

Decreto legislativo n. 81/2015

Le sanzioni a tutela dei nuovi contratti di lavoro

Pierluigi Rausei – Adapt professional fellow, Dirigente del Ministero del lavoro e delle politiche sociali

A dispetto della portata rivoluzionaria dello specifico criterio di delega contenuto nella legge n. 183/2014, il sistema sanzionatorio introdotto dal D.Lgs. n. 81/2015 per i contratti individuali di lavoro rimane ancorato a una vecchia visione, con interventi minimi di riduzione dell'area delle sanzioni civili e delle sanzioni penali, una integrale conferma del previgente regime sanzionatorio amministrativo (persino senza le necessarie valutazioni critiche su alcune fattispecie di più lontana matrice normativa), peraltro a fronte della introduzione di nuovi obblighi, analoghi a quelli già esistenti, privi di sanzione e una caratterizzazione asistemica dell'impianto complessivo delle reazioni punitive delineate senza una logica (necessaria) di riconduzione a sistema.

Le collaborazioni personali e continuative etero-organizzate

Per effetto dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale, di natura autonoma, quindi né subordinata, né "parasubordinata", ricadono nello spettro dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (espressamente richiamato dall'art. 52, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, ma introdotto dalla legge 11 agosto 1973, n. 533, anche sulla scorta di quanto contenuto nell'art. 2 della legge 14 luglio 1959, n. 741), qualora le prestazioni rese siano gestite autonomamente dal collaboratore, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione imprenditoriale del committente, senza alcuna rilevanza e del tutto indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione del lavoro, senza alcuna forma di etero-organizzazione che incida sul tempo e sul luogo di lavoro (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015).

La collaborazione coordinata e continuativa torna ad essere attuabile pure a tempo indeterminato (e

non più soltanto a termine) e può essere instaurata anche per soddisfare un interesse del committente che si ripete nel tempo identicamente, sul piano dei contenuti della prestazione richiesta al collaboratore. Inoltre, la forma del contratto di collaborazione torna ad essere libera:

- senza obbligo di individuare alcunché in un atto a forma scritta;
- senza necessità di indicare alcun tipo di risultato, parziale o finale;
- senza alcun obbligo di individuare un compenso minimo per il collaboratore da valorizzarsi in base a parametri oggettivi di riferimento;
- senza preclusioni circa l'individuazione delle modalità di estinzione o di risoluzione del contratto.

Unico limite al libero esercizio (da parte di collaboratore e committente) della autonomia contrattuale – nel combinato disposto fra gli artt. 1322 e 2222 cod. civ. e 409, n. 3, cod. proc. civ. – sta nella previsione legislativa, sempre contenuta nell'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, di estendere l'area della subordinazione, applicando, dal 1° gennaio 2016, le norme sul lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che presentino contestualmente tre caratteristiche identificative delle prestazioni di lavoro dedotte nel contratto:

- sono esclusivamente personali;
- si caratterizzano per essere continuative;
- le modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

La definizione non identifica, evidentemente, un tipo contrattuale a sé stante, ma caratterizza i profili di non legittimità, nel nuovo quadro regolatorio, della collaborazione personale e continuativa come contratto non subordinato. Si reputa necessario, ai fini dell'applicazione delle nor-

Percorsi

me sul lavoro subordinato, che sussistano congiuntamente tutti e tre gli elementi caratterizzanti ora evidenziati, non essendo, quindi, sufficiente alla automatica estensione della subordinazione una collaborazione continuativa ed etero-organizzata che non sia anche esclusivamente personale (perché ad esempio, il collaboratore si avvale della possibilità di farsi sostituire).

Non sembra potersi ritenere etero-organizzata la collaborazione nell'ambito della quale le parti concordino preliminarmente, reciprocamente, nella fase di redazione del contratto, le località e le fasce temporali (anche orarie) di svolgimento delle attività dedotte in collaborazione. Peraltro, non qualsiasi etero-organizzazione potrà dirsi rilevante ai fini qualificatori della fattispecie, giacché inciderà soltanto quella organizzazione del committente che investa direttamente le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento al luogo di svolgimento dell'attività lavorativa e ai tempi di lavoro (e di riposo) del collaboratore.

D'altra parte, il "codice dei contratti", con l'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015, introduce una norma dal sapore spiccatamente sanzionatorio, che tende a provocare l'espansione dell'area della subordinazione per una tipologia di collaborazioni coordinate e continuative individuate dal legislatore dell'ultima riforma attraverso caratteristiche di etero-organizzazione, piuttosto genericamente declinate dalla norma, che, pertanto, non sottrarranno il nuovo quadro regolatorio da inevitabili tensioni di tipo interpretativo, le quali attenderanno il pronunciamento della giurisprudenza.

Il secondo comma dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015, sulla falsariga della normativa precedentemente in vigore, fa comunque salve, esonerandole dall'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, anche se a fronte di prestazioni di collaborazioni "organizzate" (quindi esclusivamente personali, continuative ed etero-organizzate dal committente), quattro tipologie di collaborazioni:

- collaborazioni previste dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro;
- collaborazioni in attività professionali;
- collaborazioni in associazioni e società sportive dilettantistiche;
- collaborazioni in organi di amministrazione e controllo, collegi, commissioni e organismi tecnici.

In base all'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, dunque, si ha una estensione automatica, dal 1° gennaio 2016, della disciplina del lavoro subordinato (s'intende a tutele crescenti), ai rapporti di collaborazione che presentano contestualmente tre caratteristiche espressamente individuate dalla norma:

- sono esclusivamente personali;
- hanno carattere continuativo;
- le modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

La nozione caratterizza puntualmente, infatti, su un piano sanzionatorio, i profili di non legittimità, nel nuovo quadro regolatorio, della collaborazione personale e continuativa, riconducendola, sul piano della disciplina normativa, al contratto di lavoro subordinato.

L'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, rende essenziale, quindi, dal 1° gennaio 2016, l'assenza di almeno una delle tre caratteristiche individuate dalla collaborazione affinché la stessa non venga considerata lavoro subordinato. Tali caratteristiche essenziali consistono, come detto, nella natura esclusivamente personale, dal carattere continuativo e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Nel caso in cui rilevino contestualmente tutte e tre le caratteristiche anzidette la collaborazione coordinata e continuativa sarà ricondotta nell'ambito disciplinare del lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Affermato il carattere sanzionatorio dell'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 vale la pena rilevare, sia pure di passata, come la norma abbia dato luogo nei primi commenti dottrinali a molteplici interpretazioni alternative, specialmente con riguardo agli effetti sostanziali della disposizione.

Così non è mancato chi ha interpretato l'estensione della disciplina del lavoro subordinato come la creazione di un nuovo tipo contrattuale e chi invece ne ha viste le conseguenze applicative nel contesto della previsione di una nuova fattispecie negoziale (ora nell'area del lavoro autonomo ora, invece, in quella del lavoro parasubordinato).

Rilevante anche la posizione di chi ha optato per la sussistenza di una vera e propria presunzione assoluta che non ammetterebbe il committente a

prova contraria e vincolerebbe il giudice alla rigidità del portato normativo (peraltro riferito ad elementi fattuali contrassegnati da una indubbia variabilità ed elasticità).

Analogamente di peso la posizione dottrinale che ha valutato la qualificazione giuridica della previsione normativa alla stregua di una presunzione semplice che permetterebbe al giudice di valutare l'adattabilità della disciplina del lavoro subordinato alla effettiva sussistenza dei caratteri propri della subordinazione, consentendo al committente la prova contraria.

In realtà, a parere di chi scrive, il D.Lgs. n. 81/2015 sembra aver operato una scelta più leggera, introducendo sostanzialmente una norma sanzionatoria di natura civilistica, che riconosce il carattere normativo (con riferimento alla disciplina applicabile) di lavoro subordinato alle collaborazioni con quelle caratteristiche di etero-organizzazione (ricorrendo tutti e tre gli elementi della continuità, personalità e, appunto, organizzazione da parte del committente anche sui tempi e sui luoghi di lavoro).

Quindi una sanzione *tout court* – assimilabile su un piano giuridico puro, in merito agli effetti, anche processuali – alla presunzione relativa o semplice (*juris tantum*) rispetto alla quale come in tutte le ipotesi sanzionatorie (e nel rispetto dei dogmi costituzionali) spetta al giudice valutare la piena sussistenza dei caratteri della subordinazione, ammettendo il committente alla prova di una differente sostanza fattuale e giuridica del rapporto di lavoro instaurato rispetto a quanto presunto dalla norma.

In questo senso rileva specificamente quanto affermato dalla Suprema Corte già in Cass. civ., sez. lav., 6 settembre 2007, n. 18692 secondo cui: «La prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda, con materiali ed attrezzatura proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte, comporta una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro vincere».

In argomento, d'altronde, con specifico riferimento al significato proprio dell'espressione «si applica la disciplina del rapporto subordinato» e, più segnatamente, alla conseguenza sanzionatoria derivante dalla norma (se cioè dia luogo a una vera e propria trasformazione del rapporto di lavoro e al disconoscimento del contratto di colla-

borazione con differente qualificazione giuridica dello stesso), i tecnici del Ministero del lavoro, rispondendo al quesito 19 del “Forum Lavoro” del 24 settembre 2015 hanno chiarito espressamente che: «non vi è una vera e propria riqualificazione del rapporto ma, in presenza dei requisiti di legge (“collaborazioni che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”) la semplice applicazione degli istituti che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato».

