

Assunzione di manodopera irregolare ed impiego protratto nel tempo di lavoratori ‘in nero’. Sul tavolo delle Direzioni Provinciali del Lavoro si moltiplicano i ricorsi avverso la *maxi sanzione* introdotta con l’art. 36-bis, d.l. 223/2006, convertito nella legge 248/2006.

Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l’Amministrazione di appartenenza

Sommario: 1. Un quadro generale della normativa di riferimento; 2. Art. 36 bis, d.l. 223/2006, convertito nella legge 248/2006: problemi di diritto intertemporale; 3. Tempus commissi delicti negli illeciti istantanei e permanenti. Natura permanente dell’illecito amministrativo di utilizzo di manodopera sommersa; 4. Conclusioni.

*** **

1. Con l’articolo 36-bis, d.l. 223/2006, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, il legislatore ha disposto misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Trattasi di una disposizione chiave nella lotta al lavoro nero, che ambisce alla creazione di un modello organizzativo del mercato del lavoro più efficiente e trasparente; difatti, solo attraverso sistemi di assunzione ed utilizzazione del personale dipendente più puntuali e meno indulgenti all’utilizzo di pratiche elusive da parte delle imprese è possibile l’emersione del lavoro sommerso dalla zona grigia dei rapporti irregolari.

In quest’ottica si spiega la modifica dell’articolo 86, comma 10-bis, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che attualmente recita: *“Nei casi di instaurazione di rapporti di lavoro nel settore edile, i datori di lavoro sono tenuti a dare la comunicazione di cui all’articolo 9-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni, il giorno antecedente a quello di instaurazione dei relativi rapporti, mediante documentazione avente data certa”*.

Siffatto accorgimento, successivamente esteso anche a settori diversi da quello edile, costituisce infatti un efficace strumento in mano al personale della vigilanza nella lotta all’emersione del lavoro nero, perchè sostanzialmente limita l’utilizzo di facili espedienti da parte dei datori di lavoro, i quali, mercè le ‘maglie larghe’ del vecchio reticolato normativo agevolmente potevano adottare condotte fraudolente ed elusive, vanificando l’azione degli

organi accertatori e le loro strategie di contrasto al lavoro nero, inattuabili in assenza di seri paletti e rigide preclusioni.

Tra le novità introdotte dalla predetta novella (art. 36-bis, comma 7, decreto Bersani, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248) spicca tuttavia quella legata alla modifica della “*maxi-sanzione*” per lavoro nero prevista dal d.l. 12/2002, convertito dalla legge 73/2002. La ‘mano pesante’ del legislatore - che ha previsto per l’utilizzo di manodopera sommersa una sanzione amministrativa *da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo* – si spiega, probabilmente, con la necessità di assegnare una maggiore efficacia deterrente alle sanzioni amministrative, il cui inasprimento, in uno col potenziamento dei controlli sul territorio, avrebbe dovuto assicurare, quanto meno nelle intenzioni originarie, una drastica riduzione dell’utilizzo di manodopera irregolare.

Vero è però che la novella in parola continua a far parlare di sé non tanto per le sue ‘virtù terapeutiche’ – stante il persistente malcostume italiano di ricorrere ancora con troppa frequenza a rapporti di lavoro irregolare –, quanto invece per questioni legate alle sue modalità d’impiego. Non è un caso, infatti, che a distanza di un anno e mezzo dalla sua entrata in vigore (12 agosto 2006) si sia avuto un aumento esponenziale di ricorsi avverso le maxisanzioni per lavoro nero presso le varie sedi provinciali delle Direzioni del Lavoro.

La sensazione è che l’aumento indiscriminato delle opposizioni trovi le sue ragioni oltre che in valutazioni legate alla convenienza di posticipare il più possibile gli esosi pagamenti delle somme ingiunte con ordinanza, principalmente nella diffusa percezione che la questione lasciata ‘aperta’ dal legislatore - quella cioè dell’assenza di un regime giuridico transitorio - possa in qualche modo essere interpretata a favore degli opposenti ed offrire dunque importanti spiragli per una vittoria in giudizio.

2. Le difficoltà tecnico-applicative che la modifica in esame ha comportato sono principalmente legate all’assenza di un regime transitorio capace di regolare la *successio legis* in tutte quelle ipotesi in cui la condotta illecita del datore di lavoro abbia avuto inizio nella vigenza del vecchio regime e sia persistita anche oltre l’entrata in vigore della novella in parola.

