

La diffida accertativa prevista dall'art. 12 d.lgs. 124/2004 non offre garanzie di difesa al datore di lavoro nè risulta strumento deflattivo del contenzioso giudiziario, semmai "invadendone il campo" con la sua esecutività

LUCI ED OMBRE SULLA DIFFIDA ACCERTATIVA PER CREDITI PATRIMONIALI

*di Antonio BELSITO**

Sommario: 1. Introduzione. 2. La diffida accertativa per crediti patrimoniali. 3. Procedimento della diffida accertativa. 4. Differenze retributive: denuncia all'I.T.L. e ricorso al Giudice. 5. La prescrizione dei crediti di lavoro ai fini della diffida accertativa. 6. Il diritto di difesa. 7. La diffida accertativa come titolo esecutivo. 8. La diffida obbligatoria (sulle inosservanze sanabili). 9. L'opposizione in sede giudiziaria. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Le esperienze in sede giudiziaria relative alle opposizioni a precetto a seguito di diffida accertativa esecutiva hanno fatto emergere diverse criticità e messo in risalto situazioni tutt'altro che chiare, poiché l'ispettore con la diffida accertativa – che finisce per essere un decreto ingiuntivo – si sostituisce al giudice, senza però offrire le medesime garanzie in favore del probabile debitore.

Nell'istituire i nuovi procedimenti ispettivi ed in particolare la diffida accertativa per i crediti patrimoniali - che

diventa titolo esecutivo – la citata normativa ha ignorato il diritto di difesa e quello del contraddittorio nella fase istruttoria, garantiti invece in sede giudiziaria, consentendo in tal modo l'espletamento di una indagine a tutto campo che il datore di lavoro subisce, senza poter usufruire per davvero di una effettiva tutela e quindi delle garanzie costituzionali.

Profili di legittimità costituzionale sono emersi su alcune norme previste nel d.lgs. n. 124/2004 rilevati e censurati dalla Corte Costituzionale.¹

Infatti, la Consulta è già intervenuta nel 2005² per dichiarare l'illegittimità

* Avvocato giuslavorista.

¹ D.lgs. 23/04/2004, n. 124 "Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza

sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30".

² Corte cost., 14/10/2005, n. 384: "Nel suo fondamento, la disciplina di riforma dei servizi

costituzionale degli artt. 3 co. 2, 4 co. 3, 8 co.3 e 10 co. 1, nonché nel 2013 per dichiarare l'illegittimità dell'art. 17, co. 3, sempre del d.lgs. n. 124/2004 ed anche negli anni successivi con altri interventi minori.

Necessitano modifiche ed integrazioni più concrete sulle tante questioni insorte e non soltanto in riferimento alla modesta possibilità di difesa offerta al datore di lavoro, ritenuto palesemente "presunto colpevole" in spregio al dettato costituzionale. Ad esempio, eccessivo potere è stato attribuito agli ispettori del lavoro, soprattutto con la tanto discussa diffida accertativa dei crediti retributivi che, diventando esecutiva, in maniera alquanto semplicistica *bypassando* il giudice del lavoro, può produrre conseguenze dannose, a volte anche palesemente ingiuste.

2. La diffida accertativa per crediti patrimoniali

La finalità principale è quella di accelerare i tempi per recuperare il credito di emolumenti maturati nell'attività lavorativa in favore del lavoratore.

La diffida accertativa è un provvedimento amministrativo emesso dall'Ispettore (funzionario del Ministero del lavoro) al quale è attribuito il potere

di sottoscrivere tale atto che potrà acquistare valore di titolo esecutivo.³

Si è quindi istituito specificamente il procedimento di una diffida per i crediti patrimoniali del prestatore di lavoro.

In particolare, l'istituto, disciplinato dall'art. 12 d.lgs. n. 124/2004, ha previsto la possibilità che gli ispettori del lavoro, qualora durante una visita ispettiva rilevino inosservanze alle disposizioni previste ai contratti collettivi di categoria da cui emergano crediti patrimoniali in favore del lavoratore, dipendente, possano provvedere a notificare al datore di lavoro una diffida per gli importi corrispondenti agli emolumenti spettanti, secondo quanto emerso a seguito dell'accertamento stesso.⁴

Secondo la dottrina: *“La diffida accertativa consiste, in una facoltà riconosciuta al personale ispettivo di diffidare il datore di lavoro a corrispondere, entro un termine prefissato, erogazioni economiche dovute a seguito dello svolgimento del rapporto di lavoro e della regolare esecuzione delle prestazioni concordate. Si tratta di uno strumento di straordinaria importanza che coniuga le esigenze del lavoratore con l'attività ispettiva posta in essere e che, in caso di inottemperanza, può sfociare in un titolo esecutivo finalizzato all'ottenimento immediato di quanto dovuto in ragione del lavoro effettuato”*.⁵

L'ispettore potrà esercitare tale potere, valutate le circostanze del caso, secondo un prudente apprezzamento dei

ispettivi e di vigilanza sui rapporti di lavoro e previdenziali (legge 14 febbraio 2003, n. 30 e d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124) non è invasiva della competenza regionale in materia di «tutela e sicurezza del lavoro» per il carattere sostanzialmente accessorio delle sanzioni amministrative e della stessa vigilanza rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro e del rapporto previdenziale rientranti nelle materie dell'«ordinamento civile» e della «previdenza sociale» di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117 Cost.”. La Corte nel dispositivo

ha anche dichiarato l'illegittimità costituzionale di parte degli artt. 3 co. 2 – 4 co. 3 – 8 co. 3 e 10 co.1.

³ A. VALLEBONA, *L accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *MGL*, 2004, n. 8- 9, 644-648.

