

La nuova maxisanzione

Pierluigi Rausei (Direttore DPL Macerata)

Con la Circolare n. 38 del 12 novembre 2010 il Ministero del Lavoro ha illustrato, ben prima della sua entrata in vigore, dando così prova di una apprezzabile efficienza, la nuova maxisanzione contro il sommerso, come novellata dall'art. 4 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (*cd. Collegato lavoro*), per garantire l'uniformità di comportamento del personale ispettivo, ministeriale, previdenziale e fiscale.

Natura e presupposto

In primo luogo si definisce il campo di applicazione, individuando la natura della sanzione, che viene descritta come “misura sanzionatoria aggiuntiva” che va a sommarsi e si aggiunge a tutte le altre sanzioni previste nelle ipotesi di irregolare instaurazione del rapporto di lavoro, individuando il presupposto per la identificazione del lavoro sommerso nell'impiego di lavoratori in assenza di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro. Da qui la considerazione per cui in caso di applicazione della maxisanzione deve ritenersi “assorbita” la sanzione di cui all'art. 19, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003, per la violazione dell'art. 9-bis, comma 2, del D.L. n. 510/1996, come convertito dalla L. n. 608/1996, da ultimo sostituito dall'articolo unico, comma 1180, della L. n. 296/2006. La sanzione per la omessa o tardiva comunicazione preventiva al Centro per l'impiego, resterà comunque applicabile in tutti gli altri casi in cui non trova applicazione la maxisanzione.

La Circolare n. 38/2010 evidenzia con chiarezza la differenza che corre fra i presupposti per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008, che continua a ricomprendere la generalità dei rapporti di lavoro, anche di tipo non subordinato, svolti senza alcuna regolarizzazione preventiva con documentazione certa e pubblica, stante la natura cautelare della sospensione, che necessariamente prescinde dalla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro.

Ambito di applicazione

La Circolare n. 38/2010 segnala poi come oggetto della maxisanzione sia l'impiego di “*lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro*” alle dipendenze di datori di lavoro privati o di enti pubblici economici.

Nessuna maxisanzione, quindi, sarà consentita per i rapporti di lavoro “*genuinamente instaurati con lavoratori autonomi e parasubordinati*” per i quali non sia stata effettuata, qualora normativamente prevista, la comunicazione preventiva.

La maxisanzione trova però applicazione con riferimento a tutte le prestazioni di natura subordinata non formalizzate attraverso la comunicazione preventiva, ovvero senza i requisiti documentali preventivi obbligatori, salvo che per i lavoratori domestici addetti con continuità al funzionamento della vita familiare o comunitaria (cfr. Ccnl del 13 febbraio 2007).

Nel caso del lavoro occasionale accessorio (art. 70, d.lgs. n. 276/2003) e delle prestazioni rese da soci, coadiuvanti familiari e assimilati (art. 4, comma 1, n. 6 e 7, e 23 del D.P.R. n. 1124/1965), il requisito della subordinazione viene “dato per accertato”, con conseguente applicazione della maxisanzione, quando non sono stati effettuati gli adempimenti formali previsti (denunce all'Inail), salvo ovviamente che i rapporti risultino genuinamente non subordinati, in tal caso, infatti, la presunzione opportunamente individuata dalla Circolare n. 38/2010, al fine di agevolare gli accertamenti, cesserà di operare.

Analogamente, per quanto attiene al lavoro autonomo occasionale (art. 2222 c.c.), rispetto al quale la presunzione ai fini dell'applicazione della maxisanzione opera “in assenza della documentazione utile ad una verifica circa la pretesa autonomia del rapporto”, che viene espressamente individuata nelle evidenze documentali tipiche di un genuino lavoro autonomo: iscrizione alla CCIAA, titolarità di partita IVA, produzione di valida documentazione fiscale.

Per le Agenzie di somministrazione di lavoro (che comunicano l'assunzione dei somministrati entro il giorno 20 del mese successivo), si richiama la circolare n. 13 del 9 aprile 2009, per cui la regolare occupazione del lavoratore in missione deve essere dimostrata con l'esibizione del contratto di lavoro o della comunicazione di invio in somministrazione, in mancanza opererà la maxisanzione.

Alle istituzioni scolastiche private (che comunicano i rapporti di lavoro entro i 10 giorni successivi, ex art. 2, comma 4, del D.L. n. 147/2007, convertito da L. n. 176/2007) si applica la maxisanzione se non attestano la regolarità della occupazione con la documentazione in essere per inserire nella organizzazione il lavoratore (cfr. interpello n. 32 del 25 marzo 2009).

Ovviamente la maxisanzione scatta anche per il lavoro sommerso dei lavoratori extracomunitari clandestini o privi di idoneo permesso di soggiorno e per l'impiego di minori, bambini e adolescenti, privi dei requisiti legalmente richiesti per l'ammissione al lavoro.

Con riferimento alle assunzioni del settore turistico, che possono essere effettuate con una comunicazione preventiva semplificata (dalla quale risultino “la tipologia contrattuale e l'identificazione del prestatore di lavoro”, art. 4, comma 2,

della L. n. 183/2010) da integrare entro 3 giorni, la maxisanzione è applicabile solo se manca la comunicazione semplificata.

Nelle ipotesi di assunzione per eventi straordinari o cause di forza maggiore, dove non è obbligatoria la comunicazione preventiva di insaturazione del rapporto di lavoro (cfr. note n. 440 del 4 gennaio 2007 e n. 4746 del 14 febbraio 2007), la maxisanzione non opera se l'evento risulta imprevedibile in base alle concrete circostanze del caso, avendo determinato l'impossibilità di comunicare i nominativi dei lavoratori da assumere.

Scriminanti

La maxisanzione non è applicata se “dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzia comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione” (art. 3, comma 4, D.L. n. 12/2002 novellato). Il personale ispettivo, dunque, per l'impiego di lavoratori subordinati in assenza della preventiva comunicazione, potrà tener conto della sola documentazione comprovante l'assolvimento degli obblighi contributivi (DM10, EMENS, UNIEMENS), anche per gestioni previdenziali diverse dal Fondo lavoratori dipendenti, prima dell'intervento ispettivo, a nulla rilevando, in genere, l'esibizione di documentazione come il libro unico del lavoro, il contratto individuale di lavoro (rileva però per i lavoratori somministrati), la tessera personale di riconoscimento, la documentazione assicurativa e fiscale (rileva per i lavoratori occasionali autonomi).

Non vi è alcuna maxisanzione se si sono instaurati regolarmente, sul piano formale, rapporti di lavoro non subordinati che vengono fatti oggetto di differente qualificazione.

Non è soggetto alla maxisanzione neppure il datore di lavoro che, prima di qualsiasi intervento ispettivo o dell'avvio di una conciliazione monocratica, regolarizza spontaneamente e integralmente il rapporto di lavoro privo di preventiva comunicazione.

In adesione alle previsioni contenute nell'art. 116, comma 8, lettera b), della L. n. 388/2000, non scatta la maxisanzione se, entro 12 mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi riferiti al primo periodo di paga (giorno 16 del mese successivo a quello di inizio del rapporto) il datore di lavoro, in assenza di verifiche o controlli, denuncia spontaneamente la situazione debitoria e versa gli importi dovuti per tutto il periodo di irregolare occupazione (entro 30 giorni dalla denuncia), pagando la sanzione civile prevista, comunicando la data di effettiva instaurazione del rapporto.

Non opera la maxisanzione (cfr. circolare n. 20 del 21 agosto 2008) nei casi di ferie o chiusura dei professionisti o degli altri soggetti abilitati cui il datore di lavoro si è affidato per le comunicazioni di assunzione, se provvede ad inviare la comunicazione preventiva con modello *UniUrg* a mezzo fax.

Maxisanzione amministrativa

L'art. 3, comma 3, del D.L. n. 12/2002, come modificato dall'art. 4 della legge n. 183/2010, prevede due distinte ipotesi di sanzione amministrativa:

- da €. 1.500 ad €. 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di €. 150 per ogni giorno di lavoro effettivo, in caso di lavoro totalmente “in nero”;
- da €. 1.000 ad €. 8.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di €. 30 per ogni giorno di lavoro irregolare (ipotesi attenuata), quando il datore di lavoro ha regolarizzato il rapporto successivamente all'instaurazione e solo in parte.

Gli importi indicati vengono considerati, sia nella parte fissa che nella maggiorazione, dalla Circolare n. 38/2010 come rientranti nello spettro di applicazione della procedura di estinzione agevolata degli illeciti amministrativi mediante pagamento della sanzione in misura ridotta (ai sensi dell'art. 16 della L. n. 689/1981), pertanto la sanzione concretamente irrogabile sarà, rispettivamente:

- €. 3000 per lavoratore oltre a €. 50 euro di maggiorazione giornaliera;
- €. 2000 per lavoratore oltre a €. 10 di maggiorazione giornaliera.

Inoltre nei confronti di entrambe le fattispecie trova applicazione la procedura di diffida a regolarizzare ex art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 – tranne che per le ipotesi di lavoro irregolare degli extracomunitari senza permesso di soggiorno e dei minori non occupabili (trattandosi di condotta non sanabile materialmente) – comunicando il giorno di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro, versando i contributi e ricorrendo, di norma, a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (full-time o part-time non inferiore a 20 ore settimanali). L'ottemperanza alla diffida ammette il trasgressore (o l'obbligato in solido) al pagamento della sanzione ridottissima:

- €. 1.500 per ciascun lavoratore oltre a €. 37,50 per ciascuna giornata di lavoro (ipotesi base, lavoro totalmente in nero);
- €. 1.000 per ciascun lavoratore oltre a €. 7,50 per ciascuna giornata di lavoro irregolare (ipotesi attenuata, lavoro parzialmente in nero).

Procedure e competenze

La Circolare n. 38/2010 illustra con nettezza l'intento della legge n. 183/2010 di intensificare le capacità di controllo e repressione del lavoro nero con il riconoscimento della competenza ad irrogare la maxisanzione, adottando il relativo provvedimento (verbale unico di accertamento e notificazione ex art. 33 della legge n. 183/2010), a tutti gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza (fra gli altri, quindi, anche GUARDIA DI FINANZA, AGENZIA DELLE ENTRATE, AGENZIA DELLE DOGANE, etc.).

Alla Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente spetta l'adozione degli ulteriori provvedimenti sanzionatori in materia di lavoro (ex art. 10, comma 5, del D.Lgs. n. 124/2004, verificando correttezza e fondatezza degli accertamenti), nonché, in caso di mancato pagamento della maxisanzione, ricevere il rapporto circostanziato ex art. 17 della legge n. 689/1981, recante tutta la documentazione probatoria.

