

ACCESSO AGLI ATTI E AI VERBALI ISPETTIVI IN MATERIA DI LAVORO E LORO VALORE NEL PROCESSO *

*Calogero Massimo Cammalleri ***

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'accesso agli atti ispettivi – 3. Analisi testuale della sentenza C. Stato n. 736 del 2009 – 4. Verbali ispettivi e processo – 5. Conclusioni – 6. Riferimenti bibliografici.

1. Premessa

Il tema di indagine, come prelude il titolo, si compone di due sotto-temi: uno prima del processo e uno dentro il processo. Il primo concerne il diritto di accesso ex art. 25 della l. n. 241 del 1990 e s.m.i., con particolare riferimento alla novella del 2005, accesso esercitato a fini difensivi, cioè appunto prima del processo; il secondo concerne il valore probatorio di quei medesimi atti comunque arrivati dentro, “nel” processo.

Si tratta di un *topos* della letteratura concernente i mezzi di prova nel diritto del lavoro, lo testimoniano il dibattito intorno ad essi sempre vivace, la non univoca posizione della giurisprudenza.

Il tema sarà analizzato avendo come punto di riferimento le relazioni con la diffida accertativa e tuttavia con taglio trasversale, così che i risultati raggiunti possano essere adattati ai diversi casi in cui si controverta di rapporti giuridici attinti dal procedimento ispettivo.

Infatti, a petto di una posizione di netto rifiuto all'ostensione opposto dalla P.A. detentrica degli atti oggetto dell'eccesso, il fronte della giurisprudenza amministrativa appare abbastanza contrastato.

Se da un lato si può sostenere che la giurisprudenza dei giudici amministrativi territoriali è nel senso di ritenere ammissibile l'accesso agli atti ispettivi per ragioni difensive, da un altro lato si deve segnalare una prevalenza

* Testo rielaborato con l'aggiunta delle note della relazione dell'autore all'incontro di studio del 28 novembre 2009, organizzato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Agrigento su «Onere della prova e diritto del lavoro».

** Associato di diritto del lavoro presso il Dipartimento di scienze economiche aziendali e finanziarie dell'Università degli studi di Palermo.

del contrario orientamento del Consiglio di Stato, anche se non si può dire che esso sia pacifico.

Prima cioè di esaminare i diversi argomenti a favore e contro l'ostensibilità degli atti ispettivi, si dichiara espressamente qual è l'angolo visuale di osservazione, e cioè che le esigenze di difesa della parte che subisce l'ispezione siano tendenzialmente prevalenti sulle, per ora si diranno schiettamente "altre", esigenze di tutela che il divieto di ostensione vuole proteggere.

Questa prevalenza dell'interesse difensivo finisce di essere tendenziale e diventa netta con specifico riferimento al terzo degli insiemi sopra considerati: quello della diffida accertativa, rispetto alla quale si può aggiungere che l'accessibilità degli atti ispettivi, in funzione difensiva (e conciliativa), sia condizione di legittimità sostanziale dell'accertamento (tecnico, come dice la legge) in essa contenuto¹.

Infatti, questa è un'ipotesi in cui sia le dichiarazioni dei lavoratori sia gli accertamenti ispettivi sono immediatamente produttivi di un attacco al patrimonio del debitore, giusta anche, ma non solo, la possibilità testuale che l'accertamento amministrativo/ispettivo divenga titolo esecutivo e lo divenga in via amministrativa.

Ce n'è abbastanza perché la questione dell'ostensibilità degli atti ispettivi assuma rilevanza e gravità, tenuto conto che essa coinvolge comunque aspetti rilevanti – benché difficilmente sensibili – della persona del lavoratore.

Per questa ragione il terzo insieme sopra considerato sarà usato come banco di prova per valutare la sussistenza di un equilibrio nel giudizio di bilanciamento delle contrapposte esigenze di tutela: quella difensiva del datore di lavoro e quella di riservatezza del lavoratore, sulle quali ancora, talvolta, si fonda la soluzione negativa.

Alla rilettura delle regole che, *specie* alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali² non negano in astratto, ma rendono non esercitabile di

¹ Per la dimostrazione di questo asserto sia consentito rinviare al nostro *Sistema della diffida accertativa per crediti patrimoniali, Strutture, disciplina attuazione e rimedi*, Milano, Franco Angeli, 2009, ove, alle pp. 104 ss. il tema è approfondito e la tesi dimostrata.

² Fa il punto Rausei 2008 p. 1275, cui *adde* dello stesso autore *Ispezione del lavoro*, Ipsos Milano 2009, pp. 483 ss.; Esposito, *L'accesso agli atti dell'ispezione in materia di lavoro tra diritto di difesa del datore ed interessi del lavoratore* in <http://www.privacy.it/esposito200706.html>; Da ultimo fanno applicazione del più recente orientamento le sentenze n.5671/10, n.5672/10 e n.6915/10 del Tar Lazio, sez. III *bis* commentate da Del Torto, *Accesso agli atti e motivazione del verbale ispettivo*, in *Il punto di pratica professionale* <http://www.dplmodena.it/altri/Accesso%20agli%20atti%20e%20motivazione%20del%20verbale%20ispettivo%20-%20Del%20Torto.pdf>; Anastasio, *Accesso agli atti ispettivi e dichiarazioni dei lavoratori*, DPL 2009 pp. 615ss.; Sferrazza, *L'accesso agli atti ispettivi tra diritto di difesa e interesse pubblico alla tutela dei rapporti di lavoro*, RSS 2008, pp. 741ss.; Lippolis, *Le dichiarazioni acquisite nel corso dell'accertamento ispettivo: tra diritto di*

fatto il diritto di accesso a fini difensivi aspira dare un contributo questo studio.

2. L'accesso agli atti ispettivi

Le ragioni per cui un datore di lavoro possa volere esercitare l'accesso agli atti ispettivi a fini difensivi possono essere suddivise in tre insiemi.

Il primo insieme è costituito dalla necessità di contestare un accertamento di un ente previdenziale, sia mediante la c.d. impugnazione del verbale di accertamento (art. 24 comma 2 del d. lgs. n. 46 del 1999), sia mediante la c.d. impugnazione della cartella esattoriale (art. 24 comma 5 del d. lgs. n. 46 del 1999).

Il secondo insieme è costituito dalla necessità di contestare una sanzione amministrativa da parte dei servizi ispettivi, sia mediante un ricorso amministrativo – laddove esperibile – sia mediante l'opposizione a ordinanza ingiunzione (artt. 22s della l. n. 689 del 1981). Vi è pure un sotto-insieme costituito dall'esperienza di un'azione di mero accertamento negativo dell'inadempimento oggetto di diffida *ex art.* 13 del d. lgs. n. 124 del 2004, intimata dal servizio ispettivo, laddove proposta prima della emissione e notificazione dell'ordinanza-ingiunzione (artt. 24 e 11 Cost.).

Il terzo insieme è costituito dalla necessità di contestare, mediante lo speciale rimedio previsto dall'art. 17 del d. lgs. n. 124 del 2004, un accertamento di crediti patrimoniali a favore del lavoratore, il cui adempimento gli sia stato diffidato, da parte dei servizi ispettivi, *ex art.* 12 del d. lgs. n. 124 del 2004; ovvero dalla necessità di contestare il rapporto di credito sottostante a un'esecuzione forzata minacciata o intrapresa dal lavoratore in forza di una diffida accertativa esecutiva, mediante l'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi; sia prima sia dopo l'inizio dell'esecuzione.

Indubbiamente i tre insiemi individuati, in cui sussiste un interesse qualificato del datore di lavoro all'accesso, possono coesistere anche nell'ambito di un medesimo procedimento. Potrebbe pure essere il lavoratore ad avere interesse all'accesso, sempre a fini difensivi; ma di questo aspetto – secondario nell'economia del tema - non ci occuperemo.

accesso ed efficacia probatoria, in *Il punto di pratica professionale* http://www.cslavoro.it/archivio/product/30_09pp01.pdf; Testoni, *Il "procedimento" ispettivo: brevi note in margine a C.d.S., sez. VI, sent. n. 3441/09* in <http://www.diritto.it/all.php?file=28539.pdf>; Tenore V., *il procedimento di controllo ispettivo*, in <http://www.amcorteconti.it/tenore.htm>; Millo, *L'accesso agli atti dell'ispezione del lavoro*, in *Il punto di pratica professionale*, <http://www.dplmodena.it/2009%2002%20cslp%20-%20accesso%20agli%20atti%20dell%20ispezione.pdf>.

