

IL MINISTERO FORNISCE LE PRIME INDICAZIONI SULLE NUOVE MISURE DI CONTRASTO AL "LAVORO NERO" (Circolare n. 38/2010)

di Alessandro Millo, Funzionario della Direzione Provinciale del Lavoro di Modena*

LA CIRCOLARE N. 38/2010

Con la circolare n. 38, diramata il 12/11/2010, il Ministero affronta diverse questioni sollevate all'indomani della pubblicazione della legge n. 183/2010 (c.d. "Collegato Lavoro"), in tema di misure di contrasto al lavoro sommerso, risponde a molti dubbi e forse ne solleva altri, che ancora non possono dirsi del tutto risolti.

In particolare la circolare si sofferma sull'art. 4 della nuova legge, che com'è noto, torna a modificare l'art. 3, 3° comma del D.L. n. 12/2002, convertito in Legge n. 73/2002, che disciplina la cosiddetta "maxi-sanzione per lavoro nero", prevedendo che, dal 24 novembre 2010, "ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, in caso di impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, si applica altresì 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 della sanzione è da euro 1.000 a euro 8.000 per ciascun lavoratore, maggiorato di euro 30 per ciascuna giornata di lavoro irregolare, nel caso in cui il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo successivo".

"L'importo delle sanzioni civili connesse all'evasione dei contributi e premi, riferiti a ciascun lavoratore di cui ai periodi precedenti, è aumentato del 50%".

"Le sanzioni di cui al terzo comma non trovano applicazione qualora dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione".

"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. Autorità competente a ricevere il rapporto ai sensi dell'articolo 17 della Legge n. 689/1981, è la Direzione provinciale del lavoro".

La nuova disposizione differisce dalla precedente formulazione sotto diversi aspetti, che vengono singolarmente esaminati dalla circolare, con un'analisi puntuale e dettagliata, soffermandosi anche sulle questioni di successione temporale fra la nuova e la vecchia disciplina. Ripercorriamo quindi con ordine i passaggi della circolare.

LA CONDOTTA SANZIONATA

In primo luogo, la circolare sottolinea che la condotta è definita ora in maniera più tassativa: non si parla più di lavoratori genericamente "non risultanti dalle scritture obbligatorie", ma di lavoratori impiegati "senza la preventiva comunicazione" di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'impiego.

Di conseguenza essa "assorbe" la previgente sanzione per l'omessa comunicazione al Centro per l'impiego, prevista dall'art. 19 del D.Lgs.

* Il presente intervento è frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegna l'Amministrazione di appartenenza.

n. 276/2003, che tuttavia non è abrogata e continuerà a trovare applicazione in tutti i casi in cui non è applicabile la nuova maxi-sanzione, ad esempio quando ricorrano le esimenti previste dalla norma o quando si tratta di datori di lavoro pubblici o domestici o di rapporti di lavoro non subordinati, per i quali sia comunque prescritta la comunicazione al Centro per l'impiego, quali le collaborazioni coordinate e continuative, i contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro ed i tirocini finalizzati all'inserimento lavorativo.

In aggiunta alla maxi-sanzione, continuano invece ad applicarsi "altresi" le altre sanzioni conseguenti all'omissione degli ulteriori adempimenti previsti per la regolare assunzione e gestione del personale dipendente (consegna del contratto o della comunicazione di assunzione, prospetto di paga, registrazione sul libro unico del lavoro, comunicazione delle variazioni o della cessazione del rapporto di lavoro, ecc...), come ribadisce la circolare ministeriale, in ossequio al chiaro tenore letterale della norma (*"ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore...si applica altresì..."*).

Coerentemente, il Ministero ritiene applicabile la maxi-sanzione anche in aggiunta alle sanzioni penali previste nel caso di impiego irregolare di stranieri privi del permesso di soggiorno o di minori privi dei requisiti per l'ammissione al lavoro (pag. 6). Tali ipotesi, anzi, ad avviso di chi scrive dovrebbero essere considerate aggravate, ai fini della determinazione dell'importo della sanzione, tra il minimo ed il massimo di legge.

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NORMA

La circolare evidenzia che la nuova disposizione sanzionatoria, oltre che più tassativa nell'individuazione della condotta vietata, risulta anche più "mirata", in quanto colpisce solo e soltanto l'impiego irregolare di lavoratori subordinati. La maxi-sanzione non sarà quindi più applicabile, come osserva il Ministero, ad altre tipologie di prestazione lavorativa, quali le collaborazioni familiari, le prestazioni rese dai soci, le collaborazioni coordinate e continuative e l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro.