Sempre dalla legge n. 183/2010 la soluzione della querelle fra Ministero e Agenzia delle Entrate riguardo al lavoro nero posto in essere prima del 12 agosto 2006. Intervendo sul comma 7-bis dell'art. 36-bis del D.L. n. 223/2006, il Collegato lavoro affida alla Agenzia delle Entrate la competenza ad irrogare la maxisanzione in base al momento della "commissione dell'illecito" e la Circolare n. 38/2010 invita le Direzioni provinciali del lavoro ad inviare tempestivamente tutti i fascicoli riferiti ai procedimenti non ancora definiti con ordinanza all'Agenzia.

La circolare ministeriale, inoltre, detta il seguente calendario:

- illeciti cessati entro il 12 agosto 2006: competenza esclusiva Agenzia delle Entrate;
- illeciti iniziati anche prima del 12 agosto 2006 e cessati anteriormente al 24 novembre 2010: competenza esclusiva Direzioni provinciali del lavoro;
- illeciti iniziati anche prima del 12 agosto 2006 ma proseguiti oltre il 24 novembre 2010: competenza di tutti gli organismi di vigilanza.

Maxisanzione previdenziale

La Circolare n. 38/2010 sottolinea come la legge n. 183/2010 abbia profondamente modificato la sanzione civile previdenziale prevedendo che in caso di lavoro sommerso – sia che trovi applicazione l'ipotesi base (lavoro totalmente in nero) sia che si tratti di una ipotesi attenuata (lavoro parzialmente in nero) – la maxisanzione previdenziale opera quale aumento del 50% delle sanzioni civili calcolate ex art. 116 della legge n. 388/2000 (dall'ordinario 30% in ragione di anno, dunque, si passa la 45%).

Il Ministero ricorda che la maxisanzione civile si applica solo quando all'atto dell'accesso ispettivo i termini per il pagamento di contributi e premi sono già scaduti, nonché (per la natura risarcitoria delle sanzioni civili previdenziali) che le nuove modalità di calcolo vanno applicate solo in caso di accertamenti avviati dopo il 24 novembre 2010.

Questioni di normativa intertemporale

La Circolare ministeriale del 12 novembre 2010 precisa che per stabilire la disciplina sanzionatoria applicabile il personale ispettivo deve individuare il momento in cui si consuma l'illecito, vale a dire indicare il tempo della cessazione della occupazione irregolare:

- condotta cessata prima del 24 novembre 2010: si applica la maxisanzione da 1.500 a 12.000 euro più 150 euro di maggiorazione in tutte le ipotesi (anche di lavoro parzialmente in nero);
- condotta proseguita o iniziata dopo il 24 novembre 2010: si applica la nuova maxisanzione (operando l'ipotesi attenuata da 1.000 a 8.000 euro più 30 euro di maggiorazione giornaliera per le ipotesi di lavoro parzialmente in nero).

In ogni caso, se le persone fisiche che rivestono la figura di trasgressore sono differenti nel tempo, durante la prosecuzione della illecita occupazione irregolare dei lavoratori, la maxisanzione deve essere applicata a tutti i trasgressori per la base sanzionatoria, ma la maggiorazione giornaliera deve essere calcolata distintamente, sanzionando ciascuno per l'effettivo periodo di lavoro irregolare.

D'altra parte, sposando il costante orientamento del Consiglio di Stato rispetto al *tempus regit actum* delle norme procedurali che governano le singole fasi di un procedimento amministrativo, la Circolare n. 38/2010 estende la possibilità di adottare la diffida a regolarizzare a tutti gli accertamenti in corso alla data del 24 novembre 2010 che non siano ancora conclusi con verbale di accertamento e notificazione, nonché le nuove modalità di calcolo della sanzione in misura ridotta.

Allo stesso modo le nuove procedure di calcolo della sanzione in misura ridotta devono essere applicate nei procedimenti sanzionatori oggetto di rapporto al Direttore della Direzione provinciale del lavoro nella determinazione della maxisanzione in sede di ordinanza-ingiunzione.

I profili applicativi della maxisanzione

Monica Morresi (Resp. Ufficio Legale DPL Macerata)

La modifica legislativa apportata dalla legge n. 183/2010 all'articolo 3 del D.L. n. 12/2002, conv. nella legge n. 73/2002 (e succ. mod.) restringe l'ambito di applicazione della maxisanzione dalla fattispecie dell'impiego di *lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria* (a prescindere dalla qualificazione subordinata o autonoma del rapporto di lavoro) a quella dell'impiego di *lavoratori subordinati* con riferimento ai quali *non sia stata effettuata la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato*. I datori di lavoro interessati sono dunque ora solo quelli privati, nonché gli enti pubblici economici.

Il Ministero del lavoro, con propria Circolare n. 38/2010 del 12/11/2010 (di seguito denominata "Circolare"), ha chiarito l'ambito applicativo della nuova norma ai vari istituti, che si andranno ad esaminare di seguito.

Lavoro domestico

Per espressa disposizione di legge (nuova formulazione dell'articolo in esame), nell'ipotesi di lavoro domestico è esclusa l'applicazione della maxisanzione. Il Ministero del lavoro, nella Circolare, precisa tuttavia che l'esonero dall'applicazione riguarda soltanto i prestatori di lavoro addetti con continuità al funzionamento della vita familiare (cfr. CCN Lavoro domestico del 13/2/2007: es. tuttofare, camerieri, colf, badanti). Tale esclusione, evidentemente, non opera nel caso in cui il datore di lavoro occupi il lavoratore assunto come domestico in altra attività imprenditoriale o professionale.

Lavoro parasubordinato e lavoro autonomo occasionale

Premessa definitoria:

- il lavoro parasubordinato ricorre, a titolo esemplificativo, nelle seguenti ipotesi: Lavoro a progetto ex artt. 61 ss. D.lgs. n. 276/2003; Collaborazioni coordinate e continuative ex art. 61, co. 3, D.lgs. n. 276/2003; "Minico.co.co" ex art. 61, comma 2, D.lgs. n. 276/2003: prestazioni occasionali consistenti in rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare ovvero, nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, non superiore a 240 ore, con lo stesso committente, il cui compenso complessivamente percepito nello stesso anno solare non sia superiore a 5 mila euro; Associazione in partecipazione, ex artt. 2549 ss. Cod. civ.
- il lavoro autonomo occasionale si individua nel contratto d'opera (c.d. contratto per prestazioni occasionali) ricorre, ai sensi dell'art. 2222 Cod. civ., "quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente". Si tratta di un contratto di scambio a prestazioni corrispettive (prestazione lavorativa valutata in termini di opera o servizio realizzati o di risultato conseguito/corrispettivo pecuniario), caratterizzato dal lavoro prevalentemente proprio del prestatore (come conseguente differenziazione rispetto all'attività imprenditoriale).

Essendo l'adozione della maxisanzione limitata ora per legge alla fattispecie del lavoro subordinato, la Circolare precisa che tale provvedimento sanzionatorio non sarà consentito per i rapporti di lavoro "genuinamente instaurati con lavoratori autonomi e parasubordinati" per i quali, pure, non sia stata effettuata, qualora normativamente prevista, la comunicazione preventiva (es. collaborazioni coordinate e continuative anche a progetto, associati in partecipazione con apporto di lavoro).

Ugualmente, nel caso di rapporti di lavoro solo formalmente autonomi e parasubordinati – ma sostanzialmente subordinati – però instaurati nel rispetto dei relativi obblighi di natura documentale, la differente qualificazione degli stessi in chiave subordinata operata dagli organi di vigilanza non comporta l'applicazione della maxisanzione in quanto (precisa la Circolare) "difetta il presupposto identificativo del lavoro sommerso".

A corroborare tale interpretazione interviene anche il nuovo comma 4 dell'articolo 3 in commento, che espressamente prevede che la maxisanzione non si applica qualora, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzia comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione. Gli adempimenti contributivi possono configurarsi, pertanto, rilevanti ai fini della non applicazione della maxisanzione nel caso di lavoro autonomo. *"In particolare,"* – precisa la Circolare – *"qualora il rapporto di lavoro originariamente qualificato come parasubordinato dal datore di lavoro venga, a seguito di accertamento ispettivo, inquadrato nell'ambito del lavoro subordinato, l'eventuale tempestivo versamento alla Gestione separata per il medesimo lavoratore esclude l'irrogazione della maxisanzione, anche in assenza di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro (ferma restando la sanzionabilità della tardiva comunicazione)"*.

Ne consegue che – *a contrario* – la contestazione della maxisanzione si imporrà laddove il rapporto di lavoro sia accertato dagli organi di vigilanza come subordinato (e quindi non riconosciuto come genuinamente parasubordinato o autonomo) e manchi qualsiasi formalizzazione documentale utile a escludere il lavoro sommerso. In particolare:

- a) con riferimento all'invocata natura parasubordinata del rapporto, siano assenti le comunicazioni di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero l'apertura di una posizione previdenziale;
- b) con riferimento al lavoro autonomo occasionale (art. 2222 c.c.), la Circolare precisa che *“il personale ispettivo provvederà ad irrogare la maxisanzione in assenza della documentazione utile ad una verifica circa la pretesa autonomia del rapporto (iscrizione alla Camera di Commercio, possesso di partita IVA, produzione di valida documentazione fiscale precedente all'accertamento)”*: viene quindi prevista una vera e propria presunzione che appunto opera, ai fini dell'applicazione della maxisanzione, in mancanza di detta documentazione idonea a verificare la natura autonoma del rapporto, documentazione che viene espressamente individuata nelle evidenze documentali tipiche di un genuino lavoro autonomo.

Resta ovviamente salva l'ipotesi che i rapporti risultino genuinamente non subordinati: in tal caso, infatti, la presunzione individuata dalla Circolare, al fine di agevolare gli accertamenti, cessa di operare.

Lavoro occasionale accessorio e prestazioni rese da soci, coadiuvanti e collaboratori familiari e assimilati

Anche nei casi del lavoro occasionale accessorio (artt. 70 ss. del d.lgs. n. 276/2003) e di prestazioni rese da soci, coadiuvanti familiari e assimilati (art. 4, comma 1, nn. 6 e 7, e 23 del D.P.R. n. 1124/1965) – per i quali non è prevista la comunicazione preventiva al Centro per l'Impiego – la Circolare individua una sorta di “presunzione di subordinazione”; in particolare, tale requisito viene “dato per accertato” (con conseguente applicazione della maxisanzione), quando non sono stati effettuati gli adempimenti formali nei confronti della P.A. previsti dalla legge, utili a comprovare la regolarità del rapporto.

In particolare, per il lavoro occasionale accessorio la comunicazione (diretta a INAIL e valida anche per INPS) connessa all'attivazione delle prestazioni.

