

Diffida accertativa: indicazione degli importi al lordo

Alfonsina Palmieri - Responsabile Unità operativa Legale e Contenzioso Dpl di Teramo

Cosa è la diffida accertativa?

Quali emolumenti possono essere oggetto di diffida accertativa?

Quali le caratteristiche?

Quali sono i vantaggi di tale procedura?

Quando diviene legittimamente titolo esecutivo?

Quali gli elementi da controllare per verificarne una eventuale oppugnabilità?

Gli importi devono essere indicati al netto o al lordo?

È trascorso oltre un biennio dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 124/2004 che ha avuto quale finalità precipua non solo quella di procedere ad una razionalizzazione dell'attività ispettiva ma di ampliare anche gli strumenti attraverso i quali poter procedere ad una deflazione del contenzioso giudiziario e amministrativo rendendo altresì, più agevole e celere, non solo il riconoscimento di diritti di carattere patrimoniale vantati dai lavoratori, ma la definizione immediata da parte del datore di lavoro di quei contenziosi il cui protrarsi oltre a costituire un costo per l'azienda incrementa in alcuni casi acedini altrimenti risolvibili. Non è da sottacere, inoltre, come la gratuità del servizio reso dalle Direzioni provinciali del lavoro al lavoratore, quale parte debole del rapporto di lavoro, attraverso l'attivazione delle procedure operative previste dal citato decreto legislativo, abbia contribuito a far venir meno quelle ulteriori remore connesse e alla valutazione dell'«alea giudiziaria» e alla dispendiosità dell'attivazione della procedura legale. Strumento di indubbia utilità anche per il datore di lavoro che qualora riconosca di dovere delle competenze di carattere economico non deve necessariamente «difendersi in giudizio» in quanto, verificata la legittimità di quanto richiestogli dal lavoratore, può decidere di dare esecuzione al provvedimento senza ulteriori aggravii, neppure di carattere sanzionatorio. Sicuramente uno strumento di civiltà attraverso cui può comporsi in modo celere un potenziale contenzioso.

Rapporti ed emolumenti oggetto di diffida

Non dimentichiamo che lo strumento della diffida ac-

certativa può essere utilizzato per richieste che non implicano complicate indagini ispettive in quanto ci si trova di fronte ad una richiesta di una somma di denaro che costituisce un credito retributivo derivante da una non corretta applicazione di un contratto individuale o collettivo. Pertanto, lo strumento in argomento può essere adottato non solo nell'ambito di un rapporto di natura subordinata, ma anche nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, co.co.co., co.co.pro. ovvero in tutte quelle ipotesi in cui l'erogazione dei compensi è strettamente connessa a presupposti oggettivi e predeterminati che non richiedono complessi approfondimenti in ordine alla verifica dell'effettivo raggiungimento o meno dei risultati dell'attività. Tanto per esemplificare, nell'ambito dei rapporti di natura subordinata può costituire oggetto di diffida quanto rilevabile dai registri obbligatori (presenze, matricola, paga) ovvero indicato in busta paga ma poi di fatto non corrisposto (stipendi maturati ma non erogati, Tfr maturato ma non erogato, straordinari indicati ma non pagati). Non potrà mai essere oggetto di diffida accertativa un rapporto di lavoro contestato nella durata, nelle mansioni, nella sussistenza medesima. Quanto ai rapporti diversi da quelli subordinati, *in primis* deve esservi un contratto scritto con clausole non contestate e da cui derivano diritti patrimoniali maturati, non contestati nella loro legittimità giuridica (si direbbe nell'*an*) ma nel *quantum*. Solo dalla corretta interpretazione del contratto individuale può dirimersi la controversia in quanto è qui che debbono esserci tutti gli elementi per pervenire ad una esatta quantificazione, in assenza di qualsiasi valutazione di tipo discrezionale. Se in un rapporto di natura autonoma si stabilisce di corrispondere € 300,00 per ogni giorno impiegato e si conviene che i giorni sono 20 il calcolo è semplice (300×20) e se non vi è contestazione sull'esistenza del contratto, sulla natura dello stesso e sui due elementi numerici a nulla possono valere eventuali valutazioni ad, esempio, sulla differente durata lavorativa giornaliera.

