

LE NUOVE ISTRUZIONI OPERATIVE AL PERSONALE ISPETTIVO DEL MINISTERO DEL LAVORO (CIRCOLARE N. 41/2010)

di *Alessandro Millo*,
Dirigente del Ministero del Lavoro
e delle Politiche sociali¹

LA CIRCOLARE N. 41/2010

Le novità introdotte a livello normativo dalla Legge n. 183/2010 (Collegato lavoro), anche in materia di ispezioni del lavoro, contestazione degli illeciti amministrativi e diffida a regolarizzare le violazioni sanabili, hanno indotto il Ministero del Lavoro ad impartire nuove istruzioni operative, per adeguare la condotta del personale ispettivo alle nuove disposizioni ed evitare che vizi procedurali possano inficiare la validità dei verbali. Le nuove procedure tuttavia presentano ancora diversi profili di incertezza, dall'effettivo ambito di operatività della nuova diffida, alle effettive conseguenze di eventuali irregolarità procedurali sulla validità dei successivi provvedimenti sanzionatori.

L'ACCESSO AI LUOGHI DI LAVORO

Il Ministero ricorda innanzitutto al personale ispettivo la necessità di qualificarsi, esibendo il tesserino di riconoscimento, all'atto di ogni accesso ispettivo sui luoghi di lavoro, come prevede l'art. 7 del Codice di comportamento degli ispettori del lavoro, emanato con Decreto del direttore generale del 20/04/2006, che peraltro impone anche di conferire ove possibile con il datore di lavoro o un suo preposto e di avvertirlo della facoltà di farsi assistere da un consulente del lavoro o altro professionista abilitato.

In secondo luogo, si richiama l'obbligo imposto dall'art. 33 della Legge n. 183/2010 (Collegato lavoro), di rilasciare al soggetto ispezionato un ap-

posito verbale di primo accesso ispettivo, da redigersi necessariamente prima di lasciare i locali dell'azienda, come peraltro anticipava già la direttiva del Ministero Sacconi del 18/09/2008, che oggi viene avvalorata con forza di legge. L'eventuale mancata consegna del verbale di primo accesso dovrà quindi essere giustificata dall'assenza di soggetti idonei a riceverlo o dal loro rifiuto o da altre circostanze che dovranno essere espressamente menzionate nel verbale.

Il verbale di primo accesso dovrà contenere tutti gli elementi essenziali ed indefettibili previsti dalla norma, a cominciare dalla "identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro e la descrizione delle modalità del loro impiego", in particolare, sottolinea il Ministero, qualora si tratti di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie, dei quali si voglia contestare l'irregolare costituzione del rapporto di lavoro; mentre per il personale risultante dai documenti obbligatori, di cui si debba verificare la regolarità sotto altri profili, quali ad esempio la corretta qualificazione del rapporto di lavoro o la contribuzione previdenziale o il rispetto dell'orario di lavoro, è consentito procedere all'identificazione "per relationem", rinviando nel verbale di primo accesso alle generalità riportate nella documentazione aziendale.

In secondo luogo, il verbale dovrà contenere "la specificazione delle attività compiute dal personale ispettivo", dando conto del sopralluogo effettuato, dell'identificazione delle persone presenti, dell'acquisizione delle dichiarazioni e dell'incontro con le rappresentanze sindacali, nonché della documentazione esaminata.

¹ Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione pubblica di appartenenza.

Il verbale, inoltre, dovrà riportare le eventuali "dichiarazioni rese dal datore di lavoro o dalla persona presente all'ispezione o dal professionista che lo assiste", avendo cura di avvertire il soggetto ispezionato della possibilità di avvalersi di tale assistenza, come ricorda opportunamente il Ministero.

Il verbale, infine, dovrà specificare "ogni richiesta, anche documentale, utile al proseguimento dell'istruttoria finalizzata all'accertamento degli illeciti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, settimo comma, della Legge n. 628/1961", che com'è noto, punisce chi non fornisce le notizie legalmente richieste dall'ispettorato del lavoro ovvero le fornisca scientemente errate o incomplete.