Il problema, proprio in virtù della sua importanza pratica, merita particolare attenzione, tant’è che sin da subito di esso si è fatto carico il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale con la Circolare n. 29 del 28 settembre 2006. Quest’ultima, per vero, non ha trattato *funditus* del problema, ma si è limitata a precisare che per individuare “*il regime sanzionatorio applicabile alle fattispecie di ‘impiego di lavoratori non risultanti dalle*

scritture o da altra documentazione obbligatoria', nelle ipotesi in cui la condotta sia iniziata anteriormente all'entrata in vigore della L. 248/2006 (12 agosto 2006) e proseguita oltre tale data" occorre tener conto della natura permanente rivestita dall'illecito in esame.

Ma è proprio l'apoditticità di quest'ultima affermazione a lasciare perplessi, atteso che la difficoltà non è tanto capire quale sia il regime sanzionatorio applicabile allorchè sia certa la natura istantanea o permanente di una data fattispecie, quanto piuttosto inquadrare nel corretto *genus* le varie ipotesi di illecito.

Ed invero: se si ritiene l'utilizzo nel tempo di manodopera irregolare alla stregua di un illecito 'permanente' e si aderisce a quanto palesato dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale con la predetta Circolare, nelle ipotesi 'a cavallo' tra il vecchio ed il nuovo regime deve certamente applicarsi la maxisanzione per lavoro nero così come riformulata dalla novella del 2006, giacchè "*l'illecito amministrativo permanente deve essere regolato dalla norma in essere al termine della condotta, considerando un unicum la condotta espletata, pur se per avventura già perfezionatasi – ma non conclusasi per intero – durante l'impero della precedente norma*"¹.

Opinando viceversa per il carattere 'istantaneo' dell'illecito *de quo* si ha l'opposta soluzione che vede l'impossibilità di applicare l'art. 36-bis, d.l. 223/2006, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, giacchè l'illecito si perfezionerebbe e consumerebbe in un lasso temporale non ancora inciso dalla riforma e pertanto il *tempus commissi delicti* andrebbe individuato sotto l'impero della vecchia normativa.

Sul punto si sono registrati numerosi contrasti interpretativi che tuttora continuano ad impegnare esperti studiosi ed operatori di diritto. Con questo breve scritto si vuole allora tratteggiare *in medias res* i motivi di simili contrasti ed offrire altresì qualche nuovo spunto di riflessione nel tentativo di contribuire a mettere la parola fine ad una questione lasciata ancora aperta.

3. Normalmente 'perfezionamento' e 'consumazione' dell'illecito coincidono; tuttavia in certi casi essi possono essere divisi da un certo lasso di tempo.

¹ D. GARCEA, "*Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione per lavoro irregolare*", Argomenti di diritto del lavoro, 6, 2006, CEDAM; nello stesso senso, F. MANTOVANI, "*Diritto Penale. Parte Generale*", 2001, 444 ss., CEDAM; in giurisprudenza, Corte d'Appello Milano, 8 febbraio 2005 e Cass. pen., sez. I, ord. 1 febbraio 2006, n. 3999. *Contra*, G. FIANDACA e E. MUSCO, "*Diritto Penale. Parte generale*", 2001, 415 ss., ZANICHELLI, secondo cui nei reati permanenti, come in quelli abituali, per individuare il *tempus commissi delicti* è necessario tener conto del primo atto compiuto dall'agente e ciò, in particolare, per non aggravare la posizione del reo che ponga fine alla propria condotta poco dopo l'entrata in vigore della nuova legge.

Una tipologia di illeciti in cui tale iato è percepibile è certamente quella degli illeciti permanenti in cui, diversamente dagli illeciti istantanei, la condotta offensiva si prolunga, sorretta sul piano soggettivo, nel tempo. Gli illeciti istantanei infatti si consumano al momento del compimento della condotta, sia essa composta da uno ovvero più atti (reati unisussistenti o plurisussistenti)². Poiché la condotta offensiva non si protrae nel tempo (semmai si protraggono i singoli atti che compongono la condotta, nei reati istantanei plurisussistenti), ne deriva che perfezione e consumazione del reato coincidono.