Il lavoro a tempo parziale

Nella Sezione I del Capo II del D.Lgs. n. 81/2015 (intitolato al «Lavoro ad orario ridotto e flessibile»), agli artt. 4-12, sono contenute le nuove norme in materia di rapporti di lavoro in regime di tempo parziale.

Mancanza della forma scritta

L'art. 5 del D.Lgs. n. 81/2015 conferma il lavoro subordinato in regime di part-time, anche a tempo determinato, ma, almeno nominalmente, mediante l'adozione di una nuova nozione unificata o meglio unitaria, giacché in prospettiva di semplificazione, sono superate le classificazioni tipologiche (tipo orizzontale, verticale e misto), prevedendo la forma scritta del contratto ai fini della prova. Qualora sia stato stipulato un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale senza forma scritta, quindi, per effetto dell'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, il lavoratore potrà chiedere al Giudice di vedersi dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno.

Mancata indicazione dell'articolazione dell'orario

Qualora l'ispettore del lavoro verifichi che non vi sono contrasti fra la ricostruzione del rapporto di lavoro a tempo parziale operata dal lavoratore e quella evidenziata dal datore di lavoro, ma pure accerti che il contratto (anche solo stipulato verbalmente) non preveda una netta determinazione in merito alla durata e alla collocazione della prestazione di lavoro part-time si ritiene possibile fare ricorso all'istituto della disposizione di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 124/2004. Il funzionario accertatore, in effetti, potrà rilevare che vi è una

Percorsi

chiara inosservanza del disposto normativo posto dall'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, e, a fronte della mancata previsione legislativa di una apposita reazione sanzionatoria, né amministrativa né penale, procedere ad ordinare (disporre) al datore di lavoro l'osservanza e l'ottemperanza degli obblighi legali incombenti sulla corretta instaurazione del rapporto di lavoro a tempo parziale.

Omessa determinazione della durata della prestazione lavorativa

Quando si tratti di accertare la mancata preventiva determinazione della durata della prestazione del lavoratore in regime di part-time, in base all'art. 10, comma 2, primo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015, il lavoratore potrà richiedere la declaratoria di sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno, a partire dalla data del pronunciamento giudiziale, essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.). Per il periodo che precede la pronuncia del giudice il lavoratore ha diritto a ricevere non soltanto la retribuzione dovuta per le prestazioni lavorative effettivamente rese (con il connesso versamento dei contributi previdenziali) ma anche «un'ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno», da liquidarsi con valutazione equitativa (art. 10, comma 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015, nonché artt. 1218, 1223, 1224, 1226 e 1227 cod. civ.).

Mancata individuazione della collocazione temporale dell'orario di lavoro

Se si è accertata l'omessa individuazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa richiesta al lavoratore in regime di part-time, in base all'art. 10, comma 2, secondo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015, il giudice è chiamato a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, tenendo conto «delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro» (nel nuovo quadro regolatorio è stato eliminato il riferimento ai criteri previsti dal contratto collettivo applicato). In ogni caso, per il periodo che precede la pronuncia giudiziale il lavoratore part-timer ha diritto a ricevere non soltanto la retribuzione dovuta per le presta-

zioni lavorative effettivamente rese (con il connesso versamento dei contributi previdenziali) ma anche una somma ulteriore a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa (art. 10, comma 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015, nonché artt. 1218, 1223, 1224, 1226 e 1227 cod. civ.).

Difficoltà nella ricostruzione della prestazione lavorativa

D'altro canto, qualora invece sussistano contrasti nella ricostruzione della fattispecie lavoristica oggetto di indagine, l'ispettore dovrà acquisire mediante apposite testimonianze la prova della effettiva sussistenza del rapporto di lavoro a tempo parziale, tuttavia, nel caso in cui rilevi un vero e proprio «difetto di prova» circa l'effettiva stipulazione di un contratto di lavoro di lavoro part-time, dovrà tenersi conto di quanto previsto dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, il quale stabilisce che il lavoratore possa chiedere la declaratoria di sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno, ovviamente a partire dalla data del pronunciamento giudiziale, fermo restando il diritto del lavoratore a ricevere la retribuzione (ed il connesso versamento dei contributi previdenziali) in ragione delle prestazioni lavorative effettivamente rese il periodo antecedente alla data della pronuncia del giudice.

Accertata non genuinità del rapporto di lavoro part-time

L'ispettore del lavoro che accerti, in via di fatto, l'insussistenza, per mancanza di prova comunque acquisita o formata, di un genuino rapporto di lavoro a tempo parziale dovrà procedere alla ricostruzione del rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno fin dall'insorgenza del rapporto stesso, secondo gli elementi di prova *a contrariis* acquisiti dal lavoratore interessato e dagli altri che con lo stesso operano o hanno operato. In effetti, il potere sanzionatorio di natura civilistica non può dirsi in via generale ed espressa affidato all'esercizio delle funzioni ispettive, tuttavia – anche sono in veste anticipatoria del futuro (eventuale) intervento giudiziale – non può non riconoscersi ai funzionari di vigilanza il potere di ricondurre al rigore del rispetto delle disposizioni di legge le fattispecie individuali oggetto di ispezione. Nel caso di specie, peraltro, con un chiaro aggancio alla più generale normativa di origine

civilistica, secondo cui «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative» (art. 1419, comma 2, cod. civ.).

Accertamento di un maggior numero di ore lavorate

Su un piano strettamente ispettivo, la complessità della vigilanza riguardo alle “ore in più” lavorate dal lavoratore a tempo parziale obbliga l’ispettore a distinguere, anzitutto, le clausole elastiche dal lavoro supplementare e, in secondo luogo, di verificare la corrispondenza delle clausole elastiche e dell’esercizio del potere datoriale dalle stesse derivanti: se previste dal contratto collettivo di lavoro, se stipulate in forma scritta, se conformi alla legge. Effettuate le necessarie verifiche, laddove ricorrano le condizioni per operare all’interno del contesto normativo posto dal D.Lgs. n. 81/2015 l’ispettore potrà eventualmente procedere a favore del lavoratore con un provvedimento di diffida accertativa per crediti patrimoniali (art. 12, D.Lgs. n. 124/2004) qualora accerti che le maggiorazioni retributive previste nell’uno e nell’altro caso non sono state legittimamente e completamente corrisposte al part-timer. In caso diverso, qualora verifichi una continuità costante di svolgimento della prestazione oltre i limiti dell’originaria pattuizione, potrà procedere alla ricostruzione di un rapporto di lavoro a tempo pieno instauratosi per *facta concludentia* col relativo sistema sanzionatorio, ancora una volta fondato sull’art. 1419, comma 2, cod. civ., diffidando il datore di lavoro a regolarizzare la posizione del lavoratore sia con riferimento agli obblighi di comunicazione (variazione del rapporto), sia con riguardo agli adempimenti in materia di libro unico del lavoro e in tema di contributi previdenziali.

Accertamento di attività lavorativa in giornata diversa

L’ispettore che abbia verificato l’adibizione del lavoratore al lavoro in giornata diversa da quella per la quale si è impegnato, in assenza di apposita clausola flessibile di origine contrattuale collettiva, deve muoversi a cavaliere fra norme di legge e di contratto collettivo, dovendo peraltro tenere presenti gli orientamenti giurisprudenziali formati in proposito, con specifico riguardo alle

clausole che consentano o comunque attribuiscono al datore di lavoro un’ampia facoltà di collocare e ricollocare la prestazione lavorativa del part-timer variandone progressivamente e continuamente i tempi di lavoro.

Se, dunque, si sarà accertato che il lavoratore riceve dal datore di lavoro continui spostamenti dell’ambito di svolgimento della propria prestazione di lavoro a tempo parziale che, da un lato, ne impediscono l’esercizio dei diritti personali di vita e di lavoro, e, dall’altro, lo avvicinano a un prestatore di lavoro a tempo pieno, il funzionario accertatore non potrà che procedere alla rigorosa riconduzione della prestazione lavorativa effettivamente e in concreto resa nel contesto più specifico del lavoro standard e non flessibile.

Accertamento di attività lavorativa in violazione delle clausole elastiche

L’art. 10, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che «a seguito dello svolgimento di prestazioni lavorative in esecuzione di clausole elastiche senza che siano rispettate le condizioni, le modalità e i limiti previsti dalla legge o dai contratti collettivi nasce il diritto del lavoratore, in aggiunta alla retribuzione dovuta per il lavoro prestato, anche a ottenere una ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno patito» (art. 10, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, nonché artt. 1218, 1223, 1224, 1226 e 1227 cod. civ.).

Il lavoro intermittente

L’attuale disciplina del lavoro intermittente (detto anche “a chiamata” o job on call) si rinviene negli artt. 13-18 del D.Lgs. n. 81/2015, con la previsione della forma scritta ai fini della prova degli elementi essenziali del contratto stesso (art. 15, comma 1).

