

MISURE CONTRO IL LAVORO SOMMERSO LA NUOVA MAXISANZIONE DEL COLLEGATO LAVORO

Dott. **Mario Pagano**, responsabile vigilanza ordinaria Direzione Provinciale del Lavoro di Pordenone¹

Dopo un lungo iter legislativo iniziato il 5 agosto 2008, con lo stralcio del disegno di legge 1441 nel disegno di legge 1441 quater, è giunto finalmente al capolinea, con l'approvazione del Parlamento e la successiva pubblicazione sul Supplemento Ordinario n. 243 della Gazzetta Ufficiale n. 262, il provvedimento recante "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro". Tra i 50 articoli che compongono questo corposo testo normativo (legge 183/2010) merita approfondita analisi l'articolo 4, concernente misure contro il lavoro sommerso, anche alla luce dei recenti chiarimenti che il Ministero ha fornito con circolare n. 38 del 12 novembre 2010. A più di 4 anni dall'ultima modifica² il legislatore interviene nuovamente sull'apparato sanzionatorio previsto per l'impiego non regolare di lavoratori, apportando rilevanti mutamenti che operano su diversi piani, quello della condotta, quello della sanzione e quello della competenza ad irrogare la stessa.

La condotta giuridicamente rilevante

Un primo importante profilo di analisi attiene alla modifica della condotta di impiego di manodopera irregolare. Fin dalla sua introduzione era più che lecito estrapolare dall'art. 3 del decreto-legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73 una nozione del cosiddetto *lavoratore in nero*, individuabile nel lavoratore dipendente non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria. In tal senso, pertanto, doveva ritenersi irregolare il lavoratore rispetto al quale non erano stati osservati tutti gli obblighi previsti dalla normativa per una corretta instaurazione del rapporto di lavoro, quali a titolo esemplificativo la comunicazione di assunzione al Centro per l'Impiego, la consegna al lavoratore della dichiarazione di assunzione, la comunicazione alla sede Inail competente del codice fiscale dello stesso, l'iscrizione nei regolamentari libri matricola e paga, l'apertura di posizione previdenziale ed assicurativa. L'assenza totale di detti adempimenti qualificava il lavoratore impiegato quale lavoratore *in nero*.

¹ Le considerazioni espone sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza

² Avvenuta ad opera del comma 7 dell'art. 36-bis del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 che aveva così modificato l'art. 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002 n. 73, e successive modificazioni:

All'articolo 3 del decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002, n. 73, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 3 e' sostituito dal seguente:

«3. 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 e' altresì punito con la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. L'importo delle sanzioni civili connesse all'omesso versamento dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore di cui al periodo precedente non può essere inferiore a euro 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata.»;

b) il comma 5 e' sostituito dal seguente:

«5. Alla irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma 3 provvede la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente. Nei confronti della sanzione non e' ammessa la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124.»

Il comma 7 dell'art. 36-bis del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248, non ha variato tale impostazione normativa, confermando i parametri qualificativi del lavoratore irregolare. Veniva, infatti, mantenuto immutato dal cosiddetto decreto Bersani - Visco il collegamento tra gli adempimenti lavoristici di corretta instaurazione di un rapporto di lavoro e la regolarità o meno dello stesso, il quale era da ritenersi irregolare ove non fosse risultato dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria. La modifica di maggior impatto dovuta al legislatore del 2006 atteneva all'evidente ampliamento del ventaglio dei lavoratori considerabili *in nero*. Se, infatti, la disciplina del 2002 era espressamente riservata ai lavoratori *dipendenti*, intesi quali lavoratori subordinati, con l'eliminazione del termine *dipendenti* da parte del comma 7 dell'art. 36-bis del decreto Bersani - Visco, la normativa di contrasto al lavoro sommerso veniva inevitabilmente estesa anche a tutte quelle forme contrattuali, divenute sempre più diffuse, afferenti la parasubordinazione (collaborazioni coordinate e continuative anche a progetto e associazioni in partecipazione), nonché a categorie quasi assimilabili o strettamente connesse al datore di lavoro, quali collaboratori familiari, coadiuvanti ed imprenditori o soci di imprese artigiane, prestatori d'opera qualificati artigiani o non, operanti tutti in regime di lavoro autonomo. Un effetto normativo dirimpente non sempre compreso appieno, che ha spinto lo stesso Dicastero del Lavoro ad intervenire con i chiarimenti contenuti nella lettera circolare 4 luglio 2007 n. 8906, al fine di confermare e disciplinare in modo uniforme l'applicazione della norma in argomento anche a queste ultime categorie.

La legge 183/2010 incide drasticamente su entrambi i profili ora menzionati. Innanzitutto viene nuovamente ristretto l'ambito applicativo, in un certo senso soggettivo, di quella che viene comunemente definita *maxisanzione*, riservata ora, come in passato, ai soli lavoratori subordinati. Pertanto, come avveniva prima delle modifiche introdotte alla norma dal comma 7 dell'art. 36-bis della legge 248/2006, vengono escluse dall'applicazione della sanzione le forme di lavoro parasubordinato ed autonomo, sopra menzionate.

In secondo luogo viene ridisegnata la definizione stessa di *lavoratore in nero*. Ai sensi dell'art. 4 del Collegato è irregolare il lavoratore subordinato, rispetto al quale non è stata effettuata preventivamente la comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro. Con detta opportuna modifica viene scritta definitivamente la parola fine sulla corretta nozione di lavoro irregolare. Le numerose modifiche legislative intervenute successivamente al 2006, concernenti la quasi totalità degli adempimenti collegati alla corretta instaurazione del rapporto di lavoro, non potevano non richiedere una revisione radicale della definizione di lavoratore *in nero*, la quale fosse più attuale, al passo con i tempi e, quel che più conta, in perfetta linea con il substrato normativo oggi esistente. Il primo passo era stato già compiuto con il comma 6 dell'art. 36-bis del decreto Bersani - Visco, che aveva previsto, solo per il settore dell'edilizia, che la comunicazione di instaurazione dei rapporti di lavoro non avvenisse più entro i 5 giorni dall'assunzione ma entro il giorno antecedente a quello di instaurazione del rapporto di lavoro stesso. Una modifica con evidenti finalità anti-elusive, che venne estesa alla generalità dei datori di lavoro, privati e pubblici, senza alcuna esclusione settoriale con la legge finanziaria del 2007³. Il quadro sul collocamento ordinario e sugli adempimenti formali di instaurazione del rapporto di lavoro è stato poi innovato dal Decreto Ministeriale 30 ottobre 2007, con il quale è stata data attuazione alla procedura telematica di instaurazione del rapporto di lavoro, effettuando la quale il datore di lavoro assolve, con un'unica comunicazione, anche agli obblighi nei confronti dell'Inps, dell'Inail, degli altri istituti previdenziali, oltre che nei confronti dello Sportello Unico per l'Immigrazione. Da ultimo, il colpo di grazia alla vecchia denominazione di lavoratore in nero quale lavoratore non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria è stato dato dal decreto legge 25 giugno 2008 n. 112,

