



Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio?

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 337/2017

© Vincenzo Ferrante 2017
Università Cattolica del S. Cuore
vincenzo.ferrante@unicatt.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio?^α

**Vincenzo Ferrante
Università Cattolica del S. Cuore**

1. Evoluzioni recenti della disciplina di legge sul "sommerso". La riforma degli appalti.	2
2. Le fonti europee e sovranazionali.	8
3. Le ragioni del sindacato e il ruolo della legislazione.	12
4. Lavoro "non dichiarato" e lavoratori "sommersi": un tentativo di tipizzazione.	17
5. Generale irrilevanza della costituzione irregolare del rapporto in ordine agli effetti che si producono fra le parti nel lavoro subordinato.	20
6. Sanzioni amministrative per la mancata denuncia del lavoro subordinato.	27
7. La direttiva 2009/52/CE e le tecniche sanzionatorie in essa previste.	29
8. Combattere le ragioni della diffusione del lavoro nero.	35

^α Il saggio riproduce per gran parte la prefazione ad un volume, curato dallo stesso A. ed in corso di pubblicazione per la casa editrice "Vita e Pensiero" di Milano, con il titolo «Economia "informale" e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro», che raccoglie gli scritti di A. Bombelli, T. Bussino, W. Chiaromonte, M. Corti, G. Forti, N. Parisi, V. Pinto, A. Rapacciuolo, G. Rotolo, T. Treu.

1. Evoluzioni recenti della disciplina di legge sul "sommerso". La riforma degli appalti.

Sotto l'etichetta, consueta al linguaggio popolare, di "lavoro nero" (o, più colta, di economia "sommersa" o "informale") si annidano ipotesi diverse, cui trovano applicazione discipline normative assai differenziate: accanto ad attività semplicemente illegale (perché penalmente illecita o comunque vietata a mente delle disposizioni civili), si colloca una vasta area di attività di lavoro, spesso di tipo autonomo, "non dichiarato" alle autorità pubbliche e quindi suscettibile di regolarizzazione, almeno nei casi in cui non sussistono condizioni ostative che impediscono una immediata sanatoria (come nel caso in cui invece siano coinvolti minori, o soggetti che non hanno titolo per soggiornare sul territorio italiano o dipendenti pubblici che svolgano attività in violazione delle disposizioni in tema di incompatibilità).

È facile osservare come si tratti di una caratteristica strutturale ed antica dell'economia italiana, associata alla carenza di infrastrutture, alla modesta diffusione degli intermediari finanziari, alle ristrettezze del mercato concorrenziale e alle ridotte dimensioni delle imprese, la cui sua esatta dimensione numerica è difficile da stimare per ovvie ragioni¹, ma riguardo alla quale il legislatore ha preso ad interessarsi, in un'ottica non più solamente sanzionatoria, già dall'ultimo decennio del secolo scorso, prima attraverso l'art. 5 del d.l. 510/96 e poi grazie all'art. 23 della l. n. 196 del 24 giugno 1997 (c.d. "Pacchetto Treu"), nella speranza di poterne ottenere "l'emersione" mediante una autorizzata deroga temporanea ai minimi della contrattazione collettiva e una disciplina transitoria di favore quanto agli oneri fiscali e contributivi².

¹ Come è noto la scienza economica ha provato ad adottare vari sistemi per valutare le dimensioni dell'economia sommersa; a riguardo v. ad es. C. LUCIFORA, *Economia sommersa e lavoro nero*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 28 ss.; nella letteratura economica e sociologica v. altresì G. BIANCO, *Il lavoro e le imprese in nero*, Roma, Carocci, 2002; per una valutazione statistica basata sui dati delle sanatorie dei lavoratori migranti irregolari, v. L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 161.

² V. per tutti A. BELLAVISTA, *I contratti di riallineamento retributivo*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il «pacchetto Treu»*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 5-6, pp. 1393-1422 (e dello stesso A., *Il lavoro sommerso*, Torino, Giappichelli, 2000; II ediz. 2002). La norma intendeva rispondere alle incertezze conseguenti all'applicazione della fiscalizzazione degli oneri sociali anche alle imprese che non applicavano i contratti collettivi sottoscritti dalle oo.ss. più rappresentative su base nazionale (v. lo stesso d.l. 338/89 all'art. 1). In generale, sul tema, v. M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, 1, pp. 43-54; A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2000, 2, pp. 379 ss.; Id., *Incentivi all'emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, 1, pp. 85 ss.; M. RUSCIANO - M. ESPOSITO (a cura di), *Lavoro sommerso in Campania. Linee di intervento*, Napoli, Massa

L'approccio complessivo faceva aggio sull'idea di una programmazione "per distretti" che, con il coinvolgimento degli enti pubblici territoriali, avrebbe dovuto condurre ad un allineamento, soprattutto delle aree meridionali, alle medie europee in ordine sia ai tassi di sviluppo, sia ai livelli di occupazione³. Da qui la richiesta delle organizzazioni sindacali di un maggiore coinvolgimento nell'azione di contrasto, che, dopo l'istituzione di un Comitato nazionale "per l'emersione del lavoro non regolare", ebbe a sortire la creazione dei "Comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso" (CLES), quali organismi partecipati "trilaterali" a base provinciale chiamati a facilitare sul territorio la definizione di piani di emersione e riallineamento retributivo, nell'ambito della sanatoria fiscale e previdenziale prevista dalla legge 18 ottobre 2001, n. 383 (c.d. "Tremonti bis").

L'azione del legislatore trovava spazio in una dimensione dove l'individuazione degli obiettivi della "strategia europea per l'occupazione"⁴ (SEO), avvenuta nello stesso torno di tempo, sembrava poter imprimere un corso nuovo all'economia italiana, modificando innanzi tutto e profondamente l'approccio regolativo del rapporto di lavoro, mediante una disarticolazione tipologica del contratto, che, favorendo l'emergere dei "nuovi lavori" (mediante contratti "a progetto", "a chiamata" o con il lavoro "accessorio" o con il "job sharing") avrebbe dovuto condurre ad una più precisa mappatura del mercato del lavoro italiano.

Gli anni successivi si sarebbero però incaricati di dimostrare, a seguito di plurime modifiche delle condizioni di riallineamento, come non era tanto

editore, 2006; al tema sono state dedicati due numeri monografici di «Rivista giuridica del lavoro», fasc. 1 del 2008, con scritti di C. Treves, A. Bellavista, V. Pinto, F. Scarpelli e L. Zoppoli, nonché, più di recente, il n. 2 del 2012 con presentazione di A. Bellavista (*Il lavoro nero e le imprese fantasma*) e interventi dello stesso A. Bellavista e di A. Garilli (*Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*), V. Pinto (*Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*), D. Garofalo (*Profili giurisprudenziali del lavoro nero*), C. Treves (*Il lavoro sommerso e le scelte del Sindacato*), G. Fiengo (*Azioni di contrasto al lavoro sommerso e vigilanza amministrativa*), A. Mannino e F. Scarpelli (*L'abuso della responsabilità limitata nel contesto del lavoro irregolare: primi spunti di riflessione*); numerosi altresì i contributi raccolti, all'esito di una ricerca PRIN, da D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Torino, Giappichelli, 2016 (con contributi di G. Casale; L. Giasanti; M.D. Ferrara, L. Menghini e R. Nunin; G.G. Balandi e S. Buoso; S. Borelli; J.P. Laborde; S. Laforgia; M. Lozito; M. Mc Britton; L. Calafà; L. Angelini; C. Lazzari; A. Zilli; F. Bano; A. Valenti; M. Novella; A.R. Tinti e G. Leone).

³ Sono i c.d. patti territoriali, di cui già all'art. 2, co. 203 e seg., della l. 662/1996: a riguardo però non si può fare a meno di ricordare anche il "patto per Milano" del 1° febbraio 2000, che anticipa molti dei contenuti del "libro bianco" dell'ottobre 2001 e del d. lgs. 276/2003.

⁴ Sulla c.d. SEO e sulle aspettative che essa generò, fra i tanti, v. M. TIRABOSCHI, A. M. SANSONI, *Strategia europea per l'occupazione (SEO)*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Torino, Utet, 2008, a.v.; A. MISCIONE, *Fondo sociale europeo e politiche comunitarie sulla formazione professionale*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, Utet, 2010, pp. 381-397.

a ragione di una carenza normativa che molte forme di lavoro rimanevano nell'area dell'illegalità, poiché la successiva crescita dei rapporti di lavoro non-standard veniva non già ad accrescere la percentuale complessiva della popolazione occupata (se non in minima parte), secondo l'intenzione che aveva mosso il legislatore, ma piuttosto ad erodere lo *stock* dei lavoratori a tempo pieno ed indeterminato, generando così una serie di correttivi normativi, soprattutto in ordine alla limitazione del ricorso del lavoro a termine, che hanno occupato il legislatore e la giurisprudenza per un lungo arco di tempo, fino alla quasi completa liberalizzazione introdotta già dal d.l. 20 marzo 2014, n. 34.

Malgrado il modificarsi degli approcci⁵, l'obiettivo di un rapido incremento del numero degli occupati, quindi, non poté dirsi raggiunto, poiché il giacimento di ricchezza nascosta che si ipotizzava ingente (in forza di una accumulazione "primaria" sfuggita sino ad allora al fisco⁶) non fu trovato (o fece di tutto per non farsi trovare!), come dimostra il fatto che gli accordi aziendali stipulati furono comunque poco numerosi, e che dopo la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, co. 1192 l. n. 296/06) l'iniziativa non venne più riproposta, tanto da condurre anche alla soppressione del Comitato nazionale di cui si è detto, le cui funzioni furono trasferite quindi ad un organismo ministeriale⁷.

Il tema è venuto così sostanzialmente ad eclissarsi nella produzione normativa dell'ultimo decennio⁸, affiorando semmai come obiettivo cui

⁵ In dottrina si è suggerita una periodizzazione individuando, dopo un primo ciclo (riallineamento), un modello condonale (inaugurato dalla cit. l. n. 383 del 2001) ed un terzo caratterizzato da una ricercata immediata di regolarizzazione e stabilizzazione: così M. FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 11 ss. (dello stesso A. v. voce *Lavoro irregolare*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Sezione commerciale*, Torino, Utet, 2009).

⁶ V. M. SAMEK LODOVICI - R. SEMENZA, *Lavoro atipico e lavoro sommerso*, in C. LUCIFORA (a cura di) *Mercato, occupazione e salari: la ricerca sul lavoro in Italia*, Milano, Mondadori Università, 2003, p. 267.

⁷ Il Comitato era stato istituito dall'art. 78 della legge 23 dicembre 1998, n. 448 e le funzioni sono state trasferite alla Cabina di regia nazionale di coordinamento di cui all'art. 1, co. 1156, lett. a), della legge 27 dicembre 2006, n. 296: sulla vicenda v. brevemente C. TREVES, *La lotta al lavoro nero tra legislazione, repressione e politiche di sostegno* in «Rivista giuridica del lavoro», 2008, 1, p. 8 nonché il volume edito da Teleconsul e curato da A. PIZZOFERRATO - S. STELITANO, *Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro*, che raccoglie gli atti di una conferenza tenutasi a Bologna nel dicembre 2006.

⁸ Oltre agli aa. cit. a nota 1, v. ancora V. PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, Cacucci, 2007; P. FERRARI, *Le nuove misure contro il lavoro sommerso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 11, pp. 2457-2460; A. VISCOMI (a cura di), *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008; ID., *Lavoro e legalità: "settori a rischio" o "rischio di settore"?*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2015, 3 nonché in WP "M. D'Antona", 2015, 253; M. ESPOSITO, voce *Lavoro*

tendeva il riordino delle strutture amministrative chiamate ad esercitare la vigilanza sul lavoro, realizzato innanzi tutto dal d. lgs. 124 del 23 aprile 2004⁹, sia attraverso il coordinamento dell'azione dei soggetti competenti, sia grazie al rinnovamento delle sue forme: sono stati così introdotti istituti nuovi, quali in particolare la "diffida" di cui all'art. 13, rivolta ad ottenere una conformazione *ex post* alla norma violata in luogo dell'applicazione della sanzione, o la "conciliazione monocratica" e la "diffida accertativa", di cui agli artt. 11 e 12 d. lgs. cit., dirette ad assicurare al lavoratore il recupero delle differenze retributive non corrisposte a tempo debito dal datore, senza l'intervento giudiziale (v. ancora *infra* par. 3).

Non è mancata poi un'azione di ridefinizione degli apparati sanzionatori «per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare», in particolare attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria di particolare intensità (art. 3, co. 3 d.l. 12/02 ora modificato dall'art. 22 d. lgs. 151/2015), nonché attraverso un provvedimento inibitorio della stessa attività di impresa (art. 14 d. lgs. n. 81/08 e succ. modd.), che può essere comminato in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro¹⁰. Da ultimo, anzi, si è assistito ad un ulteriore sviluppo della tendenza alla intensificazione dei controlli, grazie alla recente istituzione ad opera del d. lgs. 149 del 14 settembre 2015 di un Ispettorato nazionale, che unifica gli apparati della Direzioni territoriali

sommerso, in *Enciclopedia del diritto aggiornamento*, vol. V, 2012; M. SALA-CHIRI (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 2014 (2^a ediz. accresciuta, con la collaborazione di I. Perletti).

