

Approfondimenti

Contrasto al sommerso

Rapporto di lavoro di fatto: contestabilità delle sanzioni amministrative

Iunio Valerio Romano – Responsabile U.O. Vigilanza Ordinaria I, Servizio Ispezione del Lavoro Dtl di Lecce (*)

Il rapporto di lavoro è un rapporto giuridico neozialmente regolato e disciplinato dalle fonti del diritto, da specifiche norme di legge e dai contratti collettivi.

Il codice civile, benché detti una disciplina sistematica del rapporto di lavoro (cfr. artt. 2096 e ss.), non fornisce precise indicazioni circa la sua natura e la sua genesi. Tuttavia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la tesi dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro può dirsi pacifica, con conseguente rimando alla disciplina generale in tema di formazione dell'accordo, interpretazione, rappresentanza, simulazione e invalidità. Si può, dunque, sostenere che, nel nostro ordinamento giuridico, a fondamento del rapporto di lavoro vi è un accordo contrattuale dal quale discendono due obbligazioni principali, quella in capo al datore di lavoro di remunerare la prestazione resa in suo favore e quella in capo al lavoratore di fornire tale prestazione. Ed in vero, la causa fondante il rapporto è proprio lo scambio tra lavoro e retribuzione, secondo un vincolo di reciprocità (1).

Più in particolare, il contratto di lavoro dipendente è un contratto tipico e nominato (cioè individuato e disciplinato dalla legge), bilaterale, sinnallagmatico e, di regola, oneroso, atteso che il cd. lavoro gratuito è possibile solo nel caso in cui la prestazione sia stata resa per un comprovato spirito di solidarietà o gratitudine (*affectionis*

vel benevolentiae causa), stante la presunzione di onerosità riconlegabile all'art. 2094 c.c.

Art. 2094 c.c.

È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

A fondamento del rapporto di lavoro vi è, dunque, la manifestazione di volontà, espressa o tacita, purché libera e cosciente (2), di obbligarsi. La causa tipica del contratto di lavoro si sostanzia nello scambio tra il lavoro, intellettuale o manuale, e la retribuzione, nel rispetto dei diritti e dei doveri nascenti dal codice civile, dalle leggi in materia e dalla contrattazione collettiva (3). L'oggetto del contratto, che, per definizione e a pena di nullità, deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile (cfr. artt. 1418, c. 2, e 1346 c.c.), è costituito dal lavoro e dalla retribuzione.

Il contratto si perfeziona con l'accordo delle parti (art. 1325, n. 1, c.c.), che, di regola, si realizza quando l'accettazione giunge a conoscenza del proponente (art. 1326, c. 1, c.c.).

La violazione dell'obbligo di condurre le trattative secondo buona fede implica una responsabilità cd. precontrattuale (art. 1337 c.c.).

(*) Le opinioni espresse con il presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano in alcun modo l'amministrazione di appartenenza.

(1) Nel contratto di apprendistato, tipico contratto a causa mista, è anche presente la finalità formativa.

(2) La capacità di stipulare validamente un contratto di lavoro da parte del prestatore si acquista al raggiungimento del-

l'età minima per l'ammissione al lavoro, elevata dal 1^g gennaio 2007 al compimento del 16^g anno di età (cfr. art. 1, comma 622, legge n. 296/2006. Sulla possibilità di accedere al mondo del lavoro al compimento del 15^o anno di età, cfr. art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 167/2011, in tema di apprendistato).

(3) Sugli obblighi nascenti dalla contrattazione collettiva, cfr. Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2001, n. 5596.

