

ADAPT

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali*

IL SISTEMA SANZIONATORIO DELLE ESTERNALIZZAZIONI

Di Pierluigi Rausei

Working paper n. 21/2006

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

Introduzione

Ai fenomeni interpositori legati al sistema normativo introdotto dal D.Lgs. n. 276/2003 in materia di somministrazione di lavoro (artt. 20-28), appalto di opere e di servizi (art. 29) e distacco di manodopera (art. 30) lo stesso testo normativo ha dedicato una specifica ed apposito apparato sanzionatorio di tipo penale e amministrativo (artt. 18 e 28, con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 251/2004) (1).

Somministrazione abusiva

Nel ridefinire il contesto normativo risultante dalla abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, il Legislatore della riforma, anche col successivo intervento correttivo (art. 4 D.Lgs. n. 251/2004), ha voluto precisamente introdurre nel sistema alcune nuove penalità che soltanto in parte finiscono per riprendere il previgente schema dispositivo, peraltro allontanandosene nettamente sotto un profilo strettamente sanzionatorio.

Il reato di somministrazione abusiva appare, dunque, solo parzialmente analogo alla vecchia "interposizione illecita di manodopera".

Anzitutto, va segnalato che la fattispecie illecita in esame costituisce, già nello schema delineato fin dall'inizio dal D.Lgs. n. 276/2003, il grado medio nella somministrazione non a norma di legge e, quindi, l'ipotesi base di reato.

Nella scala ideale di gravità crescente delle ipotesi di somministrazione posta in essere in violazione delle disposizioni vigenti, al grado più basso si colloca, infatti, la somministrazione irregolare, che viene sanzionata in capo al somministratore e all'utilizzatore con una sanzione di tipo amministrativo e non penale, seppure affiancata da importanti riflessi civilistici (art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003).

All'estremo opposto, al grado massimo della graduazione del disvalore sociale della condotta del somministratore e dell'utilizzatore si situa, invece, il reato contravvenzionale di tipo doloso della somministrazione fraudolenta.

Come si nota, sia pure da questi brevissimi cenni, a differenza dei due estremi della somministrazione irregolare (violazione amministrativa) e di quella fraudolenta (illecito penale), che vedono o possono vedere coinvolti congiuntamente il somministratore e l'utilizzatore, la somministrazione abusiva rappresenta un reato proprio del somministratore al quale fa da naturale pendant il reato di utilizzazione illecita, ma le due fattispecie permangono, in ogni caso, distinte, sia pure in una ottica unitaria di ricomposizione fra le due violazioni.

La somministrazione abusiva, dunque, si configura, in primo luogo, quale reato di tipo contravvenzionale (esattamente come la vecchia interposizione illecita di manodopera), ai sensi e per gli effetti dell'art. 18, comma 1, che, appunto, punisce il comportamento del somministratore con la pena pecuniaria dell'ammenda.

La contravvenzione de qua, d'altro canto, si presenta come reato di azione che necessita quindi di una condotta attiva, non essendo sufficiente a realizzarlo una mera partecipazione omissiva da parte del soggetto agente.

Inoltre, si tratta di un reato a struttura unitaria, giacché non si commettono tanti reati distinti quanti sono i lavoratori coinvolti, ma piuttosto un unico illecito penale, nei confronti del quale il numero delle unità lavorative interessate dalla somministrazione abusiva giungono a determinare la sanzione proporzionalmente progressiva, come si evidenzierà nel prosieguo.

La somministrazione abusiva rappresenta, sotto altro profilo, una contravvenzione di pericolo, in quanto la realizzazione concreta del fatto di reato non abbisogna, in nessun modo, di una "prova di danno" per essere accertata sussistente.

Né lo Stato, che nell'ipotesi di reato in argomento è il soggetto tutelante, ma neppure i lavoratori, che nel caso di specie sono i soggetti tutelati (e, quindi, le persone offese dal reato), hanno la necessità di dare prova o dimostrazione di qualsivoglia danno subito, essendo sufficiente la somministrazione abusiva di lavoratori, presso un qualsiasi utilizzatore, per sé sola considerata, a determinare la reazione punitiva

dell'ordinamento in ragione della antiggiuridicità del comportamento attivo di chi senza rispettare i criteri legali (autorizzazione, iscrizione all'Albo nazionale, ecc.) ha fornito mere prestazioni di manodopera.

La fattispecie di reato in esame risulta, dunque, perfetta e compiutamente realizzata per il solo fatto di essere stata concretata nei suoi elementi, oggettivi e soggettivi, tipici.

Anzitutto, deve sussistere un contratto di somministrazione di lavoro, sia pure non formalizzato in un documento scritto, proposto ad un qualsiasi utilizzatore, pubblico o privato, da un soggetto comunque non autorizzato: perché non costituito in forma di Agenzia per il lavoro ovvero non autorizzato come tale, o anche perché pur essendo un'Agenzia non risulta iscritto alla sezione dell'Albo nazionale che rende possibile e lecita la fornitura di manodopera (a termine o a tempo indeterminato), nei termini indicati dal Legislatore.

Deve, quindi, rilevarsi una partecipazione psicologica del somministratore alla fattispecie illecita realizzata, sotto il profilo almeno della condotta colposa, perché ha proposto la stipula di un contratto di somministrazione di lavoro non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'ordinamento giuridico secondo id quod plerumque accidit.

Da ultimo, il reato di somministrazione abusiva potrà considerarsi integrato con la verifica della effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori oggetto del contratto di somministrazione, illecitamente occupati e impiegati nell'attività lavorativa interessata dall'operazione o in altra pure diversa a favore e nell'interesse dell'utilizzatore.