2.1 Assetti tutelati, quadro normativo e definizione del metodo di indagine

Il quadro regolativo deve essere ricostruito alla luce della nuova *vis* che può assumere l'accertamento ispettivo, tenuto conto che esso è un procedimento unitario, abbia dato o no luogo anche a una diffida accertativa (o a una diffida semplice *ex art.* 13 del d. lgs. n. 124 del 2004).

Con riferimento alla diffida accertativa *ex art.* 12 del d. lgs. n. 124 del 2004 vanno tenute in conto le seguenti peculiari circostanze:

- ✓ che, almeno a partire dalla notificazione della diffida accertativa ad iniziativa della direzione provinciale del lavoro, il lavoratore non è più un terzo, ma parte in causa propria, se non addirittura il querelante ad iniziativa e (prevalente) interesse del quale il procedimento ispettivo, foriero della diffida accertativa, è stato iniziato o coltivato;
- ✓ che l'eventuale conciliazione monocratica non abbia avuto esito positivo per la opposizione di lui.

Con riferimento alla diffida ispettiva *ex art.* 13 del d. lgs. n. 124 del 2004 va tenuto presente che essa può consistere in un accertamento di fatto (ad esempio mansioni del lavoratore), che essa può assurgere a comune presupposto di rivendicazioni tanto del lavoratore quanto degli enti di previdenza.

Consegue che anche in questa ipotesi il contenuto precettivo degli atti ispettivi può risentire della cointeressenza del lavoratore³.

Alla luce di tali aspetti, gli argomenti solitamente utilizzati per giustificare *a priori* l'inostensibilità dei documenti ispettivi per l'affermata *prevalenza del diritto alla riservatezza* del lavoratore⁴ *su quello di difesa* del datore di lavoro, si paleseranno abbastanza deboli.

È come se, dovendo scegliere quale di due diritti in concreto sacrificare, si utilizzasse come parametro quello del mantenimento inalterato del conflitto di interessi in modo da non sacrificarne alcuno, piuttosto che quello della sua rimozione con il sacrificio di un solo di essi.

La ricostruzione dell'istituto dell'accesso agli atti dei procedimenti ispettivi deve tenere conto, con particolare riferimento all'accesso per finalità difensive, delle modificazioni legislative intervenute in materia di procedimento amministrativo.

³ Sul punto una recente pronuncia della Cassazione [n. 21209 del 2009] ha affermato che il lavoratore *non è incapace a testimoniare quando l'oggettiva natura della violazione commessa ovvero la posizione giuridica del lavoratore non gli consentano il conseguimento di specifici diritti connessi all'oggetto della causa [...]* e *una sua potenziale pretesa sia inipotizzabile*.

⁴ Per la negativa Gaspari-Guadagnino 2005 p. 103 e in giurisprudenza C. Stato VI, n. 1842 del 2008, nonché n. 736 del 2009, su cui *infra* nel testo, e le recenti Tar Lazio citate *supra* alla nota n. 2. Anteriormente alla riforma del 2005 C. Stato VI, n. 65 del 1999 C. Stato 1604 del 1996.

L'art. 24 comma 6 della legge n. 241 del 1990 (nel testo anteriore alla modificazione apportata dalla legge n. 15 del 2005) dispone che possano essere sottratti all'accesso gli atti, individuati per via regolamentare, allorché riguardino «[...] la vita privata o la riservatezza di persone fisiche [...] con particolare riferimento agli interessi [...] professionale [...] di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti a cui si riferiscono»; a sua volta il D.M. n. 757 del 2004 (per gli atti dell'ispettorato) e il regolamento approvato con deliberazione n. 1951 del 16 febbraio 1994 (per gli atti INPS) escludono *tout court* gli atti ispettivi dal diritto di accesso.

In particolare il d.m. n. 757 del 1994 all'art. 2 lettere *b)* e *c)* include tra gli atti non accessibili «i documenti concernenti le richieste di intervento dell'ispettorato del lavoro» (per esempio, la richiesta di intervento *ex* art. 11 comma 1) e «i documenti concernenti notizie acquisite nel corso di attività ispettiva, quando dalla loro divulgazione possono derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico dei lavoratori o di terzi» (cfr. art. 11 comma 6 e art. 12 comma 1 del medesimo d.m.).

Il sorgere di notevole contenzioso sul diritto di accesso datoriale a tali atti è testimone della solo apparente chiarezza delle norme secondarie;⁵ disposizioni a tenore delle quali il divieto non è automatico, ma soggetto alla condizione del pericolo di «azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico dei lavoratori o di terzi». Condizione che imporrebbe una specifica motivazione (e non una formula di stile a calco della suddetta condizione di pericolo legittimante il diniego) in ordine alla sussistenza, nel caso concreto, delle specifiche ragioni che ostano all'accesso a quegli atti. Motivazione che dovrebbe di necessità fare riferimento al contenuto di quelli. Questo difetto tecnico nella formulazione delle norme secondarie produce, come vedremo, i due opposti orientamenti: l'uno che le demolisce, disapplicandole; l'altro che le valorizza, avviluppandosi in petizioni di principio che tentano di travestire le formule di stile sulla minaccia della *privacy* e sul pericolo di ritorsioni in sostanza (pseudo) giuridica.

Correlativamente a queste due linee, la posizione della giurisprudenza amministrativa è stata tutt'altro che univoca e soprattutto tutt'altro che costantemente o tendenzialmente contraria all'accesso, a dispetto di un *obiter dictum* del Consiglio di Stato⁶ che, in riforma di una sentenza del T.A.R. Liguria⁷, ha negato a un datore di lavoro il diritto di accesso agli atti relativi a una ispezione effettuata dalla direzione provinciale del lavoro. A questa sen-

⁵ L'impugnazione delle quali avanti al Tar del Lazio [v. supra n.2] è stata rigettata.

⁶ Sentenza sez. VI n. 1842 del 2008.

⁷ Sentenza n. 629 del 2002.

tenza si aggiunge la più recente della sesta sezione⁸ che, pur riformando la sentenza del TAR Puglia⁹, favorevole all'accesso, ha abbandonato la tesi della negazione *a priori*.

2.2 La giurisprudenza del Consiglio di Stato: tra obiter dicta, tradizione interpretativa e novella legislativa.

Il Consiglio di Stato ha sostenuto che la giurisprudenza ha più volte affermato «la sottrazione al diritto di accesso della documentazione, acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo loro affidata¹⁰», poiché tale sottrazione sarebbe giustificata dalla «prevalenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, e tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro, rispetto al diritto di difesa della società o impresa sottoposta a ispezione».

Nel bilanciamento dei due contrapposti interessi, sicurezza/difesa, i giudici della sesta sezione reputarono che l'interesse pubblico alla non ostensione «non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza dei lavoratori, cui non si accordasse la tutela» della segretezza dell'accertamento e che tale sarebbe compromissione sì grave da prevalere sul diritto di difesa datoriale, comunque assicurato dallo «obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e della documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere».

La contraria opinione, in prevalenza dei giudici territoriali¹¹, si basa, invece, sulla affermazione della prevalenza del «diritto di difesa» sulla «riservatezza» e pertanto della illegittimità del d.m. n. 757 del 2004, limitativo del diritto, con sua conseguente disapplicazione *ex art. 5* della legge n. 2248 del 1865 allegato *E*).

Gli argomenti dei Tar¹², almeno con riferimento allo specifico problema che si sta esaminando, sono senz'altro condivisibili e intuitivamente corretti, giacché il debitore deve essere messo in condizione di costruire la sua difesa esattamente contro le dichiarazioni e contro gli accertamenti che sulle prime si basano e che sono il presupposto di fatto delle diffide.

⁸ Sentenza n. 736 del 2009

⁹ Sede di Lecce, sentenza n. 2439 del 2008

¹⁰ C. Stato, VI, n. 65 del 1999, VI, n. 1604 del 1996.

