

# Approfondimenti

Inquadramento giuridico della fattispecie

## Indennità indebitamente poste a conguaglio

Iunio Valerio Romano - Coordinatore Aree Vigilanza Dtl Lecce

La condotta del datore di lavoro che, mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore a titolo di indennità di malattia, maternità, assegni familiari o cassa integrazione guadagni, ottiene dall'Inps, in qualità di *adiectus solutionis causa*, il conguaglio delle suddette somme con quelle da lui dovute a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così realizzando un ingiusto profitto, integra gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante che, da ultimo, ha ricevuto un inquadramento giuridico differente rispetto a quello tradizionalmente attribuito dalla giurisprudenza dominante.

### La fattispecie di reato

Per meglio comprendere la fattispecie in esame, occorre chiarire che, ai sensi delle disposizioni

vigenti, il datore di lavoro è tenuto a denunciare all'Inps, attraverso un prospetto mensile (c.d. Mod. DM10), le retribuzioni corrisposte ai propri dipendenti, i contributi dovuti e l'eventuale conguaglio delle prestazioni anticipate per conto dell'ente, nonché delle agevolazioni e degli sgravi spettanti, ciò al fine di determinare il versamento realmente dovuto.

Gli assegni familiari ovvero le indennità di malattia e di maternità, per gli importi dovuti *ex lege*, sono a carico dall'Inps, mentre il datore di lavoro è solo tenuto ad anticipare tali importi in forza dell'art. 1, D.L. n. 633/1979, convertito con modificazioni dalla legge n. 33/1980, salvo conguaglio da effettuarsi a mezzo DM10.

Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 1997, n. 639

Ai sensi dell'art. 1, D.L. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito in legge 29 febbraio 1980, n. 33, l'indennità di maternità, dovuta dall'Inps, viene corrisposta all'avente diritto a cura del datore di lavoro in funzione di "*adiectus solutionis causa*"; ne consegue che nella controversia promossa dalla lavoratrice per ottenere il pagamento della suddetta indennità è l'Inps il soggetto legittimato passivo, non rilevando in contrario la circostanza che il datore di lavoro, adducendo di aver corrisposto l'indennità in questione, abbia già effettuato il conguaglio fra la somma ad essa corrispondente ed i contributi dovuti. Nel caso di mancato pagamento dell'indennità da parte del datore di lavoro incombe infatti sull'Inps - che dovrebbe chiedere al datore di lavoro, che ponga a conguaglio dei contributi dovuti le prestazioni asseritamente anticipate al lavoratore per conto dell'Istituto, la prova dell'avvenuta erogazione, e cioè la quietanza delle somme ricevute dalla dipendente - l'onere di rivalersi nei confronti di quest'ultimo, dopo aver corrisposto all'avente diritto la prestazione dovuta.

Laddove il datore di lavoro, mediante la falsa rappresentazione all'Inps di aver erogato ai dipendenti somme in realtà mai corrisposte, ponga in essere atti idonei a realizzare l'ingiusto profitto del conguaglio delle prestazioni che egli assume, contrariamente al vero, di avere anticipato, realizza un illecito che, sotto il profilo pubblici-

stico, è stato ricondotto dalla giurisprudenza tradizionale nella fattispecie di cui all'art. 640-*bis* c.p., piuttosto che in quella meno grave di cui all'art. 37 della legge n. 689/1981, che sanziona il reato di omissione o falsità in registrazione o denuncia obbligatoria in materia di contributi previdenziali e assistenziali (1).

(1) In verità, una giurisprudenza minoritaria, pur ribadendo l'esclusione della meno grave ipotesi di evasione contributiva, nel caso di mancata corresponsione ad un dipendente, da parte del datore di lavoro, di indennità di malattia e assegni familiari portati comunque a conguaglio nei confronti dell'Inps, ha inteso escludere la configurabilità del delitto di truffa, per difet-

to dell'elemento del danno, ravvisando in astratto gli estremi del reato di appropriazione indebita in danno del lavoratore (cfr. Cass. sez. II. pen., 15 gennaio 2013, n. 255194). Tale orientamento è, tuttavia, poco condivisibile, atteso che non vi è la reale fuoriuscita dal "patrimonio" del datore di lavoro delle somme erogate al lavoratore in qualità di *adiectus solutionis* e

Più di recente, al contrario, sul presupposto del difetto dell'elemento del danno patrimoniale, si è assistito ad un deciso *revirement* della Cassazione, con conseguente inquadramento della fattispecie in esame nel paradigma di cui all'art. 316-ter c.p. (2).

