

Conversione in legge del Decreto Dignità

## La somministrazione di lavoro dopo la riforma

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (\*)

Il Decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, recante “*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*”, cosiddetto “*Decreto Dignità*”, nel testo modificato dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, di conversione, introduce, fra le altre, rilevanti innovazioni in tema di somministrazione di lavoro.

In particolare si interviene sul rapporto di lavoro subordinato a termine instaurato fra l’agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione e il lavoratore somministrato, ma anche sul contingentamento dei contratti di somministrazione a tempo determinato, nonché sul sistema sanzionatorio per la somministrazione irregolare con la reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta.

L’intervento normativo del D.L. n. 87/2018, in effetti, dopo la conversione in legge n. 96/2018 incide anche sulla disciplina del contratto di somministrazione di lavoro in quanto tale, oltreché sugli ambiti regolatori dei contratti di lavoro con i quali il somministratore assume i lavoratori da inviare presso i singoli utilizzatori.

### Estensione della disciplina per gli assunti a termine in somministrazione di lavoro

Anzitutto la regolamentazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato di cui agli artt. 19-29 del Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, come modificati in parte dal D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, trova ora pressoché integrale applicazione, anche ai contratti di lavoro a termine instaurati dalle agenzie di somministrazione per l’invio in missione dei lavoratori nell’ambito di contratti di somministrazione di lavoro.

L’art. 2, comma 1, D.L. n. 87/2018 sostituisce integralmente il contenuto dell’art. 34, comma 2, primo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, per prevedere che “*in caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24*”.

Nella versione previgente la norma prevedeva che il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore somministrato assunto a termine fosse soggetto alla disciplina dettata dal Capo III, D.Lgs. n. 81/2015 limitatamente a quanto compatibile, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso, e con l’esclusione espressa delle disposizioni riguardanti:

- l’apposizione di un termine non superiore a 36 (oggi 24) mesi (art. 19, comma 1);
- il limite massimo di 36 (oggi 24) mesi per la durata dei rapporti a termine fra le stesse parti per le mansioni di pari livello e categoria legale (art. 19, commi 2 e 3);
- le limitazioni rispetto al numero delle proroghe e agli intervalli obbligatori in caso di rinnovo dello stesso contratto a termine (art. 21);
- il limite percentuale di contingentamento legale rispetto al numero massimo dei contratti a termine attivabili contemporaneamente (art. 23);
- i diritti di precedenza nell’assunzione (art. 24).

Ora, invece, al lavoratore somministrato occupato con contratto di lavoro a tempo determinato si applicano tutte le disposizioni contenute negli artt. 19-29, D.Lgs. n. 81/2015, con i nuovi più rigorosi limiti dettati dal D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, senza alcuna preventiva verifica di compatibilità per singolo caso, con la sola eccezione delle norme che disciplina-

(\*) L’Autore è anche dirigente dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro.

# Approfondimenti

no gli intervalli obbligatori in caso di rinnovo dello stesso contratto a termine (art. 21, comma 2), la clausola di contingentamento per il numero massimo dei contratti a termine (art. 23) e i diritti di precedenza nell'assunzione (art. 24).

Ne consegue che il rapporto di lavoro a termine fra Agenzia di somministrazione e lavoratore destinato ad essere inviato in missione in somministrazione presso uno o più utilizzatori ha ora una durata massima di 12 mesi senza alcuna causale. In ogni caso la durata complessiva massima del rapporto a tempo determinato col lavoratore somministrato andrà calcolata in base ai periodi di missione presso ogni singolo utilizzatore, essendo al singolo utilizzatore collegata la condizione di legittimità causativa che consente la prosecuzione in proroga o il rinnovo del medesimo rapporto di lavoro, una volta superato il limite massimo di durata (1).

Infatti, superati i primi 12 mesi il rapporto di lavoro può essere rinnovato o prorogato soltanto in presenza delle causali giustificative introdotte dal D.L. n. 87/2018. D'altro canto acausale rimane soltanto il contratto a termine che ha durata di 12 mesi fin dall'origine, giacché se il contratto ha durata iniziale infrannuale, il suo rinnovo, anche all'interno dei primi 12 mesi, avrà necessità di una causale giustificativa, per quanto tale disposizione riguardi soltanto i rinnovi dei contratti a termine stipulati dopo il 14 luglio 2018 ovvero quelli riferiti ai contratti stipulati precedentemente, ma che vengono disposti a partire dal 1° novembre 2018 (art. 1, comma 2, D.L. n. 87/2018, nel testo modificato dalla legge n. 96/2018).