Il richiamo a quest'ultima norma, ad avviso del Ministero, va letto nel senso che l'omessa o incompleta presentazione della documentazione richiesta, abilita il personale ispettivo a richiedere nuovamente i documenti non ancora esibiti ed applicare la norma penale in caso di ulteriore inadempimento. Non solo, ad avviso del Ministero, non preclude al personale ispettivo, nel caso di accertamenti particolarmente complessi e prolungati nel tempo, la possibilità di richiedere legittimamente anche altra documentazione non richiesta in precedenza, con adeguata motivazione degli accertamenti compiuti e degli ulteriori accertamenti necessari in un apposito verbale interlocutorio, ai sensi dell'art. 13 del Codice di comportamento, con espresso avvertimento che gli accertamenti sono ancora in corso.

POTERE DI DIFFIDA

La circolare ministeriale si sofferma sulle modifiche introdotte all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, in tema di potere di diffida a regolarizzare le violazioni sanabili e conseguente ammissione al pagamento della sanzione in misura pari al minimo di legge ovvero ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa. Qualora i trasgressori siano più di uno, la diffida deve essere impartita a tutti e l'adempimento da parte di uno solo dei destinatari deve ritenersi sufficiente a consentire a tutti di accedere al pagamento in misura minima.

Il Ministero evidenzia che la nuova formulazione della norma impone termini precisi e perentori per la regolarizzazione delle violazioni (30 giorni) ed il successivo pagamento della sanzione in misura premiale (15 giorni), sicché un pagamento tardivo non estingue le violazioni ed espone all'adozione della conseguente ordinanza ingiunzione, con la quale l'ufficio determinerà l'importo della sanzione tra il minimo ed il massimo di legge, certamente tenendo in debito conto la condotta collaborativa dimostrata effettuando il pagamento, sia pure in ritardo, ma anche valutando le altre circostanze attenuanti ed aggravanti del caso ed in particolare l'entità del ritardo e l'eventuale recidiva.

Considerato inoltre che la diffida interrompe i termini di ricorso al Comitato regionale, fino alla scadenza del termine assegnato per la regolarizzazione ed il successivo pagamento, qualora nel medesimo verbale coesistano violazioni sanabili oggetto di diffida e violazioni non sanabili escluse dalla portata della diffida, deve ritenersi che l'effetto interruttivo non si limiti alle sole violazioni sanabili, ma riguardi l'impugnazione dell'intero verbale.

La circolare precisa infine che il riferimento alle violazioni di norme di legge "o di contratto collettivo" va riferito alle sole ipotesi in cui la norma sanzionatoria rinvii espressamente per la sua specificazione alla contrattazione collettiva, come nel caso dell'art. 5, 5° comma, del D.Lgs. n. 66/2003, a norma del quale il lavoro straordinario deve essere remunerato con le maggiorazioni previste dai contratti collettivi.

Un'ultima considerazione riguarda ciò che la circolare non dice, relativamente ai presupposti per l'applicazione della diffida e quindi all'ambito di operatività dell'istituto. La nuova formulazione, infatti, lega l'adozione della diffida all'accertamento di violazioni "comunque materialmente sanabili", anziché "comunque sanabili", come prevedeva il testo previgente.

Tale modifica, per quanto piccola, tuttavia non può certamente ritenersi involontaria o priva di significato e ad avviso di chi scrive sembra esprimere la volontà di estendere al massimo la portata dell'istituto, abbracciando in sostanza tutte le violazioni documentali, omissive e com-

missive, anche relative a rapporti di lavoro conclusi o ad aziende cessate, che comunque possono essere materialmente sanate, regolarizzando la documentazione carente o infedele.

Sarebbero superate, allora, le contrarie indicazioni contenute nella Circolare n. 9/2006 e nel vademecum sul libro unico del lavoro del 5/12/2008, che escludono la possibilità di applicare la diffida ad alcune violazioni documentali commissive o relative a rapporti di lavoro cessati, ma che naturalmente si riferivano alla precedente formulazione della norma.