L'istituto del lavoro accessorio è disciplinato dagli artt. 70 ss. del D. lgs. n. 276/2003. Le prestazioni di lavoro accessorio sono attività lavorative di natura occasionale – non riconducibili a tipologie contrattuali tipiche di lavoro subordinato o autonomo - rese in rapporto diretto tra prestatore e utilizzatore finale nell'ambito di determinate tipologie di lavorazioni e mansioni individuate dalla legge (es. lavori domestici, insegnamento privato supplementare) ovvero da taluni specifici soggetti (es. giovani con meno di 25 anni regolarmente iscritti a cicli di studi, compatibilmente con gli impegni scolastici, pensionati, lavoratori part-time) e che non devono dare complessivamente luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare (salvi i diversi compensi superiori, per talune tipologie, individuati dalla norma). La relativa retribuzione è corrisposta, per legge, tramite l'acquisto da parte del beneficiario di appositi *buoni lavoro* (c.d. voucher), acquisto con il quale viene altresì contestualmente effettuato il versamento della relativa contribuzione. Pur non sussistendo alcun obbligo di comunicazione di assunzione preventiva per questo tipo di prestazione lavorativa, viene tuttavia richiesta una comunicazione preventiva all'INAIL da effettuarsi prima dell'inizio della prestazione lavorativa, contenente i dati dell'attività lavorativa affidata al prestatore occasionale e i dati identificativi e anagrafici del committente e del lavoratore.

Per le prestazioni rese da soci, coadiuvanti familiari e assimilati, la comunicazione all'INAIL di cui all'articolo 23 del D.p.r. n. 1124/1965. Per le persone indicate ai nn. 6 e 7 del D.P.R. n. 1124/1965 (coniuge, figli, altri parenti, affini, affiliati e affidati del datore di lavoro che prestano con o senza retribuzione alle di lui dipendenze opera manuale ed anche non manuale sovrintendendo al lavoro altrui e soci delle cooperative e di ogni altro tipo di società, anche di fatto, comunque denominata costituita o esercitata, i quali prestino opera manuale, oppure non manuale sovrintendendo al lavoro altrui), ai sensi dell'art. 23 del medesimo D.P.R., deve essere effettuata da parte del datore di lavoro denuncia all'INAIL nominativamente, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, indicando altresì il trattamento retributivo ove previsto.

Resta ovviamente salva l'ipotesi che i rapporti risultino genuinamente non subordinati: in tal caso, infatti, la presunzione opportunamente individuata dalla Circolare, al fine di agevolare gli accertamenti, cesserà di operare.

Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione

Per le Agenzie di somministrazione di lavoro (che comunicano l'assunzione dei somministrati entro il giorno 20 del mese successivo), il Ministero richiama la propria Circolare n. 13 del 9 aprile 2009, per cui la regolare occupazione del lavoratore somministrato, in missione presso l'utilizzatore, deve essere dimostrata con l'esibizione del contratto di lavoro sottoscritto dalle parti o della comunicazione di invio in somministrazione di cui all'art. 21, co. 3, del D.lgs. n. 276/2003: in mancanza opererà senz'altro la maxisanzione.

Istituzioni scolastiche private

Alle istituzioni scolastiche private (che comunicano i rapporti di lavoro entro i 10 giorni successivi alla instaurazione, ex art. 2, comma 4, del D.L. n. 147/2007, convertito da L. n. 176/2007) si applica la maxisanzione se non attestano la regolarità della occupazione con la documentazione in essere per inserire il lavoratore nella organizzazione didattica e funzionale (cfr. Risposta a interpello del Ministero del lavoro n. 32 del 25 marzo 2009: piano delle lezioni, documenti di programmazione didattica).

Assunzioni nel settore turistico

L'art. 4, comma 2, del Collegato Lavoro (che modifica l'art. 9 bis, comma 2, della legge n. 608/1996) consente ai datori di lavoro del settore turistico che non siano in possesso di uno o più dati anagrafici del lavoratore da assumere, di

effettuare una comunicazione preventiva semplificata (dalla quale risultino “la tipologia contrattuale e l’identificazione del prestatore di lavoro”) da integrarsi entro il terzo giorno successivo a quello dell’instaurazione del rapporto di lavoro. In tale ipotesi, dunque, la maxisanzione è applicabile solo se manca la comunicazione preventiva semplificata.

Assunzioni per cause di forza maggiore o eventi straordinari

Le assunzioni per cause di forza maggiore o eventi straordinari fanno eccezione alla comunicazione preventiva obbligatoria (con possibilità di effettuare la comunicazione il primo giorno utile successivo e, comunque, non oltre in quinto giorno) - secondo quanto chiarito dal Ministero del Lavoro con le Note n. 440 del 4 gennaio 2007 e n. 4746 del 14 febbraio 2007 -, nei casi in cui il datore di lavoro non avrebbe potuto prevedere l’evento, in quanto imprevedibile, con l’esercizio dell’ordinaria diligenza, rendendo improcrastinabile l’assunzione e impossibile la previsione di essa (“In via esemplificativa (ma non limitativa) sono da ricomprendere gli eventi naturali catastrofici (incendi, alluvioni, gli uragani, terremoti, ecc.) ovvero le ipotesi di assunzione non procrastinabile per sostituzione di lavoratori che comunicano la propria indisponibilità alla prestazione lavorativa il giorno stesso dell’assenza (es. i supplenti del settore scolastico)”, così la Nota del 4/01/07). In tale ipotesi, l’oggettiva impossibilità di conoscere anticipatamente numero e nominativi dei lavoratori da assumere deve essere valutata attentamente in base alle concrete circostanze del caso, secondo quanto chiarito anche dalla Circolare n. 20/2008, annotando nel verbale di primo accesso ispettivo le giustificazioni addotte circa la mancata comunicazione preventiva ed evidenziando se sussisteva “una oggettiva impossibilità di conoscere anticipatamente il numero e i nominativi dei lavoratori occupati” ai fini dell’esonero dalla maxisanzione.

È chiaro che, in questa fattispecie, l’onere della prova in ordine alla sussistenza della forza maggiore incombe tutto in capo al datore di lavoro, il quale dovrà dare piena dimostrazione della circostanza che non solo l’assunzione non poteva essere procrastinata, ma anche che non era possibile prevederla il giorno prima (così la Nota del 14/02/2007).

Lavoratori extracomunitari clandestini o privi di idoneo permesso di soggiorno e per l’impiego di minori, bambini e adolescenti, privi dei requisiti legalmente richiesti per l’ammissione al lavoro.

La Circolare precisa che la maxisanzione scatta anche per il lavoro sommerso dei lavoratori extracomunitari clandestini o privi di idoneo permesso di soggiorno e per l’impiego di minori, bambini e adolescenti, privi dei requisiti legalmente richiesti per l’ammissione al lavoro. Con riguardo ai clandestini, la sanzione concorrerà comunque (com’era finora, in quanto trattasi di diverso bene giuridico protetto) col delitto previsto dall’art. 22, co. 12, del D.lgs. n. 286/1998 (occupazione di manodopera clandestina) e, con riguardo ai minori, con le fattispecie penali previste dalla Legge n. 977/1967 e succ. mod.

Accertamento e verbalizzazione

Pierluigi Rausei (Direttore DPL Macerata)

Con la Circolare n. 41 del 9 dicembre 2010 il Ministero del Lavoro puntualmente illustrato l'art. 33 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato Lavoro) che ha sostituito il testo originario dell'art. 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, fornendo al personale ispettivo una specifica e apposita modulistica *“unica ed unitaria”*, chiamata a garantire l'uniformità dell'azione ispettiva, *“sia nei contenuti sia nella veste grafica”*.

Oltre alla obbligatorietà dei nuovi modelli di verbalizzazione (già inoltrati, mediante posta elettronica, a tutto il personale ispettivo di questa Direzione lo scorso 9 dicembre in formato “.doc”), la circolare in esame chiarisce che, per la sua natura procedurale, l'art. 33 della legge n. 183/2010 deve estendersi a tutti gli accertamenti in corso alla data del 24 novembre 2010, anche se sono stati rilasciati verbali di primo accesso ispettivo e/o interlocutori, se non ancora oggetto di verbale conclusivo.

Verbale di primo accesso ispettivo

Dopo aver richiamato le norme che disciplinano l'accesso ispettivo, la circolare ministeriale chiarisce che il nuovo verbale di primo accesso ispettivo deve formarsi prima della conclusione dell'iniziale accesso in azienda e va consegnato al datore di lavoro o ad altra persona presente all'ispezione. La consegna può essere omessa (dando atto a verbale della circostanza impeditiva) solo in caso di rifiuto a ricevere il verbale o di assenza di uno dei predetti soggetti al momento della conclusione del primo accesso ispettivo.

Con riferimento all'obbligo di “identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro” e di “descrizione delle modalità del loro impiego” (art. 13, comma 1, *lett. a*), la circolare n. 41/2010 sottolinea che l'identificazione, puntuale ed analitica, di tutti i lavoratori trovati intenti al lavoro, è fondamentale nelle ipotesi in cui si deve verificare il lavoro sommerso, mentre negli altri casi l'ispettore può procedere ad una identificazione per rinvio, richiamando nel verbale di primo accesso il personale risultante dalla documentazione aziendale.

Riguardo alla acquisizione delle dichiarazioni dai lavoratori gli ispettori possono acquisirle sulla base di una “campionatura” (con esplicita indicazione a verbale dei criteri scelti), selezionando i lavoratori in base alle mansioni e ai modelli organizzativi.

La descrizione delle attività svolte dai lavoratori (che fa fede fino a querela di falso ex art. 2700 c.c.) deve dare riscontro puntuale di: modalità di impiego, mansioni svolte, abbigliamento o tenuta da lavoro, attrezzature o macchine utilizzate.

Quanto alla “specificazione delle attività compiute dal personale ispettivo” (art. 13, comma 1, *lett. b*), deve darsi indicazione, secondo il Ministero, del sopralluogo effettuato, dell'organizzazione dell'impresa, della acquisizione di dichiarazioni, della eventuale acquisizione od esame di documentazione.

Riguardo alle “eventuali dichiarazioni rese dal datore di lavoro o da chi lo assiste, o dalla persona presente all'ispezione” (art. 13, comma 1, *lett. c*), tali dichiarazioni possono essere formalizzate all'ispettore anche mediante e-mail o fax prima della chiusura del verbale purché riconducibili inequivocabilmente al soggetto che le fornisce, con sottoscrizione e allegazione di copia di un valido documento di identità.

Per quanto attiene alle richieste informative e documentali utili “al proseguimento dell'istruttoria finalizzata all'accertamento degli illeciti” (art. 13, comma 1, *lett. d*), la circolare ministeriale chiarisce che il verbale di primo accesso è fondamento della acquisizione dei documenti, ferma restando la possibilità di ulteriori richieste in caso di accertamento complesso e prolungato con apposito verbale interlocutorio, che descrive le ulteriori attività d'indagine compiute, indica la documentazione di eventualmente esaminata e quella ulteriormente richiesta *“con l'espresso avvertimento che gli accertamenti sono ancora in corso”*.

Verbale di accertamento e notificazione

Circa il verbale unico di accertamento e notificazione la circolare n. 41/2010 evidenzia la finalità del legislatore di evitare la redazione di molteplici provvedimenti e di raccogliere in un unico atto ogni elemento, sia con riferimento alla diffida a regolarizzare le inosservanze che con riguardo alla contestazione degli illeciti.