Approfondimenti

La forma del contratto di lavoro, salvo diversa previsione normativa, è libera e, pertanto, il negozio può essere concluso anche verbalmente o per comportamenti concludenti. Tuttavia, per la regolarità formale del rapporto, il datore di lavoro è tenuto a comunicare al Servizio per l'impiego territorialmente competente, entro il giorno antecedente l'assunzione, i dati anagrafici del lavoratore, la data di assunzione, la data di cessazione, qualora il rapporto non sia a tempo indeterminato, la tipologia contrattuale, la qualifica professionale e il trattamento economico e normativo applicato (cfr. art. 9 bis, c. 2, D.L. n. 510/1996, conv. in legge n. 608/1996, e ss.mm.ii.). In assenza di tale adempimento, di natura non meramente formale⁽⁴⁾, il rapporto di lavoro deve essere considerato irregolare (*rectius sommerso*) e, pertanto, gli organi di vigilanza dovranno contestare la cd. maxi-sanzione per lavoro nero (cfr. art. 3, D.L. n. 12/2002, conv. in legge n. 73/2002, come da ultimo modificato dall'art. 4, c. 1, legge n. 183/2010), fatto salvo il recupero dei contributi non versati.

Di contro, il rapporto di lavoro, regolarmente denunciato agli organi competenti, è ritenuto non genuino (cd. lavoro grigio) allorché il contratto formalizzato tra le parti risulti non corrispondente al rapporto che di fatto è stato posto in essere tra le stesse. In tale ipotesi, la maxi-sanzione non potrà essere contestata, ma il rapporto dovrà essere ricondotto nel corretto alveo, con ulteriori e differenti conseguenze sotto il profilo sanzionatorio, fatto salvo il recupero dei contributi eventualmente omessi.

Il datore di lavoro ha, infine, un obbligo informativo nei confronti del lavoratore, da assolvere all'atto dell'instaurazione del rapporto di lavoro e riguardante gli estremi dello stesso (cfr. art. 4 bis, c. 2, D.Lgs. n. 181/2000, come introdotto dall'art. 6, c. 1, D.Lgs. n. 297/2002). L'eventuale

inottemperanza è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria.

Il rapporto di lavoro di fatto

Il rapporto di lavoro si fonda, dunque, sul cd. *animus contrahendi*, ovvero sulla volontà di obbligarsi nei termini dianzi esplicitati.

Il contratto di lavoro, come tutti i contratti, può essere nullo quando è contrario a norme imperative, quando difetta di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. (accordo delle parti, causa, oggetto, forma, se prescritta *ad substantiam*), quando la causa è illecita o quando lo sono i motivi, se le parti si sono determinate a concludere il contratto esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (cfr. art. 1345 c.c.) e, infine, quando l'oggetto risulti impossibile, illecito, indeterminato o indeterminabile (cfr. art. 1346 c.c.).

Accanto a delle cause di nullità per così dire virtuali, non predeterminate ma legate alla violazione di norme imperative⁽⁵⁾, il legislatore ha, dunque, previsto delle cause strutturali, ossia incidenti sugli elementi costitutivi del negozio.

Art. 1418 c.c.

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producendo nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illecità della causa, l'illecità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

Il contratto è, invece, annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare (ad es. perché minore di anni 16), se il consenso è stato dato per errore quando questo è essenziale

(4) Cfr. sul punto Cass. civ., sez. lav., 25 maggio /2002, n. 7524, nonché lettera circolare prot. n. 229 del 5 marzo 2003 Mlps.

(5) Il codice civile non fornisce una specifica nozione di norma imperativa, tuttavia, in dottrina, si definisce imperativa «la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata» (cfr. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 585 e ss.). La norma imperativa è, dunque, cogen-

te e inderogabile e, per questo, si distingue dalla norma disposta, per definizione derogabile dall'autonomia privata.

Peraltro, in dottrina è stato pure sostenuto che, allorquando il negozio sia in contrasto con la lettera della norma imperativa senza, tuttavia, che i suoi effetti contrastino con l'interesse sotteso dalla stessa, si avrà una mera irregolarità e non la nullità del contratto. Ciò in quanto, sotto il profilo sostanziale, rimane salvo l'interesse generale e fondamentale sotteso alla norma imperativa e, pertanto, l'effetto di invalidare completamente il negozio può apparire una sanzione eccessiva rispetto alla portata della violazione (cfr, in proposito, Roppo, *Il contratto, in Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 748 e ss., nonché Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 572).