³ Art. 1, comma 1180 della legge 27 dicembre 2006 n. 296.

convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, il quale, in ottica di semplificazione, ha eliminato l'obbligo di tenuta dei libri matricola e paga, introducendo nel contempo al loro posto il libro unico del lavoro. La differente cadenza temporale di aggiornamento di detto ultimo documento, non più contestuale all'instaurazione del rapporto di lavoro, come avveniva in regime di libri matricola e paga, ma entro il 16 del mese successivo, ha fin da subito reso chiaro agli addetti ai lavori come il libro unico non potesse più rappresentare uno strumento di verifica della regolarità dei rapporti di lavoro⁴

In ragione di ciò il legislatore del 2010, considerando la panoramica legislativa attualmente vigente, nonché la più recente prassi amministrativa, non poteva non individuare la comunicazione di assunzione telematica quale elemento fondamentale di verifica della regolarità di un rapporto di lavoro. Fondamentale ma non unico. Per delineare in maniera completa i contorni del nuovo concetto normativo di *lavoratore in nero*, deve altresì essere preso in considerazione quanto indicato alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 4 del Collegato, che introduce un'esimente all'applicazione della *maxisanzione* per lavoro nero. La sanzione prevista per l'impiego di lavoratori irregolari non trova infatti applicazione qualora dagli adempimenti di carattere contributivo, precedentemente assolti, si evidenzia comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione. In buona sostanza la nozione di *lavoratore in nero* si evince dal combinato disposto dei nuovi commi 3 e 4 dell'art. 3 del decreto - legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73. L'organo ispettivo, impegnato nella verifica di un rapporto di lavoro, dovrà prendere in considerazione, nell'ordine, due elementi: il primo, costituito dalla comunicazione telematica di assunzione, da effettuarsi almeno il giorno prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro; il secondo, rappresentato dall'insieme di adempimenti di natura contributiva⁵, assolvendo i quali il datore di lavoro ha reso comunque conoscibile alla Pubblica Amministrazione il rapporto di lavoro oggetto di verifica ispettiva, dimostrando in tal senso un'inequivocabile e certa volontà di non occultare tale rapporto. Pertanto solo l'assenza di entrambi i requisiti rende irregolare detta relazione lavorativa. Peraltro, nella sua prima formulazione, approvata alla Camera, il testo normativo conferiva valore esimente, oltre che agli adempimenti di carattere contributivo, anche ad altri adempimenti obbligatori precedentemente assolti. Tale dicitura è stata espunta dal testo di legge in fase di successiva analisi in Senato. Una scelta, a parere dello scrivente, quanto mai opportuna. Mantenere infatti un inciso assai generico, quale quello di *adempimenti obbligatori precedentemente assolti*, affidando allo stesso un valore scriminante, avrebbe finito di fatto per riproporre quanto previsto dalla previgente normativa⁶, vanificando l'obiettivo di fornire una definizione di lavoro nero dai confini più chiari e soprattutto moderni. Inoltre, omettendo ogni riferimento a generici adempimenti, comunque obbligatori, il legislatore ha definitivamente risolto l'annosa questione relativa al valore probatorio della dichiarazione di assunzione, quale adempimento obbligatorio⁷, utile ad evitare l'applicazione della *maxisanzione*. Appare

⁴ Cfr circolare Ministero del Lavoro 20 agosto 2008 n. 21

⁵ Quali Emens, DM10 e Uniemens, come già riferito dallo stesso Ministero del Lavoro nel Vademecum sul libro unico del 5 dicembre 2008 e confermato nella circolare dello stesso Dicastero del Lavoro n. 38 del 12 novembre 2010.

⁶ In buona sostanza si sarebbe arrivati ad una definizione di *lavoratore in nero* quale *lavoratore* rispetto al quale non è stata effettuata la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero non sono stati compiuti ulteriori adempimenti contributivi ovvero altri non ben definiti adempimenti obbligatori, all'interno dei quali, peraltro, sarebbero rientrati anche la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, nonché gli ulteriori adempimenti contributivi, finendo in tal senso per coincidere con la previgente definizione di *lavoratore in nero* quale quello non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria.

⁷ Adempimento obbligatorio previsto dal comma 2 dell'articolo 4-bis del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come inserito dall'articolo 6 del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, così come modificato dall'art. 40 comma 2 della legge 133/2008 «2. All'atto della assunzione, prima dell'inizio della attività di lavoro, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti a consegnare ai lavoratori una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro 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, adempiendo in tal modo anche alla comunicazione di cui al decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152. L'obbligo si intende assolto nel caso in cui il datore di lavoro consegni al lavoratore,

evidente, infatti, come un siffatto documento, laddove non fosse stato sostituito dalla consegna della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, sarebbe stato del tutto sfornito di certezza temporale, non avendo una forma ufficiale di pubblicizzazione esterna, concretizzandosi in un adempimento coinvolgente unicamente la sfera privatistica del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. Circostanza questa che poteva indurre ad evidenti condotte elusive della normativa. Con la novella apportata, una tale eventualità viene spazzata via, posto che la dichiarazione di assunzione, innegabilmente adempimento obbligatorio, non può al contrario rientrare tra gli adempimenti di carattere contributivo, e pertanto avere valore esimente.

Allo stesso modo lo stesso Dicastero del Lavoro esclude valore esimente ad altra documentazione, comunque obbligatoria perché prevista per legge, ma non ritenuta significativa dell'intenzione di non occultare il rapporto di lavoro, quale il libro unico del lavoro, la tessera personale di riconoscimento, la documentazione assicurativa e fiscale.

