

OSSERVATORIO DI DIRITTO SANITARIO  
21 MARZO 2018

La “reviviscenza” dell’istituto della  
difesa civica alla luce della legge  
Gelli-Bianco: il Difensore civico  
regionale quale garante del diritto alla  
salute

di Nicola Posteraro

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma Tre



# La “reviviscenza” dell’istituto della difesa civica alla luce della legge Gelli-Bianco: il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute \*

**di Nicola Posteraro**

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma Tre

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Sui caratteri del Difensore civico in Italia (in particolare, del Difensore civico regionale); 3. Il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute: le novità della legge Gelli-Bianco.

## 1. Premessa

La legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge Gelli-Bianco, dai nomi dei relatori), in linea con il processo già avviatosi mediante la legge Balduzzi (legge 8 novembre 2012, n. 189), si è proposta di raggiungere un equilibrio tra tutela del paziente e limite al contenzioso, riformando completamente la responsabilità professionale medica (anche penale). Il suo scopo principale è stato quello di risolvere il problema della medicina difensiva, quel sistema, cioè, in cui i medici, al fine di mettersi al riparo da possibili contenziosi con i pazienti, “propongono” cure numerose (e spesso inappropriate, perché inutili), col solo fine di proteggersi da qualsiasi addebito inerente alla mancata prescrizione di qualcosa che avrebbe potuto essere anche solo di qualche utilità per il paziente.

Il legislatore, così, ha voluto garantire la sicurezza delle cure e recuperare il rapporto di fiducia tra medico e paziente, con lo scopo non solo di deflazionare il contenzioso legale, ma anche di evitare le ripercussioni economiche che il suddetto comportamento cautelativo implica<sup>1</sup>.

Già con la delimitazione del penalmente sanzionabile -derivante all’entrata in vigore della legge Balduzzi- il legislatore aveva tentato di ridimensionare le conseguenze e i costi che il fenomeno della medicina difensiva adduce al sistema sanitario nazionale (anche se, sul fronte civilistico, la formulazione non chiara della norma -che richiamava il solo art. 2043 c.c.- aveva fatto obiettivamente sorgere il dubbio, tra gli

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Secondo le stime riportate dalla Commissione parlamentare d’inchiesta sugli errori sanitari con la relazione finale sulla spesa sanitaria in Italia nel 2012, “l’eccesso di prescrizioni mediche, atte a evitare eventuali contenziosi con i pazienti, pesa sulla spesa sanitaria pubblica per 10 miliardi di euro”.

operatori del diritto, che il decisore avesse voluto modificare i criteri di accertamento della responsabilità del medico, fino ad allora consolidati in giurisprudenza)<sup>2</sup>.

La legge Gelli si inserisce proprio in questo complicato contesto, introducendo elementi innovativi che presentano aspetti positivi e criticità<sup>3</sup>. La riforma, infatti, incide su tutti gli aspetti del sistema sanitario e non riguarda solo i medici e gli operatori sanitari: si occupa della struttura, delle linee guida, del *risk management*, delle scelte del consulente tecnico specialistico, della copertura assicurativa, del fondo di garanzia. Essa aiuta a comprendere che il tema della responsabilità medica non deve essere più considerato come riferito al rapporto esclusivo e individuale tra medico e paziente, ma va inserito e studiato in un contesto innovativo, moderno, che tenga in considerazione tutte le condizioni in cui l'operatore sanitario operi o sia costretto a operare.

Si tratta di una legge che mette in chiaro molti di quegli aspetti che, finora, in mancanza di norme positive, erano stati via via parametrati dalla giurisprudenza, la quale, sostituendosi al ruolo dell'inerte legislatore, aveva più volte creato essa stessa figure e istituti nuovi, nell'ambito di questa delicata tematica<sup>4-5</sup>.

Tra le altre cose, all'articolo 2, comma 1, la legge afferma che ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, può adire gratuitamente il Difensore civico regionale, laddove le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano abbiano ad esso affidato la funzione di garante per il diritto alla salute, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria<sup>6</sup>.

La legge, al contrario di quanto è avvenuto negli ultimi anni (in cui si è assistito a una crisi dell'istituto della difesa civica e il Difensore civico è entrato in una fase di vera e propria recessione<sup>7</sup>), conferma la

---

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare a G. CASSANO, N. POSTERARO, *La responsabilità civile del medico*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017, 671 e ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

<sup>3</sup> Per un primo commento alla legge, cfr. G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Roma, 2017; F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017.

<sup>4</sup> Sull'opera spesso creatrice della giurisprudenza, a fronte d'una legislazione assente, e sui suoi pericoli, si veda, tra i tanti scritti della stessa autrice, M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2017.

<sup>5</sup> Sia consentito rimandare a N. POSTERARO, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria alla luce della legge Gelli*, in G. CASSANO (a cura di), *Manuale sul risarcimento del danno*, Bologna, 2017, 343 e ss.

<sup>6</sup> L'articolo 2 della legge Gelli-Bianco stabilisce, inoltre, l'istituzione, in ogni regione e nelle province autonome, di Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza delle cure: la scelta è derivata dai risultati della ricerca scientifica che, dopo la pubblicazione nel 1999 del rapporto *To err is human* dell'Institute of Medicine hanno portato alla ribalta dell'opinione pubblica il problema degli errori in medicina, fornendo dati significativi sulla frequenza di eventi avversi e sulla loro prevenibilità mediante l'applicazione di pratiche per la sicurezza (LT. KOHN-JM. CORRIGAN-MS. DONALDSON, *To err is human: building a safer health system, committee on quality*, Institute of Medicine, Washington D.C., National Academic Press, 1999). Su questi aspetti, cfr. G. GAROFALO, *La riforma del Clinical Risk Management*, in G. ALPA, *La responsabilità sanitaria*, cit., 124 e ss.

<sup>7</sup> "L'evoluzione a ritroso della difesa civica, per evidente constatazione, si riassume, dunque, in una progressiva regressione di ambiti di partecipazione e influenza, di garanzia e controllo, di verifica dell'operato del sistema amministrativo e partitocratico": così, G. GUIDI, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa*

volontà del legislatore di farlo “rivivere”<sup>8</sup> (volontà, questa, già resa evidente nel 2015 dalla riforma dell’amministrazione pubblica promossa dal Governo e intrapresa con la legge n. 124 del 2015 -cd. legge Madia-, la quale, sulla scia di quanto disciplinato dalla legge n. 241/1990 in tema di accesso documentale, ha individuato una posizione centrale per il Difensore civico all’interno del sistema di tutela non giurisdizionale del diritto di accesso civico)<sup>9</sup>.

Prima di provare a dar conto in maniera più specifica, sebbene non esaustiva, della novità apprestata dalla legge Gelli-Bianco, chi scrive ritiene sia opportuno soffermarsi brevemente sulla figura del Difensore civico in Italia, al fine di provare a tracciarne connotati salienti e caratteristiche generali.

## 2. Sui caratteri del Difensore civico in Italia (in particolare, del difensore civico regionale).

Nato in Svezia nel 1809, l’*ombudsman* (etimologicamente, nella sua primitiva accezione di strumento di controllo sull’attività governativa da parte dell’organo parlamentare, “*colui che fa da tramite, da portavoce*”<sup>10</sup>) si è poi diffuso capillarmente, grazie alla sua flessibilità<sup>11</sup>, nel corso del XX secolo, in Europa e nei paesi extraeuropei, dapprima con funzioni di controllo sul governo, successivamente quale strumento di tutela dei diritti<sup>12</sup>.

---

*civica*, in *federalismi.it*, 2014, 12. Nello stesso scritto, l’a. (11) afferma che la mortificazione del ruolo del Difensore civico in Italia è dipesa dall’assenza di una cultura politica consapevole del ruolo di supplenza che la difesa civica potrebbe assolvere nell’attuale contesto di crisi economica e istituzionale.

<sup>8</sup> F. CARDARELLI, *Il garante per il diritto alla salute nella nuova legge sulla sicurezza delle cure e responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Lo Stato*, 2017, 241, parla di “riscoperta” della figura con riferimento ad ambiti peculiari.

<sup>9</sup> Cfr. M. CALABRÒ, A. SIMONATI, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017. In caso di diniego o differimento dell’istanza di accesso opposto da un’amministrazione regionale o locale, il privato può presentare un ricorso al Difensore civico territorialmente competente -che, perciò, data l’evoluzione del sistema corrisponde pressoché sempre col Difensore regionale-. La riforma attribuisce un ruolo specifico ai difensori civici in materia di accesso civico, probabilmente avendo a mente la tradizionale funzione di riesame che la difesa civica svolge sull’accesso documentale ex art. 24, l. n. 241/90. Tuttavia, come rilevato da G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, “le modalità con cui viene realizzato il coinvolgimento dei difensori civici non corrispondono alle intenzioni. Si pensi, ad esempio, che la norma non specifica se, nel caso di conferma del diniego di accesso a seguito di intervento del Difensore civico, la Pubblica Amministrazione debba motivare tale ulteriore diniego (art. 5 co. 8).