Peraltro, l'art. 2, comma 1-ter, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, stabilisce espressamente che le condizioni di cui all'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera a), D.L. n. 87/2018, nel caso di utilizzo del contratto di somministrazione di lavoro, "si applicano esclusivamente all'utilizzatore". La norma va intesa, dunque, nel senso che le causali giustificative delle assunzioni a termine per la somministrazione a tempo determinato devono essere valutate in funzione delle condizioni oggettive del datore di lavoro utilizzatore. L'attività produttiva, commerciale o di

servizio dell'utilizzatore, pertanto, sarà l'unica a rendere verificabili le condizioni limitative dell'assunzione a tempo determinato introdotte dal D.L. n. 87/2018, sia con riguardo alle *esigenze estranee all'ordinaria attività aziendale*, che devono essere di natura temporanea e oggettivamente valutabili, sia in merito alle *esigenze che afferiscono all'attività ordinaria dell'azienda* che devono risultare connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività dell'utilizzatore, sia, infine, alle *esigenze di sostituzione* di altri lavoratori, indipendentemente dalla circostanza che il personale da sostituire sia assente per ragioni imprevedibili e non programmate e abbia un diritto legale e non convenzionale, alla conservazione del posto di lavoro.

Ne consegue, dunque, che sia nel contratto di lavoro a tempo determinato fra Agenzia e lavoratore somministrato, sia nel contratto commerciale di somministrazione fra Agenzia e utilizzatore sarà necessario indicare la causale riferita all'impresa utilizzatrice che necessita della prestazione lavorativa in somministrazione. Soltanto la duplice e coerente evidenziazione della causale (nel contratto di lavoro rispetto alle esigenze del soggetto terzo utilizzatore e nel contratto commerciale rispetto alle esigenze della controparte contrattuale) salvaguarda l'Agenzia da potenziali contenziosi ispettivi e giudiziari.

La durata massima consentita per il contratto a termine fra Agenzia e lavoratore somministrato è pari a 24 mesi, tale limite massimo di durata riguarda sia il contratto a tempo determinato acausale dei primi 12 mesi, sia i contratti inizialmente più brevi che a seguito di rinnovi e proroghe superano i 12 mesi di durata complessiva. La norma prevede che il rapporto di lavoro deve considerarsi a tempo indeterminato nel caso in cui il contratto a termine sia durato complessivamente più di 24 mesi.

D'altra parte, l'art. 34, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015 - non toccato direttamente dal D.L. n. 87/2018 - seguita a prevedere che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro a termine può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore somministrato, mediante atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal

(1) La norma, invero, consente anche una lettura differente che svincola la legittimazione della causale giustificativa dalla durata massima del rapporto con l'agenzia di somministrazione, a punto da ritenere non attivabile un ulteriore rapporto di

lavoro subordinato a termine con la medesima agenzia presso un nuovo utilizzatore, raggiunto il limite massimo dei 24 mesi col primo utilizzatore.

contratto collettivo applicato dal somministratore, ma la norma deve leggersi in ottica di sistema e, pertanto, comunque nei limiti stabiliti dal Capo III, D.Lgs. n. 81/2015, in ragione del quale (art. 21, comma 1) il contratto a termine può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, soltanto quando la durata iniziale è inferiore a 24 mesi, per un massimo di quattro volte nell'arco di 24 mesi, a prescindere dal numero dei contratti e dei rinnovi; d'altra parte, il quadro normativo consente di riconoscere alla contrattazione collettiva ampi margini di manovra per quanto attiene le causali giustificative che potranno persino essere eliminate o comunque modificate in senso più estensivo dalle parti sociali.

