

Sistema sanzionatorio

Somministrazione e ipotesi di illegittimità

Monica Lambrou - Avvocato

La somministrazione di lavoro si verifica ogni qualvolta si stabilisce un rapporto a 3 tra un'Agenzia del lavoro, un cliente (azienda o società detta "utilizzatrice") e un dipendente.

La fattispecie del lavoro somministrato, per le sue particolari caratteristiche - tra cui, ad esempio, l'esclusione di responsabilità a livello datoriale in capo all'utilizzatrice che effettivamente riceve la prestazione - è terreno facile perché si verificano numerose violazioni a scapito proprio della categoria dei dipendenti.

Interposizione illecita

È bene chiarire che l'interposizione illecita è soggetta a diverse qualificazioni, volendosi così riferire a tutte quelle occasioni in cui nel naturale rapporto tra datore e lavoratore si inserisca in maniera illecita o invalida o comunque non aderente alla normativa vigente un terzo soggetto.

Le diverse declinazioni di illegittimità relative alla somministrazione di lavoro sono le seguenti.

Somministrazione illecita o irregolare

Si verifica ogni qualvolta non vengono rispettate le previsioni di cui al capo I (artt. 4-6), D.Lgs. n. 276/2003 (o, relativamente ad una disciplina ancora più attuale, gli articoli 31, 32 e 33, D.Lgs. n. 81/2015).

Come noto, infatti, l'Agenzia del lavoro che si interpone fra il datore ed il dipendente non può semplicemente qualificarsi come tale: in questo senso, è necessario che essa rispetti le previsioni di cui alle disposizioni *testé* citate. A titolo meramente esemplificativo, viene richiesto, tra gli altri, il raggiungimento di un certo quantum finanziario, comprovata competenza nel settore in cui essa intende operare, nonché uno stato di regolare contribuzione ai Fondi per la formazione e l'integrazione (tipici di detti istituti, tesi a supportare la figura del dipendente così assunto).

Somministrazione nulla

Il contratto di somministrazione, perché sia considerato legittimamente produttivo di effetti, deve essere redatto in forma scritta, a pena di nullità. Ciò è previsto anche dall'articolo 38, D.Lgs. n. 81/2015.

Come già accennato *supra* infatti, l'evoluzione normativa della somministrazione è stata interessata, dapprima, dalla c.d. legge Biagi (D.Lgs. n. 276/2003) e, successivamente, dalle riforme del pacchetto del c.d. *Jobs Act* per concludersi, ad oggi, con le previsioni di cui al Decreto "Dignità", di recentissima emanazione. La necessità di una forma scritta, tuttavia, non è stata modificata dalle ultime regolamentazioni, restando ancora vigente quanto indicato all'art. 38 citato, qui di seguito riportato: "*In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*".

Appalto o distacco fittizi o irregolari

Gli articoli 29 e 30, D.Lgs. n. 276/2003 sono la fonte normativa di questi due istituti. Vengono elencati in questa sede poiché, al pari della somministrazione irregolare, vengono sanzionati con l'automatica trasformazione del rapporto lavorativo in essere a tempo indeterminato.

È bene chiarire, infatti, che la somministrazione gode di numerosi elementi in comune sia con l'appalto che con il distacco. Nello specifico, tutti e tre gli istituti comportano l'interposizione di un soggetto terzo, diverso da quello che si accolla le responsabilità del rapporto lavorativo, che sia effettivo beneficiario della prestazione eseguita dal dipendente. Chiaramente, i tempi e le modalità, nonché gli equilibri delle responsabilità in capo a ciascuna delle parti coinvolte, si modificano a seconda che si parli dell'una o dell'altra figura, ma la peculiarità della tripartizione dei

Percorsi

compiti è certamente denominatore comune di ciascuna di esse.

Intermediazione illecita

L'ipotesi più grave di somministrazione illecita si declina nella figura del c.d. "caporalato". Si tratta di un vero e proprio reato, disciplinato all'art. 603-bis, Codice penale, che viene integrato quando qualcuno "*recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori*" oppure "*utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione [...], sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.*" Indice di sfruttamento del lavoro, ai sensi dell'articolo in argomento, è costituito dalla "*reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti*".

La conseguenza di tutte queste violazioni ha un unico seguito: la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore.