## L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

L'art. 316-ter c.p., salvo che il fatto integri gli estremi della truffa, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni chiunque consegua indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee, mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute.

La previsione della fattispecie criminosa in parola consegue agli obblighi assunti dall'Italia con la stipula della Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995, sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, con particolare riguardo a "qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti, alla mancata comunicazione di un'informazione dovuta, cui consegua la percezione o la ritenzione illecita di fondi, provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse" (3).

Tale fattispecie si associa ad ulteriori norme finalizzate alla repressione di abusi nelle sovvenzioni pubbliche, quali l'art. 640-bis c.p. e l'art. 316-bis c.p., che puniscono, rispettivamente, la truffa aggravata in erogazioni pubbliche e la mancata destinazione di fondi pubblici alle finalità di pubblico interesse.

### Art. 316-ter c.p. - Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegua indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a € 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da € 5.164,57 a € 25.822,84. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

Bene giuridico	Patrimonio in senso dinamico-funzionale - Corretta allocazione delle risorse pubbliche
Natura del reato	Reato di pericolo
Soggetto attivo	Chiunque (reato comune)
Soggetto passivo	Lo Stato, l'ente pubblico o le Comunità europee che erogano o concedono il contributo, il finanziamento, il mutuo agevolato, ecc.
Condotta (elemento materiale)	Il conseguire indebitamente (per sé o per altri), mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, contributi, finanziamenti, ecc. concessi o erogati dagli enti indicati
Evento	Indebito conseguimento dell'erogazione pubblica
Elemento soggettivo	Dolo generico
Consumazione	Il reato si consuma con l'indebita percezione dell'erogazione pubblica
Tentativo	Atti idonei, diretti in modo non equivoco, al conseguimento dell'indebita percezione dell'erogazione pubblica

poi indebitamente conguagliate con i dovuti contributi (cfr., *mutatis mutandis*, Cass. pen., S.U., 19 gennaio 2005, n. 1327).

Certamente va esclusa la fattispecie criminosa di cui all'art. 10-quater, D.Lgs. n. 74/2000, considerata la natura tributaria delle somme portate a conguaglio nella previsione di cui alla

citata norma.

(2) Cfr. Cass., sez. II pen., 17 ottobre 2014, n. 48663, nonché Cass., sez. II pen., 3 febbraio 2016, n. 4404.

(3) Cfr. art. 1.1., lett. a), Convenzione Pif.

# Approfondimenti

## Art. 316-ter c.p. - Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Sanzioni e circostanze	Reclusione da sei mesi a tre anni. Laddove la somma indebitamente percepita sia pari o inferiore a € 3.999,96, è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria pari al pagamento di una somma da € 5.164 a € 25.822. L'art. 323-bis prevede una diminuzione della pena qualora il fatto sia di particolare tenuità.
------------------------	--

L'art. 316-ter c.p. contempla un reato di pericolo (4) che si distingue dalla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche sia perché la condotta non ha natura fraudolenta, atteso che la presentazione delle dichiarazioni o dei documenti attestanti cose non vere costituisce un fatto strutturalmente differente dagli artifici e raggiri, sia per l'assenza della induzione in errore (5).

Peraltro, già in passato, tanto la Corte costituzionale quanto le S.U. della Corte di cassazione avevano avuto modo di approfondire l'ambito applicativo del delitto in questione, affermandone il carattere sussidiario e residuale rispetto alla truffa, pur assicurando una tutela aggiuntiva e complementare rispetto a quella apprestata ai medesimi interessi dall'art. 640-bis c.p., coprendo eventuali margini di scostamento - in difetto - del relativo paradigma punitivo (cfr. ordinanza n. 85/2004 Corte cost.). Ed in vero, l'introduzione

nel nostro ordinamento dell'art. 316-ter c.p. ha risposto all'esigenza di estendere la punibilità a condotte decettive (in danno di enti pubblici o comunitari) non incluse nell'ambito operativo della truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., dalle quali non consegua un'induzione in errore o un danno per l'ente erogatore e che possono sostanziarsi nel mero silenzio antidoveroso o in un comportamento che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale. Per cui *"vanno ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 316-ter c.p. - e non a quella di truffa - le condotte alle quali non consegua un'induzione in errore per l'ente erogatore, dovendosi tenere conto, al riguardo, sia della modalità del procedimento di volta in volta in rilievo ai fini della specifica erogazione, sia delle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto"* (cfr. Cass. pen., S.U., 19 aprile 2007, n. 16568).