⁹ L. NOGLER - C. ZOLI (a cura di), *Commentario sulla razionalizzazione delle funzioni ispettive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, 4, pp. 972 ss.; nonché, con speciale attenzione al tema in esame, A. PIZZOFRERATO, *Il contrasto al lavoro sommerso tra diritto comunitario e diritto interno: linee di tendenza e possibili sviluppi*, in E. GUALMINI - A. PIZZOFRERATO - S. VERGARI (a cura di), *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Padova, Cedam, 2005; sugli interventi precedenti, v. P. PENNESI, *Un quadro in evoluzione: la riforma dei servizi ispettivi e degli ammortizzatori sociali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003; A. SGROI, *Le funzioni ispettive*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003; R. SALOMONE, *Riforma dei servizi ispettivi e riparto di competenze Stato-Regioni*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2006; nella prospettiva del contrasto al lavoro sommerso, v. soprattutto G. FIENGO, *Azioni di contrasto al lavoro sommerso e vigilanza amministrativa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, 2, pp. 313-333.

¹⁰ A riguardo, nella sterminata produzione pratica che si è occupata dell'argomento, da ultimo, v. C. CATALDO, *La maxisanzione per il lavoro irregolare: passato e prospettive secondo la riforma*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2011, 2, pp. 436 ss.; G. DI CORRADO, *Lavoro nero e maxisanzione nel Collegato lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, 1-2, pp. 205 ss.

del Ministero del lavoro e degli enti previdenziali, lasciando però inalterata la competenza del s.s.n. in tema di sicurezza del lavoro¹¹.

Si tratta di innovazioni importanti soprattutto sul piano dell'azione di contrasto all'evasione contributiva, che anzi è venuta a rafforzarsi, per evidenti ragioni di equilibrio del sistema di protezione sociale, seppure in una prospettiva di puro unilateralismo, tanto che, del complesso sistema partecipativo messo in piedi dalla legislazione precedente, resta ora ben poco¹². Ed anzi può dirsi che, in conseguenza dell'adozione della c.d. legge "sul caporalato" (art. 603 bis c.p., introdotto dall'art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138), recentemente riscritta dalla legge 29 ottobre 2016 n. 199¹³, il contrasto al lavoro "nero" si sia spostato oramai sul piano della lotta alla criminalità organizzata (peraltro anche in conseguenza di gravi fatti di cronaca, che sembrano anzi annualmente ripetersi).

Il principale successo di quella stagione, sul piano della legalità, può dunque considerarsi l'introduzione del lavoro somministrato (e già interinale, a mente della l. n. 196/97) che, grazie all'organizzazione di tipo imprenditoriale delle "agenzie", ha saputo rispondere ad esigenze cicliche delle imprese, prima fronteggiate soprattutto attraverso il ricorso a prestatori d'opera forniti per lo più da società cooperative, spesso in palese violazione delle disposizioni della legge n. 1369/60, al tempo ancora in vigore, se non con largo ricorso a prestazioni irregolari, grazie anche alla incerta distinzione fra rapporto sociale e di lavoro, al tempo ancora non normata dalla legge n. 142 del 3 aprile 2001.

¹¹ Sul punto, v. l'intervento di A. Rapacciuolo nel presente volume; ed altresì: C. LAZZARI, *Ispettorato nazionale del lavoro*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016; M. NOVELLA, *Il modello italiano dell'ispezione sul lavoro: deterrence, compliance o altro?*, in D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work*, cit., pp. 259 ss.; M. ESPOSITO, *Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del Jobs Act*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, 3, 575-592; da una diversa prospettiva, v. altresì M. L. VEGA RUIZ, *L'inspection de travail*, in J.M. THOUVENIN - A. TREBILCOCK (eds.), *Droit international social: droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, t. I, pp. 521 ss.

¹² Resta ancora attiva comunque la Commissione centrale di coordinamento, a composizione trilaterale, istituita presso il Ministero dall'art. 3 del d. lgs. 124/2004 (art. 11 d. lgs. 149/2015). A mente dell'art. 2 d. lgs. 149/2015, l'Ispettorato svolge «le attività di prevenzione e promozione della legalità presso enti, datori di lavoro e associazioni finalizzate al contrasto del lavoro sommerso e irregolare, anche attraverso l'uso non corretto dei tirocini» (lett. e), nonché «attività di studio e analisi relative ai fenomeni del lavoro sommerso e irregolare e alla mappatura dei rischi, al fine di orientare l'attività di vigilanza» (lett. g).

¹³ A riguardo rinvio al saggio di G. Rotolo nel presente volume; altresì v. M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 2, pp. 113-118); F. STOLFA, *La legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1/2017 (all'indirizzo <http://ojs.uniurb.it>)

Si tratta di una innovazione che può senz'altro ascriversi ad un'esigenza di trasparenza e legalità, poiché il decentramento produttivo nelle imprese si era spinto in quegli anni verso forme di appalto chiaramente orientate alla pura e semplice riduzione dei costi, anche se ottenuta in violazione delle norme di legge. Il disegno che si intendeva perseguire, anche nella speranza di irrobustire le fragili istituzioni del collocamento (con l'avallo del sindacato e della sinistra parlamentare più estrema), si è però concretato solo in parte, anche a ragione della successiva abrogazione della legge del 1960, operata dal d. lgs. 276/2003 che, nel riformulare la nozione stessa di appalto nel suo art. 29, orientò l'evoluzione della disciplina verso traguardi differenti, tanto da spingere il legislatore a rafforzare la responsabilità del committente, fino quasi a negare autonomia al contratto commerciale di prestazione di servizi. Peraltro, poiché secondo la giurisprudenza la regola della responsabilità solidale non trova applicazione agli appalti pubblici¹⁴, risulta ora incrementato il rischio di un inquinamento dell'azione dei pubblici poteri, quando questi si rivolgano al mercato, per ottenere la prestazione di beni e servizi¹⁵.

E pure si deve aggiungere che la disciplina degli appalti pubblici si è venuta a trovare negli ultimi anni al centro di un complesso incrocio di fonti, poiché la giurisprudenza ha negato sia efficacia, sia validità stessa, alle clausole (cc.dd. "sociali"), attraverso le quali in passato si era assicurata l'applicazione dei minimi sindacali ai dipendenti delle imprese che si aggiudicavano la gara¹⁶. Non appena i paesi di nuova adesione all'Unione europea hanno iniziato ad affacciarsi al mercato comune non più solo come consumatori, ma come fornitori di beni e servizi, capaci di competere proprio a ragione dei costi più contenuti, è subito emerso, in tutta la sua drammaticità, il conflitto fra la libertà di movimento riconosciuta nei Trattati europei e le esigenze di tutela sociale¹⁷: la direttiva n. 2014/67 (recentemente trasposta mediante il d. lgs. 136 del 17 luglio 2016) ha dunque confermato il prevalere delle libertà commerciali, seppure al costo di impegnare le autorità amministrative dei singoli paesi a reprimere con maggiore efficacia (e zelo) le forme non genuine di appalto

¹⁴ Rinvio sul punto al mio *Somministrazione e appalto dopo il Jobs Act*, in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 81 ss.

¹⁵ V. a riguardo il saggio di N. Parisi, che apre il presente volume.

¹⁶ A riguardo, senza pretesa di completezza, v. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici ...*, «WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT», 196 (2014) ed ivi altresì il paper di M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, 275 (2015)

¹⁷ Sul punto, rinvio al saggio di M. Corti nel presente volume.

transfrontaliero¹⁸, confermando così la centralità del contrasto al lavoro irregolare come carattere necessario al buon funzionamento del mercato del lavoro.

Né mancano, in via generale, ipotesi di segno esattamente opposto, nelle quali il decentramento verso mercati del lavoro di paesi lontani è reale ed effettivo (specie nell'industria manifatturiera a bassa intensità di tecnologia, come tipicamente nel settore tessile), dove l'appalto può assumere i colori dello sfruttamento del lavoro manuale, non di rado minorile, conducendo l'attenzione dello studioso verso la questione, che esula però dai confini della presente ricerca, dei meccanismi legali di *enforcement* dei diritti umani nei paesi terzi¹⁹.

2. Le fonti europee e sovranazionali.

Il quadro che si è ora descritto è chiamato a confrontarsi con l'azione normativa europea che ha visto le istituzioni, all'esito di una lunga analisi preliminare²⁰, intraprendere una specifica iniziativa diretta al contrasto del lavoro "non-dichiarato" mediante l'istituzione (decisione 2016/344 del PE e del Consiglio del 9 marzo 2016) di una "piattaforma europea per il rafforzamento della cooperazione volta a contrastare il lavoro non dichiarato": si tratta, in buona sostanza, di una forma di scambio e cooperazione fra le autorità nazionali di vigilanza, nella prospettiva di assicurare una maggiore collaborazione reciproca per la repressione del fenomeno e per la diffusione delle buone prassi, senza che siano state definite al momento politiche comuni o percorsi di emersione regolati centralmente²¹.

¹⁸ A riguardo v. i saggi di T. Bussino e A. Bombelli nel presente volume.

¹⁹ Mi sono occupato del punto nel saggio *Social concerns in free trade agreements* nel volume curato da J.L. GIL Y GIL - T. USHAKOVA, *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, s.l., Adapt University Press, 2016, pp. 320 ss.; con riguardo a forme odiose di sfruttamento, v. altresì F. BUCCELLATO - M. RESCIGNO (a cura di), *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*, Bologna, Il Mulino, 2015.

²⁰ V. già le comunicazioni della Commissione COM 98 (219) del 7 aprile 1998 e COM (2007) 628 del 24 ottobre 2007, nonché la Proposta COM (2014) 221 del 9 aprile 2014 della Commissione, sulla quale si sono poi espressi i parlamenti nazionali.

²¹ V. artt. 4-6, in tema di obiettivi, missione e attività; con riguardo alle fonti dell'UE, v. R. NUNIN, *Il contrasto al sommerso e le iniziative comunitarie e domestiche a favore della promozione di lavoro dichiarato, stabile e sicuro*, in F. CARINCI - A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'U.E.*, cit., pp. 223-249; L. ZOPPOLI, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 81-106; S. MC KAY, *Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2014, 1, pp. 225-245; M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 1, pp. 115-152; M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al*

Le competenze richiamate a sostegno dell'intervento, nella prospettiva della necessaria sussidiarietà dell'azione europea [art. 153, par. 2, lett. a), del TFUE], rinviano all'esigenza di garantire una crescita duratura di "buona" occupazione (art. 151 TFUE), anche se la decisione si guarda bene dal coordinare le proprie previsioni e lo specifico approccio adottato con le altre fonti europee che pure si occupano di lavoro sommerso, ed in particolare con la dir. n. 52 del 2009²², diretta a controllare i flussi migratori, o con la recente direttiva n. 67 del 2014 c.d. *enforcement* in tema di distacco transfrontaliero, che si rivolge a disciplinare la libertà di movimento delle imprese e dei prestatori di servizi, verificando che le robuste prerogative riconosciute dal diritto comunitario non siano invocate da soggetti che non ne hanno titolo²³.

Il confronto fra le tre fonti svela fin da subito che, innanzi tutto, diverso è il linguaggio, poiché la direttiva n. 52 contiene all'art. 3 il divieto di impiegare lavoratori che soggiornino illegalmente, mentre la direttiva n. 67 si preoccupa che il distacco sia genuino, disponendo misure volte a garantire la cooperazione amministrativa delle autorità di vigilanza nazionali e ad assicurare l'effettività dei controlli nei confronti di imprese fintamente aventi sede all'estero, ma di fatto pronte ad impiegare soggetti nazionali od esteri a condizioni salariali conformi al paese di pretesa origine (e dunque, offrendo – quando non diversamente previsto dalla legislazione nazionale – salari inferiori a quelle conseguenti ai contratti collettivi nazionali ed, in genere, omettendo del tutto i versamenti contributivi, che si dichiarano invece corrisposti all'istituto previdenziale straniero). Differente è anche l'approccio, poiché la decisione 344 mira alla "emersione" del lavoro non-dichiarato, mentre gli altri due strumenti normativi impongono un divieto di lavoro irregolare, a cui corrisponde una semplice proibizione che sfocia nel primo caso, nell'espulsione dello straniero dal territorio europeo e, nel secondo, nell'applicazione al rapporto di lavoro in essere sostanzialmente della disciplina nazionale (v. art. 11, par. 6 dir. dir. 2014/67/UE, con rinvio all'art. 3 della dir. 96/71/CE).

Seppure può dirsi che tutte le fonti mirano indirettamente ad una azione di regolazione del mercato del lavoro, "sostenendo in tal modo il funzionamento del mercato interno" (art. 1.1. dir. 14), solo nel caso della "piattaforma" l'obiettivo appare quello di regolarizzare i lavoratori

lavoro sommerso. Tra (molto) "soft law" e (poco) "hard law", in Lavoro e diritto, 2016, 3, pp. 439-459; S. VARVA, "Undeclared work" e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso, in Lavoro e diritto, 2016, 3, pp. 461-479.

²² A riguardo v. ampiamente il saggio di W. Chiaromonte nel presente volume; qui solo si segnala che il "considerando" n. 33 della dir. 52 richiama le misure di contrasto al lavoro non-dichiarato, definendole complementari all'iniziativa assunta con la direttiva.

²³ Sul punto rinvio ancora agli interventi di Bussino e Bombelli nel presente volume.

sommersi, mentre la direttiva n. 59 mira semplicemente alla loro espulsione dai confini dello Stato, tanto che può dirsi che la nozione di "lavoro prestato da stranieri irregolarmente soggiornanti" si pone addirittura al di fuori del perimetro del lavoro non-dichiarato, come attività di per sé lecita (v. *infra*, par. 4).