Con riguardo poi agli effetti, al contrario della interposizione illecita di manodopera di cui agli artt. 1 e 2 della abrogata legge n. 1369/1960, che secondo la dottrina prevalente doveva ritenersi qualificabile come reato permanente, l'attuale somministrazione abusiva costituisce, invece, un'ipotesi di reato istantaneo con effetti permanenti.

Ciò che il Legislatore viene a vietare non è soltanto lo sfruttamento della manodopera abusivamente somministrata per essere illecitamente utilizzata, ma già, in un momento antecedente, in senso logico e cronologico, la mera sottoscrizione del contratto di somministrazione o, in ogni caso, il raggiungimento di un accordo negoziale in tal senso fra il somministratore non autorizzato e l'utilizzatore.

Tornando al soggetto attivo del reato, la somministrazione abusiva di cui al primo periodo dell'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, così come sostituito dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 251/2004, è in primo luogo posta in essere dall'agenzia di somministrazione che esercita l'attività di fornitura di manodopera a tempo determinato o indeterminato e, a tal fine, stipula contratti, con o senza forma scritta, priva della necessaria autorizzazione ministeriale e della conseguente iscrizione all'Albo delle Agenzie.

L'elemento oggettivo del reato è, dunque, integrato dalla attivazione di un contratto di somministrazione di lavoro a termine o a tempo indeterminato da parte di soggetti non iscritti regolarmente all'Albo.

Tuttavia, per come la fattispecie legale appare costruita, si configura una sorta di condizione (implicita o intrinseca) di punibilità nel valutare attentamente la pena parametrata sulle giornate (effettive) di lavoro: in effetti, non la mera negoziazione fra somministratore e utilizzatore, ma l'effettivo utilizzo dei lavoratori somministrati, dà luogo alla concreta punibilità del reato in oggetto.

Da qui scaturisce anche una letterale conferma di quanto sopra si diceva con riferimento alla unitarietà o contiguità delle due fattispecie di reato della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, considerato che l'una rappresenta il presupposto dell'altra e, reciprocamente, questa la condizione di punibilità della prima.

D'altro canto, per onestà intellettuale, alla luce del D.Lgs. n. 251/2004, potrebbe non apparire troppo peregrina neppure l'ipotesi di una punibilità legata esclusivamente al

numero dei lavoratori coinvolti nell'operazione di somministrazione abusiva di manodopera che non sia poi concretamente sfociata in una utilizzazione illecita: si tratterebbe, tuttavia, anzitutto di superare il dato letterale che parla di lavoratori "occupati" e, in secondo luogo, di recuperare una diversa valutazione della lesività/offensività della condotta che, nello schema del D.Lgs. n. 276/2003 e così pure, ben è vero, in quello previgente della legge n. 1369/1960, risulta incentrata sulla tutela del lavoratore coinvolto nella fornitura abusiva e illecita di mere prestazioni di lavoro. Peraltro, non può sottacersi il fatto che l'individuazione di taluni lavoratori per un'ipotetica somministrazione di lavoro poi non realizzatasi concreta per sé sola l'attività di intermediazione (abusiva) fra eventuale utilizzatore e lavoratori interessati, ragione per la quale tale condotta risulterà agevolmente punibile, sempre in sede penale, in virtù del disposto dell'art. 18, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003.

In buona sostanza, secondo il dato normativo, "l'esercizio non autorizzato" dell'attività di somministrazione si concretizza se e quando i prestatori di lavoro oggetto di somministrazione vengono ad essere effettivamente impiegati dall'utilizzatore.

D'altra parte, in questo senso, l'art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003 sembra allontanarsi dalla più generale impostazione penalistica riguardante la tipologia di reato dell'abusivo esercizio di specifiche "professionalità", autorizzate da una pubblica amministrazione o istituzione, non essendo sufficiente il compimento di un qualsiasi atto a rilevanza esterna (la mera stipula del contratto o il raggiungimento dell'accordo) a concretare l'abusivo esercizio dell'attività di somministrazione, ma piuttosto la conseguente effettiva utilizzazione.

Quanto poi all'elemento soggettivo, il grado di partecipazione psicologica del soggetto agente nel reato, come sopra anticipato, può essere dato anche dalla sola colpa, senza che il Legislatore giunga a richiedere necessariamente la presenza di una appropriazione psicologica soggettiva di tipo doloso, sebbene, concretamente, apparirà alquanto difficile, per il somministratore, limitare il giudizio di responsabilità penale alla sola colpa.

Il somministratore, in effetti, "non può non sapere" dello stato sociale e giuridico della propria soggettività imprenditoriale, nonché dell'iter dell'eventuale pratica avviata per ottenere il riconoscimento dei titoli legali utili e necessari per l'esercizio dell'attività somministratoria. La pena ora prevista dall'art. 18, comma 1, novellato per la somministrazione abusiva è quella pecuniaria dell'ammenda, pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

Si tratta, dunque, di una pena proporzionale impropria, ovvero di una pena a proporzionalità progressiva, dove rilevano due elementi distinti: la base sanzionatoria stabilita in misura fissa predeterminata dal Legislatore e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento. Qui rileva, inoltre, il profilo attinente alla opzione ermeneutica per l'esatto criterio da adottarsi ai fini del calcolo corretto della pena effettivamente applicabile. Sussistono, in effetti, due diverse teoriche in proposito: una secondo la quale si dovrebbe procedere ad una somma dei prodotti ricavati moltiplicando la base pecuniaria per ciascun coefficiente proporzionale (giornate e lavoratori); la seconda per cui la quantificazione dell'ammenda dovrebbe, invece, derivare da una duplice moltiplicazione dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente. Pressoché unanime è l'opinione degli interpreti a favore dell'adozione del secondo dei due sistemi di calcolo richiamati, quello della doppia moltiplicazione.

