



Il Difensore Civico

Decisione n. 6 del 16 febbraio 2021

OGGETTO: Dott.ssa (OMISSIS)/Comune di (OMISSIS)- Richiesta di riesame ex art. 25 L. 241/90 - (202014681)

IL DIFENSORE CIVICO REGIONALE

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni ed in particolare il capo V, contenente disposizioni sull'accesso ai documenti amministrativi (cosiddetto accesso documentale);

VISTO il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e successive modificazioni ed integrazioni, contenente il "Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni";

VISTA la nota del 22/12/2020, trasmessa a mezzo plico postale Raccomandata A.R. ed acquisita in data 30/12/2020 al protocollo di questo ufficio n. 1590, con la quale la Signora (OMISSIS) ha chiesto al Difensore Civico Regionale il riesame, ai sensi dell'art. 25 comma 4 della L. 241/90 del rifiuto espresso con nota prot. n. 13942 del 25/11/2020 dall'Ufficio per i procedimenti disciplinari del Comune di (OMISSIS) sulla propria istanza di accesso agli atti prot. 13270 del 9 novembre 2020 finalizzata ad acquisire:

- 1) in via prioritaria, la segnalazione riservata datata 25.05.2020 indirizzata al Sindaco, al Segretario Comunale e al Dirigente dell'Area economica amministrativa dalla quale è scaturito l'avvio del procedimento disciplinare di cui alla nota prot. n. 6954 del 15 giugno 2020;
- 2) in via subordinata la formale dichiarazione attestante che il segnalante:
 - a) sia un dipendente pubblico al quale sono applicabili le tutele di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001;
 - b) sia venuto a conoscenza dei fatti "in ragione del proprio rapporto di lavoro";
 - c) abbia agito nell'esclusivo interesse dell'integrità della pubblica amministrazione;

RITENUTO di dover procedere, in via preliminare, alla verifica della ammissibilità della richiesta di riesame con riferimento all'ambito di competenza di questa Difesa Civica, alla scadenza dei termini e alla mancata presentazione di ricorso al TAR;

ACCERTATO CHE sussistono tutti i requisiti di ammissibilità, specificatamente anche con riferimento ai termini di scadenza e ad una reiterazione delle richieste di accesso solo apparente, per quanto si dirà in seguito;



VISTA la citata nota prot. 13942 del 25/11/2020 con la quale l'Ufficio per i procedimenti disciplinari del Comune di (OMISSIS) ha negato l'accesso evidenziando che la richiesta era già stata formulata con note prot. n. 7285 del 24 giugno 2020, n. 7503 del 2 luglio 2020 e n. 7530 del 3 luglio 2020 e rigettata per le ragioni indicate nel verbale n. 3 del 4 settembre 2020;

ACCERTATO CHE

- tutte le richieste di accesso, non sono state formulate in modo autonomo ma inserite nelle memorie presentate dall'Istante nell'esercizio del proprio diritto di difesa, con riferimento all'intero e indebito procedimento disciplinare avviato nei propri confronti;
- di fatto, l'accesso ai documenti oggetto di richiesta nell'ambito delle citate memorie è stato concesso soltanto in sede di archiviazione del procedimento, fatta eccezione per la nota in questione sottratta all'accesso in quanto è stata ritenuta applicabile al caso di specie la particolare tutela di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001 e s.m.i., come si evince, appunto dal verbale n. 3 del 4 settembre 2020 notificato all'istante in data 7 settembre 2020 contestualmente alla comunicazione di archiviazione del procedimento;
- la nota negata è stata richiesta specificamente in data 9/11/2020 non più per esigenze di difesa ma in quanto l'Istante intende procedere alla denuncia dei fatti alla autorità giudiziaria per il reato di calunnia e diffamazione;

ESAMINATE le deduzioni dell'Istante e rilevato in particolare, che il medesimo:

- 1) contesta l'applicabilità al caso di specie della specifica tutela riservata al segnalante ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2001 e s.m.i. sostenendo sostanzialmente che i fatti articolati nella segnalazione, per come riassunti nell'atto di contestazione di addebito disciplinare:
 - non sono stati acquisiti dal segnalante durante o a causa del rapporto;
 - sono stati segnalati e, quindi, portati a conoscenza non solo del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ma anche del Sindaco e di un Dirigente;
- 2) paventa una possibile strumentalizzazione della procedura di whistleblower;
- 3) richiama la sentenza n. 28 del 2 gennaio 2020 nella quale la VI Sezione del Consiglio di Stato, afferma che in tema di applicazione dell'istituto del cd. whistleblowing, disciplinato dall'art. 54 bis del D.Lgs. 165 del 2001, ogni qualvolta si sia in presenza di una segnalazione non indirizzata ai soggetti ivi indicati (responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza; Autorità nazionale anticorruzione; autorità giudiziaria ordinaria o contabile) e non motivata "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" (come avviene quando vi confluiscono anche scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro), la segnalazione stessa non è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.



