

Somministrazione di lavoro: nuovo sistema sanzionatorio

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow

Il fenomeno delle esternalizzazioni ovvero, come si usa dire con terminologia anglosassone, dell'*outsourcing*, si trova attualmente disciplinato in due distinti testi normativi, in particolare la somministrazione di lavoro trova la propria fondamentale disciplina regolativa negli artt. 30-40 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, peraltro le fattispecie sanzionatorie si estendono anche all'art. 18, commi 1 e 2, del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, rispetto alle quali rileva specificamente la depenalizzazione operata dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

Somministrazione di lavoro

La somministrazione di lavoro lecita si svolge attraverso due distinte figure contrattuali che si attagliano 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. n. 81/2015.

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 abusiva e utilizzazione illecita con sfruttamento di minori: dal 25 giugno 2015, infatti, è stato abolito il reato contrav-

venzionale 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, mentre dal 6 febbraio 2016, per effetto del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 (attuativo della legge 28 aprile 2014, n. 67, pubblicato nella G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016), la somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita hanno perduto il carattere di disvalore penale, essendo stati i relativi reati depenalizzati, conseguentemente trasformati in illeciti amministrativi.

Somministrazione abusiva

L'art. 18 delinea in maniera chiara i contorni normativi delle ipotesi di illecito che vengono integrate dall'esercizio abusivo della somministrazione di lavoro, in qualsiasi forma e tipologia negoziale, e dall'utilizzazione illecita dei lavoratori abusivamente somministrati.

All'evidenza, pertanto, deve discutersi di due distinte figure:

1) somministrazione abusiva, illecito 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);

2) utilizzazione illecita, illecito 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).

Entrambi i soggetti, peraltro, rimangono attori di una fattispecie illecita di tipo unitario e complesso che si configura nella "somministrazione abusiva" in un primo momento, all'atto dell'individuazione e dell'invio dei lavoratori da somministrare illecitamente, e nella "utilizzazione illecita" in una fase successiva, allorché i lavoratori abusivamente somministrati vengono concretamente occupati e adibiti ad attività lavorative alle dipendenze (di fatto) dell'utilizzatore.

Inserto

Per come sono strutturati, quindi, gli illeciti in argomento non possono non configurarsi simultaneamente, divenendo per tale via riconducibili alle forme unitarie del “reato composto” ovvero di una fattispecie di reato plurisoggettivo eventuale proprio, per l'unica fattispecie oggi rimasta penalmente rilevante, quella che prevede lo sfruttamento dei minori, dopo la totale depenalizzazione compiuta dal D.Lgs. n. 8/2016.

In ragione dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del D.Lgs. n. 8/2016, dunque, la *somministrazione abusiva*, vale a dire la condotta di chi esercita attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione, originariamente punita con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, è divenuta un illecito amministrativo punito con una sanzione amministrativa di tipo proporzionale progressivo pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione da irrogare non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro (ha confermato questa lettura anche Cass., sez. III pen., 14 marzo 2016, n. 10484).

La somministrazione abusiva rappresenta un illecito proprio del somministratore al quale fa da naturale *pendant* la conseguente utilizzazione illecita, ma le due fattispecie permangono, in ogni caso, distinte, sia pure in una ottica unitaria di ricomposizione fra le due violazioni.

La somministrazione abusiva, dunque, si configura, in primo luogo, quale illecito amministrativo che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 18, comma 1, punisce il comportamento del somministratore con sanzione pecuniaria amministrativa.

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

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

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

Da ultimo, la somministrazione abusiva potrà considerarsi integrata con la verifica della effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori oggetto del contratto di somministrazione, illecitamente

occupati e impiegati nell'attività lavorativa interessata dall'operazione o in altra pure diversa a favore e nell'interesse dell'utilizzatore.

Con riguardo poi agli effetti, la somministrazione abusiva costituisce un'ipotesi di *illecito istantaneo con effetti permanenti*.

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

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

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

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

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

D'altro canto, potrebbe non apparire troppo peregrina neppure l'ipotesi di una punibilità legata esclusivamente al numero dei lavoratori coinvolti nell'operazione di somministrazione abusiva di manodopera che non sia poi concretamente sfociata in una utilizzazione illecita: si tratterebbe, tuttavia, anzitutto di superare il dato letterale che parla di lavoratori “occupati” e, in secondo luogo, di recuperare una diversa valutazione della lesività/offensività della condotta che, nello schema del D.Lgs. n. 276/2003, risulta fortemente incentrata su una tutela, diremmo quasi “proattiva” e diretta, del lavoratore coinvolto nella fornitura abusiva e illecita di mere prestazioni di lavoro.

Peraltro, non può sottacersi il fatto che l'individuazione di taluni lavoratori per un'ipotetica somministrazione di lavoro poi non realizzatasi concreta per

sé sola l'attività di intermediazione fra eventuale utilizzatore e lavoratori interessati, ragione per la quale tale condotta risulterà agevolmente punibile, in virtù del disposto dell'art. 18, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003, che punisce, appunto, l'intermediazione abusiva.

In buona sostanza, secondo il dato normativo, "l'esercizio non autorizzato" dell'attività di somministrazione si concretizza, sempre e solo, se e quando i prestatori di lavoro oggetto di somministrazione vengono ad essere effettivamente impiegati dall'utilizzatore (1).

Quanto poi all'elemento soggettivo, il grado di partecipazione psicologica del trasgressore, a norma dell'art. 3 della legge n. 689/1981, è dato dalla sola colpa, senza che il legislatore giunga a richiedere la presenza di una appropriazione psicologica soggettiva di tipo doloso, sebbene, concretamente, apparirà alquanto difficile, per il somministratore, limitare il giudizio di responsabilità penale alla sola colpa.

Il somministratore, in effetti, "non può non sapere" dello stato sociale e giuridico della propria soggettività imprenditoriale, nonché dell'*iter* dell'eventuale pratica avviata per ottenere il riconoscimento dei titoli legali utili e necessari per l'esercizio dell'attività somministratoria.

La sanzione amministrativa pecuniaria ora prevista dall'art. 18, comma 1, novellato dal D.Lgs. n. 8/2016 per la somministrazione abusiva è pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro: si tratta, dunque, di una sanzione a *proporzionalità progressiva*, dove rilevano due elementi distinti: la base sanzionatoria stabilita in misura fissa e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento.

