

Potere di diffida accertativa

Pierluigi Rausei - *Adapt professional fellow* (*)

Con la circolare n. 1 dell'8 gennaio 2013 il Ministero del lavoro, dopo la sintetica esposizione che era stata fatta nella circolare 24 giugno 2004, n. 24, ha dettato istruzioni operative in materia di diffida accertativa per i crediti patrimoniali dei lavoratori disciplinata dall'art. 12 del D.Lgs. 23 aprile 2004, n. 124. La diffida accertativa (1) fa ingresso nel nostro ordinamento giuslavoristico come istituto "rivoluzionario" (2), per il suo caratterizzarsi in base ad una dirompente *vis* giuridica con effetti immediati e decisivi sulla tutela diretta dei diritti retributivi e pecuniari in genere dei lavoratori. L'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, dunque, assegna al personale ispettivo delle Direzioni territoriali e regionali del Ministero del lavoro e delle politiche sociali il potere di diffidare il datore di lavoro alla corresponsione, entro un termine prefissato, di specifiche somme di denaro, accertate quale spettanza dovuta a titolo di credito patrimoniale ovvero, meglio, di natura pecuniaria, e quindi non meramente retributiva, in quanto somme dovute ai lavoratori in conseguenza dell'effettivo svolgimento di un rapporto di lavoro di qualsivoglia specie e tipologia, come si dirà appresso, per la regolare esecuzione delle prestazioni lavorative pattuite fra le parti.

Profili generali dell'istituto

Sotto un profilo di carattere

sistematico e generale, la «diffida accertativa» si inserisce a pieno titolo nella prospettiva delle azioni strategiche complessivamente introdotte nel contesto della riforma del mercato del lavoro (legge 14 febbraio 2003, n. 30), miranti a coniugare flessibilità e occupabilità, ma anche, e non su di un piano secondario, a tutelare i diritti dei prestatori di lavoro subordinato e autonomo. Se si vuole individuare di primo acchito la finalità dell'istituto di cui ci si occupa, in effetti, non può non rilevarsi come la diffida accertativa giunga a garantire la possibilità concreta che il lavoratore si veda immediatamente soddisfatti i crediti di natura pecuniaria (principalmente retributivi o corrispettivi, ma non solo dunque), maturati nel corso di un rapporto di lavoro regolarmente instauratosi ovvero anche nell'ambito di un inquadramento contrattuale o normativo irregolare o, infine, nell'alveo di una attività lavorativa sommersa (cd. "in nero").

L'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004 fornisce, pertanto, all'Ispettore del lavoro uno strumento di straordinaria importanza per muoversi a difesa delle concrete esigenze dei lavoratori, potendo finalmen-

Note:

(*) L'Autore è anche dirigente del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero personale dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.

(1) Dell'istituto si sono occupati specificamente: C.M. Cammalleri, *Sistema della diffida accertativa per crediti patrimoniali. Struttura, disciplina, attuazione e rimedi*, FrancoAngeli, Milano, 2009; L. Zaccarelli, *Commento all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004*, in M. Grandi, G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 2618-2623; A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, 95-106; A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 8-9, 644-648; M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro*, relazione al Convegno nazionale dei dirigenti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Roma, Università Roma Tre, dicembre 2004 (dattiloscritto); A. Gaspari, A. Guadagnino, *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D.Lgs. 124/04*, Iuridica Editrice, Roma, 2005, 68-73; G. Bolego, *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari*, in L. Nogler, C. Zoli (a cura di), *Commentario sul tema Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4/2005, 957-971; B. Broi, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali del prestatore*, in *Lav. prev.*, n. 20/2004, 7 s.; P. Rausei, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali in C.L. Monticelli, M. Tiraboschi (a cura di), La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, collana Adapt-Fondazione «Marco Biagi», n. 4, Giuffrè, Milano 2004, 205-231; P. Rausei, *Dalla diffida accertativa ai ricorsi regionali*, in P. Pennesi, E. Massi, P. Rausei, *La riforma dei servizi ispettivi*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 30, Inserto, XXII s.

(2) Nello stesso senso chi scrive si era espresso già in P. Rausei, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali cit.*, 205. Di «novità dirompente» parla A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, cit., 646. Condivide tale valutazione d'impatto della diffida accertativa anche G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro* in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2005. Di «piccola rivoluzione nell'attuale panorama dell'attività di vigilanza» riferisce A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 42, Inserto, XIII. Parla, invece, di «singolarissima procedura», S. Margiotta, *Ispezioni in materia di lavoro. Decreto legislativo n. 124 del 23 aprile 2004*, IV edizione, Ipsoa, Milano 2005, 99. Di «efficacissimo strumento di tutela» parlano A. Gaspari, A. Guadagnino, *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D.Lgs. 124/04 cit.*, 68.

te intervenire in prima persona, in sede ispettiva, con un proprio provvedimento (3), al quale potrà successivamente essere riconosciuta (addirittura) l'efficacia giuridica di titolo esecutivo per l'ottenimento delle somme dovute in ragione dell'attività lavorativa svolta (4).

Natura del provvedimento

Anche la circolare ministeriale n. 1/2013 sottolinea l'origine dell'istituto, ricordandone la diretta derivazione dalla delega contenuta nell'art. 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, laddove il legislatore delegante invitava il Governo a delineare «*un sistema organico e coerente di tutele del lavoro*» con lo scopo, fra l'altro, della «*semplificazione delle procedure per la soddisfazione dei crediti di lavoro*».

L'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, quindi, si caratterizza, come la circolare n. 1/2013 evidenzia, per l'aver introdotto «*per la prima volta*» nell'ordinamento giuslavoristico italiano «*un titolo esecutivo di formazione amministrativa per la soddisfazione di un diritto soggettivo privato*».

In realtà il Ministero estrinseca tale caratteristica della norma esaminata segnalandone la differenza rispetto a strumenti di natura negoziale ovvero di origine giudiziale, enucleando come proprio la legge n. 30/2003 esigesse di raccogliere, con duplice valenza, in un *unicum* strumentale, l'attività di vigilanza e la soddisfazione dei diritti economici dei lavoratori, non soltanto nell'intento di promuovere «*forme conciliative di risoluzione dei conflitti individuali di lavoro*», ma anche con un «*non celato*

scopo di deflazionare il carico dei Tribunali».

La circolare n. 1/2013 sottolinea, dunque, come il «*sistema delle tutele lavoristico-previdenziali*» si sia arricchito, proprio mediante l'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, di uno strumento che, nel soddisfare gli interessi patrimoniali dei lavoratori, si aggiunge alle tutele pubblicistiche tipiche relative alla individuazione e contestazione degli illeciti (amministrativi e previdenziali) e alla «*comminazione delle relative sanzioni*», con ciò di fatto ampliando gli ambiti tradizionalmente destinati alla vigilanza in materia di lavoro che, per effetto della diffida accertativa, ricomprende anche la «*tutela patrimoniale dei rapporti obbligatori privati*», attraverso uno specifico «*procedimento amministrativo*» idoneo a consentire, «*in assenza di adempimento spontaneo o di conciliazione*» fra lavoratore e datore di lavoro, la formazione di un «*titolo esecutivo*» (5).

Il Ministero del lavoro, nella citata circolare n. 1/2013, segnala inoltre che la diffida accertativa sarebbe il primo strumento normativo idoneo ad intervenire nella tutela dei rapporti di lavoro privato, mentre su tali aspetti gli ispettori del lavoro (ed anche quelli degli Istituti di previdenza obbligatoria) hanno sempre inciso con i rispettivi verbali di accertamento: la novità rivoluzionaria della diffida accertativa non sta, dunque, nell'ampliamento del campo di indagine che già rappresentava il portato o il derivato degli accertamenti in materia di lavoro e previdenza, quanto piuttosto nella possibilità di incidere direttamente sulla sostanziale capacità di soddisfacimento immediato del lavoratore che vanta crediti di lavoro

mediante un provvedimento di diffida al datore di lavoro (6).