Secondo il Ministero, però, il requisito della subordinazione sarebbe "dato per accertato", qualora il rapporto di lavoro si sia svolto in assenza dei prescritti adempimenti. Se tale affermazione vuole scongiurare che la prestazione "in nero", scoperta dal personale ispettivo, possa essere troppo facilmente spacciata per autonoma o parasubordinata, al solo fine di evitare la maxi-sanzione, essa appare condivisibile, ma potrebbe scontrarsi, nel caso di un successivo contenzioso giudiziario, con il rigoroso onere della prova, che grava sull'ufficio a norma dell'art. 23 della legge n. 689/1981, di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, compresa la sussistenza del vincolo di subordinazione (anche se il sostanzioso "sconto" previsto in caso di regolarizzazione a seguito di diffida potrebbe rappresentare un incentivo a non fare opposizione).

Se invece le indicazioni ministeriali preludono ad un'applicazione della maxi-sanzione anche a prestazioni di cui sia evidente e comprovata la natura non subordinata, ad esempio quando si tratta di familiari o soci o di genuine prestazioni autonome occasionali, solo perché esse avvengono "in nero", senza aver effettuato gli adempimenti prescritte per tali prestazioni, allora esse apparirebbero francamente temerarie, poiché verrebbe negata la portata innovativa della nuova disposizione (non importa se condivisibile o criticabile), verrebbe irrogata una sanzione al di fuori del suo legittimo ambito di applicazione, in spregio al principio di legalità e verrebbe "dato per accertato" qualcosa che invece risulterebbe smentito dai fatti e dalle prove prodotte dal datore di lavoro a sua difesa ed acquisite dagli stessi ispettori.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, l'applicazione della maxi-sanzione in simili ipotesi, cui si accenna nella circolare (a fine pagina 3), deve intendersi limitata all'eventualità che gli ispettori dimostrino, senza automatismi, che nonostante le apparenze il rapporto di lavoro si è concretamente sviluppato con tutte le caratteristiche del lavoro subordinato (soggezione al potere direttivo e di controllo, obbligazione di mezzi, orario di lavoro, retribuzione a tempo, ecc...) ed in questo senso vanno correttamente intese anche le istruzioni ministeriali (in questo quadro, potrebbe ritenersi un mero refuso il riferimento alla partita

I.V.A. ed all'iscrizione alla Camera di commercio per i lavoratori autonomi occasionali).

Sono esclusi dall'ambito di applicazione della nuova sanzione, inoltre, i rapporti di lavoro domestico, purché impiegati esclusivamente per le esigenze familiari del datore di lavoro e neppure parzialmente nell'ambito della sua attività professionale (come rammenta la circolare ministeriale), nonché i rapporti di pubblico impiego, compresi presumibilmente quelli alle dipendenze degli enti pubblici economici, poiché la norma non li equipara ai datori di lavoro privati, come invece avviene ad altri fini.

Naturalmente, osserva il Ministero, i datori di lavoro per i quali vigono termini speciali per effettuare le comunicazioni obbligatorie, saranno passibili della maxi-sanzione sono alla scadenza di questi: si tratta delle Agenzie per il lavoro, che possono effettuare gli adempimenti entro il venti del mese successivo per i loro lavoratori somministrati (come anche le pubbliche amministrazioni, dal 24/11/2010, comunque non passibili della maxi-sanzione), nonché delle istituzioni scolastiche private, che possono effettuare gli adempimenti entro 10 giorni (mentre per le istituzioni scolastiche pubbliche, dal 24/11/2010, deve ritenersi vigente il più lungo termine previsto per tutte le pubbliche amministrazioni).

MAXI-SANZIONE E SOSPENSIONE DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

Nulla cambia invece riguardo ai presupposti per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività d'impresa, che continuerà ad essere adottato qualora il personale ispettivo riscontri l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie in misura pari o superiore al 20% del personale occupato (con adeguata motivazione, come richiede la nota ministeriale prot. n. 18802 del 08/11/2010) indipendentemente dalla natura autonoma o subordinata del rapporto, purché non siano stati effettuati gli adempimenti prescritti per la tipologia contrattuale riscontrata, considerata anche la sua funzione cautelare e di ripristino della legalità.

Per effetto del più ristretto ambito di applicazione della maxi-sanzione, quindi, viene meno il parallelismo fra i presupposti dei due provvedimenti ispettivi di maggiore contrasto al lavoro nero, di modo che alla sospensione non conseguirà più necessariamente anche l'irrogazione della maxi-sanzione (anche se, come si diceva, il Ministero presume, anzi "dà per accertato", il carattere subordinato delle prestazioni rese "in nero").

ADEMPIMENTI ESIMENTI

Il Ministero si sofferma con grande attenzione sulla corretta individuazione di quegli "adempimenti contributivi precedentemente assolti", che possono essere invocati per dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro ed evitare l'irrogazione della nuova maxi sanzione.

Il Ministero conferma innanzitutto l'efficacia sanante ed esimente di una tardiva comunicazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, effettuata spontaneamente in data antecedente all'intervento ispettivo trattandosi di un adempimento spontaneo, avente data certa ed idoneo a dimostrare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro.

La tardiva comunicazione quindi, se fedele, sarà punita con la sola sanzione prevista per il ritardo dall'art. 19, del D.Lgs. n. 276/2003, ridotta al minimo in considerazione della regolarizzazione (€ 100). Qualora invece, per occultare il ritardo, si scelga di effettuare una comunicazione infedele, omettendo le giornate di lavoro già svolte in precedenza, tale periodo iniziale di "lavoro nero" sarà sanzionabile con la maxi-sanzione, sia pure nella misura più attenuata prevista dalla nuova formulazione della norma.

In mancanza della comunicazione ai servizi per l'impiego, stando al tenore letterale della norma, il Ministero considera utili ad evitare l'applicazione della maxi-sanzione soltanto i documenti previdenziali di tipo contributivo: D.M./10, EMENS ed UNIMENS.

La circolare esclude invece l'efficacia esimente di altri documenti, anche di carattere previden-

ziale in senso lato, ma non strettamente di tipo "contributivo", quali la semplice registrazione sul libro unico del lavoro, la consegna del contratto individuale di lavoro o il tesserino personale di riconoscimento obbligatorio nell'ambito dei cantieri edili e degli appalti interni, in quanto scritte private prive di data certa (il LUL l'acquiesce solo il 16 del mese successivo, in virtù dei corrispondenti adempimenti contributivi e dell'eventuale apposizione della firma digitale e della marca temporale, se tenuto in formato elettronico) e comunque assolutamente inidonee a comprovare la volontà di non occultare il rapporto di lavoro alle istituzioni.

Da ultimo, il Ministero non tralascia di ricordare che il datore di lavoro può comunque dimostrare che l'omessa o tardiva comunicazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro è dovuta ad una causa di forza maggiore, vale a dire ad un evento straordinario, che oggettivamente non consentiva di prevedere o rimandare l'assunzione (come già previsto nelle precedenti note del Ministero del 04/01/2007 e 14/02/2007). Naturalmente, l'onere della prova dell'esistenza di una tale circostanza esimente, che consente di evitare sia la maxi-sanzione, sia l'ordinaria sanzione da 100 a 500 euro, incombe sul datore di lavoro ed il personale ispettivo dovrà avere cura di verbalizzare fin da subito, nel verbale di primo accesso, le giustificazioni addotte dal datore di lavoro (anche per evitare che possano essere modificate in un momento successivo).

In particolare, si conferma l'equilibrata ed apprezzabile posizione già espressa con la precedente circolare n. 20/2008, ritenendo che possa rientrare fra le ipotesi di forza maggiore anche l'assunzione effettuata durante i periodi di chiusura del professionista al quale il datore di lavoro ha affidato la cura degli adempimenti di legge (come nel caso del personale "extra" assunto nei pubblici esercizi durante il fine settimana o le ferie) a condizione che il datore di lavoro dimostri (come si legge a pag. 5):

- 1) di avere affidato gli adempimenti ad un soggetto abilitato;
- 2) di avere assunto durante i periodi di chiusura di questo;

- 3) di avere inviato la comunicazione preventiva via fax utilizzando il modello UNI-URG, analogamente a quanto previsto in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici.

PROCEDIMENTO SANZIONATORIO E PROBLEMI LEGATI ALLA SUCCESSIONE DI LEGGI

La circolare conferma innanzitutto il carattere documentale e materialmente sanabile della violazione e quindi la possibilità di invocare l'istituto premiale della diffida prevista dal nuovo art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, in quanto tale possibilità non è più espressamente esclusa dalla norma, come invece avveniva in precedenza.