L'esatto criterio da adottarsi ai fini del calcolo corretto della sanzione effettivamente applicabile, consiste in una quantificazione della sanzione pecuniaria derivante da una duplice moltiplicazione: dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (2).

D'altra parte, per l'applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate l'art. 6 del D.Lgs. n. 8/2016 stabilisce che il relativo procedimento deve svolgersi con applicazione delle disposizioni contenute nelle

sezioni I e II del Capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, le quali vanno osservate nei limiti in cui risultino "applicabili".

Non possono sorgere dubbi riguardo all'applicazione della procedura di notificazione degli illeciti di cui all'art. 14 della legge n. 689/1981, come pure delle misure agevolative dell'estinzione dell'illecito di cui all'art. 16 della legge n. 689/1981, ovvero del pagamento entro 60 giorni di una somma pari a un terzo del massimo o al doppio del minimo se più favorevole.

Sul punto, peraltro, il Ministero del lavoro nella circolare n. 6/2016 segnala che l'importo della sanzione amministrativa da irrogare per le sanzioni articolate in misura proporzionale l'art. 1, comma 6, del D.Lgs. n. 8/2016 stabilisce che «la somma dovuta è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000».

Ne consegue, come chiarisce la circolare n. 6/2016, che quando per il calcolo proporzionale la somma risulta inferiore a 5.000 euro, la sanzione concretamente da irrogare va adeguata a tale minimo e su tale importo di 5.000 euro vanno applicati gli istituti di estinzione agevolata dell'illecito amministrativo, vale a dire in tal caso la sola *sanzione ridotta*, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981, posto che la diffida a regolarizzare, di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, non può ritenersi applicabile.

In merito la circolare ministeriale presenta specificamente un esempio di calcolo relativo proprio all'*illecito a pena proporzionale fissa* della somministrazione illecita/abusiva (art. 18, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003): l'ammenda era pari ad euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro per cui nel caso di un solo lavoratore per 10 giornate si ha una sanzione amministrativa pari a 500 euro (50×10), che essendo inferiore all'importo minimo di riferimento, impone come sanzione da irrogare quella di 5.000 euro che in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981) è pari a 1.666,67 euro; nel caso in cui però la sanzione derivata dal calcolo è superiore a 5.000 euro, si procederà alla determinazione della sanzione ridotta direttamente sull'importo risultante: così se sono interessati 10 lavoratori per 15 giornate si avrà una sanzione di 7.500 euro ($50 \times 10 \times 15$), pari in misura ridotta a 2.500 euro.

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

(2) Sul punto, sia pure con riferimento alla previgente (ma identicamente strutturata) pena pecuniaria dell'ammenda, è espressamente intervenuto il Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852, sancendo che trattasi di pena a proporzionalità progressiva nel cui computo rilevano un coeffi-

ciente fisso determinato dal legislatore pari a euro 50 ed una variabile dato dal numero del personale utilizzato e dal numero dei giorni durante i quali lo stesso è impiegato e che, pertanto, la quantificazione della pena è data dal prodotto della base monetaria per la variabile lavoratori il cui risultato va nuovamente moltiplicato per l'altra variabile "numero giorni". Il Ministero precisa anche che data la variabilità dell'impiego di ciascun lavoratore, l'ispettore verbalizzante, ai fini della quantificazione della pena, può procedere sommando i prodotti ricavati moltiplicando la base pecuniaria per i giorni lavorati da parte di ciascun lavoratore (il risultato è uguale se si moltiplica la somma delle giornate lavorative di ciascun lavoratore per l'importo dell'ammenda).

Inserto

Somministrazione abusiva	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 18, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 Per aver esercitato attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione.</p>	<p>Art. 18, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016 Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. In ogni caso, la sanzione da irrogare non può essere inferiore a € 5.000 né superiore a € 50.000. Diffida (Art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (Art. 16, legge n. 689/1981): è applicabile ed è pari a € 16,67 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ovvero a € 1.666,67 nel caso sia irrogata la sanzione minima di € 5.000</p>

Somministrazione abusiva con sfruttamento di minori

La lettera dell'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento del D.Lgs. n. 8/2016 (3), prevede con assoluta chiarezza che, nel caso in cui la somministrazione abusiva avvenga con sfruttamento di minori, si ha l'unica fattispecie di reato, nella quale, peraltro, la pena è quella dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata e si applica congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi.

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

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

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

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

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

Quanto poi a che cosa debba intendersi con la locuzione "sfruttamento dei minori" pare potersi sviluppare una chiara interpretazione del concetto utilizzato dal D.Lgs. n. 276/2003 soltanto con riferimento al disposto normativo della legge 17 ottobre 1967, n. 977, così come modificata dal D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 345. Alla luce dunque degli artt. 3 e 4 della legge n. 977/1967, la contravvenzione di cui all'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 colpirà il somministratore che invii al lavoro presso l'utilizzatore i bambini, ovvero i minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque che non hanno concluso il periodo di istruzione obbligatoria, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (4).

Analogamente pare di poter affermare che di "sfruttamento" di minori, con riguardo all'ipotesi di reato in esame, debba parlarsi anche per quanto concerne l'adibizione al lavoro degli adolescenti (il minore tra i 15 e i 18 anni di età che ha concluso l'obbligo scolastico) nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente valutati e considerati dall'art. 6 della legge n. 977/1967.

D'altra parte, ci si deve legittimamente interrogare circa la rilevanza penale della condotta di abusivo svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori anche con specifico riguardo alle previsioni sanzionatorie, sempre di natura penale, stabilite dall'art. 26 della stessa legge n. 977/1967, come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 345/1999 (arresto fino a sei mesi, art. 4; arresto non superiore a sei mesi o ammenda fino a 5.164 euro, art. 3).

(3) L'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 8/2016, infatti, stabilisce espressamente che la trasformazione dei reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda in illeciti amministrativi «si applica anche ai reati (...) che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria», disponendo testualmente che «in tal caso, le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato».

(4) Opzione interpretativa confermata da Cass., sez. III

pen., 14 marzo 2016, n. 10484, che afferma testualmente che lo sfruttamento di minori, «di regola, si ha con l'avviamento al lavoro di soggetti minori di 15 anni o che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria, o ancora minori compresi tra i 15 e i 18 anni per adibirli ai lavori espressamente vietati dalla legge 17 ottobre 1967, n. 977, articolo 6, come modificato dal Decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345 e quindi dal Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 262».

