



Alcune riflessioni sulla nuova “maxi-sanzione” dopo la circolare del Ministero del Lavoro n.38

a cura di Alessandro Millo – Funzionario della Direzione Provinciale del Lavoro di Modena*

Con la circolare n.38/10, il Ministero del lavoro ha diramato le prime istruzioni operative sull'applicazione della nuova “maxi-sanzione per lavoro nero”, introdotta dall'art.4 della L. n.183/10, che riscrive l'art.3, co.3, del D.L. n.12/02, convertito in L. n.73/02.

Com'è noto, la nuova maxi-sanzione colpisce l'impiego di lavoratori subordinati senza la preventiva comunicazione al Centro per l'impiego, né altri adempimenti contributivi idonei a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro, ad eccezione dei lavoratori domestici e pubblici, prevedendo una sanzione attenuata qualora al periodo iniziale di lavoro nero sia seguita una regolare assunzione.

Le tempestive indicazioni ministeriali affrontano molte delle problematiche scaturite dalle nuove disposizioni, tuttavia, permangono alcuni dubbi e criticità, che meritano un'ulteriore riflessione.

Il requisito della subordinazione

La scelta di circoscrivere la portata della nuova sanzione ai soli “*lavoratori subordinati*” rappresenta indubbiamente uno degli aspetti di maggiore novità rispetto alla precedente formulazione della norma, che invece puniva l'impiego di qualsiasi lavoratore non risultante dalla documentazione obbligatoria. Di conseguenza, come evidenzia anche la circolare ministeriale, essa non potrà più essere adottata in riferimento a rapporti di lavoro genuinamente autonomi o parasubordinati, quali le collaborazioni coordinate e continuative o l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro o le collaborazioni familiari o la partecipazione al lavoro dei soci.

Nota bene

Sennonché, per il Ministero, il requisito della subordinazione è “*dato per accertato*” ogniqualvolta una prestazione venga resa senza effettuare gli adempimenti prescritti per la formalizzazione di una differente qualificazione di essa.

Se tale presunzione vuole evitare che i lavoratori sorpresi “in nero” possano essere troppo facilmente spacciati per collaboratori autonomi, al fine di evitare la maxi-sanzione, essa pare condivisibile, **anche se destinata a scontrarsi con il rigoroso onere della prova che grava sull'ufficio, nel successivo giudizio di opposizione ex art.23 della L. n.689/81** (un effetto deflattivo del contenzioso giudiziario, peraltro, potrebbe derivare dal sostanzioso “sconto” offerto dai meccanismi premiali della diffida e del pagamento in misura ridotta).

Se, invece, con tale espressione si volesse fare un'applicazione indiscriminata della maxi-sanzione anche a prestazioni chiaramente non subordinate, solo perché rese “in nero”, anziché contestare semplicemente l'omissione degli adempimenti prescritti per tali

* Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione pubblica di appartenenza.

tipologie di attività lavorativa, ne risulterebbe un'interpretazione francamente temeraria, che finirebbe per negare la stessa portata innovativa della riforma e sconfinare in un'analogia vietata dal principio di legalità.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, le istruzioni ministeriali vanno correttamente intese nel senso che la possibilità di applicare la maxi-sanzione alle prestazioni rese da familiari, soci o lavoratori autonomi, cui pure si accenna nella circolare, presuppone comunque la dimostrazione da parte degli ispettori, che nonostante le apparenze, il rapporto di lavoro si è concretamente sviluppato con le caratteristiche del lavoro subordinato: soggezione al potere direttivo e di controllo, obbligazione di mezzi, orario di lavoro, retribuzione a tempo, ecc...

In conclusione, a fronte di una nuova maxi-sanzione più mirata ai rapporti di lavoro subordinato, ma anche più esposta al contenzioso giudiziario sull'annosa questione della qualificazione dei rapporti di lavoro, le indicazioni ministeriali prefigurano il seguente scenario. Gli ispettori tenderanno a contestare la maxi-sanzione per ogni prestazione lavorativa irregolare, "*dato per accertato*" o meglio presumendo il requisito della subordinazione, considerato anche che una diversa qualificazione del rapporto di lavoro deve essere sorretta da una diversa causa lecita (art.1322 e 1325 c.c.) e che il lavoratore non può semplicemente rinunciare alle tutele inderogabili di legge (art.2113 c.c.), né ad una retribuzione sufficiente secondo la contrattazione collettiva (art.36 Cost.), anche qualora si tratti di prestazioni minime ed episodiche (Cass. 2915/1989).

