

# Maxisanzione: difficoltà applicative

Luigi Gennari - *Ispettore del lavoro presso la Direzione provinciale del lavoro di Trieste* (\*)

Com'è noto, l'art. 36 *bis*, comma 7, del decreto legge n. 223/2006 conv. dalla legge n. 248/2006 ha riformulato, in senso conforme alle indicazioni della Corte Costituzionale (1), la c.d. maxisanzione per il lavoro "nero" già prevista dall'art. 3, comma 3, del decreto legge n. 12/2002 conv. dalla legge n. 73/2002.

## Nozione di lavoratore sommerso

Con la predetta novella il Legislatore ha stabilito 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. 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 € 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata».

La gravosa sanzione prevista dal Legislatore si spiega con la necessità di assegnare una maggiore efficacia deterrente alle sanzioni amministrative, il cui inasprimento avrebbe dovuto assicurare 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 la sua efficacia deterrente quanto piuttosto per questioni legate alle sue modalità d'impiego.

Le difficoltà tecnico-applicative della disposizione in esame hanno comportato la necessità di una definizione chiara e in-controverosa della nozione di "lavoro nero".

Infatti è apparso palese che, onde evitare un inutile incremento del contenzioso dovuto a difficoltà interpretative, andava operata una preventiva precisazione del concetto centrale di «scritture o da altra documentazione obbligatoria»: quest'ultimo viene per l'appunto utilizzato sia dalla normativa previgente (*ex art. 3, comma 3, D.L. n. 12/2002 conv. dalla legge n. 73/2002*) sia dalla *manovra bis* (*ex art. 36 bis, comma 7, D.L. n. 223/2006 conv. dalla legge n. 248/2006*) al fine di descrivere lo stato di irregolarità grave al punto da giustificare l'applicazione della "maxisanzione". Rispetto alla formulazione preesistente, l'elemento innovativo di maggior rilievo della disposizione sanzionatoria in questione è rappresentato dall'applicabilità della stessa anche ai rapporti di impiego di lavoratori autonomi.

È espressamente previsto, tuttavia, che la sanzione possa trovare applicazione solo nei casi in cui l'ordinamento preveda precisi obblighi di formalizzazione documentale del rapporto di lavoro da parte del committente e quindi con riferimento all'utilizzo di forme contrattuali quali le collaborazioni coordinate e continuative (c.d. co.co.co.), le collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto (c.d. co.co.pro.), le collaborazioni coordinate occasionali (c.d. mini co.co.co.), l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro.

Nel caso in cui, invece, il committente ricorra a prestazioni da parte di un lavoratore autonomo di cui all'art. 2222 c.c., sia esso artigiano o non, nell'ipotesi in cui le citate prestazioni siano realmente di natura autonoma, non trova evidentemente applicazione la maxisanzione stante l'assenza per il committente di obblighi o adempimenti formali di natura lavoristica, previdenziale e/o assicurativa.

Il riferimento mantenuto dalla *manovra bis* alle «scritture» e all'«altra documentazione obbligatoria», sembra *de plano* doversi inquadrare, anzitutto, nel contesto di un generale rinvio ai previgenti libri obbligatori di matricola e paga, sui quali, in esecuzione degli obblighi di registrazione previsti dagli articoli 20 e segg. del D.P.R. n. 1124/1965 (abrogati dall'art. 39, comma 10, D.L. n. 112/2008 conv. dalla legge n. 133/2008), erano tenuti ad iscrivere i nominativi e le informazioni relative all'occupazione dei lavoratori il datore di lavoro - per i suoi dipendenti - e il committente - per i collaboratori coordinati e continuativi, i collaboratori a progetto, i collaboratori coordinati occasionali e per gli associati in partecipazione con apporto di lavoro.

D'altro canto, la norma imponeva (ed impone) una indagine approfondita, giacché le operazioni investigative non pote-

## Note:

(\*) Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.

(1) Sentenza n. 144 del 12 aprile 2005.

vano fermarsi alla verifica della omessa iscrizione dei lavoratori trovati intenti al lavoro sui libri di matricola e paga, visto il riferimento all'«altra documentazione obbligatoria».