Utilizzazione illecita

Allo stesso modo del somministratore, secondo l'intenzione espressa del Legislatore delegante, si rende "correo", quale concorrente diretto necessario dell'unitaria figura del reato composto di "interposizione illecita di manodopera", nelle

nuove forme della somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati, l'utilizzatore che ricorre, appunto, alla somministrazione di mere prestazioni di lavoro da parte di un soggetto (pseudo-agenzia) non autorizzato all'esercizio di siffatta attività.

Leggendo, dunque, in forma unitaria le due fattispecie contravvenzionali in argomento, sotto un profilo soggettivo ci si trova ancora oggi, come già durante la vigenza della legge n. 1369/1960, davanti ad una sorta di reato plurisoggettivo proprio, in cui due soggetti rispondono penalmente di un comportamento, sia pure differenziato nelle due forme della somministrazione abusiva cui fa seguito l'utilizzazione illecita, che viola le disposizioni normative dettate dal titolo II e dal titolo III del D.Lgs. n. 276/2003 a tutela di una corretta e legalmente disciplinata fornitura di lavoro.

Peraltro, occorre riconoscere che, con riguardo ad una lettura strettamente formale del dato normativo, sembrano doversi distinguere le due posizioni soggettive dell'utilizzatore e del somministratore.

Anzitutto, come anticipato, per la differente considerazione e connotazione delle due condotte, già sotto un profilo meramente letterale.

In effetti, le due distinte ipotesi di reato, che giungono comunque a comporre, in ultima istanza, il reato unitario di cui si è detto, non solo sono previste e normate su due differenti commi (primo e secondo) dell'art. 18, ma le identiche sanzioni penali prescritte per entrambi i soggetti non pongono rimedio alla differenziazione delle condotte illecite sanzionate, sia pure a fronte di una (ancora attuale) sostanziale reciprocità fra le stesse.

Se il somministratore opera senza essere preventivamente munito della prescritta apposita autorizzazione rilasciata dal Ministero del Welfare, dal canto suo il datore di lavoro che utilizza i lavoratori in base alla somministrazione abusiva risponde, quanto meno della negligenza, imperizia o imprudenza, caratterizzate dalla mancata valutazione degli elementi contenuti nel contratto, che, secondo l'impostazione garantista del D.Lgs. n. 276/2003, deve essere in forma scritta (art. 21).

Proprio la forma scritta del negozio di somministrazione, infatti, consente all'utilizzatore di verificare primariamente la sussistenza in capo al somministratore dei requisiti autorizzatori di legge, e quindi la sussistenza dell'autorizzazione ministeriale in corso di validità (art. 21, comma 1, lett. a).

Di talché il soggetto che utilizza illecitamente i lavoratori somministrati abusivamente, avendo omesso di esercitare correttamente il potere di verifica e di controllo che il Legislatore ha inteso attribuirgli, si rende soggettivamente e personalmente responsabile del reato in esame.

Anche l'utilizzazione illecita si configura come contravvenzione, stante la previsione da parte dell'art. 18, comma 2, della identica pena dell'ammenda.

Sotto il profilo degli elementi costitutivi del reato, l'utilizzazione illecita analogamente ricalca quelli della somministrazione abusiva, salvo che per quanto concerne gli effetti.

Per quel che riguarda l'elemento oggettivo, la contravvenzione in argomento si configura per la concreta ed effettiva utilizzazione da parte del soggetto agente dei lavoratori che sono stati forniti dalla "pseudo-agenzia" per lo svolgimento di mere prestazioni di lavoro, nell'ambito della attività aziendale interessata dall'operazione o in un'altra, che può anche risultare diversa, pur sempre nell'esclusivo interesse dell'utilizzatore. Peraltro, il dato testuale dell'art. 18, comma 2, sembra considerare penalmente rilevante anche l'utilizzazione illecita che si concretizza nell'occupazione di prestatori di lavoro somministrati al di fuori dei limiti legalmente previsti e stabiliti per la somministrazione a termine e per quella a tempo indeterminato.

Conseguentemente, la condotta illecita e punibile dell'utilizzatore non sarebbe solo quella legata allo sfruttamento di lavoratori somministrati dalla agenzia non autorizzata o autorizzata alle sole attività diverse dalla somministrazione, ma anche quella dell'aver fatto svolgere attività lavorativa a lavoratori somministrati da una

Somministrazione fraudolenta

agenzia specialista o generalista, regolarmente autorizzata, senza il rispetto dei limiti di cui all'art. 20, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 276/2003.

L'elemento soggettivo, d'altro canto, non potrà non richiedere un grado di partecipazione psicologica anche minima da parte dell'utilizzatore, nelle forme della condotta colposa, per aver fatto svolgere attività lavorativa a lavoratori forniti per effetto di un contratto di somministrazione di lavoro stipulato con un soggetto non autorizzato ovvero in assenza di qualsiasi momento negoziale.

L'utilizzazione illecita costituisce un'ipotesi di reato permanente, la violazione consiste, a ben guardare, nell'effettivo sfruttamento (illecita utilizzazione) della manodopera abusivamente somministrata.

Nel presupposto di aver partecipato al reato del somministratore abusivo, l'utilizzatore realizza il reato (suo proprio) di utilizzazione illecita fin dal primo momento in cui si avvale dei lavoratori al di fuori degli schemi legali previsti, ma lo perpetua costantemente nel susseguirsi dei giorni di lavoro effettivo in cui utilizza gli stessi.

Anche per l'utilizzatore la pena (prevista dall'art. 18, comma 2, novellato per effetto del D.Lgs. n. 251/2004) è proporzionalmente progressiva ed è stabilita nell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (pena proporzionale impropria).