La questione deve risolversi, d'altronde, in ragione del dettato normativo dell'art. 81 c.p., non potendosi ascrivere la fattispecie criminosa in oggetto al novero del concorso apparente di norme (art. 15 c.p.): si tratta, in effetti, di due distinte ipotesi di reato, entrambe di tipo contravvenzionale, che risultano perfettamente e compiutamente integrate con un'unica azione realizzata dal somministratore e dall'utilizzatore.

Pare, allora, di non doversi fare ricorso a nessuno dei criteri utilizzati per discernere la fonte normativa sanzionatoria prevalente (assorbimento, specialità, consunzione), ben potendosi e forse dovendosi, al contrario, dare seguito alla disciplina stabilita dal citato art. 81, comma 1, c.p. per le situazioni di concorso formale di reati, in questo caso eterogeneo, vale a dire riferito a diverse fattispecie di reato. Infine, quanto al concetto di "sfruttamento" che il D.Lgs. n. 276/2003 utilizza, non sembra utilmente rintracciabile nel corpo del vigente sistema penalistico un riferimento giuridico testualmente idoneo a chiarirne la portata specifica, l'illecito in argomento, pertanto, sussiste nei confronti del somministratore abusivo per aver il solo aver avviato al lavoro illegalmente dei minori.

La pena prevista è quella dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata congiunta alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi. Limitatamente a quella pecuniaria, dunque, 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 dal legislatore e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento.

Qui rileva, inoltre, il profilo attinente all'opzione ermeneutica per l'esatto criterio da adottarsi ai fini del calcolo corretto della pena effettivamente applicabile, per cui la quantificazione dell'ammenda deriva da

una duplice moltiplicazione dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (cfr. nota del Ministero del lavoro 21 febbraio 2008, n. 2852).

L'inciso finale dell'art. 18, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003 impone di riferire la sanzione penale accessoria della confisca del mezzo di trasporto eventualmente utilizzato anche al reato di somministrazione abusiva con sfruttamento dei minori.

Si noti che nella norma in esame la confisca, prevista in via generale dall'art. 240 c.p. come strumento sanzionatorio di tipo facoltativo, diviene, al contrario, obbligatoria, sebbene l'obbligo potrà di fatto sorgere esclusivamente nelle ipotesi di somministrazione abusiva con sfruttamento dei minori, di carattere doloso, in considerazione della evidenziata strumentalità dell'utilizzo del mezzo confiscando alla voluta e programmata realizzazione del reato.

Va segnalato che la confisca del mezzo di trasporto rappresenta la reazione immediata e visibile propria dell'ordinamento giuslavoristico, contro l'attività del cosiddetto "caporalato", ovvero di quella mediazione illegale fra domanda e offerta di lavoro che oggi ben può rientrare nella nuova definizione dell'attività di intermediazione abusivamente esercitata con finalità di lucro (art. 18, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003) ovvero nel diverso delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera (art. 603-bis, c.p.).

Peraltro, nell'intento del legislatore, qualsiasi attività inerente al regolare andamento del nuovo mercato del lavoro, laddove venga ad essere svolta con comportamenti riconducibili al "caporalato" e, quindi, comporti l'attività illecita di individuazione, "raccolta" e trasporto dei lavoratori, ivi compresa ovviamente quella operata nell'ambito di una somministrazione abusiva, debba essere sanzionata penalmente, con la pena accessoria della confisca dell'automezzo.

Somministrazione abusiva con sfruttamento di minori	
Illecito	Sanzione
Art. 18, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 Per aver esercitato attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione con sfruttamento di minori.	Art. 18, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 2, D.Lgs. n. 8/2016 Arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a € 300 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. In caso di condanna è disposta la confisca del mezzo eventualmente utilizzato. Prescrizione obbligatoria (art. 15, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Oblazione (art. 162 c.p.): non può essere ammessa

Utilizzazione illecita

Allo stesso modo del somministratore, secondo l'intenzione espressa del legislatore delegante, si rende "corresponsabile", quale concorrente diretto necessario dell'unitaria figura dell'illecito "composto" di interposizione illecita di manodopera, nelle attuali forme della somministrazione abusiva di lavoratori ille-

citamente utilizzati, l'utilizzatore che ricorre, appunto, alla somministrazione di mere prestazioni di lavoro da parte di un soggetto (pseudo-agenzia) non autorizzato all'esercizio di siffatta attività a norma dell'art. 4 del D.Lgs. n. 276/2003.

Leggendo, dunque, in forma unitaria le due fattispecie di illecito (oggi amministrative per effetto del D.Lgs. n. 8/2016, ad eccezione dell'ipotesi ancora pe-

Inserto

nalmente rilevante dell'utilizzazione illecita con sfruttamento di minori) in argomento, sotto un profilo soggettivo ci si trova davanti ad una sorta di *illecito plurisoggettivo proprio*, in cui due soggetti rispondono di un comportamento, sia pure differenziato nelle due forme della somministrazione abusiva cui fa seguito l'utilizzazione illecita, che viola le disposizioni normative dettate dal titolo II del D.Lgs. n. 276/2003 (oltreché degli artt. 30-40 del D.Lgs. n. 81/2015) a tutela di una corretta e legalmente disciplinata fornitura di lavoro. Peraltro, occorre riconoscere che, con riguardo ad una lettura strettamente formale del dato normativo, sembrano doversi distinguere le due posizioni soggettive dell'utilizzatore e del somministratore.

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

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

Se il somministratore opera senza essere preventivamente munito della prescritta apposita autorizzazione rilasciata dal Ministero del lavoro, dal canto suo il datore di lavoro che utilizza i lavoratori in base alla somministrazione abusiva risponde, quanto meno della negligenza, imperizia o imprudenza, caratterizzate dalla mancata valutazione degli elementi contenuti nel contratto, che, secondo l'impostazione garantista del D.Lgs. n. 81/2015 (che conferma sul punto quanto già previsto dal D.Lgs. n. 276/2003), deve essere obbligatoriamente in forma scritta. Proprio la forma scritta del negozio di somministrazione, infatti, consente all'utilizzatore di verificare primariamente la sussistenza in capo al somministratore dei requisiti autorizzatori di legge, e quindi la sussistenza dell'autorizzazione ministeriale in corso di validità. Di talché il soggetto che utilizza illecitamente i lavoratori somministrati abusivamente, avendo omesso di esercitare correttamente il potere di verifica e di controllo che il legislatore ha inteso attribuirgli, si rende soggettivamente e personalmente responsabile dell'illecito in esame.