Approfondimenti

ed è riconoscibile dall'altro contraente (cfr. art. 1428 c.c.), ovvero se è stato estorto con violenza, anche se esercitata da un terzo (cfr. art. 1434 c.c.). L'annullabilità è, infine, prevista in caso di consenso carpito con dolo, quando i raggiri usati da uno dei contraenti siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il suo consenso (art. 1439 c.c.).

Con particolare riguardo al contratto di lavoro, l'art. 2126 c.c. dispone che la nullità o l'annullamento dello stesso non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se, tuttavia, il lavoro sia stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione.

Art. 2126 c.c.

La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione.

- **Regola:** la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

- **Eccezione:** la nullità produce effetto se deriva da illiceità dell'oggetto o della causa.

- **Eccezione all'eccezione:** se il lavoro è prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione, anche nell'ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa.

Può accadere, peraltro, che, secondo la tradizionale distinzione fatta propria dalla dottrina penalistica, ci si trovi dinanzi a reati-contratto (vedi assunzione di extracomunitari privi di permesso di soggiorno o di minori di anni 16 e/o ancora in obbligo scolastico) o a reati in contratto. Nel primo caso, è il contratto stesso a costituire reato, nel secondo caso il contratto, di per sé lecito, costituisce lo strumento per commettere un reato (ad es. prestiti ad usura da parte del datore di la-

(6) Per un interessante approfondimento sul tema, cfr. Paladini, *Estorsione e minaccia di disoccupazione*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 8/9, 2002, 609 e ss.

(7) Cfr. circolare n. 38/2010, che, tuttavia, ammette l'applicabilità della cd. maxi-sanzione per lavoro nero con riguardo a

voro nei confronti del lavoratore, costretto a restituire fuori busta parte della retribuzione) (6). In definitiva, nel rapporto di lavoro non regolare, nullo o annullabile, ma di fatto posto in essere con l'incontro delle volontà di ambo le parti negoziali, il lavoratore può sempre rivendicare la retribuzione maturata e la relativa copertura assicurativa, anche in caso di illiceità dell'oggetto o della causa del contratto, sempre che il lavoro risulti prestato con violazione di norme poste a sua tutela.

Per ciò che concerne il profilo sanzionatorio, il Ministero del lavoro ha chiarito che, fatta salva l'eventuale responsabilità penale, nessuna sanzione riguardante il mancato rispetto delle procedure di assunzione può essere contestata allorquando il rapporto di lavoro non poteva, comunque, essere regolarmente posto in essere, difettando i prescritti requisiti di legge (cd. impossibilità dell'illecito) (7).

Il contratto inesistente

Posto che l'espletamento, seppur di fatto, di attività lavorativa, consente al lavoratore di rivendicare i propri diritti e all'organo di vigilanza di contestare le eventuali violazioni agli obblighi di legge, qualora non vi sia stato un accordo negoziale tra le parti, ovvero l'organo accertatore non sia in grado di darne la prova, il contratto è da ritenersi giuridicamente inesistente.

In tal caso, l'art. 2126 c.c. non risulterebbe applicabile e il lavoratore può fare ricorso all'azione generale per illecito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.

Art. 2041, c. 1, c.c.

Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.

Un'ipotesi certamente controversa è quella riguardante il caso in cui l'organo di vigilanza accerti l'espletamento di una prestazione lavorativa di fatto resa da un soggetto in favore di un altro soggetto, magari proprio nell'ambito dell'attività

rapporti di lavoro posti in essere con extracomunitari o minori non avviabili al lavoro, sul presupposto che trattasi di sanzione aggiuntiva che punisce non la condotta penalmente rilevante, ma la fattispecie dell'occupazione di lavoratori non regolarizzabili e, quindi, il lavoro sommerso *tout court*.