Il risultato è però lo stesso sul piano dell'azione, poiché si finisce sempre per richiedere una intensificazione della vigilanza amministrativa (ed un coordinamento fra i sistemi nazionali, come pure risulta dagli artt. 10 e 11 della dir. 67 or ora richiamata, oltre che dall'intero disposto della dir. 52), così da proiettare sul fenomeno del lavoro sommerso una luce in parte nuova, orientata alla garanzia di una effettiva parità di trattamento (indipendentemente dalla forza sindacale dei singoli gruppi) e alla progressiva omogeneità delle statistiche, così da assicurare parità di condizioni quando si tratti di valutare le politiche per l'occupazione, in sede di definizione degli obiettivi di bilancio. Sono temi che sembrano condurre lo studioso su terreni, quali quelli del controllo pubblico sulla prestazione di lavoro da tempo abbandonati, dopo essere stati coltivati agli albori dell'industrializzazione, quando ancora il diritto del lavoro apparteneva all'ambito delle scienze gius-pubblicistiche²⁴.

Il rinnovato interesse del legislatore (nazionale ed europeo) verso questa materia non deve però essere necessariamente valutato alla stregua di una involuzione della normativa, ma come il naturale sbocco dell'esigenza di governare il mercato del lavoro. Appare evidente come le politiche di sostegno alla disoccupazione, e alle più gravi forme di disagio sociale, richiedono un rigoroso controllo in ordine all'effettiva sussistenza delle situazioni lamentate, onde evitare, ad es., che beneficino di assegni di "ultima istanza" soggetti che non ne avrebbero bisogno o che azioni di riqualificazione professionale vengano ad essere rifiutate dal disoccupato, a ragione dell'impegno conseguente al lavoro che egli svolge in maniera irregolare, cumulando così indebitamente due redditi. La bonifica della platea dei lavoratori interessati alle misure di promozione occupazionale dovrebbe dunque realizzarsi sia attraverso l'intensificazione dei controlli, sia soprattutto grazie all'organizzazione di corsi di formazione di base e di lavori di pubblica utilità (che, come l'esperienza comparata dimostra, sono spesso indirizzati ad una forma di controllo indiretto del tempo "libero" dei beneficiari di trattamenti di disoccupazione).

Si tratta, invero, di situazioni di cui già si era fatta esperienza in un passato anche lontano, e sulle quali si deve tornare a ragionare in

²⁴ È noto che nel "Trattato Orlando" è presente una ampia sezione dedicata alla legislazione sociale (v. Vol. VI, Parte I, Milano, 1930, con scritti di F. Arcà, *Legislazione sociale* e A. De Valles, *Le assicurazioni sociali*).

conseguenza della difficoltà del quadro economico complessivo e della scarsità delle risorse finanziarie ed umane disponibili, che impongono non solo una selezione degli interventi (specialmente passivi) di sostegno, ma altresì l'allargamento della base attiva e, dunque, la creazione di una società dove il lavoro è più diffuso, secondo i precisi dettami della SEO, come ribaditi ora dagli obiettivi dell'azione di "Orizzonte 2020"²⁵.

In secondo luogo, pare chiaro come si debba proprio alla scarsa affidabilità dei controlli il fatto che l'Italia sia priva di misure (anche temporanee) di assistenza di ultima istanza (*means tested*) orientate cioè alla sussistenza di un effettivo, e non solo presunto, stato di estremo bisogno²⁶, attesa l'evidente inaffidabilità delle certificazioni reddituali che eventualmente dovrebbero essere a tal fine prodotte da quanti richiedono assistenza.

La piattaforma è stata realizzata in tempi veloci e già nell'ottobre del 2016 è stato predisposto un piano di attività per il biennio 2017-18, individuando tre direttrici ("axes") intorno alle quali sviluppare l'attività della piattaforma (cooperazione e azione congiunta, apprendimento reciproco, incremento delle conoscenze) nonché concentrando l'attenzione sul settore dei trasporti e sull'edilizia. Nell'ambito delle prime fasi del confronto fra le istituzioni degli Stati membri, l'Italia si è fatta innanzi riferendo del coordinamento dell'azione di vigilanza prevista nel d. lgs. 149/2015. È comune la constatazione che l'attività degli ispettorati sia insufficiente a far fronte al fenomeno e che, a ragione dei costi, si debbano cercare soluzioni alternative ed integrate, che coinvolgano sia le parti sociali (mediante la definizione di limiti ad appalti e subappalti) sia anche forme di raccolta delle denunce individuali (con *hotlines*, *websites* o *apps*)²⁷.

Si tratta di un approccio non troppo dissimile da quello adottato dall'ILO nella sua recente raccomandazione n. 204 del 2015, intitolata alla "transizione dall'economia informale verso l'economia formale" che si presenta nei termini di un rafforzamento delle disposizioni contenute nelle convenzioni che contengono i cc.dd. *core labor standards*, secondo un preciso elenco allegato alla raccomandazione stessa, quale passaggio

²⁵ Comunicazione della Commissione "Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM(2010) 2020, del 3 marzo 2010.

²⁶ A riguardo rinvio al mio *A proposito del recente disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, 3, pp. 447 ss. (anche in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, cit., pp. 313-333).

²⁷ V. a riguardo il documento *Developing a Holistic Approach for Tackling Undeclared Work*, predisposto da C. Williams dell'Univ. di Sheffield, per il primo incontro della piattaforma, tenutosi a Bruxelles il 2 dicembre 2016.

“fondamentale per realizzare uno sviluppo inclusivo e lavoro dignitoso per tutti” (*traduz. mia*).

La raccomandazione sottolinea la diversità delle caratteristiche che può assumere l’attività informale e la necessità di strategie diverse. Seppure l’orizzonte sia abbastanza differente da quello dei paesi dell’Unione (arricchendosi della presenza di paesi in via di sviluppo nei quali il settore informale rappresenta la gran parte dell’economia), ci si muove comunque nell’ambito di un’azione di coordinamento fra le singole amministrazioni statali, secondo un modello di “revisioni fra pari” oramai consolidato, che confronta le evoluzioni registrate, verificando il rispetto degli obblighi assunti. La raccomandazione peraltro si sofferma sulla fase transitoria che dovrebbe innescarsi a seguito dell’attivazione di nuove politiche da parte degli Stati, preoccupandosi di far sì che anche nel breve periodo possano registrarsi dei vantaggi per i lavoratori, specie in quelle economie che si fondano largamente sull’attività informale (anche nella forma di lavoro domestico o familiare)²⁸.

La raccomandazione individua una serie di misure utili a facilitare la transizione verso l’economia formale, preoccupandosi di mettere in evidenza come la difficoltà di accesso al credito costituisca un elemento importante che ostacola il cambiamento. Nel rispetto del generale principio del “tripartitismo” che ispira tutta l’azione dell’Organizzazione stessa, la raccomandazione sollecita gli stati a coinvolgere anche le parti sociali, sebbene non venga individuata la forma che un siffatto impegno dovrebbe assumere.

3. Le ragioni del sindacato e il ruolo della legislazione.

L’intensificazione dell’azione di vigilanza, se, per un verso, si spiega con le esigenze di pareggio del bilancio della spesa sociale (messe bene in evidenza dalle fonti europee), per un altro, pone al legislatore delle sfide in ordine al ruolo che esso è chiamato a svolgere nel campo della politica del lavoro, imponendo in larga misura un ripensamento dell’opzione “astensionistica”, che pure ha caratterizzato il quadro normativo dell’ordinamento repubblicano sulla scorta delle previsioni dell’art. 39 Cost. e che, peraltro, trova consacrazione nelle fonti europee, quando si tratti di dettare la disciplina del rapporto di lavoro. In questo senso può dirsi che tutta l’azione normativa più recente, già dal “Libro bianco” del 2001 ed ancor più dopo le riforme del biennio 2011-12, appare orientata alla riduzione dei tanti dualismi che connotano il mercato del lavoro italiano,

²⁸ A riguardo non si dimentichi che, con lo stesso spirito, la recente l. n. 199/2016 introduce agli artt. 603-bis e 603-ter c.p. norme in tema di confisca dell’impresa e prevede il controllo giudiziario dell’impresa mediante la nomina di un amministratore giudiziario.

nella prospettiva di una migliore redistribuzione della spesa sociale, così da incentivare l'attivazione di una frazione sempre maggiore della popolazione in età da lavoro.

L'economia sommersa, insomma, non viene più percepita (come pure era accaduto in passato) quale sinonimo di vitalità di un paese che è bene lasciare (almeno in certa misura) in uno spazio non regolato, ma come un elemento di illegalità che si oppone all'azione di riforma condotta dalle istituzioni, inceppando i meccanismi di redistribuzione sociale (*in primis*, gli ammortizzatori sociali, le politiche attive e gli interventi di "ultima istanza").

Come sottolinea la Commissione, con ammirevole capacità di sintesi²⁹, «il lavoro non dichiarato incide gravemente sul bilancio in quanto comporta una riduzione del gettito fiscale e una perdita di contributi previdenziali. È dannoso per l'occupazione, per la produttività e le condizioni di lavoro, per lo sviluppo delle competenze e per l'apprendimento permanente. Si traduce in una riduzione dei diritti pensionistici e dell'accesso all'assistenza sanitaria e genera concorrenza sleale tra le imprese».

In questa prospettiva, che coinvolge direttamente le politiche di coesione sociale, è la stessa azione sindacale ad essere chiamata in causa, sia negli aspetti che attengono alla rappresentanza e alla contrattazione collettiva, ma anche in relazione al ruolo che la legge riconosce oramai da quasi un quarantennio alle organizzazioni dei lavoratori nella gestione condivisa delle istituzioni del mercato del lavoro, mediante l'attribuzione di un potere di delegificazione controllata delle disposizioni normative, ma anche – come più sopra si è ricordato – quali enti esponenziali di un interesse qualificato alla legalità del mercato del lavoro³⁰.

Gli esempi del primo tipo sono ben noti e non richiedono qui di essere richiamati, posto che il riconoscimento alla contrattazione collettiva, mediante norme di "rinvio", di un potere derogatorio della norma di legge è carattere ben noto della legislazione recente (e pare ridursi solo nella legislazione del 2015 del c.d. *Jobs Act*); al contrario, soprattutto la partecipazione dei sindacati ai Comitati (regionali) per l'emersione del lavoro sommerso (i già ricordati CLES: da convocarsi «almeno sei volte l'anno») è misura più recente, introdotta dalla legge n. 124/04 (art. 4, ora abrog. dall'art. 11 d. lgs. 149/2015), in ordine alla quale appare difficile operare un bilancio quanto agli effetti concretamente sortiti nel contrasto al lavoro nero³¹.

²⁹ Così la cit. proposta della Commissione COM (2014) 221 final, del 9 aprile 2014.

³⁰ Comitati Piattaforma Cgil-Cisl-Uil contro il lavoro nero del 19 luglio 2006.

³¹ Può anche aggiungersi che un ruolo importante potrebbe essere forse svolto, specie nei settori dell'edilizia, trasporti e agricoltura, dai RLS, che sono costituiti su base territoriale e

A riguardo, sembra potersi dire che il sindacato sia apparso spesso a disagio nel ruolo, per così dire, di ausiliario dell'autorità ispettiva³² (e tanto, per non parlare delle associazioni datoriali) e che, nel complesso, sembri più interessato (semmai) all'esercizio dei poteri conseguenti ai rinvii normativi del primo tipo, che ad avviare localmente una politica di contrasto al sommerso (anche se il giudizio per il settore dell'agricoltura dovrebbe essere senz'altro diverso, anche a ragione della concorrenza che il lavoro a basso costo introduce in un settore polverizzato in una miriade di micro-imprese, dove lo sfruttamento individuale ha conosciuto livelli anni fa inimmaginabili³³).

La pretesa del sindacato di governare il rapporto degli "insider", attraverso una applicazione concordata di standard protettivi oramai delegificati, deve a ben vedere apparire del tutto legittima, a mente della natura privatistica del sindacato, così come in concreto si è affermata in Italia nell'ordinamento repubblicano, ed a fronte del fatto che nessun ostacolo impedisce l'organizzazione collettiva dei soggetti sottorappresentati (gli "outsider", che qui prendono le fattezze dei lavoratori dell'economia informale). E tuttavia, lo spirito dei tempi porta a ritenere che il rispetto del fondamentale principio di eguaglianza imponga che la tutela del lavoro non si esaurisca (peraltro, secondo l'originario dettato costituzionale) nella sola promozione dell'organizzazione sindacale, ma necessiti di una azione normativa di carattere imperativo, a sostegno di quanti si sentano esclusi dal mercato del lavoro e non ritengano di essere in grado di organizzare collettivamente i propri interessi.

In questo senso, nella prospettiva di un'azione promozionale del legislatore che non riesca più a trovare concretizzazione attraverso il sostegno ad enti collettivi organizzati (e che forse ha rinunciato a cercarne anche il consenso elettorale), non resta che determinare soglie minime di

quindi ricevono, per così dire, un "mandato" che li investe della rappresentanza di tutta la comunità dei lavoratori di una certa zona.

³² Per questo giudizio v. C. TREVES, *La lotta al lavoro nero*, cit., p. 7; il ruolo essenziale del sindacato è rilevato anche da A. BELLAVISTA, *Al di là del lavoro sommerso*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 9 ss. e già da B. CARUSO, *L'emersione del "sommerso" e il ruolo del sindacato*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1999, suppl. al n. 3, pp. 79 ss.