Appare ora doveroso affrontare alcune importanti questioni di natura interpretativa, originate dalle modifiche legislative appena esaminate e solo in parte risolte dalla recente circolare ministeriale 38 del 12 novembre scorso. Come detto il nuovo articolo 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002 n. 73 è ora applicabile, per espressa indicazione legislativa, solo con riferimento all'impiego di lavoratori subordinati, privi di preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro. In tal senso allora ci si deve interrogare sulla corretta interpretazione del termine *subordinati* e, più in particolare, se lo stesso vada inteso in senso formale o sostanziale, circostanza per nulla irrilevante nelle ipotesi di rapporti di lavoro formalmente autonomi o parasubordinati ma sostanzialmente subordinati, ed oggetto pertanto di riqualificazione da parte dell'organo ispettivo. Per una corretta analisi della questione occorre considerare che il Dicastero del Lavoro già con lettera circolare 4 luglio 2007 n. 8906 aveva ammesso, come detto, la piena applicabilità della *maxisanzione* anche con riferimento ai rapporti di lavoro autonomi, quali co.co.co., co.co.pro, collaborazioni occasionali ai sensi dell'art. 61 comma 2 del D. Lgs 276/2003, associazioni in partecipazione con apporto di lavoro, ricordando che, anche per tali tipologie contrattuali, sussistono precisi obblighi di documentazione formale previsti dall'ordinamento, quali la comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro e l'iscrizione alla gestione separata Inps. L'omissione di tali adempimenti, unitamente però, precisa il Ministero, all'acclarata genuinità della prestazione lavorativa, poteva indurre all'applicazione della *maxisanzione* senza un contemporaneo disconoscimento del rapporto di lavoro. Un tanto in piena coerenza con il substrato normativo allora esistente che, riferendosi unicamente al generico termine di *lavoratore non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria*, non faceva distinguere in fase applicativa della sanzione sulla base della tipologia contrattuale oggetto di accertamento, rappresentando pertanto ogni rapporto lavorativo una possibile ipotesi di impiego di lavoro *nero*. L'attuale quadro normativo, come precisato in premessa, richiede sul punto una riflessione, che tuttavia, a parere dello scrivente, non potrà ancora una volta prescindere tanto dalla pubblicizzazione del rapporto di lavoro oggetto di accertamento, quanto dalla genuinità dello stesso. Si dovranno pertanto distinguere tre differenti situazioni: 1) rapporti di lavoro autonomi e parasubordinati risultati genuini ma non resi noti alla Pubblica Amministrazione attraverso le forme di pubblicizzazione documentale previste dall'ordinamento; 2) rapporti di lavoro solo formalmente autonomi e parasubordinati, perché correttamente instaurati con le forme documentali previste per legge, ma sostanzialmente subordinati; 3) rapporti di lavoro apparentemente autonomi e parasubordinati, perché rappresentati tali dalle parti ma sostanzialmente subordinati, sconosciuti alla Pubblica Amministrazione. Diverse

prima dell'inizio della attività lavorativa, copia del contratto individuale di lavoro che contenga anche tutte le informazioni previste dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152. La presente disposizione non si applica per il personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

evidentemente le conseguenze sanzionatorie. Nella prima ipotesi infatti, dovrà necessariamente prevalere la sostanza sulla forma. In tal senso pertanto si dovrà ragionare di impiego di lavoratore autonomo o parasubordinato con la conseguente inapplicabilità del novellato articolo 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002 n. 73, per espresso riferimento dello stesso all'impiego di lavoratori subordinati. Soluzione confermata dal Ministero che ha escluso l'adozione del provvedimento *de quo* ai rapporti di lavoro genuinamente instaurati con lavoratori autonomi e parasubordinati per i quali non è stata effettuata, qualora normativamente prevista, la comunicazione preventiva al Centro per l'impiego. Tale eventualità rappresenta evidentemente la reale novità apportata dal Collegato alla normativa in analisi⁸. Nella seconda ipotesi, allo stesso modo, non si giunge all'applicazione della *maxisanzione*. In tal caso infatti si dovrà considerare che il rapporto, pur essendo nella sostanza subordinato, è stato comunque reso conoscibile alla Pubblica Amministrazione, circostanza questa di assoluto rilievo, che ci consente di discriminare l'impiego di vero e proprio lavoro *nero* da un semplice fenomeno di errata qualificazione del rapporto di lavoro. Una conferma sul punto è già rinvenibile nella nuova formulazione del comma 4 dell'articolo 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002 n. 73, ai sensi del quale non si applica la sanzione di cui al comma 3 qualora dagli adempimenti di carattere contributivo, precedentemente assolti, si evidenzino comunque la volontà di non occultare il rapporto, **anche se trattasi di differente qualificazione**. Lo stesso legislatore pertanto ammette che si giunga ad un diverso inquadramento del rapporto di lavoro, oggetto di verifica, senza che rispetto allo stesso si debba applicare la *maxisanzione*, purchè a monte vi sia in ogni caso una dimostrata volontà di non occultare la prestazione lavorativa. Pertanto, esemplificando, la fruizione di una prestazione resa nelle forme dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, per la quale sia stata omessa la preventiva comunicazione telematica di instaurazione del rapporto, risultata, al termine degli accertamenti, non genuina, non è soggetta a *maxisanzione* laddove l'associato in partecipazione sia stato regolarmente iscritto alla gestione separata⁹. Alla medesima conclusione si deve peraltro giungere nei casi in cui sia stata effettuata preventivamente la comunicazione di assunzione ma siano stati omessi gli adempimenti di carattere contributivo. In tale eventualità, infatti, ci troveremo, comunque, una volta operata la riqualificazione da lavoro autonomo o parasubordinato a lavoro subordinato, in impiego di fatto di lavoratore subordinato, in senso sostanziale, per il quale è stata effettuata la prevista comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, seppur per una diversa tipologia contrattuale. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che detta ultima comunicazione, non essendo stata inoltrata per una prestazione di lavoro subordinato ma autonomo, sia, per l'effetto, affetta da vizio sostanziale e conseguentemente da ritenersi come non effettuata. Così argomentando si potrebbe allora sostenere l'applicabilità della *maxisanzione* a tali ipotesi, contravvenendo però ad un evidente principio più volte ribadito dal Dicastero del Lavoro, che ricollega la sanzione in argomento all'essere il lavoratore completamente sconosciuto alla Pubblica Amministrazione.¹⁰ Tanto premesso l'unica

⁸ Ferme restando ovviamente le sanzioni previste per l'omessa comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro di co.co.co., co.co. pro., mini co.co. ovvero di associazione in partecipazione con apporto lavorativo, nonché gli eventuali recuperi contributivi derivanti dall'omessa iscrizione alla gestione separata, con le conseguenti sanzioni civili.

⁹ Così precisa il Ministero nella circolare 38/2010: <<...qualora il rapporto di lavoro originariamente qualificato come parasubordinato dal datore di lavoro, venga a seguito di accertamento ispettivo, inquadrato nell'ambito del lavoro subordinato, l'eventuale tempestivo versamento alla Gestione separata per il medesimo lavoratore esclude l'irrogazione della maxisanzione, anche in assenza di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro...>>.