Al riguardo, con la nota del 16 febbraio 2007 (relativa alla programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2007), il Ministero del lavoro ha fornito chiarimenti alle proprie strutture territoriali sulla sua corretta interpretazione, individuando - a contrario - quale sia l'«altra documentazione obbligatoria», ulteriore rispetto alle scritture sul libro matricola e paga, in grado di comprovare la regolarità di un rapporto di lavoro.

Il Ministero, nell'occasione, sottolinea il fondamentale ruolo che, ai fini documentali, svolge la comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro (ex art. 1, comma 1180, della legge n. 296/2006), la quale stante la sua cd. pluriefficacia assolve anche all'obbligo di denuncia nominativa dell'assurato contestualmente all'assunzione e/o occupazione all'Inail o, per gli assicurati del settore marittimo, all'Ipsema (ex art. 1, comma 1182, della legge n. 296/2006).

Fra la documentazione idonea a dimostrare con certezza la regolarità del rapporto di lavoro, il Ministero inserisce anche la copia della dichiarazione di assunzione di cui all'art. 4 bis, comma 2, D.Lgs. n. 181/2000 (relativa soltanto ai lavoratori subordinati), da cui risultino gli estremi di iscrizione del lavoratore sul libro matricola.

Non costituiscono invece documentazione attendibile, quei documenti - quali ad esempio la tessera di riconoscimento nel settore edile ex art. 36 bis, comma 3, D.L. n. 223/2006 - che non sono soggetti né all'obbligo di comunicazione alle amministrazioni pubbliche né a quello di conservazione per determinati periodi di tempo.

Senonché, l'abrogazione dei libri di matricola e paga e la

contestuale introduzione del libro unico del lavoro (ex art. 39, comma 1, D.L. n. 112/2008 conv. dalla legge n. 133/2008), hanno inciso profondamente anche sulla c.d. maxisanzione.

Infatti, come il Ministero del lavoro ha avuto modo di precisare con la circolare n. 20/2008, con l'abrogazione del libro matricola e dell'obbligo di iscrizione preventiva, prima dell'immissione al lavoro, dei lavoratori occupati nei documenti di lavoro, l'accertamento della sussistenza di un impiego lavorativo in nero dovrà fondarsi esclusivamente sulla effettuazione della comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 1, comma 1180, della legge n. 296/2006.

Qualora i lavoratori risultino occupati in assenza di comunicazione preventiva e non vi sia alcuna scritturazione nel libro unico del lavoro, né sia possibile rilevare da altri adempimenti obbligatori precedentemente assolti (ad es. Modd. E-Mens e DM10) la volontà di non occultare i rapporti di lavoro, anche se differemente qualificati rispetto agli esiti dell'attività di indagine espletata, si procederà alla contestazione della maxisanzione per il sommerso.

Alla luce delle osservazioni fin qui riportate, si evidenzia come l'orientamento del Ministero del lavoro sia stato sempre di considerare "in nero" il lavoratore «non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, ossia il personale totalmente sconosciuto alla Pubblica Amministrazione in quanto non iscritto nella documentazione obbligatoria né oggetto di alcuna comunicazione prescritta dalla normativa lavoristica e previdenziale.

## **Il Ministero amplia il concetto di «altra documentazione»**

Con la lettera circolare del 6 maggio 2009 (prot. n. 25/II/0006544), la Direzione gene-

rale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, fornendo indicazioni al fine di orientare ed uniformare l'operato del personale ispettivo in merito alla qualificazione delle prestazioni lavorative del personale adibito alle attività di steward negli stadi di calcio, sembra attribuire una nuova dimensione al concetto di «altra documentazione obbligatoria».

Infatti, partendo dalla considerazione che numerosi sono gli indici di subordinazione (caratterizzanti le prestazioni di lavoro degli steward negli stadi di calcio) rinvenibili nel Decreto del Ministro dell'interno dell'8 agosto 2007 (recante «Organizzazione e servizio degli steward negli impianti sportivi»), la lettera circolare evidenzia «che il personale adibito ad attività di steward, qualora risulti comunque formato nel rispetto del citato D.M. e inquadrato con tipologie contrattuali diverse da quelle indicate (la più ricorrente risulta essere la prestazione occasionale ex art. 2222 c.c.), non potrà comunque ritenersi personale "sconosciuto alla P.A." e pertanto non potrà trovare applicazione la c.d. maxisanzione per il lavoro "nero"».