⁴ L. ZACCARELLI, *Commento all'art. 12 del d.lgs. n. 124/2004*, in M. GRANDI – G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 2618-2623.

⁵ E. MASSI, *La prescrizione dei crediti di lavoro nella diffida accertativa degli ispettori*. 2020 in *Generazione Vincente*.

risultati dell'indagine e degli elementi obiettivi acquisiti. Trattasi di qualcosa molto simile ad una ingiunzione di pagamento, anche se il credito non sempre è davvero certo, liquido ed esigibile.

L'ispettore diffiderà il datore di lavoro nel momento in cui sarà in possesso di **prove obiettive ed idonee** a consentire il calcolo delle spettanze patrimoniali del lavoratore.

Il personale ispettivo, però, parte dal presupposto che il lavoratore denunciato abbia effettivamente prestato il proprio lavoro in tutti i giorni previsti presso l'azienda, senza correttamente accertare l'effettivo, concreto espletamento dell'attività lavorativa da cui matura il corrispettivo.

Con la "diffida accertativa per crediti patrimoniali" gli ispettori del lavoro diffidano il datore di lavoro (e l'obbligato in solido) a corrispondere al lavoratore le somme che risultano accertate come crediti patrimoniali. In assenza di tali elementi certi, l'ispettore potrà chiedere alle parti il consenso per espletare una conciliazione monocratica.

Quando il datore di lavoro riceve la notifica della diffida accertativa può soltanto promuovere entro e non oltre 30 gg. un tentativo di conciliazione (sempre monocratica) dinanzi all'Ispektorato Territoriale del Lavoro.

Quindi se l'ispettore non ha elementi di prova potrà tentare con l'espletamento della "conciliazione monocratica" convocando il datore di lavoro. Se quest'ultimo riceve la diffida può soltanto chiedere di espletare la "conciliazione monocratica"; in buona sostanza: una resa ... a prescindere!

Qualora poi sussistano elementi relativi ad una ipotetica riqualificazione del rapporto di lavoro, queste circostanze non potranno essere oggetto di una diffida accertativa, dovendosi espletare i corretti accertamenti nel pieno rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, a quanto pare sostanzialmente ignorato dal legislatore nella normativa in commento. Trattasi, infatti di una norma, seppur interessante e per molti aspetti valida, di dubbia legittimità costituzionale perché consente all'ispettore di esercitare più poteri di quelli conferiti al giudice del lavoro, senza peraltro offrire anche in questo le necessarie garanzie di difesa, per il datore di lavoro (che deve subire passivamente senza potersi difendere), previste dal nostro ordinamento per le controversie giudiziarie.⁶

Come accennato nella introduzione, in riferimento al d.lgs. 124/2004 la Corte costituzionale è già intervenuta per altre disposizioni, come ad esempio l'art. 17⁷

⁶ L'8 luglio 2004 veniva proposto dalla Regione Emilia Romagna un articolato ricorso alla Corte costituzionale con il quale erano sollevate varie questioni di illegittimità stante la denunciata violazione della sfera di competenza regionale in materia di tutela del lavoro (violazione artt. 117-118 Cost.) e per numerosi articoli del d.lgs. n. 124/2004, ivi compreso l'art. 12 (pubblicato in G.U. Serie speciale Corte cost. n. 35 dell'8/09/2004). La sentenza della Corte Costituzionale (284/2005) innanzi citata, però, accoglieva in minima parte le doglianze enunciando il principio riportato avanti alla nota 2.

⁷ Corte cost., 05/06/2013 n. 119. *La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 124/2004 che, prevedendo la sospensione del termine per opporsi*

all'ordinanza-ingiunzione emessa dalla Direzione territoriale del lavoro, a seguito del ricorso al Comitato regionale per i rapporti di lavoro, viola l'art. 113, comma 2 Cost., in quanto tale sospensione - riprendendo il termine a decorrere dalla cessazione dell'evento sospensivo, detraffa parte già decorsa prima della presentazione del ricorso - comporta un limite all'effettività della tutela giurisdizionale, non giustificabile dal carattere facoltativo del ricorso amministrativo de quo. Ed, inoltre, viola l'art. 3 Cost., in quanto risulta del tutto irragionevole la disparità di disciplina prevista rispetto all'art. 16 per la quale al ricorso è attribuito effetto sospensivo-interruttivo, che consente all'interessato di conservare l'intero arco cronologico di 30 giorni per proporre l'opposizione giurisdizionale.

dichiarandone l'illegittimità costituzionale.

La finalità propria dell'istituto sarebbe quella di deflazione del contenzioso giudiziario fra lavoratore e datore di lavoro con riferimento ai crediti pecuniari afferenti al rapporto di lavoro. Ma tale finalità non può essere seguita creando confusioni con le leggi vigenti e con l'attività precipua attribuita dalla Magistratura.

Non si possono consentire "scorciatoie" che violino i principi garantistici del nostro ordinamento.

3. Procedimento della diffida accertativa

Con la circolare n. 24/2004 il Ministero del Lavoro ha precisato che gli Ispettori in sede di accertamento possono diffidare il datore di lavoro a corrispondere direttamente al lavoratore le somme che risultano accantonate quali crediti retributivi.