## Cass. pen., S.U., 16 dicembre 2010, n. 7537

L'art. 316-ter c.p. punisce condotte decettive non incluse nella fattispecie di truffa, caratterizzate (oltre che dal silenzio antidoveroso) da false dichiarazioni o dall'uso di atti o documenti falsi, ma nelle quali l'erogazione non discende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore, che non viene indotto in errore perché in realtà si rappresenta correttamente solo l'esistenza della formale attestazione del richiedente.

Nel concetto di conseguimento indebito di una "erogazione" da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di "contribuzione" ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di danaro ma pure attraverso la concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, perché anche in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità.

L'art. 316-ter c.p. sanziona la percezione di per sé indebita delle erogazioni, senza che vengano in rilievo particolari destinazioni funzionali.

È dunque evidente che, a differenza del delitto di truffa, il reato di indebita percezione di erogazioni a danno della Stato di cui all'art. 316-ter c.p. prescinde dall'esistenza di artifici o raggiri, dall'induzione in errore e dall'esistenza di un danno patrimoniale. Elementi costituenti la fattispecie

criminosa in esame sono, al contrario, l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere (ovvero l'omissione di informazioni dovute) da cui derivi il conseguimento indebito di erogazioni da parte dello Stato o di altri enti pubblici o delle Comunità eu-

(4) *Contra* Cass., sez. VI pen., 21 settembre 2015, n. 38292, secondo cui la norma incriminatrice in esame configura un reato di danno e non di pericolo, strutturato sotto forma di progressione criminosa, per cui la soglia oltre la quale l'illecito amministrativo integra un delitto non è configurabile come

condizione obiettiva di punibilità, ma come vero e proprio elemento costitutivo, con ogni conseguenza in merito all'atteggiamento psicologico dell'agente.

(5) Cfr. Cass., sez. VI pen., 9 maggio 2013, n. 35220; Cass., sez. II pen., 19 ottobre 2012, n. 46064.

ropee, erogazioni a cui non si ha, evidentemente, diritto. Tali erogazioni possono consistere indifferentemente o nell'ottenimento di una somma di denaro oppure nell'esenzione dal pagamento di una somma altrimenti dovuta.

In ordine all'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto), benché non vi sia allo stato un orientamento ben definito, si propende per la non operatività dello stesso, sia perché la norma fa riferimento alla particolare tenuità del fatto anche e soprattutto in considerazione dell'entità dell'offesa arrecata e sia perché, diversamente, si verrebbe ad interferire su precise scelte di politica sanzionatoria, dettate a monte dal legislatore con la previsione di cui all'art. 316-*ter*, comma 2, c.p.

## La soglia di punibilità

Il comma 2 dell'art. 316-*ter* c.p. dispone che, quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96, si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164,57 a euro 25.822,84.

Tale previsione sembra introdurre una vera e propria condizione obiettiva di punibilità, sebbene non manchino arresti giurisprudenziali che, configurando la fattispecie come reato di danno piuttosto che come reato di pericolo, hanno giudicato la soglia di punibilità quale elemento strutturale del reato, con ogni conseguenza in merito alle ricadute di ordine psicologico (6).

