

DECRETO DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONA n. 1 del 22 febbraio 2023

Protocollo d’Intesa stipulato il 21 giugno 2022 tra la Regione del Veneto e il Garante regionale per i diritti della persona per l’attivazione della collaborazione dell’Avvocatura regionale finalizzata al supporto consulenziale legale. Individuazione dei procedimenti amministrativi del Garante regionale dei diritti della persona e dei documenti detenuti dall’ufficio del Garante esclusi dal diritto di accesso.

[Consiglio regionale]

IL GARANTE

PREMESSO:

- che il Garante regionale dei diritti della persona – di seguito anche “Garante” - è una figura prevista all’articolo 63 dello Statuto del Veneto, articolo attuato con legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 con la quale, in ambito regionale, sono state riunite in un’unica figura le funzioni del "difensore civico" del “garante per l’infanzia e l’adolescenza" e del “garante dei diritti delle persone private della libertà personale”;

- che il Garante, quindi, assomma in sé tre macro-funzioni:

a) garantire in ambito regionale i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di gestori di servizi pubblici, mediante procedure non giurisdizionali di promozione, di protezione e di mediazione [art. 63, comma 1, lett. a), della Legge regionale statutaria 17 aprile 2012, n. 1 nonché artt. 1, comma 2, lett. a), 11 e 12 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “difesa civica”);

b) promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza [artt. 1, comma 2, lett. b), 13 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “tutela minori”);

c) promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti delle persone private della libertà personale [artt. 1, comma 2, lett. c), 14 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “tutela detenuti”);

- che in data 21 giugno 2022 è stato stipulato il “Protocollo d’Intesa tra la Regione del Veneto e il Garante regionale per i diritti della persona per l’attivazione della collaborazione dell’Avvocatura regionale finalizzata al supporto consulenziale legale. LL.RR. 16 agosto 2001, n. 24 e 24 dicembre 2013, n. 37, di cui alla D.G.R.V. n. 38 del 25 gennaio 2022” (di seguito brevemente anche “Protocollo”);

- che il Garante, che già secondo l’ordinamento regionale dispone della facoltà di potersi avvalere, in caso di contenzioso avente ad oggetto la sua figura di rilevanza statutaria e le proprie funzioni istituzionali, del patrocinio dell’Avvocatura regionale, ha ritenuto, con la stipula di tale Protocollo, di usufruire dell’ulteriore funzione di natura consultiva riconosciuta all’Avvocatura dalla legge regionale n. 24 del 2001; Protocollo di intesa volto a permettere al Garante di godere della costituzione di un supporto altamente specialistico di cui avvalersi nell’espletamento delle sue funzioni;

- che l’acquisizione di tale consulenza si è resa opportuna in quanto vi sono, come esplicitato nel Protocollo e nella D.G.R.V. n. 38/2022, varie tematiche giuridiche, in merito alla definizione della natura e dei limiti delle funzioni riconosciute al Garante, che risultano ancora oggi oggetto di discussione tra dottrina e giurisprudenza,

tematiche la risoluzione delle quali ha certamente un grande interesse pubblico anche a livello regionale in quanto materie afferenti tutela e difesa dei “diritti della persona”;

- che, secondo quanto stabilito dallo stesso Protocollo, una volta sottoscritto le parti si sono attivate per definire un Piano dei Lavori che, nella prima fase concordata nella riunione del 13 ottobre 2022, si articola come segue:
A - Analisi della figura del Garante regionale dei diritti della persona in riferimento all’ordinamento della Regione del Veneto e a quello Nazionale nonché a dottrina e pronunce giurisprudenziali.
B - Analisi di attività ed atti attribuiti alla competenza del Garante dai citati ordinamenti.
C – Verifica, riferita alle varie fattispecie delle pratiche attualmente istruite dagli Uffici, degli atti adottati dal Garante in relazione alle risultanze delle analisi “A” e “B”.
D – Adeguamento, a seguito della verifica “C”, degli atti con adeguamento anche della relativa modulistica.

Quanto premesso, si rileva che in data 9 febbraio 2023 è stata resa, dai competenti Referenti, l’analisi, di cui ai punti “A” e “B”), “*PROTOCOLLO D’INTESA TRA LA REGIONE DEL VENETO E IL GARANTE REGIONALE PER I DIRITTI DELLA PERSONA STIPULATO IL 21 GIUGNO 2022. – PRIMA FASE DEL PIANO DEI LAVORI AVVIATO IL 13 OTTOBRE 2022*” (di seguito brevemente anche “Analisi 9 febbraio 2023”), analisi che si **allega sub 1.**

In merito a tale Analisi 9 febbraio 2023, nella quale sono stati approfonditi l’ordinamento regionale e nazionale nonché dottrina e giurisprudenza, si riportano i passaggi più significativi afferenti la figura del Garante in relazione ad attività ed atti attribuiti alla sua competenza:

“... ”

*2. ANALISI DELLA FIGURA DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONA IN RIFERIMENTO ALL’ORDINAMENTO DELLA REGIONE DEL VENETO E A QUELLO NAZIONALE NONCHÉ A DOTTRINA E PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI.
ANALISI DI ATTIVITÀ ED ATTI ATTRIBUITI ALLA COMPETENZA DEL GARANTE DAI CITATI ORDINAMENTI.*

...

2.1 Difesa civica

...

Sembra, perciò, più utile e proficua una definizione meramente funzionale dello stesso quale «magistrato di persuasione» da cui emerga la circostanza che i compiti affidati al Difensore civico [e figure assimilate] sono fondati sulla auctoritas, piuttosto che sull’esercizio di potestas.

Il Difensore civico è, infatti, un soggetto terzo, super partes, tendenzialmente indipendente dai poteri pubblici, dotato di peculiare competenza, esperienza e professionalità ossia è una figura soggettivamente atipica tra le autorità a rilievo pubblicistico, il cui agire risulta caratterizzato da un alto tasso di informalità, in considerazione dell’ordinaria assenza del carattere della autoritatività negli atti assunti dallo stesso, i quali, infatti, salvo che nei rari casi espressamente previsti dalla legge, non assumono natura provvedimentoale e, di conseguenza, non sono autonomamente impugnabili avanti l’autorità giurisdizionale.

...

Non è, perciò, in generale, attributario di poteri autoritativi, dal che discende l’impugnabilità degli atti assunti nell’esercizio delle funzioni di garanzia attribuitegli e la non vincolatività per le attività svolte dallo stesso dell’intera disciplina del procedimento amministrativo, eventualmente applicabile a titolo di autovincolo e, comunque, nei limiti della compatibilità con la snellezza procedimentale prevista dal legislatore regionale, che impone, espressamente, l’assenza di ogni formalità nello svolgimento dell’attività di orientamento, nonché di mediazione, sollecitazione, raccomandazione nei confronti dell’amministrazione interessata di fronte a denunciati abusi, disfunzioni, ritardi o inerzia.

...

A diversa conclusione si deve giungere, invece, con riguardo ai limitati casi in cui il Difensore civico sia attributario di poteri amministrativi autoritativi da parte del legislatore, come nell'ipotesi prevista dall'art. 136 del d. lgs. n. 267/2000, a norma del quale: "Qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico".

...

2.2 Tutela minori

...

Su tali basi legislative, si deve escludere, perciò, l'attribuzione di funzioni amministrative autoritative in capo ai Garanti regionali, così come in capo a quello nazionale, anche in tale ambito di 'garanzia'. Tale conclusione è confermata, per questi ultimi, a contrariis, dalla previsione dell'art. 4 della legge 12 luglio 2011, n. 112, che, nell'attribuire all'Autorità Garante nazionale la facoltà di acquisire dati, notizie e informazioni rilevanti ai fini della tutela delle persone di minore età da parte di soggetti pubblici, prevede espressamente che: "I procedimenti di competenza dell'Autorità garante si svolgono nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di accesso, partecipazione e trasparenza". La necessità di un espresso richiamo alla disciplina generale del procedimento amministrativo, limitatamente peraltro ai soli principi generali, conferma infatti che le attività svolte dal Garante nazionale così come, per derivazione, quelle svolte dai garanti regionali non sono qualificabili quali attività amministrative in senso proprio e, comunque, devono ritenersi prive di autoritatività, connotati che avrebbero implicato ex se la diretta e completa applicabilità della legge sul procedimento amministrativo.