Successivamente, con la circolare del Ministero del lavoro n. 1 dell'8 gennaio 2013 sono stati forniti profili interpretativi ed istruzioni operative

⁸ **Crediti retributivi da omesso pagamento** la violazione consiste in un ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento, pertanto l'ispettore provvederà a quantificare l'importo sulla base degli elementi scaturenti da documenti contabili e lavoristici;

Crediti di tipo indennitario, da maggiorazioni, TFR, ecc.: l'ispettore deve verificare l'esistenza di una condizione di esigibilità del credito (*come avviene nell'ipotesi della cessazione del rapporto per maturazione del TFR*). Anche in questo caso è **ammessa la diffida** e relativamente alla determinazione dell'importo l'ispettore dovrà considerare tutti gli elementi oggettivamente valutabili;

Retribuzioni di risultato, premi di produzione ecc.: tale ipotesi ha ad oggetto crediti pecuniari non predeterminati, ma correlati a scelte di merito adottate dal datore, ne consegue che in tal caso **non sarà possibile far ricorso alla diffida** poiché l'accertamento dell'ispettore dovrebbe andare oltre quello tecnico di sua competenza, sconfinando in

riguardanti, in particolare, l'applicazione della diffida accertativa per crediti patrimoniali. Il prudente apprezzamento dei risultati dell'indagine e degli elementi obiettivi acquisiti, comporta che il funzionario **ispettivo potrà diffidare il datore di lavoro**, secondo quanto chiarito dalla circ. n. 1/2013, **per crediti retributivi da omesso pagamento; crediti di tipo indennitario**, da maggiorazioni, TFR; crediti legati al demansionamento o **alla mancata applicazione di livelli minimi retributivi** legalmente previsti; crediti derivanti dall'accertamento di lavoro sommerso.

La ulteriore circolare n. 3/2013 del Ministero del lavoro ai fini della diffida accertativa ha poi elaborato un elenco dei crediti classificati in base alla loro natura.⁸

L'art. 8 della legge delega 14/02/2003 n. 30 ha rilevato la necessità di creare un collegamento tra le ispezioni del lavoro ed i diritti dei lavoratori maturati e non rispettati consentendo, altresì, agli stessi ispettori di promuovere iniziative tese alla conciliazione ed alla risoluzione delle controversie individuali di lavoro e tanto anche per finalità

scelte discrezionali che sono prerogativa del datore;

Crediti retributivi derivanti da non corretto inquadramento della tipologia contrattuale: l'accertamento posto in essere dagli ispettori avrebbe ad oggetto una riqualificazione del rapporto lavorativo. Il Ministero ritiene per ragioni *mera opportunità* di **non adottare il provvedimento amministrativo della diffida**, in quanto la corretta qualificazione del rapporto di lavoro richiede una valutazione attenta e delicata, pertanto spetta in via definitiva al giudice;

Crediti legati al demansionamento alla mancata applicazione di livelli minimi retributivi, derivanti dall'accertamento di lavoro sommerso: qualora l'ispettore rilevi rapporti di lavoro sommersi relativamente ai quali sia ravvisabile il CCNL applicabile dal datore, **il verbale di accertamento redatto in sede ispettiva conterrà anche la diffida** a corrispondere le somme accertate e dovute dai lavoratori in nero ai fini della regolarizzazione.

deflative del contenzioso di lavoro in sede giudiziaria.⁹

E' appena il caso di far rilevare che anche in sede di conciliazione monocratica l'ispettore potrà diffidare il datore di lavoro nel caso in cui accerti la sussistenza effettiva di un debito dello stesso, determinando con facilità il calcolo degli emolumenti maturati e non erogati in favore del lavoratore. In questo caso l'ispettore potrà anche evitare o anticipare la **conciliazione monocratica**, diffidando il datore che risulti debitore di un determinato importo.¹⁰

Si potrà così tentare una conciliazione seguendo l'intento del legislatore che vorrebbe comunque agevolare sempre l'attività conciliativa.

Questa "nuova" forma di conciliazione monocratica a seguito di diffida accertativa, denominata anche di "reazione",¹¹ si aggiunge a quella preventiva (art. 11 co. 1) e quella contestuale (art. 11 co. 6). Essa però non incide "sul regolare e normale svolgimento dell'attività ispettiva e sul prosieguo del procedimento sanzionatorio amministrativo ex l. 689/1981".¹²

Il datore di lavoro diffidato, come già trascritto, nel termine di 30 giorni dalla notifica della diffida accertativa, potrà promuovere il tentativo di conciliazione presso l'Ispektorato. In questa fase non è prevista la difesa "tecnica" del datore di lavoro, per cui tutt'al più il datore

dovrebbe chiedere ausilio al consulente del lavoro.

Ebbene, contrariamente a quanto si possa "fantasticare" per l'assenza di cd. difesa "tecnica", se il datore vuole essere assistito da un avvocato lo può fare benissimo. Il problema è che questa legge si è completamente scordata del diritto di difesa del datore di lavoro!

Qualora le parti raggiungano l'accordo, sarà sottoscritto apposito verbale di conciliazione che è inoppugnabile, rientrando tra le previsioni di cui all'art. 2113, comma 4, cod. civ.. Decorso il termine di 30 giorni senza che il datore di lavoro abbia formalizzato alcunché, la diffida accertativa acquista, con provvedimento della Direzione territoriale del lavoro valore di **accertamento tecnico**, con efficacia di titolo esecutivo.

Ma se ha valore di "accertamento tecnico" come si fa a consentire direttamente l'esecuzione coatta di tale diffida?

Se acquista la forma di titolo esecutivo nella parte sostanziale del provvedimento significa che è divenuto definitivo e non potrebbe essere impugnato?

Tutt'al più dovrebbe essere titolo idoneo per ottenere un decreto ingiuntivo, non averne già la stessa valenza!

Ad ogni buon conto, dopo la diffida accertativa, a prescindere dal suo esito l'ispettore concluderà il procedimento

⁹ 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 *NLCC*, 2005, n. 4, 957-971.

¹⁰ P. RAUSEI, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in C. LUCREZIO 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*, Giuffrè, Milano, 2004, 205-231.