In caso di rinnovo o di proroga del contratto a termine in assenza delle causali giustificative (salvo differente previsione della contrattazione collettiva), il contratto rinnovato o prorogato si trasforma in contratto a tempo indeterminato (art. 19, comma 01, D.Lgs. n. 81/2015), inoltre se il numero delle proroghe è superiore alle 4 previste dalla legge, il rapporto di lavoro si trasforma a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga (art. 21, comma 1, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015).

### **Esclusione dal campo di applicazione**

L'art. 2, comma 01, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, ha previsto, modificando l'art. 29, comma 2, *lett. b*), D.Lgs. n. 81/2015, che i rapporti di lavoro a tempo determinato instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo di cui all'art. 17, legge 28 gennaio 1994, n. 84 (2) per l'esecuzione delle operazioni portuali e dei servizi portuali autorizzati sono esclusi dal campo di applicazione delle norme sul lavoro a termine contenute nel D.Lgs. n. 81/2015 (resta fermo l'obbligo di effettuare la comunicazione obbligatoria di assunzione entro il giorno antecedente l'instaurazione del rapporto di lavoro).

### **Contributo addizionale**

Infine, per effetto dell'art. 3, comma 2, D.L. n. 87/2018 anche l'assunzione a termine da parte

dell'agenzia di somministrazione soffre dell'incremento dello 0,5% del contributo addizionale di cui all'art. 2, comma 28, legge 28 giugno 2012, n. 92, per ogni rinnovo del contratto di lavoro a tempo determinato; la norma prevede, per la generalità dei contratti subordinati non a tempo indeterminato, un contributo addizionale, a carico del datore di lavoro per il finanziamento della NASpI, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, ad eccezione delle assunzioni a termine in sostituzione di lavoratori assenti e di quelle assunzioni per lo svolgimento delle attività stagionali di cui al D.P.R. n. 1525/1963. Con risposta a interpello n. 15 del 17 aprile 2013 il Ministero del lavoro ha precisato che il contributo addizionale è dovuto dalla generalità dei datori di lavoro che assumono con contratto a termine, con contratto di lavoro intermittente a tempo determinato, nonché mediante somministrazione di lavoro a termine. Il secondo comma dell'art. 3, D.L. n. 87/2018, come convertito dalla legge n. 96/2018, interviene su tale quadro normativo per stabilire che il contributo addizionale è aumentato dello 0,5% in occasione di ogni rinnovo di un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, con l'effetto che per il primo rinnovo il contributo addizionale è pari all'1,9%, per il secondo rinnovo al 2,4%, per il terzo rinnovo al 2,9% e così a incremento progressivo per ogni successivo rinnovo (3).

### **Contingentamento della somministrazione di lavoro a termine**

Riguardo alla fissazione di limiti predefiniti per l'utilizzazione della somministrazione a termine, l'art. 31, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015, nel testo in vigore fino all'11 agosto 2018, stabiliva che la somministrazione di lavoro a tempo determinato poteva essere legittimamente utilizzata nei limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi (nazionali, ma anche territoriali o aziendali, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 81/2015) applicati dall'utilizzatore.

(2) L'art. 17, legge n. 84/1994 - come modificato dall'art. 15, commi 3 e 11, Decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 232 - disciplina la fornitura del lavoro portuale temporaneo espressamente qualificandola come "disciplina speciale", rispetto alla somministrazione di lavoro.

(3) L'incremento contributivo sembrerebbe dovuto per la

generalità dei rinnovi contrattuali riferiti allo stesso lavoratore, anche se per contratti riguardanti missioni presso diversi utilizzatori, non sussistendo in tal caso il collegamento diretto all'azienda utilizzatrice previsto invece per i limiti di durata e per le causali giustificative.

# Approfondimenti

L'attuale testo del secondo comma dell'art. 31, D.Lgs. n. 81/2015, come integralmente sostituito per effetto dell'art. 2, comma 02, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018 (a far data dal 12 agosto 2018), prevede, invece, che, fatta comunque salva una differente previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore (nazionali, territoriali o aziendali) e fermo restando il limite disposto dall'art. 23, D.Lgs. n. 81/2015 per il numero di lavoratori che possono essere assunti a tempo determinato direttamente dal datore di lavoro, il numero complessivo dei lavoratori assunti con contratto a termine o con contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato non può eccedere complessivamente il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei relativi contratti.