Presunta facoltatività

Vi è da rilevare il significato dell'azione contenuta nel verbo («diffida») (7) utilizzato dal legislatore che afferma, testualmente: «*qualora nell'ambito dell'attività di vigilanza emergano inosservanze alla disciplina contrattuale da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore*

Note:

(3) Parla di mero «atto amministrativo» (non di volizione) e non di «provvedimento», G. Bolego, *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari cit.*, 963-964.

(4) Della strutturale novità dell'istituto non sembrano prendere atto taluni dei primi commentatori che finiscono per accomunarlo erroneamente alla diffida ex art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, cfr. E. De Fusco, *La nuova organizzazione del Servizio ispettivo in Guida al lavoro*, 2004, 21 del 21 maggio 2004, pag. 36.

(5) In realtà, qui la circolare n. 1/2013 forse dice troppo e pone sul tappeto questioni sicuramente delicate rispetto alle quali molteplici potranno essere le letture che la giurisprudenza potrà offrime. Anzitutto qualificando *tout court* la procedura di adozione e validazione della diffida accertativa quale «*procedimento amministrativo*», avulso di fatto dai connotati tipici della vigilanza amministrativa di tipo sanzionatorio, apre lo scenario della piena applicazione dei principi e dei criteri normativi contenuti nella legge n. 241/1990 (cfr. la sentenza della Corte cost. n. 310 del 5 novembre 2010).

(6) D'altra parte, l'esempio richiamato nella circolare n. 1/2013 quale precedente analogo di titolo esecutivo di formazione amministrativa a carattere stragiudiziale appare del tutto inidoneo (se non propriamente errato), giacché l'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 18 della legge n. 689/1981 diviene titolo esecutivo nel contesto ordinario e generale dell'accertamento e della punizione degli illeciti amministrativi, mentre la diffida accertativa prescinde del tutto dalla sussistenza di un illecito (l'esempio da richiamare, piuttosto, poteva più correttamente essere quello del decreto di decadenza dall'assegnazione e di rilascio degli alloggi dell'edilizia residenziale pubblica, ex art. 11, comma 13, del D.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035).

(7) Come puntualizza correttamente G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro cit.*, «l'uso dell'indicativo presente lascerebbe supporre l'obbligatorietà del provvedimento qualora si verificano tutti i requisiti richiesti dalla norma».

dei prestatori di lavoro, il personale ispettivo delle Direzioni del lavoro diffida il datore di lavoro a corrispondere gli importi risultanti dagli accertamenti» (art. 12, comma 1).

Sul punto la circolare n. 24/2004 aveva già inteso chiarire che la disposizione va letta nel senso della «non obbligatorietà» dello strumento (8): la diffida accertativa viene impartita dall'ispettore del lavoro dopo una attenta e prudente valutazione di tutte le circostanze del caso, in base ai risultati concreti dell'indagine ispettiva svolta e, soprattutto, degli elementi oggettivi (di fatto e di diritto) che sono stati rilevati, acquisiti e documentati.

Tuttavia, si poteva essere tutt'altro che certi riguardo alla correttezza della lettura proposta per il testo normativo in esame, non foss'altro in termini di costituzionalità dell'interpretazione fornita (9).

Se, in effetti, la facoltatività della diffida accertativa si ferma sulla soglia della acquisizione completa dei dati utili al computo delle spettanze patrimoniali, tale per cui l'ispettore che procede può decidere se redigere o meno la diffida accertativa in mancanza di taluni elementi, allora si può ritenere che l'interpretazione fornita dal Ministero del lavoro sia piuttosto coincidente col portato valoriale della riforma ed anche con una lettura costituzionalmente orientata della norma. Al contrario, se si sostiene che la circolare n. 24/2004 ha inteso lasciare libero l'ispettore, che abbia oggettivamente e concretamente acquisito tutti gli elementi necessari e sufficienti al calcolo dei lamentati e accertati crediti patrimoniali del lavoratore, allora si deve ritenere che la lettura ministeriale della

disposizione in argomento contrasta nettamente con i disposti costituzionali contenuti nell'art. 2 e nell'art. 3 della Costituzione con riferimento alla ragionevolezza dell'uguaglianza sostanziale e alla inviolabilità dei diritti fondamentali della persona che lavora (10).

Conseguentemente, il personale ispettivo potrebbe godere di una discrezionalità prevalentemente, se non esclusivamente, «tecnica», necessariamente legata all'adeguatezza del materiale probatorio acquisito e formato in sede di accertamento, con riferimento alla esatta individuazione e al calcolo dei crediti pecuniari del lavoratore interessato (11).

In questa stessa direzione sembra muovere la circolare n. 1/2013 quando evidenzia puntualmente i crediti per i quali la diffida accertativa deve essere adottata e quelli rispetto ai quali è lo stesso Ministero a valutare in generale le ragioni di inopportunità rispetto all'adozione del provvedimento di che tratta.

Richiesta del lavoratore

Risolta in senso chiaramente negativo la questione circa la presunta facoltatività della diffida accertativa, occorre riflettere sulla diversa problematica relativa alla necessità di una esplicita richiesta da parte del lavoratore interessato (12).

In effetti, posto che il titolare unico ed esclusivo del credito pecuniario che viene a formare oggetto della diffida accertativa è il lavoratore che può vantarlo in veste di creditore, appunto, ci si deve domandare se sia pienamente legittima una iniziativa *ex officio* nell'adozione del provvedimento di diffida.

La diffida accertativa non è un istituto giuridico di origine processuale rivolto alle parti private, datore di lavoro e lavoratore, nella tutela delle proprie rispettive posizioni di creditore o debitore, ma l'attribuzione di uno specifico potere ad una Autorità amministrativa, con competenze di vigilanza e ispezione, laddove accerti la sussistenza di un credito di natura patrimoniale che consegue ad inosservanze contrattuali.

Il D.Lgs. n. 124/2004 non ha inteso deviare rispetto alla ordinaria ricostruzione sistematica dei «ruoli» nella dinamica dialettica fra creditore e debitore, ma piuttosto, data la rilevanza speciale della materia (i crediti di lavoro) e data la competenza specifi-

Note:

(8) Testualmente la circolare n. 24/2004 recita sul punto «l'organo di vigilanza ha la facoltà di procedere ad impartire una diffida accertativa, valutate le circostanze del caso, secondo un prudente apprezzamento dei risultati dell'indagine e degli elementi obiettivi acquisiti».

(9) In senso adesivo sul punto anche L. Zaccarelli, *Commento all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004 cit.*, 2620, il quale afferma precisamente che «il tenore letterale della disposizione non lascia dubbi: quello in esame è non solo un potere ma anche un dovere degli ispettori, i quali, sussistendo tutti i requisiti oggettivi e soggettivi dell'istituto, debbono diffidare il datore di lavoro».

(10) Non così, invece, se, come proposto nel testo, si intendono i chiarimenti della circolare n. 24/2004 nel senso di una responsabilizzazione del personale ispettivo circa l'utilizzo adeguato e consapevole dell'istituto in esame: cfr. A. Gaspari, A. Guadagnino, *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D.Lgs. 124/04 cit.*, 70, che testualmente scrive: «Quanto all'obbligatorietà o meno dello strumento in esame, laddove ne ricorrano tutti i requisiti, preme evidenziare che l'utilizzo dell'espressione *ha facoltà di* nella circolare ministeriale n. 24/04 (...) si prefigge al contrario di responsabilizzare il personale ispettivo nelle proprie scelte, nel senso che la diffida accertativa può e deve essere utilizzata solo se suffragata da seri, obiettivi e certi elementi di fatto e di diritto e non sulla base di un'indagine superficiale».

