

## LA DIFFIDA PER LAVORO NERO: NOVITA' POSITIVE E QUESTIONI OPERATIVE

Attraverso l'art. 22 del D.L.vo n. 151/2015 e dando attuazione al principio contenuto nell'art. 1, comma 6, lettera f), della legge n. 183/2014, il quale ha disposto la revisione del regime delle sanzioni, alla luce della eventuale natura formale delle violazioni ed in modo da favorire la eliminazione degli effetti della condotta illecita, valorizzando gli istituti di tipo premiale, il Legislatore delegato è intervenuto, nuovamente, sulla materia del lavoro nero, rivedendo le "pene". Nella breve analisi che segue cercherò di focalizzare le novità introdotte, ed i punti ove, a mio avviso, si dovrà intervenire anche con chiarimenti amministrativi, ulteriori rispetto alla circolare del Ministero del Lavoro n. 26 del 12 ottobre 2015, allo scopo di fugare possibili criticità e dubbi nei quali potrebbero imbattersi gli operatori e, in particolar modo, gli organi di vigilanza nell'esercizio della propria attività.

La materia delle sanzioni per il lavoro sommerso è stata, in questi ultimi anni, oggetto di continui adattamenti e cambiamenti, sol che si pensi a tutte le novità che sono intervenute a partire dall'art. 3 del D.L. n. 12/2002, convertito, con modificazioni, nella legge n. 73/2002.

Ora, fermo restando il principio del "tempus regit actum", secondo il quale si applica il regime sanzionatorio per le violazioni commesse prima del 24 settembre 2015, data di entrata in vigore del D.L.vo n. 151/2015, vengono modificati gli importi delle sanzioni previste per l'impiego di lavoratori subordinati senza la comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto al centro per l'impiego, attraverso il sistema telematico, a carico dei datori di lavoro, con l'eccezione di quello domestico, e fermo restando, ai fini della comunicazione, il regime particolare previsto per le Agenzie di somministrazione e per le Pubbliche Amministrazioni (l'invio va effettuato entro il giorno 20 del mese successivo a quello di inizio della prestazione). Ora gli importi (complessivamente minori), verranno così modulati, seguendo il principio della sanzione per "fasce", già in uso per alcune violazioni in materia di orario di lavoro, in relazione a diversi periodi temporali:

- a) da 1.500 a 9.000 euro per ciascun lavoratore, in caso di impiego irregolare fino a 30 giorni di lavoro;
- b) da 3.000 a 18.000 euro per ciascun lavoratore in caso di impiego irregolare da 31 a 60 giorni di lavoro;
- c) da 6.000 a 36.000 euro per ciascun lavoratore in caso di impiego irregolare oltre 60 giorni di lavoro.

Le sanzioni, così come sono state formulate, renderanno, prevedibilmente, più facile il compito degli ispettori incaricati del controllo.

Rispetto al recente passato una grossa novità è rappresentata dall'applicazione dell'istituto della diffida (con alcune eccezioni che vedremo tra un attimo) prevista dall'art. 13 del D.L.vo n. 124/2004 che consente al trasgressore di estinguere la violazione, adempiendo agli obblighi entro 30 giorni e pagando l'importo nella misura minima o pari ad un quarto dell'importo se questo è in misura fissa (oltre alle spese di notifica) entro i 15 giorni successivi: nella sostanza, il trasgressore, ha a disposizione 45 giorni di tempo dalla conoscenza del verbale di illecito, per sanare le irregolarità riscontrate.

Come si diceva, la diffida non è generalizzata in quanto il Legislatore delegato ritiene che tale "politica premiale" verso il trasgressore non possa trovare "cittadinanza" nel caso in cui l'accertamento abbia individuato l'impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno (quindi, clandestini) o con il permesso scaduto per il quale non è stato richiesto il rinnovo, o minori in età non lavorativa i quali, fatta eccezione per l'impiego in attività espressamente previste e che necessitano, comunque, di particolari autorizzazioni (ad esempio, spettacoli televisivi), sono coloro che non soddisfano il requisito dei dieci anni di obbligo scolastico, accompagnato dai sedici anni di

età anagrafica che diventano quindici (art. 43, comma 2, del D.L.vo n. 81/2015) nell'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale. In questi caso, non soltanto non si applica l'istituto "premier" della diffida, ma l'importo pecuniario viene aumentato di una percentuale pari al 20%.