Sarà allora il presunto datore di lavoro a dover eccepire una diversa e motivata qualificazione del rapporto di lavoro, indicando anche la diversa causa lecita che giustifica la prestazione, dallo scambio con il maggior corrispettivo previsto dalle tariffe normalmente praticate dai lavoratori autonomi ex art.2222, alla realizzazione dello scopo comune, che spinge il socio ad adoperarsi per il buon andamento della società ex art.2247, al vincolo affettivo e di reciproca assistenza che fa presumere la gratuità delle prestazioni tra familiari (*ex multis* Cass. 5550/1985).

Nota bene

Sarà comunque il personale ispettivo a dover raccogliere le prove necessarie per accogliere o confutare la tesi difensiva del presunto trasgressore, dal momento che sia la presunzione di subordinazione ed onerosità delle prestazioni lavorative, sia la presunzione di gratuità delle prestazioni fra familiari e soci rientrano nel novero delle presunzioni semplici, che ammettono la prova contraria (*ex multis*, Cass. 1833/08) e che qualora le prove risultino insufficienti, il giudice deve annullare il provvedimento sanzionatorio (art.23, co.12, L. n.689/81).

Maxi-sanzione, sospensione e regolarizzazione delle violazioni

Un'altra questione problematica riguarda i rapporti fra la nuova maxi-sanzione ed il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, soprattutto sotto il profilo delle modalità di regolarizzazione delle violazioni accertate.

La nuova formulazione della norma, infatti, rompe il parallelismo tra le due principali misure di contrasto al lavoro sommerso: la nuova maxi-sanzione e la sospensione dell'attività imprenditoriale, che continua a colpire l'impiego di lavoratori non risultanti dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% dei presenti, a prescindere dalla qualificazione autonoma o subordinata della prestazione, data la funzione anche cautelare del provvedimento, volto a ripristinare il regolare esercizio dell'attività d'impresa nell'accezione più ampia e comprensiva di tutte le tipologie di prestazione lavorativa utilizzate nell'azienda. Pertanto, d'ora in avanti, non stupirà l'eventuale adozione di un provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa non seguito dalla maxi-sanzione.

Piuttosto si porrà il problema di come regolarizzare i rapporti di lavoro per ottenere, ad un tempo, la revoca del provvedimento di sospensione e l'ammissione al pagamento in misura minima della maxi-sanzione. La circolare n.33/09, infatti, consente di ottenere la revoca del provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa regolarizzando i rapporti di lavoro contestati dal personale ispettivo con qualsiasi tipologia contrattuale, purché non richieda *ab origine* la forma scritta a pena di nullità, ripristinando anche solo una parvenza di legalità, che magari potrà essere oggetto di successivi accertamenti e contestazioni da parte del personale ispettivo, ma nel frattempo consente di riprendere l'attività lavorativa.

È comprensibile, allora, la tentazione di provare a sottrarsi alla nuova maxi-sanzione sostenendo la natura non subordinata delle prestazioni e provvedendo a regolarizzarle di conseguenza, anziché come prescritto dal personale ispettivo. Così facendo, però, **se da un lato si potrà verosimilmente ottenere la revoca del provvedimento di sospensione, dall'altro, si deve essere consapevoli che contravvenendo alla diffida impartita dal personale ispettivo** (che fino a prova contraria presume la subordinazione) **si perde la possibilità di estinguere le violazioni mediante il pagamento della sanzione minima di 1500,00 euro per ogni lavoratore e 37,50 per ogni giorno di lavoro.**

Il Ministero, inoltre, pur richiamando la citata circolare n.33/09, che ai fini della revoca del provvedimento di sospensione ammette la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro con qualsiasi tipologia contrattuale che non richieda la forma scritta a pena di nullità, ai fini della diffida si spinge ad affermare che *“di norma”* la regolarizzazione risulterà possibile *“esclusivamente con contratti di natura subordinata a tempo pieno ed indeterminato o con...orario non inferiore a venti ore settimanali”*.

Non solo. Per ammettere il trasgressore al pagamento della sanzione minima, le disposizioni ministeriali impongono al personale ispettivo di verificare, oltre all'avvenuta comunicazione al Centro per l'impiego dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato, anche l'effettivo versamento dei contributi obbligatori, per i quali siano scaduti i termini di pagamento, anche nel lasso di tempo assegnato per adempiere alla diffida.



