comunque al suo sito Web.

⁴⁹ Rapporto PE, A3-0298/92, pag 12; law.anu.edu.au/publications/flr/vol28no2/gageler.htm

⁵⁰ Risoluzione A3-0298/92, GUCE 1993, C 21/141.

essenziale per fondare un controllo oggettivo sull'amministrazione.

Il Mediatore europeo, che è nominato dal Parlamento eletto a suffragio universale, dà a questo controllo sull'attività amministrativa un'importanza particolare, portando il suo contributo nell'alleviare il difetto di democraticità delle istituzioni comunitarie, incrementando il grado di fiducia che l'opinione pubblica può riporvi.

Per quanto, in astratto, anche la nomina da parte del Parlamento potrebbe creare degli inconvenienti, in quanto il Mediatore può rischiare di rimanere prigioniero dei gruppi che esprimono la maggioranza, e se poi ne esistesse più d'uno tutta la situazione si complicherebbe, visto che un forte scontro politico, magari tra personalità contrarie alla stessa istituzione, potrebbe addirittura portare alla elezione di una persona dalla scarso vigore, scelta giusto per non turbare determinati equilibri e, tenendo conto di questi rischi, è così necessario circondare di garanzie tutto il processo elettivo.

L'accesso alle candidature deve essere il più ampio possibile e non solamente limitato alle designazioni dei gruppi politici⁵¹. Anche la stessa Commissione istituzionale, a suo tempo, si è espressa nel senso che la scelta fosse effettuata tra personalità in possesso di tutte le caratteristiche necessarie ad esercitare le funzioni giudiziarie o almeno dotate di una esperienza ed una competenza riconosciute nell'esercizio di tali funzioni ed in grado di offrire ogni garanzia di indipendenza. Questo riferimento alle funzioni giudiziarie è sicuramente importante perché, come un giudice, il Mediatore deve essere capace di effettuare la sintesi dei diversi punti di vista a lui sottoposti al fine di determinare se una delle due parti in causa, e quindi l'amministrazione comunitaria, abbia tenuto o meno un comportamento conforme alle regole normalmente applicabili. Ma è anche possibile che le sole qualità di giudice non siano sufficienti, è altresì indispensabile che il Mediatore abbia una conoscenza concreta dell'amministrazione per valutare nella giusta maniera dei contrasti che possono pesare su di essa; la semplice conoscenza del diritto non è sempre sufficiente per appurare se una disfunzione si sia prodotta o per non osservanza di norme giuridiche o per non aver seguito la prassi amministrativa.

L'attività del Mediatore avrà, inoltre, tanta più efficacia quanto l'amministrazione comunitaria sarà in grado di recepire i suoi pareri, le sue

⁵¹ Numeri uno e due dell'articolo 177 del regolamento del Parlamento europeo.

raccomandazioni. Per questo è necessario che il Mediatore goda di una legittimità fuori discussione, che non può non fondarsi anche su di una conoscenza approfondita dei vari sistemi amministrativi esistenti all'interno dell'Unione⁵². Egli non può ignorare che l'Unione è formata da paesi distinti, con altrettanto diversi sistemi giuridici, e che in ragione delle differenze caratterizzanti la loro storia, la loro cultura, piuttosto che la struttura economica e sociale, presentano tra di loro differenze più o meno marcate. Egli, quindi, non potrà considerare come assoluti i giudizi di valore ma solo in comparazione con il sistema dentro il quale si sono formati. Ne viene spontaneo un accostamento ai giudici della Corte di giustizia delle Comunità europee, che elaborano i principi generali di diritto ispirandosi ai differenti sistemi in vigore negli Stati membri, allo stesso modo, il Mediatore non può ignorare la diversità delle culture amministrative esistenti in Europa le quali, tutte, vanno ad influire sulla concezione che ciascun cittadino europeo si può fare ed avere della amministrazione comunitaria, senza dimenticare che bisogna sempre considerare che, contrariamente agli Stati, l'Unione e prima le Comunità non trovano la loro ragion d'essere nella semplice esistenza⁵³. Sia l'Unione che le Comunità devono invece trovare la loro ragion d'essere giorno per giorno nel prendersi carico in comune di determinate missioni che erano attribuite in precedenza ai singoli Stati membri. È quindi necessaria la conoscenza approfondita delle amministrazioni nazionali e comunitaria, per poter delimitare il più correttamente possibile quella che può essere cattiva amministrazione ed essere, di conseguenza, nella minor misura soggetto a critiche.

L'art.195 del Trattato e l'art. 9 dello statuto sottolineano come il Mediatore debba essere completamente indipendente. L'Euro-Ombudsman deve giurare davanti alla Corte di Giustizia di svolgere le sue funzioni in perfetta indipendenza; egli non deve ricercare o ricevere istruzioni da alcuna persona, governo, istituzione od organo. Durante il suo mandato in questo ufficio il Mediatore non può ricoprire altre cariche in ruoli politici od amministrativi o qualsivoglia altra occupazione e deve inoltre astenersi da

⁵² Nota di merito questa da ascrivere al dott. Söderman che, come risulta dai suoi c.v. ed attività internazionale, è profondo conoscitore anche di altri sistemi giuridici; cfr.: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/cv/it/default.htm>

⁵³ Everling, citato in: <http://www.luiss.it/semcost/europa/sussidiar>

qualsiasi atto incompatibile con gli incarichi del suo ufficio. Egli agisce nel solo interesse della comunità e dei cittadini dell'Unione, e questa è una ancor più stretta limitazione di quella prevista per i giudici della Corte di Giustizia, perché il Consiglio può accordare a questi ultimi una deroga al fine di consentire loro di esercitare un'attività professionale anche se, a tutt'oggi, non risulta che questa opportunità sia stata sfruttata.

Tutte queste limitazioni non impediscono, comunque, al Parlamento di poter scegliere il Mediatore tra i titolari di un mandato elettivo. La sua indipendenza è essenziale, cicché sia i cittadini che le istituzioni od organi della Comunità possano riporre affidamento nella suecapacità di equilibrato trattamento ed imparzialità. Altri elementi importanti volti a garantire tale indipendenza sono quelli in base ai quali la durata del mandato del Mediatore sia pari a quello del Parlamento da cui è eletto ed il bilancio del suo ufficio, una volta annesso a quello del Parlamento e trattato nella stessa maniera, sia indipendente⁵⁴.

La durata del mandato è il secondo elemento con riferimento al quale si può parlare di indipendenza del Mediatore. Sempre l'art.195 (ex 138) del Trattato CE prevede che il Mediatore sia nominato dal Parlamento europeo dopo ogni elezione e per la durata di tutta la legislatura; si tratta dunque di un mandato dalla durata assai breve dato che i parlamentari europei sono eletti per un periodo di cinque anni. Bisogna inoltre aggiungere che in caso di cessazione anticipata del mandato il Mediatore, eletto in sostituzione, giacché la carica non può rimanere vacante, eserciterà tale ufficio giusto fino alla fine della legislatura, coprendo solo la durata residua del mandato del suo predecessore.

La breve durata di tale carica potrebbe in astratto determinare una situazione di debolezza e di affievolimento dell'imparzialità in vista di una rielezione: infatti, a differenza di quanto avviene per gli Ombudsmen in certi Stati membri, il Mediatore europeo può essere rieletto, come è già avvenuto con il finlandese Jacob Söderman⁵⁵. La non rieleggibilità, per contro, presenta altri svantaggi in quanto può non essere positivo il non poter prolungare il mandato ad una persona che ha dato prova di competenza e di autorità nell'esercizio del suo incarico soprattutto quando esso è stato

⁵⁴ Vedi paragrafo 3.

⁵⁵ Rapporto 1999, pag.283.

esercitato per una durata assai limitata. Ma allo stesso tempo la possibilità della rielezione rischia di spingere il “rieleggendo” a non dispiacere a chi sarà poi incaricato del rinnovamento della carica.

Alternative a questa situazione potrebbero essere quelle di instaurare una pratica di rinnovamento automatico, così come fanno certi governi per il ricambio dei giudici in seno alla Corte di Giustizia, oppure adottare la proposta formulata da Everling⁵⁶ per questi giudici di un mandato di dodici anni non rinnovabile, e così facendo ci si potrebbe anche allontanare da una figura di Mediatore vista come rappresentante del Parlamento.

L'ultimo aspetto riguarda se al mandato può essere posta fine prematuramente: è chiaro, evidentemente, che se l'Istituzione che provvede alla sua nomina è in grado anche di revocarla ad nutum, essa può esercitare un considerevole potere di influenza, ma allo stesso tempo non avrebbe senso mantenere una persona in un ufficio così importante che magari per delle ragioni di salute non sia più capace di mantenere gli impegni del suo ufficio o che abbia gravemente mancato ai suoi compiti. Il Mediatore deve così poter essere revocato in questi casi eccezionali ma la procedura di revoca deve essere corredata da garanzie, in modo che essa non diventi un mezzo di pressione politica. Le previsioni a questo riguardo, fornite dall'art.195 al punto 2, vanno unilateralmente in questo senso prevedendo che: *“Il Mediatore può essere dichiarato dimissionario dalla Corte di Giustizia, su richiesta del Parlamento europeo, se non mantiene più le stesse garanzie necessarie per l'esercizio delle sue funzioni o se ha commesso un grave errore”*.

Si può notare che questa è la stessa procedura prevista per i giudici membri della Corte di giustizia, con la sola differenza che, in questo caso, non è il Parlamento europeo il soggetto deputato a prendere l'iniziativa; essa copre i casi di impedimento fisico ma anche la possibilità, assai più astratta, ma non impossibile, in cui il Mediatore volesse pretendere di esercitare tale ufficio contemporaneamente ad un'attività professionale o al ricoprire un mandato politico. E' quindi assolutamente logico che sia il Parlamento la fonte di una procedura di dimissioni forzate, dato che è l'unica istituzione cui il Mediatore deve rendere conto della propria attività. La Corte di Giustizia è, successivamente, l'istituzione migliore, eventualmente, a giudicare nel rispetto dei diritti della difesa, senza poter essere sospettata di

⁵⁶ Epaminondas Marias, citato.

avere decisioni già assunte in anticipo, come di solito avviene negli organi politici, se riscontra in concreto l'esistenza degli elementi previsti dall'art.195 al punto 2, ed è dunque la più indicata per appurare l'esistenza di una colpa o di una eventuale incompatibilità sopravvenuta.

La creazione del Mediatore europeo è, come abbiamo visto, il risultato di un compromesso: egli è nominato dal Parlamento europeo, a cui deve indirizzare i suoi rapporti annuali ed i suoi rapporti speciali; è sempre il Parlamento che ha fissato, con l'accordo della Commissione e del Consiglio, le regole relative al suo funzionamento ed al suo statuto, e che rappresenta l'unica difesa contro gli ostacoli che possono essere frapposti da altri soggetti agenti a livello comunitario. Tutti questi differenti elementi portano a considerare nella istituzione Mediatore un sistema di miglioramento del ruolo di controllo dell'amministrazione da parte del Parlamento europeo, ma l'art.195 CE prevede anche che il Mediatore eserciti le proprie funzioni in totale indipendenza, e di conseguenza non deve essere considerato un organo del Parlamento, dal quale non deve accettare avvisi, raccomandazioni o indirizzi d'azione.

Come può essere allora valutata la legittimità di un controllo? La legittimità del potere di controllo del Parlamento europeo è di tipo politico, accettabile per il fatto che i parlamentari, democraticamente eletti, rappresentano indirettamente i cittadini europei loro elettori, esso si estende non solo alle regole di diritto, ma anche sulle valutazioni politiche, quali possono essere valutazioni riguardanti l'opportunità o meno di una determinata spesa e/o l'azionamento dei corretti sistemi per effettuarla. Il controllo che esercita il Mediatore è differente: naturalmente, non ha competenza per quanto attiene il merito delle scelte, non può rimettere in discussione le decisioni prese dall'amministrazione, ma può constatare che l'amministrazione ha agito non correttamente, se non addirittura in maniera abnorme.

Già il progetto del Parlamento prevedeva che le guarentigie, di cui agli artt. da 12 a 15 e 18 del protocollo riguardante i privilegi e le immunità delle Comunità europee⁵⁷, fossero concesse al Mediatore ed agli agenti facenti parte del suo ufficio. Tutti questi operatori, quindi, beneficiano di una immunità giuridica per gli atti compiuti in qualità di funzionari, immunità

⁵⁷ http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1993/it_393R3418.html

che si prolunga dopo la cessazione del loro incarico, naturalmente, per quanto attiene gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni d'ufficio.

Questa immunità non significa comunque che il Mediatore sia completamente irresponsabile nell'esercizio delle sue funzioni: un certo numero di obblighi gli si impongono, tra i quali quello di non divulgare le informazioni di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito delle inchieste su cui procede e quello, generale, di riservatezza su qualsiasi informazione idonea a recare pregiudizio al denunciante o ad altra persona che possa essere compresa nel procedimento. Unica eccezione alla regola della riservatezza e segreto è l'obbligo di riferire al giudice penale nazionale di fatti che siano di sua competenza. Se il Mediatore violasse questa disposizione il Parlamento dovrebbe di conseguenza azionare la procedura di revoca del mandato, già vista al paragrafo precedente, ed è l'articolo 12 del protocollo sulle immunità della CE che accorda al Mediatore ed ai suoi collaboratori tali privilegi, ma solamente nell'esercizio delle funzioni istituzionali, per come detto; non si tratta infatti di un privilegio personale ma di una disposizione destinata a garantire la forza e l'indipendenza dell'istituzione.

A titolo di comparazione possiamo notare una differenza con l'immunità di cui godono i giudici della Corte di Giustizia: l'articolo 3 del protocollo dello statuto della Corte prevede che i giudici godano dell'immunità giurisdizionale e che tale immunità non sia limitata agli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, e non si tratta di una dimenticanza del legislatore comunitario, perché si specifica in seguito, sempre nello stesso testo, che questo giudice gode di immunità anche per gli atti compiuti nella vita privata; per contro, l'immunità conferita al Mediatore riguarda solo gli atti compiuti nell'interesse della Comunità.

La Corte si è peraltro già pronunciata su questo articolo del protocollo, e vigila attentamente a che tale immunità non sia invocata in maniera abusiva. Inoltre, all'interno di una ordinanza del 13 luglio 1990, "*Zwartfeld*"⁵⁸, la Corte ha rilevato che in nessuna caso il dettato del protocollo può servire alle Istituzioni comunitarie quale mezzo per non rispettare l'obbligo di collaborazione leale con le autorità giudiziarie nazionali e, in quel caso concreto, che la Commissione non poteva rifiutarsi di comunicare ad un

⁵⁸ http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1998/it_398Y0722_02.html

giudice nazionale i rapporti stilati da suoi agenti, o comunque rifiutare che questi testimoniassero davanti un giudice nazionale, argomentando che la loro deposizione avrebbe ostacolato il funzionamento della Comunità, se ne trae la conseguenza che chi si avvale di questa eccezione alla collaborazione leale, lo debba fare per la effettiva necessità di proteggere l'interesse della Comunità.

Tale "immunità", è importante sottolinearlo, può essere sollevata non solamente da un convenuto in giudizio ma anche, semplicemente, da una persona chiamata a testimoniare.

Se è auspicabile che dei criteri oggettivi predefiniti guidino le scelte del Mediatore, conviene ugualmente che al momento di seguire tali criteri il Parlamento europeo non sia limitato nella sua scelta, e che abbia i mezzi per fare appello alla persona che riterrà la più qualificata. La retribuzione del Mediatore, di conseguenza, deve essere tale da garantirgli un adeguato tenore di vita ed in ogni caso tenerlo lontano da qualsiasi tentazione, anche per evitare di perdere soggetti potenzialmente idonei per il solo fatto che il trattamento economico è inferiore a quello che essi possono percepire nella loro attività abituale e che, quindi, la scelta di non prestare servizio alla collettività dell'Unione sia dovuta unicamente a questo motivo.

Il Parlamento ha quindi stabilito che il Mediatore riceva una remunerazione uguale a quella di un giudice della Corte di Giustizia e goda dei medesimi benefici e privilegi, fiscali innanzitutto⁵⁹.

4.1. – La sfera di operatività del Mediatore è strettamente regolata dalla legge, in ossequio al principio di legalità, agli articoli 8D e 138E (rinumerati rispettivamente in 21 e 195) del Trattato istitutivo della Comunità europea⁶⁰; nella decisione del Parlamento europeo adottata il 9 marzo 1994, intitolata "*Regole e condizioni generali regolanti l'attività del Mediatore*"⁶¹ e all'articolo 14 delle disposizioni di esecuzione adottate dal Mediatore stesso⁶². La sua sfera

⁵⁹ Epaminondas, cit. e in: http://cipanl.com/public/public_cipascope/94/1/1.htm; http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1993/it_393R3418.html.

⁶⁰ Art.20d CECA, 107d CEEA.

⁶¹ Decisione del Parlamento europeo 94/262, in GUCE 1994, L113, pag.157; decisione più nota come "*Statuto del Mediatore europeo*".

⁶² Statuto e disposizioni di esecuzione sono "scaricabili" da: <http://www.euro->

di competenza non può però estendersi fino a toccare quella di competenza della Corte di giustizia, che è la più alta autorità per quanto riguarda l'interpretazione e la difesa del diritto comunitario. La Corte di giustizia ed il Tribunale di primo grado stabiliscono ed applicano gli elementi di diritto amministrativo europeo, cioè, ad esempio, i principi secondo i quali le autorità amministrative debbono agire in buona fede assicurando parità di trattamento e rispondere nel tempo dovuto alle richieste che vengono loro rivolte con la debite motivazioni.

Ogni cittadino dell'Unione⁶³ può inviare al Mediatore una denuncia riguardante casi di cattiva amministrazione posti in essere nell'attività di un'amministrazione od organo comunitari, con le eccezioni della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie. Lo stesso diritto può essere esercitato da ogni persona fisica o giuridica di qualsiasi nazionalità a patto, però, che risieda in uno degli Stati membri dell'Unione; quindi una persona giuridica, ad esempio una società od una associazione, può inoltrare una denuncia solo se ha una sede legale in uno degli Stati membri.

Le denunce possono essere inoltrate sia direttamente sia attraverso un membro del Parlamento europeo⁶⁴, e, se il denunciante lo richiede, la sua denuncia viene trattata in via confidenziale⁶⁵. In alcuni articoli di non recente pubblicazione si sosteneva che i cittadini potessero rivolgersi al Mediatore solamente nel caso in cui fossero personalmente interessati ad un caso di cattiva amministrazione, ma di fatto né gli articoli del Trattato relativi al Mediatore né il suo Statuto pongono tale requisito, che è invece previsto per l'esercizio del diritto di petizione, ed è per questo motivo che i commentatori ritenevano tale disposizione estesa analogicamente anche al Mediatore.

Lo stesso Söderman si è pronunciato sul punto, ritenendo difficilmente comprensibile il dare applicazione a una disposizione di tale portata se non espressamente prevista; il fatto che tale requisito sia stato espressamente

ombudsman.eu.int/lbasis/it/statute.htm

⁶³ È cittadino dell'Unione ogni persona che abbia la cittadinanza di uno Stato membro.

⁶⁴ Art. 2 dello statuto del Mediatore.

⁶⁵ Artt. 4 dello statuto e 10.1 delle disposizioni di esecuzione.

citato in un'altra circostanza non fa che supportare questa tesi⁶⁶. In tale contesto è opportuno sottolineare che il diritto di presentare denunce ad un ombudsman così com'è inteso nella sua versione classica nel quadro costituzionale nordico è sempre stata intesa come una *actio popularis* in cui la denuncia può essere validamente pronunciata da un terzo (il diritto ad una buona amministrazione è innanzitutto della comunità) anche quando le parti direttamente interessate si oppongono.

Tutte le denunce inviate al Mediatore sono registrate e ne viene accusata ricevuta⁶⁷. La lettera di dichiarazione di ricevuta, sempre per assicurare il massimo di trasparenza, informa il denunciante in merito alla procedura di esame della sua denuncia ed include il nominativo, con il numero di telefono, dell'incaricato dell'ufficio che se ne occupa⁶⁸.

La fase successiva consiste nel valutare se la denuncia rientra o meno nella sfera del mandato del Mediatore che, così come delineato dall'articolo 195 del Trattato CE, lo autorizza a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o 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 e degli organi comunitari, fatta eccezione, per come già detto, per la Corte di Giustizia ed il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

Una denuncia pertanto esula dal Mandato del Mediatore se:

- a) il denunciante non è una persona autorizzata a presentare una denuncia;
- b) non riguarda un'istituzione od un organo comunitario;
- c) riguarda la Corte di giustizia o il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, ovvero
- d) non ha ad oggetto un caso di cattiva amministrazione.

Una denuncia che rientra nel campo di azione del Mediatore deve comunque soddisfare altri requisiti di ricevibilità, definiti dallo statuto, prima che un'indagine possa essere avviata, e sono i seguenti: in primo luogo

⁶⁶ "Il ruolo del Mediatore europeo", discorso pronunciato da Jacob Söderman in occasione della sesta riunione dei difensori civici nazionali d'Europa a Gerusalemme, Israele, 9-11 settembre 1997.

⁶⁷ Art.2.1 delle disposizioni di esecuzione.

⁶⁸ Art. 2.2 delle disposizioni di esecuzione.

occorre individuare autore ed oggetto della denuncia⁶⁹; poi il Mediatore non può intervenire nei procedimenti avviati innanzi ad un organo giurisdizionale né rimettere in discussione la fondatezza di una decisione giudiziaria di un siffatto organo⁷⁰; la denuncia deve essere preceduta dai passi amministrativi appropriati presso le istituzioni o gli organi interessati⁷¹; in caso di denuncia inerente ai rapporti di lavoro tra istituzioni od organi comunitari e i loro dipendenti, devono essere state esaurite le possibilità interne di domanda o ricorso amministrativo, prima che possa essere presentata la denuncia⁷²; infine, la denuncia deve essere presentata, come termine, entro due anni a decorrere dalla data in cui i fatti che la giustificano sono arrivati a conoscenza del denunciante⁷³.

Lo statuto del Mediatore contiene un numero di disposizioni procedurali sul come debbano essere trattate le denunce inviategli: dopo aver inviato conferma via lettera all'autore di tutti i documenti identificati come denunce, ed accertatone l'ammissibilità, il Mediatore appura se vi sono gli elementi sufficienti per esercitare i poteri di inchiesta e il denunciante ne viene informato di conseguenza⁷⁴.

Se la denuncia non può essere ritenuta ammissibile, al denunciante può essere inviata una copia della brochure intitolata "*come adire il Mediatore europeo*" per aiutarlo alla riformulazione corretta (sempre che ne sussistano i presupposti); inoltre, ove sia ritenuto opportuno, può venire consigliato di contattare altri istituzioni od organi che possano più efficacemente essere in grado di risolvere la situazione⁷⁵. Può essere, a titolo di esempio, consigliato di indirizzare una petizione al Comitato per le petizioni del Parlamento europeo, requisiti permettendo, o di ricorrere alla Commissione europea nel suo ruolo di supervisore dell'applicazione del diritto comunitario, o, infine, di rivolgersi ad un ombudsman locale o ad organismi similari.

Se la denuncia è considerata ammissibile, e sembra che vi siano elementi sufficienti per avviare la procedura, il Mediatore avvia un'inchiesta

⁶⁹ Art.2 par.3 dello statuto.

⁷⁰ Art.1 par.3 dello statuto.

⁷¹ Art.2 par.4 dello statuto.

⁷² Art.2 par.8 dello statuto.

⁷³ Art.2 par.4 dello statuto.

⁷⁴ Art.2.9 dello statuto e Art. 2 commi 1,2 delle disposizioni di esecuzione.

⁷⁵ Art.3.2 delle disposizioni di esecuzione.

preliminare⁷⁶. Egli informa l'Istituzione o l'Organo nei confronti del quale la denuncia è rivolta, e richiede di fornirgli, in relazione alla denuncia, un primo parere che deve essere fornito nel termine di tre mesi⁷⁷. Quando questa opinione preliminare è ricevuta, ne viene inviata una copia al denunciante, il quale ha la possibilità di formulare dei commenti a riguardo nel termine di un mese⁷⁸. Dopo aver soppesato questa primo parere ed ogni commento in merito ad esso, il Mediatore può valutare se sia necessario acquisire altri elementi, o se quelli in suo possesso siano già sufficienti per chiudere il caso. In tal eventualità esso viene chiuso e sia il denunciante che il denunciato ne vengono informati di conseguenza. Se, comunque, il Mediatore ritiene che *prima facie* ci si trovi di fronte ad un caso di cattiva amministrazione, cerca di raggiungere una soluzione amichevole, concordata con le istituzioni o gli organi interessati, che sia di soddisfazione per il denunciante⁷⁹.

Se ulteriori approfondimenti del caso portano a ritenere che l'istanza di cattiva amministrazione sia fondata, egli informa i denunciati inviando loro un progetto di raccomandazione, se ritenuto necessario, e le amministrazioni destinatarie devono rispondere entro il termine di tre mesi⁸⁰. Se l'istituzione o l'organo non provvede ad adottare provvedimenti adeguati al fine di risolvere la questione, il Mediatore invia un rapporto che può includere raccomandazioni al Parlamento europeo ed alle istituzioni od organi che ne sono interessati.