Sanzioni per il disconoscimento del lavoro a chiamata

Nel caso in cui il datore di lavoro abbia stipulato un contratto di lavoro intermittente senza la sussistenza dei presupposti previsti dall’art. 13, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 81/2015 (svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente; periodi predeterminati nell’arco della settimana, del mese o dell’anno; soggetti con più di 55 anni di età e soggetti con meno di 24 anni di età, fermo restando che le prestazioni contrattuali

Percorsi

devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età), il rapporto di lavoro è considerato a tempo pieno e indeterminato sin dalla data di costituzione dello stesso essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.; circolare n. 18/2012).

Il superamento del limite delle 400 giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari determina la trasformazione del rapporto di lavoro intermittente in un ordinario rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato a partire dalla data del superamento (art. 13, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015; circolare n. 35/2013), in quanto il contratto diviene nullo al superamento del limite per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

Anche la stipula di un contratto di lavoro intermittente ove ricorra anche uno solo dei casi di divieto espressamente e tassativamente indicati dall'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2015 (sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi per lavoratori con stesse mansioni; presso unità produttive nelle quali operi una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con integrazione salariale, per lavoratori adibiti alle medesime mansioni; l'impresa non ha effettuato la valutazione dei rischi) comporta la conversione del rapporto di lavoro in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sin dalla data di costituzione dello stesso essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

Sanzioni per l'omessa comunicazione della chiamata

Per ciascun lavoratore per il quale sia stata omessa la comunicazione preventiva alla Direzione territoriale del lavoro competente per territorio, mediante sms o posta elettronica, come disciplinata dall'art. 15, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 venga applicata una sanzione pecuniaria amministrativa da euro 400 ad euro 2.400, rispetto alla quale viene espressamente esclusa la possibilità di applicare la procedura di diffida pre-cettiva di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, per cui nessuna differenza potrà essere operata, sul piano sanzionatorio, fra chi omette del tutto la comunicazione e chi la effettua tardivamente

anche in assenza di qualsiasi controllo ispettivo ovvero di qualsiasi impulso esterno a regolarizzare la condotta materialmente sanabile.

Nel confermare l'obbligo di comunicazione preventiva della chiamata (prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata fino a 30 giorni) alla Direzione territoriale del lavoro con relativa sanzione pecuniaria amministrativa non diffidabile, con specifico riferimento al drafting normativo va segnalato che, nel confermare la sanzione pecuniaria per l'omessa comunicazione, non si è intervenuto secondo i principi sanciti dalla legge n. 183/2014 che delegava il Governo a rivisitare le sanzioni in materia di lavoro, addirittura confermando la non diffidabilità della sanzione, a fronte del chiaro criterio di delega che incentivava il ricorso agli istituti premiali e di immediata regolarizzazione (come la diffida, appunto).

Valgono ancora le indicazioni offerte dalla circolare n. 18/2012 laddove si precisa che la sanzione amministrativa si applica anche alla chiamata del lavoratore in giorni diversi da quelli inizialmente comunicati (alla quale faranno seguito anche i relativi recuperi contributivi e retributivi). Ne deriva, dunque, che il datore di lavoro, al fine di estinguere l'illecito amministrativo, sarà ammesso esclusivamente al pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981 (il doppio del minimo o il terzo del massimo edittalmente fissati nella norma), nella misura pari a 800 euro per ciascuna comunicazione omessa e per ciascun lavoratore al quale la stessa faccia riferimento. Non soltanto la mera omissione della comunicazione risulta sanzionabile, ma anche l'aver effettuato la comunicazione con modalità e strumenti non più previsti dalla legge (come il fax, ad esempio).

Il Vademecum adottato dal Ministero del lavoro con lettera circolare n. 7258 del 22 aprile 2013 ha precisato che dal dettato normativo «si evince che la sanzione in esame trova applicazione con riferimento ad ogni lavoratore e non invece per ciascuna giornata di lavoro per la quale risulti inadempito l'obbligo comunicazionale. In sostanza, per ogni ciclo di 30 giornate che individuano la "condotta" del trasgressore, trova applicazione una sola sanzione per ciascun lavoratore».

Il lavoro a tempo determinato

Il contratto a tempo determinato è attualmente regolamentato dagli artt. 19-29 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 81, che ha abrogato il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (già da ultimo modificato dal D.L. 20 marzo 2014, n. 34, come convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78), che costituiva il recepimento della Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999 relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato fra le maggiori organizzazioni intercategoriale in ambito europeo.

Sanzionabilità delle condotte datoriali

Per la violazione dell'art. 19, commi 1 e 4, del D.Lgs. n. 81/2015 la nullità della clausola di apposizione del termine, in forza del combinato disposto con l'art. 1 (forma contrattuale comune) dello stesso "Codice dei contratti", conduce al richiamo e all'applicazione della normativa civilistica, secondo la quale «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative» (art. 1419, comma 2, cod. civ.), con ciò rideterminando la qualificazione negoziale del rapporto "non standard" nella forma ordinaria di regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, con conservazione, pertanto, del contratto di lavoro nella sua *species* generalizzante, quella a tempo indeterminato (Cass. 21 maggio 2008, n. 12985). D'altra parte, lo stesso art. 19, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che l'apposizione del termine deve necessariamente ritenersi «priva di effetto» quando non risulta, «direttamente o indirettamente», da un atto scritto.

Sul piano sanzionatorio assume particolare rilevanza la norma dell'art. 20 del D.Lgs. n. 81/2015 che contempla le ipotesi in cui l'apposizione del termine è vietata e quindi radicalmente non ammessa; per la violazione della disposizione di divieto la nullità della clausola di apposizione del termine, perché apposta in caso di divieto, conduce al richiamo e all'applicazione della normativa civilistica, secondo la quale «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative» (art. 1419, comma 2, cod. civ.), con ciò rideterminando la qualificazione negoziale del rapporto "non standard"

nella forma ordinaria di regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, con conservazione, pertanto, del contratto di lavoro nella sua *species* generalizzante, quella a tempo indeterminato. D'altra parte, lo stesso art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che in caso di violazione dei divieti il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato, essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

Sempre alla conversione del lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato conduce la violazione delle disposizioni relative alla proroga del contratto: l'art. 21, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 prevede espressamente che se il numero delle proroghe è superiore a cinque, il contratto a termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla sesta proroga, divenendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative al superamento del limite massimo consentito dalla norma (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

La riassunzione dello stesso lavoratore occupato a termine, con un successivo contratto a tempo determinato, prima del decorso del termine minimo fissato dall'art. 21, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 (entro un periodo di 10 giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi ovvero entro 20 giorni dalla scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi), al di fuori delle deroghe previste e consentite dalla legge, fa sì che il secondo contratto si consideri *ope legis* a tempo indeterminato. La norma prevede espressamente che «il secondo contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato», essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

Con riferimento alla violazione dell'art. 19, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, su un piano sanzionatorio, si ha una conversione del nuovo contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, sia nel caso in cui le parti lo abbiano stipulato senza il rispetto della prescritta procedura, sia in ipotesi di superamento del termine di durata massima stabilito dal "Codice dei contratti" (12 mesi), a far data dal trentesimo (in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi) ovvero dal cinquantesimo giorno (negli altri casi) successivo alla scadenza del trentaseiesimo mese, essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.). Analogamente

Percorsi

mente con riferimento alla violazione dell'art. 19, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 81/2015, per aver effettuato assunzioni successive a termine per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale superando complessivamente i 36 mesi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro.

La prosecuzione di fatto oltre i limiti massimi stabiliti dalla legge (30 o 50 giorni) comporta la conversione in contratto a tempo indeterminato dalla data del superamento di detti limiti, come espressamente affermato dall'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, secondo cui «qualora il rapporto di lavoro continui oltre» i termini previsti «il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini», divenendo il contratto, proseguito illegittimamente, nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 cod. civ.).

Solo sanzione amministrativa per il superamento del limite quantitativo

Al contrario, per il superamento del limite quantitativo legale del 20% il datore di lavoro che viola il limite massimo è soggetto soltanto all'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa commisurata al 20% della retribuzione per il primo lavoratore in esubero e al 50% della retribuzione per ogni lavoratore successivo al primo.

L'art. 23, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che nel caso si verifichi la violazione del limite percentuale (fissato dal primo comma della medesima disposizione), «restando esclusa la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato», si applica al datore di lavoro, per ciascun lavoratore sovranumerario, soltanto una sanzione amministrativa pecuniaria.

La norma sanzionatoria, dunque, include una specifica previsione di esclusività della sanzione amministrativa rispetto ad eventuali e ulteriori sanzioni civili, per cui il pagamento della sanzione pecuniaria esclude la possibilità per il lavoratore di ottenere dal giudice il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato perché il termine risulta apposto in violazione del divieto di assumere a tempo determinato oltre il limite quantitativo previsto.

Proprio con riferimento alla sanzione pecuniaria amministrativa posta «a presidio dei limiti quan-

titativi» per le assunzioni a termine, la circolare ministeriale n. 18 del 30 luglio 2014 (sia pure con riguardo all'identica previsione del D.L. n. 34/2014, convertito dalla legge n. 78/2014) ha chiarito che essa trova applicazione sia quando il datore di lavoro viola il limite quantitativo legale, sia quando ometta di rispettare quello diversamente stabilito dalla contrattazione collettiva applicata.