¹⁰ Assioma che trova ennesima conferma proprio nella circolare 38 nella parte in cui viene specificato che <<in caso di formale instaurazione di rapporti di lavoro autonomi o parasubordinati nel rispetto dei relativi obblighi di natura documentale, la differente qualificazione degli stessi in chiave subordinata, operata dagli organi di vigilanza in sede di

ipotesi, rispetto alla quale potrà trovare applicazione la sanzione in argomento è la terza prospettata in analisi, ovverosia i casi in cui la prestazione di lavoro viene apparentemente presentata dalle parti come autonoma, anche attraverso la sottoscrizione formale di un contratto, dissimulando nel contempo una prestazione di lavoro subordinato carente anche di qualsiasi formalizzazione documentale, utile a renderla nota alla Pubblica Amministrazione, quali, ancora una volta, la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero l'apertura di posizione previdenziale. Ci troveremo in tali casi di fronte ad una semplice prestazione di lavoro *nero*, soggetta pertanto a *maxisanzione*, circostanza quest'ultima che trova ulteriore conferma nell'art. 1414 del c.c., secondo il quale il contratto simulato non produce effetto tra le parti e, se le stesse hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, che nel caso specifico ha per oggetto un rapporto di lavoro subordinato

Vi sarebbe peraltro da chiarire un'ulteriore questione concernente le prestazioni occasionali, disciplinate dall'art. 2222 c.c. Anche dette tipologie lavorative, così come le prestazioni d'opera rese da artigiani, erano astrattamente assoggettabili a *maxisanzione* ove l'organo ispettivo ne avesse accertato la non genuinità e la loro conseguente riconducibilità ad una prestazione di lavoro subordinato. Sul punto il Ministero del Lavoro, con circolare 10 novembre 2009 numero 33, fornendo chiarimenti in merito alle categorie di lavoratori considerabili irregolari ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale ex art. 14 del TU 81/2008, aveva, in modo indiretto, confermato l'applicabilità della sanzione per il lavoro sommerso ai *lavoratori autonomi occasionali* (art. 2222 c.c.) **non genuini**, per i quali dalla documentazione fiscale non si fosse appalesato che il versamento era stato effettuato in loro favore. Veniva così per la prima volta conferito espressamente valore, ai fini della pubblicizzazione della prestazione lavorativa, anche alla documentazione di natura fiscale. Senza voler entrare nel merito circa la concreta praticabilità di tale esimente, in considerazione delle tempistiche di tali adempimenti¹¹, sempre posteriori rispetto all'effettivo inizio della prestazione, ci si chiede in questa sede se la modifica alla normativa in questione, apportata dal legislatore del 2010, che restringe l'ambito scriminante ai soli adempimenti di natura contributiva, escludendo pertanto quelli di tipo fiscale, porti a ritenere superato l'orientamento ministeriale. A ben vedere, tuttavia, non si devono confondere i piani di analisi. A parere dello scrivente, infatti, le indicazioni fornite dal Dicastero del Lavoro devono ritenersi ancora valide. Le stesse, infatti, operano su un differente profilo, volto unicamente a discriminare le ipotesi di riqualificazione da lavoro autonomo a subordinato, rispetto ad una semplice fattispecie di lavoro nero, pienamente assoggettabile a *maxisanzione*. In altre parole gli eventuali adempimenti di natura fiscale, inequivocabilmente riferiti allo pseudo prestatore autonomo, renderebbero conosciuta la prestazione lavorativa, esattamente come avviene, nell'ipotesi esemplificativa di un lavoro a progetto, pubblicizzato con la comunicazione telematica di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero con l'iscrizione alla gestione separata. In tale ultima eventualità, come si è visto, la non genuinità della co.co. pro comporta unicamente una riqualificazione del rapporto di lavoro in lavoro subordinato, senza applicazione della *maxisanzione*. Allo stesso modo si potrebbe dire delle prestazioni rese ex art. 2222 c.c., rispetto alle quali gli adempimenti fiscali rappresentato, di fatto, l'unico obbligo, seppur a posteriori, di formalizzazione documentale, prevista dal legislatore, che possa mettere in relazione il prestatore d'opera ed il committente, fornendo in tal senso la sola prova possibile della volontà di non occultare il rapporto, in analogia con quanto avviene con gli adempimenti di carattere

accertamento ispettivo, non comporta l'applicazione della maxisanzione in quanto, trattandosi di errato inquadramento della fattispecie lavorativa, difetta il presupposto identificativo del lavoro sommerso>>>

¹¹ Sul punto D. Papa *Sospensione attività imprenditoriale: nuove istruzioni dal Ministero* in Guida al Lavoro n 45 20 novembre 2009 pagina 17.

contributivo¹². Conseguentemente, in assenza di documentazione fiscale la prestazione cade nell'alveo del sommerso *tout court* e pertanto, laddove la stessa sia nel contempo sostanzialmente subordinata, sarà inevitabilmente assoggettata a *maxisanzione*.

Il Ministero sembra avallare tale ultima impostazione laddove collega l'irrogazione della maxisanzione proprio alla mancanza di prove documentali della supposta prestazione di lavoro autonomo¹³, precisando tuttavia che la documentazione fiscale dovrà necessariamente essere precedente all'accertamento ispettivo. Diversamente del resto non si potrebbe, come detto, rinvenire una chiara volontà di non occultare il rapporto di lavoro in questione, che risulterà pertanto solo erroneamente qualificato e non del tutto celato alla Pubblica Amministrazione.

Rapporto con l'art. 14 del D.Lgs 81/2008

La circolare 38/2010 segnala poi un diverso campo di applicazione del provvedimento sanzionatorio previsto dall'art. 4 del Collegato rispetto a quello concernente il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, posto che quest'ultima normativa non individua i lavoratori irregolari nei soli lavoratori subordinati ma la stessa ricomprende la generalità dei rapporti di lavoro. Il Dicastero giustifica tale orientamento nella natura, anche cautelare, del provvedimento di sospensione, che prescinde pertanto dalla qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra datore di lavoro/committente e lavoratore.

Il Ministero interviene così ancora una volta a correggere in via interpretativa l'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81. Una delle ipotesi, infatti, che comportano la sospensione, è proprio l'impiego di manodopera *in nero*, determinata, però, sulla base del tenore letterale del previgente art. 3 comma 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n. 12, oltretutto prendendo in considerazione il tradizionale inciso *impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria*¹⁴. Ora, facendo riferimento unicamente ai lavoratori subordinati, una tale differenza di definizione, potrebbe portare all'ipotesi di applicare la *maxisanzione* con riferimento ad un lavoratore privo di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro, senza però che detta carenza comporti automaticamente la sospensione dell'attività se rispetto al medesimo lavoratore il datore di lavoro possa ad esempio esibire il relativo libro unico oppure la lettera di assunzione. Una tale eventualità è comunque da scongiurarsi se si pensa ai precedenti interventi ministeriali sul punto. In tal senso già con la circolare 21 agosto 2008 n. 20, il Dicastero, pur confermando che presupposto per l'applicazione della *maxisanzione* è l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, chiarisce che *con l'abrogazione del libro matricola e dell'obbligo di iscrizione preventiva, prima della immissione al lavoro, dei lavoratori occupati nei documenti di lavoro, il personale ispettivo dovrà fondare l'accertamento della sussistenza di un impiego lavorativo in nero*

¹² A ben vedere l'iscrizione dello pseudo prestatore d'opera alla Camera di commercio o il possesso di partita IVA non sono, a parere dello scrivente, adempimenti che da soli possono pubblicizzare la prestazione ex art. 2222 c.c., operando unilateralmente verso il prestatore d'opera a differenza degli adempimenti di natura fiscale, quale il versamento della ritenuta d'acconto, che pongono in relazione il prestatore d'opera ed il committente, eliminando in tal senso ogni dubbio circa la reale volontà da parte dello pseudo committente di occultare il rapporto di lavoro.