Dunque, pur in assenza di adempimenti formali di natura lavoristica, previdenziale e/o assicurativa, derivanti dalla non genuinità della tipologia contrattuale applicata (prestazione occasionale ex art. 2222 c.c.), il personale adibito ad attività di steward non potrà ritenersi "in nero" in quanto risulta essere comunque conosciuto dalle Autorità pubbliche preposte alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica nella Provincia che, per effetto del decreto del Ministro dell'interno dell'8 agosto 2007, sono chiamate a coordinare e approvare il servizio di stewarding.

È indubbio che la condotta di chi impiega illecitamente personale autonomo, da intendersi nella stretta accezione dell'art. 2222 c.c., non essendo

previste per legge le formali registrazioni dovute per il lavoro subordinato o a tal fine equiparato (ossia per il lavoro parasubordinato), evidenzia maggiormente la necessità di circoscrivere l'ambito dell'«altra documentazione obbligatoria» atta a rendere il personale impiegato conosciuto alla P.A. e quindi non «in nero».

L'indirizzo del Ministero del lavoro, sia pure riferito alle prestazioni di lavoro degli steward negli stadi di calcio, dimostrerebbe dunque come il concetto di «altra documentazione obbligatoria» non sia limitato alla sola documentazione lavoristica e previdenziale. In conclusione, si potrebbe ritenere quindi che nel concetto di «altra documentazione obbligatoria» possano rientrare:

- la documentazione fiscale nel caso di accertamento di rapporti di lavoro pregressi (il riferimento è al modello 770 attraverso il quale l'impresa rende conoscibile alla P.A. i compensi erogati al lavoratore anche autonomo di cui all'art. 2222 c.c., con il quale ha instaurato un rapporto di lavoro nel corso dell'anno precedente a quello di presentazione del modello stesso);
- la registrazione del contratto di lavoro presso l'ufficio locale dell'Agenzia delle entrate (data la certezza della registrazione e la conoscibilità del relativo rapporto di lavoro alla P.A.);
- l'istanza di certificazione del contratto di lavoro presentata alla Commissione di cui all'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003 (dalla data di presentazione dell'istanza, la Commissione di certificazione viene a conoscenza del contratto e del relativo rapporto di lavoro e non rileva la successiva adozione di un provvedimento di diniego di certificazione rilevante ai soli fini degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali, in relazione ai quali le parti hanno richiesto la certificazione del contratto di lavoro);
- la richiesta del certificato di agibilità all'Enpals (ex art. 9 del D.Lgs. C.P.S. n. 708/

1947) prima dello svolgimento della prestazione lavorativa rientrante nel settore dello spettacolo.

## Prosecuzione del lavoro a termine senza proroga

Il decreto legislativo n. 368/2001 («Attuazione della Direttiva 1999/70/Ce relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces») conferma l'apparato sanzionatorio precedentemente introdotto dalla legge n. 196/1997 (Legge Treu) in materia di contratto a termine.

Infatti, con la legge n. 196/1997 si introduceva la possibilità (che non esisteva nella previgente normativa di cui alla legge n. 230/1962) di superare di pochi giorni il termine prefissato senza che ciò comportasse l'onere, per il datore di lavoro, di provvedere alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato in modo automatico e fin dall'inizio del rapporto di lavoro.

Veniva e viene ancora oggi prevista (art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001), invece, una sanzione di tipo economico che monetizza il disagio per il lavoratore attraverso la maggiorazione percentuale della retribuzione.

Si dispone, infatti, che «se il rapporto continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'art. 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il trentesimo giorno

negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini (ex art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 368/2001)».

Com'è noto, la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, con lettera del 7 maggio 2009 (prot. n. 25/I/0006689), rispondendo ad un quesito posto dalla Direzione provinciale del lavoro di Modena, ha escluso l'applicazione della «massimizzazione» in caso di prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, assoggettando l'ipotesi in questione allo specifico ed esclusivo regime sanzionatorio dettato dall'art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 368/2001.