Anche sotto il profilo degli elementi costitutivi dell'illecito, l'utilizzazione illecita ricalca quelli della somministrazione abusiva, salvo che per quanto concerne gli effetti.

Per quel che riguarda l'elemento oggettivo, la violazione in argomento si configura per la concreta ed ef-

fettiva utilizzazione da parte del trasgressore dei lavoratori che sono stati forniti dalla "pseudo-agenzia" per lo svolgimento di mere prestazioni di lavoro, nell'ambito dell'attività aziendale interessata dall'operazione o in un'altra, che può anche risultare diversa, pur sempre nell'esclusivo interesse dell'utilizzatore. Peraltro, il dato testuale dell'art. 18, comma 2, sembra considerare sanzionabile anche l'utilizzazione illecita che si concretizza nell'occupazione di prestatori di lavoro somministrati al di fuori dei limiti legalmente previsti e stabiliti per la somministrazione a termine e per quella a tempo indeterminato. Conseguentemente, la condotta illecita e punibile dell'utilizzatore non sarebbe solo quella legata allo sfruttamento di lavoratori somministrati dall'agenzia non autorizzata o autorizzata alle sole attività diverse dalla somministrazione, ma anche quella dell'aver fatto svolgere attività lavorativa a lavoratori somministrati da una agenzia specialista o generalista, regolarmente autorizzata, senza il rispetto dei limiti di cui al D.Lgs. n. 276/2003 e al D.Lgs. n. 81/2015.

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

Quanto agli effetti, l'utilizzazione illecita, diversamente dalla somministrazione abusiva, costituisce un'ipotesi di *illecito permanente*, la violazione consiste, a ben guardare, nell'effettivo sfruttamento (illecita utilizzazione) della manodopera abusivamente somministrata.

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

Il comportamento vietato non è tanto la mera negoziazione-stipulazione del contratto illecito di somministrazione con la "pseudo-agenzia" (abusiva), ma piuttosto il perpetuarsi della situazione di sfruttamento della manodopera.

In modo identico a quanto previsto per la somministrazione abusiva, la sanzione amministrativa pecuniaria ora prevista dall'art. 18, comma 1, novellato dal D.Lgs. n. 8/2016, per l'utilizzazione illecita è pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro (5), da applicarsi a seguito di una duplice moltiplicazione: dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito multi-

(5) Come rilevato nel precedente paragrafo nel testo si tratta, infatti, di una sanzione a proporzionalità progressiva, dove rilevano una base sanzionatoria stabilita in misura fissa e un

coefficiente moltiplicatore variabile in base alle concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento.

plicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (6).

In ogni caso, l'applicazione delle sanzioni amministrative depenalizzate segue le procedure, i principi e i criteri della legge n. 689/1981 (espressamente richiamata dall'art. 6 del D.Lgs. n. 8/2016), sia con riferimento alla notificazione degli illeciti (art. 14, legge n. 689/1981), sia con riguardo all'applicazione dell'estinzione agevolata dell'illecito con pagamento della sanzione in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981).

Inoltre come attentamente sottolineato dal Ministero del lavoro nella circolare n. 6/2016 l'importo della sanzione amministrativa da irrogare per le fattispecie sanzionatorie strutturate in misura proporzionale, l'art. 1, comma 6, del D.Lgs. n. 8/2016 stabilisce che

«la somma dovuta è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000».

Conseguenza ne è, come chiarisce la stessa circolare n. 6/2016, che quando per il calcolo proporzionale la somma risulta inferiore a 5.000 euro, la sanzione concretamente da irrogare deve essere adeguata a tale minimo e su tale importo di 5.000 euro vanno applicati gli istituti di estinzione agevolata dell'illecito amministrativo, in questa ipotesi soltanto il pagamento della *sanzione in misura ridotta*, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981, in considerazione della circostanza che trattandosi di condotta materialmente già posta in essere, e non rimediabile, la diffida a regolarizzare, di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, non può trovare applicazione (7).

Utilizzazione illecita	
Illecito	Sanzione
<p><i>Art. 18, c. 2, D.Lgs. n. 276/2003</i> Per aver fatto ricorso l'utilizzatore a prestazioni lavorative fornite da soggetti non autorizzati alla somministrazione di lavoro ovvero al di fuori dei limiti previsti.</p>	<p><i>Art. 18, c. 2, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016</i> Sanzione amministrativa di € 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. In ogni caso, la sanzione da irrogare non può essere inferiore a € 5.000 né superiore a € 50.000. Diffida (Art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (Art. 16, legge n. 689/1981): è applicabile ed è pari a € 16,67 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ovvero a € 1.666,67 nel caso sia irrogata la sanzione minima di € 5.000</p>

Utilizzazione illecita con sfruttamento di minori

La lettera dell'art. 18, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento dell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 8/2016, prevede con assoluta chiarezza che, nel caso in cui l'utilizzazione illecita (da somministrazione abusiva) avvenga con sfruttamento di minori, si inverte l'unica fattispecie di reato dal lato dell'utilizzatore in somministrazione di lavoro, nella quale, peraltro, la pena è quella dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata e si applica congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi.

Anche l'utilizzazione illecita con sfruttamento di minori, alla medesima stregua dell'analoga figura di somministrazione abusiva che coinvolge minorenni, si configura come contravvenzione, stante la previsione da parte dell'art. 18, comma 2, dell'identica pena dell'ammenda congiunta alla pena dell'arresto.

La struttura della fattispecie legale segue, quindi, parallelamente, quella della somministrazione abusiva con sfruttamento di minori, si tratta, infatti, di un reato:

- **di azione**, alla cui realizzazione concorre la condotta attiva dell'utilizzatore che occupa concretamente i lavoratori minorenni abusivamente somministrati;
- **a struttura unitaria**, il numero dei lavoratori minori coinvolti nell'illecita utilizzazione non determina la realizzazione di plurime ipotesi di reato, ma viene assunto a parametro per la sola determinazione della pena;
- **di pericolo**, si realizza con la mera esecuzione delle prestazioni lavorative da parte dei soggetti già coinvolti nel reato di somministrazione abusiva con sfruttamento di minori.