¹¹ G. M. SCORDINO, *la diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in *La Nuova Procedura Civile*, 5/2016 ADMAIORA. Cfr. C. ZOLI, *La conciliazione monocratica*, in L. NAGLER, C. ZOLI; cfr. anche S. ROSSI, *La conciliazione monocratica: tra sistema premiale e diritti indisponibili*, in *il diritto dei lavori*, n. 2, settembre 2013, p- 53 s.s..

¹² P. RAUSEI - M. TIRABOSCHI, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma del lavoro*, ADAPT, 2014.

ispettivo con l'adozione di un verbale unico di accertamento e notificazione di illecito.

4. Differenze retributive: Denuncia all'I.T.L. e ricorso al Giudice

Si discute, altresì, sulla possibilità di proporre contemporaneamente sia ricorso per differenze retributive al giudice del lavoro, sia la richiesta di diffida accertativa in sede amministrativa.

La questione è tutt'altro che semplice, giacché le due vie (giudiziaria e amministrativa) procedono del tutto autonomamente, però, qualora la parte interessata dovesse intervenire formalmente in entrambe le procedure potrà tentare di far valere le proprie ragioni tempestivamente chiedendo all'ispettore del lavoro di sospendere il tutto, e trasmettere gli atti al Magistrato, o – diversamente – ricorrendo direttamente al Giudice per impedire una doppia decisione sulla medesima questione inerente le stesse differenze retributive.

Qualora la diffida accertativa sia stata emessa successivamente al giudizio proposto dinanzi al Tribunale del Lavoro in maniera autonoma e senza che possa aver subito alcun condizionamento, la stessa dà luogo comunque ad un "accertamento tecnico con efficacia di titolo esecutivo" la cui natura di atto amministrativo formatosi in assenza di contraddittorio esclude la possibilità stessa di ravvisare una violazione del principio del *ne bis in idem*.¹³

Come sopra esposto, le ipotesi di presentazione di ricorso al giudice del lavoro da un lato e di istanza di diffida accertativa all'I.T.L.

contemporaneamente si sono già verificate e sono possibili.

Una adeguata regolamentazione legislativa dovrebbe evitare confusioni e poi danni a chi non sia stato presente alle attività dell'I.T.L. ritenendo (razionalmente) le stesse assorbite dall'attività giudiziaria per la medesima vicenda, superando incomprensioni e inevitabili ricorsi al giudice del lavoro.

Come sopra riportato la diffida accertativa divenuta esecutiva ha valore di **accertamento tecnico** (come un lodo irrituale). Significa quindi che dovrebbe necessitare prima di una ingiunzione di pagamento e poi si potrà procedere con l'atto di precetto come invece avviene automaticamente con la diffida esecutiva.

5. La prescrizione dei crediti di lavoro ai fini della diffida accertativa

Con una importante nota del 23 gennaio 2020 n. 595 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) ha chiarito che le somme corrisposte dal datore di lavoro al prestatore con periodicità annuale o infrannuale e le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro si prescrivono nel termine quinquennale. La decorrenza del termine prescrizione non dovrebbe operare in costanza di rapporto di lavoro. Ciò in quanto la possibile condizione di sudditanza psicologica nella quale può trovarsi il lavoratore può essere tale da indurlo a rinunciare alla pretesa dei propri diritti, almeno fino alla cessazione del rapporto stesso.

Anche in caso di "tutela reale" si dovrà valutare la specifica circostanza.

Si tratterà quindi di valutare volta per volta la effettiva sussistenza di crediti di

¹³ Corte di Appello Firenze, Sez. Lavoro, 05/04/2012

lavoro facilmente e correttamente quantificabili, “oggettivamente” non presenti nelle buste paga e poi si verificherà se il credito si sia prescritto accertando anche la modalità di espletamento del rapporto di lavoro.¹⁴

Il termine di prescrizione di un diritto decorre dal momento in cui lo stesso può essere fatto valere.

L'inutile decorso di tale termine fa prescrivere il diritto.

La Corte di Cassazione insegna che la decorrenza del termine non opera in costanza di rapporto di lavoro, ritenendo che il lavoratore si possa trovare in una condizione di “timore”, tale da indurlo a rinunciare alla pretesa dei propri diritti, almeno fino alla cessazione del rapporto stesso.

La giurisprudenza più recente la ritiene necessaria, anche laddove il rapporto sia assistito dalla tutela reale.

La valutazione va effettuata volta per volta in ordine alla sussistenza del timore del licenziamento, dovendosi rilevare anche le effettive modalità di espletamento del rapporto di lavoro.

La sussistenza o meno di una condizione di “sudditanza psicologica” connessa alla stabilità del rapporto di lavoro potrà, pertanto, essere valutata direttamente dall'Autorità giudiziaria, adita dal lavoratore per far valere le proprie pretese.

Pertanto, tale complessa valutazione non spetta all'organo di vigilanza nel corso dell'attività ispettiva ma debba essere rimessa, esclusivamente all'Autorità giudiziaria.

Poichè la diffida accertativa ha ad oggetto crediti certi, liquidi ed esigibili, come tali non fondati su elementi

suscettibili di interpretazione si ritiene che il personale ispettivo dovrà considerare solo i crediti da lavoro il cui termine quinquennale di prescrizione, decorrente dal primo giorno utile per far valere il diritto di credito anche se in costanza di rapporto di lavoro, non sia ancora maturato.¹⁵

L'ispettore dovrà tener conto di eventuali atti interruttivi della prescrizione esperiti dal lavoratore e da questi debitamente documentati all'organo di vigilanza.

Se il lavoratore provi di aver inviato una raccomandata o atto equipollente, ex art. 1219 cod. civ., ricevuto dal datore, utile ad interrompere i termini di prescrizione, il personale ispettivo potrà adottare la diffida accertativa anche per crediti risalenti nel tempo, sempreché non siano comunque decorsi cinque anni dall'ultimo atto interruttivo della prescrizione.