Alcune riflessioni, si rendono, a questo punto, necessarie.

E', plasticamente, evidente come il nuovo quadro sanzionatorio si ponga, sotto l'aspetto della consistenza pecuniaria, in maniera molto diversa rispetto al passato.

Il raffronto con la nuova impostazione sanzionatoria prevista dall'art. 22 pone, da subito, in evidenza come il sistema degli importi a scaglione abbia come diretta conseguenza l'eliminazione della sanzione aggiuntiva, rispetto a quella "base" che era correlata ad ogni giornata di impiego del lavoratore "in nero".

Ma è, soprattutto, nella reintroduzione della diffida ad adempiere, prevista in data antecedente l'emanazione del D.L. n. 145/2013 (23 dicembre 2013), poi convertito, con modificazioni, nella legge n. 9/2014, che risaltano le maggiori differenze, atteso che il pagamento di una sanzione ridotta, per effetto di quest'ultimo provvedimento, era rimesso soltanto alla ipotesi prevista dall'art. 16 della legge n. 689/1981 (somma pari ad un terzo del massimo dell'importo previsto per la violazione commessa o, se più favorevole, al doppio del minimo della sanzione edittale, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi era stata, dalla notificazione degli estremi della violazione).

Ma come si ottiene la possibilità di pagare il minimo attraverso la diffida?

Qui, incominciano a delinearsi alcune criticità che sono state in gran parte chiarite con la circolare n. 26/2015, partendo dal dettato dell'art. 13 del D.L.vo n. 124/2004.

C'è un primo caso (già assodato in via amministrativa), quella previsto al comma 3, che si potrebbe definire "normale" ove l'ottemperanza alle violazioni contestate ed il pagamento in misura minima debbono avvenire entro i 45 giorni: qui, non esiste un problema di "attuale" regolarizzazione di lavoratori "in nero" (perché ciò è già avvenuto, prima della data dell'accesso ispettivo o perché gli interessati non sono, da tempo, più in forza).

Ve ne è, poi, un secondo (comma 3 -ter), ove occorre procedere alla regolarizzazione di lavoratori che sono nell'organico "in nero" e per i quali la prova della avvenuta stabilizzazione degli stessi, unitamente al pagamento delle sanzioni e dei contributi e premi previsti, va fornita, come vedremo, entro 120 giorni.

Ed è proprio su questo secondo aspetto che sono stati opportuni i chiarimenti ministeriali. La prova della regolarizzazione (comprensiva, oltretutto della stabilizzazione dei lavoratori, anche del pagamento delle sanzioni) deve avvenire entro 120 giorni, ma quali sono i termini del pagamento, atteso che l'art. 13 del D.L.vo n. 124/2004 non è stato esplicitamente ritoccato per questa ipotesi? In base a quali ragionamenti si può "spostare in avanti" il termine di 45 giorni (risultante da una sommatoria di 30 giorni per l'adempimento e di 15 giorni per il pagamento)? Se la prova della avvenuta regolarizzazione e del pagamento delle sanzioni, dei contributi e dei premi va fornita agli organi di vigilanza entro 120 giorni, è questo il termine ultimo per gli esborsi economici? Tutto, è questa la risposta della circolare n. 26/2015, viene spostato in avanti.