(11) Nello stesso senso anche G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro cit.*

(12) Ha sollevato per primo tale delicata questione L. Iero, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, in *Lav. giur.*, 2004, 7, 643.

ca delle Direzioni del lavoro, assegnare a tali organismi amministrativi il potere di intimare al datore di lavoro l'immediata corresponsione delle somme dovute al lavoratore, titolare del relativo credito pecuniario, a prescindere da qualsiasi formale ed esplicita richiesta da parte dell'interessato.

D'altra parte, conferma del fatto che nessun arbitrio e nessun abuso può essere compiuto e che, al contempo, il lavoratore resta esclusivo titolare del credito e del relativo diritto ad esigere l'estinzione mediante pagamento, è data dalla circostanza che, ultimate le singole e diverse fasi procedurali, una volta che la diffida accertativa venga validata dal Direttore della Direzione del lavoro, il lavoratore resta totalmente libero di decidere se azionare le proprie pretese creditorie avvalendosi del titolo esecutivo formatosi oppure rimanere inerte (13).

Qualora il lavoratore, "padrone" del credito pecuniario, decida di non avvalersi della diffida accertativa notificatagli a seguito della validazione dirigenziale (ad esempio perché convinto che il datore di lavoro onorerà il proprio debito nei suoi confronti in costanza di rapporto di lavoro), il provvedimento non potrà essere in alcun modo e da nessun altro azionato (14).

Lavoro subordinato e autonomo

Ancora con riferimento al lavoratore interessato dalla diffida accertativa, va rilevato che l'art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 124/2004 parla di «prestatori di lavoro» senza operare alcun esplicito riferimento al lavoro subordinato: anche l'uso della locuzione

«datore di lavoro» è da intendersi nella sua più estesa genericità (15).

Da tale premessa deriva, inevitabilmente, che la diffida accertativa può essere adottata tanto con riguardo al lavoro subordinato, come di primo acchito è dato comprendere dal dettato normativo, ma anche con riferimento ai rapporti di lavoro autonomo (collaborazione coordinata e continuativa a progetto o programma, associazione in partecipazione o lavoro occasionale) (16).

Tale interpretazione è stata integralmente condivisa dallo stesso Ministero del lavoro nella circolare n. 24/2004 (17), laddove, peraltro, viene precisato che qualora si faccia seguito a diffida accertativa con riguardo ad un rapporto di lavoro autonomo, dovranno essere tenuti in considerazione soltanto quei compensi che sono calcolabili sulla base di presupposti certi e oggettivamente predefiniti, i quali, quindi, non necessitano, per la loro commisurazione effettiva, di alcuna valutazione di carattere discrezionale, specialmente con riferimento ai risultati o alle caratteristiche dell'attività lavorativa concretamente svolta. Nella stessa direzione si è mossa la più recente circolare n. 1/2013.

Inosservanze contrattuali

Con riguardo alla individuazione dell'ambito di operatività dell'istituto, l'art. 12, comma 1, stabilisce che il presupposto affinché possa procedersi con un provvedimento di diffida accertativa è l'emergere, nell'ambito di una attività di vigilanza, di «inosservanze alla disciplina contrattuale» (18).

In argomento sussiste una chiara e decisa presa di posi-

zione ministeriale (in seno alla richiamata circolare n. 24/2004), del tutto condivisibile, secondo cui il provvedimento

Note:

(13) Così anche G. Bolego, *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari*, 968, che scrive: «una volta formato il titolo esecutivo, il lavoratore sarà libero di decidere se agire esecutivamente contro il suo datore di lavoro, ovvero rinunciare all'azione esecutiva, lasciando trascorrere il termine prescrizione».

(14) Resta fermo, tuttavia, e qui occorre sollecitare una particolare attenzione in vista di un probabile contenzioso (anche giudiziario), che l'Ente o l'Istituto previdenziale - al quale debbano essere versati contributi relativamente alle somme accertate nella diffida accertativa validata - potrà attivarsi in forza delle risultanze documentali dell'accertamento ministeriale per avanzare le proprie pretese creditorie di natura previdenziale. Cfr. sul punto anche A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma* cit., XIV, nota 68.

(15) Sul punto si vedano le conclusioni di M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro* cit., par. 5, secondo il quale: «Nessuna restrizione, infine, è stata introdotta con riguardo ai profili soggettivi dei rapporti di lavoro coinvolti. La diffida può, infatti, essere rivolta a qualsiasi datore di lavoro, imprenditore e non». Conforme è l'opinione anche di L. Zaccarelli, «Commento all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004» cit., 2619.

(16) Concorda con quanto sostenuto nel testo anche M. Marazza, *op. loc. ult. cit.*, che espressamente afferma: «la diffida accertativa potrà essere utilizzata anche in caso di inosservanze della disciplina contrattuale applicabile al lavoro autonomo, in tutte le sue tipologie contrattuali». *Contra* invece L. Zaccarelli, *Commento all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004* cit., 2619, il quale sostiene che «l'espressione prestatori di lavoro utilizzata dal legislatore delegato è idonea a designare, in via esclusiva, i lavoratori subordinati. Infatti, essa è usata dall'art. 2096 c.c. in poi, per indicare solo i soggetti di cui ai precedenti artt. 2094 e 2095 c.c. (vale a dire, i prestatori di lavoro subordinato)».

(17) Testualmente nella circolare n. 24/2004 si trova scritto: «Va sottolineato che l'adozione della diffida accertativa appare possibile anche nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo (collaborazione coordinata e continuativa e lavoro a progetto), almeno in tutte quelle ipotesi in cui l'erogazione dei compensi sia legata a presupposti oggettivi e predefiniti che non richiedano complessi approfondimenti in ordine alla verifica dell'effettivo raggiungimento o meno dei risultati dell'attività».

(18) La lettura proposta dai commentatori non sempre è parsa coincidente con le volontà complessivamente manifestate dall'impianto riformatore: cfr., ad esempio, L. Caiazza, *Conciliazione monocratica e diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in *Guida al Lavoro*, 2004, 24 dell'11 giugno 2004, 18, laddove l'Autore fa esclusivo riferimento agli «istituti contrattuali» tipici della sola contrattazione collettiva.

to di diffida accertativa riguarda indifferentemente crediti patrimoniali che scaturiscono dalla contrattazione collettiva ovvero anche dal contratto individuale di lavoro (19).

Quanto ai contratti collettivi non si può non evidenziare che il mancato riferimento al solo livello nazionale, stante la generale previsione terminologica contenuta nel D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, consente di estendere il parametro attuativo anche alla contrattazione di secondo livello, ovvero a quella territoriale e finanche a quella aziendale (20), pur nei limiti della loro efficacia soggettiva, e sempre che i contratti assunti ai fini del calcolo delle spettanze risultino stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (21).

D'altra parte, va altresì segnalato che il collegamento con la contrattazione collettiva di lavoro, anche in riferimento alla valutazione delle condotte datoriali in generale e non solo, quindi, con riguardo all'applicazione della diffida accertativa, rappresenta un derivato diretto del portato normativo dell'art. 7, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 124/2004, laddove il Legislatore della riforma, nel ridisegnare i compiti di vigilanza del personale ispettivo delle Direzioni territoriali e regionali del lavoro, evidenzia proprio il compito di «*vigilare sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro*».