Il limite va determinato con arrotondamento del decimale all'unità superiore se risulta uguale o superiore a 0,5.

Qualora si tratti di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale deve essere computato sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro a termine. Da ultimo, sul punto, si segnala che l'art. 31, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, stabilisce espressamente che rimane in ogni caso esente da limiti quantitativi (anche quando previsti dalla contrattazione collettiva applicata) la somministrazione a tempo determinato che interessa:

- lavoratori assunti ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223;

- soggetti disoccupati che godono, da almeno sei mesi, di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali;

- lavoratori "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei nn. 4) e 99), art. 2, Regolamento Ue 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 17 ottobre 2017 (4).

## Reato di somministrazione di lavoro fraudolenta

A tre anni di distanza dall'abrogazione dell'articolo 28, D.Lgs. n. 276/2003 che lo disciplinava nel medesimo modo, l'art. 2, comma 1-*bis*, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, reintroduce nell'ordinamento giuridico, a far data dal 12 agosto 2018, il reato di somministrazione fraudolenta, che viene collocato nel nuovo art. 38-*bis*, D.Lgs. n. 81/2015, ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003.

Nel sistema sanzionatorio che governa oggi il fenomeno delle esternalizzazioni legalmente autorizzate (somministrazione di lavoro mediante Agenzia), la "somministrazione fraudolenta" torna, dunque, a rivestire il grado massimo di illiceità della condotta illecita di fornitura e utilizzo di manodopera con finalità elusive, integrando una specifica distinta fattispecie, penalmente rilevante, di natura contravvenzionale, a fronte delle sanzioni amministrative che, all'esito della depenalizzazione di cui al D.Lgs. n. 8/2016, colpiscono la somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita (5), con la sola eccezione del rilievo pena-

(4) Il D.M. 17 ottobre 2017 specifica le condizioni che i soggetti devono avere per essere definiti "lavoratori svantaggiati" e "lavoratori molto svantaggiati". Sono "lavoratori svantaggiati" i soggetti che alternativamente devono: non avere un'impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni; non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale (livello Isced 3) o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito; aver superato i 50 anni di età; essere un adulto che vive solo con una o più persone a carico; essere occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; appartenere a una minoranza etnica di uno Stato membro Ue e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile". Appartengono alla categoria dei "lavoratori molto svantaggiati" i soggetti che sono

privi da almeno 24 mesi di un impiego regolarmente retribuito, nonché coloro che, privi da almeno 12 mesi di un impiego regolarmente retribuito, appartengono a una delle categorie elencate per i "lavoratori svantaggiati".

(5) Non costituisce più ipotesi di reato, per effetto del D.Lgs. n. 8/2016, la somministrazione abusiva (art. 18, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003) per cui a chi esercita attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione ovvero fuori dalle ipotesi previste ed espressamente autorizzate, originariamente punito con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, si applica ora la sanzione amministrativa proporzionale progressiva di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione da irrogare non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000, né superiore a euro 50.000. Alle stesse sanzioni è soggetto chi effettua utilizzazione illecita, vale a dire chi impiega lavoratori facendo ricorso a soggetti non autorizzati o al di fuori dei limiti delle autorizzazioni rilasciate.

le della condotta che coinvolge lavoratori minori non occupabili (6).

Con il ripristino del reato di somministrazione fraudolenta - che appare idoneo ad integrare il momento iniziale di un complessivo ripensamento del regime sanzionatorio in materia di lavoro, con la valutazione costituzionalmente orientata del bene meritevole di tutela giuridica di rilevanza penale - il legislatore stabilisce, in effetti, una specifica normativa di tutela e di sanzione con riferimento alle condotte di somministrazione *contra legem* a completamento del più generale quadro sanzionatorio delineato nell'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003.

In buona sostanza, dal punto di vista definitorio della fattispecie illecita, si tratta di una contravvenzione unitaria che vede nel somministratore e nell'utilizzatore due soggetti attivi dell'unica fattispecie di reato.

La somministrazione fraudolenta rappresenta, dunque, quanto all'analisi del profilo soggettivo attoreo, un vero e proprio *reato plurisoggettivo proprio*, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta elusiva, volutamente posta al di fuori degli schemi tipici di liceità.