Non occorre la prova di un danno subito, essendo sufficiente l'utilizzazione illecita di lavoratori minori, a fronte del ricorso da parte dell'utilizzatore a un sog-

(6) Sul punto, i chiarimenti operativi del Ministero del lavoro con nota 21 febbraio 2008, n. 2852, già precedentemente richiamata.

(7) In questo senso la circolare n. 6/2016 che offre anche un esempio di calcolo: nel caso di utilizzazione di un solo lavoratore per 10 giornate si ha una sanzione amministrativa pari a 500 euro (50 × 10), che essendo inferiore all'importo minimo di riferimento, impone come sanzione da irrogare quella di

5.000 euro che in misura ridotta (art. 16, legge n. 689/1981) è pari a 1.666,67 euro; nel caso in cui però la sanzione derivata dal calcolo è superiore a 5.000 euro, si deve procedere a determinare la sanzione ridotta direttamente sull'importo risultante: se sono utilizzati 10 lavoratori per 15 giornate si avrà una sanzione di 7.500 euro (50 × 10 × 15), in misura ridotta pari a 2.500 euro.

Inserto

getto che, senza rispettare i criteri legali (autorizzazione, iscrizione all'Albo nazionale, ecc.), ha fornito mere prestazioni di manodopera.

Anche qui, inoltre, la locuzione "sfruttamento dei minori" fa riferimento al disposto normativo della legge n. 977/1967, come modificata dal D.Lgs. n. 345/1999, con riguardo all'impiego lavorativo di minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque non hanno concluso il periodo di istruzione obbligatoria, nonché agli adolescenti (minori tra i 15 e i 18 anni di età che hanno concluso l'obbligo scolastico) adibiti nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente considerati dall'art. 6 della legge n. 977/1967 (8).

Analogamente a quanto accade per il somministratore abusivo che sfrutta minori, anche l'utilizzatore si troverà a rispondere ex art. 81, comma 1, c.p. anche della rilevanza penale autonoma della condotta di abusivo svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori con specifico riguardo alle previsioni sanzionatorie stabilite dall'art. 26 della legge n. 977/1967, come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 345/1999 (arresto fino a sei mesi, art. 4; arresto non superiore a sei mesi o ammenda fino a 5.164 euro, art. 3), trattandosi di

due distinte ipotesi di reato compiutamente integrate con una medesima azione criminosa realizzata dal somministratore abusivo e dall'utilizzatore illecito (concorso formale eterogeneo di reati).

Anche relativamente alla nozione di "sfruttamento" valga quanto osservato a proposito della somministrazione abusiva con sfruttamento di minori, per cui il reato in argomento opera nei confronti del somministratore abusivo per aver avviato al lavoro illegalmente dei minori.

La pena prevista è quella dell'ammenda fino a 300 euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata congiunta alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi. Limitatamente a quella pecuniaria, dunque, si tratta di una pena a *proporzionalità progressiva*, dove rilevano la base sanzionatoria stabilita in misura fissa e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto.

Ai fini del calcolo della pena applicabile, si procede anche qui a una duplice moltiplicazione: dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente (cfr. nota del Ministero del lavoro n. 2852/2008).

Utilizzazione illecita con sfruttamento di minori	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 18, c. 2, D.Lgs. n. 276/2003 Per aver fatto ricorso l'utilizzatore a prestazioni lavorative fornite da soggetti non autorizzati alla somministrazione di lavoro con sfruttamento di minori.</p>	<p>Art. 18, c. 2, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 1, c. 2, D.Lgs. n. 8/2016 Arresto fino a 18 mesi e ammenda fino a € 300 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. Prescrizione obbligatoria (art. 15, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Oblazione (art. 162 c.p.): non può essere ammessa</p>

Abolito 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 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, l'effettiva consapevolezza riguardo all'utilizzo illecito della manodopera (c.d. *consilium fraudis*), vale a dire nei confronti di un uso illecito del contratto di somministrazione che viene specificamente finalizzato alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali.

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.

(8) Cfr. Cass., sez. III pen., 14 marzo 2016, n. 10484.

Inserto

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, c.p. 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.

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, qui si esamina quello attinente ai profili sanzionatori di tipo amministrativo.

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) (9);

- **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) (10).

(9) Con riguardo agli elementi da inserire nel contratto di somministrazione l'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 individua espressamente: *a*) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; *b*) il numero dei lavoratori da somministrare; *c*) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate; *d*) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro; *e*) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi; *f*) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

(10) Peraltro, si pone una questione di coordinamento sistematico fra la disposizione *de qua* e quella contenuta nell'art. 4*bis*, comma 2, del D.Lgs. 21 aprile 2000, n. 181, come modificato dall'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297, relativa all'obbligo di consegna della dichiarazione di assunzione. Entrambe le norme considerate, in effetti, prevedono un obbligo di informazione nei confronti del lavoratore ed entrambe si rivolgono al datore di lavoro che, nel contratto di somministrazione, è rappresentato dalla sola agenzia di somministrazione, richiedendo identici contenuti informativi. Stante la diversa previsione sanzionatoria di cui all'art. 19, comma

2, prevista per la dichiarazione di assunzione (da 250 a 1.500 euro, pari a 500 euro nella misura ridotta *ex art.* 16 della legge n. 689/1981), l'interprete e l'operatore devono chiedersi se tale ipotesi di illecito risulti doppiamente sanzionata oppure se il somministratore che ometta di fornire tempestivamente al lavoratore le informazioni sul concreto svolgimento del rapporto di lavoro presso un utilizzatore sia sanzionabile soltanto con la sanzione amministrativa prevista per l'omessa consegna della dichiarazione di assunzione. Soluzione maggiormente sensata, in chiave sistematica, pertanto, pare essere quella di intendere differenziati i due adempimenti e conseguentemente singolarmente sanzionati, per il fatto di dover contenere la comunicazione *ex art.* 33, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, dati aggiuntivi rispetto alla dichiarazione di cui all'art. 4*bis*, comma 2, del D.Lgs. n. 181/2000, quali, ad esempio, gli estremi dell'autorizzazione del somministratore. D'altra parte a sostegno di tale interpretazione soccorre il dato di fatto che mentre la dichiarazione di assunzione sarà una ed una soltanto per tutta la durata del rapporto di lavoro, la comunicazione in argomento potrà essere dovuta al lavoratore somministrato in molteplici occasioni, se durante il proprio rapporto alle dipendenze della me-