2.3 Tutela detenuti

...

Nell'ambito di tali attività, quanto al ruolo dei garanti territoriali, è previsto che: "Il Garante nazionale può delegare i garanti territoriali per l'esercizio delle proprie funzioni relativamente alle strutture sanitarie, sociosanitarie e assistenziali, alle comunità terapeutiche e di accoglienza, per adulti e per minori, nonché alle strutture di cui alla lettera e) del comma 5 [centri di identificazione e di espulsione], quando particolari circostanze lo richiedano. La delega ha una durata massima di sei mesi" (disposizione introdotta dall'articolo 13, comma 1, lettera c), del D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 173)

Si tratta, dunque, di una delega di funzioni, eccezionale e temporanea, che comunque non investe i garanti regionali di poteri autoritativi, ma unicamente dei compiti e delle funzioni proprie di mera garanzia affidate ordinariamente alla cura del Garante Nazionale e, peraltro, limitatamente ad alcune tipologie di luoghi.

...

3. CONCLUSIONI: NATURA DI ORGANO REGIONALE DI GARANZIA.

Il complessivo quadro legislativo enucleato consente, perciò, di estendere ai garanti regionali le conclusioni contenute, nella Delibera n. 622 dell'8 giugno 2016 dell'ANAC, ove è stato affermato che: "Il Garante dei detenuti, così come il Garante per i diritti dell'infanzia svolge un ruolo in parte sovrapponibile a quello di difesa civica, sia pure con una speciale vocazione garantistica rivolta verso categorie di interessi definibili come "sensibles" (ovvero particolarmente derivati in quanto riconducibili a soggetti "deboli" come, detenuti, minori o anziani). Il Garante rappresenta un organo di garanzia la cui natura giuridica per certi versi coincide con quella del difensore civico".

...

4. LA GIURISPRUDENZA IN ESITO AI CONTENZIOSI INSTAURATISI A FRONTE DELLA APPLICAZIONE E GESTIONE DELLE LEGGI REGIONALI ISTITUTIVE DELLE FIGURE DI DIFENSORE CIVICO, DEL TUTORE DEI MINORI E DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONE: ELEMENTI PER UNA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI SOGGETTI E DEI LORO ATTI.

...

In conclusione, anche la disamina della casistica giurisprudenziale, come formata in sede di applicazione delle leggi istitutive delle figure in esame nell'ambito della Regione del Veneto, corrobora il già prospettato esito esegetico che configura il Garante, quale soggetto pubblico sui generis, chiamato a ricoprire un rilevante ruolo di 'garanzia', connotato, però, da mera auctoritas e non dall'esercizio di potestas, in ragione dell'ordinaria assenza di autoritatività degli atti assunti dallo stesso nell'esercizio delle funzioni di difesa civica, tutela dei minori e dei detenuti. Egesi che già aveva improntato l'assunzione del decreto n. 1 del 13 luglio 2017 e che dovrà conformare l'ulteriore attività oggetto del Piano dei Lavori con la puntuale verifica, riferita alle varie fattispecie delle pratiche attualmente istruite dagli Uffici, degli atti adottati dal Garante, con conseguente adeguamento degli atti medesimi e della relativa modulistica.

Considerata la rilevanza di tali approfondimenti, si ritiene pertanto opportuno, innanzitutto, prendere atto, col presente provvedimento, dell'allegata Analisi che, in merito ai punti "A" e "B" della prima fase del sopra indicato Piano dei Lavori, delinea in modo esaustivo, e per molti versi chiarificatore, il profilo del Garante e la natura dei suoi atti.

Dall'Analisi, in sintesi, emerge che il Garante regionale dei diritti della persona, avendo riguardo anche ad un "inquadramento nazionale" di tale figura, è un "organo di garanzia regionale" connotato dal carattere fiduciario della nomina, che svolge funzioni di rilevanza pubblica e pertanto ricopre un ufficio onorario. Un soggetto pubblico, del tutto *sui generis*, chiamato a ricoprire un rilevante ruolo di 'garanzia', connotato, però, da mera *auctoritas* e non dall'esercizio di *potestas* sicché gli atti assunti dallo stesso, salvo che nei rari casi espressamente previsti dalla legge, non assumono natura provvedimentoale e, di conseguenza, non sono autonomamente impugnabili avanti l'autorità giurisdizionale.

Il Garante non è, perciò, in generale, attributario di poteri autoritativi, dal che discende appunto l'impugnabilità degli atti assunti nell'esercizio delle funzioni di garanzia attribuitegli e la non vincolatività per le attività svolte dallo stesso dell'intera disciplina del procedimento amministrativo eccezion fatta per i casi in cui risulti attributario di poteri amministrativi autoritativi da parte del legislatore, fattispecie che, nell'Analisi 9 febbraio 2023, viene individuata nell'esercizio del potere sostitutivo conferito *ex lege*.

Le conclusioni di cui ai punti "A" e "B" preludono alla fase "C" e "D" del Piano lavori - inerente "*C. Verifica, riferita alle varie fattispecie delle pratiche attualmente istruite dagli Uffici, degli atti adottati dal Garante in relazione alle risultanze delle analisi "A" e "B"*" e "*D. Adeguamento, a seguito della verifica "C", degli atti con adeguamento anche della relativa modulistica*" - sicché col presente provvedimento si rende necessario, in secondo luogo, dar immediato corso a tale ulteriore fase della consulenza.

In attesa della definizione della citata fase "C" e "D" della consulenza si rende anche opportuna la seguente immediata adozione, di competenza del Garante – quale autorità indipendente, non soggetta a controlli gerarchici e a vincoli funzionali, che sottoscrive gli atti finali verso l'esterno -, di misure di adeguamento alle disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241, "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", con riferimento alle disposizioni di tale legge **(i)** sul "procedimento amministrativo" nonché a quelle **(ii)** su l' "accesso agli atti", nonché si rende opportuna **(iii)** la trasmissione del presente atto al Consiglio regionale per gli eventuali adeguamenti afferenti le procedure del Sistema Integrato di Gestione, procedure interne cui fanno riferimento i dipendenti del Consiglio regionale assegnati alla struttura del Garante.

(i) Per quanto riguarda il procedimento amministrativo, l'Analisi 9 febbraio 2023 fra gli atti del Garante individua come unico assoggettabile a tale disciplina l'esercizio del potere sostitutivo per il quale risulta attributario di potere amministrativo autoritativo da parte del legislatore.

Tale potere sostitutivo è infatti previsto dalle seguenti norme:

- Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, "Testo Unico Enti Locali", il cui articolo 136, "Poteri sostitutivi per omissione o ritardo di atti obbligatori" dispone che:

“Qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico”;

- Legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio”, il cui articolo 30, “Annullamento dei provvedimenti comunali e poteri sostitutivi”, al comma 10 stabilisce che:

“Qualora il comune nel procedimento di formazione o di variazione degli strumenti di pianificazione urbanistica, non possa deliberare su piani urbanistici in presenza delle condizioni che comportino l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 78 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni, il Difensore civico regionale, su istanza del comune interessato, se ritiene sussistano ragioni di interesse pubblico, può nominare un commissario ad acta per adottare il provvedimento in via sostitutiva”.

Si ritiene, quindi, in ricognizione dei procedimenti amministrativi di cui è attributario il Garante regionale dei diritti della persona, di individuare, anche come oggetto e fonte legislativa, i seguenti procedimenti:

- a) nomina di commissario ad acta ex art. 136 del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, “Testo Unico Enti Locali”;
- b) nomina di commissario ad acta ex art. 30 Legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio”,

Considerato che il supporto tecnico amministrativo all'attività del Garante è garantito, ai sensi dell'articolo 15 della legge regionale n. 37 del 2013, da dipendenti assegnati al Servizio Diritti della Persona del Consiglio Regionale del Veneto, detta struttura è competente all'istruttoria e alla responsabilità del procedimento, Organo competente all'adozione dell'atto finale è il Garante regionale dei diritti della persona, il termine per la conclusione dei procedimenti è fissato in 45 (quarantacinque) giorni e la nomina del *commissario ad acta* avverrà, in considerazione della natura dell'atto da adottare e delle specifiche competenze tecniche e professionali richieste, fra funzionari pubblici ovvero professionisti di comprovata esperienza e qualificazione, scelti da apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica ovvero scelti, in relazione alla particolare complessità dell'incarico e alla peculiare professionalità richiesta, da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale.