La sanzione si applica per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro.

La circolare n. 18/2014 ha affermato che la retribuzione da prendere in considerazione ai fini del calcolo della sanzione è la retribuzione lorda mensile riportata nel singolo contratto di lavoro ovvero a quella tabellare prevista nel Ccnl applicato (o applicabile). Su tale base di calcolo andrà operata l'applicazione della percentuale sanzionatoria, con arrotondamento all'unità superiore (per un valore decimale pari o superiore a 0,5), da moltiplicarsi per ciascun lavoratore per il numero dei mesi (o frazioni superiori a 15 giorni). Il Ministero ha chiarito a tal proposito che per periodi di occupazione inferiori ai 16 giorni la sanzione non è applicabile.

Sempre secondo la circolare n. 18/2014, per calcolare il periodo di occupazione, «non è necessario tener conto di eventuali "sospensioni" del rapporto, ad esempio, per malattia, maternità, infortunio o part-time verticale; ciò che conta sarà dunque la data di instaurazione del rapporto (c.d. *dies a quo*) e la data in cui è stata accertata l'esistenza dello "sforamento" (c.d. *dies ad quem*, normalmente coincidente con la data dell'accertamento, sebbene sia possibile accertare degli "sforamenti" avvenuti in relazione a rapporti già conclusi, cosicché tale data coinciderà con la scadenza del termine)».

D'altronde, quanto alla misura della sanzione, non essendo prevista la non ammissibilità al pagamento nella misura ridotta previsto dall'art. 16 della legge n. 689/1981, il personale ispettivo con il verbale di accertamento e notificazione di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 dovrà notificare l'ammontare della sanzione amministrativa non soltanto nella misura fissa prevista dal legislatore (20% e 50% della retribuzione come anzidetto), ma anche nella misura ridotta che il trasgressore potrà pagare entro 60 giorni al fine di

estinguere completamente l'illecito amministrativo.

La sanzione ridotta irrogata con il verbale unico, pertanto, sarà pari al 6,67% della retribuzione nel caso del primo occupato oltre il limite e pari al 16,67% per gli occupati a tempo determinato fuori limite dal secondo lavoratore in poi, come confermato dalla circolare n. 18/2014 del Ministero del lavoro.

Ritorno al passato per la sanzione dei trattamenti discriminatori

Da ultimo vale la pena segnalare che il datore di lavoro che con comportamento discriminatorio non corrisponde al lavoratore a tempo determinato il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, vale a dire quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, salvo che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine incorre in una sanzione pecuniaria amministrativa, che diviene più grave nel *quantum* se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori: da euro 25,82 a euro 154,94 nell'impresa che occupa fino a 5 lavoratori; da euro 154,94 a euro 1.032,91 se si tratta di più di 5 lavoratori (art. 25, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015).

Nella misura ridotta il cui pagamento estingue l'illecito amministrativo, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981, la sanzione diviene pari, rispettivamente, a 51,64 euro e a 309,88 euro (doppio del minimo).

Da ultimo, quanto all'applicabilità della diffida obbligatoria di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, come sostituito dall'art. 33 della legge n. 183/2010, l'istituto appare senza dubbio compatibile con l'illecito in esame, in quanto trattasi di inadempimento materialmente sanabile, sia con riferimento all'ipotesi riguardante gli emolumenti attribuiti a titolo di retribuzione mensile, sia con riguardo alle spettanze di fine rapporto e alla generalità degli altri trattamenti normativi ed economici in atto nell'impresa ed applicabili ai lavoratori, la sanzione in caso di ottemperanza all'ordine dell'ispettore del lavoro, dunque, sarà, a seconda del numero dei lavoratori interessati, se più o meno di cinque, pari a euro 25,82 oppure a euro 154,94 (minimo edittale).

La norma riprende identicamente le previsioni sanzionatorie contenute nell'art. 12 del D.Lgs. n. 368/2001, il quale a sua volta riportava integralmente, intatte, le sanzioni amministrative pecuniarie già previste dall'art. 7 della legge n. 230/1962, come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 758/1994 – nelle due ipotesi sanzionatorie, rispettivamente, da 50.000 a 300.000 lire e da 300.000 lire a 2.000.000 di lire – tuttavia i tecnici che hanno redatto il testo del D.Lgs. n. 81/2015 hanno errato nel riproporre l'apparato sanzionatorio con i decimali, anziché senza le cifre decimali come già in vigore dal 1° gennaio 2002, giacché l'art. 51 del D.Lgs. n. 213/1998 prevedeva che tutti gli importi in lire contenuti in norme che fissano sanzioni in denaro dovevano essere tradotte in euro, al tasso irrevocabile di conversione (1 euro = 1.936,27 lire), se però il risultato dell'operazione di conversione avesse restituito un risultato contenente anche cifre decimali, queste dovevano essere eliminate.

Sanzione risarcitoria per la conversione giudiziale del contratto

L'art. 28, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 (riprendendo l'art. 32 della legge n. 183/2010, come integrato dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012) si occupa della misura della sanzione nei casi di conversione del contratto a tempo determinato a seguito di sentenza in contratto a tempo indeterminato. Si prevede che il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, tenendo conto dei criteri di cui all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, vale a dire avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.

L'indennità ristora interamente il pregiudizio e il danno subiti dal lavoratore a termine, comprese le conseguenze retributive e contributive che derivano dal periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia giudiziale che ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

Qualora il contratto collettivo di lavoro applicato (di livello nazionale, territoriale o aziendale), sti-

Percorsi

pulato con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, preveda l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità è dimezzato, pari a 6 mensilità (art. 28, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015).

Si rammenta, infine, che l'Inps con circolare n. 40 del 22 febbraio 2011 ha chiarito che per la natura risarcitoria della somma l'indennità va esclusa dalla base imponibile ai fini contributivi.

La somministrazione di lavoro

La somministrazione di lavoro lecita si svolge attraverso due distinte figure contrattuali che si tagliano l'una all'altra: da un lato il contratto di somministrazione che è un contratto tipico di natura commerciale e si stipula fra l'Agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice; dall'altro il contratto di lavoro subordinato (cd. contratto di lavoro somministrato) fra Agenzia somministratrice e lavoratori da somministrare. Come il lavoratore rimane estraneo sostanzialmente al contratto di somministrazione, allo stesso identico modo l'utilizzatore resta del tutto estraneo al contratto di lavoro fra l'Agenzia e il lavoratore. Si tratta, dunque, di una vera e propria scissione strutturale fra la gestione normativa e quella tecnico-produttiva del «lavoratore somministrato», alla luce di una fattispecie negoziale complessa, la quale trova la propria fondamentale disciplina regolativa negli artt. 30-40 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Nella scala ideale di gravità crescente delle ipotesi di somministrazione posta in essere in violazione delle disposizioni vigenti, al grado più basso si colloca la somministrazione irregolare, mentre all'estremo opposto, al grado massimo della graduazione del disvalore sociale della condotta del somministratore e dell'utilizzatore si situa, invece, il reato contravvenzionale della somministrazione illecita. Dal 25 giugno 2015, infatti, è stato abolito il reato contravvenzionale di tipo doloso della somministrazione fraudolenta, per effetto dell'abrogazione dell'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003, che rappresentava la punta più avanzata della tutela penalistica riguardante le attività rese in somministrazione di lavoro.

Somministrazione irregolare

Il D.Lgs. n. 81/2015 parla di «somministrazione irregolare» con riferimento alle ipotesi in cui la somministrazione avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), ma anche relativamente all'ipotesi di «somministrazione nulla» per mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione (art. 38, commi 1 e 2). Le conseguenze di tale comportamento «irregolare» da parte di utilizzatore e somministratore operano su due diversi piani.

Sanzione amministrativa

Per quel che attiene ai profili di sanzionabilità in sede amministrativa, ai sensi dell'art. 40, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, 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.

L'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 artt. 31 e 32 del D.Lgs. n. 81/2015, 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'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, vale a dire un terzo del massimo edittale), secondo la seguente specificazione soggettiva così come operata dall'art. 40, comma 1, dello stesso D.Lgs. n. 81/2015:

- *somministratore e utilizzatore*: contratto privo di forma scritta o privo degli elementi previsti dalla norma (art. 33, comma 1);

- *utilizzatore*: per aver attivato contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e

a termine al di fuori dei limiti quantitativi previsti dalla norma (art. 31, commi 1 e 2); per non aver informato i lavoratori somministrati dei posti vacanti (art. 31, comma 3); per aver attivato contratti di somministrazione di lavoro in una delle ipotesi di divieto espresso individuate dalla norma (art. 32);

- *somministratore*: per non aver fornito al lavoratore somministrato inviato in missione, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero al momento dell'invio presso l'utilizzatore, le informazioni contenute nel contratto, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione (art. 33, comma 3).

Sanzione civile

Su un piano strettamente giuslavoristico, invece, il lavoratore potrà presentare ricorso al Tribunale quale Giudice del lavoro nei confronti dell'utilizzatore che ne ha utilizzato le prestazioni lavorative ai fini di ottenere il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro alle dipendenze di questi, con effetto fin dal sorgere della somministrazione.