<sup>10</sup> È nato in Svezia quando ancora non si era affermato il principio della responsabilità politica dei governi nei confronti dei parlamenti: cfr. G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 879-884; G. GUIDI, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, cit., 7.

<sup>11</sup> L. VOLPE, *In search of administrative morality: l’ondivago successo dell’Ombudsman dalla patria baltica alla Cordigliera delle Ande*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1594 e ss.

<sup>12</sup> Esso, sebbene abbia assunto diverse denominazioni (*Volksanwalt* in Austria, *Defensor del pueblo* in Spagna, *Médiateur* in Francia) ha però mantenuto una certa omogeneità sul piano dei suoi caratteri distintivi. A voler essere rigorosi, l’istituto nasce e si sviluppa a partire dagli anni 1970, 1980. Soltanto nei paesi scandinavi, infatti, la sua nascita è collocabile nel periodo storico suddetto (Svezia: 1809; Finlandia: 1919; Danimarca: 1953; Norvegia; 1955). Gli *Ombudsman* nazionali sono stati istituiti in più di novanta paesi. In molti Paesi europei, esso trova fondamento nel testo costituzionale (Austria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania,

In Italia, la prima concreta sperimentazione del Difensore civico si è avuta a livello regionale, negli anni '70, con l'introduzione della sua disciplina istitutiva negli statuti di Lazio, Liguria e Toscana<sup>13</sup>. La difesa civica (che in quel periodo storico è stata pensata, nel nostro Paese, come strumento di *implementazione della democrazia*, attraverso la partecipazione<sup>14</sup>), facilmente accessibile per i cittadini -perché gratuita e non assoggettata a particolari formalità procedurali-, nasce come forma di garanzia *pre-contenziosa*, il cui obiettivo principale è quello di correggere le disfunzioni, le inefficienze e le iniquità dell'agire delle pubbliche amministrazioni.

Nel nostro Paese non esiste la figura del Difensore civico nazionale: non v'è, quindi, una legislazione a livello statale che disciplini l'istituto, posto che il progetto di legge elaborato nel 2006 dalla Conferenza

---

Spagna, Repubblica Slovacca, Slovenia, Svezia). Fuori dell'Europa, esiste nei Paesi dell'America Latina (quasi tutti: Argentina, Brasile, Belize, Bolivia, Colombia, Cile, Costa Rica, Perù, Paraguay, Venezuela, Santa Lucia, Trinidad e Tobago, Jamaica, Haiti, Guyana, Barbados, Honduras, Panama). In generale, gli *Ombudsman* sono espressione del Parlamento, con l'eccezione del *Défenseur des droits* francese, che è nominato dal Presidente della Repubblica, del *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA) britannico, che è nominato con decreto della Regina, e dell'*Ombudsman* greco. L'istituto presenta nei vari ordinamenti differenti caratteri che lo contraddistinguono per una grande eterogeneità. Ad esempio, in Austria, Belgio, Lituania, Svezia e Ungheria, assume le vesti di organo collegiale composto da tre o quattro persone. In Gran Bretagna non può essere adito direttamente dai cittadini perché può essere interpellato soltanto dai membri del Parlamento. In Europa, dove si è avuta una vera e propria estensione del riconoscimento dell'istituto e delle sue funzioni, esso si colloca al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato; è indipendente dal potere esecutivo; non può essere accumulato a figure non indipendenti, di nomina governativa; esercita forme di controllo direttamente sull'amministrazione, tramite indagini e accesso ai documenti; non può emanare sentenze o atti amministrativi vincolanti, ma solo raccomandazioni ed atti di denuncia. Sul piano del diritto eurolatino, occorre precisare che nel Trattato sull'Unione Europea di Maastricht del 1992, è stato istituito il Mediatore europeo, abilitato a ricevere le denunce dei cittadini europei per i casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione Europea (per *maladministration* si intendono azioni od omissioni riguardanti irregolarità amministrative, ingiustizie, discriminazioni, abuso di potere, mancanza di risposta, rifiuto di accesso all'informazione e ritardo ingiustificato; sul punto, F. TOMASELLO, *Il difensore civico nazionale e il mediatore europeo di fronte alla tutela dei diritti umani*, in *Quaderni regionali*, 1997, 773 e ss.). Sul piano del diritto internazionale, il Consiglio di Europa e le Nazioni Unite hanno classificato l'*ombudsman* tra gli strumenti di tutela e di promozione non giurisdizionale dei diritti umani, ammettendone così la peculiare azione non solo per gli aspetti di legalità dell'azione amministrativa, ma anche per quei profili di equità, ragionevolezza, opportunità ed etica che, a volte, sono impossibili da garantire con gli strumenti ordinari di tutela giurisdizionale. A titolo esemplificativo, si veda la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 48/134 del 20 dicembre 1993. Per i profili comparati, si veda M. COMBA, *Ombudsman* (diritto comparato), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2008, 535 e ss.

<sup>13</sup> *Ex pluribus*, sulla figura del difensore civico, si veda: L. VANDELLI, *Difensori civici e autonomie locali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 541; S. PIGNATARO, *La difesa civica nell'ordinamento italiano*, Padova, 2000; A. CELOTTO (a cura di), *Il ruolo del difensore civico. Aspetti evolutivi e comparativi*, Napoli, 2008; D. BORGONOVO RE, *Il difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Trento, 2010; G. GARDINI, *La difesa civica in Italia: luci ed ombre*, dattiloscritto, Universidad de Jaén, 13-14 marzo 2014, in [www.assemblea.emr.it/garanti/notizie/la-difesa-civica-in-italia-luci-e-ombre/il-testo-integrale-dell'intervento](http://www.assemblea.emr.it/garanti/notizie/la-difesa-civica-in-italia-luci-e-ombre/il-testo-integrale-dell'intervento); M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012 (in particolare, 165 e ss.).

<sup>14</sup> Tant'è che G. GUIDI, *Serve una rinnovata cultura della partecipazione ripensando alla difesa civica*, cit., lo definisce (7) "vettore di democrazia". In alcuni Paesi (Grecia, Portogallo, Spagna), nasce come diretta conseguenza della conquista della democrazia, in altri, nella lenta transizione dei Paesi dell'Est europeo, è concepito invece come fattore attivo di democratizzazione. Cfr. M. OOSTING, *The Ombudsman Environment: A Global View*, in *International Ombudsman Journal*, n. 13, 1995, 10 e ss.

nazionale dei difensori civici delle Regioni e delle province autonome è rimasto lettera morta<sup>15</sup>. Manca, allora, un *ombudsman* a chiusura del sistema di tutela delle situazioni giuridiche dei privati nei confronti dell'amministrazione e il nostro paese dispone solo di un coordinamento tra difensori civici regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano<sup>16</sup>. Da questo punto di vista, l'Italia è l'unico Stato fondatore dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa ad essere privo di Difensore civico nazionale, nonostante tale figura venga considerata parametro di democraticità delle istituzioni di un paese e, come tale, sia una condizione imprescindibile per ammettere nuovi Stati a far parte dell'Unione Europea o del Consiglio d'Europa<sup>17</sup>.

Il legislatore nazionale ha esclusivamente disciplinato la figura del Difensore civico per gli enti locali, con la legge n. 142 del 1990, istituendolo, all'articolo 8, a livello comunale e provinciale (sebbene facoltativamente) come garante del buon andamento e dell'imparzialità della p.A.<sup>18</sup>. A questo proposito, occorre ricordare che, al fine della razionalizzazione della spesa pubblica, lo stesso legislatore, nel 2009,

---

<sup>15</sup> Esso, tra le altre cose, nel preambolo, affermava che il diritto di rivolgersi al Difensore civico “attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. M) Cost.”. Si riferiva al Difensore civico nazionale, presupponendone la futura istituzione, il legislatore del 1997; l'art. 16 della l. n. 127 del 1997 prevede infatti che “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”.

<sup>16</sup> Sul riconoscimento al Difensore civico del ruolo di *chiusura* del sistema di tutela giurisdizionale, vd. G. CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini, 1987, *passim*. È istituito in ambito nazionale, invece, in Andorra, Austria, Cipro, Grecia, Groenlandia, Irlanda del Nord, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito. Anche in Svizzera, come in Italia, non esiste a livello nazionale, ma solo a livello regionale. Circa la questione dell'inserimento in Costituzione, in Italia, vi sono state, nel tempo, proposte di legge costituzionali: la più importante è del 1987; essa prevedeva l'inserimento in Costituzione dell'art. 98-bis: “La legge disciplina l'istituto del Difensore civico, al servizio dei cittadini, per denunciare disfunzioni o abusi della pubblica amministrazione e per promuovere la tutela degli interessi diffusi”.

<sup>17</sup> Diversi documenti internazionali raccomandano l'istituzione del Difensore civico nazionale, con mandato generale su tutte le problematiche nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei gestori dei pubblici servizi e invitano altresì a garantire al Difensore civico autonomia e indipendenza formale e funzionale, dotandolo di strutture, mezzi, personale adeguati allo svolgimento del proprio compito. Cfr. G. GARDINI, N.E. FRAGALE, *Il difensore civico regionale*, cit.