Approfondimenti

imprenditoriale di cui quest'ultimo sia titolare. Tuttavia, tanto il datore di lavoro, quanto il lavoratore, oltre ogni evidenza, attestano a verbale che tra loro non è intercorso e/o non è in atto alcun rapporto di lavoro.

In realtà, diventa determinante e dirimente quanto verbalizzato dall'organo di vigilanza, atteso che l'atto pubblico fa piena prova, sino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha redatto, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti (cfr. art. 2700 c.c., nonché circolare n. 41/2010 Mlps). Viceversa, la dichiarazione resa dal lavoratore, di per se stessa, non costituisce fonte di prova (cfr. art. 246 c.p.c.), mentre quella del datore di lavoro è resa in ossequio al principio in forza del quale nessuno può essere tenuto a testimoniare in proprio sfavore (*nemo tenetur edere contra*).

La questione delle conseguenze legate al rapporto di lavoro disconosciuto in quanto tale, da una o entrambe le parti, è, dunque, assai dibattuta, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, e verte sostanzialmente sulla possibilità o meno di applicare il dettato di cui all'art. 2126 c.c., piuttosto che di ritenere percorribile solo la strada di cui all'art. 2041 c.c.

Ed in vero, in assenza di *animus contrahendi*, non sussiste sinallagma contrattuale e, pertanto, a tutto voler concedere, il lavoratore che ha prestato la propria attività nell'ambito di un rapporto di lavoro di fatto potrà esperire solo un'azione di indebito arricchimento nei confronti del datore di lavoro.

Tuttavia, pare più corretto distinguere l'ipotesi in cui la prestazione sia avvenuta *prohibente domino*, ossia con la proibizione esplicita a prestare attività lavorativa da parte del beneficiario della stessa, da quella in cui la prestazione risulti posta in essere invito domino, senza cioè un invito esplicito a prestare attività lavorativa, ma in virtù di una tacita accettazione della stessa.

In quest'ultimo caso, il contratto di lavoro non sarebbe semplicemente inesistente, ma, sotto il

profilo giuridico, si realizzerebbe un vero e proprio rapporto negoziale concluso per *facta conscientia* e, pertanto, risulterà certamente applicabile l'art. 2126 c.c., con l'ulteriore conseguenza, che, per quanto riguarda gli aspetti pubblicistici, dovranno essere contestate le violazioni alla normativa di avvio e collocamento al lavoro e, più nello specifico, la cd. maxi-sanzione.

In definitiva, sarà il fruitore della prestazione, datore di lavoro di fatto, a dovere dare la prova che la stessa si è svolta contro la sua volontà, quindi in assenza di accordo negoziale, anche tacito.

Ovviamente, affinché vi sia l'inversione dell'onere della prova, è necessario che l'organo di vigilanza abbia prodotto una "fotografia" inequivocabile dello stato delle cose (cfr., sul punto, circolare n. 38/2010 Mlps, in tema di redazione del verbale di primo accesso ispettivo), acquisendo, inoltre, ove possibile, elementi documentali e/o riscontri testimoniali precisi e concordanti (cfr. Mlps, circ. n. 6/2014).

Conclusioni

Alla luce del ragionamento sopra enucleato, appare corretto sostenere che, laddove l'organo ispettivo, al di là delle dichiarazioni dei diretti interessati (prestatore e fruitore della prestazione), accerti e comprovi un'oggettiva prestazione lavorativa, questa dovrà essere considerata resa nell'ambito di un rapporto di lavoro di fatto, di natura subordinata e a titolo oneroso, fatta salva la prova contraria. Da ciò discenderà l'applicazione dell'art. 2126 c.c., nonché dell'apparato sanzionatorio previsto in caso di irregolare avvio e collocamento dei lavoratori.

Appare, altresì, corretto ritenere che la prestazione resa all'insaputa del beneficiario debba equi-pararsi, in ordine agli effetti, a quella resa in presenza di un'espressa proibizione, ferma restando l'azione di indebito arricchimento e ogni altra responsabilità a carico di soggetti terzi non delegati a manifestare la volontà negoziale in nome e/o per conto di altri.