Il D.Lgs. n. 81/2015 prevede che in caso di «somministrazione nulla» (art. 38, comma 1) il lavoratore che sia stato assegnato in somministrazione presso il singolo utilizzatore venga considerato alle dipendenze dirette di quest'ultimo quale effettivo ed esclusivo datore di lavoro, automaticamente, *ope legis*, per la mancanza di forma scritta che determina la nullità del contratto di somministrazione.

Nelle ipotesi di «somministrazione irregolare», vale a dire per i casi in cui la somministrazione di lavoro avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), l'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 prevede che il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione, per cui il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo datore di lavoro sostanziale si inverte a seguito del richiesto pronunciamento giudiziale.

Si ritiene, dunque, che il contratto di lavoro originario (quando irregolare e non nulla) fra lavoratore somministrato e agenzia di somministrazione rimanga sostanzialmente valido, tuttavia opera *ex lege* un «trasferimento» della titolarità

del contratto di lavoro stesso, nelle forme e nei contenuti originari, in capo all'utilizzatore.

Il contratto di somministrazione che abbia dato luogo ad un rapporto irregolare, invece, dovrà considerarsi nullo per contrasto a norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

L'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 prevede che i pagamenti delle retribuzioni, dei contributi e dei premi effettuati dal somministratore liberano l'utilizzatore (adempimento del terzo, art. 1180 cod. civ.), tuttavia è ipotizzabile che in forza del contratto commerciale nullo o irregolare l'agenzia di somministrazione possa agire nei confronti dell'utilizzatore per la ripetizione dell'indebito soggettivo (art. 2036 cod. civ.) ovvero, più giustificatamente, per arricchimento senza causa (art. 2041 cod. civ.).

Trattandosi di un'azione giudiziaria che comporta inevitabilmente l'indagine sul concreto svolgimento dei rapporti di lavoro dei lavoratori somministrati a seguito del contratto di somministrazione di lavoro, non sembrano esserci dubbi circa la riconducibilità della controversia nell'alveo dell'art. 409, n. 1, cod. proc. civ., in relazione all'oggetto («rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di un'impresa»): competente a decidere della controversia sarà pertanto il Tribunale, in veste monocratica, in funzione di Giudice del lavoro, sebbene il D.Lgs. n. 81/2015 (contrariamente a quanto operava testualmente l'abrogato art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003) non prevede espressamente che il lavoratore somministrato possa agire per il riconoscimento dell'effettiva titolarità del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 cod. proc. civ.

La disciplina confermata dal D.Lgs. n. 81/2015 con riferimento alla tutela diretta del lavoratore somministrato che ottiene il riconoscimento dell'effettiva sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dirette dipendenze del soggetto datoriale che ne ha utilizzato integralmente le prestazioni lavorative, inserendolo nella propria organizzazione aziendale, rappresenta un apparato regolativo che non opera soltanto nei riguardi della «somministrazione irregolare» o in occasione di una «somministrazione nulla», per nullità del contratto non in forma scritta, ma piuttosto in ogni caso di somministrazione abusiva e di uti-

Percorsi

lizzazione illecita (o, ancora, di interposizione illecita).

Il rapporto di lavoro fra lavoratore somministrato e utilizzatore viene costituito con effetto retroattivo, da qui la considerazione secondo cui non soltanto il contratto di somministrazione è caduto per nullità, ma lo stesso contratto di lavoro somministrato (fra agenzia e lavoratore) viene travolto di riflesso. Sebbene l'art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisca che su un piano squisitamente pratico, gli effetti regolativi prodotti dal contratto di lavoro originario permangono sotto ogni profilo (documentale, previdenziale, retributivo): tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.

Termine di decadenza

Secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, nel caso in cui il lavoratore proponga una azione giudiziaria volta a richiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, secondo il disposto contenuto nell'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, si applicano le disposizioni dell'art. 6 della legge n. 604/1966, stante quanto stabilito dall'art. 32 della legge n. 183/2010. Ne consegue che il lavoratore somministrato deve impugnare la cessazione del rapporto in utilizzazione, a pena di decadenza dall'azione, entro i 60 giorni successivi alla data in cui ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore, procedendo, a pena di inefficacia, a depositare il ricorso entro i successivi 180 giorni.

Tutela risarcitoria

In base alle espresse previsioni contenute nell'art. 40, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, quando il giudice accoglie la domanda del lavoratore somministrato riconoscendo la sussistenza in capo all'utilizzatore del rapporto di lavoro, condanna altresì l'utilizzatore al risarcimento del danno in favore del lavoratore, con una indennità onni-

comprensiva stabilita nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avendo riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge n. 604/1966 (numero dei dipendenti, dimensioni dell'azienda, anzianità di servizio, comportamento tenuto dalle parti, condizioni delle parti).

Assorbimento di altre sanzioni amministrative

Il lavoratore non è sempre considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione in modo automatico, potendo dipendere l'insorgenza del rapporto di lavoro dall'iniziativa del lavoratore di ricorrere al Giudice, in particolare nei casi di somministrazione irregolare. L'effettivo utilizzatore può essere considerato a tutti gli effetti il datore di lavoro del personale utilizzato in forza di una somministrazione irregolare con la conseguenza che tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione. In tali ipotesi l'applicabilità della norma esclude, in virtù del principio di assorbimento, la possibile applicazione delle sanzioni per lavoro sommerso (maxisanzione e provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale) e delle altre sanzioni amministrative relative agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro (comunicazione di instaurazione del rapporto, dichiarazione di assunzione, libro unico del lavoro). Si ritengono inapplicabili, sempre per assorbimento, tali sanzioni, anche nelle ipotesi in cui il contratto di somministrazione sia nullo per assenza di forma scritta, trattandosi di fattispecie che ha per presupposto una utilizzazione dei lavoratori avvenuta in forza di un accordo tra somministratore e utilizzatore che può essere verificato in ragione della esistenza di adempimenti retributivi e contributivi in capo al somministratore. Esiste, dunque, una "tracciabilità" circa l'esistenza di un rapporto di lavoro ed i connessi adempimenti gestionali che, pur facendo capo ad un datore di lavoro che non è l'effettivo utilizzatore delle prestazioni, inducono a ritenere tali comportamenti meno lesivi rispetto a chi ricorre al lavoro sommerso. Ne consegue che non sarebbe in linea

«con il quadro normativo e con i criteri di ragionevolezza che sottendono l'interpretazione del complessivo assetto della disciplina sanzionatoria» applicare oltre alle sanzioni per somministrazione irregolare e illecita anche le sanzioni amministrative per lavoro sommerso o legate agli adempimenti gestionali del rapporto di lavoro (risposta ad interpello n. 27 del 7 novembre 2014 del Ministero del lavoro).

Somministrazione abusiva e utilizzazione illecita

Sono poi chiaramente delineati i contorni normativi delle ipotesi di reato integrate dall'esercizio abusivo della somministrazione di lavoro, in qualsiasi forma e tipologia negoziale, e dall'utilizzazione illecita dei lavoratori abusivamente somministrati.

Sanzioni penali

All'evidenza, pertanto, si discute di due distinte figure di reato, entrambe di tipo contravvenzionale.

Il reato di somministrazione abusiva, quello commesso dal somministratore che senza autorizzazione esercita le attività di somministrazione di lavoro a termine o a tempo indeterminato (art. 18, comma 1, primo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003).

Il reato di utilizzazione illecita, quello commesso dall'utilizzatore che ricorre alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetto non autorizzato e li occupa nella propria attività lavorativa (art. 18, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003).

La pena ora prevista è quella pecuniaria dell'ammenda, pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro; si tratta 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 e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento.

Il Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852, in merito al criterio di calcolo da applicarsi per la quantificazione dell'ammenda ha chiarito che «la quantificazione della pena è data dal prodotto della base monetaria per la va-

riabile lavoratori il cui risultato va nuovamente moltiplicato per l'altra variabile numero giorni».

Forma aggravata

La lettera dell'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, prevede con assoluta chiarezza che, nel caso in cui la somministrazione abusiva avvenga con sfruttamento di minori, la pena risulti notevolmente aggravata: l'ammenda viene aumentata fino al sestuplo (300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata) e si applica congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi.