¹¹ TAR Abruzzo n. 128 del 2008 in LG con nota di Rausei 2008; TAR Puglia-Lecce n. 3016 del 2007; TAR Veneto-Venezia n. 30 del 2006; TAR Campania-Salerno n. 2366 del 2002 e n. 1959 del 2004. Ma anche C. Stato, VI, n. 2366 del 2002 e V, n. 2511 del 2008.

¹² TAR Lecce, n. 3016 del 2007; TAR Venezia n. 30 del 2006; TAR Salerno n. 2366 del 2002 e n. 1959 del 2004. V. pure, al riguardo, C. Stato V, n. 2511 del 2008.

Sarà quindi utile verificare se gli argomenti in contrario adottati dal Consiglio di Stato, resistano al cospetto della diffida accertativa per crediti patrimoniali del lavoratore, intimata *ex art.* 12 del d. lgs n. 124 del 2004, che, non è necessariamente basata sui libri obbligatori, che è destinata ad aggredire il patrimonio del debitore richiedente l'accesso agli atti ispettivi.

Gli argomenti sono poi abbastanza agevolmente trasferibili in materia di diffida *ex art.* 13, poiché l'adeguamento ad essa determina comunque effetti a livello di rapporto individuale di lavoro e di presupposto contributivo.

Il *primo* argomento è che tali atti sarebbero sottratti al diritto di accesso *ex art.* 24 della legge n. 241 del 1990 per come integrato dalle norme regolamentari di cui al citato d.m. n. 757 del 1994. L'argomento si basa sulla presunzione di legittimità della norma regolamentare desunta dalla preminenza del diritto alla riservatezza dei lavoratori rispetto a quello di difesa del datore di lavoro.

Nel giudizio di prevalenza dell'uno sull'altro gioca un ruolo decisivo la considerazione che il diritto alla riservatezza sarebbe strumentale alla tutela di un interesse pubblico; cioè l'efficacia delle ispezioni a tutela della sicurezza del lavoro e alla regolarità dei rapporti.

Cosicché essa verrebbe compromessa dalla «naturale» reticenza dei lavoratori esposti alla ostensione delle loro dichiarazioni, rispetto alla tutela di un interesse privato, quale quello di difesa del datore di lavoro, assicurato già sufficientemente dall'obbligo di motivazione del provvedimento ispettivo.

Non si può fare a meno di osservare che la contrapposizione pubblico/privato, nella selezione della natura degli interessi in conflitto, è posta in modo quantomeno inappropriato. Essa, infatti, raffronta natura del diritto e suo oggetto, mentre il bilanciamento sulla natura esige che siano confrontati termini omogenei.

Rispetto a tale punto di vista il diritto di difesa, cioè la completezza, l'efficacia e la concreta esercitabilità di esso, tutela un interesse pubblico con copertura costituzionale, di rango non inferiore ma addirittura superiore a quello dell'efficienza amministrativa, posto che quest'ultima non è assoluta ma è vincolata all'imparzialità. Si può anzi affermare che non sacrificare le esigenze difensive sia coesistente al sintagma dell'art. 97 Cost., cosicché nella tutela degli atti, privilegiare il momento inquisitorio, rispetto a quello del contraddittorio, equivale a proporre la tutela di un interesse non preveduto dalla Costituzione, qual sarebbe quello del buon andamento staccato da quello dell'imparzialità.

Il *secondo* argomento, che attiene alla immanenza e all'estensione temporale del divieto, il quale neppure verrebbe meno con la cessazione dei rap-

porti di lavoro, vuole tutelare la riservatezza «anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso¹³».

A sostegno della presa di posizione dei supremi giudici amministrativi vi è che le dichiarazioni dei lavoratori rese agli ispettori sono prive di valore probatorio nella controversia tra ente di previdenza o lavoratore e datore di lavoro (*ex art. 10 comma 5¹⁴ del citato d. lgs n. 124 del 2004*); ma la regola non è sempre univocamente seguita dalla Cassazione, la quale anzi non esclude in radice la loro utilizzabilità¹⁵. Pertanto l'accesso agli atti sarebbe inutile non onerandosi il datore di lavoro della contestazione di quelli.

In due diverse recenti pronunzie è stato affermato, una volta, che essi non possono mai costituire «valore probatorio preconstituito» né possono essere per il giudice «fonti esclusive del proprio convincimento¹⁶» e un'altra volta, che le dichiarazioni dei lavoratori sono sufficiente prova per l'irrogazione di sanzioni¹⁷.

Sfugge all'economia di questo lavoro e alle competenze del suo autore indagare la materia dal punto di vista della teoria generale della prova civile¹⁸, ma con riferimento all'accertamento ispettivo, sulla base del quale siano state emesse diffide accertative, il divieto di accesso e gli argomenti a suo sostegno non paiono convincenti né decisivi, nemmeno alla luce del microsistema di garanzie essenziali alla legittimità costituzionale dell'istituto.

La posizione lavorativa e la sfera di informazioni che la riguardano, custodite dalla p.a., vengono, infatti, ritenute recessive rispetto all'istanza di accesso per tutela giurisdizionale dei diritti dal più attento orientamento giurisprudenziale.

Così, è significativo che la prevalenza del principio generale di accesso agli atti detenuti dalla p.a., anche quelli ispettivi della direzione provinciale del lavoro, contro le istanze che la riservatezza tutelerebbe, venga giustificato da un diverso orientamento del Consiglio di Stato¹⁹, di segno opposto e coeva a quella prima citata, con il richiamo al «*mantenimento dei livelli essenziali delle*

¹³ C. Stato. n. 1842 del 2008.

¹⁴ Vallebona 2004 p. 646. In argomento, AA.VV. 2008, nonché Cammalleri 2008a.

¹⁵ Cass. n. 8335 del 2010; Cass. 24416 del 2008.

¹⁶ Sentenza n. 17049 del 2008, che fa seguito tra le altre a Cass. n. 10228 del 2003, Cass. n. 17555 del 2002. Per una completa rassegna di posizioni: Vallebona 2004 p. 645, *specie* note 3-7.

¹⁷ Cass. n. 24416 del 2008, v. anche Cass. n. 24284 del 2008, n. 13910 del 2001; cfr. Comm. Trib. Prov. Bari, n.175 del 2008 e Cass. n. 17049 del 2008.

¹⁸ Per una trattazione classica v. Carnelutti, *La prova civile*, (1992) e di recente cfr. l'interessantissima prospettiva di Taruffo (2009)

¹⁹ C. Stato, V, n. 2511 del 2008. Questa sentenza in realtà riguarda l'accesso agli atti della d.p.l., modello C/2 storico, da parte di un creditore di lavoratori contro il quale voleva procedere a pignoramento.

prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117 comma 2 lettera m) Cost.», richiamato dall'art. 2 comma 2 della l. n. 241 del 1990 come modificata dalla l. n. 15 del 2005.

In applicazione di questo principio il diritto alla riservatezza dei lavoratori è stato considerato in ogni caso recessivo rispetto a quello di difesa del datore di lavoro²⁰, senza necessita, né possibilità, di adottare regolamenti restrittivi²¹.

Come abbiamo prima riferito²² l'orientamento più risalente (con riferimento alla diversa disciplina primaria presupposta), privilegiava il diritto alla riservatezza – assumendolo strumentale al mantenimento di livelli efficienti delle ispezioni a salvaguardia della sicurezza e della regolarità del lavoro.

L'antinomia che palesa il richiamarsi al medesimo principio dei livelli essenziali di tutela per affermare o negare il diritto di accesso è in verità solo apparente, poiché è la stessa legge ordinaria novellata che gestisce e risolve al suo interno il conflitto tra accesso e riservatezza in un ordine nuovo e diverso rispetto a quello del testo originario.

Infatti, l'art. 24 della legge n. 241 del 1990, come emendato dalla legge n. 15 del 2005, contempla le ipotesi di conflitto considerate e le ordina in sistema.

Il testo novellato afferma inequivocabilmente la netta prevalenza della regola generale del diritto di accesso, consentito *ex* comma 6. A questa affermazione affianca, con pari dignità, le eccezioni con possibilità di estenderle finanche alla possibile “segretazione”.