Un ulteriore aspetto, tuttavia, va chiarito con riferimento alla somministrazione irregolare: in questo caso, infatti, tutte le previsioni normative in cui essa era inclusa (sia la Biagi, abrogata, che il nuovo art. 38 D.Lgs. n. 81/2015, il c.d. "Codice dei contratti" del *Jobs Act* che ne ha riscritto le regole) prevedono che la costituzione di cui sopra sia possibile su iniziativa giudiziale del lavoratore e - in caso positivo - il rapporto sarà a tempo indeterminato *ex tunc*, cioè dall'inizio della somministrazione; lo stesso dicasi per i casi di appalto e distacco non genuini (in questi casi, tuttavia, la norma non precisa la decorrenza del rapporto).

Dalla sua parte il lavoratore, ai sensi dell'art. 39, D.Lgs. n. 81/2015, ha 60 giorni di tempo (dalla data in cui il dipendente ha cessato di svolgere la

propria attività presso l'utilizzatore) per impugnare la somministrazione irregolare, chiedendone contestualmente la costituzione in regolare rapporto identificando l'utilizzatore finale quale effettivo datore di lavoro, richiamando così le disposizioni di cui all'art. 6, legge n. 604/1966. Impugnata per tempo la somministrazione, il lavoratore ha 180 giorni per depositare il ricorso in tribunale oppure comunicare al datore di lavoro la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. In questo secondo caso, se la richiesta di conciliazione o arbitrato viene rifiutata oppure non si raggiunge l'accordo, il lavoratore ha 60 giorni per depositare il ricorso in tribunale.

Somministrazione fraudolenta

È necessario chiarire innanzitutto che questa particolare tipologia di fattispecie ha subito, sinora, un particolare corso di eventi. Essa veniva, infatti, introdotta dal D.Lgs. n. 276/2003, art. 28, poi abrogata nel 2016 (a causa anche della scarsa incidenza in termini numerici di questa fattispecie criminosa) e, successivamente, reintrodotta attraverso il Decreto "Dignità" n. 87/2018, mod. legge n. 96/2018.

Si tratta di un reato contravvenzionale che ricopre il più intenso grado di illiceità ascrivibile al campo delle condotte nell'ambito della somministrazione di lavoro. Ad oggi, non costituisce più ipotesi di reato, per effetto del D.Lgs. n. 8/2016, la somministrazione abusiva - per cui, a chi esercita attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione, originariamente punito con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, si applica ora la sanzione amministrativa proporzionale progressiva di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. Si specifica, tuttavia, che la sanzione da irrogare non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000, né superiore a euro 50.000. Secondo quanto definito dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro, si verifica l'intento della somministrazione fraudolenta in tre possibili occasioni:

I. appalti illeciti che confluiscono in una mera somministrazione di manodopera da parte dell'appaltatore in favore del committente. In tal caso l'intento fraudolento posto a base dell'appalto è considerato dall'Ispettorato "*elemento sintoma-*

tico” del reato in oggetto, se accompagnata da altri elementi - come, ad esempio, l’effettivo risparmio sul costo del lavoro ottenuto dal committente;

2. la scelta del datore di lavoro di licenziare un proprio dipendente per riutilizzarlo tramite un’agenzia di somministrazione. In tale circostanza è però necessario fornire un’analitica prova della finalità fraudolenta della somministrazione;

3. distacchi transazionali “*non autentici*” in violazione dell’art. 3, D.Lgs. n. 136/2016; si tratta di quei casi in cui le imprese italiane utilizzano - tramite distacchi di personale non genuini - forza lavoro proveniente dall’estero per eludere l’applicazione delle disposizioni dell’ordinamento italiano o del contratto collettivo applicabile.

Ciò che resta penalmente sanzionato, invece, è la peculiare ipotesi di somministrazione abusiva in cui è coinvolto lo sfruttamento di minori: la pena è dell’arresto fino a 18 mesi e dell’ammenda fino a euro 300.

Quello di somministrazione fraudolenta è un reato plurisoggettivo proprio, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta elusiva, volutamente posta al di fuori degli schemi tipici di liceità. Da ciò si deduce che agli autori del reato - identificabili nel soggetto utilizzatore e, parimenti, al soggetto che esercita la somministrazione senza essere in tal senso autorizzato dal Ministero del lavoro - presentano un elemento soggettivo che supera la mera colpa, volendo essi chiaramente e intenzionalmente perpetrare una violazione di quanto normativamente previsto. La necessità che, dunque, si identifichi un dolo in capo ai soggetti del reato rappresenta un elemento particolare, trattandosi, come detto, di un reato contravvenzionale.