¹³ Così la circolare 38/2010: <<...*Quanto alle ipotesi in cui il datore di lavoro dichiara di aver attivato una prestazione di lavoro autonomo occasionale ai sensi dell'art. 2222 c.c., il personale ispettivo provvederà ad irrogare la maxisanzione in assenza della documentazione utile ad una verifica circa la pretesa autonomia del rapporto (iscrizione Camera di commercio, possesso di partita IVA, produzione di valida documentazione fiscale precedente all'accertamento...>>.*

¹⁴ Così l'art. 14 comma 1 del D.Lvo 81/2008: << "...gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione alla parte dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni, quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro..."

*esclusivamente sulla effettuazione della comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro, di cui all'articolo 1, comma 1180, della legge n. 296 del 2006*¹⁵.

Sulla stessa linea anche la successiva circolare 33 del 2009, dettata proprio in tema di sospensione dell'attività imprenditoriale, con la quale il Ministero, soffermandosi sui presupposti di adottabilità di detto provvedimento, riferendosi all'impiego di manodopera in *nero* precisa la nozione di lavoratore in nero quale lavoratore sconosciuto alla P.A., ossia impiegato senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'impiego ovvero previa comunicazioni ad altri Enti come richiesto dalla specifica tipologia contrattuale, come nell'ipotesi di lavoro occasionale accessorio.

Appare evidente che la documentazione obbligatoria, alla quale si riporta l'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, dovrà essere individuata unicamente, ancora una volta, nella comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero in altri adempimenti di carattere contributivo, precedentemente assolti. Diversamente argomentando si arriverebbe al paradosso di pervenire a due distinte definizioni di *lavoro nero*: una, più restrittiva, ricavabile dal novellato articolo 3 del decreto legge 22 febbraio 2002 n.12, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002 n. 73; un'altra, più ampia, evincibile dall'articolo 14 del D.L.vo 81/2008.

Profili sanzionatori

L'articolo 4 del Collegato novella, almeno parzialmente, anche il profilo sanzionatorio. La previgente normativa, eliminando ogni incertezza applicativa nascente dalla sanzione legata al costo del lavoro, applicata prima delle modifiche introdotte dal comma 7 dell'art. 36bis della legge 248/2008, come è noto, aveva previsto una sanzione composita, costituita da un importo minimo e massimo (€ 1.500 - € 12.000) ed un importo in misura fissa di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. La modifica apportata dal legislatore del 2010 individua in realtà due distinte fattispecie, alle quali sono associati differenti trattamenti sanzionatori. La *ratio* di tale modifica appare evidentemente influenzata dal differente disvalore delle due condotte prese in esame. Alla tradizionale ipotesi sanzionatoria da € 1.500 ad € 12.000, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo, viene aggiunta una fattispecie sanzionatoria più lieve, per un importo da € 1.000 ad € 8.000 per ciascun lavoratore, maggiorato di euro 30 per ciascuna giornata di lavoro irregolare, per l'ipotesi in cui il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo lavorativo successivo. Il tenore letterale della norma, per la verità, ingenera una questione interpretativa. C'è da chiedersi, infatti, se detto periodo di regolare occupazione debba seguire temporalmente il periodo di impiego *in nero*, senza soluzione di continuità¹⁶, ovvero se possa essere preso in considerazione qualsiasi periodo lavorativo regolare, ovviamente per prestazioni rese in favore del medesimo datore di lavoro, purchè successivo a quello irregolare ed effettuato a distanza di tempo. A parere dello scrivente, la prima soluzione proposta rappresenta la corretta chiave di lettura dell'inciso in analisi. Solo in una tale ottica si può nettamente distinguere una differente gravità nella condotta posta in essere dal trasgressore. E' evidente che colui che venga colto nell'impiego di personale ancora privo di regolare assunzione, al momento della verifica ispettiva, meriti un trattamento sanzionatorio più gravoso, rispetto a chi, successivamente all'utilizzo di manodopera in nero, abbia poi ritenuto di riallinearsi alle regole dell'Ordinamento Giuridico, assumendo detto lavoratore, se pur con decorrenza successiva alla data di effettivo inizio della prestazione lavorativa. In tale ultimo caso si tratterebbe, comunque, di un unico rapporto di lavoro, iniziato in modo irregolare ma poi, senza soluzione di

¹⁵ Sul punto si vedano anche: circolare Ministero del Lavoro 20 agosto 2008 n. 21 e Vademecum Libro Unico Ministero del Lavoro 5 dicembre 2008, sezione C – sistema sanzionatorio, numero 3.

¹⁶ Ci troveremo in tal senso nell'ipotesi assai frequente della cosiddetta prova fuori dal contratto, ove il lavoratore impiegato viene avviato al lavoro senza regolare assunzione, per poi essere successivamente assunto regolarmente una volta superata positivamente la *prova di gradimento* da parte del datore di lavoro

continuità, proseguito in modo regolare. Laddove, invece, si riscontrasse una consistente soluzione di continuità tra la fase di impiego *in nero* e quella regolare, ci troveremmo di fronte a due distinti rapporti di lavoro, uno dei quali, il primo è avvenuto nella sua totalità, dalla sua instaurazione alla sua conclusione, in netto contrasto con l'Ordinamento Giuridico, meritando per ciò solo il più grave dei trattamenti sanzionatori. Per completezza argomentativa appare opportuno ricordare che ove il datore di lavoro regolarizzi spontaneamente e prima di un eventuale controllo ispettivo un precedente periodo lavorativo *in nero*, effettuando, anche se tardivamente, la comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro con decorrenza dal giorno di effettivo inizio della prestazione lavorativa, lo stesso non sarà in ogni caso soggetto a maxisanzione ma unicamente alla sanzione prevista per il ritardo nella comunicazione.¹⁷

Con l'articolo 4 viene altresì prevista una rilevante deroga al regime sanzionatorio, riservata esclusivamente alla categoria del lavoro domestico. Detto settore è nuovamente preso in debita considerazione dall'attuale legislatura che, comprendendo la delicatezza e la rilevanza sociale dello stesso, coinvolgente nella veste di datori di lavoro non imprese ma famiglie private, spesso in situazioni assai gravi, ha già introdotto¹⁸ la procedura di emersione dei rapporti di lavoro irregolare, riservata al lavoro di sostegno al bisogno familiare – colf ovvero a quello di assistenza a persone affette da patologie o handicap – badanti. Senza dimenticare le ulteriori peculiarità del settore, non soggetto all'obbligo di istituzione del libro unico¹⁹, così come in passato avveniva tanto per il libro matricola, quanto per il libro paga²⁰. Ora, a distanza di qualche mese, il legislatore stabilisce che alla sanzione *de quo* sia soggetto il datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico. Sul punto il Ministero precisa che l'esenzione opera unicamente con riferimento ai lavoratori addetti con continuità al funzionamento della vita familiare e non certo per le ipotesi in cui il datore di lavoro adibisca il lavoratore assunto come domestico in altre attività imprenditoriali o professionali.