L'antinomia è evitata ponendo alle eccezioni precisi limiti. Limiti in ogni caso invalicabili. Essi, riducendo le possibilità di esclusione all'accesso a precise fattispecie, riaffermano il principio generale e impediscono che l'assolutizzazione delle eccezioni (invertendo il normale rapporto tra regola e sua eccezione) frustri il principio generale e produca quell'apparente antinomia la cui postulazione legittima un'ermeneutica sotteraneamente abrogante e maschera l'inversione di regola ed eccezione.

È chiara l'intenzione del legislatore: non ammettere in *subiecta materia* segretazioni assolute e correlativamente la tendenziale prevalenza dell'accesso sulla cura della riservatezza.

²⁰ Più significativamente TAR Abruzzo n. 128 del 2008, sulla base dei medesimi argomenti ha affermato il diritto di un datore di lavoro ad estrarre copia degli atti ispettivi dell'INPS, sulla base dei quali (dichiarazioni dei lavoratori) erano stati riqualeficati come subordinati rapporti denunciati come autonomi. Già TAR Veneto n. 301 del 2006, aveva affermato che [...] a datare della novella, *ex* legge n. 15 del 2005, alla l.241/1990, il diritto di difesa prevale su quello alla riservatezza. Cfr. pure Bellavista 1995, *passim*.

²¹ *Contra*: Gaspari – Guadagni 2005 p. 103.

²² *Supra* nota 330

E infatti, non è refutabile che a tenore letterale del comma 7 dell'art. 24 della legge accesso novellata, l'accesso ai documenti amministrativi "non ostensibili" deve essere «*comunque*» garantito, allorché esso sia funzionale alla cura e alla difesa degli interessi giuridici del richiedente.

La lettera della disposizione supera anche la possibilità di escludere l'accesso sulla base di una valutazione di «indispensabilità», che invece è riservata ai soli dati *super sensibili*²³.

Infine, il diritto di accesso non può essere negato quando la p.a. possa esercitare il potere di differimento a norma dell'art. 24 comma 4 della legge n. 241 del 1990.

Sulla scorta di questo quadro normativo e giurisprudenziale si deve ritenere che gli atti ispettivi e le dichiarazioni raccolte siano pienamente ostensibili, sia nelle ipotesi di conciliazione monocratica preventiva non riuscita, *ex art. 4* commi 1 e 5, sia nell'ipotesi di diffida *ex art. 13* del d. lgs. n. 124 del 2004, di prescrizione, di ordinanza ingiunzione, *ex art. 22* della legge n. 689 del 1981, sia nell'ipotesi di diffida accertativa notificata, *ex art. 12* commi 1 e 2 del d. lgs. n. 124 del 2004.

In queste fattispecie deve ritenersi che la notificazione degli atti invasivi della sfera giuridica del datore di lavoro segni il *dies ad quem* cui può spingersi l'esercizio dell'eventuale potere di differimento da parte della p.a.

Con la notificazione al datore di lavoro di tali atti, invero, è la stessa p.a. che esterna i risultati dell'ispezione, ragione per la quale la completa conoscenza degli atti presupposti non è più di ostacolo al raggiungimento dello scopo dell'ispezione, dunque all'efficienza di essa. Un'ultrattività del differimento, ovvero l'affermazione della riservatezza oltre questo limite, assunta funzionale al sistema ispettivo in sé considerato, si porrebbe in aperto contrasto con il principio di democraticità che deve informare l'azione amministrativa e finirebbe per attribuire agli atti segreti un valore addirittura superiore agli "atti istruttori" della Santa Inquisizione.

Orbene, allorché come di regola non si tratti di dati *supersensibili*, non è persuasivo ed è privo di elementare consistenza giuridica l'argomento secondo in *subiecta materia* la difesa datoriale potrebbe sempre esercitarsi sulla base delle scritture obbligatorie e della motivazione dell'atto (argomento questo ancora più fantasioso), poiché esso si sostanzia in una valutazione di indispensabilità degli atti.

²³ Sul punto, Ferrandini-Parvopasso 2004 pp. 1429-1475, *specie* 1446-1452. Fa riferimento *tout court* alla necessaria valutazione della «indispensabilità» la sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato n. 736 del 2009 prima citata, a prescindere cioè dalla natura del dato.

Ma a prescindere dalla ammissibilità di un giudizio di tale tipo, sono gli argomenti addotti per negare l'ostensibilità che non reggono a un'attenta disamina; anzi, talvolta, sono argomenti che provano l'esatto contrario.

In tema basti pensare a quando vengano in considerazione omesse o irregolari registrazioni basate su fatti dichiarati dai lavoratori. Oppure si può considerare l'ipotesi dell'inquadramento o della qualificazione del contratto o della sua durata effettiva, del suo inizio, della sua cessazione. Tutti fatti – presupposto anche della esistenza di rapporti di lavoro irregolari – che devono essere conosciuti nella loro oggettività proprio al fine del controllo della motivazione. A nulla dire dell'affermazione nelle diffide dello stesso rapporto di lavoro, quando esso venga assunto irregolare.

Se l'argomento documentario è semplicemente errato sotto il profilo logico-giuridico, quello relativo alla tutela ambientale della professionalità del lavoratore – oltre che giuridicamente infondato – è anche altamente allarmante da un punto di vista della tenuta dei principi supremi di democrazia e legalità dell'azione amministrativa.

Se l'affermazione fosse fondata le conseguenze della non ostensibilità, senza dire del divieto di accesso, in relazione alle motivazioni che le sorreggono, comporterebbero i seguenti assurdi corollari:

- il primo è che solo le relazioni segrete sono genuine;
- il secondo è che il lavoratore quando «accusa» il datore di lavoro è sottratto al principio di responsabilità;
- il terzo è che gli atti segreti hanno giuridica rilevanza e possono valere come fonte di prova a favore di chi rende le dichiarazioni, anche se rimangono segreti.

Di tutta evidenza i corollari evidenziano che gli atti ispettivi avrebbero un valore «privilegiato» perfino superiore a quello degli atti di indagine penale; infatti, solo gli atti compresi nella c.d. *discovery* (art. 416 comma 2 in comb. disp. con l'art. 192 e l'art. 442 comma 1 *bis* del cod. proc. pen.) possono essere utilizzati, fermo restando che nel successivo processo non sono prova, se su di essi non si dispiega il contraddittorio²⁴.

Se si considera che sulla base di atti di parte (dichiarazioni, richiesta di intervento) assunte senza contraddittorio, possono emettersi atti idonei a entrare nella sfera giuridica del destinatario, aggredendo il suo patrimonio, ci si avvede che – almeno nel caso in cui l'ispezione si sia conclusa con l'emissione di una diffida accertativa, di una diffida, di una prescrizione, di un'ordinanza ingiunzione, di un verbale di accertamento – tutti gli atti dell'ispezione devono essere messi prontamente a disposizione del datore di lavoro, affinché sugli stessi egli possa concretamente ed effettivamente eser-

²⁴ Arg. ex Cass. pen. n. 45240 del 2005.

citare il suo diritto di difesa. Massimamente è necessario nel caso di diffida accertativa e di verbali di accertamento, procedimenti che, ancorché non giurisdizionali e meramente unilaterali e amministrativi, sono volti a formare contro il richiedente un titolo idoneo a provocare atti esecutivi.

Se non si riconosce al datore di lavoro questo ampio e tempestivo diritto di accesso si rischia di costruire un sistema che viola l'art. 113 Cost. e rende impossibile il rispetto dell'art. 111 comma 1 Cost. Non sarebbe idoneo a cauterizzare il *vulnus* che la «segretezza» degli atti ispettivi infligge al diritto di difesa e di tutela nemmeno il principio di esclusione del valore probatorio nel processo delle dichiarazioni rese agli ispettori.

Infatti, nel caso della diffida accertativa, dell'ordinanza ingiunzione e dell'iscrizione a ruolo di somme vi è l'anticipazione provvisoria degli effetti esecutivi dell'accertamento (giurisdizionale), mediante la costituzione in via amministrativa di un titolo esecutivo.

Ancorché contro quest'atto sono previsti rimedi giurisdizionali e non, occorre che l'esercizio di tali rimedi sia consentito in modo efficace; cosa che non sarebbe possibile senza conoscere la (pseudo) prova sui titoli esecutivi considerati si fondano.