Con riguardo alla prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15 del D.Lgs. n. 124/2004, l'istituto può trovare applicazione anche in questa ipotesi di reato, per cui l'utilizzatore potrebbe essere ammesso al pagamento di un quarto dell'ammenda, per lavoratore e per giornata di lavoro, qualora provveda ad adempiere ai contenuti dell'azione correttiva di regolarizzazione postuma.

Anzi, nei confronti del soggetto che illecitamente utilizza i lavoratori somministrati abusivamente la prescrizione potrebbe corrispondere efficacemente, almeno in un caso, all'esatta e complementare previsione normativa dell'apparato sanzionatorio di natura civilistica posto a tutela del lavoratore nel corpo del D.Lgs. n. 276/2003.

Si fa riferimento all'ipotesi di una utilizzazione illecita su somministrazione abusiva in assenza di qualsiasi contratto scritto: in tale fattispecie, infatti, l'art. 21, comma 4, nel nuovo testo derivante dall'intervento correttivo del D.Lgs. n. 251/2004, stabilisce che "in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore".

Il grado massimo di illiceità della condotta illecita e/o abusiva di somministrazione di manodopera viene ad integrare una distinta e diversa fattispecie penalmente rilevante, pur sempre di natura contravvenzionale, quale è quella denominata "somministrazione fraudolenta" di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003.

Con tale ipotesi di reato il legislatore stabilisce, in effetti, una specifica normativa di tutela e di sanzione con riferimento alle condotte di somministrazione contra legem a completamento del più generale quadro sanzionatorio delineato nell'articolo 18 del medesimo decreto.

In buona sostanza si tratta, come nell'interposizione illecita da pseudo-appalto e da pseudo-distacco di cui appresso, di una contravvenzione unitaria che vede nel somministratore e nell'utilizzatore due soggetti attivi dell'unica fattispecie di reato, la somministrazione fraudolenta rappresenta, dunque, quanto all'analisi del profilo soggettivo attoreo, un vero e proprio reato plurisoggettivo proprio, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta posta al di fuori degli schemi tipici di liceità.

Andando a ben guardare le caratteristiche soggettive dell'autore del reato, peraltro, se nulla muta per quanto concerne l'utilizzatore, rispetto al medesimo soggetto autore della contravvenzione di cui all'articolo 18, comma 2 (utilizzazione illecita), al contrario per quanto concerne la figura del somministratore qui deve opportunamente evidenziarsi che mentre il reato di somministrazione abusiva è compiuto

esclusivamente dal soggetto che esercita la somministrazione senza essere preventivamente autorizzato dal Ministero del welfare nelle forme previste e senza la necessaria iscrizione alla relativa sezione dell'Albo nazionale delle agenzie per il lavoro, nel reato di somministrazione fraudolenta soggetto attivo può essere anche l'agenzia di somministrazione perfettamente regolare, autorizzata e iscritta all'Albo.

Quanto poi all'elemento della colpevolezza, vale a dire della partecipazione psicologica dei due soggetti agenti al reato in argomento, deve rilevarsi che il grado di rimproverabilità della condotta qui non è più semplicemente quello della colpa (come invece nel reato "composto" di somministrazione abusiva/utilizzazione illecita), in quanto il legislatore prevede una consapevolezza dolosa psicologicamente orientata da parte dei due responsabili, utilizzatore e somministratore.

L'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003, in effetti, definisce "somministrazione fraudolenta" quella che "è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore".

Rileva, quindi, una fattispecie penale di dolo specifico, dove non soltanto viene in considerazione l'intenzionalità del reato, ma la specifica finalità dello stesso, chiedendo che vi sia un'intesa fra utilizzatore e somministratore o, quanto meno, la effettiva consapevolezza riguardo all'utilizzo illecito della manodopera (c.d. *consilium fraudis*), vale a dire nei confronti di un uso illecito del contratto di somministrazione che viene specificamente finalizzato alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali.

D'altra parte, si tenga presente che anche la somministrazione fraudolenta, come già quella abusiva, si connota quale reato di pericolo: in effetti, l'illecito penale potrà considerarsi realizzato ogniqualvolta la finalità elusiva dell'azione risulterà provata, a prescindere da qualsiasi indagine circa gli eventuali esiti concreti dell'elusione agita e voluta, che potranno anche mancare.

Quanto poi al profilo sanzionatorio qui la pena non si sostituisce a quella prevista per la somministrazione abusiva/utilizzazione illecita *tout court*, ma piuttosto si aggiunge ad essa, aggravandone l'esito sanzionatorio, con specifica sottolineatura della gravità del comportamento criminoso censurato dal legislatore.

Con una tecnica legislativa non del tutto tipica della legislazione penale, viene, in realtà, confermato l'intero apparato sanzionatorio contenuto nell'articolo 18, senza alcuna distinzione fra quello di natura penale (commi 1, 2 e 5-bis) e quello di tipo amministrativo (comma 3), a questo viene poi aggiunta la sanzione pecuniaria dell'ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto dall'operazione fraudolenta e per ogni giorno di somministrazione (pena a proporzionalità progressiva).

Anche qui il reato sarà, di fatto, obblazionabile (articolo 162 c.p.).

Parimenti, come già si è visto in materia di utilizzazione illecita, anche il reato di somministrazione fraudolenta verrà ad essere assoggettato al nuovo potere di prescrizione degli ispettori del lavoro che opera in tutte le ipotesi di contravvenzione, per cui la pena dell'ammenda verrà ulteriormente ridotta a seguito di prescrizione e il procedimento penale potrebbe neppure avviarsi concretamente (articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004).

D'altro canto, si segnala a questo proposito la concreta possibilità per il personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro di procedere ad impartire una prescrizione con la quale l'utilizzatore fraudolento non è chiamato solo a cessare l'utilizzazione dei lavoratori somministrati, ma a provvedere all'immediata regolarizzazione dei lavoratori fraudolentemente occupati, assumendoli a tutti gli effetti di legge alle proprie dipendenze.