³³ Si pensi al Protocollo di cooperazione per il contrasto al caporalato ed al lavoro sommerso ed irregolare in agricoltura del 27 maggio 2016 sottoscritto a livello nazionale fra vari ministeri con la partecipazione dell'INL (e si ricordino le manifestazioni pubbliche e i protocolli territoriali sottoscritti soprattutto in Puglia): a riguardo v. V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, in *Rivista di diritto agrario*, 2014, 3, pt. 1, pp. 356-380 (anche in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 933 ss.) nonché C. DE MARTINO - M. LOZITO - D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 2, pp. 313-329 (nonché in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Padova, Cedam, 2016, pp. 341-354).

tutela più chiare (in ordine ai salari, agli orari e all'organizzazione del lavoro non-standard), perché l'ampliamento dei poteri dell'autorità di vigilanza sia davvero incisivo e, al contempo, non venga percepito come una dilatazione dell'intervento eteronomo pubblico, che si sovrappone alla presenza sindacale, acuendo ancora di più le contrapposizioni interne del mercato del lavoro.

Lo sviluppo dell'azione di vigilanza e la (correlata) possibile adozione di un salario minimo interprofessionale orario³⁴, suscettibile di applicazione anche ai lavoratori "parasubordinati"³⁵, potrebbero quindi prefigurare l'abbandono del modello di tutela dei lavoratori orientato soprattutto al sostegno del sindacato, che prendendo le mosse dalla legislazione statunitense del *New deal* ha attraversato tutto il XX secolo, poiché il legislatore sembra ora consapevole del ritirarsi della tutela sindacale ad aree oramai di sempre minore vastità e appare così incline a promuovere i diritti dei lavoratori come una forma di regolazione di un ordine pubblico, che si fa "sociale", aprendosi a tutte le forme di lavoro.

Il modello del controllo pubblico sulle condizioni di lavoro, non solo sembra coerente con l'auspicato sviluppo della regolazione pubblicistica del mercato del lavoro, che parimenti deve considerarsi come misura promozionale degli "outsiders", ma sembra andare di pari passo con l'evoluzione complessiva che vede le organizzazioni dei lavoratori rivendicare un ruolo differente rispetto dal passato, liberando il sindacato da responsabilità di carattere decisamente neo-corporative ed esaltando così la dimensione costituzionale della libertà di organizzazione di cui all'art. 39 Co. I Cost., quale manifestazione dell'autonomia collettiva dei privati³⁶.

³⁴ A riguardo, in generale, E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale*, Torino, Giappichelli, 2017 e M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 4, pp. 769 ss., nonché, EAD., *Salario minimo*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, s.l., Adapt University Press, 2015, pp. 537 ss. rinvio sul punto altresì al mio *A proposito del recente d.d.l. governativo sul contrasto alla povertà*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, 3, pp. 447 ss. (ora anche in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, cit., pp. 313-333).

³⁵ Una norma in questo senso (art. 63 d. lgs. 276/03 come sostituito dall'art. 1, co. 23, lett. c, l. 92/2012) era contenuta nella legge n. 92 del 2012 imponendo il rispetto dei «minimi salariali ... applicati alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati», ma ha avuto vita breve in conseguenza del venir meno di quella parte del d. lgs. 276/03 ad opera del d. lgs. 81 del 2015. È possibile che proprio nell'esigenza di una semplificazione dei controlli stesse la *ratio* della norma, altrimenti non semplice da giustificare nella prospettiva di una disciplina di una forma di lavoro autonomo, quale era il "lavoro a progetto", come del resto riconosceva lo stesso riformulato art. 62 d. lgs. 276/03.

³⁶ A. TURSI, *È davvero necessaria una «rivoluzione maggioritaria»?* in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, 3, p. 299. Una nuova attenzione alla funzione ispettiva si rintraccia in P.

In questo scenario, appare evidente come anche la tutela affidata al Giudice, come nel caso emblematico del rispetto del salario minimo sulla scorta delle previsioni dell'art. 36 Cost., non basta ad assicurare il perseguimento del disegno del Costituente³⁷, poiché non si deve dimenticare come lo stesso esercizio della giurisdizione sia lo specchio di una funzione che rimane ancorata ad una dimensione prettamente privata, quale strumento di risoluzione di un conflitto che interessa le parti contrattuali contrapposte e che lascia fuori dall'area dell'accertamento quanti non hanno i mezzi materiali (e psicologici) necessari alla promozione di una causa (e non dispongono del sostegno del sindacato). Per tutelare costoro, il modello da attuare – per quanto più oneroso in termini di risorse umane e strumentali rispetto all'autotutela organizzata propria della tradizione sindacale (e allo stesso esercizio della giurisdizione) – resta quello dell'intervento amministrativo e del rafforzamento dei poteri di sollecitazione di questo ad iniziativa del singolo.

In senso opposto, però, non si può fare a meno di notare come la disciplina in tema di conciliazione monocratica e la diffida accertativa per i crediti patrimoniali di cui agli artt. 11 e 12 d. lgs. 124/04, che avrebbe dovuto condurre alla soddisfazione del lavoratore grazie all'azione amministrativa dei servizi ispettivi delle Direzioni territoriali del lavoro (ed ora dell'INL) ha sollevato non poche perplessità ai fini della sua applicazione, ricevendo nel complesso scarso seguito: ed invero, per un verso, l'azione di definizione delle vicende contrattuali sembra richiedere margini di discrezionalità per nulla tradizionali nell'operato delle pubbliche amministrazioni del Paese e, per un altro, si tratta, specie nel primo caso, di un istituto dalla incerta portata, poiché il legislatore, attraverso la previsione della possibilità di estinguere il contenzioso attraverso il pagamento, ha ommesso di chiarire quali fossero i risvolti sul piano dell'obbligazione contributiva (lasciando anzi intendere che il pagamento della retribuzione anche in misura transattiva potesse valere quale ammissione confessoria del debito contributivo per l'intero)³⁸.

PARAMO, M.L. VEGA, *New forms of work and labour inspection: the new compliance challenges*, in «Iuslabor», 2017, 2 (upf.edu/web/iuslabor); N. TOMI, *Le nouveau droit répressif du travail: sanctionner sans pénaliser?*, in «Droit Social», 2017, 5, 436/38; L. GAMET, *Inspection du travail et repression*, ivi, 339-444.

³⁷ Sui limiti dell'accesso alla giustizia, insiste in particolare la racc. OIL n. 205/2015.

³⁸ V. a riguardo P. CRO, *La conciliazione monocratica: soluzione o problema?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2010, 1, pp. 335 ss. Deve peraltro rilevarsi come anche la sostituzione processuale ad opera del sindacato sia strumento poco praticato in Italia e previsto solo in caso di discriminazioni (art. 5 d. lgs. 216/03), atteso che l'interesse fatto valere da parte ricorrente nel caso di azione ex art. 28 s.l. è propriamente distinto da quello proprio del singolo lavoratore. In senso contrario, v. però ora l'art. 11, co. 3 della dir. 2014/67/UE ("enforcement") relativa i distacchi transnazionali.

In conclusione, il metodo europeo ed internazionale di un confronto periodico in ordine ai risultati raggiunti dai singoli Stati in ordine allo sviluppo del numero degli occupati finisce per collocare l'intervento pubblico al centro della scena, suggerendo che al fallimento delle politiche di "emersione", a tutta evidenza affidate principalmente all'azione sindacale, si sostituisca, più che una politica di mera sanatoria, un'azione di contrasto più organica e più efficace da parte degli organi di vigilanza del Ministero del lavoro.

Ciò non di meno, non si può ritenere che *sic et simpliciter* si debba escludere un ruolo per le organizzazioni sindacali, come del resto riconosce la stessa decisione di istituzione della "piattaforma"³⁹; ed invero, come è stato correttamente notato, un sistema normativo che, in caso di lavoro non-dichiarato, venisse prevalentemente a gravare di *output* negativi i singoli lavoratori, nei termini di un'assenza di tutela, finirebbe per tradire quella promessa alla giustizia sociale, incastonata nelle previsioni fondamentali della Carta costituzionale⁴⁰. Ed invero, pare difficile ipotizzare che la riscossa dei lavoratori possa avvenire in assenza di un'azione di sostegno portata avanti da un'organizzazione collettiva. Certo, non sempre si potrà fare ricorso a previsioni contrattuali (anche a mente dei limiti che le stazioni appaltanti anche private incontrano nella formulazione dei bandi e dei capitolati, cui più sopra si è accennato), ma è chiaro che l'azione collettiva potrà focalizzarsi (attraverso la previsione di diritti di informazione e consultazione, ovvero mediante una sana politica di *voice*) in quei settori nei quali le caratteristiche strutturali del mercato (frammentazione del ciclo produttivo, ridotte dimensioni delle imprese, concorrenza sui prezzi) favoriscono il ricorso al lavoro non-dichiarato⁴¹.

4. Lavoro "non dichiarato" e lavoratori "sommersi": un tentativo di tipizzazione.

La "piattaforma" europea di contrasto al lavoro "undeclared work" (UDW) di cui più sopra si è detto lascia ai singoli Stati le responsabilità in tema di repressione e non determina una strategia unitaria, se non nei termini del perseguimento degli obiettivi comuni prima ricordati, e già implicitamente contenuti nella SEO⁴². In una tale prospettiva pare

³⁹ V. in particolare i "considerando" nn. 25 e 26.

⁴⁰ M.D. FERRARA - L. MENGHINI - R. NUNIN, *Il lavoro sommerso tra incentivi e responsabilità nell'esperienza nazionale, regionale e transnazionale*, in GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work*, cit., pp. 51-52. Sul punto v. altresì le mie considerazioni di cui *infra* al testo, par. 8.

⁴¹ Per un esempio a riguardo v. la relazione di V. Pinto pubblicata nel presente volume, che riassume il pensiero elaborato nel corso di plurimi precedenti interventi.

⁴² L. ZOPPOLI, *Unione Europea e lavoro sommerso*, cit., p. 85.

inevitabile che lo studioso debba procedere nella direzione di una tipizzazione delle singole ipotesi⁴³ nelle quali i lavoratori vengono coinvolti in rapporti contrattuali irregolari, passando a mettere a fuoco (con una azione di tematizzazione o di modellizzazione) non più solo l'attività in sé (il lavoro non-dichiarato) ma anche la condizione dei soggetti che si prestano ad eseguire prestazioni di lavoro irregolari.

Come si è premesso all'inizio, l'indeterminatezza del fenomeno e il suo apprezzarsi sul piano dell'ineffettività delle norme, piuttosto che su quello concettuale, rendono in certa misura ultronea un'esatta definizione capace di abbracciare tutte le ipotesi, anche se gli studiosi hanno senz'altro preso a riferimento delle loro indagini quella del diritto europeo, che, tenendo conto delle diversità dei sistemi giuridici, comprende quindi "ogni attività retribuita che sia di per sé lecita, ma che non sia stata denunciata alle autorità di vigilanza"⁴⁴. Volendo tuttavia provare una classificazione delle ipotesi⁴⁵ nelle quali più frequentemente viene prestato lavoro non-dichiarato, si possono a riguardo individuare almeno sei profili:

a) lavoratori saltuari o che prestano continuativamente la loro attività in situazioni di degrado socio-economico o in contesti domestici o familiari; in alcuni casi può trattarsi di lavoratori che prestano la loro attività alle dipendenze di imprese del tutto irregolari (società mai dichiarate, fallite o prive dei requisiti/autorizzazioni di legge o che operano nell'ambito di subappalti illeciti o non dichiarati o in assenza del rispetto dei requisiti di salute e sicurezza);

b) lavoratori autonomi/artigiani che non dichiarano (in tutto o in parte) l'attività svolta;

c) lavoratori che svolgono già un'attività remunerata ("doppio lavoro") e che, per divieto espresso di legge (dipendenti pubblici) o per scelta accettano di rendere prestazioni non dichiarate (si ipotizzi un lavoro prestato in maniera irregolare per impresa concorrente a quella da cui si

⁴³ A riguardo v. M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, cit., pp. 44 ss. che traccia ipotesi coincidenti con quelle che poco più avanti si enunziano nel testo.

⁴⁴ A riguardo v. "Rafforzare la lotta al lavoro sommerso" COM (2007) 628 comunicazione del 24 ottobre 2007, cit. (traduzione mia) nonché E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2014, 1, pp. 11 ss. (anche in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 13-22); M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitive nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 1, pp. 115-152.

⁴⁵ A riguardo v. anche I. PERLETTI, *Alcuni concetti introduttivi*, pp. 32 ss. in M. SALA CHIRI (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, cit., 2ª ediz. (e della stessa A. v. *Lavoro sommerso: aspetti economici, giuridici e sociali*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, 10, pp. 1230 ss.); una impostazione differente è in E. ALES, op. ult. cit., che ha riguardo alla dichiarazione omessa (totale, parziale o differente dalla reale qualificazione del rapporto).

dipende); a costoro possono affiancarsi quanti (pensionati, cassintegrati o disoccupati) godano già di una prestazione previdenziale o assistenziale condizionato all'assenza di altri redditi (ed ancora possono assimilarsi a questi anche quanti sono in attesa di reintegra a seguito di ricorso giurisdizionale o beneficino di assegno di mantenimento a carico del coniuge divorziato);

d) immigrati irregolari (e minori);

e) lavoratori (spesso *part time*) che ricevono una parte del loro salario "fuori busta" dagli stessi datori che li impiegano in maniera regolare;

f) lavoro autonomo fittizio.

Si noti che in tutti i primi cinque casi inseriti in elenco, c'è una attività che rimane non dichiarata/denunciata (in molti casi è il lavoratore stesso che è del tutto sconosciuto ai sistemi di registrazione dei flussi occupazionali, mentre nel caso del "doppio lavoro" o del pagamento "fuori busta", il lavoro è solo parzialmente non-dichiarato: qui dunque si registra una alterazione dei dati che descrivono la condizione dell'occupazione, poiché una parte di questa rimane sconosciuta alle statistiche e, *a fortiori*, alle istituzioni).