Ora, gli è che uno degli scopi della diffida accertativa predicato nella legge è quello della prevenzione della controversia individuale di lavoro correlata alle soluzioni conciliative in sede pubblica.

Sarebbe allora contraddittorio costringere il datore di lavoro – convenuto in senso sostanziale – a un giudizio di accertamento negativo (o comunque a un giudizio di opposizione all'esecuzione) per costringere l'attore in senso sostanziale alla *discovery*, quando invece una preventiva ostensione, a diffida accertativa o a verbale di accertamento già notificati, cioè a giochi fatti, quei giudizi anzi si eviterebbero.

3. Analisi testuale della sentenza C. Stato n. 736 del 2009²⁵

Ai risultati raggiunti nel precedente paragrafo, sembrerebbe contraddire in larga parte la decisione citata, che nei commenti che ha suscitato e nei richiami delle pronunzie successive ha finito per assumere il ruolo di fondamento dell'orientamento prevalentemente restrittivo. Poiché dunque si ritiene che esso sia errato si procederà alla confutazione punto per punto degli argomenti da essa addotti, allo scopo di dimostrare che la questione è lungi dall'aver in giurisprudenza una soluzione definitiva.

²⁵ Questa pronuncia, rappresenta lo stato dell'arte in materia di condizioni per l'accesso agli atti ispettivi. I commenti e le prime applicazioni giurisprudenziali citate *supra* alla nota 2 dimostrano che la gravità della pronuncia e i falsi argomenti che la sorreggono non sono stati compresi appieno.

La sentenza in questione, che non rappresenta certo un *revirement* rispetto all'orientamento negativo del Consiglio di Stato, è però un precedente che in certo qual modo apre, rispetto al proprio più remoto orientamento, alla possibilità di rendere accessibili gli atti ispettivi. Essa pare destinata a modificare l'orientamento permissivo dei Tar e a fondare una prassi nelle regole dell'accesso, perché riprende gli orientamenti operativi, e li riduce, a sua modo, a sintesi.

Sarà giovevole, perciò, alla completa ricostruzione dell'istituto, esaminarne le linee portanti, per verificare quanto gli argomenti addotti possano effettivamente fondare un nuovo assetto e siano rispondenti alla ricostruzione prima proposta, o debbano essere sottoposti a revisione critica.

L'oggetto del contendere foriero della pronuncia ricalca uno schema noto:

da una parte, «le esigenze di difesa della società ricorrente: esigenze da ritenere prioritarie in base alla vigente normativa e alla giurisprudenza, e che avrebbero imposto la disapplicazione delle citate norme regolamentari»;

da un'altra parte, «l'esigenza di salvaguardare la riservatezza e la vita privata di soggetti terzi, in considerazione della peculiarità del rapporto sottostante, trattandosi di rapporto di lavoro normalmente caratterizzato ("soprattutto in un contesto lavorativo come quello attuale, improntato al precariato") dalla presenza di una "parte debole", il lavoratore, per il quale sarebbe giustificata una maggiore tutela da parte dell'ordinamento, mentre l'azienda potrebbe efficacemente difendersi in ogni sede, in rapporto ad eventuali concrete contestazioni».

Per individuare il punto di bilanciamento tra le due opposte esigenze di tutela, la sentenza in discussione si richiama al proprio precedente in *Cons. St., sez. VI, n. 1842 del 22.4.2008*, affermando, in linea di principio correttamente, che *le disposizioni in materia di diritto di accesso mirano a coniugare la ratio dell'istituto, quale fattore di trasparenza e garanzia di imparzialità dell'Amministrazione – nei termini di cui all'art. 22 della citata legge n. 241/90 – con il bilanciamento da effettuare rispetto ad interessi contrapposti e fra questi – specificamente – quelli dei soggetti "individuati o facilmente individuabili" ...che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" (art. 22 cit., comma 1, lettera c).*

Pur partendo da questa premessa ed esatta, il *decisum* commette un condizionante errore ricostruttivo. Esso si palesa quando la decisione inferisce [dal «*successivo articolo 24 della medesima legge, che disciplina i casi di esclusione dal diritto in questione*», e «*prevede al sesto comma casi di possibile sottrazione all'accesso in via regolamentare e fra questi – al punto d) – quelli relativi a "documenti che riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, fi-*

nanziario, industriale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti a cui si riferiscono"»] che le norme regolamentari ad essa disposizione preesistenti (emanate nel vigore di un diverso contesto normativo) possano integrare insuperabili eccezioni all'accesso che invece gli artt. 22 ss. della legge n. 241 del 1990 e s.m.i. consentono in via generale e di principio.

Il vizio ricostruttivo si snoda attraverso tre errati passaggi argomentativi.

Il primo errore è fondamentale, consiste nell'affermare che, *in via attuativa*, il D.M. 4.11.1994, n. 757 (regolamento concernente le categorie di documenti, formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto di accesso) inserisce fra tali categorie – all'art. 2, lettere b) e C) – “i documenti contenenti le richieste di intervento dell'Ispettorato del Lavoro”, nonché “i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi”.

Ciò è errato perché la norma regolamentare eccettiva è formata nel vigore del vecchio testo dell'art. 24 e nel vigore del vecchio testo del TU sulla *privacy*. Ma la norma secondaria anteriore non può automaticamente integrare il precetto eccettivo della norma primaria posteriore senza un preventivo giudizio di compatibilità della vecchia regola secondaria con la nuova primaria. Laddove la delega della norma primaria posteriore sia più restrittiva di quella nel vigore della quale la normativa regolamentare anteriore è stata emanata, come accade nella novellazione della legge n. 241 del 1990 che ha disposto – a livello di normazione primaria - che le esigenze difensive del richiedente l'accesso vengano fatte salve dalle eccezioni che la normativa regolamentare integrativa è chiamata a concretare, i preesistenti regolamenti non possono essere considerati *tout court* la fonte delle eccezioni all'accesso.

Il secondo non meno grave errore argomentativo consiste nell'affermazione che: «la giurisprudenza ha più volte confermato la sottrazione al diritto di accesso della documentazione, acquisita dagli ispettori del lavoro nell'ambito dell'attività di controllo loro affidata in rapporto a tale quadro normativo». Questo è il punto decisivo che rende inutilizzabili i precedenti giurisprudenziali e i loro argomenti.

Codesta citazione della tradizione interpretativa, che sembrerebbe *prima facie* avere già esaminato la questione dello *jus superveniens*, rispetto al regolamento integrativo, evidenzia invece, *ratione temporis*, la natura di meri *obiter dicta* di tali precedenti, in quanto anteriori alla novellazione del limite del diritto di difesa al potere eccettivo della normazione regolamentare.

Infatti, la pronuncia in esame opera espresso riferimento a *Cons. St., sez. VI, 27.1.1999, n. 65 e 19.11.1996, n. 1604*, sentenze anteriori alla novella della legge n. 15 del 2005.

Il terzo falso argomento consiste nel ribaltare il senso della novellazione, ritenendo che esso abbia ristretto - anziché ampliare - i termini dell'accessibilità a tali atti in funzione difensiva.

L'argomento fondativo dell'errore consiste nell'equiparazione - esclusa invece dalla legge - tra i dati sensibili e giudiziari e quelli *tout court* contenuti negli accertamenti ispettivi.

Dice infatti la sentenza che: *«è vero che, in via generale, le necessità difensive - riconducibili ai principi tutelati dall'art. 24 della Costituzione - sono ritenute prioritarie rispetto alla riservatezza di soggetti terzi (cfr. già Cons. St., Ad Plen. 4.2.1997, n. 5) ed in tal senso il dettato normativo richiede che l'accesso sia garantito "comunque" a chi debba acquisire la conoscenza di determinati atti per la cura dei propri interessi giuridicamente protetti (art. 20, comma 7, L. n. 241/90 cit.)»*.

Ma poi ritiene che la medesima norma - come successivamente modificata tra il 2001 e il 2005 (art. 22 L. n. 45/01, art. 176, c. 1, D.Lgs. n. 196/03 e art. 16 L. n. 15/05) - *specifica con molta chiarezza come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi ed ammettendosi solo nei limiti in cui sia "strettamente indispensabile" la conoscenza di documenti, contenenti "dati sensibili e giudiziari"»*.