<sup>18</sup> Per questo, l'art. 16 della legge 15 maggio 1997, n. 127, prevede che “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 in 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”.

ha soppresso la figura del Difensore civico comunale<sup>19</sup>: così, l'opportunità della sua istituzione negli enti locali viene riconosciuta ora solo a livello provinciale, con l'istituzione di un Difensore civico territoriale cui possono convenzionarsi, facoltativamente, gli enti comunali nell'ambito di riferimento. Per quanto attiene ai Difensori civici provinciali, però, occorre evidenziare che la trasformazione delle Province in enti a rappresentanza indiretta da parte della legge n. 56 del 2014 -assieme alla stretta sul finanziamento dell'ente- ha paralizzato l'attività politico-istituzionale degli enti di area vasta: proprio alla luce di ciò, sono scomparsi molti Difensori civici dal panorama provinciale (alcune volte, essi sono stati espunti dallo statuto al momento della revisione statutaria successiva alla legge n. 56/2014; in altri casi, la carica non è stata rinnovata al momento della scadenza del mandato): in sostanza, quelli che rilevano, quindi, oggi, perché ancora esistenti, sono i difensori civici regionali (e delle province autonome)<sup>20</sup>.

Tuttavia, come evidenziato dalla relazione dell'anno 2013 del Coordinamento nazionale dei difensori civici delle Regioni e delle province autonome, la realtà regionale italiana, in tema di Difensore civico, oggi, è assai eterogenea<sup>21</sup>. Ad esempio, in Sicilia, un Difensore civico non è mai stato istituito; in Puglia, manca la legge attuativa di quella di esso istitutiva; in Calabria, invece, il Difensore è stato istituito, ma non è mai stato nominato; in Umbria, non viene nominato dal 1994; in Friuli Venezia Giulia, infine, è stato abrogato nel 2008<sup>22-23</sup>.

Com'è noto, non sussiste una univoca posizione della dottrina e nella giurisprudenza sulla corretta collocazione sistematica dell'istituto: di recente, pare che, abbandonate le tesi che lo configuravano come

---

<sup>19</sup> Cfr. art. 2, comma 186, lettera a), legge 23 dicembre 2009, n. 191. F. TRIMARCHI, *Il difensore civico a livello locale*, in *Le Regioni*, 1998, 324.

<sup>20</sup> Il Difensore civico regionale può istituire sedi decentrate del suo ufficio nel territorio regionale e stipulare convenzioni con gli enti locali (assumendo, in tal caso, anche le funzioni di Difensore civico locale; sul problema dell'intervento nel caso in cui la convenzione manchi e sia per legge richiesta, quantomeno in astratto, al fine di legittimare l'intervento del difensore civico regionale nei confronti degli enti locali, vd. *infra*).

<sup>21</sup> L. LIA, A. LUCCHINI, M. GARGATAGLI, *Il difensore civico: funzione, istruttorie, interventi: problemi e casi pratici*, Milano, 2007.

<sup>22</sup> La legge 241 del 1990 sembrava presupporre l'esistenza in un Difensore civico regionale in tutte le Regioni, visto che, all'articolo 25, riconosceva la facoltà di ricorrere, contro il diniego di accesso agli atti, al Difensore civico territoriale immediatamente superiore, per i Comuni e le Province in cui tale organo non fosse stato istituito. Sui rapporti tra legge sul procedimento amministrativo, diritto di accesso e figura del Difensore civico, si vedano, *ex multis*, F. TRIMARCHI BANFI, *Legge 241/90: nuove prospettive per il difensore civico?*, in *Regioni e Governo Locale*, 1992; SOFFIATTI, *Diritto d'accesso: arriva il Difensore civico*, in *L'amministrazione italiana*, Noccioli, 2001, 166. Oggi, la legge n. 241 del 1990 attribuisce al difensore civico funzioni giurisdizionali per l'accesso agli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, fatta salva la competenza della Commissione Centrale per l'accesso che esercita invece la sua funzione nei confronti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

<sup>23</sup> Nella regione del Trentino Alto-Adige, rilevano i difensori civici provinciali delle province autonome di Trento e di Bolzano. Occorre precisare, poi, che in alcuni casi, come in Veneto, le funzioni del difensore civico sono state "assorbite" da un Garante regionale dei diritti della persona.

organo di governo della Regione<sup>24</sup>, ovvero, quale organo di natura para-giurisdizionale in quanto affine, nei compiti, alle funzioni di legittimità proprie del giudice amministrativo<sup>25</sup>, ovvero, ancora, quale autorità amministrativa indipendente<sup>26</sup>, alla luce di alcune esperienze legislative regionali (più in particolare, si allude a quelle della Toscana e della Lombardia), si sostenga che il Difensore civico abbia assunto le vesti di *mediatore nell'ambito procedimentale*, il quale, svolgendo funzioni di natura propulsiva, riesce ad assicurare, nell'ambito del procedimento amministrativo, un concreto *dialogo* tra la sfera pubblica e la sfera privata<sup>27</sup>. In verità, alla luce di quanto disposto dalle leggi regionali sul punto, l'intervento del Difensore civico può anche prescindere da un rapporto procedimentale e/o dall'esercizio di poteri autoritativi: in altre parole, il difensore, al di là del procedimento, si configura più in generale quale *figura di raccordo* tra privato amministrato e pubblica amministrazione con cui questi entri in contatto, quale “traduttore” degli interessi del primo in una lingua che sia pienamente comprensibile dalla seconda, quale tramite che, oltre a garantire la diffusione e la promozione delle “best practices” amministrative, fa aumentare l'affidabilità e la qualità dell'azione amministrativa nella percezione dei destinatari (con evidenti ricadute in termini di diffusione della legalità e di consenso verso i poteri pubblici)<sup>28</sup>: è chiaro che il Difensore, agendo a tutela del singolo richiedente, tutela, contestualmente, l'interesse pubblico della p.A. globalmente intesa, favorendo la tendenza ad un miglioramento dell'azione amministrativa in termini di tempestività ed efficacia. Esso, tramite la sua azione, attua una forma (anche se ‘impropria’, “a-tecnica”) di controllo, dal

---

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., 6 aprile 2004, n. 112, secondo cui non rientra nella categoria degli organi di governo regionale la figura del Difensore civico regionale, che, indipendentemente da ogni qualificazione giuridica, “è generalmente titolare di sole funzioni di tutela della legalità e della regolarità amministrativa, in larga misura assimilabili a quelle di controllo, già di competenza, prima dell'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione, dei previsti comitati regionali di controllo, ai quali, del resto, tale figura era già stata equiparata dall'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127 (ora art. 136 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), nonché da alcune leggi regionali successive”.

<sup>25</sup> Sulle categorie ricostruttive, F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, 2009, 2971 e ss.; E. FREDIANI, *La funzione di tutela procedimentale del difensore civico e degli istituti ad esso affini nella più recente legislazione regionale*, in *Giur. it*, 2011, 6.

<sup>26</sup> TAR Lazio, Roma, II, 14 gennaio 2009, n. 139: “il difensore civico non è figura riconducibile né a quella di organo di governo, né a quella di organo piattamente amministrativo, ma è riconducibile alla definizione fatta propria dall'articolo 11 TUEL di supremo garante dell'indipendenza e della imparzialità dell'agire dell'ente nel quale viene nominato, cogliendosi eloquenti sintomi che lo conducono a identificarsi come *Authority*”. S. PRISCO, M. MAZZINA, *Il difensore civico come autorità amministrativa semi indipendente di ambito locale: profili problematici*, in AA.VV., *Autorità indipendenti profili costituzionali*, Padova, 1999.

<sup>27</sup> Cfr. E. FREDIANI, *La funzione*, cit., 9, secondo cui il Difensore civico, “pur privo di poteri di natura coercitiva, conserva un insieme di importanti funzioni di natura propulsiva, in forza delle quali si creano le condizioni per lo sviluppo nel procedimento amministrativo di un effettivo “dialogo” fra sfera pubblica e sfera privata orientato verso la ricerca di soluzioni comuni condivise”.

<sup>28</sup> Parla del difensore come di un “tutore del cittadino” all'interno dell'amministrazione, M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *federalismi.it*, 2017, 11. In giurisprudenza, rilevano TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2007, n. 133, TAR Lombardia, Brescia, 4 luglio 1992, n. 796. Si vedano anche F. TRIMARCHI, *Riflessioni sul difensore civico*, in *Amministrare*, 1992, 237; C. VIDETTA, *Difensore civico e giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 264.

momento che (pur non disponendo di alcun potere di sostituzione) può comunque invitare l'organo competente a eliminare le storture riscontrate nel sistema amministrativo lesivo degli interessi degli amministrati. In quest'ottica, Difensore civico garantisce, senza dubbio, una deflazione del contenzioso giurisdizionale<sup>29</sup>.