Elementi essenziali e compiti del Servizio ispettivo

È opportuno ribadire, che la diffida accertativa trae sempre spunto dall'attività di vigilanza cui si denunciano inosservanze della disciplina contrattuale da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore dei prestatori di lavoro.

Per potersi avvalere di tale procedura è necessario che alcuni elementi della fattispecie siano ben definiti e cioè:

1) che vi sia comunque un rapporto di lavoro in essere, e quindi non si debba disquisire sulla sussistenza o meno dello stesso (disciplina quindi inapplicabile per i rapporti cd. «in nero»);

2) che il rapporto sia codificato da una disciplina contrattuale fra le parti;

3) che dal rapporto, non controverso nella sua origine e nella sua durata, scaturiscano crediti di natura patrimoniale;

4) l'inosservanza abbia unicamente per oggetto crediti patrimoniali che hanno la loro fonte nella mancata applicazione, e quindi, nella «inosservanza» di quanto pattiziamente convenuto tra le parti (siano esse le parti private, siano esse le Oo.Ss. in merito ai Ccnl di categoria).

Esempio

Supponiamo il caso del signor A. che si reca presso gli uffici del servizio ispettivo della Direzione provinciale del lavoro e dichiara di essere un metalmeccanico, di svolgere la propria attività lavorativa su tre turni, tra cui anche quello notturno e di non avere percepito le maggiorazioni previste dal Ccnl di categoria per il lavoro notturno. Altro esempio, potrebbe essere quello del signor B. che si reca presso il servizio ispettivo e pur dichiarando di essere regolarmente dipendente della ditta X, pur avendo ricevuto regolarmente la busta paga non ha ricevuto ancora gli emolumenti ivi indicati.

Quali i compiti del Servizio ispettivo?

A fronte delle denunce espresse gli ispettori devono verificare ovviamente la veridicità di quanto asserito dai denunciati attraverso il supporto di elementi documentali. L'assunzione di prove testimoniali, in queste ipotesi, non è sufficiente, in quanto non costituiscono elementi che fanno piena prova (come potrebbe essere la copia del libro matricola ove lo stesso datore di lavoro ha registrato al numero xx la posizione del lavoratore X) né conferiscono i caratteri della certezza, liquidità ed esigibilità alla pretesa creditoria avanzata.

Nel **primo caso** dovrà acquisirsi il registro presenze e verificare dallo stesso che effettivamente il sig. A. ha svolto il turno notturno e che dalla busta paga dello

stesso risulti un numero di ore lavorate pari a quelle effettivamente svolte (anche di notte) in modo da avere acquisito la prova documentale obiettiva e inconfutabile che il sig. A. ha svolto quella tipologia di lavoro ma non è stata corrisposta la maggiorazione per lavoro notturno. Gli ispettori ovviamente dovranno acquisire agli atti sia la copia del registro presenze che della busta paga.

Nel **secondo caso**, gli ispettori dovranno prima verificare che il sig. B. sia effettivamente dipendente della ditta X, quindi, potranno acquisire la lettera di assunzione, ovvero copia del libro matricola ove è iscritto lo stesso e verificare dai dati contabili dell'azienda che effettivamente non siano state corrisposte le retribuzioni lamentate (in teoria il datore di lavoro potrebbe dimostrare di avere corrisposto le retribuzioni vantate mediante un accredito sul conto corrente del lavoratore).

Casi tipici sono anche quelli di mancata corresponsione del Tfr. Caratteristica comune per tutti i casi in cui viene attivata la procedura della diffida è l'assenza di qualsiasi contestazione da parte del datore di lavoro sulla effettiva esistenza di un rapporto di lavoro con il soggetto che avanza le pretese economiche nonché su altri elementi caratteristici del rapporto medesimo (orario, mansioni).

Infatti, laddove vi sia contestazione sull'orario effettuato, sulle mansioni, sulla tipologia contrattuale, gli ispettori non devono accertare solo la pretesa economica del lavoratore ma dovranno estendere l'indagine anche ad aspetti normativi in contestazione e che sicuramente non potranno risolversi con la procedura della diffida accertativa.