È oltretutto opportuno sottolineare come, anche in presenza di una somministrazione lecita e regolare, coloro i quali la mettono in pratica sarebbero comunque passibili delle sanzioni sinora descritte laddove l’intento finale sia quello comunque di eseguirla e realizzata in elusione di legge o di norme che trovano la propria fonte in un Contratto collettivo nazionale del lavoro di riferimento.

Da un punto di vista sanzionatorio, le recenti modifiche normative confermano l’apparato sanzionatorio di cui all’art. 18, D.Lgs. n. 276/2003,

senza distinzione tra le ipotesi di natura meramente penale e amministrativa. In quest’ultima ipotesi, nello specifico, viene aggiunta un’ammenda pecuniaria pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto dall’operazione fraudolenta, nonché per ciascun giorno in cui i lavoratori così interessati prestano la propria attività secondo queste modalità. A ciò si aggiunga che l’Ispettorato del Lavoro sarà tenuto a adottare, nei confronti degli autori del reato una **prescrizione obbligatoria** con cui, oltre ad ordinare l’immediata cessazione della condotta illecita, intimerà all’utilizzatore l’assunzione dei lavoratori impiegati.

Sul punto si è espresso anche l’Ispettorato Nazionale del Lavoro, il quale ha emanato delle indicazioni di gestione pratica dei casi di somministrazione fraudolenta per tramite della sua Direttiva n. 3 dell’11 febbraio 2019. Nello specifico, essa “autorizzava gli ispettori del lavoro all’adozione della prescrizione obbligatoria nei confronti dello pseudo committente e dello pseudo appaltatore, attraverso l’intimazione alla immediata cessazione dell’azione antidoverosa, nonché del committente fraudolento alla regolarizzazione alle proprie dipendenze dei lavoratori impiegati. chiarendo altresì che, nei confronti del medesimo committente-utilizzatore fraudolento, poteva essere adottato il provvedimento di diffida accertativa per le somme maturate dai lavoratori impiegati nell’appalto a titolo di differenze retributive non corrisposte. Occorre in proposito anzitutto evidenziare che il ricorso ad un appalto illecito - e quindi alla somministrazione di lavoro in assenza dei requisiti di legge - già costituisce, di per sé, elemento sintomatico di una finalità fraudolenta, che il legislatore ha inteso individuare nella elusione di “norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore”.

Pronuncia della Suprema Corte

Recentemente, sul tema si è espressa anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza numero 2990 del 7 febbraio 2018. Nel caso specifico, la Corte d’Appello di Roma confermeva la sentenza del Tribunale territoriale che accoglieva le opposizioni di una Società datrice di lavoro cui era stato ingiunto il pagamento delle retribuzioni dei propri dipendenti, presuntivamente assunti a seguito di interposizione illecita di manodopera. I lavoratori in questione chiedevano,

Percorsi

in particolare, che venisse costituito regolare rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore effettivo, il quale, oppostosi alla sentenza nei vari gradi di giudizio, continuava addirittura ad utilizzare i lavoratori con quello stesso strumento contrattuale che veniva contestato.

Della questione venivano investite le Sezioni Unite della Suprema Corte, con riferimento all'annosa *vexata quaestio* relativa a due tesi contrapposte. La prima tesi opta per la natura retributiva delle spettanze maturate dal lavoratore, la cui quantificazione della spettanza risulterebbe pertanto di natura reale ed assoluta e parzialmente indipendente dall'eventuale *aliunde perceptum*: una volta costituitosi in rapporto per via giudiziale con la declaratoria di interposizione fittizia, il lavoratore maturerebbe pertanto automaticamente le retribuzioni con l'offerta la prestazione lavorativa allo pseudo committente. La seconda, in analogia con la successione di contratti in caso di trasferimento d'azienda e con la natura risarcitoria di alcune indennità di licenziamento, valorizzando il sinallagma retribuzione-prestazione effettiva, propende per la natura di mero risarcimento del danno da mancata assunzione, con possibilità, ai fini della quantificazione dello stesso, della deduzione di quanto percepito (cioè, in buona sostanza, della prova - ed eventuale controdeduzione - del danno effettivamente subito), secondo le regole codicistiche dell'illecito contrattuale *ex art.* 1218 e seguenti del Codice civile. Nel caso di specie, questa seconda ipotesi interpretativa era quella intrapresa dalla Corte d'Appello, la quale poi, rilevando l'assenza di differenze (o la mancanza di richiesta in tal senso) fra retribuzione corrisposta dallo (pseudo) appaltatore e quella spettante dalla costituzione del rapporto con il (fittizio) committente, concludeva per l'assenza di un danno concreto e quindi per la non debenza di somme a favore dei lavoratori, ricorrenti perciò in Cassazione.