Destinatario del verbale unico è ciascun trasgressore e, se presente, l'obbligato in solido, ai sensi degli artt. 5 e 6 della legge n. 689/1981.

Il termine di novanta giorni di cui all'art. 14 della legge n. 689/1981 per la legittima e regolare notificazione degli illeciti decorre dal momento in cui *“si sono conclusi gli accertamenti nel loro complesso, comprendendo, quindi, anche i tempi tecnici ragionevolmente utili e necessari per l'analisi, l'elaborazione e la verifica degli elementi formati e raccolti”*. Per sapere, dunque, se un'ispezione si è conclusa nei termini di legge occorre tenere presente, secondo il Ministero, il momento nel quale l'ispettore ha acquisito tutti i dati che necessitano per definire l'accertamento.

Riguardo ai contenuti del verbale di accertamento e notificazione, la circolare richiama l'esigenza di *“riportare fedelmente nel corpo del verbale”* quelli che risultano essere gli esiti dettagliati dell'accertamento indicando puntualmente le fonti di prova degli illeciti, in adesione al principio generale di ragionevolezza e trasparenza dell'azione amministrativa.

I destinatari del verbale unico che conclude l'accertamento, infatti, acquisiscono la certezza della completezza delle verifiche ispettive, con la *“dettagliata indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dei verbalizzanti”* che deve, pertanto, trovare fondamento in una *“specifica e circostanziata indicazione delle fonti di prova”*.

A tal proposito il Ministero ribadisce che la dichiarazione del lavoratore al quale si riferiscono gli accertamenti non è per sé sola prova ma solo elemento indiziario, che per acquisire valenza probatoria deve essere confermata e corroborata da altri elementi documentali o dichiarativi.

Delle dichiarazioni, peraltro, la circolare invita ad un utilizzo anche virgolettandone i contenuti nel corpo del verbale di accertamento e notificazione, purché ciò non implichi *“il riferimento alle generalità di coloro che le hanno rilasciate, che pertanto devono restare anonime”* inoltre tale elemento non deve rendere *“riconoscibile in alcun modo il dichiarante”*, né *“acquisibili dati sensibili”*.

Tutti gli elementi documentali ritenuti idonei a dimostrare la sussistenza degli illeciti devono parimenti essere riportati a verbale, ad eccezione degli atti connessi ad attività istruttoria penale (art. 329 c.p.p.).

Con riguardo alla indicazione degli strumenti di difesa la circolare ministeriale individua i due strumenti di impugnazione del verbale unico di accertamento – gli scritti difensivi (art. 18 della L. n. 689/1981) e il ricorso al Comitato regionale (art. 17 del D.Lgs. n. 124/2004) – precisando che il termine di trenta giorni nel quale essi devono essere proposti è da intendersi *“unico e certo”* e la decorrenza di esso va individuata in base alla tipologia di violazioni rilevate (dalla notifica del verbale se trattasi solo di illeciti non diffidabili, dopo 15 giorni dalla notifica in caso di diffida ora per allora, dopo 45 giorni in caso di diffida a regolarizzare).

In modo assolutamente rivoluzionario – ma senza provocare nessuna innovazione di rilievo presso questa Direzione dove era già in uso da tempo una procedura analoga – la circolare n. 41/2010 precisa che se al verbale di primo accesso ispettivo non fa seguito un provvedimento sanzionatorio, l'organo di vigilanza deve avvisare l'ispezzionato attraverso una comunicazione di regolare definizione degli accertamenti.

Diffida a regolarizzare

In merito alla diffida obbligatoria, il Ministero ne conferma la natura di procedibilità dell'azione ispettiva e sottolinea come destinatari ne siano ora per legge il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido, per cui in caso di più corresponsabili l'ottemperanza alla diffida da parte di uno permette a tutti di accedere al pagamento della sanzione ridottissima, ma il procedimento si estingue solo col pagamento delle somme da parte di ciascun responsabile, o anche, per ciascuno di essi, da parte dell'obbligato solidale.

Per procedere alla regolarizzazione delle inosservanze materialmente sanabili vi è un termine secco di trenta giorni che decorrono dalla notificazione del verbale unico. A seguito di regolarizzazione, il destinatario della diffida ha quindici giorni per pagare la sanzione ridottissima (minimo di legge o un quarto della sanzione in misura fissa): a seguito della ottemperanza alla diffida e del pagamento della sanzione il procedimento si estingue *“limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida”*.

Al contrario se vi è inottemperanza alla diffida o manca il pagamento della sanzione ridottissima il verbale unico produce gli effetti della notificazione degli illeciti accertati.

Con la diffida *“ora per allora”*, già ammessa in via amministrativa dal Ministero, sono diffidabili anche i comportamenti omessi nei termini di legge posti tardivamente in essere dall'ispezzionato prima dell'accesso ispettivo.

Il pagamento tardivo (oltre il quarantacinquesimo giorno dalla notifica del verbale unico) della sanzione ridottissima non estingue il procedimento sanzionatorio, ma lo scrivente ne potrà tenere conto quando adotta l'ordinanza che conclude il procedimento, potendo anche archiviare gli illeciti regolarizzati (ai sensi degli artt. 11 e 18 della legge n. 689/1981) se il ritardo nel pagamento è *“ragionevolmente circoscritto”* o *“determinato da obiettive ragioni”* esplicitamente motivate dal trasgressore o dall'obbligato solidale.

La circolare n. 41/2010 evidenzia poi come il potere di diffida sia stato esteso, dall'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 124/2004, anche agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 689/1981, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale punite con sanzione pecuniaria amministrativa, sottolineando come da ciò consegua anche per tali soggetti l'obbligo di adottare il procedimento di diffida obbligatoria, formalizzandolo nel verbale di accertamento e notificazione.

La sospensione dell'impresa

Maurizio Battistelli (Resp. Servizio Ispezione DPL Macerata)

L'istituto della sospensione dell'impresa trova oggi la sua fonte esaustiva nelle norme contenute nell'art. 14 del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 come modificato dall'art. 11 del decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 integralmente sostituendone il primo e decimo comma, variamente interpolando i commi 2, 4 e 7 ed aggiungendo al testo originario il comma 11-bis. Il rimodulato provvedimento di sospensione conserva il suo duplice carattere di provvedimento astrattamente cautelare volto a "far cessare il pericolo per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori", accanto ad aspetti essenzialmente afflittivo-sanzionatori oltre che recuperatori della violazione delle norme ordinamentali sul cui presupposto si fonda.

Art. 14 del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81

"Disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori"

"1. Al fine di far cessare il pericolo per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'articolo 92, comma 1, lettera e), gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione alla parte dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, adottato sentito il Ministero dell'interno e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. In attesa della adozione del citato decreto, le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono quelle individuate nell'Allegato I. Si ha reiterazione quando, nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione oggetto di prescrizione dell'organo di vigilanza ottemperata dal contravventore o di una violazione accertata con sentenza definitiva, lo stesso soggetto commette più violazioni della stessa indole. Si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione e quelle di disposizioni diverse individuate, in attesa della adozione del decreto di cui al precedente periodo, nell'allegato I. L'adozione del provvedimento di sospensione e' comunicata all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per gli aspetti di rispettiva competenza, al fine dell'adozione, da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche. La durata del provvedimento è pari alla citata sospensione nel caso in cui la percentuale dei lavoratori irregolari sia inferiore al 50 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro; nel caso in cui la percentuale dei lavoratori irregolari sia pari o superiore al 50 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, ovvero nei casi di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, ovvero nei casi di reiterazione la durata e' incrementata di un ulteriore periodo di tempo pari al doppio della durata della sospensione e comunque non superiore a due anni; nel caso di reiterazione la decorrenza del periodo di interdizione è successiva al termine del precedente periodo di interdizione; nel caso di non intervenuta revoca del provvedimento di sospensione entro quattro mesi dalla data della sua emissione, la durata del provvedimento e' pari a due anni, fatta salva l'adozione di eventuali successivi provvedimenti di rideterminazione della durata dell'interdizione a seguito dell'acquisizione della revoca della sospensione. Le disposizioni del presente comma si applicano anche con riferimento ai lavori nell'ambito dei cantieri edili. Ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241. Limitatamente alla sospensione dell'attività di impresa, all'accertamento delle violazioni in materia di prevenzione incendi, indicate all'allegato I, provvede il comando provinciale dei vigili del fuoco territorialmente competente. Ove gli organi di vigilanza o le altre amministrazioni pubbliche rilevino possibili violazioni in materia di prevenzione incendi, ne danno segnalazione al competente Comando provinciale dei vigili del fuoco, il quale procede ai sensi delle disposizioni del decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139, e di cui al comma 2.

2. I poteri e gli obblighi di cui al comma 1 spettano anche agli organi di vigilanza delle aziende sanitarie locali, con riferimento all'accertamento della reiterazione delle violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro di cui al comma 1. In materia di prevenzione incendi in ragione della competenza esclusiva del Corpo nazionale dei vigili del fuoco di cui all'articolo 46 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 16, 19 e 20 del decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139.

3. Il provvedimento di sospensione può essere revocato da parte dell'organo di vigilanza che lo ha adottato.

4. E' condizione per la revoca del provvedimento da parte dell'organo di vigilanza del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali di cui al comma 1:

- a) la regolarizzazione dei lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria;
- b) l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro;
- c) il pagamento di una somma aggiuntiva rispetto a quelle di cui al comma 6 pari a 1.500 euro nelle ipotesi di sospensione per lavoro irregolare e a 2.500 euro nelle ipotesi di sospensione per gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

5. E' condizione per la revoca del provvedimento da parte dell'organo di vigilanza delle aziende sanitarie locali di cui al comma 2:

- a) l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di gravi e reiterate violazioni delle discipline in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro;
- b) il pagamento di una somma aggiuntiva unica pari a Euro 2500 rispetto a quelle di cui al comma 6.
6. E' comunque fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, civili e amministrative vigenti.
7. L'importo delle somme aggiuntive di cui al comma 4, lettera c), integra la dotazione del Fondo per l'occupazione di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, ed è destinato al finanziamento degli interventi di contrasto al lavoro sommerso ed irregolare individuati con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali di cui all'articolo 1, comma 1156, lettera g), della legge 27 dicembre 2006, n. 296.
8. L'importo delle somme aggiuntive di cui al comma 5, lettera b), integra l'apposito capitolo regionale per finanziare l'attività di prevenzione nei luoghi di lavoro.
9. Avverso i provvedimenti di sospensione di cui ai commi 1 e 2 è ammesso ricorso, entro 30 giorni, rispettivamente, alla Direzione regionale del lavoro territorialmente competente e al presidente della Giunta regionale, i quali si pronunciano nel termine di 15 giorni dalla notifica del ricorso. Decorso inutilmente tale ultimo termine il provvedimento di sospensione perde efficacia.
10. Il datore di lavoro che non ottempera al provvedimento di sospensione di cui al presente articolo è punito con l'arresto fino a sei mesi nelle ipotesi di sospensione per gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro nelle ipotesi di sospensione per lavoro irregolare.
11. Nelle ipotesi delle violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui al comma 1, le disposizioni del presente articolo si applicano nel rispetto delle competenze in tema di vigilanza in materia.
- 11-bis. Il provvedimento di sospensione nelle ipotesi di lavoro irregolare non si applica nel caso in cui il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dall'impresa. In ogni caso di sospensione nelle ipotesi di lavoro irregolare gli effetti della sospensione possono essere fatti decorrere dalle ore dodici del giorno lavorativo successivo ovvero dalla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non può essere interrotta, salvo che non si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o dei terzi".