Fondamento normativo per tale atteggiamento degli organi ispettivi in materia di lavoro è da individuarsi nella valutazione giuridica del contratto di somministrazione nel caso di specie, giacché l'accordo negoziale fra somministratore e utilizzatore che abbiano operato in frode alla legge è, per i principi generali dell'ordinamento, radicalmente nullo per illiceità della causa negotii (articoli 1344 e 1418, comma 2,

Somministrazione irregolare

c.c.), con la naturale estensione della previsione contenuta nel richiamato articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003, secondo cui quando il contratto di somministrazione è nullo "i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore".

Entrando maggiormente nel dettaglio dei singoli profili, anzitutto, con riferimento all'ipotesi in cui la somministrazione fraudolenta sia posta in essere da un soggetto non autorizzato e non iscritto all'Albo, valga la pena riflettere su una circostanza non di poco momento: non si comprende, in verità, come possa giustificarsi una somministrazione di manodopera abusiva senza una finalità elusiva di norme contrattuali o legali in materia di lavoro.

Come già si argomentava più sopra, occorre chiarire che utilizzatore e somministratore per il solo fatto di aver posto in essere il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro al di fuori delle condizioni di liceità espressamente e tassativamente sancite dal decreto legislativo n. 276/2003 mostrano l'intento di voler "by-passare" gli obblighi normativi generali in materia di assunzione e di collocamento della manodopera oltre che di trattamento retributivo e previdenziale dei lavoratori occupati. Allora, bisogna inquadrare meglio l'ambito di operatività della somministrazione fraudolenta che potrà trovare presupposto sostanziale in ogni e qualsivoglia ipotesi di somministrazione di manodopera illecita, abusiva o irregolare, ma che di fatto opererà concretamente soltanto nei casi in cui la magistratura inquirente o gli ufficiali di polizia giudiziaria incaricati delle indagini riescano a raccogliere elementi atti a dimostrare la partecipazione dolosa specifica della fraudolenza del comportamento tenuto, comunque penalmente rilevante.

Tuttavia, come sopra si accennava le ipotesi in cui l'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003 sembra avere più peso specifico sono quelle in cui il soggetto attivo del reato è un'agenzia di somministrazione perfettamente regolare. Si ha somministrazione fraudolenta, allora, anche in presenza di una somministrazione in sé e per sé perfettamente lecita e regolare, perché attuata con soggetto legalmente autorizzato e iscritto all'Albo delle agenzie per il lavoro (sezione I o II), ma eseguita e realizzata in piena elusione di legge o di norme contrattuali.

In effetti, una lettura siffatta della norma trova una conferma testuale nel riferimento letterale al "somministratore", senza specifiche, quindi all'agenzia effettivamente autorizzata e forse, in tale contesto, l'articolo 28 pare acquisire una sfera di applicabilità efficace ed efficiente.

L'evidenza dell'importanza di tale lettura della norma si comprende soltanto riflettendo sull'estensione reale delle finalità elusive, che integrano il reato, a tutte le tutele inderogabili (di legge o di contratto) relative ai lavoratori somministrati.

La frode della somministrazione regolare o abusiva che il legislatore intende punire, infatti, seppure legata alla tutela del lavoratore somministrato, si estende a tutti i profili di protezione che le disposizioni legali e contrattuali gli riconoscono: retributivo, assicurativo, previdenziale e normativo.

La formulazione della norma, in termini significativamente ampi, peraltro pare affidare alla somministrazione fraudolenta un ruolo nuovo e di assoluto rispetto nel panorama sanzionatorio delle diverse fenomenologie esternalizzanti, giacché di somministrazione fraudolenta, ai sensi dell'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003, potrà pure parlarsi quando al fine di eludere tutti o alcuni dei diritti inderogabili dei lavoratori si realizzano ipotesi di appalto (articolo 29) o di distacco (articolo 30) che configurano, in realtà, una interposizione illecita di manodopera.

Per quel che attiene ai profili di sanzionabilità in sede amministrativa, ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, le ipotesi di illecito amministrativo che vengono prese in considerazione dalla norma interessano contestualmente, quali corresponsabili personali e diretti, sia il somministratore che l'utilizzatore.

La sanzione pecuniaria amministrativa, infatti, colpisce entrambi i soggetti per le violazioni di carattere formale che attengono alla stipula di un contratto di somministrazione irregolare.

Fa eccezione soltanto l'ipotesi della omessa effettuazione della comunicazione scritta al lavoratore somministrato, all'inizio dell'incarico di somministrazione e del conseguente invio presso l'utilizzatore, in quanto tale obbligo è posto in capo dal legislatore al solo somministratore, che pertanto risponde dell'eventuale omissione.

La irregolare stipula dei contratti di somministrazione di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, posti in essere dalle aziende utilizzatrici e dalle agenzie di somministrazione, senza rispettare i limiti e i criteri legali dettati dagli articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 276/2003, viene, dunque, ad esporre i due contraenti ad una sanzione pecuniaria amministrativa da 250 a 1.250 euro (sanzione pari a 416,66 euro nella misura ridotta determinata ai sensi dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, vale a dire un terzo del massimo edittale), che si applica al somministratore e all'utilizzatore, congiuntamente, in caso di violazione delle disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 20, nonché dei commi 1 e 2 dell'articolo 21, mentre si applica al solo somministratore nell'ipotesi di violazione di cui all'articolo 21, comma 3.

Il decreto correttivo, infatti, ha operato un utile riassetto normativo sul punto, consentendo di individuare le singole fattispecie di illecito amministrativo previste dalla riforma in carico ad entrambi i soggetti.