6. Il diritto di difesa

La diffida accertativa è un atto elaborato, *su prudente apprezzamento dell'ispettore*, a seguito di denuncia da parte del lavoratore o di accertamento in corso.

Essa dovrebbe basarsi su elementi certi e inconfutabili; ma non sempre è così.

Tuttavia, il legislatore nel prevedere questa nuova forma ritenuta utile per deflazionare il contenzioso giudiziario ha di fatto consentito al funzionario della I.T.L. di elaborare e sottoscrivere un provvedimento che acquista efficacia esecutiva utile per poter già notificare

¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. lav. 04 giugno 2014 n. 12553: “Il requisito della stabilità reale, che consente il decorso della prescrizione quinquennale dei diritti del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro, va verificato alla stregua del concreto atteggiarsi del rapporto stesso. Ne

consegue che, la suddetta verifica deve essere effettuata sulla base delle concrete modalità, anche soggettive, di svolgimento del rapporto”.

¹⁵ Cfr.: Crediti di lavoro; prescrizioni; diffida accertativa e atti interruttivi IPSOA 2020 (a cura della redazione)

precetto di pagamento al datore di lavoro.

Ciò significa che la diffida accertativa esecutiva è equiparata ad un vero e proprio decreto ingiuntivo del Giudice del Lavoro.

Orbene, al di là delle gravi lacune procedurali, non risultando una formulazione corretta dell'acquisizione da parte del creditore del titolo esecutivo "*originale*" (ma di questo si parlerà più avanti) in tutta questa procedura non è garantita una idonea difesa del datore di lavoro.

Anzi, quando si accenna a qualche attività difensiva consentita al datore di lavoro ci si affretta a sottolineare che, non trattandosi di "*difesa tecnica*", l'azienda può difendersi da sola o con il consulente tecnico, quasi a sottolineare la inutilità di una difesa da parte di un avvocato.

Come ho in un altro mio scritto evidenziato¹⁶ il cittadino ha sempre diritto a farsi assistere da un avvocato – che è il difensore e il procuratore legale costituzionalmente istituito – e che quando il legislatore consente la difesa ad altre professionalità (consulenti del lavoro, rappresentanti sindacali) certamente non intende in forma restrittiva ridimensionare il diritto di difesa del cittadino, ma intende estenderlo anche ad altri professionisti.

Quando la Cassazione si è pronunciata in merito alla difesa "non tecnica", ha evidenziato la non necessità della presenza di un avvocato, ovviamente non vietandola.

Ribadito quanto innanzi, si osserva come l'art. 12 non offre alcuno spazio difensivo al datore di lavoro che può soltanto chiedere entro 30 gg. dalla notifica della diffida la convocazione per la conciliazione monocratica che consiste di fatto nell'ammettere l'addebito e

dichiara soltanto di trovare una soluzione conciliativa, se possibile, nella sola parte economica.

Infatti, la conciliazione monocratica fa perdere efficacia alla diffida accertativa, ma l'accertamento in corso procede per quanto già incartato.

Se è vero, come è vero, che la difesa "*tecnica*" è quella che si espleta tramite l'avvocato nelle sedi giudiziarie, è altrettanto vero che oggi le varie procedure amministrative sono diventate sempre più alquanto complesse stante la esponenziale crescita della burocrazia in barba alla cd. semplificazione.

Questo procedimento - che può essere letale per un datore di lavoro, (che non può difendersi adeguatamente e si rivolga dall'avvocato soltanto quando è stata avviata la procedura esecutiva) e che non prevede neanche due righe che stabiliscono termini e modalità di adeguata difesa del datore di lavoro che vorrebbe opporsi a quanto riportato nella diffida accertativa - quale strumento "*deflattivo*" finisce per essere tale soltanto ai danni dei piccoli imprenditori (o di chi non ha potuto approntare adeguata difesa) che dopo aver chiesto un consulto al proprio consulente del lavoro (a volte un commercialista tutt'altro che) abbiano lasciato perdere, pensando erratamente di poter evitare aggravii di costi.

In buona sostanza, la diffida accertativa - così come è strutturata dall'art. 12 - si presenta più come una affrettata penalizzazione ai danni dei piccoli imprenditori che di un serio e corretto strumento deflattivo rispettoso delle garanzie costituzionali.

Peraltro, la diffida accertativa non ha avuto alcun esito positivo come strumento deflattivo delle azioni giudiziarie.

¹⁶ A. BELSITO, *L'Audizione del lavoratore incolpato e il diritto di difesa*, in Rivista Scientifica

giuslavoristica *Il diritto dei lavori*, Cacucci, Bari, Anno XIII n. 1, aprile 2019.

7. La diffida accertativa come titolo esecutivo

Una delle questioni non ancora seriamente risolta è quella relativa al rilascio del titolo esecutivo della diffida accertativa per poter procedere alla relativa esecuzione forzata.

La lettera circolare del Ministero del lavoro n. 986 del 5 luglio 2015 ha statuito che la diffida accertativa non necessita della specifica formula esecutiva che appone il Cancelliere del Tribunale.

Ma la “lettera circolare” non è una legge dello Stato!

Non vi è traccia nella legge che esoneri la parte privata abilitata ad utilizzare il titolo dichiarato esecutivo senza ottenere la prescritta formula dal Cancelliere.

Orbene, premettendo che l’articolo 12, comma 3, d.lgs. n. 124/2004 stabilisce che *“decorso inutilmente il termine ... il provvedimento di diffida ... acquista, con provvedimento del direttore della D.T.L., valore di accertamento tecnico, con efficacia di titolo esecutivo”* occorre verificare in che modo si colloca tra i titoli esecutivi questo provvedimento amministrativo e in che senso un *“accertamento tecnico”* possa essere utilizzato come titolo esecutivo.