In questo senso, allora, non potrà ritenersi necessaria, ai fini dell'applicazione dell'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, l'esistenza documentata di un qualsiasi atto scritto da cui si evincano tutti i termini contrattuali individuali, di tipo patrimoniale, invocabili nel conteggio della retri-

buzione e degli altri emolumenti accreditabili al lavoratore interessato (22). Sarà, al contrario, possibile fare riferimento alle circostanze oggettive investigate, come, ad esempio, nel caso di prestazioni lavorative rese "in nero" da lavoratori che non risultano registrati sui documenti obbligatori di lavoro (23) ovvero anche nel caso in cui il personale ispettivo proceda a disconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo ricostruendolo nei termini di una effettiva subordinazione: occorrerà, tuttavia, soprattutto in siffatte ipotesi, per l'adozione della diffida accertativa sulla scorta delle pattuizioni individuali, che il funzionario ispettivo acquisisca in concreto elementi probatori (24) chiari, determinati e certi con riguardo al calcolo dei crediti pecuniari derivanti dal trattamento economico e retributivo pattuito fra le parti, senza alcuna impossibile sostituzione della potestà decisoria, esclusiva in argomento, della magistratura (25). Su questi aspetti ha inciso, come subito si evidenzierà nel prosieguo, la circolare n. 1/2013.

Sotto altro profilo, poi, occorre interrogarsi circa la possibile estensione delle inosservanze contrattuali relative al contratto individuale anche alle violazioni di specifiche disposizioni normative da cui derivino crediti patrimoniali (26). D'altronde, non si può disconoscere l'obiettivo difficoltà nel distinguere la scaturigine delle diverse spettanze patrimoniali di un lavoratore che veda disciplinato il proprio rapporto di lavoro sulla sola scorta

Note:

(19) Nello stesso senso anche A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644.

(20) Concorde anche M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro cit.*, par. 6, che afferma precisamente: «l'ampiezza della formula usata dal legislatore induce, infine, a ritenere che l'attività di vigilanza è estesa alla verifica del rispetto di ogni livello di contrattazione collettiva».

(21) Sul punto la circolare n. 24/2004 ha testualmente precisato che possono essere considerati «i contratti individuali e collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, nei limiti della loro efficacia soggettiva».

(22) Cfr. A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644, il quale guarda alla scaturigine contrattuale dei crediti pecuniari con riferimento principalmente alla disciplina «relativa al contratto individuale di lavoro, qualunque ne sia la fonte». Insiste su tale profilo anche M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro cit.*, che include fra le fonti del contratto individuale, sotto il profilo della determinazione delle spettanze patrimoniali, anche gli usi aziendali. Cfr. anche S. Margiotta, *Ispezioni in materia di lavoro. Decreto legislativo n. 124 del 23 aprile 2004 cit.*, 103.

(23) Sostiene l'inapplicabilità della diffida accertativa nelle ipotesi di lavoro "in nero" G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro cit.*, che afferma testualmente: «nel caso in cui non sia possibile riferirsi ad un contratto formalizzato, come ad esempio in caso di lavoro nero, non si potrà procedere ad utilizzare lo strumento della diffida accertativa (non fosse altro che per la mancanza di una prova certa ed inequivocabile del credito vantato dal lavoratore)».

(24) In questo senso, può a ragione sostenersi che per acquisire la prova dei crediti pecuniari si possa far riferimento anche alle dichiarazioni spontanee rilasciate dai lavoratori che vantano la posizione creditoria al personale ispettivo, durante l'indagine sul posto di lavoro, ma le stesse dovranno essere parimenti suffragate, quanto meno, da analoghe attestazioni dichiarative rese da altri lavoratori a conoscenza dei fatti (cd. sistema di rilevazione incrociata delle dichiarazioni).

(25) Valga, in effetti, l'avvertenza posta da G. Lella, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale, correttamente, «il personale ispettivo potrà prendere in considerazione solo i contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, nei limiti della loro efficacia soggettiva, non potendo in nessun caso sostituirsi al giudice, al quale spetta, ai sensi dell'art. 2099 c.c., la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente».

(26) In questo senso si spingono con decisione: L. Zaccarelli, *Commento all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004 cit.*, 2620; L. Iero, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale cit.*, 643. In effetti, secondo una autorevole dottrina, sarebbe da ritenersi irragionevole riconoscere una preferenza ai soli crediti di natura contrattuale rispetto a quelli di origine legale, dovendosi piuttosto ritenere che il riferimento al contratto individuale di lavoro rechi con sé qualsiasi disposizione o disciplina dalla quale scaturisca un credito per il lavoratore, «qualunque ne sia la fonte», così, precisamente, A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644.

del contratto individuale, al punto da risultare scarsamente comprensibile il criterio logico adottabile «per escludere l'applicazione dell'istituto anche a crediti nascenti, per ipotesi, dalla violazione di disposizioni normative» (27).

Ne deriva, pertanto, che in occasione di una verifica ispettiva che abbia per oggetto esclusivamente rapporti di lavoro fondati su pattuizioni individuali il personale ispettivo delle Direzioni del lavoro potrà adottare la diffida accertativa per tutti i crediti patrimoniali derivanti dal contratto individuale, quale che sia la fonte normativa o contrattuale collettiva di provenienza, giusta la valorizzazione del credito in ragione dell'accordo individuale fra datore e prestatore di lavoro (28).

Crediti pecuniari di lavoro

L'oggetto della diffida accertativa è individuato dall'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004 nei «crediti patrimoniali» che derivano al prestatore di lavoro, a seguito e in ragione della sua attività lavorativa, per effetto di una non applicazione di un qualsiasi istituto economico contrattualmente pattuito.

Ciò significa, anzitutto, che la norma non guarda né alla disponibilità dei diritti, né alla mera natura retributiva degli stessi.

Tutto ciò che ha carattere di patrimonialità, qualsiasi emolumento che il datore di lavoro si sia impegnato a corrispondere al lavoratore, in costanza di rapporto ovvero alla cessazione dello stesso, può rientrare nell'ambito di applicazione dell'istituto in esame.

Per il lavoratore subordinato, allora, accanto alla retribu-

zione, vista nel suo complesso (minimi contrattuali, scatti di anzianità, superminimi, maggiorazioni, indennità varie, compresi mensilità aggiuntive e Tfr) (29), la diffida accertativa potrà riguardare tutte le erogazioni pattuite dal datore di lavoro, come ad esempio quelle legate a particolari eventi aziendali (premi di anzianità aziendale, premi di risultato aziendale ecc.), o ancora i compensi dovuti a titolo di indennità di preavviso o per patto di non concorrenza, ovvero anche particolari *benefit* che la contrattazione non considera facenti parte della retribuzione (30).

Analogamente per quanto concerne il lavoratore autonomo, i crediti patrimoniali di lavoro riguarderanno i compensi pattuiti contrattualmente e tutte le altre forme di incentivazione economica ovvero erogazioni legate al mero svolgimento dell'attività lavorativa (ad esempio, nel lavoro a progetto, erogazioni a titolo di corrispettivo per il non espletamento di attività lavorativa a favore di altri committenti concorrenti).

Peraltro, i crediti patrimoniali di lavoro che possono formare oggetto di una diffida accertativa dovranno possedere le caratteristiche di liquidità, determinatezza, esigibilità e certezza (31). In questo senso, allora, appare più corretto ridefinire l'attributo legislativamente riconosciuto ai crediti di cui trattasi («patrimoniali») nel senso di «pecuniari» (32).

Il credito deve essere anzitutto *liquido*, dunque, nel senso che il diritto patrimoniale accertato, per il quale si diffida il datore di lavoro alla corresponsione, deve essere espresso in denaro o, quanto meno, in altri beni mobili fungibili.

Esso dovrà poi essere *deli-*

neato e definito in misura determinata, rimarrà inevitabilmente escluso da qualsiasi possibilità di diffida accertativa il credito, pure rientrante fra i diritti patrimoniali del lavoratore, che tuttavia sia espresso in modo assolutamente generico e non possa essere determinato con sicurezza.