Soggetti affidatari del potere. La competenza all'adozione del provvedimento spetta agli organi di vigilanza del Ministero del Lavoro oltre che delle AA.SS.LL. In forza del rapporto interorganico che lega i funzionari all'Ufficio da cui dipendono, sarà il personale ispettivo a far luogo alla materiale adozione del provvedimento sulla base delle risultanze ispettive. Tuttavia l'aver correttamente attribuito la titolarità del diritto-dovere all'Ufficio (piuttosto che alla persona fisica organicamente in esso incardinata) consente una pluralità di compartecipanti alla definizione del provvedimento nella misura in cui può non esservi necessaria coincidenza tra l'ispettore del lavoro che abbia materialmente adottato il provvedimento e colui il quale si trovi ad esaminare la sussistenza delle condizioni che ne giustifichino la revoca.

Ipotesi ammesse – Il potere di sospendere una attività di impresa è previsto qualora: venga riscontrata dal personale ispettivo del Ministero del lavoro la presenza sul luogo di lavoro "l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro; in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

Giova evidenziare che l'accertamento sulla violazione delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro avviene nel rispetto delle competenze in tema di vigilanza. In sostanza gli ispettori del lavoro potranno adottare il provvedimento di sospensione a fronte della violazione della normativa prevenzionistica solo ove operi negli ambiti in cui lo stesso personale abbia competenza all'accertamento (tali ambiti sono ora individuati dall'art. 13, comma 2, del T.U. 81/2008: settore delle costruzioni edili o di genio civile e più in particolare lavori di costruzione, manutenzione, riparazione, demolizione, conservazione e risanamento di opere fisse, permanenti o temporanee, in muratura e in cemento armato, opere stradali, ferroviarie, idrauliche, scavi, montaggio e smontaggio di elementi prefabbricati; lavori in sotterraneo e gallerie, anche comportanti l'impiego di esplosivi; lavori mediante aria compressa e lavori subacquei).

Il personale ispettivo delle AA.SS.LL. potrà adottare il provvedimento di sospensione "per motivi di sicurezza" in ogni settore merceologico in virtù della competenza di carattere generale nella materia della salute e sicurezza. Ne discende che nei settori dei cantieri temporanei e mobili sussiste una competenza ispettiva concorrente tra il personale ispettivo del Ministero del lavoro e quello delle AA.SS.LL.

Stante l'intervenuta esplicita abrogazione degli artt. 36-bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006, n. 248 nonché dell'art. 5 della legge 3 agosto 2007, n. 123, la disposizione dell'art. 14, ancorché contenuta nel corpus di un provvedimento legislativo di disciplina del settore della sicurezza sul lavoro, non v'è dubbio trovi applicazione in tutte le attività imprenditoriali anche al di fuori del settore dell'edilizia tanto con riferimento alle ipotesi di sospensioni adottate sul presupposto del riscontrato lavoro irregolare quanto nei casi di sospensione per motivi di sicurezza.

Discrezionalità del provvedimento – L'adozione del provvedimento di sospensione può dirsi tecnicamente discrezionale nella misura in cui lo stesso, sussistendone i presupposti individuati dalla legge debba "di norma" essere adottato, residuando in capo all'ispettore procedente esigui margini di valutazione in ordine alla sussistenza di quelle particolari condizioni che ne suggeriscano l'opportunità di non adottarlo. Sarebbe effettivamente paradossale un uso acritico della disposizione che determinasse una adozione quasi automatica del provvedimento di sospensione, adozione che in ipotesi dovesse determinare a sua volta una situazione di maggior pericolo per l'incolumità dei lavoratori o di terzi. In tali casi, proprio conformemente alla *ratio* "cautelare" del provvedimento, l'ispettore del lavoro potrebbe, motivando, non adottare il provvedimento stesso.

Si ritiene debba essere parimenti valutata con estrema attenzione la adottabilità del provvedimento di sospensione in tutti i casi in cui essa pregiudichi il regolare svolgimento di un servizio pubblico.

Con particolare riferimento alla sospensione per l'impiego di lavoratori in nero si ritiene opportuno un adeguato apprezzamento in ordine alla sua adottabilità qualora da essa possa derivare danno grave agli impianti ed alle attrezzature ovvero ai beni, anche se, la possibilità ora consentita di differire il momento dell'efficacia rispetto a quello della adozione finisce per affievolire di molto la configurabilità di casi di specie.

Preclusioni. La microimpresa – Il nuovo comma 11-bis dell'art. 14, nel recepire sostanzialmente quanto già delineato con la Direttiva del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 18 settembre 2008 pone una vera e propria preclusione alla adottabilità del provvedimento di sospensione ("non si applica") nel caso in cui il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dall'impresa. Resta inteso che, in tali casi, pur non trovando applicazione la sospensione dovrà essere disposto l'allontanamento immediato del lavoratore irregolare stesso sino alla sua completa regolarizzazione anche e soprattutto con riferimento agli incombenti di sicurezza (visite mediche, obblighi di formazione ed informazione).

Presupposti per l'adozione del provvedimento.

A) *Impiego di lavoratori in nero* - Alla luce della entrata in vigore della legge 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro) il dominio della sospensione e della maxi-sanzione descritto dall'impiego irregolare di forza lavoro non appaiono più esattamente sovrapponibili tanto che, ad oggi, differiscono i presupposti per l'applicazione dell'uno e dell'altro provvedimento (in tal senso cfr. anche la recente Circolare MLPS 38/2010 del 12/11/2010). L'art. 14 del T.U. prevede la possibilità, per il solo personale ispettivo del Ministro del lavoro, di adottare il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale qualora si riscontri "l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro". Sostanzialmente coincidente, prima del 24 novembre 2010 (data di entrata in vigore del c.d. Collegato lavoro" era l'ambito di applicazione della maxisanzione nella misura in cui il previgente testo dell'art. 3 del d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2002, n. 73 consentiva l'applicazione della c.d. maxisanzione nei casi di "impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria". Era di tutta evidenza la sostanziale uniformità anche testuale delle due disposizioni che in definitiva individuavano identici presupposti soggettivi (salva la misura percentuale ai fini della sospensione) per la adozione dei due pur distinti provvedimenti. Tanto è vero che fino a ieri, anche dal punto di vista strettamente statistico la sospensione era in rapporto di continenza rispetto alla maxisanzione (in altre parole ad ogni lavoratore sospeso corrispondeva un provvedimento di maxisanzione).

Con l'entrata in vigore del c.d. collegato lavoro si determina una sfasatura tra i presupposti di adozione del provvedimento di sospensione (come sopra illustrati) e quelli di adottabilità della maxisanzione ora delimitati ai casi di impiego di lavoratori subordinati in assenza di comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro. Ai fini della adottabilità della sospensione resta pertanto indifferente la qualificazione giuridica del titolo che sottende le motivazioni dell'occupazione (lavoratore subordinato, collaboratore familiare, socio lavoratore, associato in partecipazione con apporto di lavoro ed altre tipologie). In tale quadro può definirsi come "in nero" (oggi ai fini della sospensione) quel lavoratore a vario titolo utilizzato senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l'impiego ovvero previa comunicazione ad altri Enti ove richiesto dalla specifica fattispecie.

Ai fini della sospensione potranno in ipotesi risultare irregolari: tutti i lavoratori per i quali non sia stata effettuata, se richiesta dall'ordinamento, la comunicazione al Centro per l'impiego competente, ovvero non siano stati effettuati gli adempimenti di cui all'art. 23 del DPR 1124/1965; tutte le tipologie di "utilizzo" di cui all'art. 2 comma 2, lett. a) del T.U. 81/2008; i lavoratori autonomi ex art. 2222 cod. civ. non genuini.

Quanto alla percentuale del 20% va detto che la stessa assume come base di calcolo il totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro al momento dell'accesso ispettivo (a tal fine dovranno conteggiarsi tanto i lavoratori regolari quanto gli irregolarmente utilizzati).

B) *Gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro* – In attesa del decreto che a tal fine individui le violazioni ritenute gravi e della stessa indole, costituiscono attualmente presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione quelle contenute nell'allegato I del D. Lgs. 81/2008 stesso. Quanto al requisito della reiterazione essa è da intendersi come violazione di norme della stessa indole commesse nel quinquennio.

Effetti del provvedimento – Gli effetti del provvedimento di sospensione si estendono alla sola unità produttiva ove si siano verificati i presupposti per la sua adozione (nel caso di aziende con più unità produttive rimane pertanto impregiudicata la possibilità di continuare a svolgere attività di impresa presso unità non coinvolte nel provvedimento di sospensione; allo stesso modo in edilizia sarà in ipotesi inibita l'attività del singolo cantiere mobile ove ha avuto luogo l'accesso ispettivo).

Come anticipato, il comma 11-bis differisce la produzione degli effetti del provvedimento di sospensione adottato sul presupposto della presenza di lavoratori irregolari alle ore 12 del giorno successivo, ovvero alla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non possa essere interrotta. Qualora dalla prosecuzione dell'attività possano al contrario derivare condizioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o di terzi, la sospensione dovrà essere adottata con effetto immediato.

Nei casi di riscontrate violazioni prevenzionistiche non opera il descritto differimento di efficacia; in tali casi pertanto il provvedimento sarà immediatamente inibitorio dell'attività lavorativa.

Adozione del provvedimento “su segnalazione” – Ove i presupposti per l'applicazione del provvedimento di sospensione vengano accertati da funzionari di Enti non titolati alla immediata adozione del provvedimento stesso, dovrà farsi luogo al tempestivo invio della segnalazione del fatto, che dovrà comunque avvenire entro sette giorni dall'accertamento, corredata, anche *de relato*, di tutti i presupposti per l'adozione del provvedimento da parte del personale del Servizio ispezione del lavoro della Direzione provinciale del lavoro. Al fine di evitare ingiustificabili discriminazioni tra operatori economici derivanti dal solo fatto della diversa qualifica rivestita dal soggetto accertatore (l'operatore economico che subisca la visita dell'ispettore del lavoro patirebbe le conseguenze del provvedimento interdittivo, quello soggetto ad accertamento da parte di un militare della Guardia di Finanza, o funzionario di Enti previdenziali o assicurativi potrebbe, a parità di condizioni andarne indenne) appare esiziale, anche in forza del disposto dell'art. 10, comma 5 del D. Lgs. 124/2004 che la tempestività nella segnalazione alla DPL consenta ai funzionari ispettivi della stessa di intervenire con la massima celerità e comunque prima che si sia fatto luogo alla regolarizzazione che, come detto, se conosciuta, sarebbe ostativa alla legittima adozione del provvedimento.