Nell'ipotesi del lavoro autonomo fittizio, che pure viene presa in considerazione dalle fonti europee (ed è inclusa nella piattaforma di cui alla decisione n. 2016/344), si tratta, invece, di una mera questione qualificatoria, che non incide sulla quantità complessiva di lavoro prestato, che resta quindi immutato nella sua globalità. Da qui una serie di specificità, che più avanti si ricorderanno (e che peraltro appaiono ben note alla dottrina, a ragione dell'incidenza statistica che il fenomeno ha avuto, ed ha, nel mercato del lavoro nazionale).

Come si vede, le condizioni che inducono il lavoratore verso il "nero" sono differenti e non tutte sono suscettibili di immediata emersione (per es. nel caso, di attività in sé lecita, ma soggettivamente vietata per ragioni di incompatibilità o per conflitto di interessi o perché prestata da un minore o da un soggetto che opera in clandestinità o in condizioni di tutela della salute e sicurezza troppo distanti dagli standard di legge). Parimenti differenti sono le conseguenze che discendono dall'accertamento della violazione di legge. Nelle pagine che seguono, tenendo presenti i profili prima delineati, si proverà ad indagare le specificità che caratterizzano ciascuno di essi, nell'ambito della più generale analisi della disciplina di legge.

5. Generale irrilevanza della costituzione irregolare del rapporto in ordine agli effetti che si producono fra le parti nel lavoro subordinato.

La complessità del fenomeno oggetto di analisi si rispecchia nelle ragioni che spingono l'impresa verso il lavoro non-dichiarato: non si tratta solamente, infatti, di ridurre i costi gravanti sulle imprese, mediante il mancato pagamento degli oneri fiscali e contributivi⁴⁶, ovvero di aggirare divieti altrimenti insormontabili (come nel caso degli stranieri irregolari), poiché non mancano casi nei quali l'economia informale risponde ad esigenze che non trovano pubblico riconoscimento⁴⁷.

A tanto si deve aggiungere, almeno per i lavoratori subordinati, la pretesa dell'imprenditore a gestire in maniera autocratica l'esecuzione del rapporto contrattuale. Il lavoratore "non dichiarato", a ragione dell'evidente ostacolo rappresentato dall'accesso alla giustizia, specie sul piano probatorio, dipende assai più che il lavoratore regolare dalla condotta del suo datore per ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto (ferie retribuite, 13^a mensilità, t.f.r., normative in tema di orario e di sicurezza sul lavoro etc.).

E tanto per non parlare della disciplina protettiva in tema di licenziamento, la cui applicazione viene del tutto negata a ragione della situazione di mero fatto in cui il rapporto si svolge (anche se deve rilevarsi come nella legislazione più recente il punto riceve una certa attenzione, mediante la sottrazione del licenziamento intimato in forma orale all'applicazione dei brevi termini di decadenza, altrimenti previsti per tutte le altre ipotesi di interruzione unilaterale del rapporto⁴⁸).

⁴⁶ Il risparmio appare evidente a mente del carico contributivo (che giunge sino a quasi il 42% nelle imprese manifatturiere di maggiori dimensioni) e di quello fiscale (da calcolarsi in relazione all'aliquota di riferimento): ovviamente la mancata denuncia determina l'impossibilità di portare il costo del lavoro a scomputo del reddito d'impresa, innescando così una corsa al ribasso in ordine alle entrate dichiarate da parte dell'impresa nonché la creazione di una contabilità parallela, necessaria a procacciare le disponibilità necessarie al pagamento in contanti dei lavoratori irregolari.

⁴⁷ Il posteggiatore abusivo, per fare solo un esempio, per quanto sia parte di un sistema di illegalità diffusa, assicura comunque agli autoveicoli una custodia che le strutture pubbliche non sono in grado di garantire. E ragionamento analogo può farsi per le occupazioni per le quali era stato pensato il lavoro c.d. "accessorio".

⁴⁸ Già la legge n. 183 del 2010, dando veste normativa ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, aveva escluso (con disposizione confusamente formulata) il licenziamento intimato in forma orale dal termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale di impugnazione; nello stesso senso sono andate poi la legge n. 92/2012 e il d. lgs. 23 del 2015.

In più, si deve tener conto che, in assenza di un robusto sviluppo dei servizi all'impiego e a fronte di impieghi comunque precari, la speranza di poter avere accesso successivamente allo stesso lavoro alle dipendenze del medesimo datore può indurre il lavoratore ad accettare una prestazione non dichiarata: viene qui in rilievo il c.d. stato di dipendenza economica "sostanziale", non già come elemento che rileva strutturalmente sul piano delle contrapposte obbligazioni contrattuali, ma quale caratteristica che può connotare singolarmente i prestatori, quando si presentino sul mercato del lavoro privi di competenze professionali specifiche (come per l'appunto nella gran parte dei casi di lavoro non-dichiarato⁴⁹).

In ogni caso, almeno per i lavoratori subordinati, si deve riconoscere che, una volta che il rapporto giunga innanzi al giudice, non sussistono differenze sul piano dei diritti individuali, quanto agli effetti che conseguono alla mancata denuncia del rapporto ai soggetti preposti alla vigilanza sul lavoro: ad un tale risultato si giunge, almeno in prima battuta, in forza dell'ovvia constatazione che il contratto di lavoro non richiede la forma scritta, di modo che tutti gli effetti tipici si producono comunque quando sussista un accordo (anche tacito) fra le parti⁵⁰ (con l'ulteriore conseguenza che, quanto meno nella materia retributiva, le clausole difformi dalla regolazione dettata dalla legge o dal contratto dovranno a queste fonti conformarsi).

Un siffatto risultato, tuttavia, non si presta ad una generalizzazione, poiché non mancano casi (impresa irregolare; doppio lavoro di impiegati pubblici; immigrati irregolari e minori) nei quali sussiste un ostacolo normativo alla regolarizzazione *ex post* e non resta che la tutela conservativa degli effetti del contratto che discende dalle norme di cui all'art. 2126 c.c.⁵¹, senza che possa attingersi alla garanzia di stabilità del

⁴⁹ Si noti però che la rilevanza statistica del doppio lavoro è ora messa in evidenza da C. WILLIAMS - I.A. HORODNIC, *Beyond the marginalization thesis*, in *Journal of Economic Studies*, 2016, 3, pp. 400-417.; a riguardo v. pure A. SANTORO, Il lavoro non regolare: un quadro statistico e alcune considerazioni di policy, in «Rivista giuridica del lavoro», 2012, I, pp. 253-267.

⁵⁰ Non a caso, uno studioso dell'art. 2126 c.c., quale M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso*, cit., p. 48 riferisce la questione ad un problema di effettività, anzi alla sua "concreta e capillare osservanza".

⁵¹ Sul tema, v. i classici contributi di v. C. ZAGO GARELLI, *Prestazione di fatto del lavoro con violazione di legge*, Padova, Cedam, 1966; M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 1970; A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1973 ed ancora R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976; più di recente, v. M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 109 ss.; P. CAMPANELLA, *Prestazioni di fatto e contratto di lavoro (art. 2126)*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2013, e

posto di lavoro (secondo le dimensioni dell'impresa e la data di costituzione del rapporto), come nei casi prima richiamati.

Quest'ultima norma, disciplinando la prestazione resa in via "di fatto" in violazione di legge, viene a far salvi gli effetti del lavoro eseguito, in ordine sia al diritto al pagamento della retribuzione, sia agli effetti previdenziali. Anzi, l'interpretazione che della norma dà la dottrina maggioritaria, finisce per ampliarne l'area di operatività, restringendo la portata della nullità ai soli casi in cui la prestazione resa sia intrinsecamente contraria alla legge (per es. nel caso di esercizio abusivo di una professione⁵²).

La mancata denuncia del rapporto di lavoro alle autorità (al di là delle sanzioni di cui all'art. 2098 c.c., mai applicate in concreto ed ora da considerarsi tacitamente abrogate) dà luogo a responsabilità per il datore sul piano amministrativo in relazione, innanzi tutto, alla mancata registrazione del rapporto sul c.d. "libro unico del lavoro" (che ha unificato le precedenti scritture aziendali ed è stato oramai dematerializzato in quanto trasformato in un flusso di informazioni telematiche): e di tanto e delle sanzioni relative al corretto funzionamento del mercato del lavoro⁵³ si darà conto nel paragrafo che segue, così come non si devono dimenticare le sanzioni relative all'indebito risparmio sul piano dei costi contributivi⁵⁴.

già *Prestazione di fatto*, in *Trattato Carinci-Persiani*, vol. IV/I, Padova, Cedam, 2012, pp. 349-399.

⁵² Ed anche in tali casi non mancano difficoltà ad una applicazione generalizzata del divieto, tanto che se per la mediazione questo si ritiene applicabile, in carenza di iscrizione all'albo di cui all'art. 6 l. 3 febbraio 1989 n. 39, ne resta invece esente la figura atipica del procuratore di affari (così Cass., sez. III, 16/12/2005, n. 27729).

⁵³ L'art. 22 del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 151 contiene una completa riscrittura dell'apparato punitivo; in particolare, rinviando al par. successivo per i casi di ricorso a lavoro irregolare, si deve qui ricordare la previsione di cui al co. 5 della disposizione in parola, che stabilisce una sanzione amministrativa pecuniaria per «l'omessa o infedele registrazione dei dati ... che determina differenti trattamenti retributivi, previdenziali» (art. 39.7 d.l. giugno 2008, n. 112, conv. l. n. 133) nonché per il caso di mancata o ritardata consegna al lavoratore del prospetto di paga, di cui alla l. 5 gennaio 1953, n. 4.

⁵⁴ V. già l'art. art. 37 l. 689/81 ed ora l'art. 116, co. 8, lettera b), legge 23 dicembre 2000 n. 388: «In caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al 30 %; la sanzione civile non può essere superiore al 60% dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40% dell'importo dei

Sul piano dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, poi, non verrà ad operare la regola della traslazione del rischio in capo all'Istituto previdenziale, che interverrà quindi a riconoscere al lavoratore l'indennizzo solo in forza del principio di automaticità (art. 2116 c.c. e art. 67 t.u. 1124/65) e, quindi, solo in via di anticipazione e con riserva di rivalersi sul datore per gli importi sborsati (v. anche art. 24, l. 977/1967). Va da sé che la costituzione di rapporti invalidi non dispensa comunque il datore dall'obbligo contributivo, anche nel caso di minori di tenera età e ancora tenuti all'obbligo scolastico⁵⁵, e consente agli enti previdenziali di rivalersi nei confronti del datore per l'importo complessivo delle prestazioni erogate, in conformità peraltro, per quanto attiene ai lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio italiano, alle previsioni internazionali⁵⁶.

Quanto alla garanzia di stabilità, costituisce affermazione comune in giurisprudenza quella per cui l'art. 2126 c.c. "disciplina unicamente gli effetti già realizzatisi di un rapporto di fatto in concreto svoltosi tra le parti" senza attribuire garanzia in ordine alla sua conservazione⁵⁷: si tratta però di una massima che trova applicazione ai soli casi nei quali sussista un impedimento normativo alla regolarizzazione, come nei rapporti instaurati alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, di modo che in questi soli casi l'effetto "sanante" conseguente in ipotesi alla disposizione in parola, viene limitato dal ben noto divieto di cui all'art. 97 Cost. (e 36 d. lgs. 165/01) in ordine alla costituzione di rapporti "fuori ruolo" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. E lo stesso ovviamente vale per gli immigrati irregolari, i bambini di età inferiore a quella prevista per

contributi o premi, non corrisposti entro la scadenza di legge». L'art. 22 del d. lgs. 151/2015 ha provveduto peraltro ad eliminare la sanzione civile connessa all'evasione dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore "in nero" che imponeva un aumento del 50%, di modo che si fa ora solo applicazione del disposto or ora riportato.

⁵⁵ C. cost. 29 dicembre 1976, n. 262, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1976, 3, pp. 78 ss. e v. ora l'art. 4 l. 8 agosto 1972, n. 457.

⁵⁶ V. art. 9, co. 1, della Convenzione OIL n. 143 del 1975 (ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981, n. 158); in giur. V. Cass. lav., 26 marzo 2010, n. 7380. Il diritto al trattamento di disoccupazione è esplicitamente riconosciuto dall'art. 27, co. 1 r.d.l. 636/39: sul punto rinvio a V. FERRANTE - L. ZANFRINI (a cura di), *Una parità imperfetta*, Roma, EL, 2007, pp. 60 e 133.

⁵⁷ Così Cass., sez. lav., 24 gennaio 1987, n. 685, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1987, 2, p. 58.; analog. fra le tante più recenti: Cass., sez. lav., 8 febbraio 2017, n. 3384 nonché Cons. St., sez. III, 2 maggio 2014, n. 2285, secondo la cui massima: «L'art. 2126 c.c. enuclea la regola di ampia salvaguardia della prestazione resa in fatto dal lavoratore, a prescindere dalla validità e dalla stessa esistenza del titolo costitutivo. La garanzia copre la prestazione nel sinallagma retributivo e si estende agli ulteriori effetti pensionistici e previdenziali, che nella retribuzione stessa e nel suo assoggettamento a contribuzione trovano il momento genetico e ad essa sono legati in rapporto di consequenzialità».

l'ammissione al lavoro e i dipendenti di imprese del tutto irregolari, perché sprovviste per es. dell'autorizzazione amministrativa ad operare.