Infine un ultimo ma non meno rilevante aspetto innovativo attiene alle sanzioni civili, connesse all'evasione dei contributi e dei premi. L'originaria normativa²¹ contemplava un sistema proporzionale – percentuale di commisurazione delle sanzioni civili. Il comma 7

¹⁷ Così la circolare 38/2010: <<...non è soggetto alla maxisanzione il datore di lavoro che, antecedentemente al primo accesso in azienda del personale ispettivo o di una eventuale convocazione per l'espletamento del tentativo di conciliazione monocratica, regolarizzi spontaneamente e, integralmente per l'intera durata, il rapporto di lavoro, avviato originariamente senza una preventiva comunicazione obbligatoria di instaurazione. Più in particolare, fino alla scadenza del primo adempimento contributivo (giorno 16 del mese successivo a quello di inizio del rapporto) il datore di lavoro che non sia stato destinatario di accertamenti ispettivi potrà evitare l'applicazione della maxisanzione anche con la sola comunicazione al Centro epr l'impiego da cui risulti la data di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro...>>

¹⁸ Cosiddetto decreto anticrisi D.L. n. 78 del 1 luglio 2009, convertito nella legge n. 102 del 3 agosto 2009

¹⁹ Art. 39 comma 1 D.L.112/2008 convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133

²⁰ Art. 20 D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124

²¹ Così il comma 8 dell'art. 116 della legge 23 dicembre 2000 n. 388: I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare e' rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non puo' essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioe' nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al 30 per cento; la sanzione civile non puo' essere superiore al 60 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempre che' il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non puo' essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi, non corrisposti entro la scadenza di legge

dell'art. 36-bis della legge 248/2006 aveva pesantemente inciso su tale meccanismo, stabilendo che l'importo delle sanzioni civili, connesse all'omesso versamento dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare, non potesse essere inferiore a euro 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata. Pertanto, come chiarito anche dall'INPS con messaggio 20551 del 17 settembre 2008, dette sanzioni civili non potevano essere inferiori ad euro 3.000, anche se riferite ad un solo giorno di lavoro non registrato²², ben potendo, al contrario, essere superiori a detta soglia, qualora dal calcolo proporzionale, legato alla durata dell'omissione, la sanzione avesse superato 3.000 euro. Il legislatore del 2010, probabilmente mosso da un intento di maggior *equità e proporzionalità*, ha eliminato il tetto minimo delle sanzioni civili connesse all'evasione dei contributi e dei premi, prevedendo unicamente un aumento del 50% delle sanzioni, determinate evidentemente sempre sulla scorta del criterio individuato dall'art. 116 comma 8 della legge 23 dicembre 2000 n. 388.

Il Ministero nella circolare 38/2010 ricorda come le sanzioni civili trovino applicazione esclusivamente nei casi in cui siano già scaduti, al momento dell'accesso ispettivo, i termini per il pagamento dei contributi e dei premi con riferimento al periodo di lavoro irregolare accertato.

Competenza all'irrogazione della sanzione

Importanti novità anche in tema di organo competente all'irrogazione della sanzione *de quo*. Prosegue, infatti, il travaglio di competenze che in origine²³ erano attribuite in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate. Agli organi ispettivi del Ministero del Lavoro, a quelli degli Istituti, nonché ai funzionari della Guardia di Finanza, residuava unicamente la possibilità di constatare la violazione in questione²⁴. Con le modifiche introdotte alla normativa dal comma 7 dell'art. 36-bis della legge 248/2006 il panorama è cambiato radicalmente, posto che la competenza all'irrogazione della sanzione per lavoro sommerso veniva sottratta all'Agenzia delle Entrate ed attribuita, anche in questo caso in via esclusiva, alla Direzione Provinciale del Lavoro territorialmente competente. Il legislatore del 2010 cambia nuovamente, per la terza volta dalla nascita della normativa in esame, la competenza all'irrogazione della *maxisanzione*, questa volta ampliandone notevolmente il campo. Il comma 1 lettera c) delinea infatti un nuovo comma 5 all'art. 3 del decreto - legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73, chiarendo che all'irrogazione delle sanzioni amministrative, di cui al comma 3, provvedono gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza. In buona sostanza, sulla scorta della nuova normativa, potranno irrogare la *maxisanzione*, oltre che gli organi ispettivi del Ministero del lavoro, che già vi provvedevano fino a ieri, anche gli organi di vigilanza di Inps, Inail, Enpals ed Ipsema, finora esclusi da tale eventualità, così come i militari della Guardia di Finanza, oltreché naturalmente i funzionari dell'Agenzia delle Entrate, che riacquistano tale competenza, perduta nel 2006. Autorità competente a ricevere il rapporto ai sensi dell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981 n. 689 permane la Direzione Provinciale del Lavoro territorialmente competente.

Diffidabilità della *maxisanzione*

L'ultimo periodo del previgente comma 5 dell'art. 3 del decreto - legge. 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73, così come modificato dall'art. 7 dell'art. 36-bis legge 248/2006 prevedeva espressamente che nei confronti della sanzione

²² Sul punto L. Caiazza *Sanzioni civili per lavoro nero: l'Inps spiega i criteri applicativi* in Guida Lav. 2008, 37, 44 e ss.

²³ Così il comma 5 dell'originario art. 3 comma 3 del D.L. 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73: "*Competente alla irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma 3 è l'Agenzia delle entrate...*".

²⁴ Comma 4 dell'originario art. 3 comma 3 del D.L. 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73

in analisi non fosse ammessa la procedura di diffida, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124. Pertanto, in fase di irrogazione di detta sanzione si doveva procedere alla contestazione dell'illecito amministrativo ai sensi dell'art. 16 della legge 24 novembre 1981 n. 689. Tale inciso letterale non viene riconfermato nel nuovo testo normativo, nel quale non è dato rinvenire una siffatta esclusione. Una tale eventualità rende a questo punto applicabile l'art. 13 decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, così come confermato dalla stesso Dicastero del lavoro con la circolare 38/2010. Tale soluzione, a prescindere dal tenore letterale della norma in analisi, appare condivisibile, a meno di non voler escludere la diffidabilità della condotta in questione, perché non più materialmente possibile la regolarizzazione da parte del datore di lavoro, rispetto ad un impiego irregolare ormai già avvenuto al momento dell'accesso ispettivo Invero, proprio in considerazione dei chiarimenti ministeriali sul punto²⁵, atteso che la diffidabilità di una violazione non dipende dall'istantaneità o meno della condotta oggetto della fattispecie sanzionatoria ma unicamente dalla materiale realizzabilità della condotta ripristinatoria dell'ordinamento giuridico violato, appare innegabile, a parere dello scrivente, che una regolarizzazione, se pur postuma, di un lavoratore impiegato senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, sia in tutta evidenza possibile. Si pensi del resto come la stessa procedura di regolarizzazione sia contemplata tra le condizioni di revoca del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale previsto dall'art. 14 del D.L.vo 81/2008.

