

Il potere di diffida

# Misure contro il lavoro sommerso e competenza delle Entrate

Mario Pagano - Responsabile vigilanza ordinaria Direzione provinciale del lavoro di Pordenone (\*)

A quasi tre anni di distanza dall'ultima querelle (1) nata in materia di competenza nell'irrogazione della maxisanzione, Agenzia delle entrate e Ministero del lavoro ritornano nuovamente sull'argomento, questa volta però con toni meno accesi e, quanto meno velatamente, da parte del Dicastero del lavoro, asseccanti. Il tutto nasce dalla nota n. 2011/49819 del 28 aprile 2011, con la quale l'Agenzia delle entrate, attraverso una serie di argomentazioni più o meno condivisibili, che meglio saranno approfondite in seguito, si è ritenuta non competente all'irrogazione della maxisanzione, così come ridisciplinata sul punto dal Collegato lavoro. A tale presa di posizione il Ministero ha fatto seguire una propria sintetica nota, la n. 9117 del 6 giugno 2011, senza entrare nel merito delle valutazioni svolte dalla stessa Agenzia, invitando tutte le Direzioni provinciali del lavoro a uniformarsi all'orientamento sopra prospettato, e ad adottare gli eventuali provvedimenti sanzionatori che scaturiscono dai verbali trasmessi proprio dall'Agenzia.

A parere dello scrivente la conclusione finale alla quale è giunta l'Agenzia delle entrate può essere condivisibile nel breve periodo ma in prospettiva, anche alla luce di quanto prevede il nuovo decreto sviluppo (2), appare quanto mai opportuno un correttivo legislativo che possa consentire ai funzionari dell'Agenzia delle entrate di esercitare, nel campo dei controlli sul sommerso, un potere

non solo di natura accertativa (*rectius* di sola constatazione) ma pienamente sanzionatoria, rendendo pertanto le verifiche più coerenti, organiche ed efficaci, oltre che meno gravose per i destinatari degli stessi.

## Diffidabilità della maxisanzione

Invero la problematica, come traspare dagli stessi ragionamenti tracciati nella nota del 28 aprile 2011, ruota attorno al potere di diffida di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004; il nodo principale nasce dal coordinamento tra gli articoli 4 e 33 del Collegato lavoro.

Il primo profilo di analisi si concentra sull'articolo 33 del Collegato intervenuto a modificare l'articolo 13 del D.Lgs. n. 124/2004, circa la competenza nell'esercizio del potere di diffida, estendendolo non solo agli ispettori e ai funzionari amministrativi degli enti e degli istituti previdenziali ma anche agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 689/1981, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale.

Appare evidente dalla semplice lettura, come il novellato articolo 13 non comprenda i funzionari dell'Agenzia delle entrate.

Nel contempo l'articolo 4 della legge n. 183/2010, incidendo ancora una volta sull'articolo 3 del D.L. n. 12/2002, modifica la competenza in tema di maxisanzione, attribuendo tale potere, prima esclusi-

vamente in capo alla Direzione provinciale del lavoro, agli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza. Apparentemente i due articoli del Collegato in esame potrebbero non essere direttamente

## Note:

(\*) Le considerazioni espresse sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

(1) L'articolo 1, comma 54, della legge 24 dicembre 2007 n. 247, meglio noto come protocollo sul Welfare aveva introdotto un nuovo comma, il 7 bis, all'articolo 36-bis della 248/2006, 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 lavoro, 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 n. 689/81.

(2) In particolare si veda l'articolo 7 del D.L. n. 70/2011 convertito nella legge n. 106/2011.

Approfondimenti

legati tra loro. L'articolo 4 si occupa, infatti, semplicemente di maxisanzione e di competenza all'irrogazione della stessa, mentre l'articolo 33 di procedimento ispettivo, verbalizzazione unica e potere di diffida. A complicare realmente il quadro normativo, originando, a parere dello scrivente, un vuoto nei confronti dell'Agenzia delle entrate, si è posto l'orientamento ministeriale in linea con la piena applicabilità dell'istituto della diffida anche alla maxisanzione, a differenza di quanto avveniva in passato. A ben vedere, infatti, l'applicabilità dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 alla sanzione per lavoro sommerso, così come modificata dall'art. 4 del Collegato lavoro, non discende espressamente dalla volontà del legislatore (3) ma trova il suo fondamento nella predetta interpretazione ministeriale, coerente con le finalità proprie della diffida obbligatoria, di promuovere la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nonché di comporre i contenziosi in essere. Il tutto avvalorato altresì dall'attuale tenore dell'art. 3 del D.L. n. 12/2002, che non esclude più espressamente l'applicazione dell'istituto della diffida alla maxisanzione per lavoro nero.

In realtà, una lettura rigorosa del dettato normativo della nuova maxisanzione e della nuova diffida, avrebbe potuto portare all'esclusione della condotta sanzionata con la maxisanzione dal campo di applicazione dell'istituto di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, in quanto trattasi di comportamenti commissivi (l'impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro) quindi non inquadrabili *strictu iuris* nell'ambito di inosservanze comunque materialmente sanabili, così come prevede il comma 2 del nuovo articolo 13 del D.Lgs. n. 124/2004.

La sanzione di cui all'articolo 3 del D.L. n. 12/2002 sarebbe così irrogabile direttamente ai sensi dell'art. 16 della legge

n. 689/1981, senza la necessità di applicare in via preventiva l'art. 13 del D.Lgs. n. 124 del 2004.

Muovendo da tali ultimi assunti, a questo punto, l'impianto del legislatore del Collegato non avrebbe conosciuto intoppi posto che, escludendo il potere di diffida dall'ambito del sommerso, non vi sarebbe stato problema alcuno a confermare l'irrogabilità della sanzione *de quo* anche da parte dei funzionari dell'Agenzia delle entrate, rispettando così il dettato normativo che li vede indubbiamente compresi tra i nuovi organi competenti.

Naturalmente la competenza dell'Agenzia sarebbe stata circoscritta unicamente all'irrogazione della maxisanzione con obbligo di trasmissione dei relativi verbali alla Direzione provinciale del lavoro per tutte le ulteriori sanzioni collegate all'impiego di manodopera priva di regolare assunzione, in quanto soggette a diffida obbligatoria (4).

La diffidabilità della sanzione sul sommerso appare tuttavia un punto fermo dal quale, ad oggi, non si può proprio prescindere. Non solo e non tanto per un possibile incoraggio normativo dato, come detto, dall'assenza di un espresso divieto in tal senso, ma anche e soprattutto per le possibili conseguenze positive che essa produce sul procedimento sanzionatorio nel suo complesso. È la stessa circolare n. 38/2010 del Dicastero del lavoro a fornire le più forti motivazioni di sostanza all'opportunità di applicare l'istituto della diffida anche alla maxisanzione, rappresentate dalla possibilità di promuovere la regolarizzazione dei rapporti di lavoro da una parte e l'effetto correlato di comporre e ridurre i contenziosi in essere dall'altra. Due aspetti di non poco conto, positivamente sperimentati già dall'agosto 2006, come conseguenza dell'introduzione dell'istituto della sospensione dell'attività imprenditoriale, oggi previsto dall'art. 14 del T.U. n. 81/2008.

## Riflessi sulla competenza dell'Agenzia delle entrate

A questo punto però, assodata la piena applicabilità dell'art. 13 alla sanzione sul sommerso, viene da chiedersi quali effetti ciò possa originare nei confronti dei funzionari dell'Agenzia delle entrate che, come visto, non dispongono per legge di questo potere.

Considerata inattuabile un'estensione da ottenersi unicamente sul piano della prassi, l'unica strada normativamente percorribile per i funzionari dell'Agenzia sarebbe dunque quella di una mera applicazione della sanzione di cui all'art. 3 del D.L. n. 12/2002 seguendo unicamente i meccanismi della legge n. 689/1981.

Una tale soluzione, se pur in linea con il dettato normativo, finirebbe in tutta evidenza per dare origine ad una effettiva disparità di trattamento, tra coloro che fossero oggetto di accertamento da parte dei funzionari dell'Agenzia delle entrate rispetto a quelli "visitati" dagli altri funzionari e/o da ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, i quali potrebbero beneficiare della minor sanzione prevista applicando l'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 (5), eventualità quest'ultima del tutto inaccettabile e verosimilmente poco orientata in senso costituzionale.

### Note:

(3) L'articolo 4 infatti non menziona l'istituto della diffida prevedendone espressamente l'applicazione ovvero la non applicazione come il testo previgente.

(4) Si pensi alle omesse registrazioni sul Libro unico del lavoro, ovvero all'omessa consegna della lettera di assunzione.

(5) Così la nota dell'Agenzia delle entrate sul punto «Affidare all'Agenzia la contestazione della maxisanzione in difetto di poteri ispettivi del lavoro (e quindi di quello di diffida) realizzerebbe, peraltro, una disparità di trattamento tra i destinatari del controllo sulla base dell'ente che opera lo stesso, in quanto con riferimento alle violazioni contestate dall'Agenzia non sarebbe possibile avvalersi della prevista definizione agevolata anche operando la regolarizzazione delle medesime violazioni».

La soluzione scelta così dall'Agazia delle entrate con la nota oggi in commento appare, come già sopra anticipato, quanto mai opportuna a far fronte, nell'immediato, alla questione appena esposta.

Tuttavia, a parere dello scrivente, tutto ciò non può essere considerato un punto di arrivo e di definitiva soluzione ma piuttosto una tappa di un percorso più ampio, che dovrà necessariamente portare ad una nuova revisione dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004.

In un momento storico del mondo del lavoro, sempre più affetto dalla piaga del sommerso, l'intero sistema di contrasto, non può certo permettersi il lusso di perdere una risorsa importante come quella rappresentata dall'Agazia delle entrate, contribuendo così, almeno parzialmente a depotenziare la scelta del legislatore del Collegato che, ampliando il novero dei soggetti competenti ad irrogare la sanzione per il lavoro nero, ha nel contempo cercato di aumentare le forze deputate a debellare tale fenomeno.

Non si può negare come la semplice segnalazione o constatazione se pur tempestiva, effettuata alla Direzione provinciale del lavoro da parte dell'Agazia non raggiunga quel grado di efficacia nella lotta al sommerso di un accertamento completo ed organico che parte dall'accesso ispettivo sino alla redazione del verbale unico contenente le relative sanzioni. Peraltro, come ammesso dalla stessa Agazia, il meccanismo della segnalazione implica l'attivazione da parte della Direzione provinciale del lavoro di ulteriore attività tesa alla verifica delle irregolarità, con il corollario di un'inevitabile duplicazione di accessi ispettivi (6).

## Le argomentazioni dell'Agazia

A quanto sopra esposto si aggiunga che le motivazioni, adottate dall'Agazia nella nota in analisi a supporto della propria tesi, non appaiono peral-

tro pienamente convincenti e di forte tenuta.

Innanzitutto le circostanze che presupposto per l'irrogazione della maxisanzione sia la mancata preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato e che detta comunicazione non sia presentata all'Agazia non dimostrano certo che le disposizioni del novellato articolo 3 del D.L. n. 12/2002 si rivolgono esclusivamente a coloro che svolgono funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro.

Peraltro dubbi sorgono in merito alla impossibilità di avere conoscenza diretta di detta comunicazione da parte dell'Agazia se non dal datore di lavoro in sede di accesso, soprattutto in considerazione che la comunicazione di instaurazione in via telematica è effettuata direttamente al Centro per l'Impiego e non alla Direzione provinciale del lavoro.

Allo stesso modo forti perplessità suscitano le questioni circa le difficoltà di esaminare la documentazione di carattere contributivo, collegate alle procedure informatiche dedicate non nella disponibilità dell'Agazia (7).

Tutto questo ancor più in una prospettiva di condivisione delle banche dati, come sancito dal Protocollo d'intesa fra il Ministero del lavoro, Inps, Inail ed Agazia delle entrate del 4 agosto 2010.

Decisamente più convincente appare al contrario l'osservazione formulata dall'Agazia secondo la quale le modifiche all'articolo 3 del D.L. n. 12/2002 sono indirizzate agli organi di vigilanza, intendendosi il personale ispettivo con diretta capacità sanzionatoria, figura coincidente con gli ispettori del lavoro e con gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, profili non presenti nell'Agazia, nella quale competente all'irrogazione della sanzione è la struttura e non il funzionario che ha effettuato il controllo. È pur vero però che il singolo funzionario dell'Agazia non

possa non ritenersi organo delle stessa. Conseguentemente il nuovo comma 5 dell'art. 3 del D.L. n. 12/2002 potrebbe avere di fatto attribuito a tale funzionario uno specifico potere sanzionatorio in tema di sommerso nel momento in cui precisa che all'irrogazione della maxisanzione provvedono gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza, comprendendo per l'effetto anche i funzionari dell'Agazia che effettuano accertamenti proprio in ambito fiscale, così come accade per i militari della Guardia di Finanza. Un tanto peraltro proprio in netta controtendenza rispetto a quanto stabilito dal legislatore del 2002 che, invece, aveva riservato agli organi preposti ai controlli in materia fiscale, contributiva e del lavoro un mero potere di constatazione delle violazioni in tema di sommerso, riservando poi l'irrogazione della sanzione all'Agazia delle entrate e dal 12 agosto 2006 alla Direzione provinciale del lavoro.

### Note:

(6) Sul punto L. Caiazza, R. Caiazza *Maxi-sanzione: l'irrogazione spetta solo agli organi ispettivi*, in *Guida al Lavoro* n. 25 del 17 giugno 2011 pag. 45 e ss.; P. Rauseri, *La nuova maxisanzione contro il lavoro sommerso*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 47, inserto.

(7) Giova ricordare che i funzionari del Ministero del lavoro, che effettuano accertamenti sul sommerso dall'agosto del 2006, si avvalgono della banca dati telematica delle comunicazioni di assunzione unicamente dal gennaio del 2008, overosia da quando il sistema è passato dalla forma cartacea a quella telematica. In passato pertanto anche gli ispettori del lavoro verificavano la regolarità del personale impiego all'interno di un'azienda attraverso l'esibizione di documenti da parte dello stesso datore di lavoro (Comunicazione di assunzione, prospetti di paga, libro matricola, registro presenze, ecc. ...). Gli stessi Istituti nonché i militari della Guardia di finanza non dispongono allo stato di accesso alla banca dati delle Comunicazioni obbligatorie. Tuttavia il legislatore ha individuato anche tali soggetti come competenti all'irrogazione della sanzione sul sommerso.