La giurisprudenza, invero, appare orientata nel settore privato a non attribuire alcun rilievo alla carenza della denuncia alle autorità pubbliche, se non, per l'evidente difficoltà probatoria, per quanto attiene alla quantificazione delle voci indirette e differite della retribuzione applicando un principio di conglobamento complessivo: non manca, tuttavia, chi ha ritenuto che l'assenza di una clausola di rinvio nel contratto individuale ai minimi sindacali impedisca l'applicazione dell'intero trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva⁵⁸. Quanto poi all'effettiva durata della prestazione resa, deve aggiungersi che la direttiva n. 2009/52 contiene sul punto una presunzione semplice di durata trimestrale, ora trasposta nell'ordinamento interno dal d. lgs. 109/2012) cui forse potrebbe darsi ingresso generale nell'ordinamento italiano, interpretando in maniera espansiva il disposto del provvedimento di trasposizione nell'ordinamento interno⁵⁹).

Sul piano del rapporto individuale, infine, la mancata denuncia del rapporto è frutto di responsabilità per le conseguenti omissioni contributive e del danno così provocato al lavoratore (art. 2116, co. 2° c.c.): si tratta di danno che, per costante giurisprudenza, può essere fatto valere nel termine decennale che decorre dal momento dell'accesso alla pensione e che solo in particolari circostanze può par luogo al risarcimento in forma specifica mediante il versamento tardivo dei contributi (maggiorati delle sanzioni), poiché il breve termine di prescrizione dell'obbligazione contributiva (v. art. 3, co. 9-11 l. n. 335/1995) conduce in genere il datore alla condanna al risarcimento mediante la messa a disposizione presso l'INPS degli importi necessari al pagamento di un trattamento periodico di importo eguale a quello cui il lavoratore avrebbe avuto diritto ove la contribuzione fosse stata regolare (art. 13, l. n. 1338/62).

Come è noto, il termine in caso di denuncia del lavoratore dovrebbe essere decennale, a stare almeno al tenore letterale della disposizione di

⁵⁸ Appello Catania, sez. lav., 30 settembre 2015, n. 852, in *Juris data*; in senso differente P. Milano, 25 maggio 1998, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1998, p. 1057, che nega la possibilità di applicare «il principio dell'assorbimento secondo il quale il corrispettivo pattuito deve ritenersi destinato a compensare interamente l'opera prestata (regola che vale viceversa per i rapporti qualificati dalle parti e regolamentati formalmente come rapporti di lavoro autonomo). Pertanto il lavoratore avrà diritto al pagamento degli istituti indiretti calcolati non sui minimi salariali di cui al contratto collettivo applicabile, bensì sulla paga di fatto la quale, anche in considerazione della particolare onerosità della prestazione di lavoro sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, deve ritenersi pattuita quale "paga base"».

⁵⁹ L'art. 3 del d. lgs. 109 del 16 luglio 2012 limita la presunzione alle sole «ipotesi di cui all'art. 22, co. 12, del d. lgs. n. 286 del 1998»: ovviamente ove sussistano idonei indizi si potrà fare applicazione di tutte le presunzioni in ordine alla durata di un fatto (v. art. 1142 c.c.).

legge⁶⁰; la giurisprudenza tuttavia dà della norma una interpretazione che di fatto conduce sempre all'applicazione del più breve termine quinquennale: si tratta, anche in questo caso, di un effetto che può senz'altro ricondursi alla diffidenza che l'Istituto previdenziale manifesta attraverso i suoi avvocati per una ricostruzione di posizioni pensionistiche che non hanno costituito oggetto di preventiva denuncia, poiché – almeno nel vigore del regime retributivo – appariva possibile con una contribuzione versata quasi per metà *ex post* (atteso che l'anzianità minima è di venti anni) far maturare il diritto a trattamenti pensionistici parametrati sul solo periodo di emersione (ed evidente è come in taluni casi si dovesse ipotizzare l'esistenza di un accordo fraudolento fra datore e lavoratore diretto a far emergere il rapporto solo in presenza di determinati requisiti)⁶¹.

Una disciplina differente ricevono però le prestazioni rese dai dipendenti pubblici in caso di "doppio lavoro", in quanto un'apposita disposizione impedisce ai dipendenti, per evidenti ragioni di imparzialità dell'azione amministrativa, di svolgere altre attività di lavoro, prevedendo in questo caso che, in assenza di espressa autorizzazione, i compensi da queste eventualmente derivanti debbano essere acquisiti alla pubblica amministrazione «ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti»⁶².

Sanzioni di non minore severità si applicano anche alle ipotesi in cui un soggetto benefici di aiuti pubblici, senza averne diritto (proprio a ragione dell'attività di lavoro svolta): qui l'ordinamento stabilisce una apposita norma penale⁶³, con i limiti edittali della truffa aggravata. Problemi simili si sono posti in passato in ordine alla indennità di disoccupazione percepita da un lavoratore poi reintegrato (ed ovvio deve apparire che in questo caso il percettore non possa trattenere le somme in quanto frutto del reato, sebbene evidenti siano le difficoltà ad ottenere la restituzione di quanto indebitamente percepito, in caso di carenza di patrimonio individuale).

⁶⁰ Art. 3, co. 9 l. n. 335/95: «Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati: a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti [...] A decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti».

⁶¹ Sul tema rinvio a V. FERRANTE - T. TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2016, pp. 303 ss.

⁶² Art. 53 d. lgs. 165/2001 (v. in part. co. 7) e art. 1, co. 60 segg., l. n. 662/96.

⁶³ V. Art. 640 bis c.p., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*; in ordine alle false dichiarazioni (o alla simulazione della sussistenza id un rapporto di lavoro) per conseguire l'indennità di disoccupazione, v. Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2014, n. 4226 ed ancora Cass. pen., sez. II, 1 ottobre 2014, n. 49464.

Al contrario si deve ricordare come il lavoro dei pensionati sia stato oramai, quasi completamente, liberalizzato rimanendo un divieto solo in caso di percezione anticipata del trattamento pensionistico⁶⁴. Le ragioni che hanno portato il legislatore alla rimozione delle norme che vietavano il cumulo vanno rintracciate, non già in un ripensamento di ordine sistemico del sistema della sicurezza sociale, ma nell'evidente difficoltà a far rispettare il divieto, venendosi al contempo a perdere una fonte di finanziamento degli istituti previdenziali.

Ovviamente, si pone un problema in ordine alla effettiva soddisfazione dei crediti da lavoro derivanti dall'applicazione dell'art. 2126 c.c., soprattutto per quanti siano dipendenti da imprese anch'esse sommerse (o fantasma) e quindi non sussista un patrimonio su cui soddisfarsi. In generale però può dirsi che non sussistono questioni in ordine alla regolarizzazione, se non limitatamente alla prescrizione quinquennale dei crediti contributivi (dovendosi ritenere, a mente della ben nota giurisprudenza di legittimità, che i crediti retributivi rimangano perennemente esigibili, fin tanto che dura il rapporto per evidente carenza di garanzia di stabilità). In ogni caso, come si è anticipato, l'art. 2116 c.c. garantisce al lavoratore che non abbia potuto beneficiare per tempo dei versamenti contributivi il diritto al risarcimento da omissione contributiva, che ha termine di prescrizione decennale e che decorre dal momento del pensionamento.

Quanto poi all'eventuale accesso al fondo di garanzia INPS di cui al d. lgs. 80/92, per il pagamento del t.f.r. e delle ultime retribuzioni, in caso di insolvenza del datore, in via generale non sembrerebbero porsi ostacoli alla liquidazione del dovuto, ove il lavoratore riesca comunque a dare prova della sussistenza del credito (ad es. mediante una pronuncia giudiziale) stante la prevalenza del principio di automaticità delle prestazioni e l'assenza di una norma che imponga che il rapporto sia stato preventivamente dichiarato.

La mancata dichiarazione coinvolge, come si è più sopra evidenziato, anche i lavoratori autonomi, nei settori – per fare solo qualche esempio – dell'artigianato, dei servizi, del commercio e delle libere professioni (e spesso per tutta la c.d. *gig economy*): si tratta di ipotesi in ordine alle quali appare quanto meno problematica l'applicazione dei principi sino a qui esaminati, non foss'altro perché è il lavoratore stesso che decide di non dichiarare la propria attività, di modo che non sembra proporsi alcun profilo di rilievo in ordine al compenso pattuito o all'eventuale recupero del mancato versamento della quota previdenziale che grava sul cliente

⁶⁴ V. già art. 72, l. 23 dicembre 2000, n. 388; v. ancora il testo cit. a nota che precede, pp. 114 ss.

(dovendosi intendere l'accordo per la prestazione "in nero" quale rinuncia tacita al credito corrispondente). Quanto al rapporto con le autorità di vigilanza, si deve notare (in disparte dagli aspetti fiscali) come, pur a fronte del ruolo svolto nella liquidazione del debito contributivo dall'autodenuncia individuale, non sono mancate ipotesi di sanatoria delle omissioni contributive *a posteriori*, specialmente nella prospettiva di ottenere un rapido riequilibrio della situazione di cassa⁶⁵.

Ma su questi ultimi aspetti si avrà modo di tornare ancora avanti, al par. 8, quando si esamineranno le misure di contrasto.

6. Sanzioni amministrative per la mancata denuncia del lavoro subordinato.

Già si sono brevemente ricordate nel paragrafo introduttivo le numerose modifiche che ha subito il disposto dell'art. 3, co. 3 del d.l. n. 12/2002, convertito dalla legge n. 73/2002 (Disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare) e più volte modificato (da ultimo ancora con il d.l. n. 145/2013, convertito dalla legge n. 9/2014). L'art. 22, c. 1, d.lgs. n. 151/2015 (c.d. "decreto semplificazioni") nel suo primo comma riscrive ora integralmente la norma, dettando le sanzioni conseguenti all'impiego di lavoratori subordinati in caso di mancata comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore privato (resta escluso il lavoro domestico), provvedendo altresì alla rimodulazione delle sanzioni amministrative pecuniarie sulla base di un modello "a fasce" o a soglie di gravità (sino a 30 giornate, da 31 a 60, oltre sessanta), sulla scorta di quanto già operato dal legislatore in materia di orario di lavoro nell'art. 18 *bis* del d.lgs. n. 66/2003 a seguito dell'art. 7, l. n. 183/2010. Viene così abbandonato il sistema precedente che prevedeva una maggiorazione giornaliera aggiuntiva rispetto alla sanzione base, in ragione del numero delle giornate di lavoro irregolare effettuate da ciascun lavoratore.

In passato la sanzione era ridotta nei casi nei quali il lavoratore "assunto in nero" veniva poi regolarizzato dallo stesso datore di lavoro (come se si trattasse di una sorta di periodo di prova irregolarmente non dichiarato); tale disposizione viene ora eliminata, anche se la sanzione applicabile resta ridotta a mente dei commi 3-bis e 3-ter nel caso in cui si proceda a diffida a mente dell'art. 13, co. d. lgs. 124/2004 preventivamente alla irrogazione della sanzione e il datore assuma il

⁶⁵ D. GAROFALO, *Profili giurisprudenziali del lavoro nero*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, 2, pp. 335-357.

lavoratore (a determinate condizioni anche a tempo determinato o parziale).

Di cosa si tratta? Secondo le disposizioni generali di cui al d. lgs. 124, «in caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il trasgressore ... alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili». Lo scopo, a tutta evidenza, si rintraccia nell'esigenza di promuovere comunque l'osservanza spontanea della norma di legge, rispetto ad un approccio puramente sanzionatorio. Ed infatti, a mente dello stesso art. 13, decorsi trenta giorni dalla notifica del verbale unico di accertamento, «in caso di ottemperanza alla diffida, il trasgressore o l'eventuale obbligato in solido è ammesso al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa».

E questa è la conseguenza: «il pagamento dell'importo della predetta somma estingue il procedimento sanzionatorio limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa».

Appare evidente, quindi, come in questo caso l'ammissione a diffida con il conseguente pagamento della sanzione c.d. "ridottissima", pari al minimo della sanzione edittale per ciascuna fascia di irregolarità, venga a costituire, per i casi in cui la violazione non importi alcuna particolare attività (come invece nel caso di "messa a norma" di impianti produttivi con violazione di norme in tema di salute e sicurezza) una vera e propria riduzione generalizzata dell'impianto sanzionatorio, che resta pienamente in vigore solo per coloro che non dispongono dei mezzi finanziari necessari a così modesta incombenza.

Peraltro l'assenza di certezza in ordine alla durata del pregresso rapporto (si pensi al fatto che, in assenza di altra prova documentale o indiziaria, tale elemento non può che derivare dalle dichiarazioni rese ai funzionari ispettivi dal lavoratore, che sarà oggetto di eventuale sanatoria *ex post*), vale a rendere assolutamente mite il regime sanzionatorio, pur a dispetto della definizione attribuita in gergo a tale disposizione.

Lo stesso *Jobs Act*, del resto, lascia invariate le disposizioni di cui al comma 4 dell'art. 3 del d.l. n. 12/2002, che prevede l'esonero dall'applicazione della "maxisanzione" quando si controverta in ordine alla qualificazione del rapporto se, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzia la volontà di non occultare il rapporto.

Novità di rilievo è data poi dall'incremento sanzionatorio del 20% previsto in caso di impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, o con permesso scaduto e non rinnovato (art. 22, co. 12, del d.lgs. n. 286/1998), ovvero anche di minori in età non lavorativa (co. 3-quater); in queste ipotesi, peraltro, non è applicabile la procedura di diffida.

Ne risulta, insomma, per limitarsi a questi brevi accenni, un quadro sanzionatorio complessivamente attento alle esigenze dell'impresa, nel quale l'emersione viene senz'altro incentivata in caso di accertamento ispettivo, di modo che le sanzioni maggiori restano riservate alle ipotesi di violazioni non formali, che coinvolgono la salute e sicurezza del lavoro, come tipicamente avviene nel settore dell'edilizia, secondo una linea di frattura che si riflette anche nelle competenze delle autorità di vigilanza⁶⁶. Il che è come dire che l'attività ispettiva continua ad occupare il centro della scena, almeno per il caso di minore antiggiuridicità, in assenza della previsione normativa di sanzioni accessorie, capaci di indurre gli imprenditori ad una osservanza spontanea.