Così argomentando ben si arriverebbe ad un recupero dell'interesse sostanziale protetto dalla norma, in linea con quanto affermato dal Ministero del Lavoro già con circolare 24 giugno 2004 n. 24. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che la condotta in questione è di tipo commissivo e quindi non diffidabile. In tal senso si può, però, osservare che presupposti di tale condotta risultano essere proprio due omissioni, ovverosia la mancata comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro e l'omessa apertura di posizione previdenziale ed assicurativa in favore del lavoratore.

Tali adempimenti mancati rendono per l'effetto irregolare l'impiego del lavoratore, per cui, una volta sanate attraverso la diffida dette omissioni, il medesimo impiego risulterebbe essere di fatto regolare, seppur retroattivamente. Peraltro il Ministero, in perfetta coerenza dell'impianto scelto, ammettendo la regolarizzazione postuma, a seguito di diffida, dell'impiego del lavoratore in assenza di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro, ritiene quest'ultima omissione non più soggetta alla specifica sanzione di cui all'art. 19, comma 3, del D.Lgs n. 276/2003, in quanto "assorbita" nella fattispecie più grave ex art. 4 della L. n. 183/2010. Applicando pertanto la procedura di diffida entrambe le ipotesi sanzionatorie, di cui al novellato art. 3 del decreto - legge. 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73, per l'ipotesi di ottemperanza, devono determinarsi in un importo pari al minimo della sanzione edittale prevista. In proposito c'è da chiedersi se l'art. 13 del decreto legislativo 124/2004 sia applicabile anche alla maggiorazione (€ 150 ed € 30) prevista per ciascuna giornata di lavoro effettivo irregolare, ovvero solo con riferimento alla componente sanzionatoria variabile, prevista nel minimo in euro 1.000 ovvero 1.500 per ciascun lavoratore irregolare.

Sul punto il Ministero rivede radicalmente il proprio precedente orientamento, ove veniva esclusa l'applicabilità dell'art. 16 della legge 689/1981 con riferimento all'importo in misura fissa di € 150 in quanto mera maggiorazione²⁶. La circolare 38/2010 determina le

²⁵ Si veda sul punto quanto stabilito dal Ministero del Lavoro con circolare 23 marzo 2006 n. 9:<<...Relativamente alla sanabilità delle violazioni, si ribadisce che tale requisito sussiste in tutti i casi di inosservanze consistenti in comportamenti materialmente realizzabili, indipendentemente quindi dalla istantaneità o meno della condotta oggetto della fattispecie sanzionatoria, purché non si tratti di violazione di norme poste a diretta tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore...>>

²⁶ Così testualmente la circolare 28 settembre 2006 n. 29: "...Al riguardo si sottolinea che trattasi di una sanzione proporzionale che prevede un importo minimo e massimo (€ 1.500 - € 12.000) ed un importo in misura fissa di € 150

sanzioni a seguito di diffida ex art. 13 D.Lgs 124/2004 nell'importo di € 1.500 quale sanzione in misura variabile per ciascun lavoratore irregolare a cui andrà aggiunta la somma di € 37,50 quale maggiorazione per ciascuna giornata di lavoro irregolare, totalmente in nero, e nell'importo di € 1.000 aumentato di € 7,50 quale maggiorazione per ciascuna giornata di lavoro irregolare, per l'ipotesi di lavoro parzialmente in nero. Allo stesso modo vale anche per l'art. 16 della legge 689/1981²⁷.

Normativa speciale per il settore turistico

Il comma 2 dell'art. 5 prevede poi una disciplina speciale anche nei confronti del settore turismo. Viene, infatti, introdotta una ulteriore possibilità all'ordinario regime delle procedure di corretta instaurazione del rapporto di lavoro in tema di collocamento, disciplinato al comma 2 dell'art. 9-bis del decreto – legge 1 ottobre 1996 n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996 n. 608, che prevede, a fini antielusivi, la comunicazione preventiva al Servizio competente, nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro. I datori di lavoro del settore turistico, qualora non siano in possesso di uno o più dati anagrafici inerenti al lavoratore, possono integrare la comunicazione entro il terzo giorno successivo a quello dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Il dettato normativo, molto opportunamente, parla di integrazione e non di deroga integrale alla comunicazione preventiva. I datori di lavoro in questione sono, comunque, tenuti ad effettuare detta comunicazione, la quale può, tuttavia, essere inviata in modalità *semplificata*. Può, cioè, contenere unicamente i dati attraverso i quali sia possibile individuare in maniera inequivocabile la tipologia contrattuale e l'identificazione del prestatore di lavoro, un tanto a fini, ancora una volta, anti-elusivi. Evidente, a parere dello scrivente, che, laddove anche questi elementi minimi fossero mancanti ovvero incompleti, la comunicazione effettuata non potrà essere ritenuta valida ed un'eventuale integrazione successiva, seppur intervenuta entro i 3 giorni previsti dalla normativa, renderà la comunicazione di instaurazione telematica del rapporto di lavoro comunque tardiva e soggetta alla sanzione amministrativa, prevista dal comma 3 dell'art. 19 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276²⁸.

Senza contare che, in presenza di accesso ispettivo in un momento precedente rispetto all'invio della comunicazione integrativa *sanante* il Ministero ritiene il lavoratore in questione *in nero* dall'inizio della prestazione lavorativa, con conseguente applicazione della maxisanzione²⁹.

Violazione ante 12 agosto 2006 e diritto intertemporale

Un'ultima importante novità è contenuta nel 3. comma dell'articolo in esame, che ritorna, ancora una volta e con tutta probabilità definitivamente, sulla competenza afferente le violazioni commesse prima del 12 agosto 2006, data di entrata in vigore del comma 7 dell'art. 36-bis della legge 248/2006. Viene opportunamente risolta una controversa questione, originata dall'introduzione di un nuovo comma, il 7 bis, all'articolo 36-bis della medesima legge 248/2006 ad opera delle norme attuative del protocollo sul

per ciascuna giornata di lavoro effettivo. Tale ultimo importo (€ 150 giornaliera) costituisce una mera maggiorazione della sanzione edittale e perciò per esso non trova applicazione l'art. 16 della legge n. 689/1981” .

