

il Giurista del Lavoro

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro

9
2009

Sommario

Contenuti e riflessi dell'intervento della Corte Costituzionale sulle novità introdotte in materia di contratto a tempo determinato

di Luigi Pelliccia 2

Ancora sull'accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori nelle ispezioni

di Pietro Scudeller 13

Ripartizione dell'onere della prova nelle opposizioni a cartelle di pagamento dell'Inps in relazione a pretese contributive

di Elia Notarangelo 20

Passaggio di lavoratori in mobilità tra aziende collegate

di Paolo Cuzzelli 31

Giudice ordinario o tributario per le controversie tra il sostituto d'imposta e il sostituito?

di Sergio Mogorovich 34

Osservatorio Giurisprudenziale
Approfondimenti su sentenze di particolare interesse

a cura di Romina Dalzini 37

Ultime dalla Cassazione

Rapida panoramica delle ultime pronunce della Suprema Corte

a cura di Romina Dalzini 42

Ancora sull'accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori nelle ispezioni

PIETRO SCUDELLER

Sentenza n. 736 del 9 febbraio 2009, VI Sezione, Consiglio di Stato

Ai sensi degli artt. 22, c. 1, lett. c), e 24, c. 6, punto d), legge 7.8.1990 n. 241, e 2 e 3 Dm 4.11.1994 n. 757, non sussiste il diritto di accesso, da parte di un'impresa che abbia subito un'ispezione degli Ispettori del lavoro, alla documentazione allegata al verbale ispettivo, e in particolare alle dichiarazioni rese dai dipendenti dell'impresa stessa, in relazione all'esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza dei dipendenti stessi, tenendo presente che se è vero che, in via generale, le necessità difensive - riconducibili ai principi tutelati dall'art. 24 Cost. - sono ritenute prioritarie rispetto alla riservatezza di soggetti terzi, non bastano all'uopo esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere a 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»; pertanto, ferma restando una possibilità di valutazione «caso per caso», che potrebbe talvolta consentire di ritenere prevalenti le esigenze difensive in questione, non può tuttavia dirsi esistente una generalizzata soccombenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, per finalità di controllo della regolare gestione dei rapporti di lavoro, rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo di tali interessi, 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, dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere, nonché dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria.”

Sentenza n. 1842 del 29 gennaio 2008, IV Sezione, Consiglio di Stato

L'esigenza di riservatezza di chi abbia reso dichiarazioni, riguardanti se stesso od anche altri soggetti, agli ispettori del Ministero del Lavoro, senza autorizzarne la divulgazione, non viene meno neanche a seguito dell'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro, non attenendo la sfera di interessi in questione alla sola tutela delle posizioni del lavoratore ed essendo queste ultime, comunque, rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso¹.

(1) La sentenza è riportata per esteso in Informaz. prev. n. 3/2008, p. 706.

Come noto agli operatori del settore, le ispezioni sul lavoro, siano esse condotte da ispettori della Direzione Provinciale del Lavoro o da ispettori degli Istituti previdenziali, spesso si basano sulle dichiarazioni che gli ispettori stessi raccolgono tra i lavoratori presenti in azienda, le quali vengono trascritte in appositi verbali.

È altresì nota l'importanza che spesso tali dichiarazioni acquistano per il sostegno del verbale di accertamento di violazioni commesse dal datore di lavoro e quindi l'importanza per quest'ultimo, qualora intenda contestare il verbale o gli atti irrogatori di sanzioni conseguenti, di poter leggere tali dichiarazioni per poter capire su cosa si fondano le contestazioni mosse e per poter decidere come articolare la propria difesa, sia nella fase di contenzioso amministrativo, che nell'eventuale fase di contenzioso giudiziario.

È altresì noto che la giurisprudenza amministrativa sul punto è stata alquanto oscillante ed incerta: a pronunce favorevoli ai datori di lavoro, si sono infatti contrapposte anche pronunce che approvavano l'operato delle amministrazioni che negavano ai datori di lavoro richiedenti l'accesso alle stesse.

Sulla disciplina legislativa e sulla giurisprudenza precedente, basterà quindi rinviare ai numerosi scritti già intervenuti nel più recente passato, anche su questa stessa rivista².