Sul punto, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, prendendo atto del citato *revirement*, con la nota prot. n. 3674 del 24 febbraio 2016, ha specificato che la sanzione in parola dovrà essere contestata dal personale ispettivo, nell'ambito degli accertamenti di rispettiva competenza, ai sensi degli artt. 14 e 16, legge n. 689/1981, assicurando il rispetto della disposizione che limita l'importo massimo della sanzione applicabile, stabilita da un minimo di euro 5.264 ad un massimo di euro 25.822, al "*triplo del beneficio conseguito*". L'importo della sanzione ridotta sarà pari a 1/3 del massimo previsto dalla norma (euro 8.607,33), ovvero al triplo

del beneficio indebitamente percepito, ove quest'ultimo risulti inferiore alla sanzione così definita, senza possibilità di applicare l'istituto della diffida di cui all'art. 13, D.Lgs. n. 124/2004 e s.m.i., atteso che il danno nei confronti dei soggetti erogatori appare "*di per sé mai completamente recuperabile*". In verità, tale assunto sembrerebbe cozzare con la posizione giurisprudenziale in virtù della quale il reato *de quo* non implicherebbe un danno per l'Istituto previdenziale e, inoltre, il recupero delle somme non appare materialmente impossibile, tant'è che l'ente può agire in rivalsa, laddove dovesse provvedere al pagamento diretto delle prestazioni nei confronti del lavoratore. Tuttavia, è senza dubbio condivisibile e giustificabile la scelta di politica sanzionatoria adottata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, se solo si consideri gli interessi sottesi alla fattispecie.

La competenza per territorio a contestare la violazione amministrativa è dell'organo deputato ad agire nell'ambito territoriale dove ha sede l'ente pubblico che ha erogato il contributo (momento di consumazione dell'illecito), essendo, invece irrilevante il luogo dove è stata presentata la documentazione attestante il falso.

L'organo deputato a ricevere il rapporto di cui all'art. 17, legge n. 689/1981, ai fini dell'adozione dell'eventuale ordinanza-ingiunzione/archiviazione, è il Prefetto (7).

Non va, infine, sottaciuto un recentissimo arresto giurisprudenziale secondo cui, considerato che la denuncia delle retribuzioni di cui al Mod. DM10 ha carattere mensile, ai fini della corretta valutazione dell'eventuale superamento della soglia indicata dal comma 2 dell'art. 316-*ter* c.p., oltre la quale la condotta assume rilevanza penale, prima di ritenere applicabile l'istituto della continuazione *ex art.* 81 c.p., è necessario accertare il superamento della predetta soglia per ciascuna delle mensilità oggetto di accertamento (cfr. Cass., sez. II pen., 3 febbraio 2016, n. 4404).

## Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, appare, dunque, evidente che il più recente orientamento mira a ritenere sussistente la fattispecie illecita

(6) Cfr. Cass., sez. VI pen., 21 settembre 2015, n. 38292.

(7) Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 2836/2014, nonché *ex*

*multis* Cass., sez. V pen., 15 gennaio 2014, n. 1574.

# Approfondimenti

di cui all'art. 316-ter c.p., piuttosto che quella di cui all'art. 640-bis c.p., nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, in assenza di artifici o raggiri, induzione in errore ed esistenza di un danno patrimoniale, mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore a titolo di indennità per malattia, maternità o assegni familiari, ottenga dall'Inps il conguaglio di tali somme, in realtà mai corrisposte, con quelle da lui dovute all'Istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo dallo stesso Istituto le corrispondenti erogazioni.

Il reato deve essere considerato consumato nel momento in cui il datore di lavoro provvede a versare all'Inps (sulla base dei dati indicati nei Modd. DM10) i contributi ridotti per effetto del conguaglio cui non aveva diritto, venendo così a percepire indebitamente, mediante il mancato pagamento di quanto altrimenti dovuto, l'erogazione da parte dell'ente pubblico.

In tal caso, il soggetto accertatore avente la qualifica di P.G. dovrà comunicare la notizia di reato ai sensi dell'art. 347 c.p.p., ovvero notificare l'illecito amministrativo ai sensi degli artt. 14 e 16, legge n. 689/1981 (art. 316-ter c.p., comma 2), notificare lo specifico illecito amministrativo inerente alla mancata anticipazione dell'indennità in questione, per il quale non si applicherà l'art. 24, legge n. 689/1981, trattandosi di fattispecie autonoma e a sé stante, posta a tutela di un differente interesse, nonché informare dei fatti l'Inps, affinché provveda al pagamento diretto della suddetta indennità in favore del lavoratore e al recupero in rivalsa nei confronti del datore di lavoro delle somme indebitamente conguagliate (cfr. Inps, messaggio prot. n. 28997 del 18 novembre 2010).