Nella citata lettera, il Ministero del lavoro concorda con la conclusione già avanzata dalla Dpl di Modena in ordine alla non applicabilità della massimizzazione: «considerata la chiara volontà del legislatore di evitare un'eccessiva rigidità della disciplina del contratto a termine e la modesta entità dello «sforamento» consentito, si ritiene che la prosecuzione di un rapporto di lavoro regolarmente instaurato, oltre il termine pattuito o successivamente prorogato, non comporti l'applicazione della massimizzazione per l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie, prevista dall'art. 3 del D.L. n. 12/2002, convertito in legge n. 73/2002».

L'art. 36 bis del D.L. n. 223/2006 conv. dalla legge n. 248/2006 è una disposizione chiave nella lotta al lavoro «nero»; essa ambisce alla creazione di un modello organizzativo del mercato del lavoro più efficiente e trasparente: solo attraverso sistemi di assunzione ed utilizzazione del personale più puntuali e meno indulgenti da parte delle imprese è possibile l'emersione del lavoro sommerso dalla zona «grigia» dei rapporti irregolari.

Il pericolo, dunque, di un sif-

fatto orientamento in materia di prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, è che possa divenire un facile espediente da parte dei datori di lavoro, i quali, mercé le “maglie larghe” del reticolato normativo (art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 368/2001), agevolmente possano 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.

Del resto, va osservato che il legislatore, nella formulazione dell'art. 36 *bis*, comma 7, del D.L. n. 223/2006 conv. dalla legge n. 248/2006, precisa che la sanzione amministrativa trova applicazione «ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore».

Ciò evidentemente implica che la condotta sanzionabile, nella sua materiale realizzazione, realizzi una pluralità di offese a diversi beni giuridici i quali, a loro volta, non godono tutti del medesimo tipo di tutela, ma possono essere differenzialmente garantiti in base alle valutazioni fatte dal Legislatore. Si dovrebbe perciò ritenere compatibile l'applicazione della maxisanzione in concorrenza alla sanzione di tipo economico prevista dall'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001, atteso che le due disposizioni non sono coincidenti in quanto volte a tutelare diversi beni giuridici.

Da un lato, infatti, la previsione di cui all'art. 5 ha la specifica finalità di monetizzare il disagio per il lavoratore attraverso la maggiorazione percentuale della retribuzione, dall'altro, la sanzione amministrativa (maxisanzione) è volta a contrastare il fenomeno del lavoro sommerso.

Inoltre, è evidente la profonda distorsione sociale tra chi abbia instaurato *ab initio* rapporti di lavoro in nero e chi, pur avendo inizialmente instaurato un regolare rapporto di lavoro,

abbia successivamente posto in essere una prosecuzione di fatto del rapporto stesso oltre il termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, comunque non risultante «dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria».

In ogni caso, pacifico è ritenere che la suddetta prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro venga effettuata senza alcuna soluzione di continuità.

In caso contrario, ossia se si verificasse un intervallo tra la prestazione eseguita fino alla scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato e la nuova prestazione lavorativa (non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria), nessun dubbio dovrebbe sorgere in ordine alla contestazione della maxisanzione e dell'assunzione a tempo indeterminato del lavoratore (in applicazione dei principi generali dell'ordinamento) dal primo giorno di occupazione irregolare: in questa ipotesi, infatti, risulterebbe inapplicabile la disciplina dettata dall'art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 368/2001.

## Imprenditori e soci di società iscritte al Registro delle imprese

La Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, con la lettera circolare del 4 luglio 2007 (prot. n. 25/I/0008906), ha avuto modo di precisare che «nel caso in cui il committente ricorra a prestazioni da parte di un lavoratore autonomo di cui all'art. 2222 c.c., sia esso artigiano o non, nell'ipotesi in cui le citate prestazioni siano realmente di natura autonoma, non trova evidentemente applicazione la maxisanzione qualora il prestatore non risulti iscritto né al registro dell'impresa né all'albo dell'impresa artigiane, in quanto tali obblighi gravano esclusivamente sul prestatore di lavoro e non sul committente che si avvale delle relative

prestazioni professionali. In tali casi, invero, l'irrogazione della sanzione non troverebbe alcuna giustificazione, stante l'assenza per il committente di obblighi o adempimenti formali di natura lavoristica, previdenziale e/o assicurativa».