Sanzione civile

Sul piano civilistico, come già per la somministrazione irregolare, il lavoratore che sia stato vittima di una somministrazione abusiva e, quindi, di una utilizzazione illecita potrà presentare ricorso al Tribunale quale Giudice del lavoro (nei termini di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966, stante l'art. 32 della legge n. 183/2010) nei confronti dell'utilizzatore che ne ha utilizzato le prestazioni lavorative ai fini di ottenere il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro alle dipendenze di questi, con effetto fin dal sorgere della somministrazione. Il contratto di somministrazione che ha dato luogo ad un rapporto illecito deve considerarsi nullo per contrasto a norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

Abolitio criminis per la somministrazione fraudolenta

La somministrazione fraudolenta rappresentava, quanto all'analisi del profilo soggettivo, 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. Quanto all'elemento della colpevolezza il grado di rimproverabilità della condotta non era quello della colpa, in quanto era prevista una consapevolezza dolosa psicologicamente orientata da parte dei due responsabili, utilizzatore e somministratore. L'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 definiva, infatti, «somministrazione fraudolenta» quella che veniva «posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore». Rilevava, quindi, una fattispecie

Percorsi

penale contravvenzionale di dolo specifico, dove non soltanto veniva in considerazione l'intenzionalità del reato, ma la specifica finalità dello stesso, chiedendo che vi fosse 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 all'elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali. L'abrogazione espressa dell'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 55, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 81/2015 ha comportato l'*abolitio criminis* del reato di somministrazione fraudolenta a far data dal 25 giugno 2015, giacché si ha abolizione, e non mera successione di leggi incriminatrici, quando la nuova configurazione della fattispecie considerata esclude, come nel caso di specie, la rilevanza penale di fatti che in precedenza costituivano reato. Nei confronti della somministrazione fraudolenta, infatti, la legge successiva ha posto nel nulla il disvalore penale, astrattamente considerato, della fattispecie originariamente punita penalmente dall'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003. Ne consegue, quindi, l'applicazione anche nei riguardi delle condotte illecite poste in essere in precedenza del disposto contenuto nell'art. 2, comma 2, cod. pen. in ragione del quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato. Con la conseguenza che se vi è stata sentenza di condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. In buona sostanza il D.Lgs. n. 81/2015 ha optato per una sorta di "legalizzazione" delle ipotesi di utilizzo fraudolento della somministrazione, limitando le reazioni sanzionatorie alle fattispecie di somministrazione irregolare e somministrazione abusiva.

Le tutele nella gestione della somministrazione

Sussiste una reazione sanzionatoria di tipo amministrativo anche per alcune fattispecie inerenti la mancata attuazione di specifiche tutele garantite ai lavoratori in somministrazione, per cui utilizzatore e somministratore sono soggetti alla sanzione pecuniaria amministrativa da 250 a 1.250 euro (sanzione pari a 416,66 euro nella misura ridotta ex art. 16 della legge n. 689/1981), secondo

la seguente specificazione soggettiva, così come operata dall'art. 40, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015:

- *somministratore e utilizzatore*: per aver applicato condizioni economiche e normative inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore che svolgono le medesime mansioni (art. 35, comma 1);

- *utilizzatore*: per non aver fatto fruire ai lavoratori somministrati i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, fatta eccezione per quelli che si godono in forza della iscrizione ad associazioni o società cooperative o per una determinata anzianità di servizio (art. 35, comma 3, secondo periodo); per aver omesso la comunicazione annuale circa il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati alle rappresentanze sindacali o, in mancanza, agli organismi territoriali di categoria delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative (art. 36, comma 3).

Le condotte sanzionate, quindi, riguardano le ipotesi in cui l'Agenzia di somministrazione, nella qualità di datore di lavoro, omette di riconoscere al lavoratore somministrato una piena parità di trattamento con riguardo alle condizioni lavorative, ma anche ai profili socio-assistenziali.

In secondo luogo viene sanzionata l'omessa comunicazione, da parte dell'utilizzatore, alla Rsu o alle Rsa o, in mancanza, agli organismi territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ogni 12 mesi, circa il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

Con risposta ad interpellato n. 36 del 22 novembre 2012, il Ministero del lavoro ha chiarito che la contrattazione collettiva può individuare un termine che vada oltre quello del 31 gennaio. In tal caso, la disposizione contrattuale opererà quale "scriminante" ai fini della applicazione del regime sanzionatorio amministrativo. Da ciò consegue la possibilità di applicare la sanzione amministrativa se la comunicazione non viene effettuata entro il termine del 31 gennaio ovvero entro il più ampio termine individuato dal contratto collettivo applicato.

L'apprendistato

L'art. 1, comma 7, lett. d), della legge n. 183/2014 delegava il Governo a rafforzare gli strumenti per favorire l'alternanza tra scuola e lavoro, senza particolari indirizzamenti, da qui la nuova disciplina del contratto di apprendistato contenuta nel Capo V del D.Lgs. n. 81/2015, recante il cd. "codice dei contratti", composto dagli articoli da 41 a 47, che sostituisce interamente il "Testo unico dell'apprendistato" già contenuto nel D.Lgs. n. 167/2011, contestualmente abrogato, con sensibili novità per quanto attiene gli apprendistati di primo e di terzo livello.

Disconoscimento dell'apprendistato

Qualora il datore di lavoro abbia stipulato il contratto di apprendistato senza forma scritta e senza indicazione della prestazione oggetto del contratto, del piano formativo individuale, nonché della eventuale qualifica che potrà essere acquisita al termine del rapporto di lavoro sulla base degli esiti della formazione (violando l'art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015), il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

Analogamente, nel caso in cui il contratto di apprendistato sia stato stipulato in assenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e degli elementi essenziali richiesti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, con specifico riferimento ai contenuti degli artt. 43, 44, e 45 del D.Lgs. n. 81/2015, la mancanza dei requisiti legali fa sì che il rapporto debba considerarsi di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

Qualora il datore di lavoro abbia stipulato contratti di apprendistato in numero superiore a quanto previsto dalla legge (art. 42, comma 7, D.Lgs. n. 81/2015), i rapporti di lavoro instaurati dopo il superamento del limite legale si considerano di lavoro subordinato a tempo indeterminato, essendo i relativi contratti nulli per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.). Se il datore di lavoro ha fatto svolgere il rapporto di lavoro del lavoratore assunto con contratto di apprendistato per mansioni e in attività lavorativa non corrispondenti a quanto dedotto in contratto e in contrasto con quanto previsto dalla contratta-

zione collettiva (in violazione delle previsioni contenute nell'art. 42, commi 1 e 5, D.Lgs. n. 81/2015), il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo il contratto nullo perché in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.).

Le conseguenze della violazione degli obblighi di formazione

Se, in violazione delle previsioni contenute negli artt. 42, 43, 44 e 45, del D.Lgs. n. 81/2015, il rapporto di apprendistato si è svolto senza effettuare in alcun modo la formazione prescritta dalla legge e dalla contrattazione collettiva, il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato in quanto il contratto risulterà nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

La circolare n. 5/2013 del Ministero del lavoro ha sancito come sia compito degli Ispettori del lavoro trasformare con proprio verbale di accertamento e notificazione il contratto speciale di apprendistato in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dall'inizio, con integrale recupero delle differenze contributive e retributive, quale conseguenza di un mancato adempimento, obiettivamente rilevante, degli obblighi di formazione.

Le conseguenze della violazione degli obblighi di stabilizzazione

Se il datore di lavoro che occupa almeno 50 dipendenti ha assunto apprendisti in apprendistato professionalizzante senza rispettare l'obbligo di preventiva stabilizzazione di almeno il 20% degli apprendisti occupati nei 36 mesi precedenti, ai sensi dell'art. 42, comma 8, del D.Lgs. n. 81/2015, gli apprendisti assunti (tranne il primo, espressamente ammesso dalla norma) senza rispettare l'obbligo di stabilizzazione sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

Richiamando l'analogo dettato normativo previgente, la circolare n. 5/2013 ha sottolineato che il mancato rispetto degli oneri di stabilizzazione (legali o contrattuali collettivi) determina il disconoscimento dei contratti di apprendistato instaurati in violazione dei limiti, secondo un criterio inevitabilmente cronologico, in base al momento della comunicazione telematica di instaurazione del rapporto di lavoro formativo, conver-

Percorsi

tendolo in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seppure senza l'applicazione della sanzione previdenziale prevista per la conversione del rapporto formativo (art. 47, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015). Ciò in forza dell'esplicita sanzione civile contenuta nell'ultimo periodo del comma 8 dell'art. 42 del D.Lgs. n. 81/2015, peraltro espressione di un consolidato portato giurisprudenziale, per cui in esito alla violazione dei nuovi limiti di pregressa "stabilizzazione", *rectius* di prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, gli apprendisti assunti in sovrannumero «sono considerati ordinari lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto».

Si escludono dal computo gli apprendisti cessati per recesso di una delle parti durante il periodo di prova o per dimissioni dell'apprendista ovvero per licenziamento dovuto a giusta causa; essendo contenuta tale esplicitazione nello stesso comma 8 dell'art. 42 del D.Lgs. n. 81/2015, anche perché le cessazioni giustificate da tali eventi si caratterizzano per una oggettiva improcedibilità verso la conferma in servizio per cause non dipendenti dal datore di lavoro.

Da ultimo, se non è rispettata la percentuale di stabilizzazione, viene comunque consentita l'assunzione di un ulteriore apprendista rispetto a quelli già confermati, ovvero di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti pregressi (la norma recita testualmente: «qualora non sia rispettata la predetta percentuale, è in ogni caso consentita l'assunzione di un apprendista con contratto professionalizzante»).

Omessa formazione non recuperabile

Il comma 1 dell'art. 47 del D.Lgs. n. 81/2015, prevede una specifica reazione sanzionatoria nei riguardi del datore di lavoro che ometta di realizzare gli impegni assunti nel piano formativo individuale, violando, quindi, gli obblighi formativi nei confronti dell'apprendista occupato con una qualsiasi delle tre tipologie di contratto di apprendistato disciplinate dagli artt. 43 (apprendistato per la qualifica professionale e per il diploma professionale), 44 (apprendistato professionalizzante) e 45 (apprendistato di alta formazione e ricerca) del medesimo D.Lgs. n. 81/2015.