Invero, volendo fare il punto sulle ipotesi di illecito amministrativo, va significato che il più generale orientamento “sostanzialistico” e non “formalistico” del complessivo impianto normativo riformatore ha inteso privilegiare una tutela “reale” per i lavoratori coinvolti, graduata a seconda delle “irregolarità” manifestate dai due datori di lavoro (quello di diritto, somministratore, e quello di fatto, utilizzatore), a fronte di una opzione sanzionatoria volta a punire con la reazione di tipo penale soltanto i comportamenti legati all’abusivismo aggravato dallo sfruttamento dei lavoratori minorenni, residuando una responsabilità solo amministrativa (accanto alla persistente responsabilità civile e lavoristica) per la generalità delle altre violazioni anche attinenti all’esercizio non autorizzato della attività in questione. Quanto all’applicabilità dell’istituto della diffida, di cui all’art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, come sostituito dall’art. 33 della legge n. 183/2010, occorre segnalare anzitutto che lo stesso risulta operativo, secondo le indicazioni fornite dal Ministero del lavoro con le circolari 24 giugno 2004, n. 24 e 23 marzo 2006, n. 9, con riferimento ai soli illeciti amministrativi accertati le cui inadempienze risultino comunque materialmente sanabili. Nelle ipotesi trattate, la diffida non può operare nelle ipotesi di attivazione di una somministrazione senza

contratto in forma scritta, in quanto in tale fattispecie il legislatore ha evidenziato la peculiare gravità dell’attività posta in essere, sanzionandola anche in sede civile, prima ancora che amministrativa, con la nullità del contratto e la costituzione del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell’utilizzatore.

Analogamente la diffida non sembra poter operare con riguardo all’attivazione di contratti di somministrazione di lavoro (a tempo indeterminato o a termine) al di fuori dei limiti quantitativi previsti dalla norma e nei casi di divieto di attivazione del contratto di somministrazione.

L’istituto della diffida, invece, potrà operare senza alcun dubbio con riferimento alla violazione dell’obbligo di inserire nel contratto scritto di somministrazione il contenuto di cui all’art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 (11), in quanto in tali casi la tutela sostanziale dei lavoratori è senza dubbio recuperabile. Analogamente si ritiene nei casi di omessa consegna della comunicazione di somministrazione al lavoratore (art. 31, comma 3) (12).

Il datore di lavoro “diffidato” che provveda a regolarizzare è ammesso al pagamento di una sanzione ridottissima, ai sensi dell’art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004, pari al minimo edittale, vale a dire ad euro 250, con contestuale estinzione del procedimento sanzionatorio.

Somministrazione irregolare	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 33, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Mancanza di forma scritta Per aver stipulato il contratto di somministrazione di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, privo di forma scritta. (Somministratore e utilizzatore)</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p>Art. 33, c. 1, lett. a)-f), D.Lgs. n. 81/2015 Mancanza di elementi nel contratto Per aver stipulato il contratto di somministrazione di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, in forma scritta ma privo degli elementi previsti dalla norma. (Somministratore e utilizzatore)</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): è pari a € 250 Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p>Art. 31, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015 Mancato rispetto dei limiti quantitativi Per aver attivato contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e a termine al di fuori dei limiti quantitativi previsti dalla norma. (Utilizzatore)</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p>Art. 32, D.Lgs. n. 81/2015 Somministrazione vietata</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015 Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile</p>

desima agenzia di somministrazione sarà chiamato a prestare attività lavorativa presso più utilizzatori.

(11) La diffida rivolta al datore di lavoro, in effetti, non sembra incidere in alcun modo sull’esercizio della *facultas agendi* da parte dei prestatori di lavoro, giacché la materiale “sanatoria” della condotta in via amministrativa, non impedisce, in ragione dei principi generali dell’Ordinamento, il libero esercizio dei diritti di tutela giudiziaria riconosciuti al lavoratore indipendentemente dal comportamento successivamente tenuto dal datore di lavoro, che potrà essere eventualmente tenuto in

considerazione dal Giudice, ma che non attribuisce un valore qualificato alla condotta sanzionata sul piano sostanziale dei diritti soggettivi del lavoratore.

(12) Sebbene il Ministero del lavoro, con riferimento al testo originario previgente, con la circolare 23 marzo 2006, n. 9 ha stabilito che la diffida ex art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 può essere applicabile soltanto nelle ipotesi di somministrazione priva del contenuto facoltativo (art. 21, comma 1, lett. f-k) e di mancata consegna al lavoratore della comunicazione di inizio somministrazione (art. 21, comma 3).

Inserto

Somministrazione irregolare	
<p>Per aver attivato contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e a termine in una delle ipotesi di divieto espresso individuate dalla norma:</p> <p>a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;</p> <p>b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;</p> <p>c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro;</p> <p>d) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.</p> <p>(Utilizzatore)</p>	<p>Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66</p> <p>Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p>Art. 31, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Omessa informativa ai lavoratori</p> <p>Per non aver informato i lavoratori somministrati - anche mediante avviso generale affisso nei locali - dei posti vacanti in azienda.</p> <p>(Utilizzatore)</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250.</p> <p>Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): non è applicabile</p> <p>Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66</p> <p>Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p>Art. 33, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Comunicazione al lavoratore</p> <p>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.</p> <p>(Somministratore)</p>	<p>Art. 40, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250.</p> <p>Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): è pari a € 250</p> <p>Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66</p> <p>Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>

Tutele per i lavoratori somministrati

Sussiste una reazione sanzionatoria di tipo amministrativo anche per alcune fattispecie inerenti la mancata attuazione di specifiche tutele garantite ai lavoratori in somministrazione (13).

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:

(13) La norma del D.Lgs. n. 81/2015 richiama sul punto quanto già previsto dal D.Lgs. 2 marzo 2012, n. 24, in attuazione della Direttiva 2008/104/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, in forza della legge 4 giugno 2010, n. 96.