Revoca del provvedimento – E' condizione per la revoca (ad istanza di parte) dell'adottato provvedimento di sospensione: a) la regolarizzazione dei lavoratori irregolarmente utilizzati; b) l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; c) il pagamento di una somma aggiuntiva pari a 1500 Euro nella ipotesi di lavoro irregolare ovvero di 2500 euro nelle ipotesi di sospensione per violazioni prevenzionistiche.

In ordine al precedente punto a) il Ministero del lavoro con propria circolare 33/2009 ha espressamente chiarito che ai fini della regolarizzazione non potranno di norma ammettersi tipologie contrattuali che richiedono la forma scritta *ad substantiam* (ad esempio il contratto a tempo determinato) né il lavoro intermittente.

Per quanto concerne la “regolarizzazione” di lavoratori clandestini ovvero minori, ferma restando l'impossibilità della loro assunzione sarà comunque dovuta la quota di contribuzione di legge sulla scorta della avvenuta prestazione di fatto con violazione di legge (art. 2126 c.c.).

La revoca del provvedimento adottata, sulla scorta della acclarata regolarizzazione e dell'intervenuto esatto pagamento della soma aggiuntiva dimostrata con esibizione di modello F23, entro il termine assegnato, determina il mancato prodursi degli effetti sospensivi del provvedimento.

La regolarizzazione intervenuta prima dell'adozione del provvedimento di sospensione (ad esempio nei casi di sospensione su segnalazione) determina, in quanto illegittimamente emesso, l'annullamento del provvedimento in sede di autotutela.

Un recente intervento della Corte Costituzionale – La Corte Costituzionale, con sentenza del 5 novembre 2010, n. 310 (in G.U. 1a s.s. 10/11/2010, n. 45) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "dell'articolo 14, comma 1, in argomento nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'articolo 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990. Ciò posto, sulla scorta del pronunciamento di legittimità, anche i provvedimenti di sospensione in quanto atti formalmente e sostanzialmente amministrativi dovranno contenere adeguata motivazione coerente all'adottato provvedimento (il Ministero del lavoro, DGAI, con nota dell'8/11/2010, prot. 18802 ha esplicitamente indicato una motivazione “standard” da inserire nel corpus del verbale di sospensione del seguente tenore: “Poiché i lavoratori sopra identificati sono stati trovati intenti al lavoro dai sottoscritti verbalizzanti in totale assenza di qualsiasi documento che ne attesti con certezza la regolare occupazione; risultando gli stessi impegnati nelle attività lavorative indicate nella tabella di cui sopra, sussistono le ragioni di fatto e di diritto che comportano l'adozione del presente provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 14 del D. Lgs. n. 81/2008. Trattasi dunque di lavoro concretamente svolto senza alcuna preventiva registrazione in documentazione obbligatoria – così come accertato personalmente dagli scriventi verbalizzanti, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 2700 c.c., con verbale di primo accesso ispettivo redatto contestualmente al presente provvedimento e notificato congiuntamente allo stesso, da parte di un numero di lavoratori pari a ____ sul totale dei lavoratori presenti sul luogo i lavoro pari a ____ e quindi con una percentuale di lavoratori non risultante dalla documentazione obbligatoria pari al ____%”).

Inottemperanza al provvedimento – Il datore di lavoro che non ottempera al provvedimento di sospensione continuando ad esercitare la propria attività nonostante l'ordine legalmente dato, è punito con l'arresto fino a sei mesi nelle ipotesi di sospensione a fini di prevenzione e con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2500 a 6400 Euro nelle ipotesi di sospensione per lavoro irregolare. In tale secondo caso stante l'alternatività della pena (arresto/ammenda) trova applicazione l'istituto della prescrizione ed estinzione del reato in via amministrativa ex art. 20 e ss. del D. Lgs. 758/1994. La prescrizione consisterà nel sospendere l'attività imprenditoriale sino ad avvenuta regolarizzazione dei lavoratori coinvolti. L'adempimento della prescrizione (regolarizzazione e pagamento di € 1500) consentirà l'ammissione del pagamento di ¼ del massimo dell'ammenda pari ad € 1600.

Nel caso di inottemperanza al provvedimento di sospensione per violazione di norme prevenzionistiche, inottemperanza sanzionata con la sola ammenda si farà luogo alla comunicazione della notizia di reato all'A.G.

Ricorsi avverso il provvedimento di sospensione – Il silenzio significativo. Avverso il provvedimento di sospensione è ammesso ricorso, entro trenta giorni alla Direzione regionale del lavoro territorialmente competente, la quale si pronuncia nei quindici giorni dalla notifica del ricorso. Decorso inutilmente tale termine il provvedimento di sospensione perde efficacia.

Provvedimento interdittivo alla contrattazione con la P.A. – I provvedimenti di sospensione protrattisi senza regolarizzazione oltre il termine di differimento (non anche quindi quelli revocati prima della loro efficacia), dovranno essere comunicati: all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; per gli aspetti di rispettiva competenza, ai fini della emanazione del provvedimento di interdizione dalla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche.

La diffida a regolarizzare

Marica Micozzi (Segretario CLES Macerata)

L'istituto della diffida a sanare è stato introdotto dal legislatore con l'art. 13 del D. Lgs. n. 124/2004 e con lo specifico scopo di dar vita ad uno strumento di procedibilità per gli organi di vigilanza chiamati ad espletare verifiche in materia di lavoro e legislazione sociale. Tale istituto, che nel corso degli anni ha rappresentato un utile strumento nell'azione di contrasto al lavoro sommerso e una spinta alla regolarizzazione incentivata è stato interamente riscritto dall'art. 33 della legge 183/2010, il "Collegato Lavoro".

In particolare la nuova normativa ha apportato evidenti modifiche in merito ai soggetti che devono adottare l'atto in questione, in merito ai destinatari dell'atto stesso, nonché in merito ai termini da utilizzare, sia per la regolarizzazione delle inosservanze riscontrate, sia per effettuare il pagamento della sanzione in forma ridottissima.

TITOLARI DEL POTERE DI DIFFIDA

In primo luogo, con riguardo ai titolari del potere di diffida l'art. 13, comma 6, del D.Lgs. n. 124/2004, come sostituito dall'art. 33 del "Collegato Lavoro", conferma le attribuzioni previgenti, relative al personale ispettivo, affiancando agli ispettori del lavoro anche gli ispettori e i funzionari amministrativi degli Istituti previdenziali «per le inadempienze da essi rilevate» (senza più, quindi, una esplicitazione per materia, anche in considerazione della possibilità di contestare la maxisanzione contro il sommerso riconosciuta agli ispettori previdenziali dall'art. 4 del "Collegato Lavoro").

Il legislatore interviene poi in maniera del tutto innovativa, con la previsione contenuta nel nuovo comma 7 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, secondo cui «il potere di diffida» viene «esteso agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria che accertano, ai sensi dell'art. 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689, violazioni in materia di lavoro e legislazione sociale». Anche agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria (Carabinieri, Guardia di Finanza, Polizia di Stato), che rivestono permanentemente tale qualifica (art. 55 c.p.p.), dunque, in quanto specificamente abilitati (art. 13, comma 4, della legge n. 689/1981) ad accertare le violazioni punite con sanzione amministrativa, possono porre in essere il procedimento di diffida obbligatoria, pertanto, «qualora rilevino inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, essi provvedono a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, con gli effetti e le procedure» di cui ai commi 3, 4 e 5 dello stesso art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 (così per l'art. 13, comma 7, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 124/2004).

In tal senso quindi il "Collegato Lavoro" giunge a ricondurre il dettato normativo sulla diffida, in termini di "equità" e di "giustizia sostanziale", ad una lettura costituzionalmente orientata della norma (ex art. 3 Cost.), riconoscendo l'attribuzione generale *ex lege* del potere di diffida obbligatoria, collegandolo non già ai soggetti, ma all'oggetto, anche in ragione della natura di condizione di procedibilità dell'azione sanzionatoria: l'identica inosservanza corrisponde ora ad una identica reazione sanzionatoria, a prescindere da chi la rileva e l'accerta.

DESTINATARI DEL PROVVEDIMENTO

Destinatari del provvedimento di diffida sono sia il trasgressore, persona fisica, sia l'eventuale obbligato in solido, persona giuridica, mentre la previgente normativa stabiliva che destinatario del provvedimento fosse unicamente il datore di lavoro, con la conseguenza che allo stato attuale l'atto di diffida deve essere notificato sia al trasgressore (persona fisica, titolare della ditta individuale, ovvero legale rappresentante nelle forme societarie) sia all'obbligato in solido (persona giuridica).

In proposito la circolare del Ministero del Lavoro n. 41/2010 ha precisato che in presenza di più trasgressori (a titolo esemplificativo diversi soci parimenti responsabili in una società in nome collettivo) la diffida deve essere notificata a ciascuno di essi e l'ottemperanza alla diffida stessa da parte di un solo trasgressore consente al medesimo e a tutti gli altri di accedere al pagamento delle sanzioni in misura minima, mentre il procedimento sanzionatorio si estingue con il pagamento della sanzione minima da parte di ciascun trasgressore, ovvero da parte dell'obbligato in solido, per conto di ogni singolo trasgressore.

AMBITO DI APPLICAZIONE

Ai sensi dell'art. 13, comma 2, del D.Lgs. n. 124/2004, qualora l'ispettore del lavoro, ovvero anche quello previdenziale, ovvero anche gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, durante un accertamento ispettivo, vengano a constatare l'inosservanza di norme, «di legge o del contratto collettivo», in materia di lavoro e legislazione sociale, per inadempimenti cui la legge ricollega sanzioni amministrative, «provvedono a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido» alla «regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, entro il termine di trenta giorni» dalla data di notificazione del verbale unico conclusivo.

La diffida opera, quindi: nelle ipotesi in cui vi sono violazioni che costituiscono illeciti amministrativi; quando le inosservanze, e cioè gli inadempimenti, risultano materialmente sanabili.

D'altro canto, rispetto al testo previgente l'attuale previsione dell'art. 13, comma 2, non si limita a far riferimento alla «constatata inosservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale», ma esplicita con completezza il

parametro normativo riferendosi alla «constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale». Le norme da cui scaturisce l'inosservanza e, conseguentemente, se sanabile, la diffida amministrativa obbligatoria, sono sia di derivazione legislativa che contrattuale collettiva. La norma si volge a considerare il ruolo di completamento "normativo" della contrattazione collettiva rispetto alla disciplina legale.