Durante tutto lo svolgimento della procedura, al fine di assicurare il massimo di trasparenza, il denunciante è informato sul risultato dell'inchiesta, delle opinioni espresse dalle amministrazioni interessate o su ogni altra eventuale raccomandazione che sia stata fatta.

Dall'inizio della sua attività⁸¹ erano state presentate al suo ufficio, a tutto il 2000, poco più di 7000 denunce delle quali il 16% proveniente dalla Francia, il 14% dalla Germania, il 14% dalla Spagna, il 9% dal Regno Unito ed il 12% dall'Italia. Nel 2000 la procedura di esame delle denunce per accertare se esse rientravano nel mandato del Mediatore, soddisfacevano i

⁷⁶ Artt.3 dello statuto e 4 delle disposizioni di esecuzione.

⁷⁷ Artt.3.6 dello statuto e 4 delle disposizioni di esecuzione.

⁷⁸ Art.3.7 dello statuto e 4.4 delle disposizioni di esecuzione.

⁷⁹ Art.6, par.1 delle disposizioni di esecuzione.

⁸⁰ Art.7 delle disposizioni di esecuzione.

⁸¹ Rapporto 2000, pag.11.

criteri di ricevibilità e/o giustificavano un avvio di un'indagine, è stato completato nel 95% dei casi e il 28% delle denunce esaminate rientrava nel mandato del Mediatore. Di queste, 297 hanno soddisfatto i criteri di ricevibilità, ma 74 non hanno giustificato l'avvio di un'indagine; sono state pertanto avviate indagini in 223 casi. La maggior parte, l'83% delle denunce ha riguardato la Commissione europea, ed è normale che sia il principale soggetto passivo delle denunce dei cittadini, visto che è il principale organo comunitario le cui decisioni hanno un impatto diretto sui cittadini stessi; 16 hanno toccato il Parlamento europeo e 4 il Consiglio dell'unione europea.

I principali tipi di cattiva amministrazione contestati sono stati: l'assenza di trasparenza (95 casi), la discriminazione (27 casi), le procedure irregolari o il mancato rispetto dei diritti di difesa (26 casi), l'iniquità o l'abuso di potere (39 casi); il ritardo evitabile (84 casi), la negligenza (23 casi), il mancato adempimento degli obblighi, ovvero il mancato esercizio da parte della Commissione del suo ruolo di "custode de trattati" nei confronti degli Stati membri (7 casi) e l'errore giuridico (20 casi).

Fino al 5 gennaio 2011 invece, ad oltre 15 anni dalla sua istituzione, 27 settembre 1995, ed a due anni dal lancio di una guida interattiva telematica, sono pervenute oltre ben 45.000 richieste di attivazione!

Il Trattato esclude dalle competenze del Mediatore europeo, come abbiamo in precedenza accennato, la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, ma non fa alcun riferimento alla Commissione o al Consiglio europeo nell'esercizio delle loro funzioni normative, né al Parlamento europeo nell'esercizio delle sue funzioni politiche.

Risulta abbastanza chiaramente che un atto normativo non costituisce un atto amministrativo, così che gli atti legislativi sembrano collocarsi al di fuori della sfera di competenza del Mediatore, ma a complicare le cose sta il fatto che lo stesso tipo di misure, regolamenti e decisioni, può essere impiegato sia per scopi chiaramente amministrativi che per finalità normative, e tra questi due estremi esiste un'ampia zona d'ombra. Ovvero può il concetto di cattiva amministrazione estendersi fino alla sindacabilità dell'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione e all'attività politica del Parlamento europeo, dato che nell'esercizio dei compiti loro attribuiti essi possono essere stati abilitati a scegliere tra due o più soluzioni possibili? Ad esempio,

se la Commissione europea ritiene che uno Stato membro abbia mancato ad obbligazioni assunte in base al Trattato CE, essa può, dopo aver seguito le procedure previste, portare la questione davanti alla Corte di giustizia in base all'art.226 (ex 169). Tale possibilità, però, rileva esclusivamente sotto l'aspetto dell'esercizio del suo potere discrezionale, cioè non si può esigere che la Commissione avvii una procedura di infrazione.

Al Mediatore non è consentito, pertanto, di esaminare decisioni prese nell'area di questa discrezionalità, sempre a condizione che l'istituzione od organo in questione abbia agito entro l'ambito dei suoi poteri, e i limiti generali all'azione di un'autorità istituzionale sono fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale un'amministrazione deve agire in maniera coerente ed in buona fede, evitare qualsiasi tipo di discriminazione, rispettare i principi di proporzionalità, eguaglianza, le aspettative legittime, il rispetto dei diritti umani e le libertà fondamentali⁸². Ed infatti l'articolo 195 del Trattato CE, nonostante escluda espressamente dal mandato del Mediatore europeo l'attività giurisdizionale della Corte di giustizia, non fa alcun riferimento alla attività politica del Parlamento europeo. Tradizionalmente, le funzioni dell'ombudsman sono previste allo scopo di controllare l'attività amministrativa in nome del parlamento, non per supervisionarne l'attività legislativa o quella politica e, pertanto, l'attività politica del Parlamento europeo non può essere considerata, in ogni caso, come attività amministrativa.

Lo stesso "classico" ufficio dell'Ombudsman è istituito per controllare l'amministrazione pubblica, e non l'attività politica del Parlamento e, allo stato attuale, non risulta che vi siano difensori civici che abbiano tale

⁸² E' importante in questo contesto anche la Raccomandazione No. R (80) 2 che stabilisce che un'autorità amministrativa, allorché esercita un potere discrezionale: 1. Non deve perseguire uno scopo diverso da quello per cui il potere le è stato conferito; 2. Deve essere obiettiva e imparziale, e considerare unicamente gli elementi di pertinenza del caso particolare; 3. Deve rispettare il principio dell'eguaglianza dinanzi alla legge, evitando discriminazioni inique; 4. Deve mantenere un adeguato equilibrio tra eventuali effetti negativi che una decisione rischia di avere sui diritti, le libertà o gli interessi delle persone e lo scopo che essa persegue; 5. Deve adottare la sua decisione in tempi ragionevoli tenendo conto dei fattori in gioco; 6. Deve applicare qualsiasi direttiva amministrativa generale in maniera coerente, pur tenendo conto al tempo stesso delle circostanze particolari di ciascun caso. Cfr. *The Administration and You: a handbook, Publications officielles du Conseil*, Luxembourg, 1996, pag. 362, Biblioteca dell'Università Robert Schumann di Strasburgo.

funzione. Tale questione ha dovuto essere affrontata in quanto il segretariato del Mediatore europeo ha ricevuto, fin dall'inizio, numerose denunce riguardanti possibili casi di cattiva amministrazione da parte della Commissione per le petizioni, nell'esame delle petizioni alla stessa sottoposte, ed una di esse era stata addirittura presentata da un membro della Commissione. Considerando il fatto che la Commissione per le petizioni è un organo politico avente l'incarico di esaminare le petizioni raccolte nel quadro delle competenze politiche del Parlamento, tali denunce non sono state considerate ammissibili, dato che nell'esaminarle, la Commissione è già soggetta al controllo del Parlamento. A conferma, un'indagine di propria iniziativa del Mediatore europeo ha riguardato l'individuazione di norme sull'accesso del pubblico ai documenti ed è stata esplicitamente limitata ai documenti amministrativi del Parlamento⁸³. Per quanto riguarda la definizione del concetto di cattiva amministrazione, né il Trattato né lo statuto dell'*Euroombudsman* forniscono definizioni o chiare tracce su quali siano le norme che egli debba applicare nell'esame di questi casi; il Mediatore deve chiedere informazioni sulle allegate denunce per "cattiva amministrazione", ma l'attuale diritto amministrativo comunitario non fornisce che un limitato aiuto a tal fine.

La Corte di giustizia ha utilizzato l'espressione "cattiva amministrazione" in alcuni casi, ma le sentenze sono state veramente poche ed in ogni caso confinate nell'area delle pubblicazioni del personale⁸⁴, un'area in cui la possibilità di estensione analogica è molto discussa. Già nel suo primo rapporto annuale, nel 1995, il Mediatore aveva cominciato a delineare gli aspetti del concetto spiegando che cosa potesse implicare l'espressione "cattiva amministrazione"⁸⁵: "Chiaramente si è in presenza di un caso di cattiva amministrazione quando un'istituzione od un organo comunitario non opera conformemente ai trattati ed agli atti comunitari che sono vincolanti in materia, o se non osserva le norme ed i principi giuridici stabiliti dalla Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado".

⁸³ Decisione e raccomandazioni nel quadro dell'indagine di propria iniziativa sull'accesso del pubblico ai documenti, 616/PUBAC/F/IJH; in Rapporto 1996, pag.81.

⁸⁴ Vedi il codice della BCE, in: http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1999/it_399D0284.html

⁸⁵ Rapporto 1995, pag.20.

Il riferimento era al disposto dell'articolo F del Trattato sull'Unione europea, secondo il quale le istituzioni e gli organi comunitari devono rispettare i diritti fondamentali e la relativa lista, assolutamente non esaustiva, conteneva i seguenti esempi di cattiva amministrazione: irregolarità amministrative; omissioni amministrative; abuso di potere; negligenza; procedure contrarie alla legge; disparità; malfunzionamento o incompetenza; discriminazione; ritardi evitabili; mancanza o rifiuto di fornire informazioni⁸⁶.

Specificazione di questo concetto, sempre contenuta nella relazione del Parlamento europeo sulla relazione annuale del Mediatore per il 1995 e accolta favorevolmente anche in occasione della riunione dei Difensori civici nazionali del settembre 1997, è quella per cui non è compito del Mediatore l'entrare nel merito degli atti legislativi comunitari, quali regolamenti e direttive e, al fine di completare le spiegazioni precedentemente fornite con una definizione, è stato chiesto ai vari Ombudsmen nazionali, o agli organi corrispondenti, di informare il Mediatore europeo del significato attribuito all'espressione "cattiva amministrazione" nei rispettivi Stati membri⁸⁷.

Nella sua risoluzione sulla Relazione annuale del Mediatore per il 1996, il Parlamento europeo ha incoraggiato quest'ultimo a fare pieno uso del mandato conferitogli⁸⁸ e, sempre in tale contesto, ha fatto riferimento alla necessità di una chiara definizione della nozione di "cattiva amministrazione"; il Mediatore si è pertanto impegnato a fornirne una definizione più precisa nella relazione annuale per il 1997⁸⁹, dove ha espresso il suo finale punto di vista sul concetto attraverso la combinazione di più definizioni concise: "*Si è in presenza di cattiva amministrazione quando un organismo pubblico non opera conformemente a una norma o a un principio per esso vincolante*"⁹⁰.

Nel 1998 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione in cui tale definizione è stata accolta favorevolmente e, infine, nel corso del 1999 tra Mediatore e Commissione ha avuto luogo uno scambio epistolare nel quale

⁸⁶ Rapporto 1995, pag.18

⁸⁷ Rapporto 1997, pag.12.

⁸⁸ Rapporto 1997, pag.12.

⁸⁹ Rapporto 1997, pag.22.

⁹⁰ Rapporto 1997, pag.21.

quest'ultima ha chiarito di trovarsi d'accordo su tale definizione, ma ricordando di non dimenticare gli aspetti dei problemi in concreto e in particolar modo che un errore di interpretazione non costituisce comportamento di cattiva amministrazione⁹¹.

A livello comparativo, il mandato di alcuni difensori civici è espressamente limitato dalla legge nazionale che ne istituisce la carica; per esempio, la legislazione che istituisce l'ufficio di Commissario parlamentare per l'amministrazione del Regno Unito stabilisce che questi non debba, normalmente, esercitare i propri poteri di indagine su denunce per le quali sia possibile un ricorso giuridico il che limita, di conseguenza, la sua sfera di azione a casi di cattiva amministrazione. Diversamente è per altri organismi, come per l'Ombudsman danese, che ignora completamente tali restrizioni e la stessa definizione data dal Consiglio d'Europa del ruolo del Difensore civico, e include la possibile sindacabilità per illegittimità di atti legislativi.

In secondo luogo, le norme e i principi specifici vincolanti per gli organismi pubblici variano a seconda del contesto costituzionale, giuridico e amministrativo del paese interessato; inoltre, le norme e i principi non sono statici, bensì cambiano e si evolvono in conseguenza dell'attività del legislatore, dei tribunali, del difensore civico e dell'amministrazione stessa. Il nodo va stretto attorno al principio di legalità, e per averne un'idea complessiva la seguente considerazione effettuata dall'Ombudsman è di cruciale importanza: “ *Il fatto di avere una sorta di campo aperto è una delle caratteristiche che distingue il mandato del Mediatore europeo da quello del giudice*”, anche se naturalmente la concezione secondo la quale i giudici vivano in un mondo di norme chiuse non è assolutamente corretta⁹².

Naturalmente, né il suo status né il modus operandi possono essere intesi svincolati dal principio di legalità e dal sistema in cui vivono, o finalizzati a fornire delle semplici linee di condotta, nel senso di una loro non vincolatività, e lo stesso Mediatore ha già specificato, ed in maniera esplicita, che il fondamento del suo operato non può che trovare base nel principio di legalità⁹³. Il Mediatore, quando esamina i casi a lui sottoposti in concreto, adotta un sistema di valutazione che corre su di un doppio binario, ovvero

⁹¹ Rapporto 1998, pag.288.

⁹² Peter Gjerloff Bonnor, cit. infra.

⁹³ Dissertazione sulla cattiva amministrazione contenuta nel Rapporto per il 1995.

sia sul principio di legalità sia al di fuori. L'esistenza di questa sorta di doppio binario è abbastanza comune presso i differenti Ombudsmen, anche se questa tesi sembra urtare con la sintetica definizione di cattiva amministrazione che fa riferimento a quello di regole o principi vincolanti, ma sostanzialmente è difficile stabilire da dove norme non scritte possano trarre la loro efficacia vincolante. Semplicemente sembra che l'Ombudsman consideri norme e principi di buon comportamento amministrativo come vincolanti, e a prova di ciò, nel Rapporto per il 1997, Söderman sottolinea tale concetto, effettuando la distinzione tra norme legali e norme di "buona amministrazione"⁹⁴.

Si è riferito in questo senso sia alla *soft law*, come contenuta nella *Citizen's charter*⁹⁵ della Gran Bretagna, che al codice di procedura danese⁹⁶. Quindi, il Mediatore sembra non operare una netta distinzione in concreto tra principio di legalità e non, ma sembra addirittura spaziare ugualmente in questi due campi, il che è importante perché questa area grigia può essere un fertile terreno per futuri sviluppi di *soft law* comunitaria. Già la Corte di giustizia ha per anni utilizzato espressioni quali "il principio di buona amministrazione", "principi di amministrazione corretta" etc., il che ha consentito di imporre tutta una serie di vincoli⁹⁷.

Nehl dà una definizione più ampia, dicendo che: "buona amministrazione è da considerarsi quale espressione generale comprendente una tale varietà di regole che stabiliscono un determinato standard di pratica di corretta amministrazione che esiste come locuzione ma non come standard procedurale dotato di contenuto sostanziale"⁹⁸.

Nonostante l'osservazione che la "buona amministrazione" esista già nei principi generali della Comunità, è comunque importante notare il livello di indipendenza, sia dottrinale che gerarchico, che il Mediatore vi dimostra nel suo approccio: egli non ha solamente ampliato e rivisitato la precedente produzione della Corte di giustizia in tal senso, ma si è spinto ad un

⁹⁴ Rapporto 1997, pag.23.

⁹⁵ www.gov.za/reports/1997/conrep.htm

⁹⁶ Peter Gjerloff Bonnor, cit.

⁹⁷ Vedi sopra; H.G.Schermers and D. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, Deventer, Kluwer, 1992, pag.88, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo.

⁹⁸ H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC law*, Oxford:Hart 1999, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo.

approccio più ampio, ne è riprova che nel Rapporto per il 1997 Söderman non fa alcun riferimento, tra le fonti che menziona, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ciò potrebbe significare che il concetto di “buona amministrazione” sarà sviluppato, nella prassi del Mediatore europeo, in maniera diversa ed indipendente, sebbene sempre con interlocutore primario l'amministrazione della Comunità ed in particolar modo la Commissione.

Qualora una denuncia esuli dal mandato o sia irricevibile, il Mediatore cerca di consigliare, quando ciò è possibile, al denunciante di rivolgersi ad un altro organo che si ritiene forse competente e possa occuparsene⁹⁹. Ove sia opportuno, e con il consenso del denunciante, il Mediatore trasferisce la denuncia direttamente all'autorità competente, sempre a condizione che la richiesta risulti, *prima facie*, motivata. Nel 2000 è stata fornita consulenza in 805 casi, la maggior parte dei quali riguardante questioni di diritto comunitario; in 435 casi è stato consigliato ai firmatari di rivolgersi a un difensore civico nazionale o regionale, o ad un organo corrispondente e, sempre con il previo consenso del denunciante, 8 denunce sono state trasmesse direttamente a un difensore civico nazionale. A 72 denunciati è stato consigliato di presentare una petizione al Parlamento europeo e 3 denunce sono state trasferite al Parlamento europeo, naturalmente con il debito consenso, affinché venissero trattate come petizioni, e 9 alla Commissione europea. In 155 casi è stato consigliato di contattare la Commissione europea e questo dato comprende anche alcuni casi in cui una denuncia contro la Commissione è stata dichiarata irricevibile sulla base del fatto che non erano stati compiuti i debiti passi amministrativi presso la stessa ed, infine, in 143 casi è stato consigliato al denunciante di contattare altri organismi¹⁰⁰.

Il Mediatore europeo, come altri ombudsmen nazionali, non ha il potere di ordinare ad un'autorità amministrativa di cambiare le sue decisioni o di fornire alla stessa un nuovo indirizzo di azione, anche se la denuncia è fondatamente giustificata; quindi, se una soluzione amichevole non può essere raggiunta il suo potere è limitato al solo fornire rapporti e raccomandazioni. Egli possiede, comunque, propri ed ampi poteri di

⁹⁹ Articolo 2 commi 2,3,4,5; art.3.2.

¹⁰⁰ Rapporto 2000, pag.18. comitato del Parlamento europeo, salvo siano presentati dei nuovi elementi.

inchiesta fondata sempre sull'articolo 195 del Trattato, in base al quale egli "procede alle indagini che ritiene giustificate". Infatti, taluni casi possono non dare sufficienti motivi che giustifichino l'apertura di un'indagine, anche se la denuncia è tecnicamente ricevibile come, ad esempio, quando la stessa sia già stata come petizione dal competente comitato del Parlamento europeo, salvo siano presentati dei nuovi elementi.

Le istituzioni o gli organi comunitari, per cooperazione leale e dovere di informazione, hanno l'obbligo di supportare il Mediatore con qualsiasi informazione di cui egli abbia bisogno, e consentire l'accesso ai documenti dei quali egli ravvisi la necessità¹⁰¹, ed anche gli Stati membri devono fornire ogni informazione che possa aiutare a valutare le denunce per cattiva amministrazione da parte di istituzioni od organi comunitari¹⁰², mentre possono rifiutarsi di fornire le informazioni richieste solamente per effettive e motivate esigenze di segretezza e, se i documenti sono già in origine forniti dagli Stati membri alle istituzioni con classificazione di segretezza, queste ultime non possono consentire l'accesso se non dietro previo assenso dello stesso Stato, che può opporre un rifiuto alla richiesta di accesso se le informazioni richieste sono coperte da leggi o regolamenti nazionali che le qualificano come segrete. Se l'assistenza richiesta dal Mediatore non viene fornita sollecitamente, secondo i canoni della cooperazione leale, egli può informare il Parlamento europeo il quale a sua volta potrà adottare le considerazioni opportune.

Nella relazione annuale per il 1998 il Mediatore ha richiesto che i suoi poteri di indagine venissero, ulteriormente, puntualizzati sia per quanto riguarda l'ispezione dei documenti che l'audizione dei testimoni¹⁰³. Il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione che sollecitava la Commissione per gli affari istituzionali a prendere in considerazione una modifica dell'art.3 paragrafo 2 dello statuto del Mediatore, secondo quanto proposto nella relazione elaborata dalla Commissione per le petizioni; per accelerare tale processo il Mediatore ha elaborato la seguente proposta di revisione del testo dell'art.3 par.2 e l'ha trasmessa alla Presidenza del

¹⁰¹ Art. 5 delle disposizioni di esecuzione

¹⁰² Condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore e art. 3 commi 2,3,4 dello statuto.

¹⁰³ Rapporto 1998, pag.11.

Parlamento europeo nel dicembre 1999: *“le istituzioni e gli organi comunitari hanno l'obbligo di fornire al Mediatore le informazioni che egli richiede loro e gli permettono di ispezionare e di riprodurre qualsiasi documento o il contenuto di qualsiasi supporto dati. Consentono l'accesso ai documenti provenienti da uno Stato membro dopo averne informato i soggetti in tale Stato, in virtù di una disposizione legislativa o regolamentare, e soltanto previo consenso di detto Stato membro. Consentono l'accesso agli altri documenti provenienti da uno Stato membro interessato. I membri e il personale delle istituzioni e degli organi comunitari testimoniano a richiesta del Mediatore. Essi forniscono informazioni complete e veritiere. Il Mediatore e il suo personale hanno l'obbligo di non divulgare informazioni riservate o documenti ottenuti nel corso delle indagini?”*.

Il progetto in questione è stato in parte ispirato al regolamento concernente i poteri di indagine dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)¹⁰⁴ che prevede che esso abbia diritto di accesso senza preavviso e senza ritardo a qualsiasi informazione, e il diritto di riprodurre qualsiasi documento in possesso delle istituzioni o degli organi interessati.

Quando il Mediatore ritiene di dover avviare un'indagine in merito ad una denuncia, il primo passo consiste nel trasmettere la denuncia e gli eventuali allegati all'istituzione od organo comunitario interessato affinché formuli un parere¹⁰⁵. Una volta ricevuto, copia di esso viene inviata al denunciante per eventuali osservazioni. L'istituzione o l'organo stesso possono provvedere a risolvere il caso in modo soddisfacente per il denunciante, e se questo risulta dall'opinione e dalle osservazioni espresse, il caso viene chiuso come “risolto dall'istituzione”¹⁰⁶.

Il denunciante ha sempre la possibilità di ritirare la propria denuncia, ed il fascicolo viene archiviato per questo motivo. Se la denuncia non viene risolta dall'istituzione né ritirata dal denunciante, il Mediatore continua le proprie indagini; se esse non evidenziano un caso di cattiva amministrazione, il denunciante e l'istituzione o l'organo interessato ne sono informati ed il caso viene archiviato. Se le indagini del Mediatore rivelano,

¹⁰⁴ Articolo 4 del regolamento 1073/1999, GUCE L 136 del 1999, pag 1.

¹⁰⁵ Artt.9 e 9.3 delle disposizioni di esecuzione.

¹⁰⁶ Rapporto 1998, pag. 25; vedi ad esempio la decisione sulla denuncia 627/5.6.1996/PS/B/VK presentata contro il Parlamento europeo, sempre in Rapporto 98 a pag.178.

invece, un caso di cattiva amministrazione, egli ricerca, per quanto possibile, una composizione amichevole volta ad eliminare tale comportamento e soddisfare il denunciante¹⁰⁷, ma se questa non è possibile o se il tentativo è stato infruttuoso, il Mediatore chiude il fascicolo indirizzando una valutazione critica all'istituzione od organo interessato, oppure giunge ad una constatazione formale di cattiva amministrazione corredata da un progetto di raccomandazione¹⁰⁸.

Un'osservazione critica è opportuna nei casi in cui la condotta di cattiva amministrazione non risulti avere delle conseguenze di carattere generale e non appare necessaria un'ulteriore azione da parte del Mediatore. Nei casi in cui invece questa risulta necessaria, ovvero quelli più gravi o quelli che comportino implicazioni generali, il Mediatore emette una decisione corredata da un progetto di raccomandazione nei confronti dell'istituzione od organo interessato e, ai sensi dell'art.3, paragrafo 6, dello statuto, l'istituzione o l'organo interessato è tenuto a trasmettergli nel termine di tre mesi un parere circostanziato.

Esso può essere costituito dall'accettazione della decisione del Mediatore e da una descrizione delle misure adottate per attuare le raccomandazioni. Se un'istituzione od un organo comunitario non risponde in modo soddisfacente ad un progetto di raccomandazione, l'art 3 par.7, stabilisce che il Mediatore trasmetta una relazione al Parlamento europeo e all'istituzione od organo interessato, e tale relazione può essere corredata di raccomandazioni.

Nel 2000 il Mediatore ha avviato 224 indagini delle quali 223 in merito a denunce e 1 di propria iniziativa¹⁰⁹: 76 casi sono stati risolti dall'istituzione o dall'organo stesso; tra i quali, 46 sono stati casi in cui l'intervento del Mediatore è riuscito ad ottenere una risposta nel caso di mancata risposta a della corrispondenza; 6 denunce sono state ritirate dal firmatario; in 112 casi le indagini del Mediatore non hanno rilevato cattiva amministrazione; in 31 casi è stata rivolta una valutazione critica all'istituzione o all'organo interessato ed in un caso è stata raggiunta una conciliazione amichevole; 13 progetti di raccomandazione sono stati formulati alle istituzioni e agli organi

¹⁰⁷ Art.6 delle disposizioni di esecuzione

¹⁰⁸ Art.6.3 delle disposizioni di esecuzione.

¹⁰⁹ Rapporto 2000, pag.22.

interessati nel 1999; due progetti di raccomandazione sono stati accettati dalle istituzioni nel 1999, uno dei quali era un progetto di raccomandazione formulato nel 1998; nel caso di altri due progetti di raccomandazione formulati nel 2000 il termine per un parere circostanziato dell'istituzione interessata non scadeva entro la fine dell'anno del Rapporto. In due casi un progetto di raccomandazione è stato seguito da una relazione speciale al Parlamento europeo,¹¹⁰ si trattava nella fattispecie della indagine di propria iniziativa sulla segretezza inerente alle procedure di assunzione della Commissione¹¹¹.

La relazione, che è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità¹¹² europee e sul sito Web del Mediatore in tutte le lingue ufficiali, comprende la seguente raccomandazione: *“Nei suoi futuri concorsi a scopo di assunzione, e al più tardi a partire dal 1° luglio 2000, la Commissione dovrebbe concedere ai candidati che ne facciano richiesta l'accesso ai propri elaborati di esame corretti?”*.

Il 7 dicembre 1999 il presidente della Commissione ha informato il Mediatore che: *“la Commissione accoglie le raccomandazioni riportate nella presente relazione e proporrà le necessarie soluzioni giuridiche ed organizzative per dare ai candidati che ne facciano richiesta l'accesso ai propri elaborati d'esame corretti a partire dal 1° luglio 2000”¹¹³*.

Durante questi anni il Mediatore ha invocato in numerose occasioni i propri poteri di ispezione fascicoli e documenti riguardanti un'indagine, e nella sua corrispondenza con la Commissione è stato sottolineato che il diritto di ispezione include anche la possibilità di prendere visione di documenti, prenderne nota e farne delle fotocopie. Naturalmente il personale del suo ufficio deve osservare delle regole nell'ispezione di tali documenti: il suo incaricato non deve firmare alcun formulario di impegno od alcun attestato che non sia la semplice lista dei documenti ispezionati o copiati; qualora i servizi dell'istituzione od organo cerchino o di impedire o di imporre condizioni irragionevoli all'ispezione di qualsiasi documento, l'incaricato deve informarli che ciò viene considerato come un rifiuto; se

¹¹⁰ Rapporto 1999, pag. 11.

¹¹¹ Rapporto 1999, pag.25.

¹¹² GUCE C 371 del 1999.

¹¹³ Rapporto 1999, pag.28.

L'ispezione di un qualsiasi documento viene rifiutata, egli chiede ai servizi dell'istituzione o dell'organo interessato di esporre il motivo debitamente giustificato di segreto professionale sul quale si basa tale rifiuto. Il primo punto è stato aggiunto in seguito ad un caso in cui i servizi della Commissione avevano proposto che il personale del Mediatore firmasse un impegno ad indennizzare la Commissione relativamente a danni eventualmente causati a terzi con la divulgazione di informazioni contenute nel documento.

Il Mediatore nel suo Rapporto per il 1998 ha sollevato una questione di notevole importanza concernente i limiti ai poteri di indagine del suo ufficio, di cui all'art.2 par.1, secondo cui l'accesso ad un fascicolo può essere rifiutato in base a "motivi di segreto professionale debitamente giustificati"¹¹⁴, ed i funzionari e gli altri agenti delle istituzioni e degli organi comunitari, quando sono tenuti a testimoniare a richiesta del Mediatore, "*rendono dichiarazioni a nome delle loro amministrazioni e in base alle istruzioni di queste e restano vincolati all'obbligo del segreto professionale*"¹¹⁵. Il Mediatore ritiene che queste limitazioni siano inutili e potenzialmente dannose, secondo il suo punto di vista: i cittadini si attendono che tutti i documenti pertinenti ad un caso siano a sua disposizione anche quando le informazioni non possono essere rese pubbliche perché riservate.

Sempre fondandosi sui principi di trasparenza e democraticità, i cittadini hanno legittimamente fiducia che le indagini del Mediatore non sono soggette ad alcuna limitazione e che egli ha la possibilità di ispezionare tutti i documenti del caso e di assumere tutte le testimonianze necessarie. Le attuali limitazioni stabilite in merito all'acquisizione di testimonianze sono inaccettabili perché esse, se prese alla lettera, potrebbero persino obbligare un testimone a mentire, ad esempio per celare un caso di frode, nel caso in cui questi venga istruito a comportarsi di tal fatta dai suoi superiori nell'amministrazione, ed affinché un'indagine possa dare dei risultati attendibili i testimoni devono (o dovrebbero!) dire la verità e fornire tutti gli elementi necessari per delineare il caso. Purtroppo la ratio che sta alla base di questa disposizione dello statuto costituisce un ostacolo per affrontare in modo concreto i casi di corruzione e di frode all'interno

¹¹⁴ Rapporto 1998 pag.11

¹¹⁵ Rapporto 1998 pag.30

dell'amministrazione europea, e se anche il Mediatore deve contribuire a combattere in modo concreto tali casi di corruzione in seguito a denunce od indagini di propria iniziativa tali, suddette ed improprie limitazioni devono essere eliminate.

A tutt'oggi, comunque, nella pratica al Mediatore non è mai stato rifiutato l'accesso ad un fascicolo, ma per evitare qualsiasi dubbio, sarebbe opportuno che il trattato chiarisse in modo inequivocabile che il Mediatore ha completo accesso, ai fini delle indagini, ai fascicoli e ai documenti custoditi dalle istituzioni e dagli organi comunitari e che i funzionari hanno l'obbligo di fornire testimonianze esaurienti e veritiere. Ovviamente, dovrà restare in vigore il disposto dell'articolo 4, paragrafo 1 dello statuto, secondo il quale il Mediatore e il personale alle sue dipendenze sono tenuti a non divulgare le informazioni e i documenti di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito delle indagini da loro svolte.

Secondo l'art.3 par.2 dello statuto del Mediatore: *“I funzionari e gli altri agenti delle istituzioni e degli organi comunitari sono tenuti a testimoniare a richiesta del Mediatore; Essi rendono dichiarazioni a nome delle loro amministrazioni ed in base alle istruzioni di queste e restano vincolati dall'obbligo del segreto professionale”*. Il Mediatore ha invocato tale disposizione per la prima volta nel 1999 in due casi in cui era coinvolta la Commissione, uno dei quali (1140/87/IJH) è stato chiuso nello stesso anno, mentre l'indagine relativa all'altro (995/98/OV) è continuata anche nel 2000.

Sulla base dell'esperienza maturata nella conduzione degli interrogatori, il Mediatore ha scritto al segretario generale della Commissione proponendo una procedura generale da applicare in casi futuri: le deposizioni orali vanno rese nei locali del Mediatore, solitamente a Bruxelles; la data, l'ora, ed il luogo della deposizione orale devono essere concordati tra i servizi del Mediatore ed il segretario generale della Commissione, il quale informa il/i testimone/i; ciascun testimone viene ascoltato separatamente e non è accompagnato; la lingua o le lingue in cui avviene la deposizione è concordata tra i servizi del Mediatore ed il segretario generale della Commissione.

Qualora un testimone ne faccia richiesta preventivamente, la deposizione si svolge nella lingua madre del testimone. Le domande e risposte sono registrate e verbalizzate dai servizi del Mediatore ed il relativo verbale viene

inviato al testimone per essere firmato e quest'ultimo può proporre correzioni linguistiche alle risposte. Qualora il testimone desideri correggere o completare una risposta, la nuova deposizione e le ragioni della correzione vengono specificate in un documento a parte aggiunto in allegato al verbale. Il verbale firmato, corredato da eventuali allegati entra a far parte del fascicolo del Mediatore relativo al caso. E' stato successivamente precisato che il denunciante riceve una copia del verbale firmato ed ha l'opportunità di esprimere delle osservazioni¹¹⁶.

Nel 2000 il potere del Mediatore di interrogare testimoni è stato invocato in un solo caso ed alla fine del 2000 le indagini erano ancora in corso¹¹⁷.

Anticipando quanto sarà trattato nel prossimo capitolo, nel novembre 1998, il Mediatore ha avviato un'indagine di propria iniziativa in merito all'esistenza ed alla pubblica disponibilità presso le diverse istituzioni ed organi comunitari, di un codice di buona prassi amministrativa diretto a regolamentare il comportamento dei funzionari nelle loro relazioni con il pubblico¹¹⁸. Tale indagine è consistita nel richiedere a diciannove istituzioni e organi comunitari se avessero già adottato o intendessero adottare un codice di buona prassi amministrativa per i loro funzionari nelle relazioni con il pubblico. In seguito a tale indagine, il 28 luglio 1999 il Mediatore ha proposto un codice di buona prassi amministrativa sotto forma di progetto di raccomandazione alla Commissione, al Parlamento europeo ed al Consiglio; inoltre simili progetti di raccomandazione sono stati trasmessi alle altre istituzioni e organi nel settembre del 1999¹¹⁹.

4.2. - a: esempio di denuncia che non riguarda un eventuale caso di cattiva amministrazione

Denuncia 1243/2000/PB: un questore del Parlamento ha sporto denuncia al Mediatore asserendo che uno degli organi esecutivi del

¹¹⁶ Rapporto 1999, pagg. 23 e ss.

¹¹⁷ Rapporto 2000, pag.18.

¹¹⁸ Rapporto 1999 pag.224; Risoluzione del 16 luglio 1998 sulla relazione annuale 1997 del Mediatore europeo, C4-0270/98.

¹¹⁹ Vedi l'elenco in allegato.

Parlamento, l'Ufficio di presidenza, si era reso responsabile di cattiva amministrazione. Egli sosteneva che nel campo della gestione delle proprietà del Parlamento l'Ufficio di presidenza aveva illegittimamente, e mediante procedure inidonee, avocato a sé stesso dei poteri da un altro degli organi esecutivi del Parlamento, il Collegio dei Questori.

Nella sua decisione il Mediatore ha concluso che la suddivisione delle competenze tra l'Ufficio di presidenza e il Collegio dei Questori, e le procedure a ciò correlate, sono una questione che riguarda esclusivamente l'organizzazione interna del Parlamento, e che questo non risultava essere un caso di possibile cattiva amministrazione. Pertanto il Mediatore non ha avviato alcuna indagine sulla denuncia.

b: esempio di irricevibilità per mancanza di appropriati passi amministrativi

Denuncia 510/2000/IJH: in una lettera al Mediatore il sig. P. ha descritto le sue esperienze con la Commissione in relazione alle procedure di gestione e di pagamento nell'ambito del programma Leonardo da Vinci. Il Mediatore ha risposto di poter assumere una posizione su una controversia tra un cittadino ed un'istituzione comunitaria solo dopo un'indagine in cui ambo le parti abbiano avuto la possibilità di essere sentite. Non era pertanto possibile per il Mediatore esprimere un parere sulla controversia tra il sig.P. e la Commissione in assenza di una denuncia contro tale istituzione.

Spiegazioni dettagliate su come presentare una denuncia ed un formulario da utilizzare a tal fine sono stati inviati al sig.P. che non ha risposto. Il Mediatore ha pertanto chiuso il caso.

c: esempio di irricevibilità a causa di procedimenti avviati dinanzi ad un organo giurisdizionale

Denuncia 1055/99/VK: nell'agosto del 1999 un cittadino austriaco ha presentato una denuncia al Mediatore europeo sulla presunta omissione da parte della Commissione europea di pagare l'importo di 59.694,44 DM per lavori svolti per un progetto di ostruzione a Kiev. Durante le indagini relative alla denuncia il denunciante ha informato il Mediatore di avere avviato un procedimento giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia in relazione alla questione oggetto della denuncia. Ai sensi dell'art.195 del Trattato che istituisce la Comunità europea, il Mediatore europeo non può condurre indagini qualora i fatti addotti siano o siano stati oggetto di un procedimento giurisdizionale.

Dopo un attento esame degli argomenti è risultato che i fatti addotti nella denuncia al Mediatore erano al momento oggetto di un procedimento giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia. L'articolo 2, paragrafo 7 dello statuto del Mediatore stabilisce che, quando il Mediatore a causa di un procedimento giurisdizionale in corso deve porre fine al suo esame, i risultati delle indagini da lui eventualmente svolte in precedenza sono archiviati.

d: esempio di un caso in cui l'indagine non era giustificata

Denuncia 431/2000/IP: il 24 marzo del 2000 un cittadino del Regno Unito ha presentato una denuncia contro il limite di età fissato dalla Commissione per i candidati del concorso generale EUR/B/142/98 e la sua candidatura era stata respinta per motivi di età. La questione del ricorso ai limiti di età nelle procedure di assunzione nelle procedure di assunzione delle istituzioni comunitarie era stata oggetto dell'indagine di propria iniziativa 626/97/BB avviata dal Mediatore il 14 luglio 1997. In esito a tale iniziativa la Commissione aveva informato il Mediatore di aver adottato in data 21 gennaio 1998 la politica di abolire i limiti di età nei suoi bandi di concorso. La Commissione riteneva necessario porre in pratica la sua decisione nel quadro di un accordo comune con le altre istituzioni e stabiliva che nel frattempo si sarebbe applicato il limite generale di 45 anni.

Alla luce di questi sviluppi il Mediatore ha ritenuto che non vi fossero motivi validi per avviare un'indagine sulla questione ed ha archiviato il caso.

e: esempio di caso trasferito alla Commissione europea

Denuncie 1486/99/IJH e 41/2000/IJH: il primo dicembre 1999 un medico ha rivolto una denuncia al Mediatore europeo riguardante il rifiuto del Consiglio medico irlandese di rilasciargli un certificato che gli avrebbe consentito di esercitare la professione con la qualifica di medico specialista. Egli asseriva che tale rifiuto era in contrasto con le disposizioni della direttiva 93/16/CEE.

Dato che il Consiglio medico irlandese non è un'istituzione od un organo comunitario, la denuncia esulava dal mandato del Mediatore europeo. Inoltre la legislazione irlandese esclude espressamente il Consiglio medico dal mandato del Difensore civico irlandese. La denuncia rientrava nell'ambito di competenza della Commissione in quanto custode dei Trattati, dato che riguardava l'interpretazione e l'applicazione corretta della direttiva. La

denuncia è stata pertanto trasmessa alla Commissione nel gennaio 2000 con il consenso del denunciante.

Una denuncia analoga sempre contro il Consiglio medico irlandese, presentata nel gennaio 2000 è stata trattata nello stesso modo. Nel febbraio 2000 la Commissione ha trasmesso al mediatore copia della sua risposta ai denunciati.

La Commissione illustrava le disposizioni della direttiva e la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia e concludeva che il Consiglio medico irlandese non può essere obbligato a rilasciare il certificato in questione.

5.-5.1. – Il Mediatore non è un giudice, ma possiamo analizzare i suoi metodi per vedere se, in determinate ipotesi, vi possono essere dei punti di contatto tra le sue decisioni ed i giudizi del Tribunale di primo grado.

Sulla base dell'attuale statuto del Mediatore, così come previsto dal Trattato unico europeo, l'onorevole Bindi, al tempo, come già accennato, facente parte del Comitato parlamentare per gli affari istituzionali, ha commentato che: *“il Mediatore è concepito per dare ai cittadini un mezzo per difendersi contro gli abusi dell'amministrazione, senza avere il costo di un'azione legale, o quando non è possibile intentare un'azione legale”*¹²⁰; la risposta che ha dato il Parlamento europeo lo enfatizza ulteriormente: *“il Mediatore è concepito per rinforzare la salvaguardia dei diritti dei cittadini dell'Unione e migliorare la fiducia nelle Istituzioni dell'Unione, concedendo un'effettiva procedura alle denunce”*¹²¹.

Per i cittadini non può che essere il benvenuto, dato che, in alcune materie, hanno un'alternativa al Tribunale di primo grado, soprattutto quando le istituzioni rifiutano l'accesso a documenti in loro possesso; ne consegue così un ulteriore avvicinamento dei cittadini all'Unione, ed ancora che la prassi sviluppata dal Mediatore può avere un influsso positivo sulle stesse Corti.

Punti della comparazione sono un più approfondito esame dei requisiti personali necessari¹²² e gli elementi, sia formali che sostanziali, della

¹²⁰ Rapporto A3-0298/92, pag 12;
law.anu.edu.au/publications/flr/vol28no2/gageler.htm

¹²¹ Risoluzione A3-0298/92, GUCE 1993, C 21/141.

¹²² Vedi la sezione prima del capitolo terzo.

procedura: il Mediatore europeo deve riunire in sé i requisiti necessari per poter ricoprire la più alta carica giudiziaria nel suo paese, nonché le competenze per assumere la carica di ombudsman nazionale nei paesi, tra i quali non il nostro, dove è previsto¹²³. Sembra quindi perfettamente naturale per un Mediatore, dalla qualifica giuridica ad es. come Söderman, fare agilmente riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, dove queste abbiano già giudicato casi di cattiva amministrazione¹²⁴, ma, visto che l'ufficio è imperniato essenzialmente sull'elemento personale, ci si potrà aspettare questo stesso modus operandi anche in futuro? È da ritenere che ci sarà comunque una certa linea di continuità, e che questo sarà lo stesso comportamento che sarà adottato anche da un futuro Euro-ombudsman, che non abbia alle spalle la medesima formazione giuridica e possono esserci delle legittime aspettative in tal senso da parte di coloro i quali saranno denunciati, sulla scorta dell'attività operativa dell'Ufficio del Mediatore, tenuto conto dei precedenti in tema: *“la giurisprudenza delle Corti in Lussemburgo e la letteratura giuridica sul diritto amministrativo europeo, così come quella a livello nazionale guideranno sicuramente la nave del Mediatore nei difficili mari della buona e cattiva amministrazione”*¹²⁵.

Dal punto di vista procedimentale al Mediatore è richiesto innanzitutto, quando è possibile, di ricercare una soluzione amichevole alle denunce e, sotto questo profilo, non è paragonabile ad un giudice, il quale deve imporre un giudizio finale che, ovviamente, non sarà il benvenuto da parte di una delle parti in causa¹²⁶, ma, come già visto, se una soluzione amichevole non può essere raggiunta, l'Euro-ombudsman può cominciare ad apparire meno come mediatore e più come quasi-giudice. Questa interpretazione del suo ruolo non dovrebbe avere niente di nuovo o sorprendente; infatti, ci sono ombudsmen che ormai operano da lungo tempo e i cui metodi di lavoro, ed in alcuni casi i poteri loro conferiti, assomigliano più a quelli di un giudice: giusto per dare due esempi, l'Ombudsman svedese ha il poter di imporre delle decisioni ed emettere delle direttive, in luogo di semplici

¹²³ Art.6 comma 2, decisione 94/262, citata.

¹²⁴ Söderman J., *A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman en route*, European Public Law, 1997, pag. 351.

¹²⁵ Söderman cit., pag. 354.

¹²⁶ Articolo 3, Decisione del Parlamento europeo 94/262, cit.

raccomandazioni¹²⁷, a differenza del Commissario parlamentare per l'amministrazione inglese per il quale le denunce possano essere risolte solamente in via giudiziale¹²⁸.

Dato che non necessariamente i principi di buona amministrazione hanno consistenza positiva, anzi, si può ipotizzare il Mediatore europeo “...*allo stesso tempo quale interprete e stabilizzatore di principi legali...*”, e questo può essere considerato come il porre in essere una forma di revisione non-giudiziale¹²⁹. Considerazione conseguente al fatto che egli esamina gli argomenti addotti da entrambe le parti, ne determina il rimedio appropriato e, se riscontra elementi di cattiva amministrazione in base al diritto o principi esistenti, stabilisce quali siano i principi di buona amministrazione da applicare¹³⁰.

Per esemplificare, il campo dove la sua azione è più incisiva è quello delle denunce dirette contro l'illegittimo rifiuto delle istituzioni a garantire l'accesso a documenti di cui siano in possesso: se ai cittadini viene, dalle istituzioni competenti, negato l'accesso a documenti, devono essere contestualmente informati delle possibilità che hanno di opporvisi, o attraverso il Tribunale di primo grado¹³¹, o inviando una denuncia al Mediatore europeo¹³². Ma delle due l'una, i rimedi sono stati, evidentemente, pensati come alternativi; il Mediatore non può accogliere denunce se al momento sono già sottoposte, o giudicate, dal Tribunale di primo grado, e nemmeno può investigare su presumibili casi di cattiva amministrazione posti in essere dalle Corti della Comunità nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali¹³³. Dal punto di vista opposto, il poter ottenere una revisione giudiziale delle decisioni del Mediatore sembra piuttosto remota, come confermato, per quanto in via informale, dal giudice Christopher Bellamy

¹²⁷ N.E.Holm in “*the Danish Ombudsman*”, cit., pag.13 e ss. Al-Wahab 1979, cit., pagg. 52, 60.

¹²⁸ Vedi il capitolo 1 e <http://www.bo.se/eng/engelsk.asp>

¹²⁹ Heede 1997, pag. 595.

¹³⁰ Gregory and Hutchesson 1975, pagg. 163-6.

¹³¹ Come disposto dall'art.7 della Decisione del Consiglio 93/761, GUCE 1993, L340/43.

¹³² Come disposto dall'art.1 della decisione della Commissione 94/90GUCE 1994, L 46/58, citata.

¹³³ Articolo 195 CE, ex Articolo 138e, cit.

del Tribunale di primo grado¹³⁴.

Infine, per quanto attiene a formalità e tempi della procedura, quella davanti al Mediatore è gratuita, non richiede formalità, bastando una semplice lettera; non v'è l'obbligo di patrocinio legale e la stima del tempo necessario allo svolgimento della procedura davanti ai Tribunali comunitari è di circa trenta mesi, mentre invece quella davanti al Mediatore non ne richiede che dai nove ai dodici, salvo una straordinaria complessità del caso.

5.2. - L'analisi del *modus operandi* del Mediatore, per poter distinguere tra mediazione e revisione quasi-giudiziale, si può effettuare solamente sulla decisione adottata ed esaminata in concreto¹³⁵, il che rende difficile strutturare in categorie a priori la sua azione e prevedere in anticipo quale sarà la decisione adottata, ma, comunque, si possono tracciare delle linee di massima¹³⁶. Il Mediatore, come già visto, può arrivare alla conclusione di un caso fondato in cinque modi possibili. La prima, distinguibile dall'espressione: "*...non sono giustificate ulteriori inchieste...*", non comporta alcuna mediazione od analisi quasi-giudiziale; una istituzione od organo avrà ricevuto un controllo correttivo ad un proprio potenziale o effettivo caso di cattiva amministrazione. All'espressione: "*...non è stato riscontrato un caso di cattiva amministrazione...*" spesso ne segue, invece, una revisione quasi-giudiziale del caso.

La ricerca invece di una "composizione amichevole", comporta, ovviamente, una mediazione, ma alcuni casi suggeriscono che questa possa essere limitata; infatti il semplice fatto di avere una denuncia pendente davanti al Mediatore può portare l'istituzione denunciata a ricercare, sua sponte, tale esito. Invece, un'osservazione critica ed una raccomandazione, risultato del rilievo di un caso di cattiva amministrazione, seguono sempre ad un procedimento quasi-giudiziale¹³⁷. Di fatto, manca invero una

¹³⁴ Risposta data ad una questione posta il 26 novembre 1998 durante la "*Durham European Law Institute Annual Lecture*", intitolata: "*The Court of First Instance: Perspectives for the Future*", University of Durham. <http://www.dur.ac.uk/Law/centre/research99.html>

¹³⁵ Articolo 4.1 delle disposizioni di esecuzione; Heede, pag.594.

¹³⁶ Articolo 4.1 delle disposizioni di esecuzione: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/Lbasis/It/provis.html>

¹³⁷ Heede descrive quest'ultimo caso come: "*the Ombudsman's most severe ruling*",

coercibilità immediata a tali provvedimenti, ma la trasmissione al Parlamento europeo di una relazione che contiene gli elementi di cattiva amministrazione può facilmente tradursi in pressioni politiche, cui il destinatario difficilmente può restare indifferente¹³⁸, ed inoltre un'osservazione critica può essere indirizzata anche nel caso in cui venga raggiunta una soluzione amichevole¹³⁹.

Quindi, sulla base di questi dati sembra che la maggior parte del lavoro del Mediatore consista in un'opera di revisione quasi-giudiziale, effettuato a differenti livelli. A supporto di questa conclusione è l'osservazione che nel 1996, come riportato nel relativo rapporto, non sono stati chiusi casi con una soluzione amichevole, e che l'opera di mediazione effettuata dal Mediatore in altri casi è stata minimale¹⁴⁰.

Nel 1999 fra le denunce che hanno dato luogo ad indagini 27 sono state chiuse con una osservazione critica all'istituzione o all'organo interessato, 62 sono state risolte dall'istituzione a favore del denunciante, in un caso è stata raggiunta una conciliazione amichevole, e dieci progetti di raccomandazione per eliminare dei casi di cattiva amministrazione sono stati elaborati (uno solo invece nel 1998)¹⁴¹.

Nel caso in cui una denuncia non richieda ulteriori indagini, ma una semplice composizione amichevole, conviene applicare la seguente procedura: il Mediatore, dopo la preliminare verifica di ammissibilità, invita l'istituzione denunciata ad inviare un commento entro il termine di tre mesi. Se questa composizione amichevole non è possibile, il Mediatore emanerà una decisione motivata, un provvedimento che assomiglia ad una decisione quasi-giudiziale: nell'adozione di quest'ultima, infatti, il Mediatore non pone in essere un'opera di mediazione, ma agisce come un quasi-giudice,

pag.598, cit.

¹³⁸ Articolo 3 dello statuto del Mediatore.

¹³⁹ Come nella denuncia 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH Heede 1997, pag.596.

¹⁴⁰ Il Rapporto annuale per il 1997 riporta che, di 98 inchieste riportate in dettaglio, 14 sono state chiuse dall'istituzione denunciata e tre con una soluzione amichevole (il 17,35% dei casi). Meglio nel 1998 quando il 45% dei 185 casi sono stati chiusi con una composizione amichevole o ancora il caso è stato archiviato con una osservazione critica. Rapporto 1998, pag.9.

¹⁴¹ Rapporto 1999, pag.9.

esercitando i poteri di supervisione a lui conferiti, sussumendo il caso concreto ai principi di diritto o di buon funzionamento amministrativo, dimostrando al denunciato, nella fattispecie un'amministrazione comunitaria, come essa abbia agito o meno secondo i principi di buon comportamento amministrativo, e se considera che l'istituzione può eliminare i motivi che stanno alla base di una particolare denuncia per cattiva amministrazione, o che tale denunciato comportamento abbia "implicazioni di carattere generale", chiude il caso con un rapporto ed un progetto di raccomandazione¹⁴². Così come una decisione motivata, tali provvedimenti del Mediatore possono essere quasi comparati alla sentenza di un giudice, contro cui il destinatario ha un termine di tre mesi per rispondere, e se quest'ultima risposta non è soddisfacente, viene indirizzato un rapporto al Parlamento europeo¹⁴³.

Il Mediatore, attualmente, effettua pochi riferimenti alla giurisprudenza delle Corti e il suo *modus procedendi* assomiglia, spesso, a quello informale di un giudice monocratico del sistema di *common law*¹⁴⁴. La natura quasi-giudiziale della revisione risulta chiaramente in alcune denunce più "complesse" di quelle in materia di pubblico accesso a documenti, come quelle rientranti nel campo della concorrenza¹⁴⁵. Naturalmente il Mediatore e la Tribunale di primo grado non sono equivalenti: il Mediatore deve sforzarsi per quanto possibile di arrivare a soluzioni amichevoli, le sue decisioni non sono vincolanti e quindi può solamente "incoraggiare" l'istituzione a prendere o ad adottare determinate azioni o comportamenti, esponendo il suo punto di vista sotto forma di una "osservazione critica", che è, notoriamente, non vincolante¹⁴⁶.

È da notare che il Mediatore non è formalmente obbligato a tenere in considerazione la giurisprudenza già sviluppata dalle Corti comunitarie, ma sarebbe non poco illogico che egli andasse ad ignorare i precedenti rilevanti in una particolare questione amministrativa, soprattutto tenendo in considerazione che egli, come istituzione in sé stessa, è una alternativa

¹⁴² Art.8 delle disposizioni di esecuzione.

¹⁴³ Art.8.5 delle disposizioni di esecuzione.

¹⁴⁴ Heede 1997, pag. 593, cit.

¹⁴⁵ Come ad esempio la denuncia contro la Commissione 1086/96/VK, in: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/DECISION/EN/961086.htm>

¹⁴⁶ Rapporto annuale 1998 pag.30.

specifica ad esse per ottenere una modifica di un comportamento di cattiva amministrazione. Certamente i giudici del Tribunale di primo grado sono in grado di giudicare sia nel merito che in procedura queste questioni amministrative, divenendo di fatto un tribunale amministrativo, invece che una corte propriamente internazionale, ma una revisione giudiziale ha una limitata possibilità di incentivare una effettiva modificazione sostanziale come quella che è garantita dai sistemi *soft* del Mediatore.

Certamente, per quanto riguarda il caso di un rifiuto illegittimo di accesso a documenti, entrambi, Mediatore e Tribunale, possono rimuovere questo impedimento se non risulta effettivamente fondato; ma se il Mediatore ha formulato una raccomandazione nella quale è contenuto l'invito a garantire l'accesso, la non osservanza da parte del destinatario dovrà essere motivata su due fronti, ovvero dovrà addurre "sufficienti ragioni" per le quali l'accesso è stato negato, ed i motivi su cui tale rifiuto si fonda, con tutte le conseguenze derivanti dal fatto che una raccomandazione porta sempre con sé un notevole "peso politico", e nella sua accettazione il destinatario dimostra di considerare sia la posizione del denunciante che il punto di vista del Mediatore. Quindi, una revisione quasi-giudiziale, politicamente, da parte del Mediatore può arrivare ad esercitare una pressione superiore a quella giudiziale e, inoltre, il Mediatore può ben indicare, sempre all'interno di questa decisione quale sarebbe stata, nel caso concreto, quella più appropriata secondo lo stesso.

Una revisione quasi-giudiziale di questo tipo può superare i limiti di quella ordinaria, andando oltre il *petitum* ed assumendo un compito propositivo. Alcuni autori, muovendo sulla base di queste considerazioni, lo ritengono un tipo di "meccanismo di appello" per i casi di pubblico accesso¹⁴⁷. Inoltre, il Mediatore, essendo più economico e, normalmente, più veloce di una revisione giudiziale, può essere il miglior rimedio per quei soggetti che si sentono lesionati dal comportamento di un'Istituzione od organo comunitario nonostante essi abbiano la possibilità di sfidare tale comportamento davanti al Tribunale di primo grado. Sembra quindi, da questi elementi, che il ruolo del Mediatore europeo non sia semplicemente duplice, bensì addirittura quadruplici¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Heede cit., 1997, pag. 600; Davis, cit.

¹⁴⁸ Heede cit., 1997, pag. 588.

Nell'esercizio di queste tre distinte funzioni, ovvero la valutazione indipendente dell'amministrazione della Comunità, e la previsione dei due distinti tipi di suggerimento di re-indirizzo, di mediazione o di quasi-giudizio, il Mediatore pone in essere conseguenzialmente un'ulteriore funzione, prevista anche dal Parlamento europeo, quella di portare all'incremento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni e il loro buon funzionamento. Se non potesse utilizzare questa revisione quasi-giudiziale, con buone probabilità non gli sarebbe possibile adempiere a quest'ultimo compito.

L'ufficio fornisce ai cittadini una *“accessibile, poco costosa, e flessibile forma di revisione alle lamentele individuali”*, e con questo *“rinforza il ruolo del diritto nella Comunità e viene ad essere un complemento del ruolo delle Corti”*¹⁴⁹.

Inoltre, migliorando via via la propria capacità d'inchiesta, fornisce un punto di vista indipendente e critico sulla qualità della amministrazione delle istituzioni comunitarie, e questo non può che esserne uno stimolo al generale miglioramento, in aggiunta al miglioramento delle relazioni con il cittadino. Il Mediatore non potrebbe essere considerato una fonte di diritto comunitario per quanto *soft*, se tale diffusione del suo operato non fosse assicurata¹⁵⁰; ne è prova di questa affermazione il fatto che tutte le sue inchieste devono essere condotte in maniera trasparente e sono consultabili facilmente nel suo archivio elettronico.

6.-6.1. – Sin dai primi anni del suo mandato il Mediatore ha ricevuto numerose denunce di episodi di cattiva amministrazione che, analizzati gli elementi comuni, avrebbero potuto in buona parte essere evitati se solamente fossero state disponibili informazioni chiare e precise sugli obblighi amministrativi del personale delle Comunità nei confronti dei cittadini, ancor meglio se contenute all'interno di un documento facile da reperire e consultare come un codice di buona condotta amministrativa¹⁵¹. Già la creazione dell'ufficio del Mediatore è stato il segnale di impegno della Comunità nel senso della evoluzione della sua amministrazione verso

¹⁴⁹ Heede cit., 1997, pag. 588.

¹⁵⁰ Vedi infra, il capitolo 6.

¹⁵¹ <http://www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/oi980001.htm>

l'incremento dei principi di democraticità, trasparenza e responsabilità.

Rientrano, infatti, tra i suoi compiti istituzionali il miglioramento dei rapporti di istituzioni ed organi comunitari con i cittadini, ed in particolare egli dovrebbe contribuire al rafforzamento della loro posizione di libertà attraverso l'esercizio dei suoi compiti di difesa e di promozione di buone prassi amministrative, migliorando così la qualità dell'operato della stessa amministrazione e, per quanto riguarda il concetto di trasparenza, il Mediatore ha osservato che il Trattato di Amsterdam lo ha introdotto esplicitamente, statuendo 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 nel modo più trasparente possibile e il più possibile vicino ai cittadini¹⁵²”*. Su queste premesse il Mediatore ha ritenuto che, per assicurare un ulteriore avvicinamento dei cittadini all'amministrazione comunitaria e garantirne il buon funzionamento, un codice di buona condotta amministrativa può avere un ruolo essenziale.

Tale codice sarebbe utile sia ai funzionari della Comunità, in quanto li informerebbe in maniera dettagliata delle norme da rispettare nei loro rapporti con il pubblico, sia ai cittadini, dato che fornirebbe loro le informazioni sui principi regolatori l'amministrazione della Comunità e sulle norme di comportamento, che hanno il diritto di attendersi dall'amministrazione¹⁵³. Altro elemento essenziale alla sua efficacia è la conoscibilità: a poco servirebbe se non fosse pubblico e facilmente accessibile; pertanto sarebbe opportuno fosse pubblicato sotto forma di decisione, analogamente al codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti della Commissione.

Inoltre, per assicurare il massimo grado di comprensibilità e non generare confusione nel pubblico, questo codice dovrebbe consistere in un documento unico contenente esclusivamente norme riguardanti i rapporti dei funzionari con i cittadini e non le relazioni degli stessi funzionari con le istituzioni cui appartengono (diritti e doveri, spiegazione delle disposizioni dei regolamenti del personale), come già previsto nel progetto di codice per il personale della Commissione europea.

¹⁵² Art.1 del Trattato; Rapporto 1999, pag. 229.

¹⁵³ Rapporto 1999, pag.229.

Il Mediatore ha inoltre osservato che in alcune sue risoluzioni¹⁵⁴ il Parlamento europeo ha già evidenziato l'urgenza di una pronta redazione di un codice di buona condotta amministrativa e la necessità che, per motivi di accesso e di comprensione al pubblico, esso sia quanto più identico possibile per tutte le istituzioni e gli organi europei, e che gli sia garantita la massima accessibilità con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Il Parlamento europeo ha accolto molto positivamente l'idea di un codice di questo tipo per le istituzioni e gli organi europei, ed ha sottolineato l'importanza che tale codice sia per quanto possibile il più uniforme per tutte le istituzioni e gli organi europei¹⁵⁵.

6.2. - Nel giugno del 1996 il Mediatore ha avviato un'indagine di propria iniziativa¹⁵⁶ avente ad oggetto l'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni e dagli organi comunitari, esclusi il Consiglio e la Commissione, che già avevano adottato norme in materia di accesso al pubblico, e nell'indagine era anche incluso l'Istituto monetario europeo (IME), ovvero l'organo antecedente la Banca centrale europea (BCE).

Sei mesi dopo, il 20 dicembre 1996, ha formulato un parere in cui ha dichiarato che il non adottare o il non rendere comunque facilmente accessibili norme sull'accesso del pubblico ai documenti può costituire un comportamento di cattiva amministrazione¹⁵⁷, e tale decisione conteneva i seguenti progetti di raccomandazione: le istituzioni e gli organi devono adottare entro tre mesi norme sull'accesso del pubblico ai documenti; le norme devono applicarsi a tutti i documenti che non siano già coperti da disposizioni giuridiche in vigore, che ne permettano l'accesso o ne impongano la riservatezza, e le norme devono essere rese facilmente conoscibili al pubblico. I pareri motivati che sono stati trasmessi in risposta al Mediatore, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6, del suo statuto, hanno dimostrato che quasi tutte le istituzioni e gli organi avevano già adottato

¹⁵⁴ C4-0270/98 e C4-0138/99, scaricabili da: <http://www.aib.it/aib/commiss/pubuff/dprset.htm>

¹⁵⁵ Cfr. la risoluzione del 16 luglio 1998 sulla relazione annuale 1997 del Mediatore europeo, GUCE, C4-0270/98.

¹⁵⁶ N. 616/PUBAC/F/IJH, sempre rinvenibile nel suo sito Web.

¹⁵⁷ Rapporto 1997, pag.13.

norme sulle possibilità di accesso del pubblico ai documenti da loro detenuti¹⁵⁸.

Il 15 dicembre 1997 il Mediatore ha presentato una relazione speciale al Parlamento europeo, che ha in seguito adottato una risoluzione nella quale si è congratulato con il Mediatore europeo sia per l'iniziativa che per la relazione speciale nonché plaudito alla sua azione a favore della trasparenza¹⁵⁹. L'11 novembre 1998 il Mediatore ha avviato un'ulteriore indagine di propria iniziativa, in conformità all'art.3 par.1 dello statuto e delle condizioni generali per l'esercizio delle sue funzioni, sull'esistenza e l'accesso al pubblico di un codice di buona condotta amministrativa dei funzionari nelle loro relazioni con il pubblico¹⁶⁰, diretta verso 18 istituzioni ed organi comunitari, quattro istituzioni comunitarie ai sensi dell'art.4 del Trattato, 4 organi creati dal Trattato e dieci "agenzie" ed organismi comunitari decentrati¹⁶¹. L'indagine aveva il seguente oggetto: innanzitutto, il Mediatore ha domandato a ciascun istituzione od organo se avesse adottato un codice di buona prassi amministrativa per i propri funzionari nelle relazioni con il pubblico e se, in caso affermativo, questo fosse di facile accesso per i cittadini. In caso di risposta negativa, il Mediatore ha chiesto se l'istituzione o l'organo accettava di compiere i passi necessari per adottare un codice di condotta e, per quanto riguarda il contenuto del codice, egli ha osservato che si potevano includere, in un elenco di disposizioni, norme generali applicabili ai principi oggettivi e procedurali così come esposti nell'allegato alla sua lettera dell'11 novembre 1998.

In secondo luogo, in considerazione del fatto che tale codice sarebbe

¹⁵⁸ A4-0265/98, GUCE C 292 del 1998, pag.170.

¹⁵⁹ Rapporto 1998, pag.288.

¹⁶⁰ Rapporto 1999, pag.258.

¹⁶¹ Si tratta di: il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione europea, la Corte dei conti, il Comitato economico e sociale, il Comitato delle regioni, la Banca europea degli investimenti, la Banca centrale europea, il Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale, la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, l'Agenzia europea dell'ambiente, l'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali, l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno, la Fondazione europea per la formazione, l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, il Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea, l'Agenzia europea per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro e l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; la situazione aggiornata alla stesura del presente lavoro è in allegato. Rapporto 1999, pag.225.

tanto più efficace in quanto consistente in un documento accessibile al pubblico e strutturato in disposizioni puntuali, il Mediatore ha altresì chiesto all'istituzione o all'organo di indicare in quale forma avrebbe adottato il codice ed alla luce di quanto suesposto, in conformità dell'art.2 par.6 del suo statuto, ha redatto i seguenti progetti di raccomandazione alle diverse istituzioni, organismi ed agenzie decentrate della Comunità:

1: L'istituzione dovrebbe adottare norme in materia di buona condotta amministrativa per i funzionari nei loro rapporti con il pubblico. Per adottare tali norme, l'istituzione potrebbe basarsi sulle disposizioni contenute nell'allegato codice di buona condotta amministrativa¹⁶².

2: Per garantire una facile comprensione da parte dei cittadini, tali norme dovrebbero riguardare solo i rapporti dei funzionari con il pubblico. Se l'istituzione intende adottare norme relative ai rapporti dei funzionari con l'istituzione, può farlo in un documento separato, accessibile al pubblico.

3: Per essere efficaci verso i cittadini, le norme dovrebbero essere adottate sotto forma di decisione e pubblicate sulla Gazzetta ufficiale.

Questi progetti di raccomandazione sono stati trasmessi alla Commissione il 28 luglio 1999 e al Parlamento e al Consiglio il 29 luglio 1999. È stato chiesto alle tre istituzioni di trasmettere i propri pareri circostanziati non oltre il 30 novembre 1999. I progetti di raccomandazione agli altri organismi ed agenzie decentrate sono stati trasmessi il 13 settembre 1999 con la richiesta di trasmettere un parere circostanziato non oltre il 31 dicembre 1999.

6.3. - Il 10 febbraio 1999 il Segretario generale della Commissione ha inviato al Mediatore, nonché ai segretari generali del Parlamento e del Consiglio, copia di un progetto di "Codice di condotta applicabile alla Commissione europea", che sarebbe stato poi presentato alla Commissione il 10 marzo 1999¹⁶³. La lettera ai segretari generali indicava che l'adozione di tale codice da parte della Commissione e le misure di esecuzione erano intese a dare efficacia all'iniziativa del Mediatore.

Il progetto di codice conteneva cinque sezioni: a) valori fondamentali;

¹⁶² Progetto di codice proposto dal Mediatore.

¹⁶³ Rapporto 1999, pag. 225 e ss.

b)diritto; c)obblighi; d)qualità professionali da promuovere ed e)al servizio del pubblico¹⁶⁴.

L'ultima sezione del codice dal titolo "al servizio del pubblico", che corrisponde all'oggetto dell'indagine di propria iniziativa, tiene conto della maggior parte dei principi oggettivi e procedurali contenuti nell'allegato alla lettera del Mediatore dell'11 novembre 1998.

L'11 marzo 1999 il segretario generale della Commissione ha informato il Mediatore della esistenza di tre codici di condotta, relativi rispettivamente ai Commissari, alle relazioni tra i Commissari ed i dipartimenti della Commissione ed il progetto di codice di condotta per il personale della Commissione europea, i primi due adottati dalla Commissione il 9 marzo 1999. Tuttavia per quanto riguarda il codice di condotta per il personale della Commissione europea, la Commissione stessa ha informato il Mediatore che si trattava di un progetto che avrebbe dovuto essere oggetto di ulteriori consultazioni con i rappresentanti del personale e le altre istituzioni europee a conclusione delle quali sarebbe stato adottato formalmente. Il 19 aprile 1999 il Dr. Ebermann, direttore del Segretariato generale, ha informato il Mediatore che, sfortunatamente, viste le circostanze (la nota crisi e caduta della Commissione), non era possibile dare alcun seguito formale al progetto di codice di condotta e che i servizi della Commissione speravano comunque di poter completare il codice dopo l'insediamento del nuovo esecutivo comunitario¹⁶⁵. Il 29 novembre 1999 la Commissione ha informato il Mediatore che il 24 novembre il Collegio della Commissione aveva approvato in prima lettura un progetto di decisione della Commissione che completa il suo regolamento interno con un codice di buona condotta amministrativa.

Il Presidente della Commissione ha indicato che il codice, riguardante solamente le relazioni dei servizi con il pubblico, verrà adottato con una decisione vincolante da pubblicarsi sulla Gazzetta ufficiale; ha inoltre sottolineato che, benché sussistessero alcune differenze tra le raccomandazioni del Mediatore e il progetto del codice della Commissione,

¹⁶⁴ Il Mediatore ha formulato osservazioni sul progetto del codice in data 23 febbraio e 9 marzo 1999, e sempre questo progetto è stato discusso in un incontro tenutosi il 2 marzo 1999 tra i segretari generali del Parlamento, del Consiglio, della Commissione ed il Mediatore.

¹⁶⁵ Rapporto 1999, pag.226.

si era tenuto pienamente conto degli elementi principali della proposta del Mediatore.

La Commissione ha indicato che, previa consultazione dei rappresentanti del personale dell'istituzione ed elaborazione di proposte di accompagnamento relative per esempio alla formazione del personale ed, infine, la Commissione ha adottato una decisione il 13 settembre 2000 che è entrata in vigore il primo novembre seguente con la quale aggiunge alle proprie regole di procedura un codice di buon comportamento amministrativo, che verrà pubblicato poi sulla gazzetta ufficiale delle Comunità europee e sul suo sito Web.

Il progetto di codice della Commissione è stato presentato nella forma seguente: il codice di buona condotta amministrativa è allegato ad un progetto di decisione della Commissione.

L'art.1 di tale progetto di decisione stabilisce che venga aggiunto il seguente paragrafo all'art.23 del suo regolamento: *“la Commissione adotta, se del caso, misure supplementari relative al funzionamento della Commissione e dei suoi servizi, che sono allegate al presente regolamento”*.

L'art.2 stabilisce che l'allegato al codice sia allegato al regolamento. Il codice allegato indica in primo luogo che cosa sia un servizio di qualità e descrive gli obiettivi e l'ambito di applicazione del codice. Esso si suddivide in sei sezioni, ovvero: principi generali di buona amministrazione (legalità, assenza di discriminazione, proporzionalità, coerenza); linee direttrici di buona condotta amministrativa (obiettività, e imparzialità, informazione sui procedimenti amministrativi, dare ascolto a tutte le parti aventi un interesse diretto); informazione sui diritti delle parti interessate (obbligo di indicare i motivi delle decisioni, obbligo di indicare le possibilità di ricorso); trattamento delle indagini (richiesta di documenti, corrispondenza, telefonate e comunicazioni elettroniche richieste da parte dei media); tutela dei dati personali ed informazioni riservate; denunce (la Commissione europea, il Mediatore europeo).

6.4. - Nella sua risposta del 12 febbraio 1999 il Presidente del Parlamento ha accolto l'iniziativa ed ha segnalato che il Parlamento aveva già iniziato l'esame della questione di un codice di buona condotta amministrativa. Egli

ha osservato che la questione era stata all'ordine del giorno dell'incontro dell'8 gennaio 1999 tra il Segretario generale ed i direttori generali.

In base all'avanzamento dei lavori, l'Ufficio di presidenza del Parlamento avrebbe avviato l'elaborazione di un progetto di codice di buona condotta amministrativa già trasmesso al Mediatore, ed il 10 dicembre dello stesso anno ha informato che un progetto di codice sarebbe stato sottoposto per approvazione all'Ufficio di presidenza del Parlamento nel dicembre 1999¹⁶⁶.

6.5. – Nella sua risposta del 30 marzo 1999, il Segretario generale del Consiglio ha fatto riferimento ad un incontro svoltosi il 2 marzo 1999 tra il Segretario generale del Parlamento, del Consiglio, della Commissione ed il Mediatore, nel quale aveva sottolineato che le misure proposte dal Mediatore avrebbero contribuito indubbiamente ad avvicinare ulteriormente i cittadini alle istituzioni comunitarie. Il Segretario ha inoltre osservato che un codice avrebbe dovuto essere adottato sotto forma di decisione del Consiglio piuttosto che di una decisione del Segretario generale; inoltre ha dichiarato di aver chiesto ai servizi del Consiglio di esaminare la questione alla luce delle sue caratteristiche specifiche e delle iniziative intraprese dalle altre istituzioni comunitarie, in particolar modo la Commissione. Il Segretario generale ha infine segnalato che avrebbe informato il Mediatore del seguito dato a questa decisione.

Solo il 6 settembre 2001 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione con la quale è stato approvato il Codice di buona condotta amministrativa, che le istituzioni ed organi comunitari, loro amministratori ed i loro funzionari saranno tenuti a rispettare nelle relazioni esterne con il pubblico. Invero per prima l'eurodeputato Roy Perry aveva proposto l'idea di un Codice. Successivamente l'Ombudsman europeo, Dr. P.N.Nikoforus Diamandouros, ancora attuale ombudsman, ne ha redatto il testo, facendo seguito ad una indagine di propria iniziativa, e l'ha presentato, come relazione speciale, al Parlamento europeo. Il codice tiene conto dei principi di diritto amministrativo europeo scaturiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e trae anche ispirazione dagli ordinamenti nazionali degli stati membri.

¹⁶⁶ Rapporto 1999, pag.226.

6.6. - La Corte dei Conti ha informato il Mediatore il 24 novembre 1998 che prevedeva in futuro l'elaborazione di un codice contenente disposizioni puntuali ed accessibili al pubblico. Sia il Comitato economico e sociale che il Comitato delle Regioni hanno accolto la proposta del Mediatore ed hanno manifestato la loro disponibilità a compiere i passi necessari per adottare un codice di buona condotta amministrativa sottolineandone l'importanza, soprattutto dal lato dell'uniformità.

Il Comitato delle Regioni ha anche specificato che il codice sarebbe stato adottato sotto forma di decisione dal proprio Ufficio di presidenza. La Banca europea per gli investimenti ha informato il Mediatore nel dicembre del 1998 che già nell'aprile 1997 era stato dalla stessa adottato un codice di comportamento applicabile alla BEI, e ne ha allegato copia, codice formalmente approvato dallo stesso Comitato di gestione della Banca e complementare ai regolamenti del personale. La Banca ha altresì informato il Mediatore che il capitolo 2 del codice, intitolato "relazioni esterne", contiene i principi di buona condotta amministrativa applicabili al personale nelle relazioni con il pubblico e che il dipartimento giuridico della Banca avrebbe esaminato le possibilità di dare maggiore pubblicità a questa parte del documento. La BCE ha in seguito aggiunto, nel febbraio del 1999, che in generale ha poche relazioni con il pubblico, dato che i suoi contatti avvengono principalmente con le banche centrali, istituti centrali, istituti finanziari, enti governativi e fornitori di beni e servizi, osservando tuttavia che per i suoi rapporti con i cittadini avrebbe preso in considerazione l'adozione di un codice di buona condotta amministrativa non appena le circostanze lo avessero consentito e ne avrebbe informato il Mediatore.

Nove dei dieci organismi comunitari decentrati hanno accolto positivamente la proposta del Mediatore ed hanno espresso la loro intenzione di adottare un codice di buona condotta amministrativa tra cui l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno pur spiegando che il suo funzionamento non è tanto assimilabile a quello di un'amministrazione pubblica, quanto piuttosto a quello di una società di diritto privato¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Rapporto 1999, pag. 226 e ss.

6.7. - Nella sua raccomandazione il Mediatore ha indicato che per adottare norme sul buon comportamento amministrativo, le istituzioni e gli organi potrebbero trarre spunto dal modello di codice di buon comportamento amministrativo: questo contiene innanzitutto i principi sostanziali e procedurali di diritto amministrativo, come l'assenza di discriminazione o l'abuso di potere, l'imparzialità e l'indipendenza, l'obbligo di motivazione ed il diritto di difesa. Accanto a questi principi classici, il progetto di codice contiene norme di buona pratica amministrativa, come l'inviare una ricevuta, l'indicazione del responsabile del procedimento, l'obbligazione di trasferire il caso all'ufficio competente e l'indicazione delle possibilità di ricorso.

Per prima solo due delle diciotto istituzioni, organismi o agenzie decentrate, hanno adottato il codice di buona condotta amministrativa proposto dal Mediatore¹⁶⁸: l'Agenzia europea per la valutazione dei prodotti medicinali (EMA), ed il Centro per le traduzioni per gli Organi dell'Unione europea, rispettivamente il primo dicembre 1999 ed il 10 febbraio 2000.

Solo la Commissione, che è il soggetto passivo più frequente nelle denunce dei cittadini, aveva cominciato l'elaborazione per il proprio personale di un codice di condotta, la cui quinta sezione riguardava proprio i rapporti con il pubblico (ma che ha dovuto interromperlo per le note ragioni), il Parlamento, il Consiglio, la Corte dei Conti, il Comitato economico e sociale, il Comitato delle Regioni e la Banca Centrale europea, fino al momento dell'approvazione del codice di buona condotta amministrativa.

Contro corrente, la Banca Europea degli Investimenti aveva già adottato nell'aprile 1997 un proprio codice di condotta dettagliato, anche se sembra che tale codice, complementare peraltro ai regolamenti sul personale, riguardi principalmente le relazioni del personale con la stessa istituzione BEI, e che anche il capitolo 2 intitolato "relazioni esterne" non contenga in realtà disposizioni che contengono effettivamente una disciplina delle relazioni con il pubblico¹⁶⁹.

L'unica vera eccezione è invece nella risposta data dall'Ufficio per

¹⁶⁸ La situazione a marzo 2001 è in allegato.

¹⁶⁹ http://europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1999/it_399X0519_01.html

l'armonizzazione nel mercato interno: è infatti risultato che tale ufficio ha già soddisfatto la maggior parte dei principi oggettivi e procedurali contenuti nella proposta del Mediatore per un codice di buona condotta amministrativa, anche se tali garanzie non riguardano tutte le relazioni con i cittadini ma sono per lo più circoscritte alla procedura di deposito del marchio comunitario.

In seguito alla notizia pervenuta al Mediatore che il codice di condotta della Commissione non era stato adottato per i motivi noti, lo stesso ha comunque provveduto ad inviare progetti di raccomandazione oltre che alla Commissione stessa, al Parlamento e al Consiglio, con la richiesta di esprimere il loro parere in merito entro la fine del novembre 1999¹⁷⁰.

6.8. - Il 2 febbraio 2000 il Mediatore ha parlato davanti alla Commissione redigente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed in questo discorso ha indicato che l'aspetto più interessante dei lavori, a suo avviso, consisteva nella possibilità di riconsiderare le relazioni tra i cittadini e l'amministrazione pubblica alla luce degli ultimi sviluppi dei Diritti dell'Uomo ed ha concluso con un invito ad includere nella Carta un diritto ad una amministrazione aperta, responsabile ed avente lo spirito di servizio, intendendo con questa espressione che l'amministrazione esiste ed è presente al servizio del cittadino e non il contrario.

La Carta è stata, poi, sottoscritta congiuntamente dai presidenti della Commissione, del Parlamento e del Consiglio nel dicembre 2000 a Nizza e, per quanto criticata, era un ulteriore passo verso una costituzione europea, poi come noto non più adottata, ma che ha però trovato adeguato spazio nelle normative poste in essere nel seno del Trattato di Lisbona. La Carta dà, finalmente, una solida base su cui fondare in futuro un diritto amministrativo comune ed è la prima al mondo a contenere espressamente un diritto dei cittadini alla buona amministrazione come diritto fondamentale incluso all'interno di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; la prima volta nella storia della Comunità che le istituzioni hanno dichiarato, ufficialmente ed esplicitamente, al più alto livello che i cittadini europei hanno diritto a ricevere un buon comportamento amministrativo quando si

¹⁷⁰ Rapporto 1999, pag. 228.

rivolgono alle istituzioni stesse, questo avrà naturalmente una ripercussione di ordine pratico sulle attività delle amministrazioni della Comunità, nell'applicazione del diritto comunitario nei tribunali e, naturalmente, sul Mediatore europeo.

È l'art.41, contenuto nel capo quinto sulla cittadinanza, a statuire "il diritto ad una buona amministrazione"; naturalmente esso pone solamente i principi di base, senza addentrarsi nei dettagli, ma ne fornisce comunque gli elementi: innanzitutto il diritto a che le questioni che riguardano il cittadino siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione¹⁷¹; 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 pregiudizio¹⁷²; il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale¹⁷³ e l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni¹⁷⁴. Viene, inoltre, sancito il dovere di responsabilità in capo alla Comunità per i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, obbligo, questo, nei confronti di ogni individuo che ha il diritto di essere risarcito qualora abbia subito dei danni a loro imputabili, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri¹⁷⁵.

Infine, ex art.43, ogni 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. È chiaro che questi requisiti fondamentali di buona amministrazione non sono le uniche regole e gli unici principi che le istituzioni o gli organi e i loro agenti sono tenuti a seguire allo scopo di garantire una buona amministrazione; è necessario, quindi, un complesso di

¹⁷¹ Art.41, comma.1.

¹⁷² Art.41, comma.2, al.1.

¹⁷³ Art.41, comma.2, al.2.

¹⁷⁴ Art.41, comma.2, al.3 e al riguardo confronta l'articolo 255 CE.

¹⁷⁵ Art.41, comma 3.

regole e principi, un regolamento o un codice di buona condotta amministrativa affinché le istituzioni e gli organi dell'UE ed i loro funzionari possano essere all'altezza del livello di buona amministrazione stabilito nella Carta.

Il progetto della Carta era stato distribuito e discusso, prima della sua adozione, anche nel corso del congresso internazionale dei difensori civili, che si riunisce ogni quattro anni e rappresenta oltre 100 istituti dei difensori civili ed organi corrispondenti di tutti i continenti svoltosi in Sudafrica, a Durban, nel tardo autunno del 2000. La risoluzione finale ha voluto sottolineare che esiste un diritto fondamentale ad una buona amministrazione per tutti i cittadini, e gli istituti del difensore civico di tutto il pianeta sono stati creati per promuoverlo e perseguirlo. Negli Stati membri negli ultimi anni sono state promulgate nell'interesse dei cittadini numerose leggi sulla buona condotta amministrativa, come ad es. la legge francese 321/2000 del 12 aprile 2000, riguardante i diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, ma i codici di condotta amministrativa adottati dal Parlamento europeo e dalla Commissione, nonostante siano da vedersi come dei passi positivi, non contengono, comunque, tutti gli elementi positivi stabiliti dalla Carta.

6.9. - Secondo Söderman, per arrivare finalmente ad un buon governo europeo, era necessario passare per tre tappe fondamentali: incrementare la trasparenza; stabilire regole di buona condotta amministrativa ed assicurare il rispetto dello stato di diritto¹⁷⁶:

a: accrescere la trasparenza.

All'interno della Comunità si parla spesso di incrementare la trasparenza, chiunque non può non essere d'accordo su questa affermazione, ma passi concreti in questa direzione sembrano difficili da compiere. Il Trattato di Amsterdam rinforza l'idea di cittadinanza, rimarcando i principi costituzionali su cui si fonda l'Unione: la libertà; la democrazia; il rispetto dei

¹⁷⁶ Speech given by the European Ombudsman, "What is Good administration? The European Ombudsman's Code of Good Administrative Behaviour"; International Seminar, "The Ombudsmen and the European Union Law", Bucarest, 21-24 April 2001.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; lo stato di diritto. V'è, inoltre, la sottolineatura che le decisioni "dovranno essere prese nel modo più trasparente possibile".

Ma quali sono le implicazioni della parola "trasparenza", quali concetti trascina con sé? Il significato è che: le procedure alla base delle decisioni devono essere comprensibili e devono essere motivate; se possibile, ovvero salvo determinati casi, chiunque ha diritto di accedere alle informazioni che hanno fondato tali decisioni; le riunioni di istituzioni pubbliche che prenderanno decisioni incidenti direttamente sulla vita dei cittadini devono essere aperte e pubbliche affinché i cittadini possano seguire lo svolgimento dei lavori e presentare le loro osservazioni; sarebbe molto utile al proposito che le proposte presentate in queste occasioni venissero rese pubbliche prima del dibattito.

Attualmente il dibattito sulla trasparenza è quasi esclusivamente concentrato sul nodo dell'accesso pubblico a documenti, aspetto sì molto importante, ma non l'unico; l'importante è che i cittadini sappiano quello che fanno le istituzioni e perché. Infatti, più un organo lavora in trasparenza minori sono i rischi di attività illegale e di corruzione. Il sistema più facile per promuovere un'amministrazione onesta c'è ed è quello di assicurarne la maggior "visibilità" possibile. Naturalmente ci sono campi nei quali le amministrazioni devono lavorare confidenzialmente, ma essi non possono che essere una, tipizzata, eccezione.

b: stabilire delle regole di buona condotta amministrativa

Il Mediatore afferma che in Europa c'è una moltitudine che ha tutta una serie di obblighi ma assai pochi diritti scritti nero su bianco: sono i cittadini europei, e soprattutto quando si trovano davanti all'amministrazione comunitaria. Se la Carta di Nizza verrà positivizzata dalle istituzioni, non ne potranno che dei testi con dei diritti certi per i cittadini.

c: assicurare il rispetto dello stato di diritto

Basandosi sull'analisi delle denunce ricevute ed irricevibili, il Mediatore ritiene che il diritto comunitario non è ancora ben "rispettato" all'interno degli Stati membri, probabilmente perché ancora non conosciuto o ben compreso. Per le grandi aziende funziona, ma non sembra altrettanto per i comuni cittadini. È difficile immaginare come i cittadini possano avere sereno affidamento nella Comunità, se a priori il diritto comunitario non è

rispettato già dagli Stati membri, aggiungendo che la procedura davanti alle Corti comunitarie richiede circa tre anni e costi insopportabili per i singoli. I cittadini hanno la possibilità di indirizzare delle petizioni alla Commissione competente del Parlamento europeo, ma nonostante la sua solerzia, la procedura richiede tempo. La procedura davanti alla Commissione, “custode dei trattati”, non assicura ancora un accettabile grado di trasparenza, ne sono riprova le molte denunce in tal senso.

Per contro la Commissione sembra arroccarsi ancor di più sulle sue posizioni. L'impressione che se ne ricava è che si voglia scaricare tale fardello sugli stessi Stati, ovvero, a colui al quale si rimprovera di applicare il diritto comunitario in maniera mediocre.

7.-7.1 - L'inadeguatezza della procedura stabilita dall'art.226 del Trattato CE, per quanto riguarda il supporto alla normativa per la protezione dell'ambiente in ambito comunitario ha dimostrato i propri limiti¹⁷⁷. La procedura in sé stessa e l'approccio della Commissione nei confronti di questo tema sono stati criticati sotto numerosi aspetti, non solo perché tale procedura non consente un sufficiente grado di trasparenza, ma anche per le deboli od inconsistenti ragioni che la stessa ha addotto a giustificazione, come nel caso seguente, per non sollevare delicati problemi politici.

Il progetto stradale del *Newbury by-pass*¹⁷⁸ illustra bene il problema ed ha fornito gli elementi per un esame analitico dei vari aspetti da parte del Mediatore europeo, ed ha inoltre portato il Comitato per le petizioni del Parlamento europeo a formulare delle riserve riguardo il modo in cui la Commissione ha gestito tale procedura¹⁷⁹.

Nel 1995 il Governo inglese ha finalmente dato il via libera all'inizio dei

¹⁷⁷ *The Ombudsman and the Parliament*, Kunlik & Jacobson; *European Environmental Law Review*, February 1997 pag.46; Biblioteca dell'Accademia di Diritto internazionale, L'Aja, Olanda

¹⁷⁸ <http://www.gre.ac.uk/~bj61/talessi/tlr40.htm>

¹⁷⁹ Kramer: “*Public interest Litigation in Environmental Matters Before the European Courts*”, 1996, ELR n°2, 1995 Swet and Maxwell, Biblioteca dell'Accademia di Diritto internazionale, L'Aja, Olanda; Snyder: “*The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*”, 1993, Biblioteca dell'Accademia di Diritto internazionale, L'Aja, Olanda; Rapporto 1996, pag. 59 e ss.

lavori di costruzione di un passante autostradale sulla "A34" attorno alla città di Newbury. Prima della decisione definitiva, questo assai contestato passante era stato sottoposto ad una consultazione pubblica organizzata dal Dipartimento dei trasporti, due inchieste pubbliche, rispettivamente nel 1988 e nel 1992, ed una revisione totale del progetto effettuata dallo stesso Dipartimento dei trasporti nel 1994, ma l'opposizione alla costruzione fu comunque battuta e nel 1995 il sito della costruzione è diventato il più grande evento contro la costruzione di una strada mai avvenuto in Gran Bretagna. Questo passante è stato, finalmente, aperto nel 1998, ma già chiuso nel 1999 per delle riparazioni al manto stradale.

In merito a questa vicenda, diverse segnalazioni sono state indirizzate alla Commissione adducendo che la Gran Bretagna non aveva rispettato la direttiva di valutazione di impatto ambientale¹⁸⁰. Tale direttiva non contiene alcuna disposizione transitoria; questo significa che dal testo non risulta in maniera chiara se le norme previste si applichino anche ai casi in cui le procedure di autorizzazione siano state avviate prima della sua entrata in vigore, i cosiddetti casi *pipe-line*. La posizione del Regno Unito era quella secondo la quale tale direttiva non poteva essere applicata al progetto, nonostante non avesse i requisiti di validità secondo la nuova normativa, perché rientrava, appunto, nei casi *pipe-line*, visto che era stato approvato prima della sua entrata in vigore. Nel 1994 sono state presentate alla Commissione europea molte denunce secondo le quali le autorità britanniche avrebbero violato i requisiti disposti dalla direttiva nel caso del "Newbury by-pass" e la Commissione, come da prassi, ha registrato le denunce aprendo un fascicolo sul caso in questione.

La Commissione, inizialmente, non aveva approvato la presa di posizione dello Stato membro ed aveva così cominciato uno studio concernente il merito sulla base dell'allora art.169 CE (226 oggi), ma portata a termine la procedura ha rilasciato un comunicato stampa nel quale affermava che, alla luce della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Großkrotzenburg*,¹⁸¹

¹⁸⁰ Direttiva 85/337/ CEE in GUCE L 175/40 del 1985; il termine ultimo per la trasposizione è decorso il 3 luglio 1988.

¹⁸¹ Commissione contro Repubblica federale di Germania, il cosiddetto caso "Großkrotzenburg", Sentenza dell'11 agosto 1995 nella causa C-431/92, Racc. 1995, pag. I-2189. Cfr., ad esempio, P. Kunzlik, "Environmental Impact Assessment: Bund Naturschutz Großkrotzenburg and the Commission's retreat on the Pipeline point", *European Environmental Law*

aveva deciso di interpretare la direttiva nel senso della obbligatorietà della conduzione di una valutazione di impatto ambientale solo per i progetti il cui procedimento di attuazione fosse iniziato dopo il 3 luglio 1988 e ciò, consequenzialmente, comportava la non applicabilità della direttiva al progetto *Newbury By-pass*¹⁸², ovvero il sostegno alla posizione della Gran Bretagna.

La natura della procedura stabilita dall'art.226 CE e le sue carenze, come mezzo di sostegno alla legge per la protezione dell'ambiente, sono ben documentate; è qui sufficiente fornirne una breve descrizione, accennandone però i tratti essenziali¹⁸³: *“La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi allo stesso incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.”*¹⁸⁴.

Se lo Stato in questione non si adegua al parere della Commissione, ed entro il termine da questa stabilito, quest'ultima può adire la Corte di Giustizia. Nonostante sia così “succinta” nell'enunciato tale norma è estremamente complessa nelle procedure di azionamento, ma, ciononostante, sono stati numerosi i ricorsi dei cittadini soprattutto in materia ambientale. Il primo stadio di investigazione della Commissione è informale e comincia con uno scambio di informazioni con i rappresentanti dello Stato membro il cui comportamento è in esame. Se la Commissione non è soddisfatta di questo primo “livello”, può fare seguire tre stadi ufficiali: innanzitutto, la Commissione invia una lettera di “notizia formale”, spiegando quali sono i motivi della sospetta infrazione, documento che ha anche lo scopo di delineare quali siano i confini della questione. Infatti, se successivamente viene adita la Corte di Giustizia, l'oggetto della decisione non potrà eccedere quello contenuto all'interno della predetta comunicazione.

Se, ancora, la risposta fornita dallo Stato non è soddisfacente, e/o se la Commissione ritiene che tuttora persista l'infrazione, può emettere un

review, 1° marzo 1996, pag. 87-93.

¹⁸² Cfr., ad esempio, P. Kunzlik, *op.cit.*, sempre pag. 87-93.

¹⁸³ Direttiva 85/337 in GUCE L 175/40 del 5/7/85.

¹⁸⁴ Art. 171 del Trattato CE, divenuto art. 228 CE, in seguito alla rinumerazione effettuata dal Trattato di Amsterdam.

“parere motivato”: questa delinea in via definitiva la sua posizione sulla questione ed indica i comportamenti richiesti allo Stato, che ritiene necessari per soddisfare i requisiti richiesti dal diritto comunitario, e ciò in un tempo ragionevole da consentirglielo. Se allo scadere del termine concesso lo Stato membro non ha adempiuto, la Commissione può far partire il procedimento di infrazione davanti alla Corte di giustizia per ottenere una dichiarazione in tal senso. Se lo Stato membro, ancora (“perseverare diabolico”!), non rispetterà la decisione della Corte, lo stesso può essere costretto, dopo un ulteriore procedimento, a sottostare al pagamento di una penale come disposto dall’art. 228 CE¹⁸⁵.

Questa procedura, concepita prima dell’”allargamento di competenza” dell’Unione, è di difficile applicazione in campo ambientale: infatti, molti dei difetti che la affliggono sono “genetici”, ovvero, inerenti alla procedura in sé. Essa è, per esempio, troppo lunga e laboriosa per essere veramente efficace in tale campo, dato che secondo una recente stima richiede un tempo troppo lungo per il suo azionamento, circa 56 mesi, assolutamente non ammissibile in campo europeo¹⁸⁶. Inoltre, la Commissione non ha i poteri per ordinare misure provvisorie di tutela, ed inoltre la stessa procedura non ha le caratteristiche per soddisfare e garantire le aspettative di trasparenza, equità ed efficienza che sono oramai generalizzate.

Infine, le decisioni della Commissione, sia che aprano un’indagine, che si concretino in una semplice lettera di richiamo od in un parere motivato, o che ancora diano l’avvio ad un procedimento davanti la Corte di giustizia, non hanno l’obbligo di essere motivate, giustificate e non sono suscettibili di revisione giudiziale¹⁸⁷.

Coloro i quali hanno presentato denunce nel caso del raccordo autostradale inglese, non erano assolutamente rimasti soddisfatti del modo in cui la Commissione ha deciso di chiudere la procedura di sua competenza, e delle motivazioni ufficiali addotte a fondamento. Hanno, infatti, ritenuto che alla base di tale decisione vi sia stata una assai più ampia valutazione di fattori politici piuttosto che un approccio meramente legale e,

¹⁸⁵ ex art.171 CE.

¹⁸⁶ Kramer, citato.

¹⁸⁷ Caso 247/87, Star fruit, 1988, ECR 305; in: www.hertford.ox.ac.uk/admissions/law/european_community_law.htm

in assenza, come visto, di un qualsivoglia rimedio legale, hanno sporto denuncia al Mediatore europeo, chiedendo che la Commissione fosse giudicata nel caso in questione colpevole di cattiva amministrazione, contemporaneamente all'invio di una petizione al Comitato per le petizioni del Parlamento europeo.

Il Mediatore ha ricevuto numerose denunce relative al *Newbury case* e il 2 febbraio 1996, dopo averne vagliato l'ammissibilità, le ha dichiarate ammissibili, raccogliendole ed ordinandole in base a quattro punti fondamentali: innanzitutto, la Commissione aveva privato i cittadini del beneficio di una decisione autorevole della Corte di Giustizia sulle controverse questioni relative al diritto comunitario interessato, rischiando altresì di sovvertire il primato giuridico della Corte; secondo alcune denunce l'interpretazione data alla direttiva dalla Commissione era in mala fede, in quanto motivata da considerazioni di ordine politico o avendo alla base pressioni politiche; la corretta interpretazione della sentenza *Großkrotzenburg* sosteneva la posizione secondo cui la direttiva non si applicava al *Newbury by-pass*; infine, la Commissione avrebbe dovuto informare gli autori delle denunce registrate della sua decisione di chiudere il fascicolo prima di annunciare la sua decisione mediante un comunicato stampa.

Nel luglio del 1996 la Commissione ha inviato al Mediatore il suo "primo parere" all'interno del quale ha esposto le sue considerazioni, brevemente e ripetendo che, a suo vedere, si trattava di un caso "*pipe-line*", sempre facendo riferimento al caso *Großkrotzenburg*, e che, inoltre, tutta la questione aveva ad oggetto l'esercizio insindacabile del suo potere discrezionale, conferitole dall'art.226 CE. Non solo, ma ha aggiunto di avere la facoltà di chiudere il procedimento in qualsiasi momento sulla base delle norme che le conferiscono l'esercizio discrezionale dei poteri di inchiesta e, inoltre, i denunciati, stante la vigente normativa, non hanno il diritto vederne rivisto l'operato da parte della Corte di giustizia, ed avrebbero dovuto vedersi rifiutato anche il diritto di adire il Mediatore, concludendo di aver semplicemente esercitato tali poteri discrezionali e di: "*...aver proceduto nei confronti dei denunciati in conformità ai principi di buon comportamento amministrativo, attraverso la doverosa registrazione delle denunce e mantenendo informati gli stessi denunciati sullo stato del corso della procedura. Bisogna aggiungere che chi agisce in base all'art.169 CE (oggi 226 CE) non possiede un diritto specifico quale*

*potrebbe essere quello che può esistere in altri settori, quali il diritto della concorrenza o l'antidumping. Tenuto conto di ciò la Commissione non ravvisa elementi di cattiva amministrazione nel suo operato*¹⁸⁸.

Al riguardo i denunciati hanno osservato che la risposta più ovvia a tale affermazione, dal punto di vista del singolo cittadino, sia essa giurista o meno, non può essere che proprio laddove i cittadini non hanno diritti legalmente tutelati in relazione all'agire di un organismo comunitario, ed in particolare la Commissione, è lì che il lavoro del Mediatore di indagare sulla cattiva amministrazione ha maggiore importanza. Inoltre, anche nel caso in cui i cittadini europei possiedano diritti non legalmente tutelabili, non ne può comunque derivare una totale libertà d'azione da parte della Commissione, ovvero essa non può ritenersi autorizzata ad agire arbitrariamente o "capricciosamente" senza considerarsi in alcun modo responsabile. I denunciati non hanno mancato, poi, di sottolineare come la Commissione avesse evitato di dare una risposta alle allegazioni aventi ad oggetto la contestazione della continua ed erronea interpretazione del caso *Großkrotzenburg* e, in ultimo, contrariamente al suo dovere di informazione, la Commissione aveva di fatto dato notizia ai media della decisione di chiudere la procedura sul caso *Newbury* con un'uscita sulla stampa il 20 ottobre 1995, ma aveva informato i diretti interessati poi solo il 6 dicembre successivo, più di sei settimane dopo¹⁸⁹.

Il Mediatore ha evidenziato proprio questi punti specifici delle denunce, molti dei quali riguardavano proprio le modalità di utilizzo dell'art.169 CE (oggi 226 CE)¹⁹⁰. Quindi, in base ai commenti formulati sulla base del primo parere è stato possibile enucleare i seguenti punti: innanzitutto che le osservazioni della Commissione in merito al suo potere discrezionale equivalgono all'affermazione che essa può agire arbitrariamente; in secondo luogo che la Commissione non aveva risposto all'accusa di aver agito in mala fede e la continua ed erronea allegazione della sentenza *Großkrotzenburg*. Infine, per quanto attiene all'aspetto dell'informazione la Commissione ha affermato sì di aver regolarmente informato i denunciati, ma essa ha comunicato ai mezzi di informazione la sua decisione di archiviare il caso

¹⁸⁸ Kunzlik, vedi nota 97.

¹⁸⁹ Kunzlik, ibid.

¹⁹⁰ Kunzlik, ibid, pag.48.

Newbury con un comunicato stampa rilasciato il 20 ottobre 1995, mentre i diretti interessati sono stati definitivamente portati a conoscenza della decisione, come detto, con lettere datate 6 Dicembre 1995¹⁹¹.

7.2. - a: La discrezionalità della Commissione nell'esercizio dei suoi poteri

Il Mediatore ha ritenuto, sulla base del primo parere sottopostogli, che la Commissione non fosse in una posizione di torto nel merito delle argomentazioni addotte a fondamento dell'esercizio dei propri poteri discrezionali. Ha infatti sottolineato che l'art.169 CE¹⁹² dispone che la Commissione può emanare un parere motivato “*quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi allo stesso incumbenti in virtù del presente trattato*” e, quindi, se l'addetto alla vigilanza sui Trattati ha di fatto concluso che in questo caso non v'era stato inadempimento del diritto comunitario, così non poteva esistere alcuna questione sollevabile in relazione alla sua discrezione.

b: mala fede o cattiva interpretazione di diritto?

Questa presa di posizione, naturalmente, non tiene conto delle altre vie che la Commissione ha per combattere le infrazioni, sempre sulla base dell'art.226 CE, ma qui è da valutare l'esercizio del suo potere discrezionale nella chiusura di questo caso. La domanda da porsi è la seguente: anche se tale archiviazione fosse stata disposta per delle ragioni politiche, dove può essere fissato il confine per poterla considerare cattiva amministrazione? Nonostante fosse impossibile per i denunciati provare la mala fede della Commissione, le denunce sono state preparate con notevole cura, dato che il Mediatore stesso le ha ritenute ammissibili, arrivando a dubitare della buona fede dell'esecutivo comunitario, dopo un primo esame sulla effettiva esistenza di elementi di comportamento di cattiva amministrazione, ma anche se la asserita pressione effettuata dalla Gran Bretagna fosse stata reale, la questione non avrebbe dovuto essere portata davanti al Mediatore, bensì davanti al Comitato per le petizioni del Parlamento europeo.

Il Mediatore ha considerato che il denunciante: “*ha fornito al Mediatore*

¹⁹¹ Rapporto 1996, pag.60.

¹⁹² Oggi art. 226 CE.

*elementi tali da portarlo a valutare che la conclusione a cui è giunta la Commissione, basandosi sulla direttiva VIA¹⁹³, non si applica al caso Newbury Pass, al fine di accertare se vi sia stata cattiva amministrazione nella interpretazione del diritto comunitario o nella sua applicazione ai fatti ed al contesto nazionale del caso*¹⁹⁴. Questo è sorprendente perché più di qualcuno avrebbe potuto dubitare che il Mediatore si sarebbe assunto il rischio politico di sostituire la propria opinione al punto di vista della Commissione, nel campo delineato dall'art.226, se non nel caso di evidenza assoluta di un comportamento di mala fede o tutt'al più in presenza di inequivoci argomenti tendenti a dimostrare un orientamento della Commissione come grossolanamente erroneo e che lo stesso, come visto, ha ritenuto sussistenti in numero tale da portarlo a considerare la mala fede ritenuto sussistenti in numero tale da portarlo a considerare la mala fede presente. E nonostante avesse valutato come condizione sufficiente per il suo esame gli argomenti in merito alla cattiva interpretazione del caso *Großkrotzenburg*, il Mediatore non ha ritenuto di valutare questa interpretazione come "grossolanamente erronea", anzi è andato così oltre da suggerire che il punto di vista della Commissione è "... *probabilmente corretto*". Ha invece considerato assai criticabile il fatto che il primo parere della Commissione non contenesse che una assai breve ed incompleta motivazione elaborata dai suoi servizi legali a supporto della decisione di non applicazione della direttiva.

Quindi, ritenendo appropriata ed in buona fede questa interpretazione, ma sostanzialmente non corretto il non azionamento dei poteri inquisitori, di fatto, il Mediatore si è posto in una posizione in cui stava sostituendo il proprio giudizio a quello della Commissione in un'area dove il margine di discrezionalità è conferito a quest'ultima proprio dall'art.226 CE¹⁹⁵, rischiando così di sconfinare in un campo che è proprio alla Corte di giustizia. Infatti, per poter valutare correttamente l'esistenza o meno della buona fede della Commissione, il Mediatore ha dovuto individuare gli elementi delle norme di diritto comunitario "ordinario" applicabili al caso *Newbury* nonostante, secondo il trattato, sia di pertinenza della Corte di

¹⁹³ Valutazione di impatto ambientale, citata.

¹⁹⁴ Rapporto 1996, pag.62.

¹⁹⁵ Ex169 CE.

giustizia assicurarne l'osservanza ed applicazione¹⁹⁶. È uno dei motivi per cui il Trattato stesso prevede in maniera assai esplicita che il Mediatore possa indagare casi di cattiva amministrazione tranne i casi in cui i fatti allegati debbano essere sottoposti a procedura legale”.

c: la notificazione alla stampa prima che ai ricorrenti

Dopo aver risolto in questo modo il nodo centrale della denuncia il Mediatore ha criticato la Commissione, su di un aspetto concernente il buon comportamento amministrativo: essa avrebbe dovuto infatti informare i denunciati della decisione presa prima, o tutt'al più contemporaneamente, al momento in cui l'annunciava pubblicamente alla stampa. Naturalmente vi possono essere state molteplici ragioni pratiche sul perché questo non sia stato possibile, ma in tal caso la Commissione avrebbe dovuto, quanto meno, spiegarle.

In questo senso il Mediatore è stato molto “rispettoso”, nel non richiedere ulteriori giustificazioni, ritenendo esistenti delle “ragioni pratiche” che avessero impedito una previa e pronta notificazione dell'esito ai denunciati, nonostante la notizia a questi ultimi sia stata comunicata ben sei settimane dopo la suddetta conferenza stampa, anche se è piuttosto difficile pensare a difficoltà tecniche che giustificassero un così grave ritardo, a maggior ragione perché nel frattempo non c'era stata la pausa estiva, anzi, il tutto si era svolto in un periodo assolutamente lavorativo dal 20 ottobre al 6 dicembre. Ma, mossa questa critica, il Mediatore ha ritenuto che questo aspetto della denuncia riguardasse procedure già esaurite nel passato e che quindi non fosse necessario effettuare ulteriori indagini o ricercare una composizione amichevole del caso.

7.3. – Nonostante il Mediatore non abbia sostenuto le richieste dei denunciati, è comunque chiaro che la procedura azionabile in base a questo articolo lascia a desiderare, considerazione non basata solamente sul caso *Newbury*, ed ha ritenuto che dovrebbe esserci un riesame su basi più ampie delle posizioni procedurali assicurate, ha infatti altresì fatto notare: “*sulla base delle denunce che ho ricevuto, sembra che la procedura correntemente utilizzata dalla Commissione cagioni insoddisfazioni considerevoli nei cittadini europei, alcune delle quali*

¹⁹⁶ Art.230 del Trattato CE, così come rinumerato da quello di Amsterdam.

riguardano l'approccio e lo scarico di responsabilità sulle basi dell'art.226 CE, con un comportamento giudicato come arrogante ed abnorme. Inoltre la procedura non sembra promuovere un grado di trasparenza nel funzionamento delle istituzioni ed organi comunitari il cui incremento i cittadini europei si aspettano", e, peraltro senza toccare l'argomento se il Trattato vada modificato per offrire una migliore posizione ai privati denunciatori sulla base dell'art.226 (169) CE, ha considerato ancora che: *"la Commissione stessa avrebbe potuto decidere di creare questi diritti sulla base di una questione di corretta pratica amministrativa. In particolare, prima di adottare la sua decisione definitiva, la Commissione potrebbe comunicare ai ricorrenti registrati una conclusione provvisoria dalla quale risulti che non vi è violazione del diritto comunitario, inviando altresì agli autori delle denunce l'esito delle sue indagini a sostegno di detta conclusione, accompagnato da un invito a presentare osservazioni entro un determinato periodo di tempo"*¹⁹⁷.

L'applicazione in concreto di questo ragionamento porterebbe a migliorare il *modus decidendi* della Commissione nonché le relazioni tra i cittadini europei e la Commissione stessa, attraverso la possibilità di una più piena partecipazione allo svolgimento della procedura, con il conseguente incremento della trasparenza. Seguendo questo filo logico, il Mediatore ha deciso di far partire un'inchiesta di propria iniziativa su questi meccanismi auspicando uno sviluppo in tal senso, sia per cercare di portare la Commissione ad abbandonare degli atteggiamenti qualificabili come arroganti, in questo come in altri casi "politicamente sensibili", come quelli del tunnel sotto la Manica o dell'autostrada M11, sempre in Inghilterra. L'apparente indolenza della Commissione ha fatto dubitare più di qualcuno se essa effettivamente assolva al proprio compito di sorveglianza in campo ambientale¹⁹⁸, ed il Mediatore che si trova frapposto tra istituzioni comunitarie e singoli cittadini non poteva astenersi dal cogliere questo sentimento ed è da sperare che, dopo le sue raccomandazioni, anche per quanto riguarda l'adozione di un codice di buon comportamento amministrativo, vi sia un ulteriore miglioramento e che la Commissione cominci a riascoltare la voce dei denunciatori, anche se probabilmente dovrà essere ulteriormente "incoraggiata". Infatti, la semplice affermazione contenuta nel primo parere emesso in questo caso sul potere di

¹⁹⁷ Rapporto 1996, pag.66.

¹⁹⁸ Kunzlik, citato, pag.53.

discrezionalità illimitata conferitale e sulla assai discutibile cattiva attitudine di emettere delle decisioni in maniera non completa, seppur nel caso del primo parere, non sono affatto di buon esempio. Bisogna, inoltre, aggiungere che la percezione della realtà da parte della Commissione non può essere così acuta come quella del Mediatore, e per quanto essa continui a definire i denunciatori come “fonte vitale” di informazioni, non sembra valutare in modo appropriato che non può aspettarsi di ricevere ancora il supporto di tale fonte se continuerà a dare l'impressione di non considerarli in maniera appropriata o affatto.

Le statistiche pubblicate dalla stessa Commissione possono essere lette anche nel senso che i cittadini europei ed i loro legali stanno perdendo fiducia, e se così fosse, la necessità di una riforma sarebbe urgente. Questa importante statistica è contenuta nel Rapporto della Commissione per il 1995, il trentesimo, sul monitoraggio dell'applicazione della legge comunitaria¹⁹⁹ e, nonostante il perno di questo studio sia sull'allargamento dell'Unione, ha sottolineato come vi sia stata una diminuzione delle denunce presentate alla Commissione, soprattutto per quanto riguarda la materia ambientale, anche se viene specificato che tali statistiche devono essere lette con notevole cautela²⁰⁰. Questo decremento può aprire la porta a tre possibili spiegazioni: la prima, nonché la più ottimistica, è che i cittadini che decidono di non adire la giurisdizione comunitaria possono trovare ora una più ampia soddisfazione nelle loro corti nazionali senza l'aiuto della Commissione; la seconda è che il numero in decremento di denunce può essere imputabile al fatto che gli Stati membri applicano il diritto comunitario in maniera migliore evitando, a chi si considera danneggiato, di adire i tutori dei trattati; ultima, i cittadini dei nuovi Stati membri non sono ancora adeguatamente informati sulle possibilità di denuncia alla Commissione, così che il numero delle stesse non è ancora aumentato in maniera proporzionale all'incremento di popolazione portato dai nuovi Stati;

¹⁹⁹ Il trentesimo Rapporto annuale della Commissione sulla monitorizzazione dell'applicazione della legge comunitaria, 1995, GUCE 14/10/96, C 303/8; vedi anche in: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/fr/index.htm, http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/fr/_docs/stat_94_95_96.pdf.

²⁰⁰ Il decremento totale è stato da 1145 denunce nel 1994 a 955 nel 1995, per quanto attiene la materia ambientale il decremento è stato da 359 a 265: vedi il Rapporto alle pagg. 9, 49, 61, 63.

è inoltre ugualmente possibile, specialmente in campo ambientale, che questo sia dovuto ad una effettiva disillusione dei cittadini e dei loro legali sul fatto che vi esista un effettivo vantaggio nell'inoltrare un ricorso alla Commissione. Questa ultima possibilità, alla luce dei fatti comprensibile, e corrispondente al sentimento del Mediatore è stata monitorata dagli autori del 30° Rapporto.

7.4. – Quando le denunce e le petizioni hanno cominciato ad essere esaminate in contemporanea dal Mediatore e dal Comitato per le petizioni, il caso *Newbury* era senza precedenti. Sulla base dell'art. 21 del Trattato CE²⁰¹ “Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo conformemente all'articolo 194”²⁰². L'art.194 CE per contro si lega con l'ammissibilità delle petizioni *ratione personae* e *ratione materiae* e con la legittimazione ad agire: “Qualsiasi cittadino dell'Unione, nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, ha il diritto di presentare, individualmente o in associazione con altri cittadini o persone, una petizione al Parlamento europeo su una materia che rientra nel campo di attività della Comunità e che lo (la) concerne direttamente”.

Il Parlamento europeo viene a conoscenza delle petizioni a lui indirizzate attraverso il suo Comitato per le petizioni, e per quanto attiene la legittimazione ad agire, quest'ultimo ha deciso che il requisito per il quale la questione debba danneggiare “direttamente” i petizionisti ... debba essere “interpretata liberamente”.

Questione preliminare all'esame del merito delle petizioni era non tanto se tali fatti effettivamente danneggiassero in concreto i proponenti quanto piuttosto la chiusura da parte della Commissione della procedura, aperta in seguito alle lamentele ricevute, sulla base dei poteri discrezionali. Il Comitato ha, nel corso degli anni, ricevuto diverse petizioni in materia ambientale ed è noto che la sua competenza *ratione materiae* è sicuramente più ampia di quella del Mediatore; infatti una petizione può avere ad oggetto qualsiasi materia all'interno del campo di attività delle Comunità, mentre il Mediatore non può che conoscere casi di cattiva amministrazione da parte dei loro organi

²⁰¹ Ex art. 8 D del Trattato CE.

²⁰² Ex art.138 D del Trattato CE.

od istituzioni. Quindi esistono questioni che possono essere oggetto di una petizione ma non di una denuncia davanti al Mediatore, o perché non contengono gli elementi costituenti una fattispecie di condotta di cattiva amministrazione da parte di un'istituzione od organo, oppure perché non ne riguardano la condotta. Inoltre, così come ha specificato il Mediatore a questo riguardo, egli non può interessarsi ad un caso pendente davanti al Comitato per le petizioni, fino a quando quest'ultimo, e con il consenso del proponente, non lo trasferisca al Mediatore. Il Comitato d'altra parte non darà seguito ad una petizione che sia già pendente, come denuncia, nell'ufficio del Mediatore, ma nel *Newbury case*, comunque, entrambi hanno condotto inchieste parallele.

In primo luogo il Mediatore ha considerato il fatto di aver ricevuto diverse denunce aventi sì ad oggetto lo stesso argomento, ma da parte di persone che non avevano sottoscritto le petizioni inviate al Parlamento. Il Comitato per le petizioni ha ritenuto ammissibili le petizioni riguardanti il comportamento della Commissione in merito al *Newbury case* nel settembre del 1996, ed ha verificato positivamente la propria competenza, nonostante l'oggetto fosse già pendente sotto forma di denuncia davanti al Mediatore; Mr Edward Newton, presidente del Comitato, ha chiarito questo punto di vista attraverso la seguente motivazione: *“il compito del Mediatore è quello di investigare casi di cattiva amministrazione da parte di organismi od organi comunitari, non avrebbe quindi potuto conoscere fattispecie che non possiedano i requisiti della cattiva amministrazione ed, inoltre, non avrebbe potuto investigare la condotta degli Stati membri?”*. Altro punto di vista di Mr Newton era la possibilità non remota che la Gran Bretagna avesse di fatto esercitato delle pressioni sulla Commissione, tanto da condizionarne gli orientamenti, o addirittura che la Commissione stessa avesse preso le proprie decisioni su di una anticipata visione politica del Regno Unito, in modo tale da dare fondamento ad una denuncia portata davanti al Mediatore europeo.

Questi elementi, secondo il suo punto di vista, non riguardavano aspetti di cattiva amministrazione ma, piuttosto, il lato politico del ruolo della Commissione. Inoltre, il Comitato sembra aver condiviso la visione del Mediatore secondo cui questo caso rientrava sì all'interno del suo ampio mandato ma ben “oltre lo scopo” di una inchiesta svolta all'interno di una denuncia per cattiva amministrazione. Questo riflette l'idea del Parlamento

sui ruoli del Mediatore e del Comitato per le petizioni, nel senso che queste due istituzioni devono essere considerate come complementari, così come era già stato notato in precedenza da qualche commentatore: *“Questioni politiche saranno essenzialmente trattate dal Comitato per le petizioni così come lo sarà l'impatto politico di una istanza di cattiva amministrazione”*²⁰³.

7.5. – Il Comitato ha, in seguito, ascoltato le spiegazioni di un portavoce della Commissione, che ha cercato di giustificare il comportamento, sulla base concessa dall'art.226 CE (ex169), ed ha chiaramente negato che la decisione di chiudere il caso fosse stata assunta per delle ragioni politiche. Bisogna riportare che tale punto di vista, assolutamente ottimistico, non è generalmente accettato; infatti in una risposta della Direzione generale - numero 11- delle Comunità europee sulle questioni legali²⁰⁴, scrivendo nel merito della propria competenza, ha rilevato la discrepanza tra il numero delle procedure a difesa dell'ambiente iniziate sulla base dell'art.226 CE e l'esiguo numero, successivamente, giunto davanti alla Corte, sempre dovuto alla discrezionalità della Commissione, e che: *“In questi casi considerazioni politiche non possono che giocare un ruolo significativo... e la Commissione, nella sua sfera di competenza, può esercitare un grande potere discrezionale nell'aprire o meno procedimenti?”*. Una analisi più approfondita e dettagliata mostra che questi sono soprattutto i casi in cui gli stati membri hanno esercitato una qualche pressione politica. C'è da aggiungere che per mancanza di normativa, trasparenza e letteratura giuridica, l'esercizio del potere discrezionale da parte della Commissione non può essere sottoposto al controllo di altre Istituzioni, dei singoli cittadini, studiosi, o dell'opinione pubblica.

Ad una sottoscrittore la petizione, Mrs Joséphine Carter, è stato permesso di indirizzarsi al Comitato ed ella in quella sede ha rinnovato l'argomentazione sul come le ragioni addotte dalla Commissione per il suo ritiro dal *Newbury case* fossero assolutamente “ingenua” e che la decisione finale non fosse stata presa che sulla base di ragioni politiche. Il Comitato per le petizioni ha deciso di sottoporre la questione anche all'Ufficio per

²⁰³ Epaminondas, cit.

²⁰⁴ Kramer, *“Public interest litigation in Environmental Matters before European Courts”*, citato da Kunzlik, pag.52.

gli affari legali, il cui Presidente ha chiarito che non avrebbe potuto accertare l'esistenza o meno di un qualche controllo politico sulla decisione presa sulla base dell' art.226 CE ed al Comitato per l'Ambiente, sempre in seno al Parlamento, che ha ritenuto che la decisione oggetto di una contrattazione politica più che basata sull'opinione dei servizi legali della Commissione, come addotto dal Portavoce della Commissione.

Su questi presupposti il Comitato ha deciso di ricercare un ulteriore accordo e di invitare la stessa commissaria Bjerregaard, o, se lei non fosse stata disponibile, il direttore generale, a presentarsi all'audizione e spiegare che cosa fosse successo. Inoltre, il presidente del Comitato ha ulteriormente precisato che l'organismo era interessato ad investigare quale fosse stata in concreto tanto la condotta della Gran Bretagna quanto quella della Commissione nel *Newbury case* e di chiedere al Presidente del Parlamento europeo di notificarlo al Governo inglese²⁰⁵.

La domanda da porsi a conclusione è: a cosa sia servito includere in questo caso il Mediatore ed il Comitato per le petizioni. I denunciati devono aver comunque saputo in precedenza che qualsiasi loro tentativo non avrebbe portato all'interruzione della costruzione del passante stradale; infatti, nemmeno il Mediatore o il Parlamento hanno un qualche potere per far riaprire alla Commissione la proprie procedure archiviate sulla base del disposto ex art. 226, ed anche se il Mediatore avesse riscontrato l'esistenza di elementi di cattiva amministrazione determinanti nella scelta della chiusura della procedura, non avrebbe comunque potuto imporre né una qualche penalità né un ordine imperativo; lo stesso avrebbe potuto solamente riportare il caso nel suo rapporto sulla cattiva amministrazione al Parlamento, che a sua volta non ha il potere di emettere tali misure. Questo comunque non significa che essi abbiano agito inutilmente; tali procedure, per l'impatto che hanno sull'opinione pubblica, possono portare la Commissione a ripensare al suo agire, all'immagine che ne deriva ed alle sue relazioni con i cittadini europei.

Le deliberazioni del Mediatore e del Comitato per le petizioni possono produrre solamente proposte concrete dirette al miglioramento del sistema, sia proponendo miglioramenti, come il Mediatore ha fatto, riguardo atti che la Commissione avrebbe potuto adottare nel campo della buona condotta

²⁰⁵ Kunzlik, pag.51

amministrativa e, ancora più importante, trasmettendo i dati in proprio possesso alla Commissione per il dibattito sulla riforme istituzionali. Il significato dell'azione dei ricorrenti/petizionisti è stato essenzialmente politico, diretto a far valere le proprie aspettative quali cittadini dell'Unione al fine di ottenere finalmente una procedura svolta in modo corretto e trasparente; al fine, per quanto possibile, di controllare il *modus operandi* della Commissione e, soprattutto, ricordarle che, in casi futuri, per quanto immune da procedure di revisione del suo operato, dovrà tener conto di altre e ben più democratiche pressioni politiche nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali.

8.-8.1. – Accordi internazionali non conclusi sotto forma di trattati e, quindi, non coperti dalla Convenzione di Vienna sulla legge dei trattati, giocano un ruolo importante nelle relazioni internazionali²⁰⁶; spesso, infatti, gli Stati preferiscono obbligazioni derivanti da un “non-trattato” perché questo schema è un meccanismo più flessibile per le loro future relazioni. La differenza consta soprattutto nel volere delle parti a modellare le loro relazioni in un modo che venga esclusa l'applicazione di un trattato o di una regola consuetudinaria nell'eventualità di non adempimento di un'obbligazione da questi derivante. Questa limitazione non porta, però, a ridurre questo tipo di accordi a livello meramente politico o morale; appare, al contrario, più appropriato considerarli un'estensione di ciò che le parti hanno scelto nel vincolare loro stesse e quali conseguenze abbiano voluto aggiungere al loro consenso sebbene gli accordi non basati su trattato non siano fonte di legge, ai sensi dell'art.38 paragrafo 1 dello statuto della Corte internazionale di giustizia, piuttosto una sorta di regime di “auto-contenimento”, le cui caratteristiche dipendono dalle intenzioni, e buona fede, delle parti nel caso specifico.