Si prende atto soltanto che in questo caso la legge ha inteso attribuire alla diffida un titolo esecutivo tralasciando ogni discussione sulla qualità di *“accertamento tecnico”*.

Il disposto di cui all’art. 474, comma 1, n. 1), c.p.c. statuisce che sono titoli esecutivi oltre le sentenze ed i provvedimenti *“... gli altri atti ai quali la*

legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva ...”.

Il successivo articolo 475 c.p.c. (spedizione in forma esecutiva) prevede che i titoli esecutivi per valere come titolo per l’esecuzione forzata debbano essere muniti della formula esecutiva (per gli atti giudiziari e per quelli previsti per legge è necessario prima ottenere il decreto di esecutorietà del giudice e poi il cancelliere apporrà la formula esecutiva), salvo che la legge disponga altrimenti.

Il noto testo della formula esecutiva (*“Comandiamo a tutti gli Ufficiali Giudiziari ...”*) è riportato nell’ultimo comma del predetto articolo.

L’esecuzione forzata deve essere preceduta ai sensi dell’art. 479, comma 1, dalla notificazione del titolo in forma esecutiva e del precetto.¹⁷

Premesso quanto innanzi, da una più attenta disamina della normativa vigente si rileva che quanto previsto dalla lettera circolare ministeriale citata non trova alcun riscontro nella legge. Ed invero, l’articolo 475 c.p.c. stabilisce che tutti gli atti esecutivi devono essere muniti della formula, salvo quando la legge disponga altrimenti.¹⁸

Tuttavia, non risulta che il d.lgs. n. 124/2004 abbia disposto altrimenti. Semmai si può convenire che l’art. 654, comma 2, c.p.c. statuisca la inutilità di una nuova notifica dello stesso provvedimento in forma esecutiva, che è cosa ben diversa dalla necessaria acquisizione di un titolo esecutivo utile per procedere, a mezzo ufficiale giudiziario, all’esecuzione forzata. Quest’ultimo, infatti, al momento della richiesta di un pignoramento che promuova, appunto, l’esecuzione forzata chiede al creditore procedente la

¹⁷ Cass. civ. Sez. III., 30 maggio 2007 n. 12731 *“... l’opposizione a precetto con la quale si denunzi la mancata effettuazione della notifica del titolo esecutivo non incide sul diritto di procedere all’esecuzione, ma determina solo l’invalidità*

degli atti logicamente successivi ed integra l’opposizione agli atti esecutivi ...”.

¹⁸ P. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Giuffrè, Milano, 2002, 23-25.

consegna del titolo esecutivo con la prescritta formula ed il relativo atto di precetto.¹⁹

Si ritiene, pertanto, che quando la diffida accertativa per crediti patrimoniali del lavoratore venga notificata al datore di lavoro, al quale sono concessi 30 giorni per la propria difesa, decorso inutilmente tale termine, *(così come avviene per il decreto ingiuntivo notificato non in forma esecutiva e per il decorso inutile dei 40 giorni dalla notifica o per l'autorizzazione alla provvisoria esecuzione a seguito di opposizione non necessita più di essere rinotificato)*, bisognerà preventivamente munirsi della formula esecutiva che, com'è noto, può essere apposta dal cancelliere del Tribunale competente, previa dichiarazione di esecutorietà del titolo da parte del direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro.

In effetti la lettera circolare citata non esclude affatto l'apposizione della formula bensì ribadisce, secondo quanto disposto dalla legge, che il titolo verrà dichiarato esecutivo dal direttore della D.T.L. (oggi I.T.L.).

Insomma, così come il giudice dichiara esecutivo un decreto ingiuntivo, allo stesso modo il direttore dell'I.T.L. dichiara l'esecutività del titolo. Occorrerà poi far apporre la formula esecutiva, salvo che la legge espressamente (e non la circolare ministeriale!) disponga diversamente.

8. La diffida obbligatoria (sulle inosservanze sanabili)

E' opportuno trattare brevemente in questo scritto, per completezza, anche dalla diffida obbligatoria, prevista sempre dal D.lgs. 124/2004, ma che è un istituto

completamente diverso da quello della diffida accertativa di cui innanzi.

La diffida obbligatoria è prevista dall'art. 13 d.lgs. 124/2004.

Essa consiste nel potere e dovere attribuito a tutti gli ispettori di vigilanza e quindi anche a quelli previdenziali di diffidare il datore di lavoro alla regolarizzazione di **inosservanze** sanzionate in via amministrativa e comunque **sanabili**.

La legge 123/2007 ha esteso il potere di diffida obbligatoria ai funzionari amministrativi degli stessi enti. Invece, la competenza della diffida accertativa dei crediti patrimoniali è riconosciuta soltanto al personale ispettivo degli ispettorati territoriali del lavoro e ai militari del Nucleo Carabinieri operante presso l'Ispettorato.

A differenza della diffida accertativa per crediti patrimoniali del lavoratore, la diffida obbligatoria viene elevata quando si constata l'inosservanza di norme di legge o del contratto collettivo di categoria, dalle cui violazioni derivino sanzioni amministrative.

Il trasgressore potrà adempiere, sanando la propria posizione, nel termine di 30 giorni.

Naturalmente la sanzione riguarderà sia il trasgressore che l'obbligato in solido (ad esempio la ditta ed il suo legale rappresentante).

Si rileva altresì che la diffida accertativa e la diffida obbligatoria prevista dal medesimo d.lgs. 124/2004 hanno finalità diverse: ed invero, la diffida accertativa ha quale scopo quello di garantire il soddisfacimento degli interessi creditori del lavoratore, mentre la diffida obbligatoria ha quale obiettivo quello di garantire la regolarizzazione amministrativa e previdenziale del rapporto di lavoro e qualora le irregolarità

¹⁹ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2000, vol. III.

costituiscono ipotesi di reato vi è l'obbligo di segnalazione alla Procura della Repubblica.

Si evidenzia che circa i rapporti tra diffida ed esercizio dell'azione penale parte della dottrina sosteneva che la diffida costituisse condizione di procedibilità dell'azione penale, per cui l'adempimento estingueva il reato.²⁰

La giurisprudenza di legittimità²¹ ha, invece statuito che: *"... la facoltà di diffida non è alternativa all'obbligo di comunicare la notizia di reato al Pubblico Ministero"*.

La diffida obbligatoria amministrativa, secondo quanto disposto dalla normativa citata, è disciplinata in una forma completamente nuova con specifiche previsioni che in qualche modo evitano confusioni.

Avverso la diffida accertativa divenuta esecutiva si dovrebbe poter ricorrere al Giudice del lavoro, anche se non è consentito promuovere una diretta azione di accertamento della stessa davanti a tale magistrato.

Si dovrebbe discutere circa l'annullamento del verbale e della stessa diffida.

In realtà il rimedio offerto dall'art. 12, co. 4, d.lgs. n. 124/2004 è il ricorso al Comitato Regionale per i rapporti di lavoro che sospende l'esecutività della diffida.

Ad avviso dello scrivente, il ricorso al Giudice del lavoro deve essere sempre possibile, secondo quanto garantito dal dettato costituzionale, a nulla rilevando la discutibile circostanza che il legislatore possa non aver espressamente contemplato tale previsione.

Anche la stessa Corte costituzionale²² ha ribadito che il cittadino ha sempre il diritto di ricorrere al giudice statale, per cui è costituzionalmente illegittima la norma che ne impedisca l'esercizio.

Il d.lgs. n. 124/2004, tuttavia, non si presta solo sotto questo profilo a dubbi di illegittimità costituzionale, altrimenti si riconoscerebbe un potere eccessivo - del tutto superiore a quello riconosciuto alla Magistratura - ed ingiustificato in favore degli ispettori del lavoro, come argutamente evidenziato nella sentenza del Giudice del lavoro di Pistoia che si condivide e riporta in nota.²³

²⁰ D. PAPA, *L'ispezione del lavoro in azienda*, Edizioni FAG, Milano, 2006, 65.

²¹ Cass. SS.UU. n. 1228/1993 ha ribadito l'autonomia del procedimento penale da quello amministrativo, non incidendo la diffida né sul perfezionamento del reato né sulla sua perseguibilità. In dottrina cfr. M. RUSCIANO - G. NATULLO, (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, VIII, Utet, Milano, 2007, 470.

²² Corte Cost., 8/06/2005 n. 221: *la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*.

²³ Trib. Pistoia, Sez. lav., 11/07/2011 (dr. De Marzo): *"Come è agevole notare, il legislatore, nell'art. 12 del d.lgs. 124 del 2004, si disinteressa completamente degli strumenti di tutela giurisdizionale del datore di lavoro e del lavoratore (giacché anche quest'ultimo, cui è sottratta la scelta dei tempi dell'iniziativa e la facoltà di partecipare, con adeguata difesa,*

all'accertamento, potrebbe avere motivo di dolersi del contenuto della diffida). Tuttavia, poiché la garanzia di poter agire in giudizio a tutela dei propri diritti è prevista dall'art. 24 della Costituzione, l'interprete deve necessariamente ricostruire tali strumenti in via sistematica. Dal momento che la diffida, se il datore di lavoro non raggiunge un accordo in sede conciliativa dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro, acquista efficacia di titolo esecutivo (e poiché lo stesso risultato consegue alla reiezione dell'eventuale ricorso al Comitato regionale), è necessario individuare la sede giurisdizionale nella quale il datore di lavoro possa far valere l'infondatezza dei diritti riconosciuti al lavoratore. Tradizionalmente l'opposizione a precetto non investe tali profili, in quanto l'azione esecutiva trova il suo fondamento in titoli di formazione giudiziaria (art. 474, comma 2, n. 1, c.p.c.) o in titoli che comunque assicurano la partecipazione consensuale del destinatario della pretesa (art. 474, comma 2, 11. 2 e 3, c.p.c.)".

9. L'opposizione in sede giudiziaria

Non chiarito quindi se sia possibile promuovere ricorso al Giudice del lavoro per chiedere l'annullamento della diffida accertativa, (a mio avviso dovrebbe essere possibile non avendo il legislatore riconosciuto ulteriori poteri agli ispettori e comunque nulla vieta al datore di lavoro di promuovere un'azione di accertamento negativo)²⁴ è comunque possibile promuovere una opposizione all'atto di precetto che la parte notifica a seguito dell'esecutività della diffida stessa.

Quando la diffida accertativa, notificata dalla direzione dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro ai sensi dell'art. 12, D.lgs. n. 124/2004, acquista valenza di titolo esecutivo, eventuali contestazioni del datore di lavoro finalmente possono essere fatte valere in sede giurisdizionale mediante opposizione al precetto che sarà notificato dalla parte interessata.

Infatti, la parte creditrice, in virtù del titolo esecutivo (quale? Le fotocopie? Quanti titoli esecutivi così posso produrre?), notificherà atto di precetto di pagamento al datore di lavoro il quale, ai sensi e per gli effetti degli artt. 615-617 c.p.c., potrà presentare opposizione a precetto da proporre con ricorso dinanzi al Giudice del lavoro competente, depositandolo entro 20 giorni dalla ricezione della notifica dell'atto stesso, chiedendo la sospensione dell'esecutività del titolo stesso, sussistendo i gravi motivi.

Il giudizio promosso con ricorso in opposizione a precetto si celebra secondo il rito del lavoro.

Si discute se in questa sede il Giudice possa entrare nel merito degli accertamenti effettuati dall'Ispettore e se

possa acquisire prove che confutino quanto accertato.

Ritengo che certamente il Giudice del Lavoro debba accertare tutto, esaminando i fatti e le questioni sostanziali, a nulla rilevando eventuali eccezioni sulla insuperabilità di quanto accertato come se si trattasse di un provvedimento giudiziario definitivo.

Quindi, mentre quanto si propone un ricorso in opposizione a precetto a seguito di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo definitivo, ovvero sentenza è possibile soltanto esaminare le questioni formali inerenti il precetto o l'aspetto sostanziale relativamente all'erroneo importo richiesto, in questo caso l'opposizione deve inevitabilmente consentire di esaminare il merito della vicenda valutato dagli ispettori perché comunque si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata, soltanto che in questo caso è necessario un accertamento dei fatti da parte del Giudice, non potendosi limitare a verificare la correttezza del titolo esecutivo e l'esattezza degli importi trascritti.

Nella sentenza di merito innanzi citata si legge che in questo caso *"... il datore di lavoro si trova esposto ad un titolo esecutivo, formatosi senza la sua partecipazione consensuale e senza che abbia avuto la possibilità di difendersi dinanzi all'autorità giudiziaria. L'opposizione al precetto diviene allora la sede nella quale il destinatario della diffida non solo può far valere le proprie ragioni, ma anche ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Diversamente opinando, il datore di lavoro dovrebbe promuovere un giudizio di accertamento negativo del credito della*

²⁴ A. VALLEBONA, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro* in MGL 2004. *"L'azione di accertamento negativo, attraverso la quale si domanda l'accertamento della inesistenza, del*

tutto o anche soltanto in parte, di credito pecuniario riconosciuto al lavoratore con l'adozione della diffida accertativa, chiamando in causa il lavoratore titolare del credito".

controparte, ma sarebbe privo di un efficace strumento cautelare destinato a paralizzare l'efficacia esecutiva della diffida".²⁵

Con i mezzi di prova l'opponente potrà anche dimostrare la pretestuosità ed infondatezza di quanto emerso dalla diffida accertativa.

In realtà la diffida accertativa dei crediti patrimoniali e una vera e propria "invasione di campo" che ha prodotto soltanto sovrapposizioni e confusioni con le competenze giudiziarie, conferendo eccessivi poteri ai funzionari non sempre adeguatamente preparati, creando gravi disagi e a volte danni.

10. Conclusioni

Il procedimento amministrativo della diffida accertativa per crediti patrimoniali, così come previsto dal citato art. 12, non risulta uno strumento idoneo a garantire per davvero il diritto di difesa. Esso infatti potrà essere contrastato soltanto da datori di lavoro in grado di farsi assistere da un legale sin dal primo momento, e ciò a prescindere dalla non necessarietà di una "difesa tecnica".

Altrimenti gli ispettori faranno ciò che ritengono, senza alcuna concreta obiezione.

In buona sostanza, questo istituto giuridico non solo non è risultato essere un mezzo deflattivo per il contenzioso giudiziario in materia di lavoro, ma è uno strumento eccessivo e spropositato nelle mani di un funzionario dell'I.T.L. che neutralizza i principi garantisti del nostro ordinamento.

Non vi è dubbio che le intenzioni erano pregevoli e meritevoli di attenzione. Ma dopo sedici anni dalla entrata in vigore di questo istituto si può rilevare che non è risultato corrispondente alle aspettative.

Purtroppo non ci sono state contestazioni o proposti giudizi in opposizione soltanto:

- quando l'azienda si è trovata in grave crisi finanziaria;
- quando si è trattato di un modesto datore di lavoro non in grado di opporre alcuna resistenza;
- quando – del tutto residualmente – trattandosi di una azienda finanziariamente solida, sono emersi effettivi debiti non onorati nei confronti dei lavoratori per specifiche circostanze e quindi l'azienda ha ottemperato.

Solo in questi ultimi casi la pendenza è stata risolta positivamente, avendo anche il datore di lavoro diretto interesse alla definizione.

Gli imprenditori deboli, se si trovano sotto la mannaia di ispettori, non sempre molto "prudenti" nell'apprezzamento, possono subire gravi conseguenze se non corrono immediatamente ai ripari, possibilmente con l'ausilio di un legale esperto della materia che impedisca soluzioni disinvolve.

Probabilmente questa mia esposizione rimarrà minoritaria e poco apprezzata anche se i risultati confermano quanto da me riportato.

In conclusione, l'istituto della diffida accertativa, preso atto dei discutibili risultati e del mancato raggiungimento delle aspettative, nonché della eccessiva "invasione di campo" giudiziario, deve essere in maniera seria e corretta riscritto per evitare ingiusti danni.

²⁵ Trib. Pistoia, Sez. lav., 11/07/2011 (dr. De Marzo). Sentenza innanzi citata.

Abstract

L'Autore rileva come l'istituto della diffida accertativa dei crediti patrimoniali, annunciato come la soluzione di tanti problemi nelle insorgende controversie di lavoro, sia stato in realtà un bluff col suo procedimento amministrativo che non ha prodotto alcuna riduzione del contenzioso del lavoro e che non offre garanzie di difesa al datore di lavoro, evidentemente ritenuto presuntivamente colpevole sino a prova contraria.

The Author points out that the institution of the ascertaining warning of assets claims, announced as the solution of so many problems in industrial disputes, was in fact a bluff with its administrative procedure that did not result in any reduction in the litigation of work and that does not offer guarantees of defence to the employer, evidently presumed guilty until proven otherwise.