Viceversa, negli illeciti permanenti – secondo la dottrina maggioritaria – il momento della perfezione non coincide con quello della consumazione³. L'illecito permanente è 'perfetto' quando viene ad esistenza la condotta criminosa; dopo di che esso si protrae nel tempo fino alla c.d. 'consumazione', che si identifica con l'istante immediatamente precedente al ripristino della legalità da parte del soggetto agente ovvero all'impossibilità del ripristino per causa indipendente dalla volontà del reo.

Ma se la distinzione tra i due tipi di illecito appare scontata sotto il profilo teorico, non altrettanto può dirsi quando si sceglie di esaminare le varie fattispecie in concreto. Spesso infatti ci si imbatte in tipologie di illecito estremamente complesse, che non trovano cittadinanza né tra gli illeciti istantanei né tra quelli permanenti, sicché non mancano affannosi e delicati interventi della giurisprudenza volti a coniare apposite categorie giuridiche ove collocare gli illeciti di più difficile definizione⁴.

Nel caso dell'illecito utilizzo di manodopera sommersa ci sembra tuttavia di poter fugare molte incertezze e di poter correttamente affermare che esso vada ascritto al *genus* degli illeciti permanenti. Riguardato da un corretto angolo prospettico, l'illecito in parola appare soddisfare pienamente entrambi i requisiti tipici dell'illecito permanente: a) prosecuzione nel tempo della violazione della norma (una volta integrati tutti gli elementi della fattispecie legale, l'illecito, seppur perfetto, è infatti suscettibile di protrarsi nel tempo); b) riconducibilità del protrarsi della violazione ad una persistente condotta volontaria dell'agente.

² F. Mantovani, *op. cit.*, 465; F. Antolisei, "Manuale di diritto penale. Parte generale", 2003, GIUFFRÈ'.

³ GALLO, *Reato permanente ed omesso conferimento di grano all'ammasso*, in Riv. it. dir. pen., 1948, 333; SINISCALCO, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1960, 1103).

⁴ Si pensi al delitto di usura cui si riconosce natura di 'delitto a condotta frazionata' od 'a consumazione prolungata'. Sul punto cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 19 ottobre 1998, n. 11055, nonché, più recentemente, Cass. pen., sez. III, 3 marzo 2005, n. 11026 e Cass. pen., sez. III, 30 gennaio 2006, n. 3615. V. inoltre Cass. Pen., Sez. Un, 19 gennaio 1999, n.1, in *Giustizia Penale*, maggio 2001, fasc. V, parte II, con nota di A. Zamparelli. In dottrina P. BORTONE, *Tempus commissi delicti, reati di durata e usura*, in *Nel diritto*, 3, 2006, (www.neldiritto.it).

Se infatti è vero che *“l’illecito permanente non è destinato, a differenza dell’illecito istantaneo, a consumarsi nel momento di integrazione dei suoi elementi costitutivi, ma a perpetuare la violazione della norma ininterrottamente e per un tempo potenzialmente indeterminato”*⁵, non si vede come possa negarsi il carattere della permanenza al fatto di chi *“impieghi lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria”* (art. 36-bis, comma 7, d.l. 223/2006 convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248) e perpetui nel tempo l’utilizzo di lavoro sommerso. Il rapporto di lavoro in nero, infatti, deriva da una condotta antigiusuridica che si perfeziona con l’assunzione di un lavoratore, assunzione della quale non vengono date le comunicazioni prescritte dalla normativa lavoristica e previdenziale, salvo poi perdurare nel tempo sulla base della persistente volontà dell’agente, comunque in grado di far cessare l’offesa ponendo fine al rapporto di lavoro illecitamente costituitosi⁶.

L’utilizzo nel tempo di manodopera irregolare va pertanto considerato, a nostro avviso e nonostante le richiamate distorsioni che una tale conclusione comporta, alla stregua di un illecito permanente, avendo di quest’ultimo tutti gli elementi costitutivi.

Peraltro vi è anche un argomento letterale che milita a favore della tesi che l’illecito in parola debba considerarsi permanente, e si ricava dalla formulazione dell’articolo 36 bis, comma 7, d.l. 223/2006 la cui legge di conversione stabilisce che *“ferma restando l’applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l’impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, è altresì punito con la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo”*.

Il criterio di commisurazione della sanzione in base a *‘ciascuna giornata di lavoro effettivo’* depone a favore del carattere permanente dell’illecito non foss’altro perché esso non avrebbe modo d’essere applicato in assenza di una protrazione nel tempo della violazione dell’illecito. Se l’illecito non fosse permanente infatti il parametro legale di determinazione della pena in base allo svolgersi nel tempo del rapporto *‘in nero’* rimarrebbe ineffettivo, per cui *“sembra evidente che la norma, graduando la misura della pena in*

⁵ G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1977, 558.

⁶ *“In realtà, (...), il problema del reato permanente è un problema di fattispecie legale, nel senso che soltanto la particolare formulazione della norma può consentire l’individuazione di un reato permanente: se, dopo l’integrazione di tutti gli elementi del fatto, non è più possibile ipotizzare una prosecuzione nel tempo della violazione della norma, il reato deve considerarsi istantaneo; mentre si dovrà concludere per la natura permanente dell’illecito, se la fattispecie consente che il reato, una volta realizzato, possa continuare a svolgersi ininterrottamente per un tempo potenzialmente indeterminato”* (v. G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, cit., 565).

proporzione al tempo di durata del rapporto di lavoro, ha inteso ricollegare la sanzione penale ad una violazione del divieto protraentesi nel tempo in ragione dello svolgersi del rapporto stesso”⁷.

Eppure, non mancano opinioni di segno opposto.

Non sono pochi infatti coloro che ricostruiscono l’illecito permanente in termini diversi, attribuendo carattere decisivo alla natura dell’interesse protetto dalla norma violata; in altre parole, l’aspetto più saliente della figura in parola deriverebbe dalla natura ‘comprimibile’ o meno del bene giuridico sotteso alla disposizione di legge. E cioè: se il bene giuridico è destinato ad essere irrimediabilmente leso dalla commissione dell’illecito (si pensi al bene vita nell’ipotesi di omicidio), si sarà di fronte ad un illecito istantaneo, dal momento che l’interesse leso, una volta terminata l’azione illecita, non potrà riespandersi riacquistando i connotati originari. Esso, infatti, sarà stato irrimediabilmente distrutto col perfezionamento della condotta illecita ed in nessun modo potrà riacquistare le sue dimensioni originarie. Viceversa, l’illecito è permanente allorchè il bene giuridico sotteso alla norma violata sia ‘comprimibile’, tanto che, una volta cessata la condotta antiggiuridica, esso è in grado di riespandersi.

Opinando in questi termini, c’è chi esclude il carattere permanente dell’illecito di nostro interesse, asserendo la non comprimibilità del bene giuridico sotteso alla disposizione violata. Si sostiene da più parti, infatti, che la norma sul lavoro nero tuteli “*l’interesse collettivo alla acquisizione dei cespiti fiscali e contributivi che derivano obbligatoriamente dal contratto di lavoro*”⁸, sicchè, stante la sua natura incomprimibile, l’illecito amministrativo in parola non avrebbe carattere permanente. Avrebbe al contrario natura di ‘illecito a consumazione prolungata’ ed il *tempus commissi delicti* andrebbe individuato “*nel primo segmento di condotta atto a perfezionare l’evento lesivo del bene tutelato dalla norma giuridica*”⁹

Siffatte conclusioni, tuttavia, non ci convincono sino in fondo.

Innanzitutto, “*la lesione dell’interesse tutelato non può essere considerata un elemento strutturale del reato, rappresentando piuttosto, nel reato permanente come in ogni altro reato, il contenuto dell’illecito; di conseguenza tale requisito non può costituire la base di partenza per articolare la costruzione della figura*”¹⁰. Si è già evidenziato che ciò che fa essere ‘permanente’ un certo reato è un dato normativo e cioè la *protrazione temporale della*

⁷ G. DE FRANCESCO, *Osservazioni sulla natura del reato di illecita intermediazione nelle prestazioni di lavoro*, in *Giur. Pen.*, 1977, 393.

⁸ D. GARCEA, *op. cit.*, punto 5.

⁹ D. GARCEA, *op. cit.*, punto 6.

¹⁰ G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, 565.

violazione della norma oltre la fase di realizzazione degli elementi costitutivi. È solo in base a questo parametro normativo che va effettuata l'indagine sulla natura dell'illecito, poiché, diversamente opinando, si rischia di attribuire portata generale a specifici caratteri propri di singole ipotesi di reati permanenti.

In secondo luogo, quand'anche per le ragioni suesposte si dovesse escludere la permanenza dell'illecito di nostro interesse, difficilmente esso potrebbe, al pari dell'usura o della truffa in danno degli enti previdenziali avente ad oggetto l'indebito conseguimento di prestazioni periodiche, essere considerato un 'illecito a consumazione prolungata', un illecito cioè in cui *"l'autore, fin dall'inizio, palesa la volontà di realizzare un evento destinato a durare nel tempo"*¹¹. Ciò che separa nettamente l'illecito di utilizzo di manodopera sommersa dalle ipotesi normalmente ricondotte alla figura dell'illecito a consumazione prolungata sta in ciò che, il primo, postula una condotta unitaria dell'agente, che si esplica attraverso l'esecuzione di una prestazione che si protrae nel tempo senza soluzione di contiguità, viceversa, le modalità di realizzazione degli illeciti a consumazione prolungata hanno in comune il carattere 'frazionato' della condotta, e cioè l'esecuzione di una prestazione rateizzata. E tuttavia anche per questi illeciti il momento consumativo coincide con la cessazione delle prestazioni periodiche, che segna anche la fine dell'aggravamento del danno. Sicchè, quand'anche il nostro illecito fosse a consumazione 'frazionata', esso, nelle ipotesi a cavallo tra il vecchio ed il nuovo regime sarebbe comunque assoggettato alla applicazione della più severa maxi sanzione per lavoro nero.

4. È chiaro che la soluzione offerta in queste brevi riflessioni potrebbe suscitare una serie di perplessità, rischiando di apparire eccessivamente penalizzante per quanti, da una parte, abbiano instaurato rapporti di lavoro in nero in un'epoca in cui la risposta sanzionatoria dello Stato avverso tale illecito era comunque temperata, e dall'altra abbiano subito un accesso ispettivo dopo l'entrata in vigore della riforma. In un caso siffatto, al datore di lavoro, sulla base delle suesposte considerazioni, non potrà che applicarsi la modifica introdotta dall'art. 36-bis, d.l. 223/2006, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, mentre, al contrario, laddove lo stesso fatto si fosse consumato anche un giorno prima della più volte richiamata riforma ad esso si sarebbe applicata la vecchia maxi sanzione¹² e dunque si sarebbe avuta una risposta sanzionatoria notevolmente più mite.

¹¹ Cass. pen., sez. II, 26 luglio 2007, n. 26256.

¹² È il caso di segnalare che il Ministero del Lavoro, con nota prot. 17431 del 28 dicembre 2007, ha fornito indicazioni circa l'art. 1, comma 54, del d. lgs. sul welfare, che ha chiarito la competenza per l'irrogazione della maxisanzione per il lavoro nero allorchè gli illeciti siano stati constatati prima dell'entrata in vigore del decreto Bersani. In particolare, *"le condotte esaurite prima del 12 agosto*

Di certo, denota scarsa sensibilità un legislatore che non si assume l'impegno di disciplinare gli aspetti intertemporali di una riforma dal forte impatto sociale ed economico, la cui rigorosa applicazione rischia di mettere in ginocchio quanti per lungo tempo hanno colpevolmente violato la legge, seppur nell'ignoranza che una siffatta condotta avrebbe potuto essere assoggettata, anche a distanza di mesi o di anni, ad un più aspro regime sanzionatorio. Senonché, la natura permanente della fattispecie *de qua* non è, a nostro avviso, revocabile in dubbio, né l'interprete può forzare la propria opera ermeneutica fino a piegare all'occorrenza il diritto positivo ad una funzione che rimedi alle profonde distorsioni sociali che spesso conseguono a riforme che, seppur condivisibili sotto il profilo dell'opportunità politica, in realtà meriterebbero una maggiore ponderazione sul versante dell'applicazione temporale¹³.

2006, constatate entro tale data, per le quali non sia stata ancora irrogata la relativa sanzione, restano di competenza dell'Agenzia delle Entrate”.

¹³ Non sono mancati e non mancano tuttora infatti accertamenti dai quali emergono rapporti di lavoro in nero in essere da parecchi anni e per i quali, stante il carattere permanente dell'illecito, si applica la sanzione amministrativa da euro 1.500,00 a euro 12.000,00 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150,00 per ciascuna giornata di lavoro effettivo.