Il diritto patrimoniale per il quale può essere effettuata la diffida accertativa, inoltre, dovrà essere *esigibile*, il che significa che se esso era con-

Note:

(27) In questo senso, testualmente, L. Iero, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale cit.*, 643.

(28) Sembra muovere in questa direzione lo stesso Ministero del lavoro nella recente lettera circolare n. 986 del 5 luglio 2005, laddove si trova scritto che la diffida accertativa ha per oggetto la diffida al datore di lavoro a «corrispondere somme accertate come crediti patrimoniali, in qualsiasi modo derivanti dallo svolgimento del rapporto di lavoro e dalla regolare esecuzione delle prestazioni lavorative pattuite». L'uso della locuzione «in qualsiasi modo derivanti» pare, infatti, alludere alla possibilità che la fonte del credito possa non essere soltanto quella contrattuale, ma per forza del contratto individuale, anche quella legale.

(29) Con riferimento alla retribuzione in edilizia è stato sollevato criticamente il problema relativo agli accantonamenti alla Cassa edile per le aziende iscritte (ovvero alle analoghe misure di accantonamento per i dipendenti delle aziende non iscritte) relativi ad una parte della retribuzione da corrispondere ai lavoratori, cfr. A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma cit.*, XIV. Tuttavia, nel merito della questione, occorre concludere per una sicura applicabilità dello strumento della diffida accertativa, trattandosi di crediti pecuniari che i lavoratori vantano in conseguenza delle prestazioni lavorative rese, non essendo impediente il fatto che tali quote di retribuzione, anche con finalità precipuamente previdenziali ed assistenziali, vengano accantonate presso i predetti enti bilaterali oppure no (per le aziende non iscritte alle Casse edili). Il diritto patrimoniale del lavoratore può in ogni caso essere tutelato in via diretta mediante l'applicazione dell'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004.

(30) Così anche M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro cit.*

(31) Nello stesso senso anche I. V. Romano, *Diffida accertativa: ultimi chiarimenti del Ministero in Guida lav.*, 2005, 29, 22.

(32) Per tale definizione si vedano: A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644; G. Bolego, *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari cit.*, 960.

dizionato al verificarsi di un evento, tale evento dovrà essersi verificato prima dell'accertamento ispettivo, analogamente se la corresponsione dell'emolumento interessato risulta legato ad un termine preciso, questo deve essere già preventivamente scaduto. Infine, il credito del lavoratore potrà integrare il presupposto oggettivo per l'applicazione dell'istituto in esame se **certo**, una certezza che non dovrà risultare «assoluta», ma quella che l'ordinamento giuslavoristico ritiene idonea e sufficiente a fondare, ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, un eventuale titolo esecutivo.

In buona sostanza, il credito liquido, determinato ed esigibile dovrà essere acclarato da specifici atti di accertamento dai quali risulti «certo» il fatto della sua sussistenza e della sua determinazione.

D'altro canto, occorre parimenti chiarire se i crediti pecuniari di lavoro, considerabili ai fini della diffida accertativa, possono essere anche quelli di natura risarcitoria ovvero anche indennitaria come sostenuto da una parte della dottrina (33).

Se è vero, infatti, che qualsiasi inadempimento datoriale è astrattamente idoneo a far sorgere in capo al lavoratore interessato un diritto al risarcimento del danno subito e, conseguentemente, un credito di carattere patrimoniale, tuttavia va senza meno rilevato che l'estensione del potere di diffida accertativa anche ad ipotesi similari comporterebbe, in concreto, l'attribuzione al personale ispettivo del Ministero del lavoro di una legittimazione ad indagare il rapporto di lavoro (autonomo e subordinato) non soltanto con la finalità di rilevare e contestare inosservanze e violazioni alla disciplina la-

voristica (sostanziale, formale o previdenziale), ma anche con lo scopo di qualificare i singoli comportamenti datoriali nei termini di una inadempienza e a valutarne l'impatto in termini di danno effettivo. All'evidenza, l'interpretazione della norma non può in alcun modo spingersi a tale lettura marcatamente estensiva e contrastante con il complessivo impianto costituzionale e ordinamentale del sistema di tutele e garanzie, prevalentemente giurisdizionali, dei diritti del lavoratore.

Altro profilo, invece, è quello che attiene alla circostanza che il personale ispettivo deve prendere in considerazione tutti i crediti del lavoratore che derivino direttamente da un accertato inadempimento del datore di lavoro con riguardo alla prestazione lavorativa oggetto, in concreto, del contratto di lavoro posto in essere, giacché tale assunto comporta inevitabilmente che vengano a formare oggetto di una diffida accertativa anche i crediti pecuniari che possono essere vantati dal lavoratore in occasione, ad esempio, di un inquadramento contrattuale inferiore rispetto alla sostanza delle mansioni svolte e delle prestazioni lavorative effettivamente rese. Nell'esempio menzionato, peraltro, il "recupero", mediante diffida accertativa, delle differenze retributive e patrimoniali spettanti al lavoratore per il diverso inquadramento non va a coprire anche l'area (obiettivamente distinta) dei danni eventualmente subiti per l'inferiore inquadramento, ma esclusivamente il credito pecuniario (oggettivamente rilevabile in base alla classificazione del contratto collettivo) (34).

Restano, pertanto, completamente al di fuori dello spet-

tro di operatività della diffida accertativa quei crediti, pur di carattere patrimoniale, che hanno natura risarcitoria (responsabilità contrattuale) ovvero che derivino da responsabilità del datore di lavoro di tipo extracontrattuale (35).

Accertamento ispettivo

L'ispettore del lavoro procederà a diffidare il datore di lavoro soltanto dopo che abbia effettivamente «accertato» le inosservanze alla disciplina contrattuale applicabile al singolo lavoratore, indifferente autonomo o eterodeterminato, e abbia parimenti acquisito gli elementi di fatto e di diritto necessari e sufficienti a calcolare, esattamente, gli importi dovuti. Pertanto, non solo l'inosservanza contrattuale dovrà essere espressamente accertata, individuata e segnalata, ma per effetto di tale circostanza obiettiva il funzionario incaricato dell'indagine ispettiva dovrà procedere al calcolo preciso delle spettanze patri-

Note:

(33) Così espressamente: A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644. Cfr. però le ampie e condivisibili argomentazioni di M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro cit.*

(34) Cfr., in giurisprudenza, sulla distinzione dei profili risarcitori e pecuniari in ipotesi di cattivo inquadramento contrattuale: Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 1997, n. 7129; Cass. civ., sez. lav., 9 aprile 1999, n. 3491; Trib. Milano 24 gennaio 2000. Si vedano in dottrina: G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.

(35) Conclude nello stesso senso anche M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro cit.*, par. 12, il quale afferma: «non potranno, pertanto, costituire oggetto di diffida le inosservanze della disciplina contrattuale posta a tutela di diritti della persona del lavoratore quale, ad esempio, la disciplina in materia di sicurezza del lavoro e privacy». Contra A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro cit.*, 644.

moniali del lavoratore interessato, derivandone il credito pecuniario concretamente diffidabile, assumendo a riferimento parametri oggettivi e predeterminati, vale a dire che non necessitano, per il loro concreto accertamento, di valutazioni complesse e necessariamente discrezionali (specie con riguardo al lavoro autonomo).

In buona sostanza, pertanto, l'ispettore del lavoro impartirà la diffida accertativa, dopo avere opportunamente valutato le circostanze del caso e la situazione complessiva in concreto sottoposta ad indagine, tenendo conto delle precise indicazioni contenute nella circolare n. 1/2013.