Certo è che, sebbene sul piano etimologico possa ricordare la figura del *defensor civitatis* (magistratura istituita nel tardo impero romano con la funzione di difendere le classi subalterne dalle sopraffazioni dei potenti), esso non ha alcuna relazione con siffatto istituto della storia del diritto romano (e, nonostante la denominazione, non può quindi in alcun modo considerarsi una figura magistratuale *sui generis*)<sup>30</sup>.

Evidentemente, non esistono disposizioni che diano garanzie univoche al Difensore: ogni regione ha legiferato in modo difforme; e anche se specifiche competenze gli sono state nel tempo attribuite da parte di norme speciali, queste non hanno comunque mai consentito di definire, in via generalizzata e assoluta, i tratti caratteristici dell'istituto<sup>31</sup>. Una legge nazionale sarebbe quindi forse utile per stabilire almeno quali siano i livelli minimi essenziali di garanzia che consentano al Difensore di esercitare la sua azione in modo efficace.

Tuttavia, alla luce delle esperienze regionali<sup>32</sup>, si possono provare a fornire delle indicazioni generali circa funzioni e regole che presiedono alla sua azione<sup>33</sup>: (i) anzitutto, appare evidente che sussiste sempre una stretta connessione tra il Difensore civico e l'attività della pubblica amministrazione<sup>34</sup>; (ii) in secondo

---

<sup>29</sup> Gli organi giurisdizionali, si dice, vengono così “sgravati da una massa di controversie minori e da liti risolvibili in via amichevole” (G. GARDINI, E.N. FRAGALE, *Il difensore civico regionale e di garanti specializzati*, in M. BELLETTI, F. MASTRAGOSTINO, L. MEZZETTI, *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Emilia-Romagna*, Torino, 2016, 280 e ss.). M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, cit., parla del difensore civico come una delle figure più idonee a vedersi attribuite funzioni di tipo giustiziale.

<sup>30</sup> Cfr. G. LOMBARDI, *Il difensore civico comunale*, in *Pace, Diritti dell'uomo e dei popoli*, anno IV, 2, 1990.

<sup>31</sup> Ad esempio, il Difensore civico può costituirsi parte civile a fianco dei portatori di handicap, ai sensi della legge 104 del 1992, articolo 36, comma 2, per i reati ivi previsti. Stando a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 112 del 6 aprile 2004; 173 del 2004 e 167 del 2005), il Difensore civico regionale è un organo preposto alla vigilanza sull'operato dell'amministrazione regionale con limitati compiti di segnalazione di disfunzioni amministrative, al quale non può dunque essere legittimamente attribuita la responsabilità di misure sostitutive che incidono in modo diretto e gravoso sull'autonomia costituzionalmente garantita ai Comuni. Tuttavia, lo statuto di certe Regioni (Campania e Toscana, ad esempio) continua ad attribuire al Difensore civico regionale un potere sostitutivo nei confronti degli enti locali.

<sup>32</sup> Sul punto, M. SICA, *Il difensore civico nell'ordinamento regionale*, Milano, 1993. In genere, il legislatore regionale o provinciale non ha identificato precise aree o settori di competenza del Difensore civico e si è riferito a globali competenze di azione verso specifici enti, quindi implicitamente riconoscendo nei loro confronti una generale possibilità di azione per le materie a questi attribuite.

<sup>33</sup> M. IMMORDINO, *Il difensore civico regionale*, in G. CLEMENTI DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, Napoli, 2012, 125 e ss.

<sup>34</sup> Sottolinea l'“inscindibile” legame tra Difensore e p.A., F. CARDARELLI, *L'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, 2017, 120, il quale afferma che ciò si può rilevare “sia per la collocazione strutturale ed organizzativa dell'organo, sia per

luogo, si può affermare che il Difensore deve essere persona che abbia una particolare esperienza e competenza in campo giuridico e che la sua elezione spetta alla assemblea legislativa regionale con maggioranza qualificata; (iii) esso interviene su istanza di parte o d'ufficio, per la tutela di chiunque abbia un diretto interesse e per la tutela di interessi collettivi e diffusi, in riferimento a *provvedimenti, atti, fatti, comportamenti ritardati, omessi, o comunque irregolarmente tenuti da parte di pubbliche amministrazioni*; (iv) ancora, i suoi poteri non risultano mai di tipo coercitivo, ma sono rivolti essenzialmente a valorizzare una funzione nella quale “riconoscere un punto di riferimento permanente nella comunicazione pubblica e istituzionale”<sup>35</sup>: opera, cioè, un’azione di *moral suasion*, indicando alla p.A., dopo attenta ed approfondita istruttoria, la condotta amministrativa che sarebbe opportuno seguire<sup>36</sup>; (v) infine, occorre sottolineare che, oltre a migliorare i rapporti tra pp.AA. e amministrati in genere, il Difensore interviene, spesso, a favore delle categorie più deboli<sup>37</sup>, offrendo sostegno e patrocinio ad iniziative a tutela dei diritti delle persone con particolari necessità.

In alcuni casi, le leggi regionali di esso istitutive ammettono il suo intervento nei confronti degli enti locali solo nel caso in cui siano state stipulate apposite convenzioni atte a legittimare l’azione del primo nei

---

la connessione funzionale delle proprie attività (afferenti sostanzialmente all’alveo dei procedimenti amministrativi), sia per la dimensione teleologica della funzione (e cioè destinata, in definitiva, a garantire il buon andamento e l’imparzialità dell’azione amministrativa, o in genere a contrastare i fenomeni di cattiva amministrazione)”. La funzione del Difensore civico, cioè, sottolinea l’a. “non riguarda l’attivazione di poteri diretti a fornire garanzie estensibili a qualsivoglia posizione giuridica soggettiva vantata *erga omnes*, ma trova il suo limite strutturale nell’attività svolta dall’amministrazione pubblica in senso lato (comprendendosi gli esercenti pubblici servizi o gli enti partecipati o controllati dalla regione) e quell’operativo nell’attivazione/partecipazione di/a procedimenti nell’ottica dell’esercizio di poteri di *moral suasion* o di segnalazione, ovvero, nei casi previsti, di mediazione, nella prospettiva di composizione dei conflitti sempre originati da relazioni procedurali o, come nel caso di specie, da relazioni originate dalle prestazioni obbligatorie erogate sul territorio regionale”.

<sup>35</sup> S. PIAZZA, *Lineamenti di teoria generale della difesa civica*, Firenze, 2006, 121.

<sup>36</sup> Lo definisce per questo un “giustiziere senza armi”, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 174. Leggermente diverso, mi sembra, il caso in cui il potere sia esercitato in costanza d’un diniego (espreso o tacito) rilasciato dalla p.A. a fronte d’una richiesta di accesso agli atti (documentale, ovvero civico): qui, la decisione assunta dal difensore (di ostendere gli atti) si cristallizza e diventa vincolante per la stessa amministrazione, laddove questa non l’abbia eventualmente sovvertita. Rilevava la necessità di potenziare i suoi poteri, F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, cit., 2971. Nel 2015, il Coordinamento nazionale dei difensori civici regionali ha presentato alcune proposte al Governo per garantire maggior rilevanza ed efficacia all’azione della difesa civica. Il Coordinamento proponeva di attribuire formalmente al Difensore civico nazionale e regionale il ruolo di garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da parte delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, da parte degli enti territoriali; di prevedere la conciliazione obbligatoria avanti al Difensore civico nazionale e regionale delle controversie aventi ad oggetto il mancato rispetto di prestazioni ascrivibili ai predetti livelli essenziali, allo scopo di facilitare e semplificare l’accesso dei cittadini alle misure di risoluzione alternativa delle controversie, con conseguente probabile deflazione del contenzioso giudiziario e riduzione dei tempi di definizione. Ancora, il Coordinamento proponeva, dei procedimenti di difesa civica afferenti alle sanzioni collegate a violazioni del Codice della strada, di prevedere che la presentazione della istanza di difesa civica sospendesse i termini per il ricorso al Prefetto e al Giudice di pace.

<sup>37</sup> TIMINIERI, *Il difensore civico: uno strumento di difesa dei diritti del cittadino*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, 2220-2221.

confronti dei secondi. In particolare, il problema che spesso si pone, nella pratica, è il seguente: se il difensore civico regionale possa ugualmente intervenire a tutela dell'amministrato istante, laddove la richiesta inoltrata dal singolo lamenti l'illegittimità dell'azione amministrativa posta in essere da (ovvero l'illiceità comportamentale tenuta da) Comuni non convenzionati.

In verità, si ritiene che, per i motivi di cui si dirà, il difensore civico regionale possa intervenire al di là del sussistente convenzionamento.