Con riferimento a queste due differenti situazioni, la Suprema Corte, in forza della continuità del rapporto con l'appaltatore e la non rilevanza (o non rilevazione in sede giudiziale) di differenze fra le retribuzioni corrisposte da quest'ultimo e le retribuzioni spettanti in forza del rapporto ricostituito con il committente, ha confermato la decisione della Corte d'Appello, dichiarando nessuna spettanza ai lavoratori, tranne che nei ri-

guardi di una lavoratrice che nel frattempo aveva lavorato per un terzo.

Nello specifico, le Sezioni Unite hanno così sentenziato: "La Consulta, con la sentenza citata, ha distinto il periodo anteriore alla pronuncia di conversione del contratto a tempo determinato, da quello successivo riconoscendo con riferimento a quest'ultimo il diritto del lavoratore alla riammissione e all'integrale percezione della retribuzione. In particolare con la sentenza citata è stata adottata un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma denunciata, affermando che l'indennità omnicomprensiva (prevista nella misura da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) copre soltanto il periodo intermedio, quello cioè che corre tra la scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. Viceversa, a partire dalla sentenza con cui viene rilevato il vizio della pattuizione del termine e convertito il contratto che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, poiché il datore di lavoro è indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore, è tenuto a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva.

Appare utile riportare il passo della sentenza, significativo ai fini che qui rilevano, da cui è possibile trarre alcuni spunti per una rimediazione della giurisprudenza tradizionale, accolta da questa Corte, in tema di cessione di contratto ed applicata anche all'ipotesi di interposizione fittizia. Nella sentenza citata si legge: "un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, però, induce a ritenere che il danno forfezzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. A partire dalla sentenza con cui il giudice, rilevato il vizio della pattuizione del termine, converte il contratto di lavoro che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva. Diversamente opinando, la tutela fondamentale della

conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata. Se, infatti, il datore di lavoro, anche dopo l'accertamento giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, potesse limitarsi al versamento di una somma compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere il prestatore a lavorare con sé. E lo stesso riconoscimento della durata indeterminata del rapporto da parte del giudice sarebbe posto nel nulla'.

Sulla base degli spunti suggeriti dalla suddetta pronuncia, queste Sezioni Unite ritengono che possa affermarsi che, nel momento successivo alla declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera, a fronte della messa in mora (offerta della prestazione lavorativa) e della impossibilità della prestazione per fatto imputabile al datore di lavoro (il quale rifiuti illegittimamente di ricevere la prestazione), grava sull'effettivo datore di lavoro l'obbligo retributivo.

Dal rapporto di lavoro, riconosciuto dalla pronuncia giudiziale, discendono, infatti, gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti ed, in particolare, con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione, e ciò anche nel caso di

mora credendi e, quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla.

La soluzione della questione sottoposta all'esame di questa Corte involge il più generale fenomeno dell'incoercibilità del comportamento e della cooperazione datoriale (*nemo ad factum praecise cogi potest*), il quale è strettamente correlato al principio della necessaria effettività della tutela processuale e, dunque, della piena attuazione dei diritti del lavoratore, principi opposti che impongono l'individuazione di un punto di equilibrio.

Ciò induce a ritenere che nelle ipotesi in cui i lavoratori, dopo aver richiesto l'accertamento giudiziale della invalidità del contratto in violazione di norme imperative in tema di divieto di interposizione di manodopera in un appalto di servizi, abbiano ottenuto l'ordine giudiziale di ripristino del rapporto nei confronti del reale datore di lavoro (nella specie: l'impresa committente), offrano a quest'ultima le loro prestazioni, senza essere stati riammessi in servizio, deve evitarsi, secondo i principi generali in tema di adempimento contrattuale, che subiscano le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale".