

Diffida accertativa: il catalogo è questo la circolare n. 1/2013 del Ministero del lavoro

di **Giovanna Carosielli**

A quasi un decennio dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 e del successivo d.lgs. n. 124/2004, contenente gli strumenti operativi dell'attività di vigilanza, il Ministero del lavoro ha emanato la circolare n. 1 dell'8 gennaio 2013, riguardante i profili interpretativi e le istruzioni operative sulla diffida accertativa prevista dall'art. 12 d.lgs. n. 124/2004.

La circolare in parola, a fronte di richieste di chiarimenti provenienti dal personale ispettivo e dai Comitati regionali per i rapporti di lavoro, coglie l'occasione per definire sia gli elementi distintivi, sia i limiti applicativi di detto rimedio ispettivo, soprattutto con riferimento all'individuazione dell'ambito oggettivo di declinazione concreta dell'istituto: a tale scopo, il documento ministeriale si compone di due parti, di cui la prima illustra il fondamento, la natura ed i caratteri tipizzanti il provvedimento di diffida, mentre la seconda fornisce un elenco, sintetizzato in uno schema in calce alla medesima circolare, delle tipologie di credito patrimoniale per le quali è possibile o meno diffidare il datore di lavoro.

In merito al suo profilo, il Ministero precisa che la diffida accertativa costituisce un titolo esecutivo di formazione amministrativa finalizzato alla soddisfazione di un diritto soggettivo privato, con il duplice obiettivo, da un lato, di saldare un collegamento tra l'attività di vigilanza e la tutela delle ragioni patrimoniali del lavoratore e, dall'altro, di deflazionare il carico dei Tribunali.

In ragione di ciò, infatti, la circolare n. 1/2013, fugando dubbi ermeneutici, afferma che la diffida accertativa non può essere adottata solo quando il personale ispettivo abbia avuto contezza di un'omissione retributiva ad opera di un datore di lavoro, dovendo al contrario essere emessa anche a seguito dell'accertamento operato dall'ispettore.

In altri termini, stante la natura di accertamento tecnico espressamente conferita alla diffida accertativa a seguito del provvedimento del Direttore della Direzione Territoriale del Lavoro, giusta comma 3, art. 12, d.lgs. n. 124/2004, e dell'idoneità a costituire titolo esecutivo, il personale ispettivo, nel corso dell'accertamento, è tenuto a verificare l'esistenza e l'entità di eventuali crediti patrimoniali in favore dei lavoratori, essendo questo l'esplicitato obiettivo dell'attività di vigilanza. Diversamente, chiarisce il Ministero, non avrebbe alcun senso l'attribuzione normativa del valore di accertamento tecnico assegnato al provvedimento in parola, oltre che della sua espressa idoneità a divenire un titolo esecutivo, che, come noto, è caratterizzato dal *numerus clausus*, come stabilito dall'art. 474 c.p.c..

A seguito della riportata precisazione ministeriale, l'adozione di una diffida accertativa, quindi, riposa non soltanto su fatti o circostanze preesistenti all'accertamento ispettivo, bensì su presupposti – ugualmente caratterizzati da oggettiva riscontrabilità – che siano emersi durante il medesimo procedimento amministrativo, che, appunto, deve tendere all'emersione, totale e/o parziale, di tutti gli aspetti, patrimoniali quanto contributivi, dei rapporti di lavoro esaminati.

Il riportato chiarimento ministeriale si estende anche alla mediata funzione della diffida accertativa di alleggerimento del contenzioso giudiziario, favorendo fasi conciliative di risoluzione dei conflitti individuali di lavoro ed evitando inutili duplicazioni dei rimedi normativamente previsti per la tutela delle ragioni creditorie dei prestatori di lavoro, sebbene alcune pronunce di merito abbiano chiarito come, stante la natura amministrativa nella formazione del credito azionato dal lavoratore,

non sia possibile violare il principio del *ne bis in idem*: infatti, come insegna la sentenza n. 8527 del 05 aprile 2007 delle Sezioni Unite della Cassazione, tale violazione può aversi solo tra accertamenti giudiziari distinti su una materia sulla quale si sia già formato il giudicato, mentre la procedura amministrativa di accertamento del credito oggetto di diffida accertativa non preclude alcuna ulteriore pronuncia da parte di un organo giurisdizionale sulla medesima questione (Corte di Appello Firenze, sez. lav., sentenza del 5 aprile 2012, n. 387, in banca dati *De Jure*).

Nella seconda parte, la circolare n. 1/2013 si premura di illustrare i casi in cui il personale ispettivo è tenuto a diffidare il datore di lavoro alla soddisfazione dei crediti patrimoniali accertati, individuando cinque categorie di crediti, per le prime due dei quali – da omesso pagamento del datore di lavoro e di tipo indennitario, da maggiorazioni, trattamento di fine rapporto o mancata fruizione delle ferie *et similia* – a giudizio del Ministero non sussistono difficoltà applicative, trattandosi di inadempimento datoriale di obbligazioni certe nella loro esistenza – perché risultanti da prospetti di paga, ovvero dalla documentazione obbligatoria di lavoro – e nel loro ammontare – essendo ricavabili dai parametri oggettivi previsti dal Ccnl di riferimento.