Del resto delle due l'una: o il trasgressore non riesce materialmente a regolarizzare la documentazione ed allora non sarà ammesso al pagamento in misura minima ed il problema non si pone oppure riesce a rettificare la documentazione, dimostrando che la violazione era materialmente sanabile ed allora ha diritto a pagare la sanzione minima e non riconoscerlo potrebbe pregiudicare la validità dell'accertamento.

Al riguardo sarebbe quindi auspicabile un ulteriore chiarimento da parte del Ministero.

VERBALE UNICO DI ACCERTAMENTO E NOTIFICAZIONE

Com'è noto, per porre un freno alla proliferazione dei verbali ispettivi, prodotti nelle varie fasi dell'accertamento in attuazione di diverse norme stratificate nel tempo, con una sempre crescente complessità del procedimento ispettivo, la Legge n. 183/2010 ha voluto riunire in un unico atto l'accertamento e la notificazione degli illeciti amministrativi e la diffida a regolarizzare le violazioni sanabili: è il "*verbale di accertamento e notificazione*".

Al riguardo, il Ministero richiama innanzitutto al necessario rispetto dei contenuti essenziali dell'atto imposti dal nuovo comma 4 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, a partire dagli "*esiti dettagliati dell'accertamento, con indicazione puntuale delle fonti di prova degli illeciti rilevati*", che devono essere indicati nell'atto per rendere edotto il trasgressore dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che hanno determinato la decisione dei verbalizzati, in ossequio al principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

Delle dichiarazioni rese dai lavoratori, che peraltro, come ricorda il Ministero, di per sé sole non costituiscono fonti di prova, ma meri elementi indiziari, se non suffragate da riscontri oggettivi o documentali o testimoniali, dei quali va data menzione nel verbale conclusivo, vanno riportati i contenuti determinanti o eventualmente anche il testo esatto tra virgolette, ma in forma anonima (per quanto possibile), senza il riferimento alle generalità di colore che le hanno rilasciate, per tutelarne la riservatezza, in quanto tuttora sottratte all'accesso da parte del datore di lavoro finché perduri il rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 24 della Legge n. 241/1990 e del regolamento approvato con D.M. n. 757/1994.

In ogni caso, non dovranno essere indicati gli elementi di prova, testimoniali e documentali, attinenti ad indagini di natura penale e pertanto soggetti al segreto istruttorio ex art. 329 c.p.p.

Gli altri elementi essenziali del verbale di accertamento e notificazione, sono:

- la diffida a regolarizzare le violazioni sanabili entro 30 giorni dalla notifica;
- l'ammissione al pagamento della sanzione minima prevista per le violazioni sanate, o un quarto della sanzione stabilita in misura fissa, entro 45 giorni dalla notifica (a norma dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004);
- la facoltà di estinguere le violazioni non sanabili o comunque non estinte a seguito di diffida, mediante il pagamento di una sanzione ridotta, pari al doppio del minimo o ad un terzo del massimo, se più favorevole, entro il termine di 60 giorni dalla notifica (a norma dell'art. 16 della Legge n. 689/1981);
- l'indicazione dei ricorsi esperibili e dei relativi termini: la presentazione di scritti difensivi ed eventuale richiesta di audizione alla Direzione provinciale del lavoro entro 30 giorni, a norma dell'art. 18 della Legge n. 689/1981, nonché il ricorso al Comitato regionale per i rapporti di lavoro, a norma dell'art. 17 del D.Lgs. n. 124/2004, sempre entro trenta giorni, a norma dell'art. 2 del D.P.R. n. 1199/1971.

I termini di ricorso, peraltro, sono interrotti dall'adozione della diffida e pertanto decorrono dal giorno assegnato per la regolarizzazione ed

il pagamento delle violazioni sanabili. Naturalmente nessuna interruzione si verificherà qualora vengano contestate solo violazioni non sanabili e pertanto non venga adottato alcun provvedimento di diffida. Qualora invece il verbale contenga sia violazioni sanabili, sia violazioni non sanabili, la circolare chiarisce che l'effetto interruttivo si verifica con riferimento all'intero verbale, comprese le violazioni non sanabili, non potendosi ritenere ammissibile una duplice impugnazione del medesimo atto, in tempi diversi.