(14) Il lavoratore somministrato, dipendente dell'Agenzia di somministrazione, per effetto dell'art. 35, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, «per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore», ha diritto, «a parità di mansioni svolte», a «condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore». Peraltro il riferimento normativo sembra includere, nell'osservazione delle condizioni economiche e normative da assumere quale parametro, tutti gli elementi inclusi nel trattamento economico, normativo e occupazionale previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso un

- **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)(14);

- **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)(15); per aver omesso la comunicazione annuale circa il nume-

utilizzatore, comprese quelle relative a: orario di lavoro, lavoro straordinario, pause, riposi, lavoro notturno, ferie e giorni festivi; retribuzione; protezione delle donne in stato di gravidanza e in allattamento; protezione di bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna e altre disposizioni in materia di non discriminazione. In certo qual modo, quindi, il lavoro somministrato ha un costo, in termini economico-finanziari, almeno pari al lavoro subordinato diretto.

(15) L'art. 35, comma 3, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015 espressamente estende ai lavoratori dipendenti del somministratore inviati in missione presso l'utilizzatore il diritto a fruire dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, salvo quelli legati alla adesione ad associazioni o società cooperative ovvero connessi alla maturazione di una determinata anzianità di servizio.

ro 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 ri-

guardo 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 (16).

Tutele per i lavoratori somministrati	
Illecito	Sanzione
<p><i>Art. 35, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</i> Parità di condizioni lavorative Per avere omesso di riconoscere, per tutta la durata della missione, ai lavoratori in somministrazione il diritto a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore che svolgono le medesime mansioni. <i>(Somministratore e utilizzatore)</i></p>	<p><i>Art. 40, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015</i> Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): sanzione pari a € 250 Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p><i>Art. 35, c. 3, secondo periodo, D.Lgs. n. 81/2015</i> Fruizione dei servizi sociali e assistenziali Per avere omesso, l'utilizzatore, di riconoscere ai lavoratori in somministrazione il diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento è condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio. <i>(Utilizzatore)</i></p>	<p><i>Art. 40, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015</i> Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): sanzione pari a € 250 Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>
<p><i>Art. 36, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015</i> Omessa comunicazione annuale Per aver omesso la comunicazione annuale (entro il 31 gennaio dell'anno successivo a quello di riferimento) circa il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati alle Rsa o alla Rsu o, in mancanza, agli organismi sindacali territoriali. <i>(Utilizzatore)</i></p>	<p><i>Art. 40, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015</i> Sanzione amministrativa da € 250 a € 1.250. Diffida (art. 13, D.Lgs. n. 124/2004): sanzione pari a € 250 Sanzione ridotta (art. 16, legge n. 689/1981): è pari a € 416,66 Codice tributo (per versamento su Mod. F23): 741 T</p>

Fondi per formazione e integrazione del reddito

Sotto altro e diverso profilo, con le previsioni dell'art. 12 del D.Lgs. n. 276/2003, tenendo conto delle modifiche apportate dall'art. 48, comma 4, della legge 4 novembre 2010, n. 183, viene stabilito, anzitutto, l'obbligo di costituzione di un fondo bilaterale da parte dei soggetti stipulanti il contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro.

La norma si presenta, sostanzialmente, quale riproposizione di quanto già prevedeva l'abrogato art. 5 della legge n. 196/1997 con riferimento ai lavoratori temporanei, anche secondo le modificazioni successivamente apportate al testo originario dall'art. 64, comma 1, lett. d), della legge n. 488/1999.

Seguita ad essere previsto che al fondo bilaterale le agenzie di somministrazione devono versare il 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti a tempo determinato e analoga percentuale per quelli assunti a tempo indeterminato.

Le risorse sono destinate, secondo quanto ora sancito dall'art. 12, comma 1, secondo periodo, sostituito dall'art. 48, comma 4, lett. a), della legge n. 183/2010, ad interventi di formazione e riqualificazione professionale, nonché a misure di carattere previdenziale e di sostegno al reddito a favore dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, dei lavoratori che abbiano svolto in precedenza missioni di lavoro in somministrazione in forza di contratti a tempo determinato e, limitatamente agli interventi formativi, dei potenziali candidati a una missione.

(16) Con risposta ad Interpello 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 dell'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.

Inserto

I soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro sono altresì tenuti a versare ai suddetti fondi bilaterali un contributo pari al 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato.

Le risorse sono destinate a:

- a) iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori;
- b) iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione dal lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti;
- c) iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni;
- d) per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale.

Per l'art. 12, comma 3, sostituito dall'art. 48, comma 4, lett. b), della legge n. 183/2010, gli interventi sono attuati nel quadro delle politiche e delle misure stabilite dal Ccnl delle agenzie di somministrazione, sottoscritto dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Le somme sono rimesse a fondi bilaterali appositamente costituiti (*Forma.temp* sia per i lavoratori somministrati a tempo determinato che per quelli somministrati a tempo indeterminato) (17), attivati a seguito di autorizzazione del Ministro del lavoro previa verifica della congruità rispetto alle finalità istituzionali enunciate in precedenza, dei criteri di gestione e delle strutture di funzionamento del fondo stesso con particolare riferimento alla sostenibilità finanziaria complessiva del sistema (art. 12, comma 4) e con l'obbligo di approvare, entro 60 giorni dalla presentazione, il documento contenente le regole stabilite dal Fondo per il versamento dei contributi e per la gestione, il controllo, la rendicontazione e il finanziamento degli interventi, decorso inutilmente tale termine, il documento si intende approvato (art. 12, comma 5, sostituito dall'art. 48, comma 4, lett. c), della legge n. 183/2010).

Il Ministero del lavoro esercita, dunque, la vigilanza sulla gestione dei fondi. Per effetto dell'art. 12, comma 8, sostituito dall'art. 48, comma 4, lett. d), della legge n. 183/2010, in caso di omissione, anche parziale, dei contributi dovuti, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al fondo, oltre al contributo omesso, gli interessi nella misura prevista dal tasso indicato all'art. 1 del D.M. economia e finanze 26 settembre 2005, più il 5%, nonché una sanzione amministrativa di importo pari al contributo omesso.