Si prefigura quindi il seguente scenario: alla contemporanea sospensione dell'attività d'impresa e contestazione della maxi-sanzione da parte del personale ispettivo, il presunto trasgressore, volendo riaprire al più presto, dovrà decidere rapidamente se accettare l'esito dell'accertamento e regolarizzare i dipendenti a tempo pieno ed indeterminato o comunque con orario non inferiore a venti ore settimanali, versando anche i relativi contributi, per fruire dei benefici della diffida o se invece intende sostenere una diversa qualificazione delle prestazioni, regolarizzandole di conseguenza per ottenere la revoca del provvedimento di sospensione e preparandosi ad adire le vie giudiziarie.

Il personale ispettivo, infatti, difficilmente potrà accogliere la diversa qualificazione del rapporto di lavoro proposta dall'imprenditore se non sorretta da una causa idonea a vincere la presunzione di subordinazione, come la sussistenza di vincoli di parentela o di società, o da un'organizzazione del lavoro oggettivamente incompatibile con la "norma" (come forse potrebbe ritenersi nel settore dell'agricoltura, dove è normale assumere a giornata o nei pubblici esercizi, dove è normale assumere nei fine settimana e la contrattazione collettiva prevede un orario minimo di 15 ore settimanali ed addirittura di sole 8 ore settimanali per gli studenti).

In tale frangente, potrebbero nascere discussioni accese e dai toni anche aspri, fra l'imprenditore, che sostiene di poter regolarizzare il rapporto di lavoro con qualsiasi

tipologia contrattuale ai fini della revoca del provvedimento di sospensione e gli ispettori verbalizzanti, che possono accettare solamente la regolarizzazione con rapporto di lavoro subordinato, a tempo pieno ed indeterminato o comunque con un orario non inferiore a venti ore settimanali, per considerare adempiuta la diffida e ridurre al minimo la maxi-sanzione. Hanno ragione entrambi.

Gli adempimenti esimenti

Com'è noto, la nuova formulazione della norma prevede una specifica scriminante, in virtù della quale la "maxi-sanzione" non è applicabile, *"qualora dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione"*.

Al riguardo, le ultime indicazioni ministeriali precisano che, in mancanza della comunicazione antecedente ai servizi per l'impiego, sono idonei ad esimere il datore di lavoro dall'irrogazione della "maxi-sanzione" solo i documenti comprovanti il regolare assolvimento degli obblighi contributivi (DM/10, EMens, UniEMens), purché anteriori a qualsiasi intervento ispettivo e quindi anche all'eventuale convocazione per il tentativo di conciliazione monocratica.

Condivisibilmente, il Ministero ritiene idonea ad evitare la maxi-sanzione anche una comunicazione tardiva ai servizi per l'impiego, purché fedele ed antecedente all'intervento ispettivo, trattandosi di un adempimento spontaneo, avente data certa ed efficace anche a fini previdenziali (art.4-bis, co.6, D.Lgs. n.181/00), ponendo però la condizione che la regolarizzazione avvenga entro la scadenza del primo adempimento contributivo o comunque nei dodici mesi successivi e sia seguita entro i successivi trenta giorni dal versamento dei contributi, con le maggiorazioni dovute per il ritardo, a norma dell'art.116, 8° comma, lett. b), della L. n.388/00.

Al riguardo si evidenzia che tale termine, dedotto dall'interpretazione sistematica delle norme in tema di "lavoro sommerso" e di "evasione contributiva", costituisce un limite alla regolarizzazione solo qualora, in quel lasso di tempo, non sia effettuata né la comunicazione ai servizi per l'impiego, né alcun altro adempimento contributivo, idoneo a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro. L'adempimento degli obblighi contributivi, infatti, evitando comunque la maxi-sanzione, consente di regolarizzare la comunicazione di assunzione anche oltre i dodici mesi, subendo soltanto la minore sanzione prevista dall'art.19 del D.Lgs. n.276/03.

Naturalmente, rammenta la circolare, qualora per occultare il ritardo si scelga di effettuare una comunicazione infedele, omettendo di dichiarare le giornate di lavoro già svolte in precedenza, tale periodo iniziale di "lavoro nero" sarà soggetto alla *maxi-sanzione*, sia pure nella misura attenuata prevista dalla nuova formulazione della norma.

La scriminante opera anche qualora siano stati effettuati gli adempimenti contributivi previsti per una tipologia contrattuale diversa dal lavoro subordinato, come nel caso di disconoscimento di una collaborazione coordinata e continuativa non genuina.

Nota bene

Rimane tuttavia irrisolta la problematica, non rara, del disconoscimento di prestazioni autonome occasionali, svoltesi alla luce del sole, versando puntualmente le relative ritenute fiscali, ma ritenute non genuine dal personale ispettivo e ricondotte a rapporti di lavoro subordinato. La ritenuta natura subordinata del rapporto di lavoro potrebbe autorizzare l'irrogazione della maxi-sanzione ed il versamento delle ritenute fiscali non può certamente definirsi un adempimento contributivo, anche se ugualmente dimostra la volontà di non occultare il rapporto di lavoro e l'ammontare delle somme corrisposte.

Al riguardo, la circolare ministeriale si limita ad affermare che **l'adempimento degli obblighi fiscali impedisce di "dare per accertato" il carattere subordinato della prestazione, che pertanto dovrà essere rigorosamente dimostrato dal personale ispettivo, ma nel paragrafo successivo non accenna ad alcuna efficacia scriminante degli adempimenti fiscali ed anzi ribadisce che l'effetto scriminante, "può essere riconosciuto soltanto ai documenti previdenziali di tipo contributivo"**.

Pertanto in caso di disconoscimento di una prestazione autonoma occasionale, si profila il rischio di incorrere nella "maxi-sanzione", perlomeno fino al superamento della soglia di reddito di 5000,00 euro annui, oltre la quale scatta l'obbligo contributivo alla gestione separata Inps, a norma dell'art.44 del D.L. n.269/03, convertito in L. n.326/03.

Violazioni pregresse

Correttamente, la circolare ministeriale ricorda che la nuova maxi-sanzione non è applicabile alle violazioni commesse prima del 24 novembre 2010, alle quali continuerà ad applicarsi la vecchia disciplina, in ossequio al principio di stretta legalità vigente in materia di illeciti amministrativi (art.1, L. n.689/81), per il quale le norme sanzionatorie non possono essere applicate a fatti commessi in epoca anteriore alla loro entrata in vigore, neppure se più favorevoli al trasgressore (*ex multis* Cass. n.12596/10; Cost. n.140/02). Il Ministero ricava comunque alcuni possibili spazi di operatività, sia pure "riflessa", delle nuove disposizioni anche sul periodo pregresso.

1. Innanzitutto ritenendo che si tratti di un illecito permanente, si ricava la possibilità di applicare la nuova disciplina ai comportamenti che siano iniziati prima e proseguiti dopo l'entrata in vigore della norma, poiché solo al termine della condotta vietata avviene la consumazione dell'illecito.



Al riguardo, però, la circolare non chiarisce espressamente se la nuova disciplina possa applicarsi anche alle fattispecie, proseguite "a cavallo" dell'entrata in vigore della norma, che oggi non più soggette alla maxi-sanzione, come i rapporti di lavoro domestico, di pubblico impiego o di collaborazione non subordinata. In altri termini, **può definirsi illecito permanente ciò che oggi non è più illecito?**

Ad avviso di chi scrive sì, anche perché l'impiego irregolare di queste tipologie di lavoro rimane comunque illecito e soggetto alle sanzioni "minori" previste per i diversi adempimenti omessi nei confronti dei servizi per l'impiego, dell'Inps, dell'Inail e degli stessi lavoratori. Sul punto, in ogni caso, sarebbe quantomai auspicabile un'ulteriore precisazione da parte del Ministero.

2. In secondo luogo, facendo leva sul carattere procedimentale di tali disposizioni, la circolare dispone di adottare d'ora in poi la nuova procedura di diffida ed ammissione al pagamento della maxi-sanzione in misura minima (€ 500,00 + 37,50 al giorno) o in misura ridotta per le violazioni non sanate o non sanabili (€ 3000,00 + 50,00 al giorno), con le nuove modalità di calcolo, anche se la violazione contestata sia stata commessa in epoca anteriore al 24 novembre 2010, in virtù del principio "*tempus regit actum*".