Alla luce di tali osservazioni, non si può non concordare con l'indirizzo recentemente espresso dal Ministero del lavoro (lettera del 7 maggio 2009 prot. n. 25/I/0006690) che, rispondendo ad un quesito posto dalla Direzione provinciale del lavoro di Modena, ha escluso l'applicazione della maxisanzione al lavoratore autonomo, titolare d'impresa individuale iscritta nel registro dell'impresa, non risultante tuttavia assicurato all'Inps - gestione artigiani e commercianti - per carenze organizzative della Camera di Commercio o dell'Istituto.

E alla stessa soluzione, ossia di non applicabilità della maxisanzione, giunge il Ministero del lavoro con riferimento al socio di una società di persone o di capitali iscritta nel registro delle imprese, non risultante tuttavia assicurato all'Inps - gestione artigiani e commercianti - per carenze organizzative della Camera di Commercio o dell'Istituto.

Con riferimento ai soci di impresa commerciale e artigiana, il Ministero del lavoro (lettera circolare del 4 luglio 2007, prot. n. 25/I/0008906) riteneva applicabile la maxisanzione qualora questi, partecipando con carattere di abitualità e prevalenza al lavoro aziendale, non risultassero, rispettivamente, iscritti nel libro matricola ai sensi dell'art. 4, n. 7), del D.P.R. n. 1124/1965 (e quindi non risultassero assicurati all'Inail) ovvero (per i soci di impresa artigiana che per quanto tenuti all'obbligo assicurativo Inail non erano tuttavia tenuti all'iscrizione sul libro matricola) non risultassero iscritti alla gestione speciale Inps ai sensi della normativa vigente (legge n. 443/1985; legge n. 133/1997; legge n. 57/2001).

Con l'introduzione del libro

unico del lavoro (*ex art. 39, comma 1, D.L. n. 112/2008 conv. dalla legge n. 133/2008*) anche i soci lavoratori di attività commerciale e di imprese in forma societaria non sono più oggetto di registrazione.

L'unico elemento in grado di distinguere la mera attività imprenditoriale - gestionale (partecipazione agli utili e alle perdite della società; partecipazione alle assemblee societarie) dalla attività prettamente lavorativa svolta dal socio (manuale e non manuale ossia quando sovrintende al lavoro altrui) rimane l'adempimento dell'obbligo assicurativo Inail, adempimento che insorge solo se il socio svolge attività lavorativa.

L'art. 39, comma 8, del D.L. n. 112/2008 conv. dalla legge n. 133/2008 ha sostituito il primo periodo dell'art. 23 del D.P.R. n. 1124/1965 disponendo che «se ai lavori sono addette le persone indicate dall'art. 4, numeri 6 (coniuge, fi-

gli, anche naturali o adottivi, gli altri parenti, anche affini, gli affiliati e gli affidati del datore di lavoro che prestano servizio con o senza retribuzione con opera manuale o non manuale) e 7 (soci delle cooperative e di ogni altro tipo di società, anche di fatto, comunque denominata, costituita od esercitata, che prestino opera manuale o non manuale), il datore di lavoro, anche artigiano, qualora non siano oggetto di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 9-bis, comma 2, del decreto legge n. 510/1996, conv. con modif. nella legge n. 608/1996 e succ. modif., deve denunciarle, in via telematica o a mezzo fax, all'Istituto assicuratore nominativamente, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, indicando altresì il trattamento retributivo ove previsto».

Questa precisazione relativa ai soggetti individuati nel nuovo primo periodo dell'art. 23 del D.P.R. n. 1124/1965, fa sì

che per i soci (quelli per i quali non c'è l'obbligo della comunicazione al centro per l'impiego), altro elemento documentale finalizzato alla verifica della regolarità del rapporto, sarà rappresentato dalla comunicazione preventiva all'Inail, con il «*quantum*» economico concordato.

In mancanza di tale comunicazione preventiva e nel caso in cui la società nella domanda di iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, abbia omesso di fornire indicazioni relative alla prestazione lavorativa svolta dal socio in modo da compromettere l'effetto dell'iscrizione agli enti previdenziali e del pagamento dei contributi e premi agli stessi dovuti (*ex art. 44, comma 8, del D.L. n. 269/2003 conv. dalla legge n. 326/2003*), dovrebbe ritenersi senz'altro applicabile la maxisanzione giacché l'impiego del socio non risulta dalla «documentazione obbligatoria».