

# **Diritto di accesso alle dichiarazioni acquisite nel corso dell'accertamento ispettivo Decisione del Consiglio di Stato n. 7678/2009**

di Antonio Saccone

## **Introduzione**

Nel corso degli ultimi anni, la materia del diritto di accesso alle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori nel corso degli accertamenti ispettivi è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto in considerazione del fatto che sono sempre più diffuse le richieste dei datori di lavoro di prenderne visione e/o di estrarne copia.

Va preliminarmente precisato che tali dichiarazioni, unitamente a poco altro materiale cartaceo, costituiscono l'elemento principale su cui si basano le contestazioni di illecito e le strategie difensive delle Dpl in caso di contenzioso; in considerazione di ciò, il Ministero del lavoro ha operato una scelta di assoluto rigore, volta sostanzialmente a non consentirne la visione e l'accesso. Al riguardo, fu emanato apposito regolamento (d.m. 4 novembre 1994, n. 797), ancora vigente, che in maniera netta, al fine di evitare possibili ripercussioni negative o condotte discriminatorie nei confronti dei lavoratori che le rilasciano, preclude l'accesso alle dichiarazioni (ed alle richieste di intervento) rese dai medesimi lavoratori al personale ispettivo nel corso degli accertamenti finché è in vita il rapporto di lavoro.

La magistratura amministrativa, tuttavia, ha sovente disapplicato il citato regolamento nella parte in cui esso sottrae all'accesso le dichiarazioni di cui trattasi: sostanzialmente ed in estrema sintesi, in più circostanze si è assistito al disconoscimento delle strategie ministeriali in materia. Ad esempio, è stato ritenuto che le esigenze di difesa del datore di lavoro siano prevalenti sul diritto alla riservatezza del lavoratore (TAR Basilicata n. 797/2002) oppure che il rischio di possibili ritorsioni nei confronti del lavoratore stesso sia assicurato dalle garanzie e dagli strumenti di tutela che gli offre l'ordinamento giuridico (TAR Veneto n. 1801/2006) ed anche che il diritto di accesso alle dichiarazioni in parola sia pieno ed incondizionato, non avendo i lavoratori nemmeno la qualità di controinteressati (TAR Abruzzo n. 497/2008). Si è, dunque, consolidato un orientamento giurisprudenziale di primo grado assolutamente favorevole all'accesso alle dichiarazioni in argomento, sul presupposto precipuo della prevalenza della trasparenza sulla riservatezza (principio generale affermato dalla l. n. 241/1990, in ossequio ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa); inoltre, si è affermato, per così dire, un principio di "pieno sostegno" alle esigenze di difesa del datore di lavoro, ritenute preminenti su ogni altro aspetto.

Tuttavia, allorquando sembrava tracciata la strada della "maggior dignità" del diritto alla difesa del datore di lavoro rispetto alla riservatezza ed alla tutela del lavoratore, si è d'improvviso registrata una significativa inversione di tendenza ad opera del Consiglio di Stato. Tale orientamento innovatore va, a mio avviso, valutato positivamente, soprattutto avendo riguardo ai prevedibili riflessi negativi che si sarebbero potuti determinare sull'attività istituzionale delle

Dpl se fosse persistito l'orientamento precedente: mi riferisco essenzialmente alle possibili reticenze dei lavoratori a rilasciare dichiarazioni nonché al venir meno della principale fonte di prova in caso di contenzioso. In particolare, nell'arco di un anno, due distinte sezioni dell'organo di secondo grado della magistratura amministrativa si sono pronunciate sulla materia.

Segnatamente, con la sentenza n. 1842 del 22 aprile 2008, la sez. IV del Consiglio di Stato ha affermato «la prevalenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo, infatti, non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere».