Anzitutto, rileva l'ipotesi del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato concluso al di fuori dei casi in cui lo stesso è espressamente e tassativamente ammesso (articolo 20, comma 3).

Si tratta non già di una "deroga" all'ambito di applicazione della tutela penalistica sopra esaminata, ma piuttosto della costruzione della illiceità della somministrazione di lavoro su due livelli ben distinti.

Da un lato si colloca l'esercizio abusivo, perché non autorizzato, della attività di somministrazione e, parallelamente, il ricorso ad una utilizzazione illecita dei lavoratori somministrati abusivamente (sanzione penale, articolo 18, commi 1 e 2). Dall'altro lato si pone, invece, la somministrazione posta in essere da un soggetto comunque regolarmente autorizzato, ma in un caso diverso da quelli previsti astrattamente dalla norma e comunque non riconducibile ad essi (sanzione amministrativa, articolo 18, comma 3).

Analogamente, risulta sanzionata la stipula di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato senza indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che lo legittimano (articolo 20, comma 4).

Ripercorrendo lo schema dualistico poc'anzi riassunto, anche in questo caso l'illecito amministrativo si affianca a quello penale, ma non ne determina in alcun modo i confini.

Ben è vero, tuttavia, che questa seconda ipotesi di violazione amministrativa deve legittimamente qualificarsi come una "depenalizzazione" rispetto al previgente articolo 10, comma 1, della legge 24 giugno 1997, n. 196, a norma del quale la fornitura di lavoro temporaneo al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge ricadeva, anche se posta in essere da soggetto autorizzato, nell'alveo della interposizione illecita di manodopera e, quindi, nella sfera di applicazione della reazione punitiva di natura penale.

Peraltro, va opportunamente segnalato che la violazione ora esaminata ben difficilmente, sotto un profilo strettamente pratico ed operativo, potrà trovare uno spazio applicativo evidente. In effetti, salva l'ipotesi, piuttosto inusuale, di assoluta mancanza di indicazione delle ragioni giustificatrici, è inverosimile che il personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali possa concretamente individuare l'infondatezza delle ragioni comunque addotte, se non nelle rare occasioni in cui accertino l'insussistenza, oggettiva e conclamata, dei parametri assunti a riferimento (ad es. somministrazione a termine per ragioni organizzative legate ad un

nuovo ciclo organizzativo-produttivo che risulta, di fatto, mai avviato nell'azienda ispezionata).

Altra ipotesi di illecito amministrativo è quella relativa alla conclusione di un contratto di somministrazione nei casi in cui esso è tassativamente vietato dalla legge, vale a dire nelle situazioni di sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; di somministrazione presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi o in cui sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, riguardo a lavoratori adibiti alle stesse mansioni; di somministrazione senza previa effettuazione della valutazione dei rischi (articolo 20, comma 5).

Anche qui, se si vuole, può parlarsi di una sorta di ottica depenalizzante posta in essere dal legislatore, almeno con riferimento al regime previgente secondo cui la società fornitrice di lavoro temporaneo in costanza di divieto legale veniva automaticamente ad essere penalmente sanzionata alla stregua di un qualsiasi interpositore illecito ai sensi della abrogata legge n. 1369/1960.

Ancora una sanzione amministrativa che sostituisce una precedente ipotesi di reato è quella relativa alla stipula di un contratto di somministrazione di lavoro senza forma scritta ovvero senza la precisa indicazione degli elementi prescritti dal primo comma dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 276/2003.

Invero, volendo fare il punto sulle ipotesi di illecito amministrativo "depenalizzanti" ora cennate, va significato che il più generale orientamento "sostanzialistico" e non "formalistico" del complessivo impianto normativo riformatore ha inteso privilegiare una tutela "reale" per i lavoratori coinvolti (articoli 21, comma 4, e 27, comma 1), graduata a seconda delle "irregolarità" manifestate dai due datori di lavoro (quello di diritto, somministratore, e quello di fatto, utilizzatore), a fronte di una opzione sanzionatoria volta a punire con la reazione di tipo penale soltanto i comportamenti legati all'abusivismo e concretatisi in una somministrazione illecita, residuando una responsabilità solo amministrativa (accanto alla persistente responsabilità civile e lavoristica) per le violazioni comunque estranee all'esercizio non autorizzato della attività in questione.

D'altro canto, mentre con riguardo alle fattispecie ora argomentate nel previgente regime operava ben è vero una sanzione penale, ma soltanto in capo alla società fornitrice, nel nuovo sistema sanzionatorio la violazione amministrativa trova, come detto, in entrambi gli autori dell'operazione commerciale-lavoristica i soggetti responsabili da assoggettare a specifica sanzione (somministratore e utilizzatore).

Un ulteriore caso di illecito amministrativo imputabile ad entrambi i soggetti datoriali viene preso in considerazione dall'articolo 18, comma 3, quello della conclusione di un contratto di somministrazione di lavoro senza il necessario adeguamento ed il contestuale recepimento relativo alle indicazioni contenute nei contratti collettivi (articolo 21, comma 2).

Si tratta di una violazione ben individuabile anche in sede di verifica ispettiva, a seguito del raffronto fra le discipline specifiche previste dalla contrattazione collettiva di riferimento e il contratto di somministrazione sottoposto ad indagine ispettiva.

L'ultima fattispecie di illecito amministrativo riguarda, invece, il solo somministratore e consiste nella omessa comunicazione scritta al lavoratore di tutte le informazioni relative al contratto, compresa la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, all'atto della stipula del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'azienda utilizzatrice, prima dell'effettivo inizio della prestazione lavorativa.

Peraltro, si pone una questione di coordinamento sistematico fra la disposizione de qua, dettata dall'articolo 21, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, e quella contenuta nell'articolo 4bis, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come modificato dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, relativa all'obbligo di consegna della dichiarazione di assunzione.