Il Difensore Civico

DATO ATTO CHE questa Difesa Civica con nota prot. n. 48 AC del 14 gennaio 2021 ha trasmesso, per notifica, al Comune di (OMISSIS) la richiesta di riesame di cui trattasi con invito ad argomentare analiticamente le motivazioni del diniego in relazione alle osservazioni formulate dall'Istante, nel termine di 20 giorni dalla data della nota di trasmissione disponendo, contestualmente, la sospensione dei termini per la decisione di un corrispondente periodo;

VISTA la nota del Comune di (OMISSIS) prot. n. 1370 del 01/02/2021 di cui un esemplare è stato acquisito (senza allegati) via pec al protocollo di questo ufficio n. 175 del 03/02/2021 ed un altro esemplare (completo di allegati e trasmesso a mezzo di plico postale Raccomandata A.R.) è stato acquisito in data 11 febbraio 2021;

RILEVATO CHE nella predetta nota i Componenti dell'Ufficio Procedimenti Disciplinari del Comune di (OMISSIS) ripercorrono l'iter di avvio del procedimento disciplinare e di costituzione del proprio Ufficio, ma nulla aggiungono circa l'applicazione al caso di specie delle disposizioni di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165 del 2001 (sottrazione della segnalazione all'accesso di cui alla legge n. 241/1990) limitandosi alla seguente affermazione *“la citata nota del 25.5.2020, difformemente da quanto sostenuto dalla (OMISSIS) nella istanza presentata a codesto Ufficio, presentava tutti i requisiti previsti dal D.Lgs. 165/2001”*;

ESAMINATA la documentazione trasmessa attraverso plico postale;

RILEVATO CHE dalla documentazione trasmessa, peraltro, già in gran parte acquisita contestualmente alla richiesta di riesame, non emergono elementi nuovi, rispetto a quelli esistenti, per la presente Decisione;

VALUTATO CHE non sussistono dubbi sulla sussistenza in capo all'Istante di un interesse diretto, concreto e attuale come prescritto dalla legge 241/1990;

CHE, tuttavia, l'ostensibilità del documento richiesto dipende esclusivamente dal fatto se nel caso di specie sia applicabile o meno, a favore del segnalante, la particolare tutela di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165 del 2001 che sottrae la “segnalazione” alla disciplina dell'accesso di cui alla legge n. 241/1990;

RAVVISATA la opportunità di ricordare in proposito come la disciplina del citato art. 54 bis sia derogatoria rispetto a quella generale in tema di ostensibilità degli atti della pubblica amministrazione. L'accesso ai documenti costituisce infatti un principio generale dell'attività amministrativa (art. 22, comma 2, legge n. 241/90) e la trasparenza è intesa come accessibilità totale alle informazioni (art. 11 del D. Lgs. n. 150/2009; art. 1 D.Lgs. n. 33/2013). In questa direzione, si muovono gli ulteriori interventi legislativi, come quello contenuto nella legge n. 190/2012 e nel successivo D.Lgs. n. 33/2013, con l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico; e poi, a seguito del D.Lgs. n. 97/2016 e alla riformulazione dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013, la nascita del cd. accesso generalizzato, quale istituto attinente alla cd. solidarietà orizzontale, quale nuovo modello di cittadinanza attiva Appare allora evidente che la disciplina di cui all'art. 54 bis del D.Lgs. 165/2019 si ponga in rapporto di eccezione rispetto



al principio generale di accessibilità nei casi in cui sussista un interesse giuridicamente rilevante. Tale eccezionalità è suffragata anche dalla lettura della disposizione stessa che collega la sua applicabilità ad una serie di presupposti molto stringenti (in particolare l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione e i soggetti tassativamente indicati come destinatari della segnalazione) (*Sentenza n. 28 del 02/01/2020 - Cons. di Stato VI Sez.*);

RILEVATO che il fatto che la nota 25.05.2020 non sia indirizzata al solo RPCT ma anche ad altre strutture apicali del Comune, non consente di escludere la applicabilità teorica del citato art. 54 bis;

CONSIDERATO che la Signora (OMISSIS) ha specificatamente evidenziato al Comune come l'art. 54 bis possa dirsi operante solo se il Segnalante è un dipendente pubblico e se è venuto a conoscenza del fatto "in ragione del proprio rapporto di lavoro", e che in effetti sia l'art. 54 bis citato che l'art. 11 del Codice di comportamento fanno esplicito ed inequivoco riferimento alla necessità che la segnalazione sia effettuata da un pubblico dipendente che sia venuto a conoscenza della condotta oggetto di segnalazione "in ragione del proprio rapporto di lavoro";

RILEVATO che, dinanzi alle richieste in questione, il Comune ha espressamente ribadito che la nota del 25.05.2020 "presentava tutti i requisiti previsti dal D.Lgs. 165/2001" (vedi nota prot. n. 1370 del 01/02/2021);

CONSIDERATO che, in presenza di tale affermazione, deve ritenersi che il Comune, assumendosene le responsabilità, abbia accertato, tra l'altro, che il Segnalante sia un dipendente pubblico e che sia venuto a conoscenza dei fatti "in ragione del proprio rapporto di lavoro";

DECIDE

1. la richiesta di riesame del denegato accesso presentata dalla (OMISSIS), volta ad ottenere copia della "segnalazione" riservata datata 25.05.2020 è rigettata;
2. la presente Decisione è comunicata all'Istante ed al Comune di (OMISSIS).

Il Difensore Civico Regionale
Avv. Fabrizio Di Carlo

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m. e i.