Accertamento tecnico

Nell'operare, per la prima volta una analisi compiuta degli elementi distintivi della diffida accertativa, infatti, la circolare n. 1/2013 del Ministero del lavoro procede nel definire e identificare il contenuto proprio di «*accertamento tecnico*» che caratterizza il provvedimento, prendendo le distanze dalla definizione della diffida accertativa come mera «*presa d'atto*» o «*fotografia*» della situazione di fatto materialmente o documentalmente sussistente, specificando come l'accertamento che si concreta in una diffida accertativa rappresenta un «*quid novi*» relativamente ai profili di «*an*» e di «*quantum*» dei diritti patrimoniali che possono essere, ma anche non essere, riconosciuti al lavoratore.

La circolare chiarisce che soltanto così può avere senso la scelta legislativa di qualificare espressamente come «*tecnico*» l'accertamento che supporta l'adozione di una diffida accertativa, in quanto tale classificazione

della tipologia di accertamenti identifica l'appartenza dell'istituto al novero degli «*atti ispettivi*» che comprendono il potere di accertare, in fatto e in diritto, l'inadempimento datoriale e adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori, sia con riferimento al lavoro sommerso, sia per la corretta qualificazione delle fattispecie ispezionate.

La circolare n. 1/2013 modifica anche un orientamento consolidatosi nella prassi alla luce del portato normativo riguardante la generalità dei titoli esecutivi, fondati inevitabilmente sulla «*certezza*» del credito.

Il Ministero del lavoro afferma ora che non vi è alcuna necessità di preventiva certezza del credito, che anzi l'orientamento restrittivo secondo cui tale preventiva certezza dovrebbe essere un presupposto indefettibile per l'adozione della diffida accertativa è vittima di un «*equivoco di fondo*» che deve essere superato affermando, al contrario, che i requisiti di certezza, determinatezza ed esigibilità del credito oggetto della diffida accertativa devono derivare «*da fonti, da fatti o da circostanze oggettivamente valutabili e predeterminati, non sono riconducibili necessariamente al credito preesistente all'accertamento, ma possono benissimo scaturire dall'accertamento stesso*».

Su questa affermazione la circolare n. 1/2013 riconduce i requisiti obbligatori del titolo esecutivo al solo accertamento e non al credito accertato, secondo le indicazioni ministeriali, infatti, è l'accertamento ispettivo di natura tecnica che deve essere idoneo a rivestire di certezza il diritto di credito che il titolo esecutivo è chiamato ad acclarare (36).

Certezza e liquidità del credito

Altro aspetto delineato nella circolare n. 1/2013 attiene alla piena potestà accertativa riconosciuta agli ispettori del lavoro nell'indagare sul credito patrimoniale del lavoratore, potendone, all'esito dell'azione investigativa, individuare e definire la determinatezza, la certezza, la liquidità e l'esigibilità.

D'altra parte, a questo sembra doversi riferire il richiamo che la circolare ministeriale opera alla formazione dei titoli esecutivi (di origine amministrativa) per i crediti previdenziali ovvero per le sanzioni pecuniarie amministrative laddove il riferimento appare utile a sottolineare, appunto, la capacità del personale ispettivo (ministeriale e previdenziale) di non limitarsi «*ad accertare fonti, fatti e dati oggettivi preesistenti*» ma di procedere a ricostruire rapporti di lavoro, modificarne la qualificazione e l'inquadramento contrattuale, riconoscerne la durata effettiva.

La circolare n. 1/2013, dunque, afferma che la certezza del diritto non rappresenta una condizione presupposta della diffida accertativa, ma «*l'obiettivo cui deve tendere l'accertamento*», nel perseguire la tutela dei livelli mi-

Nota:

(36) Tuttavia, in tal modo si rischia di confondere le caratteristiche del provvedimento contenente gli esiti dell'accertamento con quelle proprie del diritto accertato: a ben guardare l'art. 474, comma 1, c.p.c. nel prevedere testualmente che «*l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile*» evidentemente attribuisce la qualificazione necessaria di certezza, liquidità ed esigibilità al diritto e non al titolo che lo contiene e ad esso si riferisce. In questa prospettiva, dunque, non appare condivisibile la soluzione avanzata nei chiarimenti ministeriali volta a trasporre i requisiti dell'art. 474, comma 1, c.p.c. al provvedimento e quindi al titolo, anziché, come doveroso, al diritto e cioè al credito oggetto dell'accertamento.

nimi delle prestazioni lavoristiche, che attiene evidentemente sia ai rapporti di lavoro sommersi che a quelli formalmente denunciati, sottolineando peraltro come la diffida accertativa rappresenti una speciale «*tutela rafforzata*» nei riguardi dei rapporti di lavoro sommerso «*potenzialmente e concretamente maggiormente rivelatori di allarme sociale*».

Un ulteriore approfondimento è dedicato dalla liquidità del credito per affermare che essa può essere valutata in sede di accertamento tecnico, il quale attribuisce, secondo la circolare n. 1/2013, al diritto accertato «*quel particolare grado di certezza necessaria a fargli spiegare efficacia di titolo esecutivo*».

Crediti diffidabili

Nel fornire indicazioni operative su quando è consentita l'adozione della diffida accertativa, il Ministero del lavoro muove dall'analisi dei poteri di accertamento del personale ispettivo, evidenziando anzitutto che se l'azione ispettiva coinvolge «*accertamenti di fatto*» i relativi crediti possono formare oggetto di diffida accertativa, dovendosi riconoscere come ogni accertamento in ordine alla legittimità dei rapporti di lavoro comporti necessariamente accertamenti sui fatti rispetto al rilievo delle inosservanze contrattuali dalle quali derivano e scaturiscono i crediti patrimoniali. Su tale essenziale presupposto, la circolare n. 1/2013 fornisce una «*classificazione*» relativa ai «*crediti diffidabili*» con riferimento ai poteri accertativi del personale ispettivo «*necessari alla loro individuazione e liquidazione*».

La prima categoria di crediti diffidabili attiene ai «*crediti retributivi da omesso pagamento*», rispetto ai quali il

Ministero specifica che l'adozione della diffida accertativa «*non presenta particolari problemi*», trattandosi di un «*ritardo nell'adempimento dell'obbligazione*» per cui l'ispettore potrà limitarsi a calcoli aritmetici derivanti dalla documentazione contabile e lavoristica del datore di lavoro, senza doversi occupare della liquidità dei crediti.

Riguardo alla seconda categoria di crediti diffidabili, relativa ai «*crediti di tipo indennitario, da maggiorazioni, Tfr*», la circolare n. 1/2013 sottolinea che in alcuni casi l'ispettore non potrà limitarsi solo a calcoli matematici (sebbene manchino comunque valutazioni discrezionali o di merito), dovendo accertare uno specifico connotato della prestazione lavorativa (nell'esempio della circolare ministeriale il lavoro notturno o quello festivo) o la «*sussistenza di una condizione di esigibilità del credito*» come nel caso (portato ad esempio dal Ministero) della determinazione del Tfr alla cessazione del rapporto di lavoro.

La terza categoria di crediti diffidabili attiene a «*retribuzioni di risultato, premi di produzione*». La circolare n. 1/2013 chiarisce che si tratta di crediti derivanti da «*elementi pecuniari non predefiniti o legati a particolari scelte di merito del datore di lavoro*», per cui nel caso in cui il datore di lavoro non abbia preventivamente espresso la propria valutazione la diffida accertativa non potrà essere adottata, uscendo fuori dai limiti dell'accertamento tecnico che il personale ispettivo deve tassativamente rispettare.