La grossa novità introdotta dall'art. 22 passa attraverso la regolarizzazione dei lavoratori in forza: afferma, infatti, il Legislatore delegato, che in relazione ai lavoratori "non in regola" ancora in forza e fatta salva l'ipotesi in cui i lavoratori siano stati già regolarizzati in un periodo lavorativo successivo (dopo, ad esempio, la c.d. "prova in nero"), occorre stipulare un rapporto di lavoro a tempo indeterminato anche a tempo parziale con una riduzione rispetto al full-time non superiore al 50% o, in alternativa, un contratto a tempo determinato a tempo pieno e determinato non inferiore a 3 mesi ed, inoltre, è necessario mantenere in servizio gli stessi lavoratori per almeno 3 mesi. In questo solo caso, la prova della avvenuta regolarizzazione e del pagamento delle sanzioni, dei contributi e dei premi va fornita entro il termine di 120 giorni dalla notifica del verbale.

Come si vede, il passaggio effettuato dal Legislatore delegato, rispetto al passato ove si chiedeva la regolarizzazione dei lavoratori "in nero" senza specificare la tipologia contrattuale e la durata, è evidente: qui si chiede "in primis" la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato

anche a tempo parziale, con una riduzione oraria non superiore al 50%. Ciò significa che l'assunzione, ricorrendone le condizioni oggettive e soggettive, potrebbe avvenire anche con un rapporto di apprendistato che è un contratto a tempo indeterminato (art. 41, comma 1, del D.L.vo n. 81/2015) ma che la stessa (non essendo stato neanche nominato dall'art. 22) non può avvenire né con il lavoro intermittente, anche a tempo indeterminato, ove non si può parlare di regolarizzazione, atteso che la "chiamata" dipende dalle esigenze del datore di lavoro, né con le prestazioni di lavoro accessorio che sono di natura prettamente occasionale e che sono limitate negli importi annui massimi. (art. 48 del D.L.vo n. 81/2015).

Una piccola riflessione merita l'assunzione a tempo parziale con una riduzione di orario non superiore al 50%: qui il limite minimo è fissato dal Legislatore ed è coerente con i fini "premiali" ipotizzati (applicazione della sanzione pecuniaria in misura minima). Esso prevale anche sul dettato contrattuale che, in alcuni casi, potrebbe prevedere la possibilità di un rapporto part-time di misura oraria inferiore o non prevedere, addirittura, un orario minimo (del resto, la norma generale sul part-time contenuta nel D.L.vo n. 81/2015, non lo ipotizza). Questa disposizione potrebbe creare qualche difficoltà operativa in alcuni settori (si pensi, ad esempio, ai pubblici esercizi, ove la prestazione "in nero" è legata ad orari svolti nel fine settimana (ad esempio, 8 ore), con difficoltà, ad esempio, a prevedere un "minimum" di 20 ore, rispetto al normale orario, soprattutto se il lavoratore interessato già svolge, regolarmente, altra attività o anche ai servizi di pulizie ove le prestazioni sono molto "parcellizzate" e, raramente, raggiungono, la metà dell'orario contrattuale).

Altra possibilità consentita al trasgressore è regolarizzare i lavoratori "in nero" con un contratto a tempo determinato ad orario pieno dalla durata non inferiore ai 3 mesi: è evidente che, nel caso di specie, trovi "in toto" applicazione il D.L.vo n. 81/2015 che disciplina la tipologia negli articoli che vanno da 19 a 29. Da ciò, a livello teorico, potrebbe discendere una questione: se il datore di lavoro ha già raggiunto la soglia massima di lavoratori assumibili con tale tipologia (20% limite legale o quello diverso fissati dalla contrattazione collettiva), potrebbe scattare, in caso di accesso ispettivo successivo, la sanzione ipotizzata in questi casi? La risposta della circolare n. 26/2015 è che scatta la sanzione.

Ultima condizione per essere ammessi al pagamento in misura minima è quella secondo la quale, una volta avvenuta la regolarizzazione, i lavoratori debbono essere mantenuti in servizio per almeno 3 mesi. Questo sistema della durata minima obbligatoria (già utilizzato con un limite di 12 mesi, ad esempio, per la "stabilizzazione" delle collaborazioni coordinate e continuative e delle c.d. "partite IVA" dall'art. 54 del D.L.vo n. 81/2015) dovrebbe "chiudere" la strada dell'immediato "recesso datoriale" successivo alla "messa in regola", cosa che, in passato, si è registrato più volte. Piuttosto, c'è da osservare come l'obbligo di garantire una permanenza in servizio per almeno 3 mesi appaia assoluto, non esistendo l'esimente, pur presente in situazioni analoghe come la "stabilizzazione" dei collaboratori, della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo.