In buona sostanza, la pronuncia di cui sopra afferma *in primis* il principio della *prevalenza dell'interesse della PA* ad acquisire tutte le informazioni necessarie al fine di espletare un efficace accertamento ispettivo, cosicché essa possa adeguatamente realizzare l'interesse pubblico che le è affidato in cura (regolarità dei rapporti di lavoro); interesse pubblico, peraltro, che è anche costituzionalmente garantito ed, in quanto tale, sicuramente preminente rispetto all'eventuale diritto soggettivo alla difesa del datore di lavoro. L'interesse pubblico in parola, poi, sarebbe fortemente compromesso dalla comprensibile riluttanza dei lavoratori a rilasciare dichiarazioni allorché non si accordasse ad essi la segretezza delle informazioni da loro rese. Inoltre, il disposto giurisprudenziale che ci occupa statuisce espressamente (e questa è la vera inversione di tendenza) che l'esigenza di riservatezza di chi rende dichiarazioni a pubblici ufficiali nonché la tutela dei lavoratori da eventuali ritorsioni da parte del datore di lavoro *sono comunque preminenti* rispetto al diritto alla difesa di chi intende ricorrere, che è in ogni caso garantito dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti sanzionatori e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto comunque a possedere. Sostanzialmente, viene esclusa la possibilità per il datore di lavoro di accedere alle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori ai funzionari ispettivi poiché da un lato i provvedimenti di contestazione devono essere in ogni caso motivati (e ciò è già di per sé sufficiente a garantire il soggetto che intende far valere le proprie ragioni di difesa).

Per altro verso, si ritiene che non vi siano motivi per il datore di lavoro di acquisire altra documentazione (quale ad esempio le dichiarazioni dei lavoratori), quando egli è già in possesso della documentazione relativa ai rapporti di lavoro per cui interviene la contestazione. Di analogo tenore la sentenza n. 736 del 9 febbraio 2009, con la quale il Consiglio di Stato, sez. VI, confermando sostanzialmente l'impianto della precedente pronuncia, sottolinea che «non bastano esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumono lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia *strettamente indispensabile* la conoscenza di documenti, contenenti dati sensibili e giudiziari» (corsivo dell'Autore, *ndr*). In altri termini, la necessità dell'accesso va valutata dalla PA caso per caso e va temperata con l'interesse pubblico al controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro, *che è comunque ritenuto prevalente*. La pronuncia in argomento ribadisce altresì il principio che il suddetto interesse pubblico non debba essere compromesso dalla «comprensibile reticenza dei lavoratori», così come riafferma l'assunto secondo il quale il diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione risulta comunque «garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere»; aggiunge, inoltre, che la garanzia al datore di lavoro è data anche dalla «possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria». Infine, la sentenza in commento, asserendo che è precluso l'accesso per il datore di lavoro alle dichiarazioni rese da un proprio dipendente in

occasione di una visita ispettiva effettuata dalla Dpl, confermando pertanto la piena vigenza del regolamento governativo (d.m. n. 757/1994), rimarca il principio in virtù del quale le disposizioni in materia di accesso mirano a coniugare la *ratio* dell'istituto (quale fattore di trasparenza ed imparzialità della PA) con il bilanciamento da effettuarsi rispetto ad interessi contrapposti di soggetti, «individuati o facilmente individuabili», che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza, con ciò chiaramente evidenziando la valenza prioritaria accordata a tali ultimi interessi.

In conclusione, in un quadro così delineatosi, appare agevole ritenere che – di regola – le istanze di accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori nel corso degli accertamenti ispettivi non possano trovare accoglimento. Da un lato, infatti, è da considerarsi ancora attuale il regolamento ministeriale, per effetto del quale in determinate situazioni (es. rapporto di lavoro ancora in essere ovvero fino a 5 anni dalla sua conclusione) gli organi periferici sono tenuti a specifici comportamenti (attività vincolata). Per altro verso, in presenza di istanza di accesso alle dichiarazioni in parola, andrà valutata sia l'effettiva esigenza di difesa del richiedente (che non dovrà essere generica) che l'indispensabilità in concreto della conoscenza delle medesime dichiarazioni ed andrà effettuato il c.d. bilanciamento tra gli interessi contrapposti, tenendo comunque conto degli orientamenti giurisprudenziali fin qui enunciati in ordine alla prevalenza dell'interesse pubblico ed alla preminenza dell'interesse alla riservatezza rispetto al diritto di difesa.