Come risalta dal tenore della stessa proposizione argomentativa, la novellazione ha introdotto il requisito della "indispensabilità", quale limite all'ostensione, esclusivamente per i dati sensibili e giudiziari, consequenzialmente escludendo tale ulteriore requisito necessitativo per tutti gli altri dati, come quelli di cui ci occupiamo.

Il ragionamento della sentenza unifica due fattispecie che nella legge sono invece separate: quella della *«effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi»* che vale per tutti gli atti e che è del tutto diversa da quella della *stretta indispensabilità* che invece concerne i *dati sensibili e giudiziari*.

Lo sviluppo dell'argomento rivela, inoltre, la sua intrinseca contraddittorietà laddove non esclude (come invece coerentemente avrebbe dovuto fare) che gli accertamenti ispettivi possano essere resi ostensibili per esigenze di difesa con *«possibilità di valutazione "caso per caso", che potrebbe talvolta consentire di ritenere prevalenti le esigenze difensive in questione»*.

La valutazione di "prevalenza", infatti, è un parametro diverso da quello della "indispensabilità". Inoltre, la necessità di effettuare una valutazione di "prevalenza" delle esigenze difensive presuppone la pari forza delle due esigenze in bilanciamento, mentre sono le stesse premesse della legge che dichiarano prevalenti le esigenze difensive.

La regola giurisprudenziale del "giudizio caso per caso" fuori dalle ipotesi di "dati sensibili e giudiziari" è dunque arbitraria. È significativo della confusione tra i due ambiti di tutela che l'argomentare della sentenza richiami

Cons. St., sez. VI, n. 3798/08 del 29.7.2008²⁶ per la quale «l'accesso al contenuto delle dichiarazioni di lavoratori agli ispettori del lavoro, è ammesso ma "con modalità che escludano l'identificazione degli autori delle medesime"».

Che non si tratti di uno svarione derivante dal tratteggio richiamare massime, ma che la citazione sia espressione di una precisa volontà modificatrice della regola della prevalenza del diritto di difesa sancito dalla legge con disposizione di inequivoco letterale dire, lo si ricava dal tentativo della sentenza di slegare il divieto di ostensione dalla tutela della riservatezza per ancorarlo a un interesse di natura pubblicistico.

L'improvvida operazione ermeneutica si distende attraverso un passaggio della motivazione, invero asfittico e di difficile lettura, che individua nello «interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro (a cui sono connessi valori, a loro volta, costituzionalmente garantiti)» un interesse per il quale non possa dirsi sussistente una generalizzata soccombenza [... (del segreto, n.d.a.) ...] rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione.

Ma ancora una volta l'argomento si rivela falso, perché ancora una volta questo argomento si rifà a un testo della legge anteriore alla novellazione. Per affermare la prevalenza del suddetto interesse fa proprio – inglobandolo testualmente – il testo degli *obiter dicta*²⁷ che sulla materia si erano formati prima della novellazione: un tautologismo autoreferenziale secondo cui detto interesse «non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre» quello di difesa risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni, dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria.

L'argomento è una diversa formulazione del tema della "indispensabilità". Sebbene non espressamente richiamato, una volta che l'*obiter* ri-stabilisce parità di rango tra le divergenti istanze di tutela, esso funge da argomento di ragionevolezza per escludere che il diritto di difesa sia compromesso dalla *potiore* tutela che così risulta offerta all'efficacia delle delazioni dei lavoratori nel procedimento ispettivo. Sarebbero infatti le tre possibilità difensive, sostitutive del diritto di accesso, che per tale argomentare lo farebbero soccombere: motivazione dell'atto ispettivo, tenuta datoriale delle scritture obbligatorie e istruzione probatoria giudiziale.

²⁶ Si precisa, che in questa sentenza l'accesso venne richiesto «in rapporto alle dichiarazioni di un singolo lavoratore». Rispetto ad esso il Consiglio di Stato ha ritenuto che «non potrebbe dunque essergli garantito l'anonimato», mentre non erano state fornite «chiare indicazioni circa le immediate conseguenze pregiudizievoli – per la tutela delle ragioni difensive dell'azienda – del diniego contestato.»

²⁷ C. Stato VI, n. 65 del 1999; C. Stato 1604 del 1996.

L'inconsistenza dei primi due argomenti è stata già dimostrata.

Il terzo è tale che contraddice da sé stesso l'intero impianto argomentativo adoperato per affermare la necessaria "segretezza" degli atti ispettivi.

Infatti, la tutela del lavoratore sia essa quella strumentale all'incentivazione alla delazione sia quella diretta a tutelare la sua riservatezza viene compromessa, alla stessa stregua, tanto se i verbali vengano resi accessibili in via stragiudiziale, quanto se vengano prodotti – come non di rado accade – dall'ente di previdenza, o esibiti su ordine del giudice civile.

Trasferendo gli argomenti contrari all'accesso nell'ambito della diffida accertativa ci si avvede maggiormente della loro inconsistenza. E invero gli è che il lavoratore può esercitare l'azione esecutiva, magari sulla base della sua stessa dichiarazione, senza che il datore di lavoro, possa effettivamente difendersi sia rispetto alla formazione del titolo esecutivo²⁸ sia rispetto all'aggressione del suo patrimonio.

4. Verbali ispettivi e processo

L'ostensione degli atti ispettivi in funzione difensiva può evitare la celebrazione di un processo inutile, oppure può incanalare l'*iter* verso una più celere definizione. In questa ultima ricorrenza, gli atti dell'ispezione o resi accessibili o esibiti per ordine del giudice o prodotti spontaneamente, sono destinati a confluire nel processo.

Il valore dei verbali ispettivi e soprattutto la loro resistenza alle altre prove dedotte nel processo continua a rimanere un punto controverso in giurisprudenza, nonostante l'intervento del legislatore con l'art. 10 della legge n.

²⁸ La conoscenza degli atti ispettivi è indispensabile per la proposizione di una efficace domanda di tentativo di conciliazione, istanza che è legata sia al contenuto della diffida accertativa sia alla eventuale richiesta di intervento ispettivo, seguita o non da conciliazione monocratica preventiva negativa. L'istanza datoriale avrà innanzitutto il contenuto di una contestazione totale o parziale della prestazione diffidata, ovvero avrà il contenuto di una eccezione di estinzione della obbligazione; non è escluso che alle contestazioni delle pretese si accompagni una proposta transattiva o un parziale riconoscimento del debito. Conseguente che il contenuto minimo dell'istanza conciliativa sarà l'esatta individuazione delle singole prestazioni contestate (*petitum*) e l'affermazione della loro insussistenza o estinzione, o modificazione (*causa petendi*). Contentutisticamente, poiché anche in questa fase l'accertamento dei diritti non si sottrae alle regole di ripartizione degli oneri probatori, in forza delle quali è il lavoratore/ispettore che deve provare l'esistenza dell'obbligazione o dei presupposti di fatto di essa, trattandosi di materia relativa all'adempimento/inadempimento di obbligazioni, allorché l'esistenza non sia utilmente contestabile, sarà il datore di lavoro che dovrà allegare gli elementi da cui desumere l'estinzione della obbligazione e dunque specificare il *petitum* sostanziale dell'istanza conciliativa [Cfr. art. 66 d.d.l. 1441 quater atti Camera Deputati, sul cui esame ci permettiamo di rinviare a Cammalleri 2008b.].

124 del 2004.

È un dato comunemente acquisito in dottrina l'assenza di una fonte positiva che attribuisca alle dichiarazioni raccolte dall'ispettore un valore probatorio, nel processo, maggiore di quelle raccolte da qualsiasi altro soggetto.²⁹ Lo conferma la disposizione dell'art. 10 comma 5, del d. lgs. n.124 del 2004 secondo il quale i verbali sono «fonti di prova» secondo «la normativa vigente» e – ovviamente - solo per gli «elementi di fatto acquisiti e documentati».

Le dichiarazioni stragiudiziali – a meno che abbiano valore confessorio - non possono costituire fonti di prova in base alla normativa vigente, né possono fungere da base per costruire una presunzione semplice. Poiché non costituiscono fatti noti secondari, da cui risalire al fatto ignoto principale, ma sono solo attestazioni, estranee alla vicenda concreta cui lo stesso fatto appartiene,³⁰ sono essi stessi l'oggetto che vede essere provato.