Certo è che ad un orientamento, che si poteva ritenere prevalente, di sentenze favorevoli ai datori di lavoro negli anni passati, si contrappongono ora le due sentenze in commento, che rafforzano l'orientamento opposto ed introducono vincoli di rigidità che appaiono inaccettabili, anche perché basati su motivazioni non condivisibili ed anzi censurabili.

Le motivazioni - la sentenza del 2009 richiama espressamente il proprio precedente del 29.1.2008 - si basano sul disposto del Regolamento n. 757

del 4.11.1994 - che il Ministero del Lavoro si è dato in virtù dell'art. 24, quarto comma, della L. 241/1990 - il quale, all'art. 2, elenca i tipi di atti che sono sottratti al diritto di accesso: tra di essi "i documenti contenenti notizie acquisite nel corso dell'attività ispettiva, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico dei lavoratori o di terzi, finché perdura il rapporto di lavoro (salvo il segreto istruttorio ex art. 329 del codice di procedura penale)"³.

La sentenza 1842 del 2008, infatti, richiamata tale normativa ed i propri precedenti, nel senso del diniego all'accesso, del 27.1.1999 n. 65 e del 19.11.1996 n. 1604, afferma che nessuna ragione vi sarebbe per discostarsi da tale orientamento e che persino nel caso di avvenuta cessazione del rapporto lavorativo con il dichiarante, l'esigenza di riservatezza di quest'ultimo non verrebbe meno, "non attenendo la sfera di interessi in questione alla sola tutela delle posizioni del lavoratore ed essendo queste ultime, comunque, rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso.

Sembra appena il caso di sottolineare, al riguardo, 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."

Nell'approvare tale motivazione, una commentatrice⁴ s'è spinta addirittura a scrivere: "l'eventuale conoscenza delle dichiarazioni rese dagli

(2) In particolare pare opportuno rinviare a: PIERO GUALTIEROTTI, *Il datore di lavoro ha diritto alla copia delle dichiarazioni rilasciate agli ispettori dai lavoratori (a meno che...)*, in questa Rivista n. 2/2007, pag. 2; PIERLUIGI RAUSEL, *Accesso agli atti d'ispezione. Una questione ancora aperta*, in D.P.L. n. 31/2007 (Inserito); ALESSANDRA MILLO, *L'accesso agli atti dell'ispezione del lavoro*, in La circolare di lavoro e previdenza n. 2/2009, pag. 2.

(3) La parentesi è del sottoscritto, per intendere che dei casi in cui gli atti siano rilevanti anche ai fini di un'indagine penale non ci si occupa, essendo in effetti pacifico (su ciò *nulla questio*) che quando nel corso dell'ispezione emergano fatti anche penalmente rilevanti, da un lato gli ispettori hanno l'obbligo di procedere con le cautele di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p., dall'altro essi devono riferire al P. M. competente, scattando quindi su tali atti il segreto istruttorio di cui all'articolo citato, fino a chiusura delle indagini preliminari.

(4) L'avvocato dell'INPS Francesca Ferrazzoli, in Informaz. prev. n. 3/2008, pagg. 712-713.

ispettori da parte dei datori di lavoro potrebbe comportare conseguenze pregiudizievoli per i dipendenti... in quanto il lavoratore potrebbe subire ripercussioni sia relativamente alla propria posizione all'interno dell'azienda che in rapporto all'ambiente professionale largamente inteso. In questo senso, il diniego all'accesso si propone di prevenire discriminazioni, pressioni o ritorsioni ai danni del dipendente, che potrebbero essere poste in essere non solo da parte del datore di lavoro ma anche da terzi..."