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

### **Autori del reato**

Andando a ben guardare le caratteristiche soggettive dell'autore del reato, peraltro, accanto al soggetto utilizzatore, si pone la figura del somministratore che può essere individuato sia nel soggetto che esercita la somministrazione di lavoro senza essere preventivamente autorizzato dal Ministero del lavoro, nelle forme previste e senza la necessaria iscrizione alla relativa sezione dell'Albo nazionale delle agenzie per il lavoro,

sia nell'agenzia di somministrazione perfettamente regolare, autorizzata e iscritta all'Albo.

In effetti, una lettura ampia della norma, nel senso ora esemplificato, che consente di tracciare un profilo soggettivo del somministratore particolarmente largo (dall'abusivo al regolarmente autorizzato), sembra trovare una conferma testuale nel riferimento letterale fatto dal legislatore al "somministratore" *sic et simpliciter*, senza alcuna specificazione, quindi anche all'agenzia effettivamente autorizzata, rispetto alla quale, quindi, il nuovo articolo 38-*bis*, Decreto legislativo n. 81/2015 pare acquisire una sfera di applicabilità efficace ed efficiente, senza aprioristiche esclusioni.

L'evidenza dell'importanza di tale lettura della norma si comprende, peraltro, soltanto riflettendo sull'estensione reale delle finalità elusive, che integrano il reato *de quo*, a tutte le tutele inderogabili (di legge o di contratto) relative ai lavoratori che si trovano ad essere "somministrati" dal proprio datore di lavoro presso altro datore di lavoro dal quale finiscono, di fatto, per essere eterodiretti e gestiti, con trattamenti retributivi e previdenziali senza dubbio meno garantistici rispetto a quelli dovuti.

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

### **Elemento soggettivo**

Quanto poi all'elemento della colpevolezza, vale a dire della partecipazione psicologica dei due soggetti agenti al reato in argomento, deve rilevarsi che il grado di rimproverabilità della condotta qui non è semplicemente quello della colpa, in quanto il legislatore prevede una consapevolezza dolosa psicologicamente orientata da parte dei due responsabili, utilizzatore e somministratore: si tratta dunque di una ipotesi di contravvenzione eccezionalmente dolosa (ai sensi dell'art. 43, comma 2, c.p.). Il nuovo articolo 38-*bis* Decreto legislativo n. 81/2015 (introdotto

(6) Rimane penalmente sanzionata la somministrazione abusiva con sfruttamento di minori la pena è dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda fino a euro 300. Alle stesse sanzioni

è soggetto chi effettua utilizzazione illecita, vale a dire chi impiega lavoratori facendo ricorso a soggetti non autorizzati o al di fuori dei limiti delle autorizzazioni rilasciate.

# Approfondimenti

dall'art. 2, comma 1-*bis*, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018), in effetti, definisce "somministrazione fraudolenta" la somministrazione di lavoro che "è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore".

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

## Profili sanzionatori

Quanto al profilo sanzionatorio, con una tecnica legislativa non del tutto tipica della legislazione penale, viene, in realtà, confermato l'intero apparato sanzionatorio contenuto nell'articolo 18, D.Lgs. n. 276/2003, senza alcuna distinzione fra quello di natura penale (ormai residuale alle sole ipotesi di impiego dei minori non occupabili) e quello di tipo amministrativo, a questo viene poi aggiunta la sanzione pecuniaria dell'ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto dall'operazione fraudolenta e per ogni giorno di utilizzazione del lavoratore fraudolentemente somministrato.

Si tratta, pertanto, quanto alla natura della sanzione penale di una pena *proporzionale impropria*, ovvero di una pena *a proporzionalità progressiva*, tecnica sanzionatoria di vasto utilizzo nel diritto penale del lavoro italiano, 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.

Si tenga presente che, sotto un profilo strutturale della fattispecie di reato considerata, la presenza di una pluralità di soggetti passivi e il riferimento al singolo rapporto di lavoro sono puri dati di individuazione della concreta fattispecie illecita

che, peraltro, nasce da un'identica e unitaria fonte negoziale illecita, così come unica è la sanzione criminale, commisurata, solo quanto a gravità, al numero di unità di personale sfruttato e al tempo di impiego.

