

Somministrazione illeciti

Le sanzioni in materia di somministrazione

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (*)

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 (*c.d.* "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, 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 abusiva e utilizzazione illecita con sfruttamento di minori: dal 25 giugno 2015, infatti, è stato abolito il reato contravvenzionale di tipo doloso della somministrazione fraudolenta, per effetto dell'abrogazione dell'art. 28, 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), 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. Un'ipotesi particolarmente grave di somministrazione abusiva può configurarsi nelle forme della intermediazione con sfruttamento dei lavoratori di cui all'art. 603-*bis* c.p. come sostituito dalla legge 29 ottobre 2016, n. 199.

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 artt. 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, *lett. 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, 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.

(*) L'Autore è anche dirigente dell'Ispettorato nazionale del lavoro.

Percorsi

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

La irregolare stipula dei contratti di somministrazione di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, posti in essere dalle aziende utilizzatrici e dalle agenzie di somministrazione, senza rispettare i limiti e i criteri legali dettati dagli artt. 31 e 32, 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, 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, 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 artt. 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, *lett. a), b), c) e d)*, l'art. 38, comma 2, 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 nullo) 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 c.c.).

L'art. 38, comma 3, 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 giustamente, 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, 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 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 utilizzazione 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, 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, 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, D.Lgs. n. 81/2015, si applicano le disposizioni dell’art. 6, legge n. 604/1966, stante quanto stabilito dall’art. 32, 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. 39, comma 2, 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, 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 dalla 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**

Percorsi

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 illecito integrate dall'esercizio abusivo della somministrazione di lavoro, in qualsiasi forma e tipologia negoziale, e dall'utilizzazione illecita dei lavoratori abusivamente somministrati.

Sanzioni amministrative

All'evidenza, pertanto, si discute di due distinte figure:

- **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, D.Lgs. n. 276/2003).

- **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, D.Lgs. n. 276/2003).

In ragione dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, D.Lgs. n. 8/2016, entrambi gli illeciti considerati, originariamente puniti con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, sono divenuti fattispecie di illecito amministrativo, punite con una sanzione amministrativa 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 (conferma questa lettura anche Cass. pen., sez. III, 14 marzo 2016, n. 10484).

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. 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 coefficiente fisso determinato dal legislatore pari a euro 50 ed uno 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).

D'altra parte, per l'applicazione delle sanzioni depenalizzate, l'art. 6, 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, legge 24 novembre 1981, n. 689, che vanno osservate nei limiti in cui risultino "applicabili": non possono sorgere dubbi riguardo alla applicazione della procedura di notificazione degli illeciti di cui all'art. 14, legge n. 689/1981, come pure delle misure agevolative dell'estinzione dell'illecito di cui all'art. 16, 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, 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, legge n. 689/1981, posto che la diffida a regolarizzare, di cui all'art. 13, 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 x 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 x 10 x 15), pari in misura ridotta a 2.500 euro.

Sfruttamento di minori

La lettera dell'art. 18, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 276/2003, dopo l'intervento del D.Lgs. n. 8/2016, prevede con assoluta chiarezza che, nel caso in cui la somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita avvengano con sfruttamento di minori, si ha l'unica fattispecie di reato, nella quale 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. Si ha "sfruttamento dei minori" con riferimento agli artt. 3 e 4, legge 17 ottobre 1967, n. 977, come modificata dal D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 345, per cui la contravvenzione colpirà somministratore e utilizzatore che impieghino bambini (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; analogamente 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 vietati dall'art. 6, legge n. 977/1967. Opzione interpretativa confermata da Cass. pen., sez. III, 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".

Sanzione civile

Sul piano civilistico, come già per la somministrazione irregolare, il lavoratore che sia stato vittima di una somministrazione abusiva e, quin-

Percorsi

di, di una utilizzazione illecita potrà presentare ricorso al Tribunale quale giudice del lavoro (nei termini di cui all'art. 6, legge n. 604/1966, stante l'art. 32, 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.).

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, 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, la effettiva consapevolezza riguardo all'utilizzo illecito della manodopera (*c.d. consilium fraudis*), vale a dire nei confronti di un uso illecito del contratto di somministrazione che viene specificamente finalizzato alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali. L'abrogazione espressa dell'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 55, comma 1, lett. d), 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 considera-

ta 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, 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.

Intermediazione illecita con sfruttamento dei lavoratori

L'art. 1, legge 29 ottobre 2016, n. 199 ha riscritto il reato di cui all'**art. 603-bis c.p.**, differenziandolo in due fattispecie delittuose distinte:

- la prima, punita con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore, per aver reclutato manodopera da destinare al lavoro presso altri in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, nonché per aver assunto, utilizzato o impiegato manodopera, anche dopo intermediazione, assoggettando i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno;
- la seconda, punita con la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore, quando i fatti di intermediazione, assunzione, utilizzazione o impiego sono commessi mediante violenza o minaccia.