Entrambe le norme considerate, in effetti, prevedono un obbligo di informazione nei

**I reati da interposizione
illecita: pseudo-appalto e
distacco illecito**

confronti del lavoratore ed entrambe si rivolgono al datore di lavoro che, nel contratto di somministrazione, è rappresentato dalla sola agenzia di somministrazione, richiedendo identici contenuti informativi.

Stante la diversa previsione sanzionatoria di cui all'articolo 19, comma 2, prevista per la dichiarazione di assunzione (da 250 a 1.500 euro, pari a 500 euro nella misura ridotta ex articolo 16 della legge n. 689/1981), l'interprete e l'operatore devono chiedersi se tale ipotesi di illecito risulti doppiamente sanzionata oppure se il somministratore che ometta di fornire tempestivamente al lavoratore le informazioni sul concreto svolgimento del rapporto di lavoro presso un utilizzatore sia sanzionabile soltanto con la sanzione amministrativa prevista per l'omessa consegna della dichiarazione di assunzione.

Invero, se così fosse non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore abbia voluto specificatamente sanzionare con ammontare differente tale inadempimento ove commesso dal somministratore e, soprattutto, apparirebbe anomala la discrasia normativa del decreto legislativo n. 276/2003 sul punto in esame.

Soluzione maggiormente sensata, in chiave sistematica, pertanto, pare essere quella di intendere differenziati i due adempimenti e conseguentemente singolarmente sanzionati, per il fatto di dover contenere la comunicazione ex articolo 21, comma 3, dati aggiuntivi rispetto alla dichiarazione di cui all'articolo 4bis, comma 2, del decreto legislativo n. 181/2000, quali, ad esempio, gli estremi dell'autorizzazione del somministratore e le ragioni oggettive del contratto.

D'altra parte a sostegno di tale interpretazione soccorre il dato di fatto che mentre la dichiarazione di assunzione sarà una ed una soltanto per tutta la durata del rapporto di lavoro, la comunicazione in argomento potrà essere dovuta al lavoratore somministrato in molteplici occasioni, se durante il proprio rapporto alle dipendenze della medesima agenzia di somministrazione sarà chiamato a prestare attività lavorativa presso più utilizzatori.

Data la sopravvivenza, anche dopo la riforma, del generale divieto di somministrazione di manodopera al di fuori dei limiti legali previsti, se l'appalto viene ritenuto e giudicato illegittimo e quindi illecito perché privo dei requisiti legali di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 e all'articolo 1655 c.c., si configurerà, inevitabilmente, un'ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, ovvero di "interposizione illecita", utilizzando la dizione letterale contenuta nell'articolo 84, comma 2, del decreto, trattandosi, di fatto, di una somministrazione di lavoro posta in essere da soggetto non autorizzato e del tutto al di fuori degli schemi legali riconosciuti leciti dalla norma.

Da qui la scelta del decreto legislativo n. 251/2004 di confermare anche per lo pseudo-committente e lo pseudo-appaltatore la pena dell'ammenda già determinata dall'articolo 18, commi 1 e 2, in capo al somministratore (abusivo) e all'utilizzatore (illecito).

Ai sensi dell'articolo 18, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 276/2003, pertanto, l'appaltatore e il committente che abbiano posto in essere, in esecuzione di un fittizio contratto di appalto di opere o di servizi, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori da parte del secondo al primo, sono entrambi soggetti alla pena, proporzionale progressiva, dell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

Qui, a differenza che nelle due contravvenzioni distinte della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, il reato contravvenzionale è unico e rappresenta, dunque, sotto un profilo soggettivo, un vero e proprio reato plurisoggettivo proprio, in cui entrambi i soggetti datoriali rispondono di una condotta attiva, che consiste nella realizzazione di un appalto al di fuori degli schemi legali precostituiti, nel quale, di fatto, si è fittiziamente celata una vera e propria somministrazione abusiva di mere prestazioni di lavoro (interposizione illecita).

Il reato di interposizione illecita da pseudo-appalto si perfeziona, quindi, per la sussistenza dei seguenti elementi tipici:

- contratto di appalto non genuino: il contratto di appalto, di opere o di servizi, corrisponde in realtà all'esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori impiegati dallo pseudo-appaltatore e realmente eterodiretti dallo pseudo-committente, mancano cioè i requisiti legali che rendono perfettamente lecito ed operativo l'appalto (articolo 29, comma 1);
- partecipazione psicologica dello pseudo-committente e dello pseudo-appaltatore alla fattispecie illecita realizzata: entrambi sono corresponsabili, almeno sotto il profilo di una condotta colposa, perché hanno stipulato un contratto di appalto fittizio, illecito o comunque non genuino, non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'ordinamento giuridico;
- effettiva e concreta utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori: il personale fittiziamente impegnato in un appalto è stato concretamente, illecitamente, impiegato in un'attività lavorativa di tipo subordinato alle dirette e immediate dipendenze dello pseudo-committente. Trova applicazione anche in questa ipotesi di reato l'aggravante dello sfruttamento dei minori, nel senso già indicato.

Quanto agli effetti del reato, l'interposizione illecita da pseudo-appalto costituisce un'ipotesi di reato permanente, giacché committente e appaltatore partecipano con le rispettive condotte alla realizzazione del fatto illecito fin dal primo momento in cui i lavoratori vengono di fatto utilizzati al di fuori degli schemi legali dell'appalto quali veri e propri dipendenti dell'appaltante, ma poi il reato si perpetua in forma permanente nel susseguirsi dei giorni di occupazione, ma invero di lavoro effettivo, in cui gli stessi prestano attività lavorativa sotto le direttive dello pseudo-committente.