La disposizione, peraltro, distingue in ragione dell'effettiva recuperabilità della formazione omessa.

Se, dunque, per le inosservanze di carattere formativo strutturate in una omissione conclamata e non più recuperabile trova spazio applicativo la sanzione previdenziale, per le mancanze formative che possono ancora essere recuperate, al momento in cui avviene l'accertamento da parte degli organi di vigilanza, è prevista una innovativa reazione sanzionatoria di tipo impositivo ovvero dispositivo, consistente in un ordine amministrativo impartito a fini recuperatori, che solo eventualmente può riverberare quale sanzione pecuniaria amministrativa, nel caso in cui l'ordine non venga ottemperato.

La norma stabilisce una sanzione previdenziale di tipo speciale, che assume come parametro di valutazione l'effettivo trattamento previdenziale dovuto, al netto delle riduzioni che sarebbero spettate a fronte del completo espletamento della formazione pattuita nel piano formativo contrattuale, con una maggiorazione che ne comporta, di fatto, il raddoppio.

D'altro canto, è stabilito che, per effetto della sanzione e della conseguente maggiorazione, al fine di evitare duplicazioni sanzionatorie, viene esclusa l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione previdenziale.

Riguardo ai criteri di attribuzione della responsabilità datoriale, la norma prevede un quadruplicato connotato, oggettivo e soggettivo, della condotta antidoverosa:

- deve essere accertato un effettivo «inadempimento nella erogazione della formazione» prevista per l'apprendista;
- deve riguardare soltanto la «formazione a carico del datore di lavoro»;
- il datore di lavoro deve risultare «esclusivamente responsabile» della inadempienza;
- la mancata formazione deve risultare tale «da impedire la realizzazione delle finalità» stabilite per l'apprendistato.

Sussistendo tali presupposti, il personale ispettivo potrà applicare la sanzione previdenziale intimando al datore di lavoro il pagamento della somma effettivamente dovuta a titolo di contribuzione, calcolata con riguardo al livello di inquadramento contrattuale superiore che il presunto apprendista avrebbe raggiunto al termine del

periodo di apprendistato, con una maggiorazione del 100% sul totale, ma, per espressa previsione di legge, senza l'applicazione di qualsiasi ulteriore sanzione di tipo previdenziale o di altro tipo comunque connessa alla omessa contribuzione.

Omessa formazione recuperabile

Il secondo e ultimo periodo del primo comma dell'art. 47 del D.Lgs. n. 81/2015 introduce, invece una differenziazione dell'atteggiamento punitivo statale nei confronti dei datori di lavoro che si trovano, al momento dell'accertamento ispettivo, in condizioni tali da poter recuperare l'obbligo formativo nei riguardi dell'apprendista, in tutto o in parte violato.

Considerando il necessario riferimento all'intero piano formativo individuale e al contesto generale della formazione dovuta in base al singolo contratto di apprendistato attivato, il D.Lgs. n. 81/2015 prende in considerazione l'ipotesi di una vigilanza che interessi il rapporto di lavoro in corso con l'apprendista non già a conclusione del periodo di formazione, ma finanche nel primo anno del percorso lavorativo in apprendistato.

Qui la norma valuta l'obiettivo improcedibilità per l'applicazione della sanzione previdenziale di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 47 del D.Lgs. n. 81/2015, riconoscendo espressamente al personale ispettivo ministeriale la facoltà di attivarsi con i poteri suoi propri di disposizione, a norma dell'art. 14 del D.Lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

La norma, peraltro, non richiede un inadempimento datoriale particolarmente qualificato come, invece, nel primo periodo. In questo caso l'inosservanza ai doveri di erogazione della formazione non deve essere caratterizzata da una riferibilità esclusiva alla responsabilità del datore di lavoro, né il mancato rispetto degli obblighi formativi deve essere tale da impedire la realizzazione delle finalità formative ed occupazionali previste per i tre apprendistati.

Nella previsione normativa si richiede che sussista un qualsiasi «inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale», senza caratterizzarne, né qualificarne l'evidenza qualitativa, né quantitativa.

L'unico presupposto, peraltro implicito, richiesto dall'art. 47, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015, consiste nello status obiettivo del datore di lavoro che deve trovarsi nelle condizioni

di poter concretamente recuperare l'obbligo formativo contrattualmente previsto nei riguardi dell'apprendista nella sua integralità e completezza.

Ciò significa che nel caso in cui il periodo di svolgimento dell'apprendistato volga al termine e non vi sia, quindi, un tempo congruo e ragionevole per il recupero della formazione, il personale ispettivo non potrà adottare il provvedimento di disposizione, ma dovrà applicare, sussistendone tutti i requisiti, la sanzione previdenziale di cui al primo periodo dello stesso art. 47, comma 1.

Nel predisporre il provvedimento di disposizione, l'individuazione del termine massimo entro cui adempiere potrà essere operata dagli ispettori anche tenendo conto di quegli eventi occorsi in concreto all'apprendista durante il periodo di apprendistato che determinano un prolungamento della durata del rapporto formativo, come esplicitamente chiarito dal Ministero del lavoro nella circolare n. 29/2011, in quanto il D.Lgs. n. 81/2015 prevede la possibilità di prolungare la durata dell'apprendistato in caso di malattia, infortunio o altre cause di sospensione involontaria del rapporto, purché superiori a 30 giorni, in base a quanto previsto dai contratti collettivi.

Il personale ispettivo ha il potere di ordinare al datore di lavoro inadempiente sui profili formativi di sanare la propria posizione, evitando quindi la reazione sanzionatoria previdenziale e la trasformazione del rapporto di lavoro, consentendo però l'esercizio di tale potere esclusivamente quando l'apprendistato è ancora in corso e rimane un periodo contrattuale da svolgere dopo l'ispezione sufficientemente ampio da permettere il recupero di tutta la formazione mancante.

Su un piano procedimentale, si evidenzia che la disposizione del personale ispettivo ministeriale è immediatamente esecutiva, ma anche che contro la stessa è possibile presentare ricorso, nel termine breve di 15 giorni, dinanzi al Direttore della Direzione territoriale del lavoro cui appartiene il funzionario che ha formato e redatto l'atto (di norma quella competente per territorio). Il Direttore deve decidere il ricorso nei successivi 15 giorni e nel caso di una mancata decisione il ricorso stesso si intende respinto (c.d. "silenzio-rigetto").

D'altra parte, su un piano più direttamente sanzionatorio, va segnalato che la mancata ottempe-

Percorsi

ranza alla disposizione impartita comporta l'applicazione della sanzione pecuniaria amministrativa da euro 515 ad euro 2.580, prevista dall'art. 11, comma 1, del D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520. La diffida a regolarizzare di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 consente di recuperare la formazione oggetto di rilievo ispettivo e di disposizione con ammissione al pagamento della sanzione ridottissima, pari al minimo edittale (515 euro), entro 15 giorni dal termine massimo di 30 giorni assegnato con la diffida per la regolarizzazione dell'inadempimento.

Ove, invece, la formazione non sia più materialmente recuperabile, il datore di lavoro inadempiente potrà procedere, quale trasgressore, al pagamento della sanzione nella misura ridotta di cui all'art. 16 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, pari a 860 euro.

Infine, va rappresentato che in caso di inottemperanza alla disposizione impartita dagli ispettori del lavoro opererà anche la sanzione civile della trasformazione del contratto di apprendistato in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dall'inizio, con recupero di tutte le differenze contributive e retributive, in conseguenza del mancato adempimento degli obblighi di formazione.

Le sanzioni per i principi generali

L'art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, sanziona la violazione della disciplina generale delle tre tipologie di apprendistato, con un intervento sanzionatorio, di natura specificamente amministrativa, legato a peculiari condotte vietate o rese obbligatorie per il datore di lavoro, volte a rafforzare le garanzie di congruità connesse alla specialità stessa del rapporto di lavoro in apprendistato che si contraddistingue, come detto, per lo scambio fra lavoro, da una parte, e retribuzione-formazione, dall'altra.

La norma colpisce la violazione del disposto normativo che pone l'obbligo della forma scritta ai fini della prova del contratto di apprendistato contenente, in forma sintetica, il piano formativo individuale (art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015), nonché la violazione delle previsioni contrattuali collettive che attuano i principi relativi a: divieto di retribuzione a cottimo (art. 42, comma 5, lett. a); sottoinquadramento fino a due livelli inferiori o, in alternativa, retribuzione in misura percentuale e proporzionata all'anzianità

di servizio (art. 42, comma 5, lett. b); presenza di un tutore o referente aziendale (art. 42, comma 5, lett. c).

La disposizione, quindi, oltre a punire la violazione dell'obbligo di forma scritta sancito direttamente dal Legislatore, sanziona anche la declinazione che di alcuni principi che governano la disciplina generale dei tre apprendistati abbiano operato gli accordi interconfederali ovvero i contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale dalle associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In effetti, il comma 2 dell'art. 47 del D.Lgs. n. 81/2015 punisce ogni violazione delle disposizioni normative contenute nel primo comma dell'art. 42 dello stesso "codice dei contratti", nonché delle disposizioni contrattuali collettive che attuano ciascuno dei principi regolatori richiamati nel quinto comma dello stesso art. 42 del D.Lgs. n. 81/2015.