(ii) Per quanto riguarda l'accesso agli atti, si ritiene di confermare il proprio decreto n. 1 del 13 luglio 2017, **allegato sub 2**, che al punto 1 della parte dispositiva stabilisce: *“1. È escluso il diritto di accesso alla documentazione detenuta presso l'ufficio del Garante regionale dei diritti della persona, comunque acquisita, correlata all'esercizio delle funzioni istituzionali del Garante, di cui agli articoli 11, 13 e 14 della legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 "Garante regionale dei diritti della persona";”,* specificando che le procedure del Garante classificate come “procedimenti amministrativi” sono sottoposte, anche in materia di accesso agli atti, alla ordinaria disciplina della legge n. 241 del 1990.

(iii) Per quanto riguarda le procedure “Garante 01 Difesa Civica”, “Garante 02 Tutela Minori” e “Garante 03 Tutela detenuti”, il presente atto viene trasmesso, per il tramite del Servizio Diritti della Persona, all'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale per l'eventuale adeguamento del Sistema Integrato di Gestione fermo che in dette procedure il riferimento a “procedimento amministrativo”, e disciplina dello stesso, avviene in conformità a quanto disposto nel presente atto.

Tutto ciò premesso,

DECRETA

1. le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto;

2. di prendere atto della analisi *“PROTOCOLLO D’INTESA TRA LA REGIONE DEL VENETO E IL GARANTE REGIONALE PER I DIRITTI DELLA PERSONA STIPULATO IL 21 GIUGNO 2022. – PRIMA FASE DEL PIANO DEI LAVORI AVVIATO IL 13 OTTOBRE 2022”* che si **allega sub 1**;

3. di individuare, in ricognizione dei soli procedimenti amministrativi di cui è attributario il Garante regionale dei diritti della persona, i seguenti procedimenti:

- a) nomina di commissario ad acta ex art. 136 del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, “Testo Unico Enti Locali”;
- b) nomina di commissario ad acta ex art. 30 Legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio”;

dando atto che il Servizio Diritti della Persona del Consiglio Regionale del Veneto è competente all’istruttoria e alla responsabilità del procedimento, Organo competente all’adozione dell’atto finale è il Garante regionale dei diritti della persona, il termine per la conclusione dei procedimenti è fissato in 45 (quarantacinque) giorni e la nomina del *commissario ad acta* avverrà, in considerazione della natura dell’atto da adottare e delle specifiche competenze tecniche e professionali richieste, fra funzionari pubblici ovvero professionisti di comprovata esperienza e qualificazione, scelti da apposito elenco formato annualmente mediante procedura di evidenza pubblica ovvero scelti, solo in relazione alla particolare complessità dell’incarico e alla peculiare professionalità richiesta per svolgerlo, da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale;

4. di confermare, in merito all’accesso agli atti, il proprio decreto n. 1 del 13 luglio 2017, **allegato sub 2**, che al punto 1 della parte dispositiva stabilisce: *“1. È escluso il diritto di accesso alla documentazione detenuta presso l’ufficio del Garante regionale dei diritti della persona, comunque acquisita, correlata all’esercizio delle funzioni istituzionali del Garante, di cui agli articoli 11, 13 e 14 della legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 “Garante regionale dei diritti della persona”;*” dando atto che le procedure del Garante classificate come “procedimenti amministrativi” sono sottoposte, anche in materia di accesso agli atti, alla ordinaria disciplina della legge n. 241 del 1990;

5. di trasmettere il presente atto, per il tramite del Servizio Diritti della Persona, all’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale per opportuna conoscenza e per l’eventuale adeguamento delle procedure di cui al Sistema Integrato di Gestione del Consiglio regionale, fermo che in dette procedure il riferimento a “procedimento amministrativo”, e disciplina dello stesso, avviene in conformità a quanto disposto nel presente atto;

6. di dare avvio alla fase “C” e D” del Piano lavori, concordato con l’Avvocatura regionale in data 13 ottobre 2021 a seguito del Protocollo d’intesa stipulato il 21 giugno 2022 tra Garante e Regione Veneto, dando atto che le disposizioni di cui ai precedenti punti 3) e 4) saranno oggetto di verifica una volta completata tale fase e dando altresì atto che sino alla formazione dell’elenco di cui al punto 3) per ogni singolo procedimento il commissario ad acta sarà comunque scelto da un novero di tre nominativi forniti dal competente ordine o collegio professionale;

7. di pubblicare il presente decreto, con esclusione degli allegati, nel Bollettino Ufficiale della Regione del Veneto disponendone la visione con pubblicazione integrale sul proprio sito

<http://garantedirittipersona.consiglioveneto.it/>

Il Garante regionale dei diritti della persona
Avv. Mario Caramel

PROTOCOLLO D’INTESA TRA LA REGIONE DEL VENETO E IL GARANTE REGIONALE PER I DIRITTI DELLA PERSONA STIPULATO IL 21 GIUGNO 2022. – PRIMA FASE DEL PIANO DEI LAVORI AVVIATO IL 13 OTTOBRE 2022”

1. PREMESSA

In data 21 giugno 2022 è stato stipulato il “Protocollo d’Intesa tra la Regione del Veneto e il Garante regionale per i diritti della persona per l’attivazione della collaborazione dell’Avvocatura regionale finalizzata al supporto consulenziale legale. LL.RR. 16 agosto 2001, n. 24 e 24 dicembre 2013, di cui alla D.G.R.V. n. 38 del 25 gennaio 2022” (di seguito anche “Protocollo”).

Ai sensi dell’articolo 3, comma 2, del Protocollo, nella riunione del 13 ottobre 2022 è stato innanzitutto istituito un Gruppo di lavoro (di seguito anche GDL), coordinato dal Garante regionale dei diritti della persona, avv. Mario Caramel, e dal Coordinatore dell’Avvocatura regionale, avv. Giacomo Quarneti, GDL composto dai Responsabili delle strutture del Garante afferenti la “Difesa Civica” (dirigente Capo del Servizio diritti della persona, avv. Stefano Danieli, e funzionario, dott.ssa Silvia Greggi), dai Referenti dell’Avvocatura regionale (avv. Antonio Vacca e avv. Sarah Turcati) e dal Servizio Affari Giuridici e Legislativi del Consiglio Regionale (dirigente Capo, dott. Carlo Giachetti, e funzionario, dott.ssa Carlotta Forestan).

Nella riunione del 13 ottobre 2022 sono state anche concordate - fra Garante regionale per i diritti della persona (di anche seguito “Garante”), Coordinatore dell’Avvocatura regionale della Regione Veneto (di seguito anche “Avvocatura”), Servizio diritti della persona (di seguito anche Servizio DDP) e Servizio Affari Giuridici e Legislativi del Consiglio Regionale del Veneto (di seguito anche Servizio Legislativo CR) le modalità di svolgimento dell’attività consulenziale, declinate in un “Piano dei lavori”, mirate, come prima tematica, ad approfondire l’inquadramento della figura del Garante, e la natura dei suoi atti.

La prima fase del Piano dei lavori prevede:

A - Analisi della figura del Garante regionale dei diritti della persona in riferimento all’ordinamento della Regione del Veneto e a quello Nazionale nonché a dottrina e pronunce giurisprudenziali.

B - Analisi di attività ed atti attribuiti alla competenza del Garante dai citati ordinamenti.

Per l’analisi della legislazione e della giurisprudenza afferenti il Veneto è stato individuato il dott. Carlo Giachetti, del Consiglio regionale, mentre per l’analisi della legislazione, dottrina e giurisprudenza generale è stato individuato l’avv. Antonio Vacca, dell’Avvocatura regionale.

Quanto premesso, segue l’Analisi redatta congiuntamente dall’avv. Antonio Vacca e dal dott. Carlo Giachetti e condivisa da tutti i Componenti sopra indicati del Gruppo di lavoro.

2. ANALISI DELLA FIGURA DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONA IN RIFERIMENTO ALL'ORDINAMENTO DELLA REGIONE DEL VENETO E A QUELLO NAZIONALE NONCHÉ A DOTTRINA E PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI. ANALISI DI ATTIVITÀ ED ATTI ATTRIBUITI ALLA COMPETENZA DEL GARANTE DAI CITATI ORDINAMENTI.

Il Garante Regionale dei Diritti della persona nella Regione del Veneto, istituito con legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37, assomma in sé tre macro-funzioni:

- a) garantire in ambito regionale i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di gestori di servizi pubblici, mediante procedure non giurisdizionali di promozione, di protezione e di mediazione [art. 63, comma 1, lett. a), della Legge regionale statutaria 17 aprile 2012, n. 1 nonché artt. 1, comma 2, lett. a), 11 e 12 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “*difesa civica*”);
- b) promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza [artt. 1, comma 2, lett. b), 13 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “*tutela minori*”);
- c) promuovere, proteggere e facilitare il perseguimento dei diritti delle persone private della libertà personale [artt. 1, comma 2, lett. b), 14 della legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37] (di seguito brevemente anche “*tutela detenuti*”).

2.1 Difesa civica

In particolare, la funzione sub a), che rappresenta l’ambito di azione primaria del Garante regionale, può essere ricondotta ai compiti e alle funzioni tradizionali della difesa civica.

A tale ultimo riguardo, al fine di meglio definire e comprendere l’attuale natura e ruolo del Difensore civico e delle figure assimilate, possono essere utili alcuni brevi cenni storici.

Tradizionalmente, si ritiene di potere individuare il “progenitore” di tali figure nel *defensor civitatis*, magistrato di epoca imperiale romana, cui era affidato un ruolo di mediatore tra apparato pubblico e cittadini. In particolare, si trattava di soggetti aventi la funzione di proteggere i cittadini dagli arbitri delle magistrature locali, mediante la presentazione al Governatore della Provincia di reclami relativi ad eventuali abusi subiti dalla cittadinanza (*ius interdicendi cum patribus*), nonché, più in generale, la possibilità di conferire con lo stesso Governatore in relazione alle inefficienze di funzionari, agenti del fisco o pretori (*ius agendi cum patribus*).

Altra figura storica progenitrice dell’attuale Difensore civico è l’*Ombudsman* [in traduzione: “*Uomo che fa da tramite*”], introdotto dalla Costituzione svedese del 1809. Si tratta di un funzionario di nomina parlamentare dotato di una particolare posizione di indipendenza, cui era attribuito il compito di vigilare in ordine all’esercizio delle pubbliche funzioni svolte dall’esecutivo e dalle altre amministrazioni facenti capo ad esso nell’interesse del Parlamento nonché [ancora attualmente nei paesi scandinavi e non solo] il ruolo di garante dei cittadini nei confronti delle pubbliche istituzioni.

Nel solco della tradizione storica, ancora attualmente, il Difensore civico e gli organismi ad esso assimilabili esercitano una funzione sì di controllo dell'agire dell'esecutivo e, in generale, della pubblica amministrazione e di tutela della cittadinanza, ma fondamentalmente priva di connotati di autoritatività, essendo essa, invece, caratterizzata esclusivamente dall'autorevolezza persuasiva del soggetto che funge da tramite tra cittadino e amministrazione pubblica, al fine di stimolare il buon andamento dell'agire pubblico. In tal modo si salvaguardano, ma solo indirettamente, gli interessi dei privati incisi dall'esercizio del potere amministrativo, in un'ottica di valorizzazione della legalità, dell'efficienza e della ragionevolezza dell'azione pubblica, in assenza sostanzialmente di poteri autoritativi idonei a incidere direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive.

Tale generale ricostruzione della figura del Difensore civico può essere trasposta, secondo canoni di sostanziale invarianza funzionale, in relazione ai menzionati compiti affidati al Garante Regionale dei Diritti della persona nella Regione del Veneto sub a).

Nondimeno, tale univoca esegesi sotto il profilo funzionale, non ha impedito che l'assenza di una legislazione statale di principio¹ e la varietà delle discipline regionali abbiano indotto la dottrina e la giurisprudenza a prospettare esiti di sistematizzazione e di inquadramento ambigui e incerti.

In particolare, si possono distinguere quattro ipotesi di inquadramento del Difensore civico e delle figure di garanzia assimilabili allo stesso:

- a) secondo un primo orientamento esegetico, il Difensore civico deve essere qualificato quale organo di tutela giustiziale, ossia quale strumento volto a consentire la tutela delle posizioni giuridiche lese da comportamenti di c.d. *maladministration*.

Conferma di ciò si trarrebbe dalla tendenziale indipendenza e autonomia di azione del difensore civico, dal suo ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione pubblica, dalla sua funzione di "risolutore" di contrasti sorti tra cittadino e pubblica amministrazione nonché dallo spiccato tasso di informalità che connota il suo agire [H.F. Zamudio, voce *Ombudsman*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 5].

Invero, tale qualificazione, a livello giurisprudenziale [Cons. Stato, Sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938; T.A.R. Milano, Lombardia sez. I, 27 agosto 2018, n. 2024; T.A.R. Firenze, sez. II, 7 aprile 2015, n. 554; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2009, n. 10747], è riferita esclusivamente alle funzioni di riesame affidate al Difensore civico in materia di accesso agli atti, escludendola, invece, ogniqualvolta l'attività esercitata dallo stesso non sia finalizzata alla tutela esclusiva delle posizioni giuridiche soggettive asseritamente lese, bensì, sia volta, anche indirettamente, al

¹ A parte la generica previsione dell'art. 16 della legge 15 maggio 1997, n. 127, recante "*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*", a norma del quale: "*A tutela dei cittadini residenti nei comuni delle rispettive regioni e province autonome e degli altri soggetti aventi titolo secondo quanto stabilito dagli ordinamenti di ciascuna regione e provincia autonoma, i difensori civici delle regioni e delle province autonome, su sollecitazione di cittadini singoli o associati, esercitano, sino all'istituzione del difensore civico nazionale, anche nei confronti delle amministrazioni periferiche dello Stato, limitatamente agli ambiti territoriali di rispettiva competenza, con esclusione di quelle che operano nei settori della difesa, della sicurezza pubblica e della giustizia, le medesime funzioni di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione che i rispettivi ordinamenti attribuiscono agli stessi nei confronti delle strutture regionali e provinciali*".

perseguimento di interesse pubblici ulteriori, quali favorire livelli di efficacia e legittimità sempre più elevati nello svolgimento dell'attività dell'amministrazione.

Peraltro, occorre rilevare che, pur nell'esercizio di tale attività di riesame, prevista in caso di diniego ad un'istanza di accesso agli atti, il Difensore civico non è, comunque, attributario di poteri decisori autoritativi, non potendo annullare, modificare e/o sostituire il provvedimento di diniego, il che esclude che si possa qualificare come giustiziale in senso stretto tale funzione, se non in modo del tutto improprio e parziale.

- b) Secondo la Corte costituzionale, invece, *“il difensore civico, indipendentemente da ogni qualificazione giuridica, è titolare, generalmente, di funzioni connesse alla tutela della legalità e della regolarità dell'amministrazione, funzioni assimilabili, in larga misura, a quelle di controllo, spettanti – anteriormente all'abrogazione dell'art. 130 Cost. – ai comitati regionali di controllo e deve quindi escludersi la sua configurazione alla stregua di un organo di governo regionale”*. (Corte cost., 15 giugno 2004, n. 173; cfr. anche Corte cost., 25 marzo 2004, n. 112; Corte cost., 29 aprile 2005, n. 167).

Precisa, tuttavia la Corte costituzionale, nella sentenza 482/1995, che *“le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo”*, il che induce a escludere una qualificazione in termini di organo di controllo in senso stretto.

- c) L'opinione prevalente assimila, invece, la figura del difensore civico alle c.d. amministrazioni indipendenti, e ciò sia in ragione della posizione di terzietà (rispetto al potere esecutivo) ricoperta, sia alla luce della contestuale titolarità di poteri di controllo e pseudo-giustiziali [T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 139²].