Le dichiarazioni potrebbero entrare nel processo come prove atipiche, nel significato più ampio che vi comprende anche le vicende estranee al processo.³¹ In questo caso però esse possono costituire solo argomento di prova, *ex art.116 comma 2 c.p.c.*, così come le prove raccolte nel giudizio estinto *ex art. 310 comma 3 c.p.c.*

Se così non fosse si cadrebbe nell'errore di attribuire alle dichiarazioni stragiudiziali un valore uguale (superiore per taluni³²) a quello delle prove testimoniali, esperite nel processo con le relative garanzie (ancorché talora, di fatto, ciò avvenga³³).

Com'è noto gli argomenti di prova in senso stretto e le prove atipiche, cioè nel nostro caso i verbali, possono integrare e sostenere le prove vere e proprie, ma non possono *da sole* essere sufficienti a fondare il convincimento del giudice.³⁴

Il dato circostanziale della raccolta delle dichiarazioni, cioè quello del “contesto ambientale”, è meritevole di approfondimento, in quanto esso è adoperato tanto da chi, in forza di esso, ne sostiene la migliore genuinità, quanto da chi ne sostiene la loro sostanziale irrilevanza.

Al riguardo, una dottrina autorevole osserva che per il “contesto ambientale” in cui si svolgono, andrebbero sottoposte a un vaglio critico particolar-

²⁹Gragnoles-Zaccarelli, in *Colloqui cit.*.

³⁰Vallebona, in *Colloqui cit.* ma anche Cass. n.3525 del 2005; *contra*: Gasp-Guad 2005.

³¹Cass. SU n. 26795 del 2006, SU n. 11353 del 2004, Trib. Ivrea n. 73 del 2008

³²Perulli in *Colloqui cit.*

³³Pozzaglia, Vaccarella in *Colloqui cit.*, Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto

³⁴*Contra* Trib. Agrigento 10 giugno 2004 giud. Gatto, Trib. Agrigento n. 2745 del 9 febbraio 2004, App. Palermo XXX

mente rigoroso.³⁵ Ma larga parte della giurisprudenza è di diverso avviso.³⁶

Come ogni “deposizione” senza contraddittorio, così quanto verbalizzato dall'ispettore suscita per definizione perplessità, vuoi in considerazione del *metus* del dichiarante e delle tecniche di interrogatorio, di cui non è traccia nei verbali, vuoi perché in difetto di contraddittorio le domande possono essere parziali o suggestive o possono non essere capite.³⁷ Nondimeno dubbi sorgono circa gli effetti prodotti dalla tecnica di verbalizzazione per riassunto delle risposte, che è unilaterale e priva di controllo (diversamente da quanto è spesso ricca di contestazioni la verbalizzazione nel processo). Queste mere ed elementari constatazioni in ordine al *quomodo* di formazione degli atti ispettivi dovrebbero indurre a ritenere che l'uso delle dichiarazioni debba essere limitato all'effettuazione delle eventuali contestazioni ai testimoni.

Perciò se si arrivasse a ritenere che le dichiarazioni raccolte fuori dal processo siano prove autosufficienti, non si spiegherebbe l'esistenza delle disposizioni sulla prova testimoniale, della garanzia della presenza del giudice imparziale, dei poteri di direzione del processo, del monopolio della verbalizzazione, del contraddittorio tra le parti, della responsabilità per falsa testimonianza.³⁸

Prive di consistenza – e perfino sovversive del giusto processo – appaiono le tesi che affermano che la dichiarazione stragiudiziale all'ispettore sarebbe preferibile a quella testimoniale perché immediata, spontanea e priva di condizionamenti da parte del datore di lavoro³⁹ e perciò perfino resistente, nella sussistenza di un contrasto, alle deposizioni testimoniali di segno contrario.⁴⁰ Il rischio di pressioni del datore di lavoro sul testimone si fronteggia, infatti, con la denuncia per falsa testimonianza⁴¹, non con una surrettizia manipolazione delle regole del processo.

Concludendo, le dichiarazioni stragiudiziali non possono sostituire la prova testimoniale; anzi secondo una lungimirante giurisprudenza, allorché vengano acquisiti i verbali al processo, la prova testimoniale dei dichiaranti

³⁵ Vaccarella in Colloqui *cit.*

³⁶ Cfr. sentenza citate *infra* nella nota 38 e nella nota 347

³⁷ Talvolta si tratta della compilazione di formulari in cui l'ispettore barra caselle secondo l'interpretazione della risposta del lavoratore.

³⁸ Non sembrano tenere conto di queste esigenze Perulli *cit.* e Cass. n. 24416 del 2008

³⁹ Perulli *cit.*

⁴⁰ Giurisprudenza *cit.* alla nota 48

⁴¹ Così Verde, *cit.*, per il quale il «giudice ha a sua disposizione soltanto due armi: la denuncia del testimone per falsa testimonianza e la condanna “esemplare” alle spese nel caso di rigetto di opposizioni pretestuose».

sulle loro dichiarazioni dovrebbe espletarsi anche d'ufficio.⁴²

Poiché, infine, tutto il materiale probatorio concorre, con pari dignità, al libero convincimento del giudice, non essendoci una gerarchia tra la prova testimoniale e la prova presuntiva,⁴³ vi è una buona ragione ulteriore per escludere che le dichiarazioni stragiudiziali possano assurgere al rango di vere prove, sia mediante lo strumento della presunzione per autosufficienza degli argomenti di prova, sia mediante l'apodittica affermazione della loro maggiore "spontanea genuinità".

Se ciò vale per l'audizione dei lavoratori dichiaranti, discorso diverso va fatto con riferimento alla posizione degli ispettori verbalizzanti. Se, in astratto, non vi sono divieti per escuterli come testi,⁴⁴ le limitazioni in ordine al contenuto della prova testimoniale dei verbalizzanti priva di significatività il mezzo stesso. La loro testimonianza, infatti, è generalmente ammessa con riferimento alle modalità dell'ispezione, alle circostanze di contorno e alle circostanze chiarificatrici.⁴⁵

Da una dottrina è stato rilevato che l'ispettore chiamato a testimoniare su fatti cui abbia omesso la verbalizzazione è fondamentalmente un teste inattendibile.⁴⁶ Ma l'affermazione non è condivisibile, poiché è appunto dal contraddittorio che scaturisce l'esigenza di integrare circostanze omesse nella verbalizzazione (ad esempio perché ritenute irrilevanti dagli ispettori).

Non è in gioco l'attendibilità, in astratto, del teste ispettore verbalizzante, piuttosto rileva l'ammissibilità di tale integrazione. Rileva che l'audizione su circostanze omesse nella verbalizzazione è inammissibile perché determinerebbe una significativa modificazione delle allegazioni delle parti.

Invece, la testimonianza degli ispettori è irrilevante laddove dovesse vertere sugli stessi fatti attestati in verbale come percepiti direttamente dall'ispettore; così come lo è l'insana prassi (di certo in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo) di sentire gli ispettori meramente "a conferma" del verbale.

Come è noto, infatti, in giurisprudenza si ritiene pacificamente (ma senza alcun argomento per superare le autorevoli e insormontabili eccezioni di autorevole dottrina⁴⁷) che il verbale faccia prova piena fino a querela di falso

⁴² Cass. n. 11746 del 2007

⁴³ Cass. n. 27029 del 2006, n. 23228 del 2004, n. 3350 del 2001, n. 9827 del 2000.

⁴⁴ Pessi, Proia, Verde, in *Colloqui cit.*

⁴⁵ La dottrina è pressoché unanime e la giurisprudenza non si pone il problema e ammette la testimonianza.

⁴⁶ Marazza, Martone, Pandolfo, Papaleoni, in *Colloqui cit.*

⁴⁷ Luiso in *Colloqui cit.*, Montesano, *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del Ministero dell'industria dell'esercizio dei compiti di vigilanza nell'attività assicurati ve.*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 386

circa i fatti affermati essere avvenuti in presenza del verbalizzante; e tra questi l'esistenza e la provenienza delle dichiarazioni.