Qui rileva, inoltre, la problematica relativa al criterio che occorre adottare ai fini del calcolo corretto della pena applicabile. Una prima teoria sostiene che si dovrebbe procedere ad una somma dei prodotti ricavati moltiplicando la base pecuniaria per ciascun coefficiente proporzionale (giornate e lavoratori); mentre una seconda impostazione spinge per la quantificazione dell'ammenda 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). Pressoché unanime è l'opinione degli interpreti a favore dell'adozione del secondo dei due sistemi di calcolo richiamati, quello della doppia moltiplicazione. Si pensi ad una somministrazione fraudolenta che coinvolge 5 lavoratori per 5 giornate, in cui l'ammenda applicabile di 500 euro è data da una doppia moltiplicazione: 20 per 5 (numero di lavoratori), moltiplicato per 5 (numero di giornate di occupazione).

## Estinzione agevolata

Per quanto attiene alle modalità di estinzione agevolata del reato, la contravvenzione di cui all'articolo 38-*bis* Decreto legislativo n. 81/2015 è, di fatto, obblazionabile (articolo 162 c.p.).

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

D'altro canto, si segnala a questo proposito la concreta possibilità per il personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro di procedere ad impartire una prescrizione con la quale l'utilizzatore fraudolento non è chiamato solo a cessare il comportamento illecito, e quindi di interrompere l'utilizzazione illecita dei lavoratori somministrati come in genere è chiamato a fare in costanza di utilizzazione illecita da somministrazione abusiva. Tale "prescrizione minima"

consistente nella cessazione del comportamento illecito sarà rivolta, in questo caso, al somministratore fraudolento che dovrà, appunto, ottemperare all'ordine di immediata interruzione della fornitura illegale perché fraudolenta dei lavoratori interessati.

In caso di somministrazione fraudolenta, piuttosto, gli ispettori dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, nelle loro vesti di ufficiali di polizia giudiziaria, dovranno (e potranno) provvedere, mediante prescrizione obbligatoria, ad ordinare al datore di lavoro utilizzatore fraudolento l'immediata regolarizzazione dei lavoratori fraudolentemente occupati, assumendoli a tutti gli effetti di legge alle proprie dipendenze, dal punto di vista documentale, assicurativo e contributivo.

Fondamento normativo per tale atteggiamento degli ispettori del lavoro è da individuarsi nella valutazione giuridica del contratto di somministrazione nel caso di specie, giacché l'accordo negoziale fra somministratore e utilizzatore che abbiano operato in frode alla legge è, per i principi generali dell'ordinamento, radicalmente nullo per illiceità della *causa negotii* (articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.), con la naturale estensione della previsione contenuta nell'articolo 38, comma 1, Decreto legislativo n. 81/2015, secondo cui, quando il contratto di somministrazione è nullo (nella norma citata perché privo di forma scritta, qui perché in frode alla legge), *“i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore”*.

Sotto altro profilo, legato alle finalità della pena, più sociologico che giuridico, per quanto possa apparire odiosa una significativa riduzione dell'importo della sanzione penale a seguito di ottemperanza alla prescrizione obbligatoria da parte del contravventore utilizzatore fraudolento, vale la pena evidenziare l'effetto sostanziale del provvedimento di polizia giudiziaria di cui all'articolo 15, Decreto legislativo n. 124/2004, che in questo caso trasforma la pena in sanzione amministrativa ed estingue il reato solo perché, ed in quanto, il soggetto riconosciuto autore e responsabile della violazione penalmente sanzionata si sia “autodichiarato” colpevole procedendo, nel termine assegnato, a regolarizzare, riconducendola a norma sotto un profilo lavoristico, la situazione illecitamente posta in essere.

## ***Ipotesi di “fraudolenza”***

Volendo entrare maggiormente nel dettaglio, con riferimento all'ipotesi in cui la somministrazione fraudolenta sia posta in essere da un soggetto non autorizzato e non iscritto all'Albo delle Agenzie per il lavoro di somministrazione, sembra opportuno riflettere su una circostanza non di poco momento.