Da ultimo in tal senso la deliberazione della Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, n. 60/2022, ove si afferma, con riferimento al Difensore civico regionale e ad altre figure assimilabili allo stesso: *“Trattasi di figure assimilabili a quelle delle “Autorità indipendenti”, categoria volta a ricomprendere enti/organi pubblici caratterizzati da un elevato grado di autonomia (organizzatoria, finanziaria e contabile) e dalla mancanza di controlli e soggezione al potere direttivo del governo”, ovvero, sotto il profilo funzionale: “Trattasi, in via generale (tenuto conto che sono figure differenti non riducibili ad un'unica tipologia), di soggetti pubblici investiti di funzioni tutorie di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti che, per la loro posizione di equidistanza e neutralità rispetto agli interessi su cui la loro attività incide e per la competenza professionale richiesta per l'esercizio delle loro funzioni, sono sottratti, dal punto di vista ordinamentale e funzionale, al controllo e all'indirizzo del potere politico”*.

² Ove, con riguardo alla figura del difensore civico comunale si afferma che: *“si tratta di una figura non inquadrabile né nell'organo di governo né nell'organo prettamente amministrativo, ma riconducibile alla definizione ... di supremo garante dell'imparzialità dell'agire dell'ente nel quale viene nominato, cogliendosi eloquenti sintomi che lo conducono ad identificarsi come un'Authority”*.

Di recente, poi, il Tar Lombardia (sez. I), nella sentenza n. 1576/2022, ha qualificato il Difensore regionale quale “*organo indipendente della Regione*”, richiamando l’indirizzo seguito dalla giurisprudenza amministrativa che “*assimila il Difensore civico alle Autorità amministrative indipendenti (Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione II, 14 gennaio 2009 n. 139; Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sezione I, 25 giugno 1998 n. 1178)*”

Invero, anche tale esegesi, come le precedenti, sconta alcune incongruenze.

In primo luogo, l’assoluta mancanza, in capo al difensore civico, di poteri regolatori, tipici invece delle autorità indipendenti, mancanza dovuta alla circostanza che esso (a differenza delle tradizionali autorità di regolazione) non è preposto alla cura ‘tecnica’, di uno specifico interesse pubblico considerato dall’ordinamento sensibile dal punto di vista economico-sociale. A ciò si aggiunga che le ‘decisioni’ del difensore civico sono ordinariamente prive di autoritatività, insuscettibili, pertanto, di determinare in via definitiva l’assetto degli interessi in gioco, laddove, invece, le Autorità indipendenti di regola sono attributarie di poteri autoritativi, anche sanzionatori.

A confermare tali dubbi si pone, poi, la giurisprudenza amministrativa che ha avuto occasione di rilevare che: “*la nozione di Autorità Indipendenti assunta dalla legge processuale amministrativa a suo presupposto ai fini dell’applicabilità del rito speciale accelerato per il caso di impugnativa degli atti adottati da dette autorità, debba essere intesa in senso proprio e ristretto, come riferita a quegli organismi collegiali dotati di specifici apparati organizzatori autonomi appartenenti allo Stato c.d. “apparato” o “amministrazione”, posti da leggi speciali di settore a sovrintendere a ordinamenti settoriali sensibili e di particolare rilievo sociale, in funzione di regolazione e controllo a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. Pertanto, una diversa e più ampliativa nozione di “Autorità Indipendenti” tale da includere nell’area di applicabilità della suddetta normativa speciale anche gli atti del Difensore Civico si esporrebbe a fondate critiche di costituzionalità sotto il profilo dell’ingiustificata compressione dei diritti di difesa (derivante dalle previsioni acceleratorie de quibus) a fronte di atti e provvedimenti del Difensore Civico che, di regola, non investono settori sensibili, a rileva costituzionale e, perciò, non offrono una base giustificativa ragionevole e sufficiente sul piano del bilanciamento degli interessi costituzionalmente coinvolti*” (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 31 gennaio 2003, n. 511).

D’altronde, anche nella sopramenzionata deliberazione della Corte dei Conti, la qualificazione delle figure di garanzia quali autorità indipendenti “*non esclude[ono] che dette autorità, nel loro operato, siano competenti a svolgere anche funzioni prettamente amministrative; tuttavia, anche nell’esercizio di dette funzioni operano in posizione neutrale e terza rispetto agli interessi in gioco agendo secondo canoni di condotta diversi da quelli che caratterizzano, normalmente, l’agire amministrativo*”.

- d) Infine, secondo la più recente dottrina [Nicola Posteraro, *L’amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, in *Il Processo*, 2, 2021, 265] il Difensore civico, con riguardo alla generale funzione di garantire i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di

gestori di servizi pubblici, secondo procedure non giurisdizionali di promozione, di protezione e di mediazione, deve essere considerato alla stregua di un mediatore *sui generis* che formula alle parti una proposta di definizione della lite, in essere o potenziale.

Esso, dunque, non svolgerebbe in alcun modo un'attività amministrativa, neppure di natura paragiurisdizionale, bensì, guiderebbe e governerebbe un procedimento non amministrativo, sussumibile nell'ambito dell'attività di conciliazione.

Si può, perciò, concludere tale ricostruzione affermando che la figura del Difensore civico e, in generale, le figure di garanzie cui è affidata la funzione di difesa civica presentano connotati del tutto *sui generis*, che rendono infruttuoso e inconcludente qualsiasi tentativo di rigida classificazione soggettiva.

Sembra, perciò, più utile e proficua una definizione meramente funzionale dello stesso quale «magistrato di persuasione» da cui emerge la circostanza che i compiti affidati al Difensore civico [e figure assimilate] sono fondati sulla *auktoritas*, piuttosto che sull'esercizio di *potestas*.

Il Difensore civico è, infatti, un soggetto terzo, *super partes*, tendenzialmente indipendente dai poteri pubblici, dotato di peculiare competenza, esperienza e professionalità ossia è una figura soggettivamente atipica tra le autorità a rilievo pubblicistico, il cui agire risulta caratterizzato da un alto tasso di informalità, in considerazione dell'ordinaria assenza del carattere della autoritatività negli atti assunti dallo stesso, i quali, infatti, salvo che nei rari casi espressamente previsti dalla legge, non assumono natura provvedimentale e, di conseguenza, non sono autonomamente impugnabili avanti l'autorità giurisdizionale.

Tali conclusioni trovano conferma nella legislazione della Regione del Veneto che prevede, tra le funzioni generali del Garante regionale dei diritti della persona, l'esercizio, “a richiesta di soggetti pubblici o privati, (di) azioni di informazione, consulenza, facilitazione, mediazione in relazione a procedimenti e attività di uffici e servizi delle pubbliche amministrazioni e di gestori di servizi pubblici in ambito regionale” [art. 7, comma 1, lett. e), legge regionale 24 dicembre 2013, n. 37], cui accedono poteri non coercitivi di acquisizione di documenti e informazioni in ordine allo stato della questione di cui sia investito.

In caso di inottemperanza alle richieste informative, il Garante, inoltre, può unicamente segnalare il fatto all'amministrazione di appartenenza ai fini dell'eventuale avvio del procedimento disciplinare, senza godere di alcun potere d'imperio coercitivo.

Quanto, poi, all'esito dell'attività svolta, il Garante è tenuto a informare gli interessati dell'andamento e del risultato del suo intervento, indicando, nel fornire motivata risposta agli stessi, anche le eventuali iniziative che essi possono ulteriormente intraprendere in sede amministrativa o giurisdizionale.

Non è, perciò, in generale, attributario di poteri autoritativi, dal che discende l'inoppugnabilità degli atti assunti nell'esercizio delle funzioni di garanzia attribuitegli e la non vincolatività per le attività svolte dallo stesso dell'intera disciplina del procedimento amministrativo, eventualmente applicabile a titolo di autovincolo e, comunque, nei limiti della compatibilità con la snellezza procedimentale prevista dal legislatore regionale, che impone, espressamente, l'assenza di ogni formalità nello svolgimento

dell'attività di orientamento, nonché di mediazione, sollecitazione, raccomandazione nei confronti dell'amministrazione interessata di fronte a denunciati abusi, disfunzioni, ritardi o inerzia.

Ulteriore vincolo 'procedimentale' è, poi, individuato nell'obbligo di fornire motivata risposta alle istanze ricevute e di trasmetterne copia all'amministrazione interessata.

A diversa conclusione si deve giungere, invece, con riguardo ai limitati casi in cui il Difensore civico sia attributario di poteri amministrativi autoritativi da parte del legislatore, come nell'ipotesi prevista dall'art. 136 del d. lgs. n. 267/2000, a norma del quale: "Qualora gli enti locali, sebbene invitati a provvedere entro congruo termine, ritardino o omettano di compiere atti obbligatori per legge, si provvede a mezzo di commissario ad acta nominato dal difensore civico regionale, ove costituito, ovvero dal comitato regionale di controllo. Il commissario ad acta provvede entro sessanta giorni dal conferimento dell'incarico".

In tal caso, il Difensore civico adotta un provvedimento amministrativo di nomina del commissario ad acta, laddove ritenga sussistere i presupposti di legge, attività valutativa assoggettata, perciò, al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo.

2.2 Tutela minori

Nell'ottica di tutelare e promuovere i diritti delle persone di minore età, proclamati a livello internazionale dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, l'Italia ha adottato la legge 12 luglio 2011, n. 112, che ha istituito l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.

Le competenze (articolo 3 L. 112/2011) attribuite all'Autorità sono riconducibili a diverse azioni: ascolto e partecipazione, promozione e sensibilizzazione, collaborazione, elaborazione di proposte, pareri e raccomandazioni.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 3 della legge in parola: "Nel rispetto delle competenze e dell'autonomia organizzativa delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano e delle autonomie locali in materia di politiche attive di sostegno all'infanzia e all'adolescenza, l'Autorità garante assicura idonee forme di collaborazione con i garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza o con figure analoghe, che le regioni possono istituire con i medesimi requisiti di indipendenza, autonomia e competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza previsti per l'Autorità garante".

Al fine, dunque, di coordinare l'Autorità garante nazionale ed i garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza, è stata prevista l'istituzione di una Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza [art. 3, comma 7, della legge 12 luglio 2011, n. 112], presieduta dall'Autorità nazionale e composta dai garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza, o da figure analoghe, ove istituite.

Tale Conferenza "nel rispetto delle competenze dello Stato e delle regioni", svolge meri compiti di promozione, favorendo l'adozione di linee comuni di azione dei garanti regionali in materia di tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, da attuare sul piano regionale e nazionale e da promuovere e

sostenere nelle sedi internazionali. È preposta, inoltre, a realizzare “*forme di costante scambio di dati e di informazioni sulla condizione delle persone di minore età a livello nazionale e regionale*”.

Altra funzione, prettamente di supporto e ‘collaborativa’, è stata, inoltre, introdotta dall’art. 11 della legge 7 aprile 2017 n. 47 recante “*Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*” che ha previsto l’istituzione presso ogni tribunale per i minorenni di un elenco di tutori volontari, a cui possono essere iscritti privati cittadini, “*selezionati e adeguatamente formati, da parte dei garanti regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano per l’infanzia e l’adolescenza*”, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori. A tal fine, possono essere stipulati appositi protocolli d’intesa tra i garanti regionali per l’infanzia e l’adolescenza e i presidenti dei tribunali per i minorenni ed è prevista la presentazione, con cadenza bimestrale, di una relazione sulle attività realizzate.

Su tali basi legislative, si deve escludere, perciò, l’attribuzione di funzioni amministrative autoritative in capo ai Garanti regionali, così come in capo a quello nazionale, anche in tale ambito di ‘garanzia’. Tale conclusione è confermata, per questi ultimi, a contrariis, dalla previsione dell’art. 4 della legge 12 luglio 2011, n. 112, che, nell’attribuire all’Autorità Garante nazionale la facoltà di acquisire dati, notizie e informazioni rilevanti ai fini della tutela delle persone di minore età da parte di soggetti pubblici, prevede espressamente che: “I procedimenti di competenza dell’Autorità garante si svolgono nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di accesso, partecipazione e trasparenza”. La necessità di un espresso richiamo alla disciplina generale del procedimento amministrativo, limitatamente peraltro ai soli principi generali, conferma infatti che le attività svolte dal Garante nazionale così come, per derivazione, quelle svolte dai garanti regionali non sono qualificabili quali attività amministrative in senso proprio e, comunque, devono ritenersi prive di autoritatività, connotati che avrebbero implicato ex se la diretta e completa applicabilità della legge sul procedimento amministrativo.

2.3 Tutela detenuti

Il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale è stato istituito dall’art. 7 del Decreto-legge 23 dicembre 2013 n.146, recante “*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*”

Il Garante nazionale è un’Autorità di garanzia indipendente con il compito di vigilare sul rispetto dei diritti delle persone private della libertà, sia se tale privazione venga disposta su mandato dell’autorità giudiziaria o amministrativa, sia se si tratti di privazione di fatto della libertà, cioè in assenza di un provvedimento formale dell’Autorità pubblica o in conseguenza di sue decisioni od omissioni.

La Legge designa il Garante anche quale Meccanismo nazionale di prevenzione della tortura (National Preventive Mechanism - Npm) nell’ambito del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (Opcat). Esso è inoltre l’organismo nazionale di monitoraggio dei rimpatri forzati ai sensi della Direttiva europea sui rimpatri 115/2008.

Le aree di intervento, mediante accessi e visite, del Garante nazionale sono:

- l'area penale (Istituti penitenziari per adulti e minori, Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza – Rems, Comunità)
- l'area delle Forze di Polizia (camere di sicurezza e qualsiasi locale adibito alle esigenze restrittive in uso a Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, Polizia locale)
- l'area delle persone migranti (Centri di permanenza per i rimpatri, hotspot, locali 'idonei' e di frontiera per il trattenimento delle persone migranti)
- l'area sanitaria (Servizi psichiatrici di diagnosi e cura, Residenze sanitarie assistenziali per persone anziane o con disabilità)
- a queste quattro aree se ne è aggiunta una quinta relativa ai luoghi formali di quarantena (tra cui i c.d. Hotel Covid 19).

Nell'ambito di tali attività, quanto al ruolo dei garanti territoriali, è previsto che: “Il Garante nazionale può delegare i garanti territoriali per l'esercizio delle proprie funzioni relativamente alle strutture sanitarie, sociosanitarie e assistenziali, alle comunità terapeutiche e di accoglienza, per adulti e per minori, nonché' alle strutture di cui alla lettera e) del comma 5 [centri di identificazione e di espulsione], quando particolari circostanze lo richiedano. La delega ha una durata massima di sei mesi” (disposizione introdotta dall'articolo 13, comma 1, lettera c), del D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 173)

Si tratta, dunque, di una delega di funzioni, eccezionale e temporanea, che comunque non investe i garanti regionali di poteri autoritativi, ma unicamente dei compiti e delle funzioni proprie di mera garanzia affidate ordinariamente alla cura del Garante Nazionale e, peraltro, limitatamente ad alcune tipologie di luoghi.

La legge 26 luglio 1975, n. 354, recante “Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà” attribuisce, poi, ai garanti regionali le seguenti funzioni:

- a) La possibilità di avere colloqui e corrispondenza con i detenuti e gli internati, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena [art. 18, comma 2];
- b) la possibilità di ricevere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa dai detenuti e dagli internati [art. 35], rispetto ai quali però esso non dispone di poteri decisori, neppure para-giurisdizionali, potendo o, *rectius*, dovendo attivare, ove ne ricorrano i presupposti, le proprie competenze di controllo e verifica e, al più, in esito a tali attività, potendo adottare raccomandazioni non vincolanti, ove gli sia attribuito tale potere;
- c) la possibilità per i Garanti dei diritti dei detenuti (comunque denominati) di visitare senza autorizzazione gli istituti penitenziari [art. 67, comma 1, lett l bis)] e le camere di sicurezza delle forze di polizia, nonché i Centri di permanenza per il rimpatrio degli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno

A far data dal 27 luglio 2018, con modifica al Regolamento dall'Assemblea dei Garanti territoriali, è stata, poi, istituita la Conferenza dei Garanti territoriali delle persone private della libertà, la quale:

- rappresenta i Garanti territoriali nei rapporti istituzionali con le Autorità competenti, con particolare riferimento alle rappresentanze istituzionali delle Regioni e degli Enti locali;
- in spirito di leale collaborazione istituzionale, collabora con il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute ai sensi dell'art. 7, comma 5, del decreto legge 146/2013;
- elabora linee-guida per la regolamentazione, l'azione e l'organizzazione degli uffici dei Garanti territoriali;
- monitora lo stato dell'arte della legislazione in materia di privazione della libertà;
- coordina la raccolta di informazioni relative alle forme e ai luoghi di privazione della libertà nei territori di competenza dei garanti territoriali;
- effettua studi e ricerche in materia ed organizza eventi di dibattito e confronto;
- promuove occasioni di confronto e di formazione comune dei Garanti territoriali e del personale addetto ai relativi uffici;
- esercita ogni forma di azione ritenuta opportuna per la risoluzione delle problematiche relative alla privazione della libertà;
- elabora documenti comuni ai fini dell'unitarietà dell'azione dei garanti territoriali, rimanendo ferma l'autonomia di azione e di espressione di ogni garante;
- sostiene e promuove l'istituzione di nuovi garanti a ogni livello.

3. CONCLUSIONI: NATURA DI ORGANO REGIONALE DI GARANZIA.

Il complessivo quadro legislativo enucleato consente, perciò, di estendere ai garanti regionali le conclusioni contenute, nella Delibera n. 622 dell'8 giugno 2016 dell'ANAC, ove è stato affermato che: “Il Garante dei detenuti, così come il Garante per i diritti dell'infanzia svolge un ruolo in parte sovrapponibile a quello di difesa civica, sia pure con una speciale vocazione garantistica rivolta verso categorie di interessi definibili come “sensibles” (ovvero particolarmente derivati in quanto riconducibili a soggetti “deboli” come, detenuti, minori o anziani). Il Garante rappresenta un organo di garanzia la cui natura giuridica per certi versi coincide con quella del difensore civico”.

Così come per le funzioni di difensore civico, anche in tali ambiti della tutela dei minori e dei detenuti, il Garante regionale, è, dunque, un soggetto pubblico, del tutto sui generis, chiamato a ricoprire un rilevante ruolo di ‘garanzia’, connotato, però, da mera auctoritas e non dall'esercizio di potestas.

Tale esegesi, peraltro, è avvalorata ulteriormente, con riferimento ai Garanti nazionali (minori e detenuti in quanto il difensore civico nazionale non è stato ancora istituito) in quanto le funzioni attribuite a livello regionale sono, di regola, solo complementari e accessorie rispetto a quelle poste in essere dai Garanti nazionali in tali settori, con esclusione di poteri autoritativi di natura amministrativa.

4. LA GIURISPRUDENZA IN ESITO AI CONTENZIOSI INSTAURATISI A FRONTE DELLA APPLICAZIONE E GESTIONE DELLE LEGGI REGIONALI ISTITUTIVE DELLE FIGURE

DI DIFENSORE CIVICO, DEL TUTORE DEI MINORI E DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONE: ELEMENTI PER UNA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI SOGGETTI E DEI LORO ATTI.

Tali conclusioni sono comprovate sia per via *negationis* sia positivamente dall'analisi del contenzioso instaurato nel corso degli anni di applicazione della legislazione regionale istitutiva delle figure di Difensore Civico e di Tutore Minori e da ultimo del Garante regionale dei diritti delle persone.

Sotto il primo profilo, emerge, infatti, l'assenza di giudizi aventi per oggetto l'attività di difesa civica in senso stretto affidata al Garante [*garantire in ambito regionale, secondo procedure non giurisdizionali di promozione, di protezione e di mediazione, i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di gestori di servizi pubblici*], nonché in relazione alle attività di tutela dei minori e dei soggetti privati della libertà personale, così come declinate dalla legislazione regionale e statale.

È in tal modo attestata, in via indiretta, l'assenza di autoritatività e di idoneità lesiva degli atti assunti dal Garante nell'esercizio ordinario delle funzioni affidate allo stesso, circostanza che determina, in una prospettiva processuale, l'insussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale all'impugnazione di tali atti ossia la mancanza di una condizione dell'azione; da ciò l'assenza di contenziosi che sarebbero naturalmente destinati a una pronuncia di inammissibilità.

Tale peculiare connotazione dell'attività del Garante emerge, inoltre, anche dagli sporadici contenziosi in materia di accesso agli atti, ove il *decisum* giudiziale non verte mai sulla legittimità o meno della 'decisione' del Garante in ordine al 'ricorso' per riesame del diniego di accesso agli atti, ma unicamente sull'esercizio del potere da parte dell'amministrazione cui è richiesta l'ostensione.

A tale riguardo, si consideri la recente sentenza TAR Veneto, 16 gennaio 2023, n. 41, che, nell'ambito di un giudizio promosso, tra l'altro, avverso l'atto di rigetto assunto da parte del Garante ad esito di un 'ricorso' per riesame di un diniego di accesso agli atti, ha pronunciato esclusivamente in ordine alla 'legittimità' del diniego da parte dell'amministrazione detentrica degli atti, ritenendo, invece, assorbita la questione dell'inammissibilità del ricorso rispetto all'atto di rigetto assunto dal Garante, prospettata in ragione della non autoritatività e lesività dello stesso.

Peraltro, in ordine all'inammissibilità di tale tipologia di impugnazioni, recentemente, il giudice amministrativo ha affermato che: "*Il Collegio ritiene che il presente gravame sia inammissibile, trovando tale rilievo conforto nell'orientamento del giudice amministrativo per cui, da un lato si è ritenuto "l'atto impugnato (il riesame disposto dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, soggetto che esercita i medesimi poteri di riesame del Difensore civico con riguardo agli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato) assume la veste di sollecitazione al riesame rivolto all'amministrazione e non di pronuncia idonea ad acquisire i crismi della decisione e a incidere direttamente nella sfera giuridica della parte ricorrente, e non costituisce l'atto conclusivo del procedimento, ma un rimedio di tipo giustiziale interno cui seguiranno ulteriori fasi procedurali"* (TAR Napoli, Sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4862)

Medesime conclusioni emergono, poi, positivamente, dall'esame dei vari contenziosi che hanno coinvolto il Garante regionale dei diritti della persona e prima di esso il Difensore civico regionale e il Tutore dei minori.

- 1) Nell'ambito dei giudizi promossi avanti gli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa dal Difensore civico e dal Tutore dei Minori per l'accertamento dell'inapplicabilità dell'articolo 6 della legge regionale n. 28 del 1988 e dell'articolo 7 della legge regionale n. 42 del 1988, come novellati dall'articolo 6 e 7 della legge regionale n. 13 del 2012, con cui si riduceva il trattamento economico del Tutore dei minori e del Difensore civico del 70 per cento, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, con sentenza n. 19971 del 2014, ha avuto occasione di affermare, per quanto d'interesse, che: *“il difensore civico ricopre un ufficio onorario che la Corte costituzionale ha escluso dal novero degli organi di governo regionale”*.