Del pari è radicalmente inammissibile la testimonianza avente ad oggetto le valutazioni e le deduzioni già sviluppate nel verbale e ciò a causa del noto divieto di chiedere ai testi giudizi, piuttosto che fatti. Divieto che non prevede eccezioni *ratione subiecti*. Sempre che non si tratti di chiarimento in ordine, per esempio, agli algoritmi di calcolo in vista di un'eventuale CTU.

Infine, è utile ribadire che, nei limiti in cui l'ispettore dovesse essere sentito come teste, occorre un articolato specifico dei fatti, e non la mera e inammissibile richiesta di conferma del verbale, ovvero ancor peggio la generica richiesta di chiarimenti ancora una volta senza capitolato in seguito a prova testimoniale.⁴⁸

5. Conclusioni

Anche dal più ristretto ambito delineato da Consiglio di Stato emergono alcune situazioni in cui il diritto di accesso non potrà essere negato con le formule della non indispensabilità, della individuabilità del dichiarante, dell'efficacia delle ispezioni.

Si tratta di tutti i casi in cui gli accertamenti ispettivi siano carenti di motivazione; atti a cui – *a fortiori* – dovrebbero però equipararsi anche gli atti ispettivi in cui la motivazione consista nel richiamo mero alle dichiarazioni dei lavoratori, o si riferiscano a dati non desumibili dalle scritture obbligatorie, come, ad esempio, nel caso di contestazione della natura del rapporto di lavoro, di contestazione dell'inquadramento del lavoratore, della dislocazione ed estensione dell'orario di lavoro.

L'istanza di accesso quando adeguatamente motivata, e non affidata a formule di stile, allorché contenga l'esplicito collegamento tra la contestazione della pretesa dell'atto ispettivo e la sua prova contraria, non potrà essere negata.

Diversamente, conseguirebbe una sorta di pre-inversione dell'onere della prova e un giudizio di merito del giudice amministrativo.

L'arroccamento del Consiglio di Stato sulle posizioni antiche, privo come abbiamo dimostrato di argomenti convincenti e spesso in aperto contrasto con la lettera della legge, si rivela inteso a più mantenere il controllo sull'ostensione degli atti ispettivi che a tutelare la riservatezza. Un meccanismo che finisce per invertire il rapporto tra la regola della trasparenza e l'eccezione della segretezza, con la conseguenza di dotare, pur indirettamente, il contenuto dell'accertamento di una valenza di prova legale, seppure provvi-

⁴⁸ Trib. Agrigento ord. 27 novembre 2006 n. 4176 del 2006; App. Palermo 23 luglio 2009.

soria, tanto da resistere alla possibilità per l'accusato di conoscere le fonti dell'accusa medesima.

In ultima analisi, l'ambiguo orientamento che si è prima avvertito produce una solo reale effetto: quello di un inutile moltiplicarsi di processi. Dal processo per ottenere l'accesso a quello per contestare gli accertamenti. Processi che in uno stato di diritto potrebbero essere evitati semplicemente negando alla segretezza dell'azione amministrativa qualunque di cittadinanza nell'ordinamento.

6. Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2008). *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, in Antonio Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro – Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 12.

Anastasio G. (2009). *Accesso agli atti ispettivi e dichiarazioni dei lavoratori*. *Diritto & Pratica del Lavoro* pp. 615ss.

Cammalleri C.M. (2008a). *La contestazione della pretesa contributi va*. *Annali della Facoltà di Economia di Palermo*, LXII/LXIII, Biblioteca di Facoltà, Palermo.

Cammalleri C.M. (2008b). *Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro (art. 67 del d.d.l. 1441 quater atti camera deputati)*. *Annali della Facoltà di Economia di Palermo*, LXII/LXIII, Biblioteca di Facoltà, Palermo.

Cammalleri C.M. (2009). *Sistema della diffida accertativa per crediti patrimoniali. Struttura della fattispecie, disciplina, attuazione e rimedi*. Franco Angeli, Milano.

Carnelutti F. (ora 1992, ma 1915), *La prova civile*. Giuffrè, Milano.

Degan L. (2005). *La riforma dei servizi ispettivi: d. lgs. 124 del 2004 primi chiarimenti ministeriali*. in «Osservatorio di legislazione, prassi amministrativa e contrattazione collettiva», *Diritto delle relazioni industriali*, XV, 1: 252258.

Del Torto A. (2010). *Accesso agli atti e motivazione del verbale ispettivo*, in *Il punto di pratica professionale*. <http://www.dplmodena.it/altri/Accesso%20agli%20atti%20e%20motivazione%20del%20verbale%20ispettivo%20-%20Del%20Torto.pdf>

Esposito G. (2007). *L'accesso agli atti dell'ispezione in materia di lavoro tra diritto di difesa del datore ed interessi del lavoratore*. in <http://www.privacy.it/esposito200706.html>

Ferrandini E., Parvopasso D. (2004). *Lavoro e previdenza sociale*. *Codice della privacy*, Giuffrè, Milano.

Forti R. (2006). *Valore dei verbali ispettivi e potere di diffida obbligatoria: due risposte del Ministero del lavoro*. in «Osservatorio di legislazione, prassi amministrativa e contrattazione collettiva», *Diritto delle relazioni industriali*, XVI, 2: 547549.

- Gaspari A., Guadagnino A. (2005). *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D.Lgs. n. 124/2004*, Iuridica Editrice, Roma.
- Iero L. (2004). *La nuova vigilanza in materia di lavoro e di legislazione socia le*. Il Lavoro nella Giurisprudenza, 7: 643644.
- Lippolis V. (2009). *Le dichiarazioni acquisite nel corso dell'accertamento ispettivo: tra diritto di accesso ed efficacia probatoria*. in Il punto di pratica professionale http://www.cslavoro.it/archivio/product/30_09pp01.pdf
- Margiotta S. (2005). *Isppezioni in materia di lavoro*. Ipsoa, Milano, IV ed.
- Massi E. (2004). *I nuovi servizi ispettivi: principi e modelli di riforma*. in Pennesi Paolo, Massi Eufranio, Rausei Pierluigi, *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2004, 30 inserto: XIII.
- Messineo D. (2004). *Razionalizzazione e coordinamento dell'attività di vigi lanza*. in Caro Lucrezio Monticelli, Michele Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano: 183192.
- Millo A. (2009). *L'accesso agli atti dell'ispezione del lavoro*. in Il punto di pratica professionale, <http://www.dplmodena.it/2009%2002%20cslp%20-%20accesso%20agli%20atti%20dell'ispezione.pdf>
- Montesano L. (1986). *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del Ministero dell'industria dell'esercizio dei compiti di vigilanza nell'attività assicurative*. in *Giurisprudenza italiana*, IV: 386.
- Monticelli L, Tiraboschi M. (a cura di). *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano: 205232.
- Pennesi P., Papa D. (2006). *Personale ispettivo: nuovo codice di comportamento*. *Diritto & Pratica del lavoro*, 17 inserto: XIX.
- Rausei P. (2008). *Accesso agli atti ispettivi*. *Diritto & Pratica del Lavoro*, 18.
- Rausei P. (2009). *Isppezione del lavoro*, Ipsoa, Milano.
- Sferrazza M. (2008). *L'accesso agli atti ispettivi tra diritto di difesa e interesse pubblico alla tutela dei rapporti di lavoro*. *Rivista di Sicurezza Sociale* pp. 741ss.
- Taruffo M. (2009). *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*. Laterza, Bari.
- Tenore V. (s.d.). *Il procedimento di controllo ispettivo*, in <http://www.amcorteconti.it/tenore.htm>
- Testoni T. (2009). *Il "procedimento" ispettivo: brevi note in margine a C.d.S., sez. VI, sent. n. 3441/09*. in <http://www.diritto.it/all.php?file=28539.pdf>;
- Vaccarella R. (1993). *Titolo esecutivo, precetto, opposizione*. *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile* (diretta da) Andrea Proto Pisani, UTET, Torino.
- Vallebona A. (1983). *L'onere della prova nel diritto del lavoro*. Cedam, Padova.
- Vullo E. (1988). *Sull'idoneità probatoria dei verbali ispettivi*. *Giustizia Civile*, I: 2197ss.