Resterà sempre da esaminare e risolvere la questione delle eventuali dimissioni del lavoratore, successive all'assunzione, cosa che non consentirebbe al datore di lavoro di "onorare" l'impegno di un rapporto di lavoro di almeno 3 mesi: vedremo se la nuova procedura ipotizzata dall'art. 26 che ne prevede l'efficacia soltanto attraverso una procedura telematica controllata direttamente dal Ministero del Lavoro, aiuterà nella soluzione. In ogni caso, il Ministero del Lavoro non consente al datore di lavoro, in caso di dimissioni, di accedere al beneficio della diffida.

Ci sono, poi, altre situazioni nelle quali, fatti salvi diversi orientamenti ministeriali, appare alquanto problematico accedere all'istituto "premiante" della diffida: mi riferisco alle aziende agricole ove le prestazioni sono strettamente legate alla raccolta dei prodotti (uva, olive, pere, mele, ciliegie, ecc.) e dove appare alquanto problematico, vista anche la particolarità del settore ove si opera su "giornate lavorative", procedere ad una assunzione a tempo indeterminato, sia pure a tempo parziale per una durata non inferiore al 50%, ma anche a tempo determinato per un massimo di tre mesi.

Un discorso del tutto analogo può essere fatto in edilizia ove, nei cantieri, si procede per fasi lavorative e per lavoratori specializzati soltanto per quella fase (ad esempio, carpenteria) ma, soprattutto, nelle c.d. "attività stagionali" ove il rispetto della stabilizzazione appare alquanto arduo:

si pensi al caso del “bagnino” in nero scoperto in uno stabilimento balneare al termine della stagione. Come si fa ad ottemperare alla diffida se ciò, nella sostanza, è impossibile, in quanto l’esercizio chiude? La risposta logica è che, in questi casi, l’istituto non sarebbe applicabile e tale appare essere l’orientamento ministeriale.

Il 7 ottobre 2015, con la nota n. 16494, la Direzione Generale per l’Attività Ispettiva, ha fornito i primi chiarimenti sulla materia ma limitandoli alla diffidabilità ed al regime intertemporale della maxi sanzione osservando che per le violazioni antecedenti il 24 settembre 2015 non è applicabile la diffida “in considerazione dei suoi contenuti sostanziali riferiti, in particolare, al mantenimento in servizio per almeno tre mesi del lavoratore irregolare”. Al contempo, è stato ribadito che per quel che concerne l’individuazione del regime sanzionatorio applicabile alle violazioni commesse, trova applicazione il principio del “tempus regit actum” in base al quale si applica la sanzione in vigore al momento nel quale l’illecito, che nel caso di specie ha natura permanente e si consuma nel momento in cui cessa la condotta trasgressiva, è stato commesso.

La seconda novità (art. 22, comma 1, che interviene con il comma 3 – *quinquies* sull’ art. 3 legge n. 73/2002), dopo la reintroduzione della diffida, è rappresentata dal fatto che vengono meno quelle sanzioni correlate che, prima, erano comminate dagli ispettori del lavoro “quasi in automatico”: vengono, infatti, escluse quelle concernenti l’omessa comunicazione telematica preventiva di instaurazione del rapporto (art. 19, comma 3, del D.L.vo n. 276/2003), l’omessa consegna della lettera di assunzione (art. 19, comma 2, del D.L.vo n. 276/2003) e le omesse registrazioni sul Libro Unico del Lavoro (art. 38, comma 7, del D.L. n. 112/2008 convertito, con modificazioni, nella legge n. 133).

**Bologna, 1 dicembre 2015**

**Eufrazio MASSI**