Le considerazioni sulla buona fede possono inoltre aiutare ad integrare e supportare il consenso prestato²⁰⁷ e così, storicamente, molti documenti politici sono stati adottati per lungo tempo non solamente sotto forma di trattati, ma anche come semplici accordi e gli Stati li hanno osservati con la

²⁰⁶ <http://www.ejil.org/journal/Vol10/No3/art1-10.html#TopOfPage>

²⁰⁷ Hartmut Hillgenberg, in: <http://www.ejil.org/journal/Vol10/No3/art1.htm>

più totale serietà. Per indicarli nel linguaggio internazionale viene usata l'espressione assai snella di “*non treaty agreements*”. Tale *agreement*, sebbene non formalizzato in un trattato, deve comunque essere differenziato da quelli che sono dei semplici accordi tra gentiluomini, ovvero obbligazioni personali degli ufficiali che rappresentano uno stato sul proprio onore e reputazione, ma che non sono in alcun modo vincolanti per chi essi rappresentano, né tanto meno per i successori nel loro ufficio, riguardano quindi un'azione personale e non governativa²⁰⁸. E' necessario, inoltre, distinguere tra quei non “*treaty agreements*” ed accordi in forma di trattato che contengono, nella totalità o solo in parte, obbligazioni che non possono essere implementate a causa della loro mancanza di specificità, tali tipi di accordo fanno spesso riferimento al concetto di *soft law*.

Secondo Lauterpacht, un degli autori che ha esaminato l'argomento, sono disposizioni²⁰⁹: “...*nulle ed inapplicabili a causa di incertezza e non risolta discrepanza*”, anche se la precisione o l'incertezza non sono comunque un criterio appropriato per determinare la vincolatività o meno di un accordo²¹⁰. I trattati rimangono trattati anche se ci sono solamente minime possibilità di comminare sanzioni alle infrazioni, o se le giustificazioni per il non rispetto o il ritiro è largamente lasciato alla discrezione dello Stato obbligato e sostanzialmente basato su buona fede.

Ma allora perché scegliere tali accordi e non la cristallizzazione in un trattato? Le ragioni per non scegliere quest'ultimo possono essere varie e diverse, giusto per nominarne qualcuna: un generale bisogno di costruire

²⁰⁸ La letteratura fa riferimento a quando Lord Salisbury accettò l'occupazione della Georgia “*à titre personnel*”, o ancora l'accordo tra gentiluomini di Londra del 1946 per la distribuzione dei seggi al Consiglio di sicurezza dell'Onu, l'accordo del 1956 riguardante lo stesso argomento nella Commissione delle Nazioni Unite ed il così definito compromesso del Lussemburgo del 1966 sulle procedure di voto in seno al Consiglio dei Ministri che espressamente non avrebbe costituito un accordo tra gentiluomini.

²⁰⁹ Letteralmente: “*void and inapplicable on account of uncertainty and unresolved discrepancy*”;
in:
www.lib.cam.ac.uk/University/Libraries/LauterpachtResearchCentreforInternationalLaw.html

²¹⁰ Quindi la promessa contenuta nell'Art.5 del Trattato NATO del 4 aprile 1949 avente come effetto “*che ogni parte adotterà ogni azione che sembri essere necessaria*”, non significa che questa non sia una obbligazione genuina che deriva da trattato e che non debba essere osservata da tutte le parti.

una mutua fiducia; la necessità di stimolare sviluppi ancora in progresso; la creazione di un preliminare, flessibile, regime che provveda al progresso dei suoi sviluppi ancora allo stadio preliminare; il desiderio di coordinare le legislazioni nazionali; di conseguenza procedure più semplici che possono facilitare una più rapida finalizzazione come semplice consenso in luogo di una conferenza intergovernativa; accordi possono intervenire anche quando le parti non hanno il potere di concludere trattati secondo la legge internazionale, come l'accordo multilaterale del 1998 concluso a Belfast sul futuro dell'Irlanda del Nord²¹¹, o tra parti che abbiano una limitata competenza, o, infine, tra parti che altre parti nell'accordo non abbiano intenzione di riconoscere formalmente.

8.2. - Il concetto di *soft law* è estraneo alla tradizione dei paesi di diritto civile, ma è presente in quelli di *common law* ed è da conoscere quantomeno nei tratti essenziali, visto il livello crescente di interazione nell'ordinamento comunitario tra questi due sistemi.

Gli Ombudsmen sono il più delle volte percepiti come semplici "protettori dell'uomo della strada", ma, nonostante tragga origine da dispute individuali, il loro ruolo interpretativo e propositivo è un aspetto molto importante: in Danimarca, ad esempio, le principali regole di diritto processuale amministrativo sono state sviluppate dall'Ombudsman in più di trent'anni di pratica²¹²; in Svezia la pratica maturata dall'ombudsman è stata considerata ed applicata per lungo tempo quale fonte di diritto pubblico; inoltre, alcuni ombudsmen di più recente istituzione, come quello francese o quello spagnolo, hanno dimostrato di poter essere enti di promozione per la riforma di norme amministrative attraverso la pratica da loro sviluppata²¹³.

Ad uno sguardo più attento questa caratteristica è tutt'altro che sorprendente. Uno dei tratti comuni allo schema nordico dell'Ombudsman è l'incarico esplicito di proporre raccomandazioni per il miglioramento di leggi e prassi; inoltre, nonostante l'unipersonalità e pragmaticità della

²¹¹ Fliflet: "requesting administrative review and complaining to the parliamentary Ombudsman"; *The Danish Ombudsman*, cit., pag.93 e ss. www.ukup.org/bfstagreement.htm

²¹² <http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi>

²¹³ <http://www.bo.se/eng/engelsk.asp>

struttura della maggior parte di questi uffici, difficilmente essi possono essere intesi come unicamente creati per risolvere una singola denuncia contro l'amministrazione. Le denunce sono un punto di contatto importante tra cittadino ed amministrazione, seppur in un momento patologico, e non bisogna limitarsi unicamente sull'aspetto conflittuale che potrebbe dare l'idea, falsa, di un Ombudsman diretto a promuovere unicamente un proprio punto di vista normativo.

8.3. - Quale può essere l'attività del Mediatore creatrice di norme *soft* che vanno ad incidere nell'attività dell'amministrazione europea e su quali basi positive fondarsi? È un tema che potrebbe essere considerato prematuro²¹⁴ dato che il Mediatore ha prodotto finora pochi rapporti annuali, ma già questi provano che la sua attività va significativamente oltre quella di semplice riparazione, reindirizzamento o mediazione²¹⁵ e il suo ruolo interpretativo e propulsivo è connesso alla natura stessa dell'organo, il che si può notare attraverso una semplice rilettura critica del suo *background* storico.

La decisione della sua creazione è stata presa ben prima, e nell'ottica del completamento del diritto di cittadinanza, del manifestarsi di quella "crisi" causata dal difetto di democraticità, quindi, ogni dubbio che il Mediatore sia stato posto in quella posizione come semplice medicamento su di una piaga, il difetto di democraticità appunto, che necessitava di ben altre cure, come poi affrontato dal recente Trattato di Lisbona, non è sostenibile²¹⁶. Il ragionamento alla base ha una assai più ampia portata, dimostrato dal fatto che il modello preso a riferimento è quello dell'ombudsman danese, dal forte potere istituzionale. Inoltre nell'attuale quadro istituzionale non è da tralasciare la considerazione che nessuna delle istituzioni od organi comunitari sembra apparire così dotata di quella capacità di sviluppo nell'interpretazione e propulsione di norme nei confronti degli organi competenti così come può essere assicurata da un soggetto che tratta casi

²¹⁴ Peter Gjerloeff Bonnor, "The european Ombudsman: a novel source of soft law in the European Union", *European Law Review*, February 2000, Sweet & Maxwell, pag.39 e ss.

²¹⁵ Vedi capitolo 1, §2.

²¹⁶ Bonnor, cit.

concreti al più diretto livello con i cittadini, i quali, a loro volta, trasferiscono la legittimità agli stessi organi politici.

Certamente, il Consiglio dovrebbe codificare ed adottare una dettagliata serie di norme “*hard law*”, riguardanti la buona amministrazione, ma questo sarebbe un modo di operare non in armonia con la attuale tendenza all'utilizzo di canali creatori di “*soft law*”. Lo stesso si può dire per la Commissione e il Parlamento europei; recenti sviluppi indicano che queste Istituzioni possono essere considerate non in grado di provvedere ad un controllo efficace e non in possesso dei poteri di rinnovamento necessari e, probabilmente, nessuna delle istituzioni comunitarie sembra avere sufficiente potere di fronte alle altre per assumersene il controllo e la responsabilità, una sorta di impasse causata anche dal tradizionale bilanciamento interistituzionale. Quindi, l'aver creato un ombudsman, quale potenziale fonte permanente di iniziativa di riforma amministrativa, è coerente con la attuale tendenza generale a livello politico di affidare il ruolo propositivo ad organismi indipendenti e specializzati, idea confermata dalle fonti gerarchicamente più importanti: l'articolo 195 CE (ex138e) non richiede, infatti, che un cittadino debba avere un interesse diretto ed immediato per presentare una denuncia; le “*actiones populares*” costituiscono, dunque, inevitabilmente una parte consistente del lavoro dell'ufficio del Mediatore²¹⁷.

A riguardo, è opportuno ricordare che il diritto di presentare denunce ad un ombudsman, nel quadro costituzionale nordico, è sempre stata considerata una “*actio popularis*”, in cui la denuncia può essere validamente presentata anche da chi non sia parte in causa, anche, addirittura, nell'eventualità in cui le parti interessate si oppongano²¹⁸. Lo statuto del Mediatore non è però chiaro in merito all'ampiezza di questo ruolo interpretativo/propulsivo, certo è che una raccomandazione se non addirittura un'inchiesta di propria iniziativa fondata su di una o più denunce può portare ad una decisione che va ad abbracciare un'area più vasta di

²¹⁷ A maggior chiarezza il Newbury case esaminato al capitolo 5.

²¹⁸ “*Il ruolo del Mediatore europeo*”, discorso pronunciato da Jacob Söderman in occasione della sesta riunione dei difensori civici nazionali d'Europa a Gerusalemme, Israele, 9-11 settembre 1997, scaricabile nel suo sito Web in: http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/pdf/it/jerus_it.pdf, pag 3.

quella individuata nella singola sfera individuale dei denunciati. Lo stesso *modus operandi* dei vari ombudsman nazionali suggerisce che il potere di indirizzare raccomandazioni dovrebbe intendersi in maniera di superare il merito della singola denuncia, evidentemente per risolvere il problema definitivamente il problema evitarne il riproporsi, raggiungendo così anche uno scopo di economia.

8.4. - Il concetto di *soft law* si riferisce alle norme ed ai precetti, e la prassi sviluppata dal Mediatore può avere la caratteristica di essere vincolante in maniera *soft*, inserendosi nei vuoti normativi nei quali potrebbero inserirsi le sue interpretazioni e le sue decisioni. Ci troviamo qui davanti ad una "*law's softness*" dalla duplice caratteristica, una sostanziale, quanto al contenuto, ed una pragmatica, relativa all'impatto in concreto e questo richiede di sdoppiare l'analisi separando il contenuto dalla efficacia, sempre basandoci sul *modus operandi* in concreto e dato che il Mediatore non ha il potere di emettere delle decisioni vincolanti, l'attenzione va rivolta a in che modo queste possono, comunque, avere un impatto efficace nei confronti dei destinatari²¹⁹.

Questo avviene contemporaneamente a due livelli interconnessi: il primo, come le sue risoluzioni abbiano efficacia nella sfera individuale del singolo denunciante e, secondo livello, come tali decisioni giochino il loro ruolo nei confronti delle amministrazioni in causa in funzione del modo in cui il Mediatore decide di esercitare i propri poteri di inchiesta ed argomenta i propri punti di vista.

Ci sono due caratteristiche primarie all'interno di una tecnica di *soft law* messa in atto da parte di un Ombudsman ed ambedue correlate: innanzitutto l'Ombudsman può, in casi individuali, ricercare un atteggiamento di *soft law* semplicemente per evitare gli argomenti addotti dai servizi legali delle amministrazioni in questione, e che in molte di queste possiedono un peso di indirizzo notevole; agendo in tal modo egli non solo ottiene una più grande libertà di formulare indirizzi, ma può, inoltre, vedere incrementate le proprie *chances* di acquiescenza dalla controparte. In seconda battuta, può tentare di mettere in atto un processo creatore di *soft law* che

²¹⁹ Bonnor, cit., pag.44.

miri ad un impatto sia attraverso una generalizzazione delle norme *soft* già formulate, sia ad una cristallizzazione delle norme *soft* in norme di *hard law*, il che può avvenire o attraverso l'opera del legislatore o la giurisprudenza del giudice comunitario, o, oramai, infine, anche attraverso la stessa "quasi-giurisprudenza" del Mediatore europeo; inoltre, nel caso concreto, può suggerire all'amministrazione denunciata che, siccome ha già agito in una determinata maniera in un caso simile, dovrebbe seguire il medesimo comportamento o, quantomeno, addurre una giustificazione per non farlo.

Effetto collaterale, obiezione mossa da più parti, è che da questi metodi può derivare un'oscurità più o meno fitta, per cui più di qualcuno invoca in questo senso l'adozione di un codice. A titolo comparativo, gli Ombudsman nazionali possono fare uso dei loro stessi precedenti, arrivando così a costruire una "*case law* quasi-giudiziale"²²⁰.

8.5. - Il Mediatore ha in numerose occasioni sottolineato che parte del proprio compito è quella di migliorare le relazioni tra amministrazione della Comunità e cittadini, un obiettivo che sembra ancora più ambizioso che assicurare semplicemente l'osservanza del diritto e dei principi di buona amministrazione²²¹, un supporto attivo al compito del Parlamento, di cui è emanazione, di rendere l'Unione Europea più popolare²²². Così operando, e non essendo in possesso di poteri vincolanti, il Mediatore deve trovare un cruciale bilanciamento "politico" tra il richiedere e l'ordinare ai rappresentanti delle istituzioni, od organi oggetto di un procedimento, di effettuare un cambiamento, naturalmente se v'è un fondato motivo nel loro comportamento, ed effettuare, inoltre, un'analisi molto attenta e prudente sul come preparare ed attuare l'estensione delle regole individuate nei singoli casi alle raccomandazioni, e spesso le considerazioni che stanno alla base sono assolutamente pragmatiche: in primo luogo, deve porre molta attenzione a rispettare i confini delineati dal suo mandato, ed in seguito valutare che non sempre è opportuno adottare una posizione di forza, una

²²⁰ Bonnor, cit., pag.45.

²²¹ Il motivo è ricorrente e fondamentale all'istituzione stessa, vedi ad esempio la prefazione al Rapporto 1999, pag.9.

²²² Bonnor, cit., pag.46.

contrapposizione frontale, ma è spesso più proficuo solo “l’incentivare” una spinta al miglioramento.

Inoltre, per quanto il Mediatore sia capace nell’esercizio dei suoi poteri, non potrà esimersi dal tessere una tela di relazioni con gli altri attori sulla scena europea che lo sostengano nel confronto interistituzionale. La ricerca di questo supporto può essere palese; una qualche relazione ufficiale di collaborazione/controllo potrebbe anche essere siglata ufficialmente, in un futuro, come nel caso di un ipotizzabile comitato parlamentare per gli affari concernenti il Mediatore, sempre che esso venga creato. A volte l’aiuto ricevuto può ricavarsi in via deduttiva, come il supporto ricevuto dalla dottrina, che potrebbe spingersi ancora più avanti qualificando le risoluzioni contenute nei rapporti del Mediatore europeo quali fonte di diritto, ed è inutile sottolineare come questo “aiuto” potrebbe essere di enorme importanza²²³.

8.6. - Nonostante l’analisi effettuata da Bonnor copra più di quattrocento decisioni motivate, un’idea complessiva può essere tracciata solamente gettando uno sguardo più ampio su due aree differenti che contengono questi elementi. Queste aree sono rispettivamente quella individuata dall’art.226 (ex169) CE sui poteri di inchiesta, esercitabili all’interno delle materie individuate dai Trattati, e quella relativa alla contrattazione. Il primo riguarda l’alto potere di supervisione conferito alla Commissione, l’ultima è un’area tutt’ora oscura del diritto comunitario, che è raramente oggetto di dibattito.

a: i poteri di inchiesta ex art.226 CE

L’analisi sull’art.226 CE comincia quando il Mediatore nel 1996 si è trovato nelle condizioni di esercitare i propri poteri di inchiesta in seguito ad una serie di denunce di infrazione da parte di uno stato membro inoltrate da singoli cittadini²²⁴.

L’art.226 CE è la norma del trattato che dà il potere alla Commissione di portare davanti alla Corte di Giustizia uno Stato membro per il non rispetto

²²³ Bonnor, cit., pag.47.

²²⁴ Rapporto 1996, Newbury bypass case, pag.58.

della normativa comunitaria ²²⁵. I cittadini dell'Unione sono la fonte più importante di informazione e le denunce da questi dirette a far azionare le procedure di infrazione sono la maggior parte degli atti rivolti dagli stessi alla Commissione, vengono infatti inoltrate ogni anno lamentele in una misura quattro volte superiore a quelli che saranno, poi, i poteri inquisitori successivamente azionati²²⁶. I ricorsi presentati rimangono, quindi, la fonte più importante su cui la Commissione stessa basa il proprio compito istituzionale di monitorare l'applicazione del diritto comunitario.

I poteri conferiti dall'art.226 CE sono discrezionali, politici, non censurabili da parte della Corte di giustizia, e le garanzie procedurali sono previste solo a favore degli Stati membri contro i quali la Commissione investiga o intraprende le azioni adeguate; assai differente è il trattamento per coloro, singoli cittadini, che avanzano denunce di violazione del Trattato da parte di uno stato, i quali, sia per il Trattato stesso che per la giurisprudenza della Corte, non sono altro che una mera fonte di informazioni, senza i diritti procedurali previsti per gli Stati. Le nuove garanzie procedurali sviluppate grazie all'opera del Mediatore sono: innanzitutto, l'obbligo in capo alla Commissione di informare chi abbia proposto un ricorso ex art.226 CE delle decisioni che abbia assunto, sia nel merito che riguardo lo stato della procedura azionata, un traguardo questo che permette allo stesso denunciante ed al Mediatore di avanzare considerazioni sia fattuali che legali sull'operato della Commissione e, infine, l'obbligo sempre pendente su quest'ultima di invitare il ricorrente (ex art.226) ad esprimere commenti sulle sue decisioni²²⁷.

Quale è stato il percorso che ha consentito al Mediatore di raggiungere questo importante risultato? È stato il *Newbury case* il primo passo verso il

²²⁵ Per un'analisi completa dei propri poteri di iniziativa vedi: *Rapporto generale sul congresso FIDE*, 1998, in: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/fide/pdf/fr/fide.pdf>

²²⁶ Bonnor, cit., pag.47.

²²⁷ Il Mediatore non ha avanzato una raccomandazione formale nella sua inchiesta di propria iniziativa, comunque il suo punto di vista è stato sufficientemente chiaro da fornire alla Commissione la scelta se accettare o rigettare le nuove norme suggerite; ha fatto questo nella sua risposta alla richiesta del Mediatore del punto di vista della Commissione in merito all'art.226 (Decisione 303/97, in *Rapporto 1997*, pag.279). Avendo di fatto l'accettazione di tale raccomandazione informale, il Mediatore si è astenuto dall'inviare un progetto di raccomandazione.

cambiamento²²⁸: qui i denunciati hanno addotto che la Gran Bretagna aveva violato la disciplina comunitaria²²⁹, mancando di pronunciarsi su di una richiesta di valutazione di impatto ambientale arrecata in merito al progetto di un passante autostradale a Newbury nello Berkshire, aggiungendovi, inoltre, una denuncia per comportamento di cattiva amministrazione da parte della Commissione europea per la sua decisione di non procedere alla apertura di una procedura di infrazione contro la Gran Bretagna sulla base del disposto dell'art.226 CE. Le considerazioni che hanno guidato il Mediatore sono state, innanzitutto, quelle previste alla base del Trattato, ovvero l'impegno della Comunità a dotarsi di aperte, democratiche, controllabili forme di amministrazione ed il suo compito specifico di migliorare le relazioni tra le sue istituzioni e i cittadini europei ed, inoltre, il fatto di aver ricevuto tutta una serie di denunce aventi il medesimo oggetto ovvero il comportamento della Commissione considerato come arrogante e altezzoso, sostanzialmente inammissibile in merito alla sua "gestione" dell'art.226 CE. Ancor più inammissibile, vista la continua aspettativa dei cittadini europei verso una crescente trasparenza dell'attività delle istituzioni, l'aspettativa al miglioramento delle loro relazioni con la Commissione stessa nonché la possibilità di migliorare l'efficienza amministrativa attraverso prassi di cooperazione.

Tema molto delicato quello riguardante l'art.226 CE, che ha richiesto sicuramente una profonda cautela d'azione anche per rendere difficile ai servizi legali della Commissione controargomentare. Di fatto mancavano regole sulla argomentazione normativa alla base dei poteri discrezionali o elementi di valutazione tali da poter estendere in via analogica regole o mezzi procedurali, come invece erano già state sviluppate nei campi della concorrenza e degli aiuti di stato. Ottimisticamente, anche alla luce di recenti sviluppi portati dalla Carta dei Diritti fondamentali, si può ritenere questo un vizio di gioventù della Comunità, è chiaro che il diritto economico delle Comunità europee ha avuto più tempo per svilupparsi anche perché sicuramente spinto da soggetti con più forza di influenza. In secondo luogo, la considerazione della risposta della Commissione riguardo l'art.226 CE, secondo cui coloro i quali ricorrono su questa base non sono altro che una

²²⁸ Vedi *infra*, capitolo quinto.

²²⁹ La direttiva di impatto ambientale, *infra* al capitolo quinto.

semplice fonte di informazioni senza alcun diritto procedurale.

Su questo aspetto il Mediatore ha comunque deciso di non prendere posizione; sicuramente se avesse toccato questo aspetto avrebbe con ogni probabilità sollevato un fuoco di sbarramento da parte dei servizi legali della Commissione ed un atteggiamento così aggressivo avrebbe con ogni probabilità rischiato di danneggiare la cooperazione interistituzionale notoriamente basata su buona volontà e buona fede, così essenziale alla sua azione. Sulla base di queste considerazioni “psicologiche” o, meglio, “diplomatiche”, il Mediatore ha scelto di adottare un atteggiamento di *soft law* considerando che: “*Senza alcun pregiudizio per le questioni riguardanti il “se” i principi del Trattato comunitario necessitano di diritti procedurali più sviluppati per evitare pregiudizio ai privati denunciati sulla base dell’art.226 CE, la Commissione avrebbe potuto lei stessa decidere di proteggere questi interessi come una questione di buon comportamento amministrativo*²³⁰”. Una formulazione attenta, che ha spostato il problema oltre l’aspetto meramente legalistico, aggirando allo stesso tempo risposte brusche dei servizi legali della Commissione e sviluppi probabilmente dannosi sullo schema di *hard law*²³¹.

Una caratteristica ulteriore di questa conclusione *soft*, è stata la sua velocità, poco meno di un anno trascorso tra il ricevimento delle denunce e la conclusione del Mediatore sulla base dei poteri di inchiesta di propria iniziativa. In questo, breve, periodo il Mediatore ha riutilizzato tutta una serie di osservazioni già formulate sull’art.226 CE in merito al *Newbury case*, che hanno fornito nuovi elementi anche alla definizione dei suoi poteri di inchiesta e la decisione finale, giunta alla fine 1997, ripete in gran numero le considerazioni già svolte in merito a quel caso²³².

Gli aiuti “esterni” non sono stati molti, è stato piuttosto sorprendente che in tutto lo svolgimento i media siano stati praticamente assenti; quindi, benché tali fonti possano dimostrare unità di vedute in alcuni scandali concernenti la Comunità europea, ed esercitare pressioni sull’opinione pubblica, eventi ad essa correlati come la corruzione o il nepotismo che

²³⁰ Decisione 303/97; Rapporto 1997, pag.279; inoltre in: www.euro-ombudsman.eu.int/decision/it/990396.htm

²³¹ Bonnor, cit.

²³² Progetto di raccomandazione, nel rapporto annuale sull’attività del Mediatore europeo per il 1996 (C4-0293/97). Comitato per le petizioni, A4-0211/97, PE 221.948/fin; pagg.12-13; in: www.europarl.eu.int/dg1/a4/fr/a4-97/a4-0211.htm

hanno portato alla caduta della Commissione nei primi mesi del 1999, è irrealistico pensare che qui vi sia stata una qualche spinta da parte dei mezzi di comunicazione pubblica per giungere ad una rimeditazione della procedura stabilita dall'art.226 CE. Di sicuro hanno giocato a favore alcuni elementi istituzionali all'interno della stessa Comunità; bisogna ricordare, soprattutto, l'aiuto ricevuto dal Parlamento e dal Comitato per le petizioni, anche se non ha dato l'idea di aver creato il miglior background che qualcuno avrebbe potuto aspettarsi dalla sua contiguità parlamentare.

Ad una prima impressione il risultato raggiunto pare essere il frutto di una semplice collaborazione tra Mediatore e Commissione, ma altri fattori istituzionali non possono non aver giocato un ruolo primario. La Commissione, se non adeguatamente stimolata, non avrebbe sicuramente abbandonato la sua posizione di privilegio; a riguardo esistevano ed esistono sicuramente altri punti di vista e il Mediatore ha avuto la capacità di mobilitare nel modo migliore quelli che erano ricettivi al suo, per quanto sia difficile pensare che all'interno della stessa Commissione vi fosse comunque uniformità di vedute. Le possibilità di successo erano inizialmente assolutamente minime ed il risultato ottenuto è assolutamente un grande passo nella direzione dell'incremento della trasparenza e della partecipazione, che testimonia, inoltre, la validità, rapidità, anche delle regole soft promosse dal Mediatore. Una capacità d'azione ancora più encomiabile perché ha inciso sui poteri conferiti dall'art.226 CE, quelli che sembravano sacrosanti poteri della Commissione, il tutto senza, visibili, segnali d'appoggio da parte degli altri primi attori sulla scena comunitaria come Corte, Parlamento e dottrina accademica.

b: la contrattazione a livello comunitario

La valutazione della contrattazione a livello comunitario si differenzia dalle procedure di infrazione ed è un argomento spesso ignorato o scarsamente considerato nella attività del Mediatore: le denunce aventi ad oggetto contratti sono state associate a decisioni quasi-giudiziali²³³. Giusto

²³³ Peter Bonnor, che si rifà a Jean-Louis Dewost nella presentazione del punto di vista del servizio legale della Commissione in: *"the right of the citizens of the European Union", compilation of the contributions to the E.O.'s 1996 seminar on the role of the national and European Ombudsmen in the supervision and application of European Community law in the Union*. Documento rinvenibile presso l'ufficio del Mediatore o il Parlamento europeo.

per dare un esempio, nessuna inchiesta di propria iniziativa è stata condotta in quest'area, ma a dispetto di questi handicaps l'approccio riguardante la contrattualistica è un terreno appropriato per lo sviluppo e l'impatto in concreto della *soft law* promossa dal Mediatore. Per contrattazione comunitaria, intendiamo, qui, l'espressione intesa in senso ampio, comprendente sia la contrattazione relativa alla fornitura di beni e servizi che quella avente ad oggetto l'ottenimento di fondi comunitari²³⁴. Questo approccio, così ampio, deriva direttamente dal Mediatore, che ha utilizzato gli stessi canoni di valutazione della contrattazione commerciale, estendendoli per analogia, al campo degli aiuti e sovvenzioni comunitari, sempre estendendo per analogia, quando possibile principi generali già esistenti.

Questa analisi può strutturarsi su due livelli: questioni procedurali, come, ad esempio, l'obbligo di motivazione e la diretta o indiretta revisione delle regole sostanziali che sono o sembrano essere alla base del contratto in questione. Naturalmente a questi due se ne possono aggiungere altri, ma allo stato attuale questa è la suddivisione attuata nella pratica. La caratteristica più evidente degli aspetti procedurali è la generale mancanza di quelle che sono le regole di "*due proces*" della pratica di diritto amministrativo; per constatarla basta prendere l'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo, per il quale lo stato attuale della regolamentazione è, relativamente, non uniforme.

Nonostante il fatto che recenti casi portati davanti al Tribunale di primo grado abbiano segnato un cambio di atteggiamento²³⁵, l'obbligo di fornire una motivazione non è stato applicato in maniera tradizionale, come in alcuni casi di rifiuto di offerta, come di concessione di sovvenzioni o, addirittura, in atti amministrativi incidenti nel corso di già esistenti relazioni contrattuali nate in regime di diritto privato. Il più recente, e consequenziale, sviluppo della contrattazione comunitaria attraverso i principi della *due proces law* si trova nelle decisioni del Mediatore: nell'esercizio delle sue funzioni possiamo, infatti, ritrovare una prassi fondata sia su norme codificate che non, in un interscambio tra i campi di *hard* e *soft law*.

Nella decisione 98/97, concernente la Commissione europea, il

²³⁴ Ad esempio, la decisione sulla denuncia 52/27.7.95, nel Rapporto 1996, pag.11.

²³⁵ Caso T-19/95, *Adia interim contro Commissione*, Rapporto 1997, pag.149.

denunciante aveva allegato una supposta infrazione nell'onere di motivazione contenuto in una direttiva comunitaria²³⁶, e il Mediatore ha notato che tale direttiva non andava applicata ai fatti del caso in questione, ma aggiungendo subito che *“non vi è rottura dei principi generali di buona amministrazione perché la Commissione ha dato risposte motivate alle lettere del ricorrente nel tempo dovuto”*²³⁷.

Nella decisione 1040/21.11.96, sempre concernente la Commissione, la richiesta proposta nella denuncia è stata rigettata, dato che la Commissione aveva agito secondo i principi di buon comportamento amministrativo, notificando prontamente ai denunciati ed esplicando, punto per punto, le motivazioni alla base delle risposte²³⁸.

Nella decisione 23/97, con sempre la Commissione europea come soggetto passivo, in una disputa avente per oggetto fondi comunitari, il Mediatore ha fondato la propria decisione su elementi positivi, basati sul principio di legalità, facendo espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte²³⁹, e la Commissione, in risposta a questa inchiesta, ha informato il Mediatore, *inter alia*, che i servizi in questione avrebbero migliorato le proprie procedure interne e i rapporti con il pubblico per prevenire simili futuri, possibili, casi di cattiva amministrazione.

Per quanto riguarda contratti già esistenti, il Mediatore ha ritenuto nel *“R3 form case”*²⁴⁰ che la Commissione avesse agito in violazione del principio di buona amministrazione per il non aver fornito una sufficiente motivazione ad una unilaterale procedura di revisione contrattuale di un progetto di ricerca. In questo caso, degli esperti indipendenti ingaggiati dalla Commissione avevano valutato il progetto in questione utilizzando

²³⁶ Rapporto 1997, pag.154.

²³⁷ Rapporto 1998, pag.156.

²³⁸ Rapporto 1998, pag.79.

²³⁹ Nel Rapporto 1998 a pag.241, il Mediatore scrive testualmente: *“La giurisprudenza della Corte di giustizia e i principi di buona amministrazione fanno obbligo all'amministrazione di fornire adeguata e coerente motivazione dei provvedimenti adottati nei confronti dei cittadini. Nel caso in esame è emerso che inizialmente la Commissione non aveva fornito alcuna motivazione del diniego opposto alla domanda di finanziamento del denunciante; successivamente, la Commissione aveva motivato tale diniego adducendo una presunta mancanza del denunciante in relazione all'obbligo di rendere conto dell'uso fatto del precedente finanziamento; da ultimo, la Commissione aveva fatto presente di non aver mai ricevuto la relativa domanda. Con ciò la Commissione è venuta meno all'obbligo di fornire adeguata e coerente motivazione?”*.

²⁴⁰ Rapporto 1998, pag.262.

solamente un modulo chiamato R3; la Commissione, in giustificazione del proprio comportamento aveva provveduto ad inviare solamente un estratto di detto modulo con il quale richiedeva che fosse effettuata una rivalutazione integrale del progetto.

Il Mediatore ha considerato tutto questo assolutamente insufficiente ed ha indirizzato un'osservazione critica facendo notare che unicamente la sottomissione dell'intero modulo "R3" avrebbe potuto fornire ai denunciati una piattaforma sufficiente per valutare la decisione della Commissione. È da notarsi che i denunciati avevano espressamente e ripetutamente lamentato una violazione del fondamentale diritto di motivazione, facendo, tra gli altri, esplicito riferimento all'art.253 CE (ex190). La rilevanza di questo punto è stata fortemente criticata dalla Commissione, dato che l'osservazione critica mossa dal Mediatore era basata solamente sui principi di buona amministrazione, e questo può apparire come un esempio di risposta di "soft law" che tenta di importare nel sistema una norma di legalità de facto²⁴¹.

Per quanto riguarda la seconda questione, la diretta o indiretta revisione delle regole sostanziali che sono o sembrano essere alla base di un contratto, le clausole ivi riportate per iscritto, il Mediatore ha considerato che la modificazione di esse sia direttamente che indirettamente costituiva un esempio di cattiva amministrazione²⁴²: nel *Grant Holders Association case*²⁴³ i

²⁴¹ Bonnor, cit., pag.51.

²⁴² "...alcune denunce al Mediatore europeo sollevano problemi di diritto nazionale. In particolare, quando una denuncia riguarda una relazione contrattuale esistente tra il denunciante e un'istituzione comunitaria, il contratto è disciplinato dalle disposizioni del diritto nazionale pertinente. In molti Stati membri il Difensore Civico non si occupa di vertenze contrattuali, o a causa delle caratteristiche generali di tali contratti ai sensi del diritto nazionale o perché la legge che istituisce il mandato del Difensore civico esclude espressamente le materie contrattuali. Come dichiarato nella Relazione annuale per il 1995, uno dei compiti del Mediatore europeo è quello di contribuire ad alleggerire la massa del contenzioso, promuovendo soluzioni amichevoli e avanzando raccomandazioni volte a evitare il ricorso alle vie legali. Il Mediatore europeo si occupa senz'altro di denunce di cattiva amministrazione derivanti da relazioni contrattuali. Tuttavia egli non cerca di stabilire se vi sia stata una violazione del contratto da parte di uno dei contraenti. Tale questione potrebbe essere trattata in maniera efficace solo da un tribunale di giurisdizione competente, che avrebbe la possibilità di esaminare gli argomenti delle parti relativi al diritto nazionale pertinente e di valutare il contrasto di prove riguardo ogni questione di fatto in discussione. Tuttavia, in un'ottica di buona amministrazione, un'autorità pubblica coinvolta in una vertenza contrattuale con una parte privata dovrebbe sempre poter fornire al Difensore civico un resoconto coerente della base giuridica delle sue azioni e specificare come mai ritenga che il suo punto di vista sulla posizione contrattuale sia giustificato": Rapporto 1997,

termini contrattuali erano stati modificati dalla Commissione unilateralmente, e così drasticamente, riducendo l'entità di già concessi fondi, da determinare la cessazione del periodo di ricerca per diverse persone, così che il Mediatore, argomentando che la Commissione al pari di qualsiasi altro organo od ente comunitario deve porsi in un rapporto di parità ed equità nei confronti dei cittadini, ha ritenuto che essa avesse applicato clausole contrattuali impari (abusive, vessatorie...) ed per di più in maniera non corretta. Tali clausole sono state ora emendate dalla Commissione.

8.7. - L'utilizzo di tecniche di *soft law* e la sua diffusione va a creare a livello comunitario una ben definita forma di creazione normativa, sia in termini qualitativi che quantitativi, ovvero, più che rappresentare una più conveniente se non addirittura necessaria alternativa alle norme di *hard law*, la *soft law* ha raggiunto lo status di una accettabile e deliberatamente scelta forma di regolamentazione.

a: gli svantaggi

Harlow, a differenza degli altri, nota lo svantaggio della rigidità di una normazione di *hard law*, essa è infatti difficilmente implementabile, può provocare conflitti ed i cambiamenti sono più difficili da accettare, accordando alla *soft law* il vantaggio di una maggiore flessibilità e capacità di evoluzione anche come sistema di negoziazione il che riduce le tendenze al comportamento, indesiderabile, meramente legalistico²⁴⁴. Snyder invece nota, pur non rigettandola in generale, che essa può essere non trasparente sia nella sua costruzione che nel suo contenuto²⁴⁵.

Qualunque sia il punto di vista non deve sorprendere se gli avvocati occasionalmente muovono riserve riguardo le procedure di creazione delle regole *soft* nella pratica del Mediatore: dal loro punto di vista, regole formali e principi di certezza legale sono a rischio di essere ignorati, regole legali

pag.22.

²⁴³ Rapporto 1998, pag.239.

²⁴⁴ Snyder, Wellens e Borchardt in "*Soft law in European Community Law*", 1989, *European Law Review* n°14, pag.267.

²⁴⁵ Vedi nota sopra.

consolidate paiono retrocedere ad una esistenza che corre su di un doppio binario, una base incerta come quella su cui si fondano i “principi di buona amministrazione” e la indefinita vastità di questo principio può, antica paura degli avvocati, aprire i cancelli di quella che potrebbe diventare una *soft litigation*²⁴⁶.

Queste osservazioni non sono prive di fondamento ma sembrano, invece, ridurre i punti deboli del Mediatore, tra i quali il potere di emanare decisioni vincolanti a cui aggiungere i caratteri positivi della normazione di *soft law*, alcuni dei quali enunciati da Harlow, riportati sopra. Argomentazioni, queste, forse un po' audaci nell'attuale contesto, dato che è veramente difficile sostenere che l'amministrazione della Comunità è in qualche modo forzata ad accettare i punti di vista del Mediatore. Tra l'altro, non esiste un organo che lo controbilanci, dato che il Parlamento potrebbe essere, in astratto, soggetto comunque al potere di controllo del Mediatore, e l'assenza d'una effettiva stampa comunitaria non crea le condizioni per un'efficace pressione da parte dell'opinione pubblica.

b: i vantaggi

Il primo e più evidente vantaggio del ricorrere al Mediatore è nella sua “genetica” flessibilità, caratteristica questa che risalta a differenti livelli e da cui deriva una serie di conseguenze positive. Al livello procedimentale c'è da sottolineare, però, quello che a volte è un problema di identificazione dell'oggetto giuridico: i denunciatori, infatti, non hanno l'obbligo di dichiarare, come questione preliminare, se l'oggetto della loro denuncia è una questione che interessa l'aspetto meramente legale e, di conseguenza, molto spesso, inoltrano tutta una serie di allegati, i quali hanno l'unico effetto di introdurre all'interno del procedimento tutta una serie di problemi che escono dallo spettro del nucleo effettivamente essenziale, e non diretti alla individuazione o creazione di regole amministrative.

Come già visto relativamente al *community contracting*, è in atto una evoluzione della concezione del merito in un'area peraltro finora dominata dalla rigida concezione delle rotture o meno del vincolo contrattuale e l'individuare il tipo di questa relazione contrattuale è un'altra conseguenza della natura “geneticamente flessibile” dell'operato del Mediatore ovvero il miglioramento, l'implementazione, delle già esistenti regole e principi

²⁴⁶ Bonnor, cit., pag.53.

legali²⁴⁷. Riesce difficile immaginare ad uno sviluppo dell'estensione dell'art.226 CE da parte della Corte di giustizia come quello elaborato dal Mediatore. La Corte, non solo sarebbe stata obbligata a rovesciare decenni di non equivoca giurisprudenza su quella determinate procedura, ma si sarebbe, inoltre, trovata di fronte ad oggettive difficoltà sul come affrontare modifiche di diritti procedurali senza causare un contemporaneo impoverimento delle vigenti regole fondamentali consolidate nella pratica amministrativa comunitaria, anche se l'aggiornamento avrebbe potuto essere limitato alla implementazione localizzata di alcuni elementi.

Oggi si richiede all'amministrazione di motivare molto più dettagliatamente le ragioni che l'hanno spinta ad agire in un determinato modo grazie anche all'opera del Mediatore che, agendo *softly*, ha contribuito a migliorare le spiegazioni fornite dalle istituzioni od enti come nel caso dell'art.226 CE per quanto attiene sia alla procedura che alla contrattazione comunitaria, sociologicamente parlando, una notevole spinta anche al miglioramento dell'operato dei singoli funzionari. Essi sono in questo modo spinti a ragionare più in ampi termini di bontà dell'amministrazione, piuttosto che in ossequio a rigidi paradigmi legali, un ulteriore sviluppo del principio di trasparenza e di avvicinamento dell'amministrazione ai cittadini.

Sulla scia del caso R3 molti organi ed istituzioni, senza la necessità di spinte esterne, hanno adottato la prassi di fornire tutta la documentazione rilevante ai contraenti cui fossero rivisti i propri progetti. Le regole procedurali così adottate possono quindi essere operative in concreto e la direzione fornita dal Mediatore può essere fonte di ispirazione sia per un modello di mera prassi che per un procedimento che si va poi a consolidare in diritto positivo. Il *Danish Administrative Procedure Act* ne è l'antecedente più illustre: esso infatti ha codificato un numero rilevante di norme sviluppate durante una pratica quantomeno trentennale. L'ufficio del Mediatore europeo sembra essere un efficiente laboratorio ove creare uno sviluppo simile.

9. - Nel Mediatore i cittadini europei hanno, finalmente, un paladino che, esercitando un controllo in senso democratico, può sfidare il modo in cui le

²⁴⁷ Bonnor, cit., pag.53.

istituzioni si rapportano a loro e svolgere un ruolo propositivo e, a conferma di ciò, è sufficiente dare uno sguardo ai suoi rapporti o all'archivio elettronico per capire come il momento, patologico, delle denunce, quando fondate, si vada a tramutare in una risposta positiva. Si può ragionevolmente prevedere che l'Euro-ombudsman continuerà nella direzione tracciata in questi anni di attività, conservando la sua attuale posizione di neutralità e ben delineata figura professionale e proseguendo nel verso, non solo, della prevenzione e correzione delle patologie del diritto amministrativo comunitario, ma anche, come supporto attivo alla sua evoluzione.

Non c'è, quindi, dubbio che in questo modo continuerà a svolgere il compito democratico diretto al miglioramento ed avvicinamento ai cittadini delle istituzioni comunitarie e, così, di incrementarne la legittimazione sociale, intesa nel senso che coloro i quali sono soggetti ad un'autorità devono anche avere il diritto di far sentire la propria voce a chi questa autorità esercita. Ciò è ancor più necessario, all'interno dell'attuale momento dello sviluppo europeo, dove la gente "ordinaria" dovrebbe, effettivamente, sentire di avere una qualche importanza nel processo di integrazione, e che ne ha e riceverà tangibili benefici, facendole, in questo modo, anche accettare misure che, nel breve periodo, potrebbero essere non così popolari come è stato l'addio alle monete nazionali, o la supremazia del diritto comunitario.

È, però, essenziale che l'Ombudsman continui ad essere percepito come parte omni-rappresentativa e politicamente neutrale, nonostante non sia eletto talvolta all'unanimità ma, e la rielezione di Söderman lo ha a suo tempo confermato; il non schierarsi non significa non avere comunque un incisivo ruolo politico: infatti, ogni rilievo di cattiva amministrazione che porta un'istituzione od un organo a rimeditare il proprio agire significa un'azione concreta sulle dinamiche istituzionali. In molte osservazioni formulate sul mandato del Mediatore europeo sono stati sollevati dubbi quanto alla effettiva adeguatezza dei suoi poteri contro la cattiva amministrazione e, da più parti, ci si è domandati se non sarebbe opportuno dotarlo di più incisiva forza di impatto tale da permettergli di ordinare ad un'istituzione di modificare il suo comportamento od una sua decisione. I difensori civici nazionali, laddove esistenti, allo stato attuale non possiedono poteri più ampi di quelli del Mediatore: ad esempio, quelli del Danish

Ombudsman sono sostanzialmente simili, ovvero il diritto di criticare, raccomandare ed elaborare relazioni, e in una società democratica caratterizzata da un impegno aperto e responsabile della pubblica amministrazione questo si è dimostrato sufficiente. Tra tutti i sistemi, solamente quelli di Svezia e Finlandia dispongono di poteri più ampi, compreso quello di decidere sull'avvio di procedimenti giudiziari contro funzionari pubblici, anche se tali poteri vengono utilizzati molto raramente nella pratica, dato che la figura dell'Ombudsman è associata più ad un ruolo di conciliazione piuttosto che repressivo e non sembra proprio il caso di invertire tale tendenza a livello comunitario. È da ricordare che, territorialmente, la proposta spagnola prevedeva per il Mediatore anche la possibilità di controllare l'applicazione del diritto amministrativo comunitario all'interno dei singoli Stati, ma nella soluzione di compromesso, quella danese, il mandato è stato limitato ai possibili casi di cattiva amministrazione nelle attività delle istituzioni e degli organi comunitari.

Si può ipotizzare anche una posizione diversa da questa, naturalmente ottimistica, ovvero una perdita di questa posizione di forza e la relativa influenza? L'esperienza di alcuni paesi dimostra come l'ombudsman possa entrare in conflitto con il suo parlamento, che ha il potere di diminuirne l'autorità se non, addirittura, allontanarlo, anche se, nei paesi nordici, dove l'istituzione è più radicata, questi problemi sono stati in massima parte evitati. Da una angolazione più prettamente giuridica un'attenzione particolare va prestata all'opera dell'Ombudsman europeo, che si può tradurre in uno stimolo allo sviluppo in senso ancor più democratico delle norme all'interno del diritto amministrativo comunitario e una fonte positiva, sia descrittiva che normativa, potrebbe essere il suo rapporto annuale, anche se questo, di sicuro, significherebbe un più acceso dibattito in seno alla dottrina su quali siano i suoi metodi di azione e di impatto in concreto.

Una sua maggiore incisività è comunque auspicabile, anche se ciò non è facilitato dall'assenza di una, già menzionata, effettiva stampa comunitaria, il che non permette di rendere in grado l'opinione pubblica di esercitare una efficace pressione sulle istituzioni e, purtroppo, anche importanti casi di un recente passato di cattiva amministrazione all'interno dell'Unione non ne hanno aumentato l'interesse: gli eventi sono i noti attacchi per cattiva

amministrazione e nepotismo mossi dal Parlamento alla Commissione nell'anno 1998/1999 e nonostante la crisi interistituzionale abbia ricevuto una adeguata copertura mediatica.

Tenendo conto di tutto questo, forse, il conferire più peso al Mediatore e al momento democratico che rappresenta, istituzionalizzando la sua prassi in una fonte vincolante di regole e principi, potrebbe assisterne gli sforzi, ma tutto questo sarà assolutamente difficile, o impossibile, se lo stesso non sarà assistito costruttivamente dagli altri attori che operano sulla scena comunitaria che potrebbero considerare una più efficace collaborazione interistituzionale, innanzitutto, attraverso un esame più approfondito della sua prassi deliberativa sia sostanziale che consuetudinaria.

10. - Aa. vv., Diritto amministrativo, Monduzzi editore; Ballarino T., Lineamenti di diritto comunitario, Cedam, Padova; Craig and de Búrca, EU Law: Text, Cases, and Materials, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 1998, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo; Draetta U., elementi di Diritto dell'Unione europea, Giuffrè; Gaja G., Introduzione al Diritto comunitario, quinta edizione aggiornata, 1999, Laterza; Gregory R. and Hutcheson P. (1975) The Parliamentary Ombudsman: A Study in the Control of Administrative Action (London: George Allen and Unwin Ltd); Heede K., Enhancing the Accountability of Community Institutions and Bodies: The Role of the European Ombudsman, European Public Law, 1997, n° 587; Lipset S., Social Conflict, Legitimacy and Democracy' in Connolly, W Legitimacy and the State, 1994, Oxford: Blackwell Ltd; Magliveras K., Best Intentions but empty words: The European Ombudsman, European Law Review, 1995, n° 401; Nehl H.P., Principles of Administrative Procedure in EC law, Oxford:Hart 1999, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo; O'Neill M., The Right of Access to Community-Held Documentation as a General Principle of EC Law, European Public Law, 1998, n° 403; Öberg U., (1998) 'Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado about Nothing?' vol. 2 no. 8 European Integration Online Papers, sito Web in: <http://eiop.or.at/eiop/texte/1998-008.htm>; Rapporti annuali del Mediatore europeo, 1996/2000, in www.euro-ombudsman.int;

Schermers H.G. and Waelbroeck D., *Judicial protection in the European Communities*, Deventer: Kluwer, 1992, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo; Söderman J., *A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman en route*, *European Public Law*, 1997 n° 351, sito Web del Mediatore; Tesaro G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova; *The Administration and You: a handbook*, 1996, Publications officielles du Conseil, Luxembourg, Biblioteca dell'Università Robert Schumann di Strasburgo; Usher J., *General Principles of EC Law*, 1998, Harlow: Addison Wesley Longman Ltd, Biblioteca dell'Accademia di diritto internazionale, l'Aja; Wahab I., *The Swedish Institution of Ombudsman*, 1979, *An Instrument of Human Rights*, Stockholm: Liberförlag, Biblioteca dell'Università Robert Schumann, Strasburgo; Weiler J., *The Transformation of Europe*, 1991, *Yale Law Journal* 2403, Biblioteca dell'Accademia di diritto internazionale, l'Aja; L. Cominelli, *Il Mediatore Europe, Ombudsman dell'Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra i cittadini ed Istituzioni comunitarie*, Milano 2005; A. De Matteis, *Il Mediatore Europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 5, 2003; G. Durgolo, *Pubblica Amministrazione europea e tutela del cittadino: il caso del Mediatore europeo*, in *Riv. Giur. della Scuola*, 6, 2006; E. Perillo, *Le processus d'adoption du Statut du Mediateur*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2006; O. Pollicino, *L'Ombudsman comunitario: limiti e potenzialità di un istituto nel quadro della "scommessa" della cittadinanza europea*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 4, 2006; L. Raimondi, *Mediatore europeo e mezzi di ricorso giurisdizionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2004.