Al contrario, la terza e la quarta tipologia di crediti vantati dal lavoratore – e segnatamente: le retribuzioni di risultato e premi di produzione, e quelli scaturenti da un non corretto inquadramento della tipologia contrattuale, come emerso dall'accertamento ispettivo – appaiono forieri di valutazioni delicate e meritevoli di una cognizione piena, preferendo quindi il Ministero sconsigliare l'adozione del provvedimento ispettivo in parola, e demandare ad un eventuale contenzioso la determinazione del *quantum debeatur* al lavoratore.

È prevedibile che tale scelta ministeriale, pur se astrattamente condivisibile nella misura in cui affranca l'impiego di un rimedio a contenuto tecnico, qual è la diffida accertativa, da valutazioni di merito che necessitano di un apprezzamento personale (le promozioni e/o i premi di risultato ai singoli lavoratori), ovvero ponderato e formatosi a seguito di un pieno contraddittorio tra le parti (la corretta qualificazione di un rapporto lavorativo, da parasubordinato a subordinato, come esplicitato nella circolare, estensibile, identica essendo la *ratio*, anche ad un'associazione in partecipazione non genuina), non andrà esente da rilievi critici, soprattutto alla luce della successiva ed ultima categoria di crediti per i quali l'ispettore del lavoro, al contrario, è tenuto ad emettere la diffida accertativa.

Infatti, per i crediti legati al demansionamento ovvero alla mancata applicazione di livelli minimi retributivi, il Ministero ravvisa l'opportunità e, verrebbe da dire, l'imprescindibilità dell'adozione del provvedimento in parola, sia alla luce della previsione costituzionale di un trattamento retributivo dignitoso (art. 36 Cost.), sia in ragione della rilevanza pubblicistica alla promozione e tutela degli obblighi retributivi nascenti dai rapporti di lavoro privati, come peraltro sancito dall'art. 8, l. n. 30/2003.

Orbene, al di là della condivisibilità o meno della predetta ricostruzione giuridica, è indubbio che la "spinta" operata dal Ministero per l'emissione della diffida accertativa nelle ipotesi di lavoro sommerso potrà creare problemi applicativi, soprattutto nei casi di incerta individuabilità del C.C.N.L. applicabile al rapporto accertato, ovvero di pagamento parziale in contanti del lavoratore, confermato da entrambe le parti del rapporto di lavoro e, teoricamente, considerabile quale acconto sul dovuto.

Nella medesima ultima categoria di crediti retributivi del lavoratore, il Ministero enuncia anche le ipotesi di demansionamento, senza tuttavia svolgere alcuna considerazione a riguardo: in assenza di esplicazioni, quindi, appare preferibile ritenere che il riferimento sia al diritto al trattamento retributivo corrispondente all'inquadramento conseguito con l'assunzione, come previsto dall'art. 2103 c.c., per il quale "*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. [...]*". Pertanto, ove il lavoratore, a seguito di un infortunio ovvero una gravidanza o una malattia, fosse adibito a mansioni inferiori ed in ragione di ciò il proprio datore di lavoro gli

riducesse la corrispondente retribuzione, l'ispettore del lavoro sarebbe tenuto a correggere tale inosservanza datoriale degli obblighi normativi e contrattuali.

Non ultimo per ordine di importanza appare il dubbio sull'applicabilità delle riportate precisazioni ministeriali, in punto ad accertamento ed oggetto del credito, per le diffide accertative adottate verso i committenti dei datori di lavoro dei lavoratori non pagati, come previsto nella circolare n. 5/2011.

A tal proposito, infatti, giova ricordare la giurisprudenza di merito che, parzialmente anticipando le recenti indicazioni governative, ha impiegato proprio la diffida accertativa, e l'accertamento tecnico ivi contenuto, per considerare provata l'esistenza e l'entità del credito vantato dal lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro, a seguito di ricorso nei confronti del committente dell'appalto in cui ha prestato la propria attività, in ragione dell'obbligazione in solido sancita dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (Trib. Milano, sez. lav., sentenze del 20 luglio 2011, n. 3783 e del 5 agosto 2011, n. 3924, in banca dati *De Jure*), e non direttamente, come al contrario prevede la circolare n. 5/2011 sugli appalti, la quale, prevedendo l'adozione della diffida accertativa anche nei confronti dell'obbligato in solido, ha generato qualche dubbio interpretativo in considerazione del fatto che l'art. 12 d.lgs. n. 124/2004 si riferisce espressamente al *datore di lavoro*, precludendone un'applicazione analogica, anche in ragione dell'eccezionalità del rimedio esperito.

Giovanna Carosielli

Ispettore del lavoro, DTL Bologna