L'omesso versamento dei contributi dovuti al fondo (*Forma.temp*) seguita ad essere sanzionata anche in via amministrativa, con una sanzione pecuniaria di

importo pari al contributo omesso ed anche l'importo delle sanzioni confluisce nel fondo. Si tratta, come è facile notare, del mantenimento di quel modello di ammortizzatore sociale specifico, di natura squisitamente privatistica, chiamato ad occuparsi, contestualmente anche di formazione professionale. Viene mantenuta, nell'ottica di una nuova rivitalizzazione degli enti bilaterali, la struttura bilaterale del fondo, con ciò riservando alla contrattazione collettiva la proposta di costituzione dei fondi stessi, sebbene vi sia un attento procedimento ministeriale di verifica e di autorizzazione: *ex ante* circa il possesso dei requisiti previsti, *ex post* con riguardo all'attività effettivamente posta in essere.

Il "raddoppio" dell'onere contributivo omesso viene espressamente qualificato quale sanzione amministrativa, tuttavia, data la natura squisitamente previdenziale della materia, non vi è dubbio che la previsione di sanzioni amministrative connesse a oneri contributivi e comunque di tipo previdenziale o assistenziale obbligatorio debba seguire i principi e i criteri direttivi di cui all'art. 35 della legge n. 689/1981. Ben è vero, allora, che ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 12, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 tutte le sanzioni amministrative relative a violazioni di tipo previdenziale, connesse ad omissioni contributive, sono state abolite e sostituite con specifiche sanzioni civili. Ma se, dunque, quella prevista dall'art. 12, comma 8, D.Lgs. n. 276/2003, confermata dalla legge n. 183/2010, è una vera e propria sanzione amministrativa (così testualmente si esprime la norma) in materia previdenziale, allora deve concludersi che l'art. 116, comma 12, della legge n. 388/2000 ha perso la sua originaria universalità. Delle due l'una, infatti: o per una svista la maggiorazione contributiva viene a caratterizzarsi erroneamente fra le sanzioni amministrative oppure il legislatore della riforma ha inteso superare la scelta politica abolitrice della finanziaria 2001, aprendo così un interessante squarcio nel sistema sanzionatorio di tipo previdenziale.

D'altro canto con l'aggiunta del nuovo comma 8-bis (art. 48, comma 4, lett. e), della legge n. 183/2010) si stabilisce che in caso di mancato rispetto delle regole contenute nel documento di cui al novellato comma 5, il fondo nega il finanziamento delle attività formative oppure procede al recupero totale o parziale dei finanziamenti già concessi (le somme restano a disposizione dei soggetti autorizzati alla somministrazione per ulteriori iniziative formative); nei casi più gravi, individuati dalla predetta disciplina e previa segnalazione al Ministero del lavoro, si procede ad una definitiva riduzione delle somme a disposizione dei soggetti autorizzati alla somministrazione in misura corrispondente al valore del progetto formativo inizialmente presentato o al valore del progetto rendicontato

(17) Il contributo relativo ai lavoratori "somministrati" a tempo determinato è rimesso al *Forma.temp* secondo l'Accordo del 12 febbraio 2005, mentre il contributo per i lavoratori oggetto di somministrazione a tempo indeterminato era rimes-

so a *Ebiref* dal 27 luglio 2005, nel contesto dell'Accordo quadro del 2 febbraio 2005, tuttavia le funzioni di *Ebiref* sono assorbite da *Forma.temp* dal 1° gennaio 2011.

e finanziato (le somme sono destinate al fondo di cui al comma 4).

Infine, con l'inserimento del nuovo comma 9-bis si chiarisce che gli interventi si applicano esclusivamen-

te ai lavoratori assunti per prestazioni di lavoro in somministrazione (art. 48, comma 4, lett. f), della legge n. 183/2010).

Omessi versamenti previdenziali al fondo per i lavoratori somministrati	
Illecito	Sanzione
<p>Art. 12, c. 1-2, D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 48, c. 4, lett. a), legge n. 183/2010</p> <p>Per non aver effettuato, le agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione di lavoro, i versamenti obbligatori al Fondo bilaterale del contributo pari al 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato per l'esercizio di attività di somministrazione ovvero per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato.</p>	<p>Art. 12, c. 8, D.Lgs. n. 276/2003, come sostituito dall'art. 48, c. 4, lett. d), legge n. 183/2010</p> <p>Sanzione amministrativa pari all'importo del contributo omesso, anche in caso di omissione parziale.</p> <p>La sanzione amministrativa si aggiunge al pagamento del contributo omesso e alle relative sanzioni civili previdenziali.</p>

Sanzioni civili per la somministrazione di lavoro

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. 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 sommi-

nistrato 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 c.c.).

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 c.c.), 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 c.c.) ovvero, più giustificatamente, per arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

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, c.p.c., 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 c.p.c.

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 uti-

Inserto

lizzato 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 utilizzazione illecita (ovvero 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 caducato 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.

Secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015, nel caso in cui il lavoratore proponga un'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.

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 onnicomprensiva 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).

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).

D'altro canto, anche il lavoratore che sia stato vittima di una *somministrazione abusiva* e, quindi, di una *utilizzazione illecita*, può 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 c.c.).

Sanzioni civili per la somministrazione di lavoro	
Illecito	Sanzione
<p>Artt. 33, c. 1, e 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Somministrazione nulla</p> <p>Per essere stata attivata una somministrazione di lavoro priva di contratto in forma scritta</p>	<p>Art. 38, c. 1, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Artt. 1418-1424 c.c.</p> <p>Il lavoratore è considerato alle dirette dipendenze dell'utilizzatore a tutti gli effetti in quanto il contratto è nullo per contrasto con norme imperative</p>
<p>Art. 18, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 276/2003 - Art. 38, c. 2, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Somministrazione illecita</p> <p>Per essere stata attivata una somministrazione di lavoro con soggetto non autorizzato ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 276/2003</p>	<p>Art. 38, c. 2, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Artt. 1418-1424 c.c.</p> <p>Il lavoratore ha la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore per far riconoscere la nullità del contratto per contrasto con norme imperative</p>
<p>Artt. 32 e 38, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Somministrazione vietata</p> <p>Per essere stata attivata una somministrazione di lavoro in uno dei casi di divieto espressamente previsti dalla legge</p>	
<p>Artt. 31, commi 1 e 2, 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), e 38, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015</p> <p>Somministrazione irregolare</p> <p>Per essere stata attivata una somministrazione di lavoro al di fuori dei limiti e delle condizioni stabiliti dal D.Lgs. n. 81/2015</p>	