7. La direttiva 2009/52/CE e le tecniche sanzionatorie in essa previste.

Eppure suggerimenti di grande interesse in ordine alle tecniche di contrasto al lavoro non dichiarato potrebbero trarsi dalla direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, «che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare».

Si tratta, come è stato sottolineato unanimemente⁶⁷, di una direttiva che nasce nell'ambito delle politiche europee di contrasto all'immigrazione irregolare, sulla base di un fondamento normativo che è frutto dell'intreccio di varie competenze⁶⁸. La premessa da cui prende le mosse l'iniziativa europea è al tempo stesso ovvia, ma insolita: l'Europa continua ad attrarre

⁶⁶ A riguardo, v. anche l'intervento di A. Rapaciuolo nel presente volume.

⁶⁷ A riguardo, nella dottrina italiana, v. M. ALTIMARI, *Sanzioni ai datori che impiegano cittadini non comunitari irregolari: osservazioni sulla direttiva 2009/52/CE*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, 3, pp. 611-624; M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 3, pp. 71 ss.; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 2013; L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, 2017, 1, pp. 1 ss. (e già con gli stessi accenti, EAD., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit.).

⁶⁸ A riguardo, sul tentativo di riconoscere una autonoma competenza a riguardo alle istituzioni europee, v. G. F. MANCINI, *Il governo dei flussi migratori in Europa*, in ID., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea* Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 193 ss.

lavoratori da oltre i suoi confini perché per essi vi è la possibilità di trovare lavoro, pur non avendo lo *status* giuridico richiesto. I lavoratori immigrati provengono da paesi che, nella migliore delle ipotesi, sono dilaniati da una miseria endemica e, nella peggiore, da guerre civili o azioni di sterminio di massa: è ovvio che la prospettiva di lavorare, sebbene irregolarmente, è in ogni caso un orizzonte migliore di quello che si offre loro nei paesi di provenienza⁶⁹.

A fronte di tale dato, si mira a far emergere le ambiguità delle discipline nazionali, prevedendo una disciplina diretta a reprimere l'utilizzo, da parte delle imprese, di lavoratori irregolarmente soggiornanti nei singoli paesi: va da sé, tuttavia, che l'atteggiamento adottato dal legislatore europeo è improntato ad una politica di sostanziale rifiuto dell'immigrazione, tanto che, come più sopra si è detto, non si riscontra alcun "dialogo" fra la direttiva c.d. "sanzioni" n. 2009/52 e le altre fonti, se non nei termini di un mero richiamo, là dove al "considerando" n. 33 di questa si precisa che: «la presente direttiva dovrebbe essere considerata complementare alle misure volte a contrastare il lavoro non dichiarato e lo sfruttamento».

La direttiva 52 mira, quindi, in buona sostanza, a far emergere in tutta la sua ampiezza il fenomeno del ricorso al lavoro irregolare, così da rendere palese ai decisori nazionali la sottostante questione sociale che spesso si è volutamente minimizzata, quasi che si trattasse solamente di un problema di ordine pubblico. La direttiva, tuttavia, dà veramente l'idea di come dovrebbero essere condotte le politiche di repressione del lavoro non-dichiarato. Il Parlamento europeo, che ha giocato un ruolo decisivo nella sua adozione, ha utilizzato la base giuridica di cui all'art. 63 TCE (v. ora art. 79 TFUE), per dettare, grazie alle competenze in tema di immigrazione clandestina e soggiorno irregolari, una sorta di breviario laico, da leggere ogni giorno ai servizi ispettivi dei Paesi dell'Unione.

Il criterio preso a base dalla direttiva per contrastare il lavoro "non dichiarato" è, innanzi tutto, quello del divieto di assunzione «di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» (art. 3.1, dir. 52). Un tale divieto

⁶⁹ In generale, v. AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, Cacucci, 2007, nonché, con particolare attenzione agli aspetti previdenziali, V. FERRANTE - L. ZANFRINI (a cura di), *Una parità imperfetta*, Roma, Edizioni Lavoro, 2008; in relazione alla legislazione italiana, con riguardo agli aspetti "lavoristici", v. G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, Ipsoa, 2003; A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; S. NAPPI, *Il lavoro degli extra-comunitari*, Napoli-Roma, ESI, 2005; M. Mc BRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *Questione Giustizia*, 2014, 3, pp. 171-180 (anche in AA.VV. *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, cit., pp. 593 ss.); in via generale, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2008 (con aggiorn., 2010).

è corredato della previsione di speciali obblighi gravanti sul datore di lavoro, che viene coinvolto nella azione di repressione.

A tal fine, la direttiva si preoccupa dell'accertamento della situazione dello straniero extracomunitario da parte del datore di lavoro che sta procedendo all'assunzione. Quest'ultimo, infatti, è obbligato, a mente delle previsioni di cui all'art. 4 della direttiva: a chiedere ad un cittadino di un paese terzo di presentargli un permesso di soggiorno valido, o un'altra autorizzazione di soggiorno (lett. *a*); a tenere, almeno per la durata dell'impiego, una copia o registrazione del permesso di soggiorno o altra autorizzazione di soggiorno, a fini di un'eventuale ispezione (lett. *b*); a informare, entro un termine fissato da ciascuno Stato membro, le autorità competenti, dell'inizio dell'impiego di un cittadino di un paese terzo (lett. *c*).

La disciplina circonda l'obbligo di accertamento gravante sul datore di una serie di cautele e di precisazioni, stabilendo opportunamente una differenziazione tra imprenditori e persone fisiche: è evidente infatti che dall'impresa è corretto richiedere un grado di diligenza nello svolgere la propria attività ben diverso da quello che può pretendersi dalle persone fisiche (art. 4.2 dir.). Inoltre si fa una differenziazione, che il nostro ordinamento non conosceva prima della trasposizione, tra chi offre lavoro in «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» e chi quelle condizioni di sfruttamento non le pratica (art. 5.3, dir.; art. 22, co. 12 bis t.u. immigr., introdotto dall'art. 1 d. lgs. n.109/2012).

La direttiva sul piano delle sanzioni, si richiama al noto *acquis communautaire* stabilendo che queste debbano essere efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 5.1, dir.) e consistere in sanzioni sia finanziarie, sia – in taluni casi – di carattere penale.

All'art. 7 si prevede l'esclusione del datore di lavoro da una serie di benefici, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi dell'Ue (lett. *a*), l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici (lett. *b*), il rimborso degli importi ricevuti (lett. *c*), ed ancora «la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione» (lett. *d*).

All'articolo, 9 il legislatore elenca le fattispecie in presenza delle quali i legislatori nazionali dovranno prevedere sanzioni di carattere penale, vale a dire nei casi in cui: a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che [...] ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadini di un paese terzo il cui soggiorno

è irregolare, nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore.

Il legislatore, opportunamente, prevede che possano essere concessi, «caso per caso», permessi di soggiorno, sebbene di durata limitata, quando i cittadini extracomunitari siano oggetto di condizioni lavorative di particolare sfruttamento. La direttiva impone, inoltre, agli Stati membri di provvedere «affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un'autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale» (art. 11. 1 e 4).

Le novità del testo non si limitano al piano sanzionatorio in senso stretto, poiché il legislatore comunitario ha previsto una speciale disciplina all'art. 6, onde evitare che il datore comunque si avvantaggi del ricorso al lavoro irregolare, a ragione del ridotto numero di quanti pretendono l'esatto adempimento dei propri diritti, rispetto al numero (maggiore) dei rapporti di lavoro posti in essere.

Al fine di rendere concreta l'ipotesi del rimpatrio del lavoratore extracomunitario irregolare, così da scoraggiare anche da questo versante il ricorso al lavoro irregolare: i datori di lavoro (art. 6) oltre a farsi carico delle retribuzioni, delle imposte e dei contributi, conseguenti all'impiego di lavoro irregolare, dovranno, se è il caso, anche sostenere tutti i costi derivanti dal trasferimento di tali somme presso il paese d'origine del cittadino extracomunitario. E non solo: la direttiva prevede che i lavoratori, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato, possano presentare domanda⁷⁰ per ottenere l'esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata e ammette che gli Stati possano adoperarsi per far sì che a fronte di eventuali rimpatri sussista un soggetto (di diritto pubblico) che possa promuovere in via autonoma il recupero delle retribuzioni non pagate dei lavoratori non più presenti nel territorio nazionale. Per rendere effettive queste prescrizioni si prevede poi che i lavoratori siano «informati sistematicamente e oggettivamente circa i loro diritti ... prima dell'esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio».

La direttiva, nella consapevolezza delle difficoltà (presenti anche in molti sistemi nazionali, oltre che in quello italiano) di individuare precisi minimi retributivi, aggiunge che la retribuzione da assicurare al lavoratore migrante irregolare deve essere «pari almeno alla retribuzione prevista dalle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente

⁷⁰ Soggetta, tuttavia, «ad un termine di prescrizione stabilito dalla legislazione nazionale».

a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore».

Il comma 3 dell'art. 6 dir. stabilisce poi, con previsione ripresa anche nel decreto italiano di trasposizione, che al fine della quantificazione delle differenze salariali «gli Stati membri presuppongono l'esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi salvo prova contraria fornita, tra l'altro, dal datore di lavoro o dal lavoratore». L'ultimo comma della stessa disposizione prevede poi che «gli Stati membri definiscono ai sensi del diritto nazionale le condizioni che consentono l'estensione della durata di tali permessi fino a quando l'interessato non abbia ricevuto il pagamento di tutte le retribuzioni arretrate dovute ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo».

È prevista altresì (art. 8) una responsabilità dell'appaltatore per il caso del subappalto (al pari che, e si prevede l'obbligo per gli Stati di predisporre ispezioni, efficaci ed adeguate «sulla base di una valutazione dei rischi ed individuando i settori in cui si concentra nel loro territorio l'impiego di cittadini di paesi terzi irregolari» e i risultati di tali ispezioni dovranno essere comunicati ogni anno alla Commissione.

Per evitare il rischio di facili elusioni della direttiva, infine, l'art. 14 detta norme assai precise in tema di ispezioni, stabilendo che queste debbano essere «efficaci e adeguate» (v. art. 4 d. lgs. 109/2012), che siano identificati «periodicamente i settori di attività in cui si concentra ... l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» e che gli Stati notifichino annualmente alla Commissione «il numero di ispezioni effettuate l'anno precedente, espresso come numero assoluto e come percentuale dei datori di lavoro in ciascun settore, e ne riferiscono i risultati».

La completezza delle disposizioni, unitamente all'ampiezza delle sanzioni, avrebbero dovuto condurre alla creazione di un meccanismo diretto alla effettiva repressione del lavoro irregolare, così da rendere quest'ultimo per nulla conveniente per le imprese, a motivo sia dei rischi sul piano della applicazione delle sanzioni, sia dei costi per la regolarizzazione in caso di eventuale inadempimento retributivo e contributivo.

A fronte della estrema severità e coerenza del testo, tuttavia la trasposizione della direttiva è apparsa quanto mai parziale, anche a seguito delle polemiche che l'hanno accompagnata⁷¹, tanto che essa si è

⁷¹ La difficoltà di trasposizione erano emerse con grande evidenza quando il Senato, nel gennaio del 2010, prevede lo "stralcio" della direttiva 52 dalla legge comunitaria del 2010, motivando tale decisione con la volontà di non introdurre deroghe alla legislazione vigente. La norma della direttiva che si è richiamata a riguardo (invero del tutto a sproposito) è quella

sostanzialmente concretata nella previsione di una ulteriore sanatoria (art. 5 d. lgs. 109/2012), invero del tutto assente dal testo comunitario (se non nei termini di una misura di incentivo individuale alla collaborazione con le autorità nazionali), assicurando poca o nessuna attenzione allo spirito della direttiva e facendo così sopravvivere le tendenze alla informalità che connotano da secoli il nostro mercato del lavoro.

Seppure una buona parte delle previsioni erano già presenti nell'ordinamento interno (e il riferimento va, come è ovvio, all'art. 2126 c.c. di cui si è detto ampiamente al par. 4), il d. lgs. n. 109 del 16 luglio 2012, intitolato alla "attuazione della direttiva 2009/52/CE", poco o nulla sembra aggiungere all'ordinamento interno, limitandosi ad una riforma del regime sanzionatorio di cui al più volte modificato d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (artt. 1 e 2), e condensando nel già richiamato art. 3 (in tema di presunzioni di durata del rapporto irregolare) e nelle generiche previsioni di ordine amministrativo di cui all'art. 4⁷², tutto l'apparato di misure previste dalla direttiva.

Né miglior sorte sembrano aver avuto (a mente delle povere previsioni dell'art. 5 d. lgs. 136/2016) le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 della dir. 67/2016 che, nell'ambito di disposizioni dirette alla "difesa dei diritti" e alla "facilitazione delle denunce" nel caso di distacchi fittiziamente operati da società aventi in realtà sede nei confini nazionali, prevedono meccanismi di tutela simili a quelli or ora richiamati, stabilendo in particolare (art. 11 dir.) il diritto dei lavoratori a «ricorrere a efficaci meccanismi per denunciare direttamente i loro datori di lavoro» e a «proporre azioni giudiziarie o amministrative, anche dopo che abbia avuto termine il rapporto di lavoro nell'ambito del quale la presunta violazione è stata commessa» così da ottenere il pagamento delle «retribuzioni arretrate nette loro spettanti in base alle condizioni di lavoro di cui all'art. 3 della dir. 96/71/CE» o i «rimborsi di arretrati o imposte o contributi di sicurezza sociale indebitamente trattenuti» o, ancora, i rimborsi ingiustamente «trattenuti o dedotti dal salario in contropartita dell'alloggio fornito dal datore di lavoro».