Con riferimento alla quarta categoria di crediti astrattamente diffidabili, riguardante i «*crediti retributivi derivanti da un non corretto inquadramento della tipologia con-*

trattuale», il Ministero manifesta una «*scelta di mera opportunità*» affermando che nei casi in cui si tratti di lavoro formalmente comunicato e documentato rispetto al quale l'accertamento conduce ad una «*riqualificazione del rapporto lavorativo*» (da parasubordinato a subordinato), gli ispettori non dovranno adottare la diffida accertativa in quanto rilevano aspetti tipicamente qualificatori la cui soluzione «*spetta in via definitiva al giudice e che presenta, tradizionalmente, delicati profili di valutazione*» (37). D'altro canto, la stessa circolare n. 1/2013 è costretta ad ammettere che nel caso di specie non si ravvisa «*nessuna particolare ragione giuridica impeditiva all'adozione della diffida*» (38), al punto che già la successiva circolare n. 5/2013 in materia di apprendistato si discosta da tale orien-

Nota:

(37) Invero sul punto la scelta ministeriale appare scarsamente comprensibile o comunque non adeguatamente motivata. Se la ragione per la quale gli ispettori del lavoro non possono adottare una diffida accertativa con riguardo ai diritti retributivi di lavoratori dipendenti fraudolentemente inquadrati quali lavoratori autonomi in partita Iva o collaboratori a progetto sta soltanto nella circostanza che vi sono delicati profili di valutazione e che la decisione definitiva spetta al giudice, allora il senso stesso dell'istituto giuslavoristico esaminato è destinato a venire meno. Qualsiasi accertamento in materia di lavoro e previdenza effettuato dal personale ispettivo, infatti, ha natura inevitabilmente cedevole rispetto alle decisioni dell'autorità giudiziaria. Su tale presupposto, pertanto, nessun accertamento tecnico potrebbe tradursi in diffida accertativa.

(38) Senonché un fondamento sostanziale la scelta ministeriale mostra di averlo se valutata in linea con le precedenti circolari sulle collaborazioni a progetto (n. 29/2012) e sulle prestazioni rese in regime di partita Iva (n. 32/2012), vale a dire quale temperamento pragmatico degli effetti della recente riforma del lavoro: a fronte della attribuzione al personale ispettivo del potere di disconoscimento generalizzato di associazioni in partecipazione, lavoro a progetto e collaborazioni in partita Iva (in forza di specifiche presunzioni assolute e relative), il Ministero in fase attuativa pone limiti e paletti agli ispettori, tentando di restringere e arginare la ben più vasta portata della legge n. 92/2012.

tamento affermando, al contrario, che «*in tutte le ipotesi in cui il rapporto di apprendistato venga disconosciuto*» dagli ispettori del lavoro essi devono «*adottare il provvedimento di diffida accertativa*» per il «*differenziale*» derivante dal corretto inquadramento del lavoratore. Tuttavia la valenza di un atto amministrativo come la circolare è strettamente limitata a fornire indicazioni orientative al personale dell'Amministrazione che lo adotta, il quale, peraltro, potrà liberamente distanziarsene a condizione che motivi le ragioni per le quali le indicazioni ministeriali vengono disattese. La quinta e ultima categoria di crediti diffidabili attiene ai «*crediti legati al demansionamento ovvero alla mancata applicazione di livelli minimi retributivi richiesti esplicitamente dal Legislatore (...) ovvero derivanti dall'accertamento di lavoro sommerso*», rispetto ai quali il personale ispettivo potrà generalmente adottare la diffida accertativa, trattandosi di un intervento amministrativo volto a dare «*rilevanza pubblicistica alla promozione ed alla tutela degli obblighi giuridici per così dire privatistici legati allo svolgimento del rapporto di lavoro*», nei riguardi dei quali si anticipa una tutela che il Mi-

nistero definisce di tipo «*cautelare*», ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di ottenere una «*cognizione giurisdizionale piena della fattispecie*».

In particolare la circolare n. 1/2013 segnala che gli ispettori del lavoro se accertano rapporti di lavoro «*in nero*» in situazioni nelle quali è possibile individuare il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dal datore di lavoro l'accertamento dovrà concludersi anche con l'adozione della diffida accertativa, al fine di ottenere una completa «*regolarizzazione sostanziale*» del lavoro sommerso.

Vedi tabella a piè pagina.

Termine per ottemperare

Su quanto finora si è detto preme a questo punto evidenziare, con riferimento specifico al dispositivo del provvedimento di diffida accertativa, che, in generale, a tutti gli atti di diffida (comunque denominati e utilizzati) si accompagna *naturaliter* la fissazione di un termine specifico assegnato al destinatario del provvedimento per ottemperare a quanto concretamente disposto dal redattore dell'atto di diffida.

L'art. 12 del D.Lgs. n. 124/

2004, in verità, sul punto non dispone espressamente in alcun modo, non dice entro quanto tempo dal ricevimento del provvedimento il datore di lavoro sia tenuto ad adempiere.

Tuttavia, in base ad una pia interpretazione sistematica della norma, si può concludere che il termine per adempiere sia deducibile, *a contrario*, dal termine fissato per reagire all'atto autoritativo: il comma 2 della disposizione in argomento, infatti, stabilisce, come subito si dirà nel prossimo paragrafo, che il datore di lavoro entro trenta giorni dalla notifica della diffida accertativa può promuovere un tentativo di conciliazione presso la Direzione territoriale del lavoro; ne consegue che entro quello stesso termine egli dovrà avere adempiuto agli obblighi per cui è stato diffidato (39).

Nota:

(39) Nello stesso senso concludono: A. Vallebona, *op. loc. ult. cit.*; G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro cit.* Contra G. Bolego, *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari cit.*, 965, il quale, invece, afferma che nessuna disposizione impedisce al datore di lavoro di soddisfare il pagamento dovuto «*tardivamente*» (e cioè anche oltre il termine espressamente stabilito per avanzare il tentativo di conciliazione), segnalando anzi che nessuna sanzione risulta applicabile al datore di lavoro che paghi in ritardo gli importi di cui alla diffida accertativa.

Tipologie di credito	Applicazione della diffida accertativa
Crediti retributivi da omesso pagamento	SI
Crediti di tipo indennitario, da maggiorazioni, Tfr	SI
Crediti legati a scelte discrezionali del datore di lavoro (retribuzioni di risultato, premi di produzione)	NO
Crediti retributivi derivanti da riqualificazione della tipologia contrattuale	NO
Crediti legati al demansionamento o alla mancata applicazione di livelli minimi retributivi richiesti esplicitamente dal Legislatore in osservanza dell'art. 36 Cost. (ad es. art. 7, comma 4, D.L. n. 248/2007, conv. da legge n. 31/2008) ovvero derivanti dall'accertamento di lavoro sommerso	SI

Destinatari della diffida

Sotto altro profilo, invece, va segnalato che il provvedimento di diffida accertativa presenta come unico ed esclusivo destinatario il solo datore di lavoro, individuato nel senso sopra indicato.

Ne consegue che la diffida notificata al datore di lavoro non va né consegnata, né tanto meno notificata al lavoratore interessato (40).

A questi, peraltro, il provvedimento sarà senza meno rivolto allorquando la diffida accertativa verrà ad accompagnarsi al provvedimento dirigenziale di validazione e, dunque, rivestirà quella efficacia di titolo esecutivo che consentirà al lavoratore una tempestiva soddisfazione del credito accertato.

Profili procedurali

Su un piano operativo, la diffida accertativa consegue ad una attività di vigilanza in materia di lavoro, pertanto, il provvedimento in esame non sarà adottabile al di fuori di un'indagine ispettiva.

Nel corso dell'ispezione affidatagli, il funzionario procederà autonomamente alle verifiche di regolarità retributiva, contributiva e legislativa eventualmente contestando le violazioni normative che danno luogo all'applicazione di sanzioni amministrative, le quali seguitano a trovare specifica disciplina a norma degli artt. 13-18 della legge 24 novembre 1981, n. 689, nonché nell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 di riforma dei servizi ispettivi in materia di previdenza sociale e del lavoro, come modificato dall'art. 33 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (41).

Contestualmente potrà rilevare quelle inosservanze alla disciplina contrattuale, dei

contratti collettivi adottati ovvero dei contratti individuali in essere, che aprono la strada all'adozione di una diffida accertativa.

Dati i presupposti e i requisiti richiamati (credito di lavoro certo, determinato, liquido ed esigibile), effettuati i relativi conteggi, l'ispettore precedente redigerà il provvedimento di diffida accertativa nei riguardi del lavoratore autonomo o subordinato interessato.

Se le inosservanze contrattuali riguardano più lavoratori la diffida accertativa dovrà essere in ogni caso individuale e, pertanto, ciascuna posizione andrà separatamente evidenziata e formerà oggetto di un distinto ed autonomo provvedimento (42).

A questo punto il funzionario ispettivo procederà a notificare al datore di lavoro il provvedimento.

Va rilevato con assoluta chiarezza, dunque, che la diffida accertativa si offre come provvedimento di carattere e natura autonomi, e cioè distinto in sé considerato dal più generale e complesso verbale di accertamento e notificazione che pure ne permane fondamento argomentativo e logico presupposto. Specificamente su questo punto ha inteso insistere lo stesso Ministero del lavoro con la lettera circolare n. 986 del 5 luglio 2005, nella quale, fra l'altro, viene precisamente affermato che *«la diffida accertativa è un provvedimento avente natura autonoma, nel senso che con essa si può solo diffidare il datore di lavoro a corrispondere al lavoratore le somme di danaro che risultano accertate come crediti patrimoniali»*, insistendo ulteriormente sulla inevitabile conseguenza, e cioè che *«non è possibile inserire nel medesimo provvedimento al-*

tra statuizione concernente qualsivoglia regolarizzazione delle inadempienze riscontrate, che, invece, dovrà essere oggetto di un distinto ed autonomo provvedimento».

Dopo l'adozione di una diffida accertativa seguono tre fasi procedurali distinte.

Anzitutto entro 30 giorni dalla notifica della diffida accer-

Note:

(40) D'altro canto, a ben guardare, se è vero che la diffida non necessita di essere notificata al lavoratore, tuttavia si può ritenere legittima ed anzi opportuna la scelta, operata in alcuni uffici periferici del Ministero del lavoro, di comunicare al lavoratore, contestualmente alla notificazione al datore di lavoro, l'avvenuta adozione di una diffida accertativa per crediti patrimoniali che lo riguardano. In siffatta ipotesi, peraltro, va da sé che i contenuti della comunicazione al prestatore di lavoro interessato devono essere generici e non specifici e, soprattutto, deve essere chiaramente evidenziato che il provvedimento di diffida accertativa potrà acquisire efficacia di titolo esecutivo a seguito della eventuale validazione da parte del Direttore della Direzione territoriale del lavoro.

(41) Cfr. in argomento P. Rausei, *I verbali di ispezione e la riforma della diffida*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di) *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011; D. Papa, *Accesso ispettivo, potere di diffida e verbalizzazione unica*, in G. Proia, M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011.

(42) L'ipotesi di una «diffida accertativa collettiva», infatti, sembra contrastare con il prosieguo della vicenda procedurale, giacché la validazione del provvedimento che dà esito alla efficacia di titolo esecutivo pare necessitare di una specifica soggettiva valutazione ad hoc delle singole fattispecie rilevate. Non così per la verità nel modello ministeriale originariamente diffuso dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali trasmesso a tutte le Direzioni territoriali del lavoro con lettera circolare del 23 settembre 2004, n. 1021, laddove è prevista la facoltà di inserire in un unico provvedimento di diffida accertativa una pluralità di lavoratori. Invero, appare irragionevole l'accumulare posizioni individuali distinte dalle quali potranno derivare esiti fortemente differenziati, come nell'ipotesi che il datore di lavoro scelga di non procedere ad alcun contenzioso nei confronti di una parte dei lavoratori ottemperando immediatamente alla diffida accertativa per gli stessi impartita. Se non può sottacersi la comprensibile finalità di semplificazione dell'attività burocratica perseguita col modello «unico» per diffida accertativa multipla, tuttavia deve senza meno censurarsi tale scelta in ragione della lesione dei profili di tutela personale, anche costituzionalmente rilevanti, del datore e degli stessi lavoratori (dal diritto di difesa al diritto di riservatezza).

tativa, il datore di lavoro destinatario dell'atto può promuovere il tentativo di conciliazione davanti alla direzione territoriale del lavoro (art. 12, comma 2) ovvero procedere al pagamento delle somme diffidate.

Successivamente, in mancanza di verbale di accordo ovvero se il tentativo di conciliazione non viene richiesto o espletato (per assenza delle parti), il direttore della direzione territoriale del lavoro, sussistendone i presupposti, di fatto e di diritto, e verificato il mancato pagamento delle somme, con un proprio provvedimento di validazione, fa acquisire alla diffida accertativa l'efficacia di titolo esecutivo (art. 12, comma 3).

Da ultimo, entro 30 giorni dalla notifica della diffida accertativa validata, il datore di lavoro può presentare ricorso al comitato regionale per i rapporti di lavoro che sospende l'esecutorietà del provvedimento altrimenti immediatamente azionabile dal lavoratore interessato (art. 12, comma 4).

Il comitato regionale per i rapporti di lavoro destinatario del ricorso avverso la diffida accertativa validata è formato dal direttore della direzione regionale del lavoro (che lo presiede), dal direttore regionale dell'Inps, dal direttore regionale dell'Inail e integrato «con un rappresentante dei datori di lavoro ed un rappresentante dei lavoratori designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

In tale composizione integrata, dunque, il comitato regionale deve decidere il ricorso entro 90 giorni dalla sua proposizione, in base alla documentazione prodotta dal ricorrente e di quella in possesso della direzione territo-

riale del lavoro che ha adottato e validato la diffida accertativa impugnata. In caso di mancata decisione entro il novantesimo giorno il ricorso si intende respinto (c.d. silenzio-rigetto).

Il comitato può decidere l'accoglimento del ricorso (con integrale annullamento della diffida accertativa) oppure il rigetto del ricorso (confermando la validità e la legittimità del provvedimento impugnato) o, infine, l'accoglimento parziale del ricorso (riformulando in parte i contenuti del provvedimento).

Peraltro, ai sensi dell'art. 12, comma 4, del D.Lgs. n. 124/2004, la proposizione del ricorso «sospende l'esecutorietà» della diffida accertativa (ovvero più esattamente la «esecutorietà» del provvedimento validato) fino alla decisione del ricorso stesso.

In merito ai contenuti delle decisioni la circolare n. 1/2013 ha dettato precise indicazioni ai comitati regionali per i rapporti di lavoro chiamati a decidere dei ricorsi amministrativi presentati contro i provvedimenti di diffida accertativa validati, ai sensi dell'art. 12, comma 4, del D.Lgs. n. 124/2004, con un esplicito invito «ad uniformarsi» alle istruzioni fornite, allo scopo di «assicurare la giusta omogeneità di comportamenti e decisioni», sia sul piano ispettivo che su quello del contenzioso amministrativo, essendo tale uniformità «indispensabile» per permettere il conseguimento delle finalità che la riforma dei servizi ispettivi ha assegnato alla diffida accertativa.

Peraltro la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro ha disposto che i direttori regionali del lavoro, quali presidenti dei comitati regionali, trasmettano «eventuali pronun-

ciamenti non in linea» con le istruzioni della circolare ministeriale «per le valutazioni di competenza».