La mentalità che traspare dalla motivazione della sentenza e dal commento richiamato, è gravemente censurabile per la semplice ragione che finisce per attribuire ai datori di lavoro, come scontati e necessari, o quantomeno probabili, comportamenti altamente scorretti e addirittura delinquentiali (gli atti discriminatori sono puniti penalmente per effetto degli artt. 15 e 38 St. Lav.; le pressioni si può ben immaginare che finiscano perlopiù per tradursi in minacce, punite ex art. 612 c.p.; le ritorsioni possono essere di vario genere, ma anch'esse difficilmente sono immaginabili quali atti leciti e per i quali non sussista una tutela dell'ordinamento a favore del lavoratore, nella disciplina del *mobbing*, in quella limitativa dei licenziamenti, o nelle altre numerosissime norme generali che disciplinano i rapporti di lavoro subordinato). È mai possibile dunque motivare un provvedimento giudiziale dando per scontato o comunque presupponendo come probabile un comportamento del datore di lavoro illecito o addirittura delinquenziale? Evidentemente no: si tratta di argomenti che cozzano con la realtà di molti one-

stissimi datori di lavoro esistenti e che risultano persino offensivi nei loro confronti.

Quando la norma regolamentare, invero, fa riferimento al diniego di accesso "quando" [cioè "nei (soli) casi in cui"] "dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico dei lavoratori o di terzi", è evidente che richiede una valutazione caso per caso nella quale non si potrà dare per scontato che tale rischio sussista per definizione, sempre ed immancabilmente, per il fatto stesso che esiste un lavoratore ed un datore di lavoro, pena l'inaccettabile equiparazione offensiva "datore di lavoro = delinquente" suddetta. Occorre invece un'analisi del caso specifico e, in caso di diniego, una motivazione dell'atto ben dettagliata e specifica che indichi le ragioni per cui l'amministrazione ritiene ricorrere quel tipo di rischio nel caso concreto. Motivazione che poi potrà, se del caso, essere portata al vaglio dei giudici amministrativi.

In mancanza di una siffatta, articolata sul caso specifico, motivazione, il diniego all'accesso, dovrebbe essere sempre censurato dai giudici, proprio perché non rispondente ai requisiti del regolamento della stessa amministrazione⁵.

Ma la motivazione in commento è censurabile poi anche nel passo ove afferma: "Sembra appena il caso di sottolineare, al riguardo, 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".

(5) Del tutto analogo è anche il parere, che, dopo aver formulato le suddette riflessioni, s'è reperito, del Collega ANDREA STANCHI, in Guida al lavoro n. 11 del 13 marzo 2009, p. 40, nel commento a Cons. di Stato n. 736/2009. L'Autore ivi, molto condivisibilmente, afferma: "...Non appare invece motivata in alcun modo la sussistenza della potenzialità del pregiudizio. Tale elemento causale infatti, a parere di chi scrive, non può leggersi, nel sistema della disciplina del diritto di accesso come sopra ricostruito e qual è la funzione che gli si assegna nell'Ordinamento, come potenzialità astratta in relazione alla posizione soggettiva di «lavoratore». Perché ciò sarebbe privo di ogni ragione giustificante la disciplina della previsione e normativa: se l'accesso alle dichiarazioni del lavoratore in quanto tale determinano il rischio di compromissione della sua posizione debole, non ha senso prevedere una specifica valutazione al riguardo, come fa la norma; l'unica soluzione è vietarlo. Tale lettura sarebbe contraria ai principi anche costituzionali (artt. 2 e 3 e 41 Cost. in particolare), perché finirebbe per individuare - per posizione nell'Ordinamento - il datore di lavoro come un soggetto sia pure astrattamente potenzialmente uso a pressioni e ritorsioni. Il che è - culturalmente prima che civilmente e giuridicamente - lettura squalificante e non degna di un ordinamento democratico. La potenzialità va quindi letta come una potenzialità concreta di rischio della sussistenza di pregiudizi per quel lavoratore dichiarante, che vanno motivati e non possono essere apodittici. La regola allora è che il diritto di accesso è un diritto che prevale su quello dell'Amministrazione, che è tenuta ad operare con trasparenza e quindi deve consentire all'impresa di verificare gli atti sui quali procede, assumendo le idonee garanzie per i dichiaranti. L'Amministrazione dunque, rispetto alla fattispecie, non ha un diritto proprio di rifiutare l'accesso, salvo il rischio del pregiudizio causalmente qualificato alla riservatezza del lavoratore dichiarante. Che come tale deve essere rischio concreto di pregiudizio, ossia motivato e poi provato nel procedimento, perché deve essere verificabile dal giudice e - in ossequio al contraddittorio - controbattibile dal datore di lavoro che assume l'esigenza di accesso, il quale può offrire - ritengo - garanzie idonee ad assicurare il ripristino dell'equilibrio nel bilanciamento. Se questa lettura, sinteticamente esposta e quindi con tutte le pecche del caso, fosse condivisibile, sotto questo ultimo profilo la decisione apparirebbe non adeguatamente motivata e difforme dal sistema."