La diffida, dunque, anche dopo l'intervento del "Collegato Lavoro", si caratterizza in modo da non lasciare spazio alla discrezionalità dell'organo di vigilanza circa la sua adozione o meno: l'ispettore, infatti, deve limitarsi a constatare l'inadempienza e a valutarne la sanabilità attraverso un comportamento successivo, e ovviamente tardivo, del trasgressore (ovvero dell'obbligato in solido), nel termine di trenta giorni ora prefissato dal Legislatore.

Il Ministero del Lavoro, già con circolare n. 9 del 2006 ha ribadito che la diffida riveste carattere obbligatorio, nel senso che costituisce una condizione di procedibilità dell'azione sanzionatoria degli illeciti amministrativi in materia di lavoro e di legislazione sociale.

Pertanto, l'adozione di un provvedimento di contestazione/notificazione di una violazione ritenuta sanabile non preceduta dalla diffida ex art. 13 cit. è inficiata da un vizio di carattere procedimentale, che si ripercuote sulla legittimità del provvedimento stesso.

Relativamente alla sanabilità delle violazioni, il requisito della sanabilità sussiste in tutti i casi di inosservanze consistenti in comportamenti materialmente realizzabili, indipendentemente quindi dalla istantaneità o meno della condotta oggetto della fattispecie sanzionatoria, purché non si tratti di violazione di norme poste a diretta tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore (in tal caso, a titolo esemplificativo, non è soggetta a diffida la violazione relativa al mancato godimento del riposo giornaliero pari a n. 11 ore consecutive).

Peraltro, tutte le violazioni i cui adempimenti possono essere considerati astrattamente sanabili non consentono, tuttavia, l'applicazione dell'istituto in esame qualora la regolarizzazione da parte del datore di lavoro non sia materialmente possibile. Ciò accade, ad esempio, nell'ipotesi di applicazione della diffida alla sanzione definita maxisanzione, comminata per l'occupazione di un lavoratore non comunitario sprovvisto del permesso di soggiorno, ipotesi in cui, non essendo il lavoratore in questione soggetto a regolarizzazione, non potrà trovare applicazione l'istituto della diffida.

PROFILI PROCEDURALI

La diffida a sanare deve essere allegata al verbale conclusivo degli accertamenti e deve quindi essere adottata una volta definiti gli accertamenti stessi, e cioè nel momento in cui sia stata raggiunta la prova per tutte le violazioni commesse e constatate. Nell'atto di diffida a sanare deve essere indicata sia la violazione di legge posta in essere dal trasgressore, sia la condotta che lo stesso dovrà adottare per accedere al pagamento della sanzione in misura minima e nel medesimo atto è altresì contenuta la notificazione dell'illecito amministrativo contestato, ai sensi della legge n. 689/1981, che acquista efficacia diretta nel caso in cui il trasgressore ovvero l'obbligato in solido non ottemperi a quanto espresso nell'atto di diffida o non effettui il pagamento della sanzione in misura minima.

Il funzionario accertatore, con l'atto di diffida a sanare, concede al trasgressore, o all'obbligato in solido, un termine pari a giorni 30 dalla notifica del verbale (termine che decorre per i destinatari dal momento della ricezione del verbale e dei relativi allegati) per ottemperare a quanto indicato nell'atto di diffida e porre quindi in essere un comportamento attivo atto a sanare le inosservanze accertate e materialmente sanabili.

Se il trasgressore (o l'obbligato in solido) ottempera alla diffida impartita dall'accertatore il procedimento sanzionatorio si estingue, a seguito del pagamento, entro il termine di quindici giorni dalla scadenza dei trenta giorni affidati per la regolarizzazione, di una somma di denaro a titolo di sanzione amministrativa, in un importo ridotto pari al minimo fissato dalla legge oppure, in caso di sanzioni in misura fissa, a un quarto dell'importo così stabilito (cd. sanzione "ridottissima").

L'attuale comma 3 dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, peraltro, condiziona l'estinzione del procedimento sanzionatorio non soltanto al pagamento della sanzione ridottissima, ma anche alla «effettiva ottemperanza alla diffida», inoltre ne delimita operativamente la portata prevedendo espressamente la possibilità di estinguere il procedimento «limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida».

Per effetto del comma 5 del novellato art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, l'adozione della diffida interrompe i termini fissati dall'art. 14 della legge n. 689/1981 per la contestazione mediante notificazione degli illeciti amministrativi riscontrati, fino alla scadenza del termine per la regolarizzazione e per il pagamento della sanzione ridottissima, ciò significa che, verificata l'inottemperanza alla diffida ovvero il mancato pagamento della somma agevolata da parte del trasgressore o dell'obbligato in solido, l'attività sanzionatoria riprende il suo corso ordinario e, come ora espressamente previsto dalla norma, se da parte del trasgressore o dell'obbligato in solido non è stata fornita prova al personale ispettivo dell'avvenuta regolarizzazione e del pagamento della somma prevista, il verbale unico produce gli effetti della contestazione e notificazione degli addebiti accertati nei confronti di entrambi.

La legge del 2010 ha previsto un termine certo per l'effettuazione del pagamento della sanzione ridottissima (art. 13, comma 3, prima parte, D.Lgs. n. 124/2004: «entro il termine di quindici giorni dalla scadenza del termine»), mentre nel testo previgente, per la dimostrazione dell'avvenuto pagamento, che estingue il procedimento sanzionatorio, era il funzionario ispettivo ad assegnare un termine al trasgressore. La somma agevolata seguita a non poter essere ammessa al pagamento dilazionato, secondo quanto chiarito con la risposta ad Interpello n. 2226 dell'8 marzo 2006. D'altronde, in considerazione del fatto che la sanzione "ridottissima" rappresenta l'effetto di una scelta premiale, che scaturisce dall'atteggiamento adesivo regolarizzante, in tanto il datore di lavoro diffidato che ottempera merita l'estinzione del

procedimento sanzionatorio, «limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa» (art. 13, comma 3, seconda parte, D.Lgs. n. 124/2004), in quanto provvede celermente e integralmente a sanare ogni addebito. L'estinzione del procedimento sanzionatorio, che consegue al pieno adeguamento datoriale (adempie alla diffida e paga la sanzione), sta a significare il venire meno e la caducazione delle violazioni amministrative rilevate e per le quali si è operata la diffida.

Il "Collegato Lavoro" ha espressamente previsto, dunque, che nell'ipotesi, non eccezionale, del trasgressore o dell'obbligato in solido che ottempera alla diffida, ma non paga la sanzione "ridottissima", ovvero non fornisca al personale ispettivo la prova dell'avvenuta regolarizzazione e del pagamento della sanzione agevolata, non si ha estinzione del procedimento sanzionatorio, ma piuttosto il verbale unico produce gli effetti della contestazione e notificazione degli addebiti accertati nei confronti del trasgressore e della persona obbligata in solido ai quali lo stesso verbale conclusivo sia stato notificato (art. 13, comma 5, seconda parte, D.Lgs. n. 124/2004).

Nel silenzio della legge, invece, quando si ha completa e tempestiva regolarizzazione (con ottemperanza alla diffida), ma il pagamento della sanzione ridottissima risulta effettuato in ritardo, pur essendo ora previsto dalla legge un termine (quindici giorni) per il pagamento della sanzione "ridottissima", si ritiene che il pagamento in ritardo della somma agevolata, a seguito di tempestiva e completa ottemperanza alla diffida, potrà essere preso in considerazione da parte dell'Ufficio Legale della DPL competente a ricevere il rapporto dei funzionari accertatori e da parte del Dirigente chiamato a sottoscrivere il provvedimento di ingiunzione purché esso avvenga nei limiti di una obiettiva ragionevolezza, vale a dire non oltre il termine ultimo per la proposizione degli strumenti difensivi (e cioè entro il settantacinquesimo giorno dalla notifica del verbale di accertamento e notificazione che contiene la diffida).

DIFFIDA "ORA PER ALLORA"

Sono diffidabili anche gli inadempimenti che attengono a comportamenti omessi nei termini di legge, ma già posti in essere tardivamente dal datore di lavoro, in modo spontaneo, in un momento che precede l'accertamento ispettivo. L'estensione che il Ministero del lavoro ha operato, in via interpretativa, con riguardo alle fattispecie di adempimento tardivo, è stata ritenuta legittima dal "Collegato Lavoro" che ha previsto tale ipotesi nel comma 4, lett. c), dell'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, che prevede la possibilità di estinguere gli illeciti ottemperando alla diffida e provvedendo al pagamento della somma agevolata, ma anche direttamente «pagando la medesima somma nei casi di illeciti già oggetto di regolarizzazione»; il "Collegato Lavoro" ha così espressamente riconosciuto che la diffida "ora per allora" è connessa alle finalità dell'istituto e corrisponde a canoni di conformità al dettato costituzionale (principi di ragionevolezza e di uguaglianza).

In tal caso i funzionari accertatori devono allegare al verbale conclusivo l'atto di diffida ora per allora, in cui vengono individuate le norme di legge violate e gli adempimenti posti in essere in forma spontanea dal trasgressore (o obbligato in solido), concedendo un termine pari a giorni 15 per effettuare il pagamento della sanzione in misura minima.

Anche in questa circostanza, una volta decorso il termine per effettuare il pagamento, nel caso in cui lo stesso non venga compiuto, l'atto notificato diviene notificazione di illecito amministrativo.

DIFFIDA MAXISANZIONE

L'istituto della diffida, così come illustrato e previsto dal nuovo art. 13 del D. Lgs. n. 124/2004, trova applicazione anche nell'ipotesi di lavoro nero in cui è applicabile la maxisanzione.

In tal caso quindi il funzionario accertatore deve diffidare il trasgressore e l'obbligato in solido a regolarizzare la posizione del lavoratore occupato in forma irregolare, sotto l'aspetto retributivo, contributivo e lavoristico.

La circolare del Ministero del Lavoro n. 38/2010 ha chiarito che per regolarizzazione si intende sia la comunicazione del giorno di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro sia il versamento contributivo e che l'ottemperanza alla diffida è condizione imprescindibile per l'ammissione al pagamento della sanzione in misura minima.

Anche in tal caso ovviamente la diffida potrà essere adottata in presenza di una violazione materialmente sanabile, fattispecie che non si verifica nell'ipotesi di occupazione irregolare di soggetto extracomunitario sprovvisto di permesso di soggiorno, ovvero di soggetto minorenni privo dei requisiti per espletare attività lavorativa, stante l'impossibile regolarizzazione delle predette posizioni lavorative.

Il verbale di accertamento

Gianna Maria Moriconi (Ufficio Legale DPL Macerata)

L'art. 33 del Collegato Lavoro sostituisce integralmente il testo originario dell'art. 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124. La norma rappresenta la traduzione legislativa delle previsioni complessivamente anticipate e contenute nella Direttiva sui servizi ispettivi e le attività di vigilanza del Ministero del Lavoro del 18 settembre 2008 in materia di verbalizzazione unica e di semplificazione dell'attività ispettiva.