## **La sentenza del Consiglio di Stato n. 7678/2009**

### *Fatto*

A seguito di un accertamento ispettivo, con il quale la Dpl di Pescara contestò la genuinità di un contratto di appalto ed ipotizzò una somministrazione fraudolenta di lavoro, la Federazione delle banche di credito cooperativo dell'Abruzzo e del Molise richiese all'organo procedente il rilascio di copia dei documenti amministrativi inerenti l'indagine ispettiva, comprese le dichiarazioni rilasciate ai funzionari verbalizzanti dai lavoratori impegnati nell'attività oggetto di ispezione. A sostegno di tale richiesta, la suddetta federazione argomentò asserendo che doveva difendersi dalle contestazioni, che riteneva del tutto incongrue, effettuate nei suoi confronti dalla Dpl. La Dpl di Pescara negò l'accesso richiesto, principalmente sul presupposto che la questione oggetto di ispezione aveva anche riflessi penali e, per l'effetto, era sottoposta alle previsioni di cui all'art. 329 c.p.p. Il suddetto diniego, inoltre, fu pronunciato anche in considerazione del fatto che le esigenze di difesa dell'istante non erano attuali, dovendosi ancora espletare ulteriori fasi del procedimento ispettivo (era, infatti, stato emesso soltanto il verbale di ispezione e non era ancora intervenuto alcun provvedimento di contestazione) nonché in ossequio ai più recenti indirizzi giurisprudenziali in materia prima enunciati e ad un espresso parere rilasciato alla Dpl di Isernia in data 7 ottobre 2008 dalla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 della l. n. 241/1990 (che si è pronunciata in senso conforme alle due citate sentenze del Consiglio di Stato). La Federazione delle banche di credito cooperativo presentò ricorso al TAR Abruzzo, sez. staccata di Pescara, che lo accolse parzialmente, riconoscendo il diritto della stessa di accedere alla documentazione di cui trattasi, ponendo tuttavia due limitazioni: l'oscuramento delle parti di dichiarazioni acquisite dagli ispettori da cui si potesse risalire, identificandoli, ai lavoratori che le avevano rese e la sottrazione all'accesso del rapporto informativo inviato all'autorità giudiziaria penale. Avverso tale sentenza del TAR Abruzzo, sez. staccata di Pescara, la Dpl, per il tramite della Direzione generale per l'Attività ispettiva e dell'Avvocatura generale dello Stato, interpose appello al

Consiglio di Stato, che in data 13 ottobre 2009, ritenendolo fondato, ha pronunciato la seguente sentenza, depositata in data 7 dicembre 2009.

### **Brevi considerazioni finali**

Da un lato, la pronuncia che si commenta ribadisce e consolida, seppur in maniera sintetica e talvolta in via indotta, alcuni principi già affermati in precedenti determinazioni dall'organo giudicante in materia:

- preminenza dell'interesse pubblico affidato in cura alla PA (nello specifico la verifica della regolarità dei rapporti di lavoro) e prevalenza della riservatezza dei lavoratori che rilasciano dichiarazioni agli organi ispettivi rispetto alla contrapposta esigenza di tutela della difesa di interessi giuridici propri del datore di lavoro, comunque garantiti dall'obbligo di motivazione che i provvedimenti sanzionatori devono contenere, dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria;
- necessità di salvaguardare i lavoratori che rilasciano dichiarazioni agli ispettori, preservandone l'identità, da possibili azioni ritorsive e/o discriminatorie da parte del datore di lavoro. Tale assunto scaturisce dalla presa d'atto che si è in presenza della fonte di prova più efficace di cui la PA dispone ai fini del perseguimento della tutela del bene giuridico cui è preposta;
- gli atti di indagine compiuti dalla PA non nell'esercizio di attività istituzionali proprie, ma nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria, sono sottratti all'accesso in quanto soggetti a segreto istruttorio penale *ex art. 329 c.p.p.*