In effetti qui i due interessi contrapposti, pubblico e privato, vengono sbilanciati a favore di quello pubblico, con una motivazione apodittica e tautologica: si dà per scontato, cioè, che l'interesse pubblico debba prevalere, in quanto tale, su quello privato; ma non è così: nel nostro ordinamento, e segnatamente nella nostra Carta Costituzionale, vi è un'ispirazione liberale, per la quale l'interesse privato prevale su quello pubblico, che emerge ripetutamente, sia nell'affermazione dell'inviolabilità assoluta dei diritti fondamentali dell'individuo, sia in principi successivi che ne costituiscono varie attuazioni, come quello della presunzione di innocenza (art. 27, 2° comma, Cost.) o in quello della limitazione alle entrate dello Stato sulla base della capacità contributiva dell'individuo (art. 53 Cost.), ecc.

Come si può quindi dare per scontata, senza bisogno di motivazione, una prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato? Sarebbe semmai legittimo asserire il contrario.

Ciò va affermato con particolare forza, perché, purtroppo, non è raro cogliere questa supposta, ma invero inesistente, mentalità di una prevalenza del pubblico sul privato, in ragionamenti giuridici, sentenze, commenti, ecc.

Purtroppo si fa poca attenzione, in questi casi, al fatto che le Carte Costituzionali sono sempre nate, storicamente, per opporsi agli abusi di Stati dittatoriali ed agli ingiusti sacrifici di diritti individuali; dare per scontata una prevalenza degli interessi pubblici su quelli del singolo privato equivale a porsi proprio in quella prospettiva autoritaria che anche la nostra Costituzione vuole combattere.

Infine la motivazione del Consiglio di Stato è censurabile anche nella parte in cui estende la tutela della riservatezza anche al periodo in cui il rapporto di lavoro è già cessato, in quanto si spinge così al di là della stessa lettera del regolamento richiamato: "finché perdura il rapporto di lavoro".

L'estensione in via interpretativa del divieto di accesso anche al periodo in cui il rapporto di lavoro è cessato viene giustificata con l'esigenza di tutelare il lavoratore nell'ambiente di lavoro e da possibili ripercussioni da parte di terzi: si vuol far credere dunque che si sospettano, senza giustificazione, di

probabili nefandezze non solo il datore di lavoro interessato, ma addirittura anche i possibili datori di lavoro successivi! Il che risulta, per i motivi sopra esposti, davvero eccessivo e fuori luogo.

Non si vuol certo negare o disconoscere che esistano in Italia realtà di datori di lavoro tutt'altro che corretti e magari anche in grado di influenzare negativamente tutto un certo ambiente di lavoro (basti pensare alle zone controllate dalle note organizzazioni criminali di mafia, camorra, 'ndrangheta, sacra corona unita, ecc.), tuttavia se il datore di lavoro appartiene a siffatte cerchie, la sentenza dovrà indicare le ragioni, quantomeno indiziarie, per potergli imputare comportamenti a rischio di discriminazioni, pressioni e ritorsioni. E tali sentenze non potranno mai, rimanendo immotivate, come pure se così motivate, costituire precedente applicabile immotivatamente anche a qualsiasi altro datore di lavoro d'Italia.

Si consideri poi che persino nel procedimento penale - nella situazione analoga in cui deve essere tutelata la libertà di testimoni che devono essere sentiti in contraddittorio, per la necessità del formarsi della prova nel dibattimento -, una volta chiuse le indagini preliminari, avviene la così detta *discovery* con la quale il pubblico ministero mette a disposizione dell'imputato, anche se si tratta di sospettato dei più gravi reati, tutti gli elementi di prova a propria disposizione, al fine di garantirgli un puntuale e specifico potere di contestazione e controdeduzione (qui non c'è rischio di inquinamento che tenga!).