²⁷ Così la circolare 38/2010: <<...il personale ispettivo dovrà ammettere il trasgressore al pagamento della sanzione in misura ridotta (ai sensi dell'art. 16 della L. n. 689/1981), pertanto la sanzione irrogabile sarà pari, rispettivamente, a € 3000 per lavoratore oltre a e 50 di maggiorazione giornaliera e a € 2000 per lavoratore oltre a € 10 di maggiorazione giornaliera...>>

²⁸ Sanzione prevista nell'importo da € 100 ad € 500 per ogni lavoratore interessato.

²⁹ Così la circolare 38/2010: <<...la maxisanzione potrà essere irrogata soltanto in caso di personale impiegato senza la preventiva comunicazione semplificata, dalla quale risultino “la tipologia contrattuale e l'identificazione del prestatore di lavoro”>>.

Welfare³⁰, ai sensi del quale l'adozione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi, di cui all'articolo 3 del decreto-legge 22 febbraio 2002, n. 12, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2002, n. 73, relativi alle violazioni constatate prima della data di entrata in vigore del decreto Bersani - Visco, restava di competenza dell'Agenzia delle Entrate ed era soggetta alle disposizioni del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, e successive modificazioni, ad eccezione del comma 2 dell'articolo 16. Il termine letterale *constatate* diede vita ad un carteggio tra Agenzia delle Entrate e Ministero del Lavoro³¹, circa la conseguente competenza all'irrogazione della *maxisanzione* per le violazioni commesse prima del 12 agosto 2006 ma *constatate* dopo tale data.

La *querelle* è stata risolta dal Dicastero del Lavoro con nota 9 aprile 2008 n. 4935, attraverso la quale, al fine di evitare vuoti normativi, sono state fornite precise istruzioni al personale ispettivo. Specificando che la modifica introdotta con l'art. 1, comma 54 della legge 24 dicembre 2007 n. 247 definiva la competenza alla irrogazione della maxisanzione in relazione al momento della constatazione della violazione e non già alla commissione dell'illecito, la norma veniva interpretata nel senso di mantenere la competenza della Direzione Provinciale del Lavoro anche nel caso di condotte cessate prima del 12 agosto 2006, ma constatate in data successiva, con conseguente contestazione dell'illecito secondo le disposizioni di cui alla legge 689/81. Il legislatore del 2010 è nuovamente ritornato sulla questione, adottando una soluzione che, a parere dello scrivente, si dimostra decisamente più in linea con il principio di legalità, in ossequio all'art. 1 delle legge 689/1981 che introduce nel diritto sanzionatorio amministrativo il principio del *tempus regit actum*, in forza del quale ogni condotta – in particolare quelle di carattere sanzionatorio – va assoggettata alla disciplina in vigore al momento della commissione del fatto. Il comma 3 dell'articolo 4 infatti sostituisce la parola *constatate*, origine del contendere tra Dicastero del Lavoro e Agenzia delle Entrate, con il termine molto più opportuna di *commesse*. In tal senso, pertanto, per le residuali ipotesi di rapporti di lavoro irregolare, sorti e conclusi prima del 12 agosto 2006, la competenza all'irrogazione della sanzione di cui al comma 3 dell'art.3 del decreto - legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73, nella sua originaria formulazione³², ritorna in capo all'Agenzia delle Entrate. Giova ricordare che per i rapporti di lavoro iniziati prima del 12 agosto e proseguiti dopo tale data, la novella normativa non apporta alcun cambiamento. Tali ipotesi, come già a suo tempo chiarito dal Ministero del Lavoro, restano soggetti alla *maxisanzione* come modificata dall'art. 36 –bis legge 248/2006³³. Applicando il medesimo

³⁰ Articolo 1 comma 54, della legge 24 dicembre 2007 n. 247

³¹ Si vedano sul punto le seguenti circolari: Circolare Agenzia delle Entrate 30 maggio 2007 n. 35/E, Nota Ministero del Lavoro 1. giugno 2007 n. 6980, Nota Ministero del Lavoro 28 dicembre 2007 n. 17431, Nota Ministero del Lavoro 9 aprile 2008 n. 4935, Circolare Agenzia delle Entrate 24 settembre 2008 n. 56/E.

³² Così i commi 3 e 4 dell'art. 3 del decreto - legge 22 febbraio 2002 n. 12, convertito nella legge 23 aprile 2002 n. 73:
...3. *Ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste, l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie, è altresì punito con la sanzione amministrativa dal 200 al 400 per cento dell'importo, per ciascun lavoratore irregolare, del costo del lavoro calcolato sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali, per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione.*
4. *Alla constatazione della violazione procedono gli organi preposti ai controlli in materia fiscale, contributiva e del lavoro....*

³³ Così la circolare Ministero del Lavoro 28 settembre 2006 n. 29: <<...Occorre infine precisare 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. n. 248/2006 (12 agosto 2006) e proseguita oltre tale data. Trattasi, in altre parole, di un problema di successione di leggi nel tempo che sanzionano condotte di natura permanente quale, per l'appunto, quella in esame. Va premesso, anzitutto, che nel campo degli illeciti amministrativi trova applicazione il principio del *tempus regit actum*, secondo il quale la disciplina applicabile è quella in vigore al momento della commissione della violazione, senza che -come avviene invece in campo penale - debba valutarsi il principio del *favor rei* alla luce delle previsioni sanzionatorie sopravvenute (v. circ. n. 37/2003). Per quanto attiene alla consumazione dell'illecito di natura permanente tuttavia - come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria (Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7769) - bisogna tenere

principio di diritto circa il momento di consumazione dell'illecito permanente il Ministero nella circolare 38/2010 stabilisce che ove si accerti che l'illecito punibile con la maxisanzione si sia consumato successivamente alla data di entrata in vigore della legge 183/2010, l'organo di vigilanza dovrà applicare all'intero periodo oggetto di accertamento la nuova disciplina, anche se la condotta sia iniziata in epoca antecedente all'introduzione della stessa, proprio in considerazione della prevalenza del momento consumativo dell'illecito ai fini della corretta identificazione del regime sanzionatorio.

Diversamente per le condotte già esaurite al momento dell'entrata in vigore della legge 183/2010 si dovrà applicare la precedente disciplina sanzionatoria, con l'unica eccezione di adottare la diffida ex art. 13 D.Lgs 12472004 nonché le nuove modalità di calcolo della sanzione in misura ridotta (art. 16 della legge 689/1981), stante la natura procedurale della disposizione, immediatamente operativa al momento dell'entrata in vigore del Collegato.

presente che lo stesso si realizza, non con l'inizio ma con la cessazione del comportamento lesivo che, di norma, coincide con la data dell'accertamento da parte del personale ispettivo. Nel caso in esame, pertanto, il rapporto di lavoro "in nero" iniziato prima del 12 agosto 2006 e proseguito oltre tale data rientra nel campo di applicazione della nuova disciplina introdotta dall'art. 36 bis, comma 7 che prevede, quale organo competente alla irrogazione della sanzione, la Direzione provinciale del lavoro e non già l'Agenzia delle Entrate >>.