Per altro verso, la sentenza presenta due aspetti assolutamente innovativi. Il primo ha rilievo in punto di diritto e consiste nell'affermazione che, nel caso di specie, *l'esigenza di difesa dell'appellante non è attuale*. Il Collegio, infatti, ha sottolineato come l'indagine per la quale la federazione ha chiesto l'accesso ai documenti amministrativi non sia ancora conclusa e nessun provvedimento lesivo sia stato emesso nei suoi confronti. È stato, cioè, definito l'accertamento e non il procedimento ispettivo, del quale devono ancora espletarsi ulteriori fasi, che possono vedere coinvolto il soggetto ispezionato: questi vi può partecipare attraverso, ad esempio, la presentazione di scritti difensivi *ex art. 18, l. n. 689/1981* (anche chiedendo l'audizione personale) ovvero avviando un contraddittorio presso il Comitato regionale per i rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 124/2004, come è stato evidenziato nella decisione che ci occupa. In altre parole, non può ritenersi concreto e soprattutto attuale l'interesse di un soggetto nei cui confronti non sia stato emesso un provvedimento sanzionatorio definitivo, che non sia cioè immediatamente lesivo della sua sfera giuridica. In particolare, è da ritenersi sicuramente preminente l'interesse alla riservatezza dei lavoratori che hanno reso dichiarazioni agli ispettori rispetto ad un presunto diritto alla difesa del datore di lavoro, per così dire "tenue", che non può essere cioè considerato ancora assurto a rango di vero e proprio diritto soggettivo (diventa tale nel momento in cui il destinatario di provvedimenti sanzionatori è nelle condizioni di esercitare le proprie difese in via amministrativa o giudiziaria). Nel caso che ci occupa, infatti, come rilevato, è stato emesso solo il verbale di ispezione: nessuna contestazione di illecito è intervenuta né tantomeno è stata emanata ordinanza ingiunzione e, pertanto, il destinatario del provvedimento non ha ancora facoltà di espletare azioni di difesa amministrative e/o giudiziarie.

L'altro aspetto degno di nota nella decisione del Collegio giudicante è, invece, di tipo fattuale: il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto assolutamente *inidonee le precauzioni suggerite dal TAR Abruzzo in ordine all'oscuramento dei dati* che potessero far risalire ai lavoratori

dichiaranti. Il giudice di secondo grado asserisce correttamente che «le precauzioni individuate dal Tar, relative alla cancellazione dei nominativi dei dipendenti interrogati, non appaiono idonee ad assicurare il rispetto del diritto di questi ultimi alla riservatezza, essendo normalmente agevole, per chi conosce la realtà dei fatti [soprattutto nelle aziende di piccole e medie dimensioni, *nda*], ricavare il nominativo del dichiarante dal contenuto della dichiarazione». Tale valutazione potrebbe aprire scenari nuovi e significativi, soprattutto in considerazione del fatto che è praticamente quasi sempre possibile risalire al dichiarante dalle indicazioni contenute nelle dichiarazioni rese agli organi di vigilanza (si vedano ad esempio, le indicazioni relative alla qualifica posseduta, all'orario di lavoro rispettato, all'osservanza di determinate disposizioni lavorative, ecc.): presumibilmente, cioè, quasi mai le indicazioni di oscuramento parziale dei dati possono essere idonee a non consentire l'individuazione del dichiarante. Nella sentenza, infine, non vi sono riferimenti espressi al regolamento ministeriale, del quale tuttavia deve ritenersi confermata la piena vigenza.

***Antonio Saccone***

Funzionario della Direzione provinciale del lavoro di Pescara  
Responsabile Affari legali e del contenzioso

\* Si segnala che le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.

Per ulteriori approfondimenti, si veda C. Stato 7 dicembre 2009, in *www.adapt.it*, Osservatorio *Diritto sanzionatorio*.