3. In terzo luogo, la circolare invita gli uffici ad applicare "*le nuove modalità di calcolo*" anche ai verbali precedenti, che hanno già formato oggetto di rapporto al direttore, in sede di determinazione della sanzione da irrogare con la conseguente ordinanza-ingiunzione. Ebbene, al riguardo occorre essere molto chiari. Ad avviso di chi scrive, la sanzione irrogata con l'ordinanza-ingiunzione non potrà comunque scendere al di sotto

del minimo di legge, vale a dire 1500,00 euro, più 150,00 al giorno. Difatti, la possibilità di ridurre la sanzione fissa ad un terzo, in applicazione dell'art.16 della L. n.689/81, incontra il limite temporale di sessanta giorni previsto dalla stessa norma. Pertanto dovrebbe essere riconosciuta solamente sui verbali notificati da meno di sessanta giorni (che quindi non dovrebbero ancora essere stati oggetto di rapporto) oppure a coloro che in passato, nonostante le contrarie indicazioni, abbiano comunque ritenuto di pagare la somma ridotta ad un terzo nel termine di legge, riservandosi di fare opposizione contro l'ordinanza-ingiunzione emessa per il residuo.



Non di poco conto, infine, è l'orientamento espresso dalla circolare ministeriale laddove dispone di adottare d'ora in poi le nuove modalità di calcolo delle sanzioni civili, considerata la loro natura risarcitoria, anche alle violazioni pregresse, evitando la vecchia sanzione "minima" di 3000,00 euro per ciascun ente previdenziale coinvolto.

Maxi-sanzione ed altre sanzioni "minori"

Nel rilevare che la nuova formulazione della norma definisce in maniera più tassativa la condotta vietata, sanzionando l'impiego di lavoratori subordinati senza la preventiva comunicazione al Centro per l'impiego, in assenza di altri adempimenti contributivi idonei a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro, il Ministero ritiene assorbita la sanzione "minore" prevista dal tuttora vigente art.19 del D.Lgs. n.276/03, proprio per non aver comunicato al Centro per l'impiego l'instaurazione del rapporto di lavoro, in ossequio al principio del "*ne bis in idem*", in virtù del quale non è lecito punire due volte per lo stesso fatto.

La sanzione minore continuerà quindi ad essere irrogata nei soli casi in cui non trova applicazione la nuova "maxi-sanzione": ad esempio quando si tratta di lavoratori domestici o non subordinati o in presenza di altri adempimenti contributivi idonei a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro.

Restano ferme invece, come vuole l'*incipit* della norma, le altre sanzioni già previste dalla normativa vigente per l'omissione degli ulteriori adempimenti obbligatori conseguenti all'assunzione (consegna del contratto o del prospetto di paga, registrazione sul libro unico del lavoro, comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro), alle quali va ad aggiungersi "*altres*" la nuova maxi-sanzione, come recita il dettato normativo, al quale doverosamente si allinea la circolare ministeriale.

Il problema che si pone, allora, è se e quando possa applicarsi il cumulo giuridico delle sanzioni previsto dall'art.8 della L. n.689/81, che prevede l'irrogazione della sola sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, in caso di concorso formale (più violazioni commesse con una sola azione od omissione) o continuazione (più violazioni commesse in esecuzione di un unico disegno), quest'ultima peraltro prevista solo in materia previdenziale.

Nel silenzio della circolare, sembra **trovare conferma la prassi ministeriale di non ravvisarne i presupposti sostanzialmente mai, ritenendo che tali violazioni, commesse in tempi diversi, non possano essere riconducibili ad un'unica azione od omissione** (ai fini del concorso formale), **né alla materia previdenziale** (ai fini della continuazione), **eccezion fatta soltanto per l'omessa registrazione sul libro unico del lavoro, erede dei libri di matricola e paga, per la quale soltanto si ammette il carattere previdenziale e la continuazione** (come si legge sul "Vademecum" pubblicato sul sito internet del Ministero del lavoro, risposta c7).

In tema di "lavoro nero", in ogni caso, il problema del cumulo giuridico è superato dal fatto che la maxi-sanzione, aumentata fino al triplo, risulterebbe comunque ben più gravosa

del cumulo materiale delle diverse sanzioni “minori” (assume invece una ben maggiore rilevanza in caso di contestazioni relative a rapporti di lavoro regolari e protratti per un lungo arco di tempo).

In conclusione, le nuove disposizioni normative richiedono sicuramente un periodo di “rodaggio”, che sarebbe auspicabile fosse guidato da ulteriori chiarimenti ministeriali, per superare alcuni residui dubbi e profili di criticità e per favorire l’affermarsi di nuove prassi amministrative corrette ed omogenee su tutto il territorio nazionale.