Il novellato art. 13 prevede, in primo luogo, che all'ammissione alla procedura di regolarizzazione nonché alla contestazione delle violazioni amministrative di cui all'art. 14 della legge 689/1981, il personale ispettivo deve provvedere con un unico verbale notificato al trasgressore ed all'eventuale obbligato in solido.

La norma è chiara nel disciplinare che l'attività ispettiva deve concludersi esclusivamente con un unico verbale; è, pertanto, inevitabile che condotte illecite accertate in tempi diversi da parte del personale ispettivo dovranno attendere la conclusione delle indagini ispettive, poiché le relative sanzioni dovranno essere notificate complessivamente.

Tale novità ha una duplice rilevanza.

Da un lato, tale previsione muove nell'ottica di semplificazione e di trasparenza nei confronti del soggetto ispezionato, che oggi non è più come in passato "bersaglio" di una molteplicità di atti di notificazione tutti effettuati nel corso di un unico procedimento ispettivo, molteplicità di atti che costringevano ad effettuare una pluralità di ricorsi ed in seguito anche di impugnazioni giudiziali (posto che ad ogni illecito notificato corrispondeva un rapporto e di conseguenza un ordinanza – ingiunzione).

Dall'altro, ponendosi nell'ottica del funzionario ispettivo, la circostanza di poter notificare tutti gli illeciti con un unico verbale fa sì che il termine massimo di 90 giorni, previsto a pena di decadenza dall'art. 14 della L. 689/1981 per la notificazione dell'illecito amministrativo al trasgressore e all'eventuale obbligato in solido, non decorrerà più da ogni singolo illecito accertato (ad esempio l'eventuale invio in ritardo di una comunicazione di assunzione), bensì dalla definizione dell'intero accertamento, all'esito del compimento di tutti gli atti di indagine necessari ad averne contezza (acquisizione di dichiarazioni testimoniali, richiesta di documentazione, esame della stessa ecc.).

Nel ricordare che la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito la possibilità per il giudice di merito di sindacare la ragionevolezza della durata dell'accertamento e che l'esigenza di circoscrivere gli accertamenti ispettivi in un arco temporale certo è ribadita dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 41/2010, va comunque evidenziato come la previsione in esame dia un po' di respiro al funzionario ispettivo e, certamente, si pone nell'ottica di una migliore qualità dell'accertamento non più asfissiato dalla molteplicità dei termini di decadenza.

Un'importante annotazione sulla notifica del verbale nel rispetto dei termini di cui all'art. 14 della L. n. 689/1981 è contenuta nella predetta circolare n. 41/2010, ove viene evidenziato, sulla base della sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 2002, (che come noto ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e 4, comma 3, della legge n. 890 del 1982, nella parte in cui prevedeva che la notificazione a mezzo posta si perfezionasse, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario) che il rispetto dei 90 giorni verrà valutato, nel caso di notifica a mezzo posta, per il soggetto notificante, alla data di spedizione della raccomandata e non a quella della ricezione da parte del destinatario.

La legge disciplina il contenuto del verbale di accertamento e notificazione, che dovrà indicare:

1. gli esiti dettagliati dell'accertamento con indicazione puntuale delle fonti di prova degli illeciti rilevati;
2. la diffida a regolarizzare gli inadempimenti sanabili;
3. la possibilità di estinguere gli illeciti ottemperando alla diffida e provvedendo al pagamento della somma agevolata (minimo edittale o un quarto della sanzione in misura fissa) ovvero pagando la medesima somma nei casi di illeciti già oggetto di regolarizzazione (cosiddetta "diffida ora per allora");
4. la possibilità di estinguere gli illeciti non diffidabili, ovvero quelli oggetto di diffida per i quali non sia stata effettuata nel termine di legge la regolarizzazione (ed il conseguente versamento della sanzione al minimo), mediante il pagamento della sanzione in misura ridotta ai sensi dell'art. 16 della legge 689/91, (ovvero in misura pari alla somma più favorevole tra un terzo del massimo ed il doppio del minimo della sanzione, se previsto);
5. l'indicazione degli strumenti di difesa e degli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini di impugnazione.

La previsione di cui al punto 1) costituisce sicuramente una importante novità, anticipata comunque dal codice di comportamento degli ispettori del lavoro di cui al DD del 20 aprile 2006 che stabiliva che "Le conclusioni finali alle quali è pervenuto l'ispettore devono essere adeguatamente motivate, anche al fine di prevenire il contenzioso amministrativo" (art. 16) e che "Il processo verbale deve contenere ogni elemento utile a garantire e ad assicurare la possibilità di difesa del presunto trasgressore" (art.15).

La norma si pone in relazione con il generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi previsto dall'art. 3 della legge n. 241/1990 e ribadito di recente anche per i procedimenti ispettivi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 310 del 5.11.2010, stabilendo quali siano gli elementi che il verbale debba contenere per conformarsi a detta previsione, nonché ai principi, costituzionalmente sanciti, di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa: gli esiti dettagliati degli accertamenti e l'indicazione puntuale delle fonti di prova.

In tal modo il destinatario dell'atto avrà contezza delle attività compiute dai funzionari ispettivi nel lasso di tempo intercorso tra il primo accesso ispettivo e la notifica degli eventuali illeciti amministrativi e di quali siano le fonti di prova che abbiano condotto alla definizione degli accertamenti, nonché, evidentemente, della effettiva data di conclusione degli stessi (in relazione al già citato art. 14 della L. 689/1981).

Di estrema delicatezza appare, comunque, la previsione relativa all'indicazione delle fonti di prova in quanto, se con riguardo alla dettagliata indicazione della documentazione che ha sostenuto l'accertamento non sembrano sollevarsi particolari problematiche, discorso diverso va fatto quanto alle dichiarazioni spontanee eventualmente acquisite dai funzionari ispettivi, posto che in tal caso l'esigenza di garantire la difesa del destinatario della notificazione dell'illecito deve necessariamente bilanciarsi con la tutela dei lavoratori interessati dall'accertamento e dalla verbalizzazione delle suddette dichiarazioni, per non esporli al pericolo di ritorsioni da parte del datore di lavoro.

La già citata circolare del Ministero del lavoro n. 41/2010 contiene chiare indicazioni in tal senso, richiamando l'attenzione del personale sulla necessità che l'indicazione, anche virgolettata, del contenuto delle eventuali dichiarazioni spontanee acquisite “non deve implicare il riferimento alle generalità di coloro che le hanno rilasciate, che pertanto devono restare anonime, né deve rendere riconoscibile in alcun modo il dichiarante” né, ovviamente contenere dati sensibili.

Nel ribadire, pertanto, la necessità dell'abbandono di formule generiche quali “..dalle informazione raccolte nel corso degli accertamenti è emerso che...”, va comunque evidenziato come la carenza degli elementi essenziali richiesti nel verbale di accertamento e notificazione (tra le quali assume, evidentemente, importanza primaria proprio l'indicazione delle fonti di prova) potrà rilevare come violazione di legge, nei limiti di quanto previsto dall'articolo 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990, secondo cui «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Ovviamente quanto sinora detto riguarda esclusivamente le fonti di prova relative agli illeciti amministrativi, in quanto le prove relative ad eventuali reati continueranno ad essere indicate solamente nella comunicazione al Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 347 c.p.p.

Dei punti 2 e 3, ovvero della diffida obbligatoria e della possibilità di estinguere gli illeciti ottemperando alla stessa e provvedendo al pagamento della somma agevolata si parlerà in seguito, mentre con riguardo agli illeciti amministrativi non oggetto di diffida, in quanto non sanabili, e a quelli sanabili, ma di fatto non sanati l'art. 13, comma 4, lett. d stabilisce che il verbale conclusivo deve indicare espressamente “la possibilità di estinguere gli illeciti (...) attraverso il pagamento della sanzione in misura ridotta ai sensi dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689”. Qui il legislatore recupera uno dei contenuti necessari del provvedimento di contestazione o notificazione degli illeciti amministrativi ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689/1981, rispetto al quale, appunto, il funzionario accertatore è tenuto ad ammettere il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido al pagamento della sanzione in misura ridotta nel termine di sessanta giorni dalla avvenuta notificazione del provvedimento stesso.

Da ultimo, l'art. 13, comma 4, lett. e, del d.lgs. n. 124/2004, prevede che nel verbale di accertamento e notificazione sia chiaramente esposta una ampia e dettagliata clausola difensiva contenente “l'indicazione degli strumenti di difesa e degli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini di impugnazione”. La norma fa implicitamente riferimento ai due strumenti difensivi di carattere generale mediante i quali l'intero verbale unico può formare ordinariamente oggetto di impugnazione, posta la sua pacifica non opponibilità in giudizio, vale a dire gli scritti difensivi al Direttore della Direzione provinciale del lavoro (art. 18 della legge n. 689/1981) e il ricorso al Comitato regionale per i rapporti di lavoro (art. 17 del d.lgs. n. 124/2004).

Quanto alla specificazione dei termini entro i quali gli strumenti di difesa devono essere proposti, la unicità del verbale di accertamento e notificazione viene come detto in rilievo, giacché non potrà più ritenersi ammissibile, né necessaria, una impugnativa plurima del medesimo provvedimento, in ragione della differente decorrenza astratta del termine, che muta con riferimento alle ipotesi di illecito sanabile, condizionate dai tempi della diffida a regolarizzare, e agli illeciti non sanabili, per i quali sussiste la sola notificazione. Il termine per la proposizione dei singoli strumenti di contenzioso, diviene unico e certo, dovendosi individuare in base alla tipologia di violazioni rilevate e contestate a verbale.

Più precisamente il termine di 30 giorni dalla notifica previsto per il ricorso ex art. 17 della d.lgs. 124/2004 o per la presentazione di scritti difensivi ex art. 18 della L. 689/1981 diviene di 45 gg, se il verbale non contenga esclusivamente la notificazione di illecito amministrativo non diffidabile ma anche una diffida “ora per allora” e di 75gg se contenga anche un diffida a sanare dovendosi attendere che anche tali atti producano gli effetti della contestazione e notificazione degli illeciti amministrativi (ciò che avverrà nel caso di diffida ora per allora solo con il decorso dell'ulteriore termine di 15 gg senza che l'interessato dimostri di aver pagato la sanzione in misura minima e nel caso di diffida a sanare di ulteriori 45 giorni (30 giorni per la regolarizzazione + 15 per il pagamento della sanzione in misura minima).

Qualora, infine, al verbale di primo accesso ispettivo non faccia seguito alcun provvedimento sanzionatorio, sempre a garanzia della correttezza e della trasparenza dell'attività ispettiva, il datore di lavoro ispezionato dovrà essere reso edotto di ciò mediante apposita comunicazione di regolare definizione degli accertamenti.