Anzitutto, occorre rilevare che le disposizioni delle leggi regionali sul convenzionamento sono state per lo più elaborate quando, nel nostro ordinamento, esisteva la possibilità, per i Comuni, di istituire i difensori civici locali. In altre parole, essa possono essere interpretate nel senso che valevano a tutelare l'autonomia dell'ente locale Comune: la norma serviva a evitare che il difensore civico regionale andasse a *ingerirsi* nella sua attività, quand'anche esso, sebbene potesse scegliere di istituire il garante sul piano territoriale, avesse deciso di non dotarsene. Lo stesso legislatore, come rilevato *supra*, nel 2009, ha soppresso la figura del Difensore civico comunale<sup>38</sup>. Dunque, il Comune, quand'anche volesse dotarsi di un difensore civico locale, non potrebbe farlo. Viene meno, quindi, la *ratio* della disposizione così intesa, posto che la mancanza di un difensore civico locale non presuppone, necessariamente, una volontà negativa dell'ente locale di dotarsene.

A prescindere dalla *ratio* della norma appena esposta, poi, si ritiene che, in un'ottica di leale collaborazione, il difensore civico debba oggi intervenire nei confronti dell'ente locale anche nel caso in cui manchi una stipulata convenzione. La collaborazione agisce, infatti, come fattore di unità<sup>39</sup>, oltre che di efficienza; si pone come "espressione dinamica relazionale del buon andamento dell'azione amministrativa"<sup>40</sup>: l'azione amministrativa, quando è ripartita tra varie competenze, specie in ragione dell'autonomia locale, *necessita di applicazione effettiva dell'immanente principio fondamentale della leale cooperazione*, che esige – a compensazione della ripartizione di competenze – che le amministrazioni implicate collaborino realmente nella salvaguardia dell'esercizio reciproco delle funzioni, acquisendo così una congrua e completa conoscenza dei fatti e la possibilità di una considerazione adeguata e proporzionata degli interessi coinvolti nelle rispettive competenze, vagliando se gli assunti presi a base sono corretti o possono essere corretti e modificati pur senza venire meno alla cura dell'interesse pubblico di loro attribuzione (ferma

---

<sup>38</sup> Cfr. art. 2, comma 186, lettera a), legge 23 dicembre 2009, n. 191.

<sup>39</sup> P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *federalismi.it*, 2017.

<sup>40</sup> M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *iuspublicum.com*, 2011.

restando poi per ciascuna la autonoma e definitiva valutazione, specie se tecnica: la comparazione non trasforma infatti la valutazione tecnica in un giudizio di discrezionalità amministrativa)<sup>41</sup>.

Dopotutto, occorre rilevare che l'intervento del difensore nei confronti degli enti locali non convenzionati e sprovvisti di garante locale non incide negativamente sul principio autonomistico: i poteri che il difensore civico regionale esercita, nel momento in cui interviene a tutela degli amministrati, non sono di ingerenza nell'attività del Comune. Svolgendo una funzione di *moral suasion*, dunque di stimolo, esso si limita a consigliare alla p.A. la più soluzione da adottare sul piano concreto per superare i problemi che hanno minato il rapporto tra essa e l'amministrato. Quelli che esercita, cioè, ai sensi delle leggi regionali, non sono poteri sostitutivi (che sarebbero altrimenti in contrasto con la Costituzione, come rilevato dalla Corte costituzionale<sup>42</sup>).

Si consideri, ancora, che quella del difensore civico, pur non essendo riconosciuta dal nostro testo costituzionale, è una figura che si rivela strategica per garantire il primato della persona. Esso rappresenta un utile sostegno per tutti quei soggetti che subiscono il cattivo funzionamento delle pp.AA. A conferma di ciò, rilevano le norme nazionali di cui s'è detto *supra*, che, di recente, lo hanno ri-considerato quale figura di garanzia imprescindibile nell'ambito del rapporto privato-amministrazione. Se la difesa civica regionale, in questi casi, non intervenisse, l'istante perderebbe una occasione di tutela. Si verrebbe a creare una disparità di trattamento, quindi, tra amministrati richiedenti l'intervento nei confronti di enti convenzionati e amministrati richiedenti l'intervento nei confronti di comuni non convenzionati. Poiché già non è accettabile che in Italia vi siano quelle suddette differenze regionali tra amministrati che abbiano la "fortuna" di poter adire il Difensore civico regionale e amministrati che ad esso non possano rifarsi, occorre evitare che, quantomeno in ambito locale, nei casi in cui la figura del difensore civico regionale esista, si alimentino inutili disparità.

Pare a chi scrive che deponga a favore di questa lettura l'art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990: ivi, il legislatore ha espressamente rilevato che la richiesta di riesame in costanza di diniego -espresso o tacito- alla richiesta di accesso documentale, ai sensi degli artt. 22 e ss. della citata legge sul procedimento amministrativo, sia indirizzata al difensore civico competente per l'ambito territoriale immedesimato superiore, laddove il difensore civico competente per ambito territoriale non sia stato istituito.

Allo stesso modo, rileva l'art. 5, comma 8, del decreto n. 33 del 2013, a mente del quale, nei casi di mancata risposta nei termini, ovvero di diniego totale o parziale dell'accesso civico, qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito. Qualora tale organo non sia stato

---

<sup>41</sup> Così Cons. Stato, VI, 5 marzo 2014, n. 1059.

<sup>42</sup> Cfr. sentt. nn. 112/2004; 173/2004 e 167/2005.

istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore.

L'intento è quello di evitare che i privati sprovvisti del difensore civico locale vengano privati d'una parte del dialogo che altri potrebbero invece instaurare.

Si può al massimo ritenere diverso il caso in cui sia presente un difensore civico provinciale: in questa eventualità, il difensore civico regionale potrebbe inoltrare la pervenuta richiesta al difensore civico provinciale, per far sì che, ai sensi del suddetto principio di sussidiarietà, sia l'istituzione comunque più vicina all'amministrato a (cercare di) risolvere i problemi denunciati dal richiedente.

Si ritiene, dunque, che il difensore civico regionale, ricevuta una istanza diretta a richiedere il suo intervento nei confronti di un Comune con esso non convenzionato, debba: a) verificare se sia presente un difensore civico provinciale; b) in caso positivo, inoltrare ad esso l'istanza pervenuta, comunicando, all'istante, siffatto avvenuto inoltrando al difensore all'ente "più prossimo"; c) nel caso negativo, scrutinare la questione nel merito, inoltrando la elaborata risposta all'istante e all'ente locale coinvolto nella vicenda, sebbene non convenzionato; d) contestualmente, comunicare al singolo che trattasi di intervento a tutela di situazioni incise da attività posta in essere da un Comune non convenzionato, nei confronti del quale, dunque, esso non potrà agire ulteriormente<sup>43</sup>.

### **3. Il Difensore civico regionale quale garante della salute: le novità della legge Gelli-Bianco.**

Come si evidenziava in apertura, con la legge Gelli-Bianco il legislatore ha sancito, a livello nazionale, la volontà di riconoscere al Difensore civico regionale (e delle province autonome) uno specifico ruolo di *garante per il diritto alla salute*<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> La legge regionale della Toscana -istitutiva del difensore civico regionale- ad esempio, sebbene non alluda alla convenzione quale momento fondamentale ai fini della legittimazione dell'attività del Difensore civico regionale nei confronti degli enti locali, stabilendo che "Con riferimento all'attività dei comuni (...) qualora non sia istituito o nominato il Difensore civico comunale (...), il Difensore civico [regionale] esercita i soli poteri (...)" (articolo 8, comma 5), espressamente precisa che, in siffatte eventualità, in caso di mancata collaborazione da parte dei responsabili del procedimento, dei responsabili degli uffici o di altri funzionari comunque interpellati per lo svolgimento dei compiti della presente legge, esso non potrà segnalare il fatto all'amministrazione di appartenenza ai fini della valutazione dei dirigenti o dell'eventuale avvio del procedimento disciplinare (come invece dovrebbe fare *ex art.* 14 della stessa legge).

<sup>44</sup> F. CARDARELLI, *L'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale*, cit., 113, afferma che la legge ha istituito il Garante per il diritto alla salute "in modo ellittico". A livello europeo, le discipline che regolamentano il ruolo del Difensore civico nell'ambito della tutela del diritto alla salute-sicurezza delle cure mostrano varie diversità. La Francia, nel 2009, ha provveduto a istituire, nell'ambito del *Médiateur de la République*, uno specifico Polo Sanità, con competenze relative ai diritti dei malati, alla qualità e sicurezza delle cure. Altri ordinamenti hanno voluto introdurre organi specifici (come ad esempio l'ufficio dell'*Health Ombudsman* dello Stato australiano del Queensland, competente per la gestione dei reclami attinenti aspetti relativi alla diagnosi e cura o in generale alla qualità del servizio sanitario-). La Gran Bretagna, optando per l'istituzione del *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, ha previsto una competenza anche in ambito sanitario.