La nuova modulistica allegata alla circolare, invece, non prevede un termine unico e certo per il pagamento in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 della Legge n. 689/1981, che risulta differenziato per l'effetto interruttivo della diffida tra violazioni sanabili, violazioni già sanate e violazioni non sanabili: le prime, se non estinte in misura minima entro 45 giorni (30 per regolarizzare e 15 per pagare), potranno essere estinte in misura ridotta entro 105 giorni (45 + 60), come prevede il modello allegato 1A; le seconde potranno essere estinte in misura minima nel termine di soli 15 giorni (poiché già regolarizzate) o in misura ridotta entro 75 giorni (15 + 60), come prevede il modello allegato 1B; le ultime, non essendo oggetto di diffida, potranno essere estinte in misura ridotta entro 60 giorni dalla notifica del verbale, come si legge nell'allegato 1C.

Dalla necessaria unicità del verbale, il Ministero ricava anche la necessaria unicità del termine di decadenza per la notifica delle violazioni accertate, di 90 giorni a norma dell'art. 14 della Legge n. 689/1981, che pertanto decorre dalla conclusione degli accertamenti nel loro complesso, vale a dire dall'acquisizione dell'ultimo elemento utile a comprovare l'ultima delle violazioni accertate, fermo restando il limite della necessaria ragionevolezza delle verifiche svolte e della loro durata, di cui si dovrà dare conto nel verbale conclusivo. Com'è noto, infatti, l'accertamento non si riduce alla prima, generica ed approssimativa percezione del fatto, ma si compie con l'espletamento di tutte le indagini ragionevolmente necessarie per averne una piena e sicura conoscenza, suffragata da riscontri adeguati, anche a difesa del soggetto ispezionato (Cass., sez. lav., n. 3115/2004 e n. 18347/2003).

Il rispetto del termine, inoltre, va valutato alla luce del principio ormai consolidato nel nostro ordinamento per cui il momento in cui deve ritenersi compiuta la notifica, ai fini del rispetto dei termini di decadenza, non è il medesimo per il soggetto che effettua la notifica e per il suo destinatario, in quanto per il primo la notifica si compie nel giorno di spedizione, mentre per il secondo si compie nel giorno della ricezione del plico o del rifiuto di riceverla o della compiuta giacenza (C. Cost. n. 477/2002).

Da ultimo, la circolare ministeriale rammenta che il verbale di accertamento e notificazione non esaurisce comunque il novero dei possibili provvedimenti di competenza del personale ispettivo, in quanto riunisce solo quelli conseguenti all'accertamento di illeciti amministrativi, mentre rimangono autonomi e separati i provvedimenti di prescrizione obbligatoria per reati contravvenzionali puniti con l'ammenda, anche alternativa all'arresto, di sospensione dell'attività imprenditoriale, di diffida accertativa per crediti patrimoniali, di disposizione esecutiva e relativi a violazioni del codice della strada.

Qualora poi l'accertamento si concluda senza alcun provvedimento sanzionatorio, al verbale di primo accesso dovrà fare seguito un'apposita "comunicazione di regolare definizione degli accertamenti", che contenga esplicita indicazione di come allo stato degli atti non siano emersi elementi idonei a comprovare la sussistenza di illeciti.

Considerazioni conclusive

In conclusione, non può non rilevarsi che rimane irrisolta la problematica questione dei riflessi di eventuali irregolarità procedurali sulla validità dei successivi provvedimenti sanzionatori: qualora il verbale di primo accesso non identifichi compiutamente i lavoratori presenti o non specifichi la documentazione richiesta, quali sarebbero le conseguenze? Verrebbe meno la possibilità di sanzionare le violazioni riscontrate? O l'irrogazione delle sanzioni deve comunque ritenersi un atto dovuto da parte dell'ufficio, salva la responsabilità disciplinare dei pubblici ufficiali inadempienti?