La norma poi conferma gli indici di sfruttamento già in vigore sostituendo, tuttavia, la difficile condizione di "sistematicità" con la più agevolmente riscontrabile "*reiterazione*" della condotta relativa alla corresponsione di retribuzioni palesemente difformi dai contratti collettivi o comunque sproporzionate rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla violazione della

normativa relativa all'orario di lavoro e ai tempi di riposo (con riferimento ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie). Mentre rilevano ancora: anche una sola violazione in materia di tutela della salute (igiene) e della sicurezza nei luoghi di lavoro e la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Ribadita è anche l'*aggravante speciale* che opera nel caso in cui i lavoratori reclutati sono più di tre oppure quando almeno una delle persone intermedie è un minore in età non lavorativa o, infine, se i lavoratori intermediati sono stati esposti a situazioni di grave pericolo.

L'art. 2, legge n. 199/2016 prevede l'introduzione di due nuovi articoli nel codice penale, con la finalità di rendere più efficace l'applicazione del reato di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera previsto dall'art. 603-bis, a contrasto del caporalato, in particolar modo (ma non solo) nel settore agricolo.

In questa prospettiva, dunque, si inserisce nel codice penale il nuovo art. 603-bis.1, rubricato "*Circostanza attenuante*", per sancire che la pena è diminuita da un terzo a due terzi per chi, nel rendere dichiarazioni su quanto a sua conoscenza, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a ulteriori conseguenze ovvero aiuta concretamente l'Autorità di polizia o giudiziaria per la raccolta di prove decisive per individuare o catturare i concorrenti o infine per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Una circostanza attenuante ad effetto speciale, quale utile tentativo per provare ad abbattere il muro di omertà che ordinariamente protegge le fattispecie criminose del caporalato.

Analogamente si prevede l'introduzione del nuovo art. 603-bis.2. (rubricato "*Confisca obbligatoria*", per sancire l'obbligo di confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto (salvo che appartengano a persona estranea al reato) in tutti i casi di condanna, ma anche di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p., per il delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera di cui all'art. 603-bis c.p., estendendo in ciò ad una ipotesi di reato in materia di lavoro quanto già previsto dall'art. 20, comma 4., legge n. 689/1981 per le violazioni amministrative gra-

vi o reiterate, in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro (per effetto dell'art. 9, comma 1, D.L. n. 187/2010, convertito dalla legge n. 217/2010). Sono fatti espressamente salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno. La norma d'altra parte introduce anche la confisca dei beni di cui il reo ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona, per un valore corrispondente al prodotto, prezzo o profitto del reato se non è possibile la confisca delle cose che furono destinate alla commissione del reato o ne furono prodotto o profitto.

Una prospettiva di efficacia e di effettività si coglie nell'art. 3, legge n. 199/2016 il quale stabilisce che nei procedimenti per i reati di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera di cui all'art. 603-bis c.p., se l'interruzione dell'attività imprenditoriale può comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico dell'azienda, sia disposto dal giudice il *controllo giudiziario dell'azienda* (ex art. 321, comma 1, c.p.p.), anziché il sequestro, con contestuale nomina di uno o più amministratori giudiziari per la rimozione delle condizioni di sfruttamento, chiamati a regolarizzare i lavoratori che prestavano la propria attività lavorativa in assenza di un regolare contratto e ad adottare adeguate misure, anche in difformità rispetto a quelle proposte dall'imprenditore, per impedire che le violazioni possano ripetersi.

Sempre in tema di confisca l'art. 5, legge n. 199/2016 prevede una specifica modifica all'art. 12-sexies, comma 1, D.L. n. 306/1992, convertito dalla legge n. 356/1992, per *estendere la confisca anche al denaro, ai beni o alle altre utilità* di cui il condannato per il delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere comunque la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Sotto altro profilo, l'art. 4, legge n. 199/2016 estende l'arresto obbligatorio, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., anche al delitto di intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera, per il quale l'art. 6, legge n. 199/2016 introduce anche la responsabilità amministrativa degli enti ai sen-

Percorsi

si, D.Lgs. n. 231/2001 (con modifica dell'elenco di reati previsto dall'art. 25-*quinquies*, comma 1, lett. a).

Sul piano dell'effettivo ripristino delle tutele, d'altro canto, seppure col nuovo art. 603-*bis* c.p. si rende concreto uno statuto di protezione per i lavoratori fraudolentemente somministrati, interposti, sfruttati, tuttavia ciò avviene esclusivamente attraverso un passaggio giudiziario, che si auspica quanto mai rapido e snello, rispetto all'immediatezza delle tutele che erano assicurate direttamente dagli Ispettori del Lavoro nella vigenza dell'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003.

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 250,00 a 1.250,00 euro (sanzione pari a 416,66 euro nella misura ridotta *ex art.* 16, legge n. 689/1981), secondo la seguente specificazione soggettiva, così come operata dall'art. 40, comma 2, 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 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 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.