La disposizione, dunque, rileva per una sua assoluta capacità innovativa, trattandosi di una ipotesi sanzionatoria - successiva alla legislazione in materia di contrattazione collettiva *erga omnes* (legge 14 luglio 1959, n. 741) - che punisce direttamente la violazione non già di un disposto normativo integrato, attuato o modulato dalla contrattazione collettiva, ma piuttosto di precetti contenuti direttamente nel contratto collettivo nazionale di lavoro.

Ciascuna delle violazioni è soggetta alla sanzione pecuniaria amministrativa stabilita dall'art. 47, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, nella misura da 100 a 600 euro, che ridotta a norma dell'art. 16 della legge n. 689/1981 è pari a euro 200.

Qualora il datore di lavoro incorra nella recidiva, tuttavia, la sanzione risulta ben più grave: da 300 a 1.500 euro, che ridotta a norma dell'art. 16 della legge n. 689/1981 è pari a euro 500 (un terzo del massimo). Per "recidiva" deve intendersi naturalmente, nel sistema degli illeciti amministrativi, la "reiterazione" di cui alla legge n. 689/1981, nella forma della "reiterazione specifica" (art. 8-bis, comma 3, della legge n. 689/1981) per violazione della medesima disposizione. Ai sensi del comma 1 dell'art. 8-bis della legge n. 689/1981 si ha reiterazione quando, nei 5 anni successivi alla commissione di una violazione amministrativa, accertata con provve-

dimento esecutivo, lo stesso soggetto commette un'altra violazione.

Con riferimento all'istituto della diffida obbligatoria (art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, come sostituito dall'art. 33 della legge n. 183/2010), deve ritenersi che le previsioni sanzionatorie riguardano inosservanze obiettivamente sanabili, in quanto materialmente recuperabili appaiono gli interessi sotesi. Ne consegue che la diffida precettiva può applicarsi al datore di lavoro che violi le disposizioni per le quali sono previste sanzioni pecuniarie amministrative, in caso di tempestiva regolarizzazione il trasgressore potrà estinguere l'illecito amministrativo mediante il pagamento della sanzione ridottissima pari al minimo edittale (100 euro in occasione della prima violazione, 300 euro in caso di recidiva).

Il lavoro accessorio

Il Capo VI del D.Lgs. n. 81/2015 (cd. "codice dei contratti"), composto dagli articoli da 48 a 50, qualifica come prestazioni di lavoro accessorio la generalità delle attività lavorative (di qualsiasi natura giuridica, subordinata o autonoma) che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 7.000 euro nel corso di un anno civile (art. 48, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015).

Conversione per mancanza dei requisiti legali e per superamento dei limiti economici

Se il datore di lavoro committente ha fatto svolgere prestazioni di lavoro occasionale accessorio in assenza dei requisiti e degli elementi essenziali richiesti dall'art. 48 del D.Lgs. n. 81/2015, il rapporto di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

Ancora sul piano sanzionatorio, secondo il Vademecum ministeriale di cui alla lettera circolare n. 7258/2013, «in sede di accertamento ispettivo, ed esclusivamente con riferimento al soggetto committente avente natura di impresa, nel caso di superamento del limite economico si potrà verificare se la prestazione svolta sia riconducibile ad un rapporto di tipo autonomo o subordinato, con eventuali conseguenze sul piano lavoristico e contributivo».

In base alle indicazioni offerte dalla circolare ministeriale n. 4/2013, oltre alla rilevanza penale

della condotta del lavoratore qualora renda false dichiarazioni in merito ai compensi percepiti in voucher, il superamento dei limiti previsti dalla legge determina la trasformazione del rapporto di lavoro accessorio in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con conseguente applicazione delle sanzioni civili e amministrative, quando le prestazioni sono state rese nei confronti di una impresa o di un lavoratore autonomo e risultano funzionali all'attività di impresa o professionale.

La circolare n. 4/2013 puntualizza: «sarà possibile operare la "trasformazione" del rapporto ogniqualvolta le prestazioni del lavoro accessorio siano verosimilmente fungibili con le prestazioni rese da altro personale già dipendente dell'imprenditore o del professionista».

Sul punto il Ministero del lavoro ha ribadito con nota n. 14742 del 22 agosto 2014 che le possibili violazioni della disciplina in materia di lavoro accessorio riguardano sostanzialmente il superamento dei limiti quantitativi, evidenziando anche che «non sembrano sussistere espliciti divieti in ordine all'utilizzo di personale tramite voucher con il quale, in passato, è stato intrattenuto un rapporto di lavoro subordinato, anche con riferimento ad attività già svolte».

Mentre Inps con messaggio n. 9124 del 26 novembre 2014 ha precisato che «qualora gli ispettori, nell'utilizzo di prestazioni di lavoro remunerate con voucher, riscontrino i consueti elementi sintomatici e criteri distintivi che configurano il lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., gli stessi procederanno alla "trasformazione" del rapporto di lavoro accessorio in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con tutte le conseguenze connesse. Ciò ancor più se la verifica riguardi il riscontro di prestazioni di lavoro accessorio inerenti ad attività che non siano effettivamente collaterali ed episodiche rispetto all'esercizio dell'impresa».

Conversione utilizzo del voucher in appalto

Se il datore di lavoro committente attiva un contratto di lavoro accessorio nel contesto di un appalto di opere o di servizi ovvero fa svolgere prestazioni di lavoro accessorio in esecuzione di un contratto di appalto, viola il divieto espresso posto dall'art. 48, comma 6, del D.Lgs. n. 81/2015, il rapporto di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo il contratto

Percorsi

nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418-1424 cod. civ.).

Conversione per utilizzo del voucher non valido

Le conseguenze sanzionatorie del disconoscimento del rapporto di lavoro con trasformazione in lavoro subordinato si avranno in caso di utilizzo dei voucher in un periodo diverso da quello di validità temporale di essi, come pure, si ritiene, nel caso di utilizzo di voucher non validi ai sensi dell'art. 49, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 (trattandosi di contratto nullo per contrasto con norme imperative ai sensi degli artt. 1418-1424 cod. civ.).

Specificamente per le ipotesi di utilizzo dei voucher in un periodo successivo a quello di validità (12 mesi o 24 mesi a seconda della tipologia del buono acquistato), la circolare n. 4/2013 non ritiene applicabili soltanto le sanzioni civili e amministrative connesse al disconoscimento del rapporto di lavoro, ma considera necessario applicare anche la maxisanzione contro il lavoro sommerso, sostenendo che si tratta di una ipotesi di «assenza del “titolo” legittimante la prestazione di lavoro accessorio», per cui la prestazione di lavoro accessorio resa deve considerarsi “in nero”, in quanto si tratterebbe, secondo le indicazioni ministeriali, di una «prestazione di fatto, non censita preventivamente».

Con riferimento all'utilizzo di voucher non validi si tratta dell'ipotesi nella quale il committente imprenditore o professionista utilizza un voucher acquistato non in modalità telematica, giacché l'art. 49, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 sancisce la necessità esclusiva di tale modalità di acquisizione dei buoni lavoro perché gli stessi possano essere utilizzati validamente.

Maxisanzione contro il sommerso

La circolare n. 4 del 18 gennaio 2013 del Ministero del lavoro richiama la centralità della co-

municazione preventiva – confermata dall'art. 49, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 (già prevista in via telematica dalla circolare Inps n. 177 del 19 dicembre 2013) - ai fini della regolarità della prestazione e per non incorrere in provvedimenti sanzionatori, il più penalizzante dei quali potrebbe addirittura essere la maxisanzione contro il lavoro sommerso (secondo l'indirizzo chiarito dalla circolare Min. lav. n. 38/2010).

Secondo la circolare n. 4/2013 è necessario applicare la maxisanzione contro il lavoro sommerso quando manca la comunicazione preventiva, perché si tratta di una ipotesi di non sussistenza del “titolo” che legittima l'utilizzo del lavoro accessorio, pertanto la prestazione resa deve considerarsi “in nero”, in quanto si ha una «prestazione di fatto, non censita preventivamente» dalle strutture pubbliche chiamate dalla legge a vigilare sulla corretta attuazione dell'istituto contrattuale in esame.

In argomento è tornato lo stesso Ministero del lavoro, con nota n. 12695 del 12 luglio 2013, precisando che se si ha utilizzo di prestazioni di lavoro accessorio comunicate preventivamente all'Inps, ma è comprovato lo svolgimento di prestazioni lavorative per alcune giornate «in assenza di corresponsione di voucher», in considerazione della mancata remunerazione di alcune giornate di lavoro non si avrà irrogazione della maxisanzione, «in considerazione dell'avvenuta comunicazione preventiva agli Istituti», ma il personale ispettivo deve procedere ad «operare una “trasformazione” del rapporto in quella che costituisce la “forma comune di rapporto di lavoro”, ossia il rapporto di natura subordinata a tempo indeterminato, con applicazione delle relative sanzioni civili e amministrative», con riferimento alle «prestazioni rese nei confronti di una impresa o di un lavoratore autonomo secondo i canoni della subordinazione».