La norma, in verità, lascia alle Regioni e alle province autonome la *facoltà* di attribuire tale funzione<sup>45</sup> (oltre che la possibilità di disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico)<sup>46</sup>. La originaria proposta prevedeva una obbligatoria istituzione dell'ufficio del garante presso tutte le Regioni. Tuttavia, il legislatore ha poi seguito le indicazioni provenienti dalla I Commissione affari costituzionali e dalla XIV Commissione politiche dell'Unione Europea (entrambe della Camera dei Deputati), le quali avevano invece indicato l'opportunità di rendere facoltativo siffatto affidamento della funzione di garante al Difensore; come è stato rilevato in dottrina, simile *facoltà* deriva comunque dall'inquadramento costituzionale della materia trattata nella legge<sup>47</sup>.

In ogni caso, la natura facoltativa della istituzione del garante della salute costituisce sicuramente un limite assai evidente<sup>48</sup>: in questo modo, si rischierà di alimentare quelle differenze regionali che, in tema di diritto alla salute, sono già esistenti. Inoltre, come si rilevava *retro*, nel nostro Paese non tutte le Regioni hanno provveduto a istituire (ovvero, a nominare o a mantenerlo) il Difensore civico regionale. Dunque, seppure per assurdo tutte le Regioni decidessero di legiferare in questo senso, comunque qualcuna di loro rimarrebbe sprovvista di tale figura, in quanto sarebbe in ogni caso impossibilitata ad attribuire la suddetta funzione (senza considerare che, in alcuni casi, la figura è stata sostituita da altro istituto -come ad esempio nella regione Veneto e nella regione Marche, nelle quali è presente dal 2013 un *garante regionale dei diritti della persona*-).

Finora, solo la regione Lombardia ha legiferato al fine di adeguarsi alla previsione dell'art. 2 in commento (e lo ha fatto con la legge regionale 28 dicembre 2017, n. 37, che ha modificato la legge istitutiva del difensore civico regionale -l. r. 6 dicembre 2010, n. 18-). In altre (poche) regioni, invece (si allude alla Campania, all'Emilia Romagna, al Piemonte), sono stati presentati dei progetti di legge.

---

<sup>45</sup> Ai sensi del comma 2 dell'art. 2 della medesima legge, questa facoltà deve essere esercitata con apposita legge regionale.

<sup>46</sup> La facoltà deve essere esercitata tramite legge regionale, ai sensi del comma 3 dell'articolo 2.

<sup>47</sup> F. CARDARELLI, *L'attribuzione*, cit., 114. Lo stesso autore, rileva che (114) la devoluzione obbligatoria di specifiche funzioni al difensore civico scontava quindi almeno tre diverse aporie: a) nessuna fonte primaria statale definisce una disciplina generale del difensore civico (ad eccezione del TUEL (articolo 11) e della legge 127/1997 (articolo 16). Si tratta quindi di un ufficio istituito da specifiche leggi regionali e come tale attratto, sotto il profilo costituzionale, alla materia relativa all'ordinamento e all'organizzazione amministrativa delle regioni, di competenza esclusivamente regionale; b) non si rinviene nell'articolo 2 alcuna norma che consenta di ricondurre le funzioni di garante della salute alla definizione di livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; c) la legge 24 del 2017 appare condizionata dalla clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'articolo 18.

<sup>48</sup> Nello stesso senso, F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 241, secondo cui "la natura facoltativa della istituzione del garante della salute (...) costituisce il limite funzionale più vistoso del sistema di garanzia tramite una struttura amministrativa".

La legge non delinea in modo più specifico le attribuzioni del Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute. Per provare a fornire qualche indicazione, occorre soffermarsi anzitutto sul concetto di salute.

Ora: com'è noto, il diritto alla salute assume, nel nostro ordinamento, i più vari significati; esso è un concetto polisemico, che, da un lato, si presenta come diritto sociale (condizionato<sup>49</sup>), dall'altro si presenta come diritto di libertà<sup>50</sup>. Occorre quindi cercare di chiarire se il difensore sia garante del diritto alla salute in tutte le sue forme, oppure no.

Come rilevato, la legge stabilisce che ciascun *destinatario di prestazioni sanitarie* può segnalare una *disfunzione del sistema di assistenza sanitaria e socio-assistenziale*: proprio alla luce della disposizione suddetta, si ritiene che la disfunzione da segnalare sia quella che incide negativamente sul diritto alla salute inteso nella sua accezione di *diritto sociale* -quale diritto, cioè, a ottenere cure adeguate, a pretendere l'erogazione di prestazioni sanitarie-; il segnalante potrà lamentare, quindi, la sussistenza di inefficienze che inibiscano la completa fruizione delle prestazioni, ovvero limitino, rendendolo difficoltoso, l'accesso ai servizi -liste d'attesa, applicazione del ticket, problematiche legate ai percorsi assistenziali per determinate patologie-

<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost., 23 luglio 1992, n. 356. In dottrina, C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio dell'equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 548 e ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale, sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 2013; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 2013; L. ANTONINI, *I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016, 296 e ss. Si tratta di un diritto sociale che, come tale, "esige una compiuta programmazione gestionale sostenuta finanziariamente dalla solidarietà fiscale" (F.G. CUTTAIA, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, in *Astrid Rassegna*, 2017, 9). L. ANTONINI, 2, definisce per questo il diritto alla salute come il più importante e il più fragile tra tutti i diritti sociali.

<sup>50</sup> Come rilevato da F. CARDARELLI, *L'attribuzione*, cit., 119, il diritto alla salute, configurabile come diritto soggettivo azionabile *erga omnes* (tanto nei confronti di soggetti pubblici, quanto di privati) non si esaurisce nei soli diritti a prestazione: si tratta quindi di una nozione polisemica che inevitabilmente finisce con intersecare diverse matrici costituzionali. Sul punto, sia consentito rimandare alla bibliografia citata in N. POSTERARO, *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente tra guarigione effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia*, in *Medicina e morale*, 2015. Tra i tanti, sul punto, si vedano, almeno, M. LUCIANI, voce *Salute* (diritto alla), in *Enc. giur.*, Roma, 1991; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002.

<sup>51</sup> Anche F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., reputa che oggetto della tutela siano i soli profili sociali del diritto alla salute.

Ciò vuol dire che, se quanto affermato è vero, restano pertanto *non segnalabili* i (e dunque non può chiedersi l'intervento del difensore civico regionale nel caso di) fatti lesivi del diritto alla salute del singolo inteso quale diritto di libertà<sup>52-53</sup>.

Il Difensore civico, in quest'ottica, più che garante del diritto alla salute in senso stretto e ampio, è meglio qualificabile quale *garante del diritto alle prestazioni sanitarie*<sup>54</sup>. Si ritiene, di conseguenza, che la segnalazione possa riguardare solo le prestazioni sanitarie erogate da soggetti pubblici, o comunque convenzionati (i cui costi siano cioè imputati alla finanza pubblica)<sup>55</sup>.

La legge espressamente precisa che l'accesso al Difensore civico può avvenire gratuitamente: in questo modo, la disposizione, sebbene pleonastica, è conforme all'identità generale dell'*ombudsman*, che, come rilevato *supra*, si caratterizza per la gratuità della tutela stragiudiziale che può offrire.

Sul piano pratico, è stato accertato che oggi molti difensori civici regionali intervengono già a tutela del diritto sociale alla salute, svolgendo la suddetta funzione di *mediatori* tra la posizione vantata dalla p.A. e quella vantata dall'amministrato che da essa reputi di essere stato leso (ad esempio, vari sono i casi in cui l'amministrato si rivolge al difensore civico regionale lamentando di avere ingiustamente pagato il *ticket* per ottenere una prestazione sanitaria che, invece, avrebbe dovuto ottenere gratuitamente). Per questo, molti uffici di difesa civica regionale reputano che l'attribuzione di siffatta funzione di garante del diritto alla salute al difensore civico si traduca in una attribuzione di tipo meramente formale (reputano che si tratti, cioè, di positivizzare ciò che nella realtà già succede e/o di specificare meglio ciò che legge regionale generalmente già prevede -e consente-)<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Restano dunque non segnalabili, in quest'ottica, i fatti fonte di responsabilità laddove siano lesivi del diritto alla salute quale diritto di libertà.

<sup>53</sup> Diverso, probabilmente, il caso in cui il paziente lamenti la lesione di una sua libertà di cura, se intesa come diritto sociale, cioè come diritto a scegliere fra le cure possibili e a vedere sostenuto dal servizio sanitario nazionale il costo delle medesime: quello qui rivendicato, infatti, "è un diritto a prestazioni alternative, con possibilità di scelta fra le medesime" (M. OLIVETTI, *Appunti per una mappa concettuale sul diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano*, in *Metodol. did. e innovaz. clinica*, 2004).

<sup>54</sup> Rileva lo stesso F. CARDARELLI, *L'attribuzione*, cit., 119, secondo cui "Se da un lato la qualificazione del difensore civico come garante della salute non sembra porre limiti ai suoi poteri di intervento tanto le limitazioni all'accesso, quanto il contenuto delle segnalazioni, ed infine i poteri esercitati, sembrano restringere in concreto la portata dell'innovazione legislativa e sminuire quindi il senso ampio dell'istituto il garante della salute". Mi sembra che vada in questa direzione anche la legge istitutiva del difensore civico regionale della Lombardia (così come modificata dalla recente legge, che l'ha adeguata all'art. 2 della legge Gelli-Bianco in rilievo): ai sensi dell'art. 4 bis, il Difensore "[i]n qualità di Garante per il diritto alla salute, (...), qualora verifichi la fondatezza delle segnalazioni pervenutegli, interviene nei confronti dell'amministrazione regionale, degli enti pubblici regionali, delle unità d'offerta sanitaria e sociosanitaria, nonché dei soggetti gestori pubblici e privati accreditati, *per assicurare l'accesso alle prestazioni e l'efficacia nell'erogazione dei servizi*".

<sup>55</sup> Nello stesso senso, F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 244.

<sup>56</sup> In Sardegna, ad esempio, la L.R. 3 febbraio 1993, n. 9 "Norme sulla salvaguardia dei diritti dell'utente del servizio sanitario nazionale" prevede che, in caso di controversie tra utenti e operatori della sanità in ordine alla violazione

Sotto il profilo soggettivo, la segnalazione può essere presentata da *ciascun destinatario di prestazioni sanitarie*. Per come la norma è strutturata, sembra dunque che a) i soggetti possano inoltrare la segnalazione al difensore a prescindere dal fatto che la disfunzione del sistema abbia già leso il loro diritto a ricevere le prestazioni (in altri termini, sembra che l'amministrato possa adire il difensore in via cautelativa, quand'anche la lesione del suo interesse sia solo potenziale ed esso immagini semplicemente di poterla subire); b) chiunque sia consequenzialmente legittimato a segnalare le disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria: tutti, infatti, potenzialmente, sono *destinatari di prestazioni sanitarie*. Addirittura, anche coloro i quali siano residenti in una regione diversa da quella in cui la disfunzione si sostanzia, in quest'ottica, potrebbero apparire legittimati a segnalare il malfunzionamento, posto che, potendo essi decidere di "migrare" per farsi curare da strutture afferenti a quel sistema, potrebbero avere un concreto interesse a che esso funzioni in modo corretto e adeguato.

Tuttavia, al comma 3, il legislatore precisa che il difensore civico verifica la fondatezza della segnalazione e, qualora la ravvisi, *interviene a tutela del diritto leso*. Sembra, dunque, che, contrariamente a quanto rilevato *supra -sub a-*, la segnalazione possa essere presentata dall'amministrato esclusivamente nel caso in cui, a causa della disfunzione segnalata, si sia già sostanzialmente lesa la salute *-recte-*, a ottenere cure- (sembra cioè che la lesione lamentata debba essere attuale e non solo potenziale e che la lesione del diritto sia *condicio sine qua non* per la legittima presentazione di una segnalazione d'una disfunzione).

In verità, si potrebbe obiettare che la disfunzione del sistema, quando effettivamente esistente, sia *ex se* capace di ledere il generale (di tutti) diritto alla salute nella sua accezione di diritto a ottenere prestazioni. Dunque, se è vero che destinatari delle prestazioni sanitarie sono potenzialmente tutti e che il diritto sociale alla salute spetta a tutti, allora potrebbe continuare a valere quanto rilevato all'inizio (e, cioè, dovrebbe potersi affermare che chiunque sia legittimato a segnalare una disfunzione che, sol perché sostanziatasi, ha per ciò solo leso un suo diritto a ottenere prestazioni adeguate, anche se quelle prestazioni esso non le ha ancora concretamente richieste).

Tuttavia, anche laddove la disfunzione si voglia considerare capace di ledere concretamente il diritto sociale alla salute di tutti, mi sembra che non possa comunque valere l'asserzione *sub b)*: credo, infatti, che possa segnalare il malfunzionamento del sistema il solo soggetto che sia effettivamente stato destinatario d'una prestazione sanitaria (che, cioè, in costanza della erogazione di quella, abbia subito la disfunzione e abbia sopportato la lesione del suo diritto a ottenere le cure).

Si giunge a questa conclusione studiando la parte della norma in cui si legge che il Difensore civico "(...)" può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente

---

dei diritti garantiti dalla legge stessa, l'utente possa richiedere (previo esperimento del tentativo di conciliazione presso l'Ufficio di pubblica tutela della ASL di riferimento) l'intervento del Difensore civico.

o mediante un proprio delegato (...): se tutti potessero segnalare la disfunzione, questa specificazione circa la necessità della delega non avrebbe alcun senso, visto che basterebbe allegare un caso concreto (*recte*, circostanziare la segnalazione) per rappresentare la lesione d'un proprio diritto a ottenere le cure. Essa rileva, invece, proprio perché sono soltanto certi soggetti determinati -coloro i quali siano stati effettivi destinatari di prestazioni e si siano scontrati con la disfunzione- a potere lamentare il malfunzionamento del sistema, avendone concretamente subito le conseguenze in qualità di destinatari attuali -e non meramente potenziali- delle prestazioni sanitarie necessitate.

Le segnalazioni inoltrate da altri, dunque, quand'anche si voglia ammettere che siano dirette a richiedere l'intervento a tutela di un diritto che è stato comunque concretamente leso dalla disfunzione sostanziata, potranno non essere considerate dal difensore (nel senso che questi potrà comunque scrutinarle al fine di valutare una eventuale necessità di attivarsi d'ufficio, ma non dovrà rispondere al singolo dandogli conto del perché abbia deciso di intervenire/non intervenire a tutela del generale diritto sociale alla salute). Conseguenzialmente, la segnalazione pervenuta deve necessariamente essere riferibile, sul piano formale, ad uno specifico amministrato (in specie, a colui il quale sia stato destinatario della prestazione sanitaria), non potendo essa essere presentata in forma anonima (nei lavori parlamentari si era invece discusso a proposito della opportunità o meno di consentire che la segnalazione potesse avvenire anche in forma anonima: ciò dimostra, mi sembra, che lo scopo iniziale dell'intervento era quello di rendere segnalabile la disfunzione da parte di tutti, posto che l'intervento del difensore si configurava a tutela del generale diritto sociale alla salute -e, quindi, a tutela di tutti i potenziali destinatari di prestazioni sanitarie-).

Evidentemente, l'amministrato dovrà dunque necessariamente indicare e circostanziare la sua segnalazione, evidenziando quale sia il caso concreto che l'abbia indotto a segnalare (e, dunque, quale sia la disfunzione che, in costanza di prestazioni sanitarie ricevute, abbia determinato la lesione del suo diritto a ottenere cure adeguate).

Occorre poi precisare che la legittimazione ad adire il difensore non si riconosce solo in capo al cittadino, ma si sostanzia pure in capo allo straniero (anche irregolare<sup>57</sup>) che si trovi temporaneamente sul territorio italiano e che sia stato destinatario di prestazioni sanitarie: com'è noto, il comma 1 dell'articolo 32 della nostra Costituzione, significativamente riferendosi al generale "individuo", non limita il diritto fondamentale alla salute ai soli cittadini italiani<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ex pluribus*, D. MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss.

<sup>58</sup> Nello stesso senso, F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 242. Il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana deve essere riconosciuto anche agli stranieri (si cfr. Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252; sulla stessa scia, Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432). La stessa Corte costituzionale, già nel 1986 (18 luglio 1986, n. 199), aveva precisato che il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. non deve essere considerato in modo isolato, bensì, va relazionato all'art. 2 Cost., che prevede il riconoscimento e la tutela

Il difensore, acquisitane la relativa documentazione -anche in via digitale<sup>59</sup>, dovrà, ai sensi della norma in commento, scrutinare la fondatezza nel merito della segnalazione ricevuta (dovrà, cioè, verificare che la disfunzione denunciata si sia effettivamente sostanziata); per farlo, esso dovrà condurre una approfondita attività istruttoria e, pertanto, avrà bisogno verosimilmente di instaurare, quantomeno in certi casi, una collaborazione tecnico-professionale con operatori sanitari (con particolare riferimento ai medici legali - dipendenti da aziende diverse da quella coinvolta-). A questo proposito, la legge stabilisce espressamente che le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute, ne disciplinano, oltre che la struttura organizzativa, anche il supporto tecnico. Gli uffici della difesa civica regionale potranno così attivare, ad esempio, delle apposite convenzioni con le aziende sanitarie locali, affinché queste possano fornire al Difensore il proprio supporto, tramite i propri medici-legali<sup>60</sup>.

---

dei diritti inviolabili dell'uomo non distinguendo tra cittadini e stranieri, così garantendo i diritti fondamentali anche riguardo allo straniero (sulla stessa scia, Corte. cost., 26 giugno 1969, n. 104; ID., 16 luglio 1970, n. 144; ID., 23 aprile 1974, n. 109; ID., 23 luglio 1974, n. 244; di recente, Corte cost., 26 maggio 2006, n. 206 e ID., ordinanza 31 ottobre 2007, n. 361).

<sup>59</sup> Secondo F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 247, alla luce di quanto previsto dalle leggi regionali, si può affermare che gli strumenti per l'acquisizione di atti e documenti da parte del Difensore civico rispetto strutture amministrative regionali sono stati calibrati sul diritto di accesso (e risultano per questo oggi sicuramente rafforzati dalla previsione generale del diritto di accesso civico, alla luce delle recenti modifiche intervenute con la legge Madia, su cui si rimanda, *ex pluribus*, a D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016).

<sup>60</sup> A questo proposito, è stato evidenziato in dottrina che, com'è chiaro, la legge, al contrario di quanto avviene negli altri paesi europei, non mira alla specializzazione delle competenze degli uffici, organi o autorità di garanzia (F. CARDARELLI, *Il garante*, cit.; “[i]n Europa[, invece,] si registra una recente tendenza alla frammentazione della figura, con l’istituzione di “Ombudsman” per settori specifici dell’Amministrazione: è il caso dell’Austria dove, accanto all’ufficio dell’”Avvocato dei cittadini”, operano ombudsman per le questioni fiscali, per l’assistenza ospedaliera e in tempi recenti anche per la parità di trattamento” -così, G. GARDINI, N.E. FRAGALE, *Il difensore civico regionale*, cit., 281-; in verità, l’Italia non è del tutto rimasta estranea al fenomeno di specializzazione, in altri casi: si profilano, infatti, figure di garanzia di settore come il garante nazionale dei minori e il garante del contribuente; recentemente, poi, sono stati istituiti l’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza -2011- e il Garante nazionale de diritti dei detenuti -2013-). La stessa dottrina sottolinea che, proprio alla luce del tecnicismo richiesto dalle funzioni che il garante della salute deve svolgere, il legislatore avrebbe forse fatto meglio a istituire un nuovo soggetto a livello nazionale, senza affidare al Difensore regionale una competenza così specifica (F. CARDARELLI, *Il garante*, cit.); certo è che, così facendo, si sarebbe evitato il problema di cui s’è detto *supra*, visto che la sussistenza di un simile garante non sarebbe dipesa da una discrezionale scelta assunta dall’ente territoriale sul piano regionale. Davano conto della possibile introduzione del Garante della sanità, G. GARDINI, N.E. FRAGALE, *Il difensore civico regionale*, cit., secondo i quali questa introduzione avrebbe rischiato però di ingenerare confusione nei cittadini nonché un ingiustificato aumento delle spese. Come rilevato, nel 2015, il Coordinamento nazionale dei difensori civici regionali ha presentato alcune proposte al Governo per garantire maggior rilevanza ed efficacia all’azione della difesa civica. Nel testo finale presentato al Governo, il Coordinamento segnalava la inutilità della introduzione del Garante nazionale della sanità: da un lato, ha evidenziato che la funzione di tutela e di garanzia può essere svolta dai difensori civici regionali, come già succedeva in certe Regioni prima dell’intervento della legge Gelli-Bianco; in secondo luogo, ha sottolineato che la sanità, per preciso dettato costituzionale, è materia attribuita alla competenza delle Regioni.

Rilevata la fondatezza della segnalazione, ai sensi dell'art. 2, il difensore dovrà intervenire a tutela del -leso- diritto sociale alla salute di colui il quale sia stato destinatario della prestazione sanitaria; dunque, dovrà, prima ancora, verificare se la disfunzione denunciata, accertata come esistente, sia stata capace di ledere il diritto (a ottenere le prestazioni sanitarie adeguate) vantato dal destinatario-segnalante. Qualora la disfunzione non abbia leso il diritto di colui il quale sia stato destinatario della prestazione, il Difensore non dovrà intervenire a tutela del diritto del segnalante (che non è stato leso), né dovrà rispondere alla segnalazione, se è vero che la lesione del diritto del segnalante, alla luce di quanto la legge espressamente dispone (vd. *supra*), è *condicio sine qua non* per far sì che questa possa esser presentata legittimamente da colui il quale sia stato destinatario delle prestazioni sanitarie.

Tuttavia, si ritiene che in questi casi il difensore debba comunque tenere in debito conto quanto sia stato rappresentato dal destinatario di prestazione sanitaria non lesa e debba pertanto intervenire *d'ufficio*, ai sensi della legge regionale, al fine di segnalare all'amministrazione -in cui la disfunzione si sostanzia- quale sia il miglior modo per porvi rimedio: in altre parole, il difensore dovrà comunque agire a tutela dell'interesse generale, del diritto sociale alla salute quale diritto di tutti i potenziali destinatari delle prestazioni sanitarie da erogare sul territorio regionale (la segnalazione funzionerà, in questi casi, come sollecito all'esercizio di un potere officioso, e non come richiesta di intervento a tutela di un proprio, personale, diritto).

È bene precisare che il difensore, accertata la legittimazione soggettiva del segnalante (accertato cioè che trattasi di soggetto che sia stato destinatario d'una prestazione sanitaria), prima di scrutinare la fondatezza della segnalazione -dunque di attivare i propri poteri istruttori- e di verificare se la disfunzione segnalata abbia leso il diritto alle cure del segnalante, deve comunque indagare sulla ammissibilità delle medesima segnalazione sotto il profilo oggettivo (deve verificare, cioè, che si tratti di segnalata disfunzione capace di ledere il diritto sociale alla salute). A questo proposito, occorre rilevare che, come si nota, a differenza di quanto disposto dal TUEL (art. 11)<sup>61</sup>, il legislatore non fa qui riferimento alla *maladministration* estrinsecata in abusi, disfunzioni, carenze o ritardi: il rinvio è solo alle disfunzioni. Tuttavia, il termine disfunzioni può essere letto in senso ampio, come se fosse un *genus* capace di includere anche le altre forme di *maladministration* non espressamente menzionate dalla disposizione.

La legge, in tal senso, conferma che è possibile attivare la tutela del Difensore civico per proteggersi dai casi di cattiva amministrazione<sup>62</sup> (che, cioè, al di là dei casi in cui vi siano provvedimenti, atti o meri

---

<sup>61</sup> A mente del quale, "Lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini".

<sup>62</sup> G. VESPERINI, *Difensore civico*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1827.

comportamenti dell'amministrazione ritenuti illegittimi/illeciti, si possa richiedere il suo intervento anche quando l'amministrazione sia responsabile di generici abusi o irregolarità che ledono situazioni giuridiche soggettive qualificate e differenziate).

Evidentemente, nel caso in cui il difensore possa agire a tutela del lesso diritto del segnalante, l'ampiezza del suo intervento (e, dunque, qualità e quantità della tutela che esso potrà apprestare) dipenderà(nno) da quale sarà il potere di cui esso disporrà in base alla singola legge regionale di riferimento, attributiva della funzione<sup>63</sup>.

Tuttavia, se i poteri che i legislatori riconosceranno al garante della salute saranno quelli che attualmente le leggi regionali istitutive del difensore civico regionale concretamente riconoscono, il garante del diritto alla salute, agendo comunque nel perimetro di ciò che la legge regionale gli consente di fare, si dovrà limitare a indicare (consigliare) alla p.A. quale sia il miglior modo per porre rimedio alla lesione scaturita dalla disfunzione, posto che anche la fonte nazionale, in linea col quadro generale riferito ai poteri del Difensore civico, non riconosce in capo al Difensore il potere di adottare misure coercitive avverso le strutture sanitarie refrattarie, né tantomeno la possibilità di adozione di sanzioni o poteri sostitutivi. Il difensore, dunque, nel caso in cui l'amministrazione non recepisca il sollecito che le sia stato inoltrato, potrà solo sollecitare nuovamente l'adozione delle misure atte a tutelare il diritto lesso (e di quelle ritenute idonee ad attualizzare il superamento della disfunzione).

Si ritiene che il difensore debba poi sollecitare la p.A. a intervenire al di là del caso concreto, al fine di promuovere l'adozione di misure correttive al generale sistema assistenziale: si ritiene, cioè, che il difensore debba in ogni caso, e contestualmente, segnalare alla p.A. i pericoli che la disfunzione rilevata, lesiva del diritto di cui si chiede tutela, comporta, *in potenza*, su tutti coloro i quali, titolari del suddetto lesso diritto sociale alla salute, vogliono eventualmente richiedere l'erogazione di certe prestazioni (e che debba pertanto sollecitare un pronto intervento della stessa, *pro futuro*, a tutela della corretta erogazione delle prestazioni sanitarie nei confronti di tutti)<sup>64</sup>.

In conclusione, non resta che verificare come le singole Regioni legifereranno sul punto e che tipo di novità andranno delineandosi, sul piano pratico, con l'eventuale attribuzione della funzione in commento al difensore civico regionale.

---

<sup>63</sup> Proprio per questo, la dottrina ha sottolineato la possibile mutevolezza dell'insieme di compiti attribuibili al Difensore civico regionale nella veste di Garante per il diritto alla salute dalle diverse legislazioni regionali (F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 237 e ss.).

<sup>64</sup> In linea, mi sembra, con la sua dimensione teleologica della funzione (garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa o in genere contrastare fenomeni di cattiva amministrazione F. CARDARELLI, *Il garante*, cit., 246).