Un'ultima considerazione porta, tuttavia, a cogliere molto più lo sforzo e lo spirito eminentemente deflativo del più recente orientamento giurisprudenziale, in linea, peraltro, con la politica di depenalizzazione in atto, che la reale bontà giuridica dello stesso.

Riesce difficile, infatti, non considerare un artificio la volontaria fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore, ovvero ritenere tale condotta inidonea a indurre in errore l'ente previdenziale sul diritto al conguaglio di dette somme, invero mai corrisposte.

E, infine, appare altrettanto difficoltoso sostenere che all'ingiusto profitto del datore di lavoro non corrisponda un'equivalente danno economico per lo stesso Istituto di previdenza.

## Illeciti amministrativi in tema di assegni e indennità non corrisposti

- *Art. 37, D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797*

Salvo quanto disposto per l'agricoltura negli artt. da 66 a 69 del medesimo D.P.R., gli assegni familiari, di cui all'art. 33, sono corrisposti agli aventi diritto a cura del datore di lavoro alla fine di ogni periodo di pagamento della retribuzione.

Ai sensi dell'art. 82, comma 2, D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, come sostituito dall'art. 22, comma 6, D.Lgs. n. 151/2015, il datore di lavoro che non provvede, se tenuto, alla corresponsione degli assegni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 5.000 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero a un periodo superiore a sei mesi, la sanzione va da 1.500 a 9.000 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero a un periodo superiore a dodici mesi, la sanzione va da 3.000 a 15.000 euro.

- *Art. 22, D.Lgs. n. 151/2001, come modificato dal D.Lgs. n. 115/2003*

Le lavoratrici hanno diritto a un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo del congedo di maternità, anche in attuazione degli artt. 7, comma 6, e 12, comma L'indennità di maternità, comprensiva di ogni altra indennità spettante per malattia, è corrisposta con le modalità di cui all'art. 1, D.L. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito con modificazioni dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie.

La sanzione amministrativa è stabilita dall'art. 1, comma 12, D.L. n. 663/1979 nella misura di euro 125,00 per ciascun dipendente cui si riferisce la violazione.

- *Art. 34, D.Lgs. n. 151/2001*

Per i periodi di congedo parentale di cui all'art. 32 alle lavoratrici e ai lavoratori è dovuta, fino al terzo anno di vita del bambino, un'indennità pari al 30% della retribuzione, per un periodo massimo complessivo tra i genitori di sei mesi. L'indennità è calcolata secondo quanto previsto all'art. 23, ad esclusione del comma 2 dello stesso. Si applica il comma 1 per tutto il periodo di prolungamento del congedo di cui all'art. 33. Per i periodi di congedo parentale di cui all'art. 32 ulteriori rispetto a quanto previsto ai commi 1 e 2 è dovuta un'indennità pari al 30% della retribuzione, a condizione che il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. Il reddito è determinato secondo i criteri previsti in materia di limiti reddituali per l'integrazione al minimo. L'indennità ai sensi e per il combinato disposto degli artt. 34, comma 4, e 22, comma 2, del medesimo D.Lgs. n. 151/2001 è corrisposta con le modalità di cui all'art. 1, D.L. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito con modificazioni dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie. La sanzione amministrativa è stabilita dall'art. 1, comma 12, D.L. n. 663/1979 nella misura di euro 125,00 per ciascun dipendente cui si riferisce la violazione.

- *Art. 1, D.L. n. 663/1979, convertito con modificazioni dalla legge n. 33/1980*

A decorrere dal 1° gennaio 1980, per i lavoratori dipendenti, salvo quanto previsto dal successivo sesto comma, le indennità di malattia e di maternità di cui all'art. 74, primo comma, legge 23 dicembre 1978, n. 833, sono corrisposte agli aventi diritto a cura dei datori di lavoro all'atto della corresponsione della retribuzione per il periodo di paga durante il quale il lavoratore ha ripreso l'attività lavorativa, fermo restando l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere anticipazioni a norma dei contratti collettivi, in ogni caso non inferiori al 50% della retribuzione del mese precedente, salvo conguaglio. Il datore di lavoro che non provveda, entro i termini di cui al primo comma, alla erogazione dell'indennità giornaliera di malattia e di maternità dovuta è punito con una sanzione amministrativa di euro 125,00 per ciascun dipendente cui si riferisce la violazione.