La circolare non affronta l'argomento, ma è evidente che l'aver sancito per legge gli obblighi procedurali, che in precedenza trovavano la propria fonte solo nel Codice di comportamento degli ispettori del lavoro ed in altre direttive interne al Ministero, trasforma qualsiasi inosservanza da mero illecito disciplinare a vera e propria violazione di legge, che certamente sarà invocata dai soggetti ispezionati per sottrarsi alle loro responsabilità.

Ad avviso di chi scrive, la questione potrebbe essere risolta in maniera equilibrata secondo due principi generali ormai acquisiti in materia di procedimento amministrativo e procedura civile, secondo cui:

- *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”* (art. 21-octies della Legge n. 241/1990);
- *“non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge”* o *“quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo”* e comunque *“la nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato* (art. 156 c.p.c.).

Alla luce di tali principi potrebbe osservarsi che nella fattispecie la legge non commina espressamente la nullità per la carenza degli elementi dei verbali di primo accesso e di accertamento e notifica delle violazioni e che pertanto essi potrebbero ritenersi comunque validi, a meno che il vizio non sia tale da condurre ad un diverso esito dell'accertamento o da impedire il raggiungimento dello scopo cui l'atto è destinato.

Ad esempio, potrebbe ritenersi un vizio tale da condurre ad un esito diverso dell'accertamento l'omessa descrizione dell'attività lavorativa svolta dai lavoratori di cui si contesta l'impiego irregolare, qualora l'imprenditore eccepisca che essi non stavano lavorando ed erano lì per altre ragioni. La carenza del verbale, che avrebbe potuto costituire prova privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., potrebbe precludere di “ricordare” a

posteriori quello che i lavoratori stavano facendo e di darne la prova per testimoni.

Allo stesso modo, l'omessa o imprecisa specificazione delle richieste documentali potrebbe inficiare la successiva irrogazione di una sanzione per non aver portato tutta la documentazione richiesta, in quanto l'imprenditore potrebbe sostenere a ragione di non aver compreso esattamente quale fosse la documentazione richiesta.

Analogamente, l'omesso avvertimento della possibilità di farsi assistere da un consulente potrebbe inficiare la consapevolezza e l’*“animus confitendi”* indispensabili per la validità di un'eventuale confessione, che forse il datore di lavoro non avrebbe reso, se fosse stato ben assistito; mentre l'omessa esibizione del tesserino all'atto dell'accesso in azienda potrebbe giustificare e rendere non sanzionabile un'eventuale impedimento ai poteri di vigilanza.

Potrebbe ritenersi un vizio tale da impedire il raggiungimento dello scopo del verbale la mancata indicazione dei fatti contestati, prevista anche dall'art. 14 della Legge n. 689/1981, ma forse non la puntuale indicazione delle prove, che invece non è prevista fra gli elementi indispensabili della contestazione degli illeciti amministrativi.

Considerato lo scopo di garanzia dell'atto di contestazione potrebbe ritenersi tale anche la mancata indicazione dei mezzi di difesa, prevista anch'essa dall'art. 14 della Legge n. 689/1981 o l'omissione della diffida a regolarizzare le norme sanabili prevista dall'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 (come ritiene il Ministero del Lavoro, prot. n. 3152 del 18/02/2010), ma presumibilmente non il mero errore riconoscibile nel calcolo della sanzione minima o della sanzione ridotta da pagare per estinguere le violazioni ovvero nell'indicazione delle generalità dei lavoratori interessati.

L'incertezza indubbiamente può favorire il già prevedibile incremento del contenzioso giudiziario sui vizi formali e procedurali dell'ispezione e pertanto, su questa delicata questione, sarebbe quantomai auspicabile un ulteriore intervento chiarificatore da parte del Ministero, che pur dovendo passare necessariamente al vaglio della magistratura, potrebbe rappresentare un primo importante punto di riferimento per gli operatori.