Di conseguenza, il trasgressore che provveda a regolarizzare il periodo di lavoro nero a seguito della diffida impartita dal personale ispettivo, effettuando la comunicazione omessa, ma anche versando la contribuzione dovuta, sarà ammesso al pagamento di una sanzione pari al minimo della sanzione stabilita dalla legge per ciascun lavoratore irregolarmente impiegato (€ 1.500) ed un quarto della sanzione stabilita in misura fissa per ogni giornata di lavoro (€ 37,5), entro il termine di 45 giorni dalla notifica delle violazioni (nella fattispecie attenuata: € 1.000 + 7,5)

Anche in caso di omessa regolarizzazione, il trasgressore potrà comunque avvalersi della facoltà di estinguere la violazione mediante il pagamento di una somma ridotta pari al doppio del minimo della sanzione stabilita dalla legge per ciascun lavoratore irregolarmente impiegato (€ 3.000) ed un terzo della sanzione stabilita in misura fissa per ogni giornata di lavoro (€ 50), entro il termine di 60 giorni, a norma dell'art. 16 della Legge n. 689/1981 (nella fattispecie attenuata: € 2.000 + 10).

Per il principio di stretta legalità vigente in materia di illeciti amministrativi, le nuove sanzioni saranno applicabili solo a decorrere dalla data di entrata in vigore della norma, anche se eventualmente più favorevoli (art. 1 legge n. 689/1981).

Il carattere permanente dell'illecito, tuttavia, consente di applicare la nuova norma alle vio-

lazioni commesse "a cavallo" della fatidica data del 24/11/2010, come osserva giustamente il Ministero. Pertanto un periodo di "prova in nero" iniziato prima del 24/11/2010 e terminato dopo tale data potrà essere sanzionato con la nuova maxi-sanzione attenuata, da 1000 a 8000 euro, maggiorata di 30 euro al giorno.

La circolare evidenzia inoltre il carattere procedurale delle disposizioni in materia di diffida ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 e di riduzione delle sanzioni a norma dell'art. 16 della Legge n. 689/1981, per trarne correttamente la conseguenza che esse devono applicarsi anche a condotte commesse in precedenza, se sanzionate sotto la vigenza della nuova procedura. Pertanto potranno essere estinte anche le violazioni già contestate, mediante pagamento della sanzione ridotta prevista dal citato art. 16 (deve intendersi, entro il termine di legge di 60 giorni dalla notificazione del verbale).

Per quanto riguarda le violazioni consumatesi prima del 12/08/2006, in ossequio ai principi generali di stretta legalità ed irretroattività, la circolare evidenzia che con la modifica dell'art. 36-bis, comma 7-bis, del D.L. n. 223/2006 ("Decreto Bersani"), introdotto dall'art. 1, comma 54, della Legge n. 247/2007 ("Protocollo welfare"), viene attribuita alle Direzioni Provinciali del Lavoro la competenza ad irrogare la maxi-sanzione solo per le violazioni "commesse" (non più "constatate") dopo tale data, mentre quelle precedenti tornano di competenza dell'Agenzia delle entrate.

Trattandosi di un illecito continuato, devono ritenersi sanzionabili da parte della Direzioni Provinciali del Lavoro anche i rapporti di "lavoro

nero" avviati in precedenza, ma proseguiti dopo l'entrata in vigore del "Decreto Bersani", conteggiando ai fini della maggiorazione di 150 euro anche le giornate di lavoro prestate anteriormente, in quanto assunte come parametro di gravità della violazione e di quantificazione della sanzione prevista dalla normativa sopravvenuta (Min. Lavoro, 28/09/2006, circ. n. 29).

Il carattere permanente dell'illecito comporta l'irrogazione della "maxi-sanzione" a tutti coloro che si sono succeduti alla guida dell'impresa nel periodo in contestazione, limitatamente alla somma prevista per ciascun lavoratore irregolarmente occupato, mentre la maggiorazione di 150 euro al giorno andrà ripartita in relazione al periodo di responsabilità di ciascuno.

La circolare infine richiama l'attenzione sulla notevole attenuazione delle sanzioni civili per l'omissione contributiva, specialmente nel caso di violazioni di breve durata: da un minimo di 3.000 euro, si passa ad un incremento del 50% delle sanzioni civili dovute per l'evasione contributiva, che com'è noto consistono in una maggiorazione dei contributi non versati del 30% all'anno, fino ad un massimo del 60% (art. 116 della Legge n. 388/2000) e che quindi devono ritenersi elevate al 45% all'anno, fino ad un massimo del 90%.

Da ultimo, la circolare evidenzia che dal 24/11/2010 all'irrogazione della "maxi-sanzione" provvedono tutti gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza, che in caso di mancato pagamento, dovranno redigere rapporto ai sensi dell'articolo 17 della Legge n. 689/1981 alla Direzione provinciale del lavoro.