Procedura

Per i casi sopra prospettati la Direzione provinciale del lavoro diffida il datore di lavoro a corrispondere gli importi risultanti dagli accertamenti attraverso i quali sono stati acquisiti gli elementi probatori (busta paga, libro presenze, turnazioni, libro matricola), di natura prettamente documentale.

Tentativo di conciliazione

Entro 30 giorni dalla notifica della diffida accertativa (deve quindi, arrivare un atto con la busta e cartolina per atti giudiziari, di colore verde e, dal giorno successivo, iniziano a contarsi materialmente i 30 giorni di calendario), il datore di lavoro, al fine di definire in via amministrativa il contenzioso in atto, può promuovere tentativo di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro in quanto, ad esempio, riconosce il credito vantato dal lavoratore ma in misura inferiore in quanto è in grado di documen-

tare la corresponsione di un anticipo stipendiale richiesto dallo stesso lavoratore, nonché un danno che lo stesso ha causato all'azienda e su cui il datore ha inteso sorvolare convenendo con il lavoratore una compensazione con la retribuzione maturata. Altre potrebbero essere le ipotesi in cui le due parti contrattuali potrebbero convenire di risolvere con una conciliazione qualcosa di più complesso rispetto a quanto accertato dagli ispettori e da quanto si rileva dai soli documenti. Il datore di lavoro, inoltre, potrebbe anche «approfittare dell'occasione» nel senso che qualora ipotizzi che quel lavoratore possa avanzare altre pretese ovvero dare corso ad altre pendenze il tentativo di conciliazione potrebbe essere l'occasione *ad hoc* per definire qualsiasi contenzioso. Infatti, in caso di accordo, risultante da verbale sottoscritto dalle parti, i vantaggi per il datore di lavoro sono diversi:

- il provvedimento di diffida perde efficacia;
- nel verbale di accordo possono essere lecito oggetto di rinuncia o di transazione diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi (accordi non validi se sottoscritti in sede diversa da quella della Commissione di conciliazione presso le Dd.Pp.LI.);
- tali verbali non sono impugnabili (se sottoscritti in altra sede, potrebbero essere impugnabili entro sei mesi).

Titolo esecutivo

Cosa accade se il datore di lavoro, senza attivarsi per il conseguimento di un accordo, lascia trascorrere il termine di 30 giorni? Oppure, se pur promuovendo il tentativo di conciliazione, l'accordo non si raggiunge o perché una delle parti non si presenta ovvero avanza pretese ulteriori su cui non vi è convergenza e l'accordo comunque non si raggiunge?

Premesso che comunque si redige un verbale di mancato accordo, il provvedimento di diffida acquista, con provvedimento del direttore della Direzione provinciale del lavoro, valore di accertamento tecnico, con efficacia di titolo esecutivo.

La procedura della diffida accertativa trova applicazione solo laddove l'ispettore accerti che un lavoratore non abbia percepito delle retribuzioni ovvero qualcuno degli elementi accessori che, in virtù delle pattuizioni oggetto del contratto, gli sono dovute (il riferimento è allo straordinario indicato in busta paga e non percepito - differente dallo straordinario oggetto di contenzioso fra le parti -, alle maggiorazioni per lavoro festivo e notturno o per altre previsioni contrattuali, contabilizzate ma non erogate). Tale procedura non deve implicare da parte dell'ispettore

alcuna valutazione fattuale o interpretazione relativa alla pretesa del lavoratore ma la richiesta deve trovare fondamento, *in primis*, nella mancata applicazione del contratto posto in essere tra le parti con riscontro probatorio, per la parte economica, nella busta paga o in altra dichiarazione che provenga dal datore di lavoro costituendo ciò una confessione stragiudiziale e cioè riconoscimento del debito relativo alle retribuzioni oggetto di pattuizione. Ciò significa che l'applicazione di tale istituto potrà essere sempre contestata e impugnata (nei modi che vedremo) allorché il datore di lavoro dalla lettura della diffida ha modo di rilevare che la richiesta non è supportata da alcun elemento documentale, che eventuali elementi documentali esibiti dal datore di lavoro a compensazione di quanto richiesto dal lavoratore non sono stati presi in considerazione. Se, ad esempio, il datore di lavoro rileva che il proprio dipendente ha richiesto e ottenuto la validazione di una diffida ove sono indicate delle ore di straordinario non rilevabili da alcun documento (es.: registro presenze) ma sulla base della valutazione delle sole dichiarazioni testimoniali eventualmente acquisite, ciò costituisce motivo di impugnativa della diffida accertativa. È bene sottolineare che poiché la diffida successivamente validata dal dirigente della Dpl costituisce titolo esecutivo non può mai essere il risultato di un procedimento valutativo dell'ispettore ma soltanto il risultato di un accertamento documentale. Peraltro, lo stesso Ministero del lavoro nella propria circolare esplicativa (n. 24/2004) fornisce indicazioni precise e univoche in tal senso, allorché subordina ogni valutazione a un prudente apprezzamento e dei risultati dell'indagine e degli elementi acquisiti che debbono essere di natura obiettiva (quindi, di natura documentale).

Il datore di lavoro, peraltro, dovrebbe essere garantito anche dalla disamina dell'atto che effettua il dirigente della Dpl il quale, prima di validarlo, ovvero di renderlo esecutivo, deve procedere a verificare:

- la sussistenza dei presupposti;
- la correttezza del provvedimento di diffida.

Qualora il dirigente non riscontri tali due elementi non può procedere a rendere esecutivo il titolo. Nel caso che proceda comunque, il datore di lavoro, evidenziando i difetti nella valutazione dei due elementi testè indicati, potrà impugnare il provvedimento\titolo esecutivo.

Ciò significa che il titolo validato dal direttore della Dpl per essere oggetto di esecuzione ha necessità di avere due condizioni, una formale e una sostanziale: quella formale è l'esistenza di un titolo esecutivo, cioè di un atto che secondo la legge possa essere messo in esecuzione; quella sostanziale riguarda il contenuto di tale titolo,

che deve riguardare, come tutti i titoli esecutivi, un diritto che possa definirsi certo, liquido ed esigibile. Il requisito della «certezza» appare evidente, poiché non può esservi alcuna esecuzione quando sia incerta la sussistenza del diritto o il suo contenuto; i requisiti della «liquidità» e della «esigibilità» significano che l'ambito dell'azione esecutiva deve essere definito sin dall'inizio, non potendosi eseguire un ordine (contenuto nel provvedimento amministrativo) se esso non è traducibile in una realizzazione pratica immediata (l'importo della somma di denaro che il debitore deve al creditore), ovvero se per qualche ragione legale il diritto, anche se è determinato, non è «esigibile» perché è richiesta qualche ulteriore condizione.

Ricorso al Comitato regionale

Se tali presupposti dell'esecuzione mancano quali strumenti amministrativi può utilizzare il datore di lavoro?

Lo strumento di difesa immediato è di natura amministrativa e consiste nella possibilità di inoltrare un ricorso (in esenzione di bollo) al Comitato regionale per i rapporti di lavoro che decide, motivando la propria decisione, nel termine di 90 giorni dal ricevimento del ricorso. Il datore di lavoro potrà produrre a sostegno della propria tesi tutti i documenti che riterrà utili.

Quale il vantaggio immediato?

La presentazione del ricorso sospende l'esecutività della diffida.

Quale lo svantaggio?

Il silenzio dell'Amministrazione equivale a rigetto dell'istanza e rende impossibile, quindi, conoscere quali siano state le valutazioni amministrative della P.A. Il datore di lavoro, qualora intenda persistere nell'opposizione, può avvalersi anche degli strumenti giudiziari rivolgendosi al Giudice dell'esecuzione proponendo formale opposizione.

Indicazione degli importi

La problematica particolare che si vuole contribuire a risolvere dal punto di vista operativo e che coinvolge oltre al dirigente che deve procedere alla validazione anche il datore di lavoro che deve dare esecuzione al provvedimento ingiunto è se gli importi da accertare e poi da validare, debbano essere espressamente indicati al netto ovvero al lordo.

La questione può essere risolta propendendo per la seconda indicazione. Infatti, atteso che la retribuzione corrisposta dal datore di lavoro è comprensiva della parte contributiva a carico dello stesso datore di lavoro, nonché

di quella a carico del lavoratore (di cui il datore di lavoro è sostituto d'imposta) è chiaro che sussiste una responsabilità, peraltro prevista dalla norma (legge n. 218/1952, artt. 19 e 23), dello stesso datore di lavoro che deve essere in grado di conoscere, ovvero di determinare, quanto versare. Peraltro, il datore di lavoro che non provvede al pagamento dei contributi o vi provvede in misura inferiore oltre al versamento contributivo è tenuto al pagamento di una somma aggiuntiva pari a quella dovuta, oltre ad essere punito con una ammenda.

È chiara quindi, la responsabilità che ha il dirigente della Dpl nel momento in cui verifica la legittima emanazione della diffida accertativa. Si ritiene, ad avviso di chi scrive, che allorquando gli importi non siano indicati con chiarezza nel loro ammontare (netto e lordo) il datore di lavoro può proporre ricorso amministrativo al Comitato regionale in quanto potrebbe eccepirsi il venir meno della certezza, liquidità ed esigibilità del credito, elementi imprescindibili per l'attribuzione di immediata esigibilità ed esecutività ad un presunto titolo di credito.

In effetti, qualsiasi emolumento corrisposto a seguito della stipula di un rapporto di natura pattizia, ovviamente non controversa, (sia esso un rapporto tipico o atipico) implica l'obbligo contributivo da parte del datore di lavoro. Il datore di lavoro può supportare tale ipotesi avvalendosi di conforme giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. lav., n. 9198/2000; Cass. civ. sez. lav., n. 8842/2000) che ha chiarito quanto, peraltro, già enunciato dalla legge e cioè che l'accertamento e la liquidazione dei crediti pecuniari del lavoratore per differenze retributive debbono essere effettuati al lordo delle ritenute contributive e fiscali. A livello esemplificativo basti pensare cosa potrebbe succedere al sig. B. che a seguito di diffida accertativa riscuota una somma indicata al netto e, quindi, senza la necessaria contribuzione che se assente determina «un buco» nella posizione contributiva dello stesso. Si ritiene che ciò implichi a carico dell'ispettore la verifica preventiva presso gli Istituti previdenziali della conferma della omessa contribuzione al fine di avere tra i propri atti tutta la documentazione (di cui attesterà anche la conformità all'originale ove acquisita in copia presso l'azienda) utile in un eventuale giudizio di opposizione agli atti esecutivi che costituisce uno strumento di difesa giudiziale dell'azienda. Anche il datore di lavoro dovrà esigere che gli importi siano indicati con estrema chiarezza.

È pur vero che ad oggi, almeno per l'esperienza diretta di chi scrive, non c'è un ricorso frequente all'opposizione degli atti da parte dei datori di lavoro proprio perché l'accertamento ispettivo è attentamente proiettato ad acquisire elementi scevri da valutazione e da discrezionalità.

Comunque sia, è opportuno che il datore di lavoro legga attentamente il provvedimento della Dpl e verifichi la presenza di tali elementi:

- 1)** nome del lavoratore, qualifica, periodo di occupazione, mansioni svolte;
- 2)** datore di lavoro;
- 3)** elementi documentali esaminati;
- 4)** oggetto della richiesta del lavoratore;
- 5)** riferimento e indicazione del riscontro probatorio obiettivo e documentale;
- 6)** indicazione della avvenuta verifica presso gli istituti previdenziali dell'omessa contribuzione per il periodo per cui vi è il provvedimento di diffida;

7) indicazione dell'importo dovuto al lordo delle trattenute e al netto, riportandosi, ove possibile, le medesime voci indicate dal datore di lavoro in busta paga.

Non è da sottacere, per concludere, l'importanza del titolo validato dalle Direzioni provinciali del lavoro, anche nei casi di società inadempienti perché soggette a procedure concorsuali, atteso che il lavoratore può insinuarsi facilmente nel passivo, ovvero, per le ipotesi previste dalla legge n. 287/1982, può fruire dei vantaggi previsti dal punto di vista retributivo e contributivo (ulteriore motivo che suffraga la necessità di iscrivere gli importi al lordo) dal fondo di garanzia istituito presso l'Inps.