Non si comprende, in effetti, come possa giustificarsi una somministrazione di lavoro (a tempo determinato o indeterminato) che si connota per essere illegale nel senso di “abusiva” (e cioè svolta da soggetto privo della necessaria autorizzazione ministeriale), senza una finalità chiaramente e speditamente elusiva rispetto alle previsioni normative, di natura contrattuale o legale, in materia di lavoro, con riguardo al trattamento retributivo, previdenziale ed assicurativo dei lavoratori abusivamente somministrati ed illecitamente utilizzati.

Anzitutto è agevole argomentare sul fatto che utilizzatore e somministratore, per il solo fatto di aver posto in essere il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro al di fuori delle condizioni di liceità espressamente e tassativamente sancite dal Decreto legislativo n. 276/2003 e dal Decreto legislativo n. 81/2015, mostrano l'intento di voler “by-passare” gli obblighi normativi generali in materia di assunzione e di collocamento della manodopera, oltretutto di trattamento retributivo e previdenziale dei lavoratori occupati.

Allora, bisogna inquadrare meglio l'ambito di operatività della somministrazione fraudolenta che potrà trovare presupposto sostanziale in ogni e qualsivoglia ipotesi di somministrazione di manodopera illecita, abusiva o irregolare, ma che di fatto opererà concretamente soltanto nei casi in cui la magistratura inquirente o gli ufficiali di polizia giudiziaria incaricati delle indagini riescano a raccogliere elementi atti a dimostrare o a porre in rilievo la partecipazione dolosa specifica della fraudolenza del comportamento tenuto, comunque penalmente rilevante.

Vale la pena segnalare, sotto un piano squisitamente pratico ed operativo, che nell'esercizio delle funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria il personale ispettivo ministeriale non è chiamato ad indagare nei suoi diversi aspetti l'elemento psicologico del reato e, quindi, ad evidenziare in tutti i suoi profili la fraudolenza della condotta, ma piuttosto è tenuto a raccogliere e a documentare tutti

# Approfondimenti

quegli elementi di prova delle circostanze di fatto investigate, che consentiranno, nell'eventuale prosieguo del processo penale, l'indagine giudiziaria in merito al grado di partecipazione psicologica e di colpevolezza dei soggetti agenti (utilizzatore e somministratore). Ne consegue che la verbalizzazione e l'intimazione nelle forme della prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15, D.Lgs. n. 124/2004 dovrà essere supportata, anche in caso di contestazione del reato di somministrazione fraudolenta, dal rilievo oggettivo degli elementi accertati e documentati che consente di ricondurre la fattispecie oggetto di indagine ispettiva all'ipotesi di reato significata.

Tuttavia, come si accennava, le ipotesi in cui il nuovo articolo 38-*bis*, Decreto legislativo n. 81/2015 (introdotto dall'art. 2, comma 1-*bis*, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018) sembra avere più peso specifico sono quelle nelle quali il soggetto attivo del reato è un'agenzia di somministrazione perfettamente regolare.

Si ha somministrazione fraudolenta, allora, anche in presenza di una somministrazione in sé e per sé perfettamente lecita e regolare, perché attuata con soggetto legalmente autorizzato e iscritto all'Albo delle agenzie per il lavoro, ma eseguita e realizzata in elusione di legge o di norme contrattuali collettive, come, a mero titolo di esempio, nei casi in cui:

- un datore di lavoro, rivolgendosi all'Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione, utilizza, senza soluzione di continuità, quali lavoratori somministrati a termine, i medesimi soggetti già assunti direttamente a tempo determinato nei periodi di obbligatoria interruzione fra un contratto di lavoro subordinato a termine e il successivo;
- un datore di lavoro, rivolgendosi all'Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione, utilizza, senza soluzione di continuità, quali lavoratori somministrati a termine, i medesimi soggetti già assunti direttamente a tempo determinato per 12 mesi, eludendo l'obbligo di individuare la causale giustificativa che incombeva nel rinnovo o nella proroga del rapporto di lavoro a termine;
- un datore di lavoro utilizza un determinato numero di lavoratori somministrati a tempo determinato, rivolgendosi in modo sistematico all'Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione che seleziona un gruppo di lavoratori stabilmente individuati, i quali vengono designati

solo successivamente, quotidianamente, con la costituzione di rapporti di lavoro giornalieri o settimanali;

- un datore di lavoro, rivolgendosi all'Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione, utilizza, senza soluzione di continuità, quali lavoratori somministrati a termine, i medesimi soggetti già assunti direttamente a tempo determinato per 24 mesi, eludendo l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato o di ulteriore contratto a termine di 12 mesi attivando l'apposita procedura presso l'Ispettorato Territoriale del Lavoro, che incombeva nel rinnovo o nella proroga del rapporto di lavoro a termine;
- un datore di lavoro utilizza, senza soluzione di continuità, quale lavoratore somministrato a termine, lo stesso soggetto già assunto direttamente in azienda e poi licenziato per essere assunto dalla Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione e inviato in missione presso l'*ex* datore di lavoro, quale utilizzatore, in seguito a somministrazione di lavoro, eludendo le norme contrattuali collettive in materia di anzianità lavorativa;
- un datore di lavoro, rivolgendosi ad una nuova Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione, utilizza, senza soluzione di continuità, quali lavoratori somministrati a termine, i medesimi soggetti già assunti da altra Agenzia per il lavoro e utilizzati in azienda fino alla durata massima prevista per il singolo contratto di somministrazione di lavoro a termine;
- un lavoratore svantaggiato assunto direttamente in azienda viene licenziato per essere poi assunto dall'Agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione e inviato in missione presso l'*ex* datore di lavoro, quale utilizzatore, in seguito a somministrazione di lavoro, con trattamento retributivo inferiore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 13, comma 1, lettera *b*), Decreto legislativo n. 276/2003;
- una somministrazione a tempo indeterminato viene più volte riproposta presso lo stesso utilizzatore da una o più agenzie di somministrazione, con l'effetto di dare vita a singoli periodi di somministrazione, di fatto a tempo determinato, in ipotesi in cui la ditta utilizzatrice applica un contratto collettivo di lavoro che stabilisce un limite quantitativo alla somministrazione a tempo determinato di fatto superato con l'artificio fraudolento.



# Approfondimenti

SOMMINISTRAZIONE FRAUOLENTA				
Fonte normativa	Illecito	Fonte sanzionatoria	Sanzione	Estinzione agevolata
<i>Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 (introd. dall'art. 2, c. 1-bis, D.L. n. 87/2018, conv. dalla legge n. 96/2018)</i>	Per avere posto in essere la somministrazione di lavoro con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. (somministratore e utilizzatore)	<i>Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 (introd. dall'art. 2, c. 1-bis, D.L. n. 87/2018, conv. dalla legge n. 96/2018)</i>	Ammenda di euro 20 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. Il contratto di somministrazione è nullo perché in frode alla legge, i lavoratori interessati sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore	Prescrizione (art. 15, D.Lgs. n. 124/2004) Oblazione

## Entrata in vigore delle disposizioni

Con riferimento alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, al lavoro a termine nell'ambito di una somministrazione di lavoro, la norma entra in vigore il 14 luglio 2018 e, si ritiene, nel silenzio del legislatore, per i rapporti di lavoro instaurati a partire da tale data.

Sotto altro profilo, infine, l'art. 1, comma 3, D.L. n. 87/2018, stabilisce che le nuove norme sul lavoro a termine, anche con riferimento al lavoro a termine nel contesto di una somministrazione di lavoro, non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, per le quali, pertanto, seguitano a trovare applicazione le disposizioni in vigore anteriormente al 14 luglio 2018, con l'effetto perverso di un medesimo testo normativo (D.Lgs. n. 81/2015) vigente in due distin-

te versioni, una per il lavoro nel privato (quella novellata dal D.L. n. 87/2018) e una per il lavoro nel pubblico (quella in vigore fino al 13 luglio 2018).

Le disposizioni introdotte con i commi 01, 02 e 1-bis, art. 2, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, entrano invece in vigore il 12 agosto 2018 essendo state le stesse inserite nel contesto normativo soltanto in sede di conversione del Decreto legge.

Infine, la norma contenuta nell'art. 2, comma 1-ter, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, retroagisce la propria efficacia al 14 luglio 2018, trattandosi di disposizione con valore di interpretazione autentica della portata normativa dell'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 come modificato dal medesimo Decreto legge.