Nel giudizio instaurato avanti l'autorità giurisdizionale ordinaria, il Tribunale di Venezia ha, inoltre, riconosciuto che: *“la posizione del[Difensore civico] non può essere inquadrata nei ruoli dell'ente, ed è invece una nomina ampiamente discrezionale (vd. TAR Lazio sez. II, sent. 14.1.2009, n. 139; TAR Piemonte sez. I, sent. 12. 10.2005, n. 2902; Cons. st. sez. V, sent. 26.4.2005, n. 1910). La funzione ha natura politica, profilo accentuato dal rilievo che “il difensore civico svolge la sua attività al servizio dei cittadini in piena libertà e indipendenza e non è sottoposto ad alcuna forma di controllo gerarchico o funzionale” (art. 1 l. cit). Il rapporto instaurato con l'ente non è contrattuale - o negoziale in senso più ampio - poiché manca la relazione sinallagmatica, ovvero il requisito tipico dei contratti a prestazioni corrispettive che si concretizza nello scambio di qualcosa (“do ut des”). Oltre a non esservi contratto, il compenso è predeterminato dalla legge, sicché il Difensore civico non può neppure essere considerato o assimilato a un lavoratore dipendente” (sentenza n. 1977/2015).*

- 2) Nell'ambito di un giudizio instaurato avanti al giudice amministrativo da parte di un soggetto che ha presentato la propria candidatura alla elezione a Garante regionale dei diritti della persona in esito alla pubblicazione di avviso per la elezione del Garante in sede di prima applicazione della legge regionale n. 37 del 2013, il Consiglio di Stato ha affermato che: *“Deve premettersi che il garante, istituito dalla citata legge regionale del Veneto n. 37 del 2013, esercita funzioni di tutela dei diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni e nei confronti di gestori dei pubblici servizi oltre che dei diritti dell'infanzia e della adolescenza e dei diritti delle persone private della libertà personale, nei casi di disfunzioni ed abusi della pubblica amministrazione ed è qualificato come organo monocratico che esercita le funzioni ora descritte in piena autonomia ed indipendenza di giudizio e valutazione e pertanto non è sottoposto ad alcuna forma di controllo gerarchico e funzionale. Da questa sommaria descrizione dei compiti del garante e dei requisiti per la sua elezione si ricava la sua natura di organo amministrativo, dotato della necessaria indipendenza per svolgere attività di tutela dei soggetti deboli nei confronti della pubblica amministrazione” (decisione n. 2089/2016).*

In conclusione, anche la disamina della casistica giurisprudenziale, come formatasi in sede di applicazione delle leggi istitutive delle figure in esame nell'ambito della Regione del Veneto, corrobora il già prospettato esito esegetico che configura il Garante, quale soggetto pubblico *sui generis*, chiamato a ricoprire un rilevante ruolo di 'garanzia', connotato, però, da mera *auctoritas* e non dall'esercizio di *potestas*, in ragione dell'ordinaria assenza di autoritatività degli atti assunti dallo stesso nell'esercizio delle funzioni di difesa civica, tutela dei minori e dei detenuti. Eseggesi che già aveva improntato l'assunzione del decreto n. 1 del 13 luglio 2017 e che dovrà conformare l'ulteriore attività oggetto del Piano dei Lavori con la puntuale verifica, riferita alle varie fattispecie delle pratiche attualmente istruite dagli Uffici, degli atti adottati dal Garante, con conseguente adeguamento degli atti medesimi e della relativa modulistica.

Venezia 9 febbraio 2023

f.to Dott. Carlo Giachetti

f.to Avv. Antonio Vacca

Allegato n. 2 al decreto del Garante dei diritti della persona n. 1 del 22 febbraio 2023

DECRETO DEL GARANTE REGIONALE DEI DIRITTI DELLA PERSONA n. 1 del 13 luglio 2017 (BUR n. 70 del 25/07/2017)

Individuazione dei documenti detenuti dall'ufficio del Garante regionale dei diritti della persona esclusi dal diritto di accesso

[Consiglio regionale]

Il Garante

Premesso che, ai sensi dell'articolo 63 dello Statuto del Veneto, il Garante Regionale dei diritti della persona garantisce, secondo procedure non giudiziarie di promozione, di protezione e di mediazione, i diritti delle persone fisiche e giuridiche verso le pubbliche amministrazioni in ambito regionale; promuove, protegge e facilita il perseguimento dei diritti dei minori d'età e delle persone private della libertà personale.

In attuazione della predetta norma statutaria, la legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 "*Garante regionale dei diritti della persona*", ha attribuito al Garante funzioni di difesa civica (art. 11), funzioni di promozione, protezione e pubblica tutela dei minori di età (art. 13), funzioni a favore delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale (art. 14).

Occorre tenere conto che, ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della citata legge regionale, il Garante esercita altresì le funzioni espressamente conferitegli da leggi statali.

Vengono qui in considerazione, in particolare:

- a. la funzione di riesame in caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, di cui all'articolo 25, comma 4, della legge 07 agosto 1990, n. 241 "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" e successive modificazioni;
- b. la funzione di riesame in caso di diniego di accesso civico cd generalizzato, di cui all'articolo 5, comma 8, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*" così come da ultimo modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97.

Ai fini dell'esercizio delle predette funzioni, l'articolo 8 della legge regionale n. 37 del 2013 ha previsto che Il Garante possa:

- a) consultare, anche avvalendosi dei sistemi informatici regionali, gli atti che costituiscono oggetto del proprio intervento e ottenerne copia, nel rispetto della legge 7 agosto 1990, n. 241 "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" e successive modificazioni e del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "*Codice in materia di protezione dei dati personali*" e successive modificazioni;
- b) convocare il responsabile dell'ufficio competente al fine di ottenere tutte le informazioni possibili circa lo stato della questione di cui è stato investito;
- c) accedere ed effettuare visite nelle strutture pubbliche o private convenzionate o accreditate in cui si trovino le persone, compresi i minori d'età, a tutela delle quali il Garante interviene.

I poteri in questione si esercitano nei confronti di qualunque amministrazione pubblica nell'ambito del territorio regionale (comprese le amministrazioni periferiche statali, ai sensi dell'art. 16 della legge 15 maggio 1997, n.127 "*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e controllo*" e successive modificazioni).

Peraltro, il Garante è tenuto al segreto sulle notizie di cui sia venuto in possesso per ragioni di ufficio e che siano da ritenersi segrete o riservate ai sensi delle leggi vigenti.

Tenuto conto del suddescritto contesto giuridico, il presente atto intende individuare, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, della citata legge n. 241 del 1990, le condizioni di accesso nei confronti del Garante, secondo quanto previsto dall'art 24, comma 2, della medesima.

Va tenuto conto che le funzioni del Garante rientrano nella previsione di cui all'articolo 67, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "*Codice in materia di protezione dei dati personali*", secondo cui si considerano di rilevante interesse pubblico, le finalità di verifica della legittimità, del buon andamento, dell'imparzialità dell'attività amministrativa, nonché della rispondenza di detta attività a requisiti di razionalità, economicità, efficienza ed efficacia per le quali sono, comunque, attribuite dalla legge a soggetti pubblici funzioni di controllo, di riscontro ed ispettive nei confronti di altri soggetti.

Occorre altresì tenere conto del regolamento regionale n. 2 del 23 dicembre 2014, "*Regolamento per il trattamento dei dati personali sensibili e giudiziari effettuato dal Consiglio Regionale del Veneto*" (pubblicato nel BUR n. 122 del 23 dicembre 2014), e in particolare della scheda n. 6 allo stesso allegata, in relazione alle specifiche funzioni del Garante.

L'esigenza di regolamentazione dell'accesso agli atti presso il Garante nasce da due ragioni consequenziali, entrambi di pregnante interesse pubblico:

- evitare la perdita del diritto al riesame davanti al Garante in caso di diniego, espresso o tacito - garantito dalle citate norme dell'articolo 25 comma 4, della legge n. 241/1990 e dell'articolo 5, comma 8 del decreto legislativo n. 33 del 2013 - inevitabile in caso di richiesta di accesso verso lo stesso Garante in relazione all'esercizio delle proprie funzioni, discendenti sia dalla citata legge regionale n. 37 del 2013, sia da specifiche norme di legge statale;
- evitare, conseguentemente, l'utilizzo ultroneo e improprio del diritto di accesso, da parte di quanti ritenesse di avvantaggiarsi della detenzione della documentazione acquisita dal Garante nell'esercizio delle proprie funzioni, per ottenerne surrettiziamente l'ostensione.

Alla luce di quanto sopra, deve quindi essere escluso il diritto di accesso alla documentazione detenuta presso il Garante, comunque acquisita, correlata all'esercizio delle funzioni istituzionali del Garante, di cui agli articoli 11, 13 e 14 della legge regionale n. 37 del 2013."

Tutto ciò premesso e considerato, per le motivazioni di cui in premessa,

decreta

1. È escluso il diritto di accesso alla documentazione detenuta presso l'ufficio del Garante regionale dei diritti della persona, comunque acquisita, correlata all'esercizio delle funzioni istituzionali del Garante, di cui agli articoli 11, 13 e 14 della legge regionale n. 37 del 24 dicembre 2013 "*Garante regionale dei diritti della persona*";
2. Il presente decreto è pubblicato integralmente nel Bollettino Ufficiale della Regione del Veneto.

Mirella Gallinaro