Infine, la scelta del legislatore di intervenire con il decreto correttivo anche con riguardo alle ipotesi di distacco illecito, al fine di evidenziarne la rilevanza penale (articolo 18, comma 5-bis), mostra ora il lato forte della ritrovata sistematicità del decreto di riforma intorno alla figura (una e trina) della interposizione illecita di manodopera.

In effetti, la configurazione del reato interpositorio viene a caratterizzarsi, correttamente, nelle tre forme della somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, dello pseudo-appalto e del distacco illecito. Le tre ipotesi sono senza dubbio riconducibili alla unitaria antidoverosità della condotta interpositoria delle prestazioni di manodopera, al di fuori degli schemi legali tipizzati della somministrazione di lavoro.

Nessuno può dubitare che il distacco di manodopera risulta tecnicamente costruito come una somministrazione non professionale di lavoro e che come tale viene ad essere fortemente limitato, dal testo di legge e dalla circolare del Ministero del lavoro del 15 gennaio 2004, n. 3, alle ipotesi in cui sussistono i requisiti espressamente e rigidamente stabiliti (articolo 30, comma 1).

Or bene, senza violare il principio di legalità e senza alcuna impossibile ricostruzione analogica, occorre considerare che la somministrazione di lavoro non professionale, alias il distacco, laddove risultasse priva dei requisiti della temporaneità e dell'interesse del distaccante, doveva comunque qualificarsi, giuridicamente, come somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, ancor prima dell'intervento correttivo del decreto legislativo n. 251/2004.

D'altro canto, va apprezzato lo sforzo del legislatore che non ha perduto l'occasione per ricomporre in unità lo schema della tutela penalistica nei riguardi delle fattispecie in esame. Pertanto, nei casi in cui il distacco viene posto in essere senza i caratteri di liceità e di legalità di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, viene materialmente a configurarsi una chiara ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, nelle forme di una più generale "interposizione illecita di manodopera", alla luce dell'articolo 18, comma 5-bis.

Lo pseudo-distaccante e lo pseudo-distaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori,

senza interesse e/o in maniera definitiva, sono entrambi soggetti alla pena dell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione.

Peraltro le differenze fra distacco e interposizione illecita si possono agevolmente individuare alla luce della valutazione strutturale della fattispecie che sebbene, in entrambi i casi, si basi su un rapporto trilaterale (imprenditore distaccante, lavoratore distaccato, imprenditore distaccatario), finisce per presentare non poche peculiarità che ne determinano, a seconda dei casi la liceità o meno:

- il distacco è temporaneo e si fonda sull'interesse del distaccante, mentre l'interposizione ha carattere di definitività e si basa sull'interesse (prevalente o esclusivo) dello pseudo-distaccatario;

- il rapporto di lavoro rimane regolarmente sussistente fra l'impresa distaccante e il proprio dipendente, mentre nell'interposizione di manodopera il prestatore è soggetto al potere direttivo, disciplinare, organizzativo e gerarchico del distaccatario-interponente;

- l'impresa distaccante resta il datore di lavoro effettivo, su cui grava l'obbligo di farsi carico di qualsiasi modificazione intervenga nel rapporto durante il distacco in tema retributivo, previdenziale, assicurativo, di sicurezza, contrariamente a quanto accade in occasione di una interposizione, sia pure celata nelle forme di un distacco;

- non vi è alcun vincolo lavorativo espresso di natura subordinata fra impresa distaccataria e lavoratore, sebbene quest'ultimo venga collocato e inserito nell'organizzazione aziendale con uno specifico profilo; nell'organizzazione del distaccatario il lavoratore distaccato mantiene una posizione esterna, sia pure sotto l'aspetto della provenienza e della atipicità, di contro in caso di interposizione egli risulta perfettamente e stabilmente inserito nella realtà aziendale.

Il reato di interposizione illecita da distacco illecito ripete identicamente lo schema dello pseudo-appalto, quale reato di azione e di pericolo, a struttura unitaria, posto in essere da entrambi i soggetti datoriali.

La contravvenzione si connota inoltre secondo i noti elementi tipici:

- distacco illecito: il comando o distacco del lavoratore si risolve nella esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori interessati, che vengono occupati di fatto alle immediate direttive dello pseudo-distaccatario e da questi realmente eterodiretti, mancano quindi i requisiti legali che rendono lecito il distacco (articolo 30, comma 1);

- partecipazione psicologica dello pseudo-distaccante e dello pseudo-distaccatario alla fattispecie illecita: entrambi i soggetti datoriali si rendono corresponsabili, almeno per colpa, del reato avendo posto in essere un distacco fittizio (ovvero simulato) o in sé illecito, senza usare della normale diligenza, prudenza e perizia;

- effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori distaccati: i lavoratori oggetto dello pseudo-distacco devono essere stati concretamente impiegati in attività lavorative alle immediate dipendenze dello pseudo-distaccatario, non bastando a realizzare il reato il mero incontro di volontà fra distaccante e distaccatario circa l'utilizzo delle energie lavorative di singoli lavoratori preventivamente individuati ma di fatto non impegnati in alcuna prestazione di lavoro.

Come per l'appalto illecito anche qui si realizza un'ipotesi di reato permanente: la condotta illecita permane nel protrarsi dello svolgimento dell'attività da parte dei lavoratori fittiziamente distaccati e illecitamente utilizzati dallo pseudo-distaccatario.

(¹) Sia consentito rinviare, per completezza di studio, a: P. Rausei, "Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004", in M. Tiraboschi (a cura di), "Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda", Giuffrè, Milano, 2006, 333-390; P. Rausei, "Illeciti e sanzioni", Ipsoa, Milano, 2005, 403-452; P. Rausei, "Somministrazione di lavoro", Ipsoa, Milano, 2004, 257-280.