Il legislatore europeo mirava invero a ripulire il mercato del lavoro da quelle imprese che intendono indebitamente avvantaggiarsi della disciplina di promozione della libertà di stabilimento, combattendo, dopo le

che prevede un permesso temporaneo («caso per caso») per quanti collaborino con l'azione di emersione del lavoro nero, affermandosi che attraverso questa previsione si sarebbe potuto dar vita ad una nuova sanatoria generalizzata (come peraltro è poi avvenuto).

⁷² Si stabilisce che il Ministero del lavoro «provvede ad effettuare controlli adeguati ed efficaci sull'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» e che annualmente «comunica alla Commissione europea il numero totale di ispezioni effettuate».

polemiche generate dalle sentenze del c.d. quartetto "Laval"⁷³, il fenomeno del distacco fittizio, che in un recente passato ha finito per legittimare pratiche di evasione soprattutto contributiva, mediante lavoro impropriamente ricondotto alla fattispecie del distacco transnazionale

Ove si tenga conto che rimane sempre condiviso il principio che impone un riequilibrio patrimoniale quando vi sia stata comunque una prestazione in sé non illecita (erano le *obligationes quasi ex contractu* del sistema giustiniano), sembra assottigliarsi la differenza di approccio fra la direttive 52 e 67 e le specifiche comunicazioni della Commissione prima richiamate, poiché, se è vero che la definizione di lavoro non-dichiarato lascia intendere l'idea che la regolarizzazione non richieda altro se non una tardiva ufficializzazione dell'esistenza del rapporto, anche la "caccia" al lavoro radicalmente (e insanabilmente) irregolare merita attenzione, poiché la politica di contrasto che ad esso si rivolge (e che mira alla sua eradicazione) può conseguire comunque, in presenza di strutture efficienti del sistema del "collocamento", un effetto di trasparenza e di migliore distribuzione delle opportunità di lavoro.

Il contrasto al lavoro sommerso, in questa luce, appare come un mezzo non già repressivo, ma rivolto ad incrementare la competitività delle imprese genuine e rispettose delle previsioni normative e, quindi, come uno strumento per la creazione di *more and better jobs*⁷⁴. Non sarebbe illogico però se, nella prospettiva di un'azione di effettivo contrasto al lavoro non-dichiarato, le formidabili e dettagliate misure previste dalle direttive 52/2009 e 67/2016 per la repressione del lavoro irregolare trovassero un'applicazione generalizzata, così da costituire linee-guida per l'azione dei singoli Stati in tutte le ipotesi.

8. Combattere le ragioni della diffusione del lavoro nero.

Quanto sino a qui si è detto viene ad essere oggetto di una valutazione differente quando si passi ad esaminare il settore del lavoro autonomo, nel quale il vantaggio è apparentemente bilaterale, poiché la prestazione non dichiarata dispensa il lavoratore sia dagli oneri fiscali, sia dal versamento della quota contributiva a suo carico per quel reddito, che rappresenta una gran parte del peso complessivo (in genere solo il 4% viene ad essere richiesto al committente nel caso delle professioni liberali, mentre nel caso della c.d. gestione separata dell'INPS grava sul prestatore solo un terzo dell'aliquota complessiva pari al 32,72 % per l'anno 2017). In questi casi, il vantaggio (almeno apparente) del prestatore si manifesta chiaramente,

⁷³ In relazione al quale rinvio al saggio di M. Corti e all'intervento di A. Bombelli, di cui al presente volume.

⁷⁴ V. NUNIN, *Il contrasto al sommerso e le iniziative comunitarie*, cit., p. 227.

poiché (in disparte dall'evidente guadagno fiscale) la misura assai ridotta del prelievo contributivo (e la recente politica normativa diretta alla frammentazione delle posizioni contributive) rendono per costui del tutto concreta la possibilità di poter ottenere, malgrado i versamenti effettuati, una pensione assai modesta, che poco si discosta da quell'assegno sociale di cui all'art. l. n. 153/1969, che altrimenti gli verrebbe comunque corrisposto al raggiungimento dell'età anagrafica di 65 anni e 7 mesi.

La differenza è chiara, rispetto a quanto si è più sopra sostenuto al par. 5 con riguardo al lavoratore subordinato, quando si è ipotizzato che questi sia indotto ad accettare il lavoro in nero non solo a ragione di una incerta consapevolezza in ordine ai vantaggi cui, almeno in "prima battuta" sembra rinunciare, ma anche sulla scorta del fatto che, in ultima analisi, il suo consenso alla prestazione irregolare potrebbe non risultargli di immediato pregiudizio.

Se queste considerazioni sono vere, allora, un'efficace strategia di contrasto al lavoro non-dichiarato dovrebbe tenere conto, pur nel rispetto dei precetti di elevazione sociale che la Costituzione impone al legislatore ordinario (v. *supra* par. 3, in fondo), anche delle conseguenze che si producono nella sfera patrimoniale del lavoratore. Si tratta di ipotesi che non sembrano per nulla sconosciute al legislatore che, in relazione alla indennità di disoccupazione, ha ora generalizzato un meccanismo che vale a rendere immediatamente percepibile al lavoratore lo svantaggio conseguente all'instaurazione di un rapporto di lavoro irregolare, così da attribuirgli indirettamente un ruolo nell'azione di contrasto.

Ci si riferisce al sistema della NASpI, che estende un meccanismo già sperimentato per la disoccupazione agricola⁷⁵ e per la indennità di disoccupazione a requisiti ridotti: attraverso il d. lgs. n. 22 del 4 marzo 2015, di attuazione della delega contenuta nella legge n. 183 del 10 dicembre 2014 (c.d. "jobs act"), si porta così a compimento un disegno di riforma intrapreso oramai da più di un decennio, attraverso l'assorbimento in essa di ogni altra indennità ancora lasciata in vita dalla riforma del 2012 (in particolare la Mini-ASpI e l'indennità di mobilità).

Il decreto, infatti, dà vita (a far data dal 1° maggio 2015) alla Nuova ASpI⁷⁶ (NASpI, in acronimo), e quindi ad una prestazione che aspira a

⁷⁵ A riguardo, v. F. LISO, *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1995, 1, p. 339; ID., *La galassia normativa dopo la legge n. 223 del 1991*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, 1 ss.

⁷⁶ Per le più recenti vicende, v. S. SPATTINI, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali*, Milano, Giuffrè, 2012; S. RENGA, *La "riforma" degli ammortizzatori sociali*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 3-4, pp. 621-642; A. DI STASI, *Ammortizzatori industriali e società post-industriale*, Torino, Giappichelli, 2013; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, Ipsoa, 2010; ID., *La cassa integrazione guadagni*, in *Trattato Carinci-Persiani*, vol. IV/II, Padova,

presentarsi in termini di universalità, che, per un verso, amplia la platea dei beneficiari ma che, per un altro, allarga il periodo da prendere a riferimento per la durata della prestazione, così da dare rilievo alla contribuzione del quadriennio antecedente la perdita del lavoro.

Il risultato è che i lavoratori vengono a godere della prestazione contro la disoccupazione in maniera direttamente proporzionale alle settimane di contributi versati nel corso degli ultimi quattro anni: al pari che per la precedente Mini-ASpI (e dell'indennità a requisiti ridotti), infatti, ai lavoratori l'indennità viene corrisposta per un periodo pari alla metà delle settimane di contribuzione fatta registrare nel quadriennio antecedente la fine del rapporto di lavoro⁷⁷.

Si noti che un analogo criterio premiale era stato già adottato dalla riforma delle pensioni del 1995, attraverso il sistema della pensione contributiva che, a differenza della pensione retributiva, viene ad essere calcolata con riferimento all'intero montante dei contributi versati nel corso di tutta la carriera lavorativa. Evidente deve apparire la differenza soprattutto per le ipotesi di evasione parziale della contribuzione: in passato al lavoratore bastava accreditare per i primi anni una somma molto modesta, poiché tali importi non rientravano nella base di calcolo utile ai fini della determinazione della pensione (che insisteva solo sugli ultimi cinque anni, prima della riforma del 1992). Ovviamente l'effetto penalizzante può essere registrato dal lavoratore in via immediata e a breve distanza temporale dall'assunzione nel caso della NasPI, mentre nella legislazione pensionistica questa correlazione non sembra essere stata ancora percepita da tutti.

Poiché dunque, per le ragioni che si sono sino a qui esposte, l'attività di vigilanza rischia di conseguire un ben modesto raccolto, in un'area che al contrario si immagina vasta, non va sottaciuto il vantaggio che le norme, per così dire, "auto-applicative" possono conseguire, ove l'effetto negativo della loro violazione si proietti anche nei confronti della sfera patrimoniale del lavoratore. Ed evidente deve apparire la rivoluzione rispetto al sistema delineato dall'art. 2126 c.c., che mira senz'altro a tenere indenne il lavoratore dalle conseguenze negative che discendono dalla violazione di legge, presupponendo una sua assoluta e permanente debolezza.

Cedam, 2012, pp. 2044 ss.; sulla NasPI, v. M. D'ONGHIA, *I trattamenti di disoccupazione dopo il d. lgs. 22 del 2015: continuità e (poche) innovazioni*, F. SANTONI - M. RICCI - R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Napoli, ESI, 2016, pp. 373-400.

⁷⁷ Si faccia il caso di un lavoratore "stagionale" che riesca a superare i dodici mesi di contribuzione nell'anno antecedente il sorgere dello stato di disoccupazione: mentre il passato la prestazione veniva assicurata per 8 (poi 12), o anche per 18 mesi (in ragione dell'età), adesso essa sarà pari a 6 mesi.

Ma anche quest'ultimo approccio sembra richiedere un correttivo, per non imporre al singolo una condotta sproporzionata rispetto alle sue possibilità (impedendo alle prescrizioni di legge di operare nella concreta realtà di ogni giorno).

Infatti, se è vero che il rispetto della norma deriva innanzi tutto dalla sua conoscenza e dalla sua chiarezza, appare evidente come anche la (confusa e flessibilizzata) legislazione nazionale richieda (non solo in Italia) un'opera di vigorosa semplificazione, così da poter condurre alla individuazione di stabili *standard* minimi che facilitino la verifica e l'operatività dell'azione amministrativa di vigilanza e dell'opera di autotutela dello stesso lavoratore.

Ed invero non può nascondersi che la legislazione di contrasto al lavoro nero o non-dichiarato pare scontare una pluridecennale limitazione conseguente alla incertezza normativa, in ordine sia ai livelli salariali (evidente essendo la macchinosità di un sistema che affida al giudice, e non ad una autorità amministrativa, il rispetto del parametro conseguente all'art. 36 Cost.⁷⁸), sia al contratto collettivo applicabile (a fronte della libertà sindacale e della presenza di una miriade di associazioni di scarsissima consistenza, e pur tuttavia firmatarie di accordi collettivi applicati spesso ad imprese di scarso o nullo rilievo economico⁷⁹), sia alla disciplina stessa, ad es. in tema di orari (e di *part time*), sia alla possibilità di una deroga contrattata a livello aziendale delle stesse disposizioni di legge che regolano le condizioni di lavoro (art. 8, co. 2 *bis* d. l. n. 138/2011).

Si tratta di discipline così complesse che i loro precetti appaiono poco compatibili con la pretesa di un rispetto volontario della disciplina di legge, tanto da inquinare anche le norme penali di repressione dei fenomeni più estremi di sfruttamento del lavoro agricolo che finiscono per tipizzare la fattispecie mediante il riferimento a soglia protettive rigide (in tema di orari e di salario) che si presentano, all'analisi più attenta, come elementi indeterminati, lasciando così il dubbio che le norme siano non sempre rispettose del principio di tassatività.

⁷⁸ V. a riguardo già le critiche in T. TREU, Sub art. 36, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979, p. 87.

⁷⁹ I contratti "pirata", già combattuti dall'art. 1 l. 389/1989, come interpretato dall'art. 2 co. 25 l. n. 549/1995 (che prevede che «in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria»), pare non abbia sortito effetti di rilievo, a stare almeno alla situazione descritta da P. TOMASSETTI, *Arginare la piaga dei contratti pirata*, in *Bollettino Adapt*, 16 giugno 2014.

L'esperienza del resto si è preoccupata di dimostrare come l'azione di contrasto più incisiva sia quella che consegue ad indici presuntivi, secondo un approccio fortemente empirico⁸⁰, non troppo lontano dalla legislazione più antica o da qualche esempio comparato, nella consapevolezza che le attività di accertamento, conseguenti ad una eventuale contestazione, richiedono un impegno ed una attenzione che mal si conciliano con le esigenze di velocità dell'azione di vigilanza e con l'interesse alla riscossione erariale.

Insomma, resta vero che, come già si è messo in evidenza più sopra affrontando la questione del ruolo del sindacato, l'approccio organico e articolato su piani plurimi appare il migliore, specie ove si riescano a mettere in opera misure capaci di minimizzare il rischio di elusioni concordate fra le parti alla disciplina imperativa di legge e, al tempo stesso, non si abbandonino i soggetti professionalmente più deboli o meno fortunati alla propria sorte.

⁸⁰ V. PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, Cacucci, 2007, p. 18; ID., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, cit., pp. 933-956 (anche in *Rivista Giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 25-57). V. altresì la relazione dello stesso A. di cui al presente volume.