Come si potrebbe negare, dunque, una siffatta garanzia di *discovery*, che si attua nel nostro caso solo con la possibilità di accedere alle dichiarazioni rilasciate agli ispettori, al "povero" datore di lavoro, in circostanze molto meno gravi, quali quelle di possibili illeciti amministrativi (sia pur, ovviamente, una volta conclusa e chiusa l'indagine ispettiva)? Non dovrebbe godere egli di una sorta di analoga presunzione di innocenza anche in relazione ad eventuali illeciti amministrativi (*id est* lavoristici e/o previdenziali)?

Neppure convince la tesi secondo la quale il diritto di difesa del datore di lavoro sarebbe ugualmente garantito dal contenuto del verbale di accertamento e dalla documentazione obbligatoria in suo possesso.

Innanzitutto si deve considerare che sul datore di lavoro che agisca in giudizio gravano gli obblighi di completa indicazione dei mezzi di prova fin dal ricorso introduttivo, ex artt. 414, 1° comma, n. 5, e 442, c.p.c. Egli deve quindi poter conoscere tutti i dettagli della controversia fin da prima di iniziare l'eventuale causa: cosa che non può dirsi avverrebbe, se egli dovesse limitarsi a conoscere delle accuse che gli sono rivolte dal solo verbale, senza conoscere gli elementi sui quali esso si basa. L'insufficienza, poi, dei verbali è dimostrabile con molti e facili esempi: se nel verbale si sostiene, ad esempio, che un lavoratore sarebbe stato "in nero" per i primi sei mesi del suo rapporto, il datore di lavoro, per contestare efficacemente tale circostanza, in ipotesi falsamente riferita agli ispettori o erroneamente dedotta dagli stessi, deve poter sapere se tale periodo è stato indicato da uno o più testimoni o se è stato desunto dalla data della fine del rapporto precedente del lavoratore, ovvero ancora magari dalla data di inizio del cantiere cui era addetto; perché a seconda di come la circostanza è stata riferita o dedotta, diverse, singole o molteplici, potranno essere le prove contrarie ch'egli potrà scegliere di indicare a propria discolpa.

Ancora: se un rapporto di lavoro viene considerato subordinato anziché autonomo, spesso i verbali non indicano tutte le circostanze specifiche sulle quali tale conclusione si basa; come potrà quindi difendersi il datore di lavoro? Contestando che cosa?

Ancora: se una certa dichiarazione proviene da un lavoratore che è appena stato licenziato, oppure da lavoratore che ha grave procedimento disciplinare in corso o invece da lavoratore sul quale nulla di tutto ciò grava, la loro credibilità sarà sempre la stessa? O piuttosto si dovrà pur permettere al datore di lavoro di sapere chi ha dichiarato che cosa, al fine di controdedurre sulla attendibilità del testimone?

D'altronde sarebbe come, mutuando ancora dal penale, se si dicesse all'imputato ch'egli può ben difendersi anche conoscendo solo le accuse con-

tenute nel decreto di citazione a giudizio, senza consentirgli di vedere su quali prove il Pubblico Ministero formula le accuse.

Infine, se si considera che ad una *discovery* che non avvenga in fase stragiudiziale consegue sempre necessariamente una pari *discovery* in sede giudiziale, poiché le dichiarazioni dei lavoratori vengono sempre necessariamente prodotte in giudizio, nel caso di promovimento di esso da parte del datore di lavoro, tutta questa resistenza a fornirle un po' prima, motivata sulle esigenze di riservatezza del lavoratore, che senso ha, quando comunque, poco più tardi, tali esigenze finiscono necessariamente per dover essere poi del tutto trascurate?

Né è accettabile il ragionamento fatto dal Consiglio di Stato nella prima sentenza in commento, laddove afferma che le ragioni del datore di lavoro sarebbero comunque tutelate anche "dalla possibilità di ottenere accertamenti istruttori in sede giudiziaria": in questo modo infatti si costringerebbe il datore di lavoro ad agire in giudizio in ogni caso ed al buio, con il rischio sia di dover soccombere e pagare le spese, sia magari di dover rinunciare a benefici e disposizioni premiali che riducono le sanzioni in caso di mancata opposizione; in altre parole il diritto di difesa si assicura garantendo anche la possibilità di scelta tra l'agire in giudizio ed il non agire.

Tutto ciò, dunque, si è osservato alla luce del regolamento citato, dal quale le sentenze stesse in commento prendono le mosse.

Ma quel che è ancor più grave, è che il Regolamento 757 del 1994 risulta essere in palese contrasto con le norme di rango gerarchico superiore contenute nella Legge 241/1990 e successive modifiche (in particolare con la Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e, di recente, ulteriormente con la L. 18 giugno 2009 n. 69). Sicché sia il testo previgente al 2005 sia l'attuale testo di legge, come già rilevato dalla dottrina citata e da altre sentenze dello stesso Consiglio di Stato⁶, consentono ed obbligano a disapplicare il Regolamento citato, per contrasto con la fonte legislativa da cui esso

(6) PIERO GUALTIEROTTI, citato alla nota 2, ed, *ivi*, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2366, Cons. di Stato, Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923, TAR Piemonte 4021/2005, TAR Veneto 18 gennaio 2006.

promana⁷. Le sentenze in commento non spiegano affatto, sotto tale profilo, il *revirement* interpretativo, anzi sembrano aver proprio dimenticato ovvero trascurato tale aspetto.

In effetti sia il nuovo testo dell'art. 24 della L. 241/1990, che il vecchio⁸, autorizzano le singole pubbliche amministrazioni all'emanazione di regolamenti disciplinanti i casi di esclusione del diritto d'accesso, ma entrambi i testi prevedevano e prevedono che il diritto alla riservatezza e quindi l'esclusione dal diritto di accesso cedano di fronte al superiore diritto dei richiedenti, nei casi di richiesta motivata da

necessità di curare o difendere i propri diritti o interessi giuridici.

Sicché qualsiasi divieto o limite al diritto di accesso, motivato da regolamenti che facciano prevalere il diritto alla riservatezza degli interessati rispetto al diritto di difesa dei richiedenti, ancorché motivato dalla previsione del caso in cui la divulgazione delle notizie possa far derivare discriminazioni, pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori, risulta illegittimo e va disapplicato dal giudice per contrarietà alla legge (cioè, ora, al disposto della prima parte del comma 7 dell'art. 24 L. 241/90).

(7) Anche nel testo precedente (2° e 4° comma dell'art. 24) l'esclusione dell'accesso alle dichiarazioni dei lavoratori effettuata tramite il disposto regolamentare era fondata sulla previsione di legge che attribuiva il potere alle pubbliche amministrazioni di escludere il diritto d'accesso quando necessario a tutelare "la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, *garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici*". Nel testo attuale, invece, il fondamento si può individuare, per le pubbliche amministrazioni in genere, a mio parere, nel combinato disposto del comma 1, lett. a), ultima parte, e del comma 2, mentre, per il Governo, starebbe nella previsione dell'art. 24, comma 6, lett. d) ("quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi..."). Invero il comma 6 è tuttora in attesa di applicazione, mancando il regolamento di definitiva attuazione: infatti il D.P.R. 184/2006 che ha dettato le regole specifiche circa l'esercizio del diritto di accesso alla luce delle novità normative introdotte dalla legge n. 15/2005, ha transitoriamente mantenuto in vigore, fino appunto all'emanazione del predetto regolamento, a tutt'oggi ancora mancante, l'art. 8 del D.P.R. n. 352/1992, che contiene dicitura identica, quanto al caso della tutela della riservatezza delle persone, a quella di cui al nuovo testo dell'art. 24, comma 6, lett. d).

(8) "1. Il diritto di accesso è escluso:

a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;

d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

3.

4. L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.

6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;

b) quando l'accesso

c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;

d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;

e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale."

Il diritto di difesa, dunque, nell'ordinamento attuale, prevale a tal punto su ogni altro diritto (compreso quello alla riservatezza dei lavoratori e quello pubblico ad una raccolta delle informazioni da parte degli ispettori esente da rischi di inquinamento o distorsioni per effetto di eventuali timori di ritorsioni), da rendere obsolete anche le preoccupazioni o i relativi accorgimenti, in passato ritenuti rilevanti, quali l'oscuramento dei nomi dei dichiaranti, altre garanzie offribili dal datore di lavoro, o i rischi di qualsiasi tipo connessi alla personalità di quest'ultimo.

A conferma della prevalenza del diritto di difesa, di rango costituzionale (art. 24 Cost.), sul diritto alla riservatezza, merita di essere ricordata anche una recentissima sentenza della Cassazione lavoro, la n. 15327 del 30 giugno 2009 che, pronunciandosi nel caso di un datore di lavoro che s'era avvalso di alcuni scritti di un dipendente per produrli a terzi quali scritture di comparazione, al fine di accertare l'autore, tra i propri dipendenti, di uno scritto ingiurioso, ha affermato: *"Invero, come affermato da questa Corte in analoghe occasioni, in tema di trattamento dei dati personali l'interesse alla riservatezza, tutelato dall'ordinamento positivo, recede quando quest'ultimo sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e nei soli ovvi limiti in cui esso sia necessario alla tutela. La L. 675 del 1996, infatti, non configurando uno "statuto generale della persona", non si applica generalizzatamente ad ogni situazione soggettiva comunque riconducibile al novero dei diritti della persona, ma soltanto a quelle tra le predette situazioni soggettive che rientrano nell'ambito di applicazione della L. 675 del 1996 come normativamente delineato in relazione al fenomeno del "trattamento dei dati personali", precludendo l'accesso solo per quei documenti relativi ai dati sensibili della persona (vita privata, riservatezza sullo stato di salute, fede religiosa, difesa della dignità umana) (Cass. 24 maggio 2003 n. 8239).*

Di conseguenza deve escludersi che sempre ed in ogni caso, quando si abbia una divulgazione dei

dati relativi alla persona, si realizzi una violazione della L. 675 del 1996 a tutela del legittimo titolare dei dati personali, non potendosi prescindere da un giudizio di comparazione, rimesso al giudice di merito, degli interessi in gioco."

Giudizio di comparazione che, nel caso del diritto di accesso ai documenti amministrativi, è già effettuato nella legge, ove è risolto sempre e comunque a favore dell'accesso, non appena esso sia necessario per la tutela di propri diritti. *Un minimo spazio di valutazione residua, quindi, soltanto per l'accertamento del presupposto della necessità*, che però non potrà certo negarsi per il solo fatto, ad esempio, che le accuse sono reperibili altrove. La tutela dovrà ritenersi necessaria ogni qual volta il richiedente possa trarre una sia pur minima utilità dall'esame dei documenti dei quali chiede l'accesso, ai fini delle valutazioni operabili nella prospettiva della presentazione di un ricorso, sia amministrativo che giudiziale, o addirittura per la prospettata ipotesi di una qualsiasi altra iniziativa di tutela o difesa di propri interessi (come recita testualmente il comma 7 dell'art. 24 citato): ad esempio una denuncia, una querela, una istanza amministrativa, ecc. Ogni altra valutazione, nel caso di richieste per la tutela di diritti o interessi giuridici, è esclusa dalla legge e non può quindi essere svolta né dalle pubbliche amministrazioni, né dai giudici.

Insomma il diritto di accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori è per il datore di lavoro sempre garantito e non vi possono più essere ostacoli o riserve di alcun tipo ad una piena attuazione di esso da parte delle pubbliche amministrazioni, chiamate a rivedere i loro regolamenti interni quando inadeguati, e soprattutto dai giudici amministrativi, chiamati, se del caso, a disapplicare i medesimi.

Le sentenze commentate, per conseguenza, lungi dal poter essere encomiate come fatto da alcuni primi commentatori⁹, risultano gravemente ingiuste, superate dall'ordinamento, e non dovrebbero trovare alcun seguito.

(9) Ci si riferisce agli avvocati INPS Lidia Carcavallo e Francesca Ferrazzoli, nella citata Inf. prev. n. 3/2008.