

Approfondimenti

Indicazioni operative

Somministrazione fraudolenta: rischi maggiori per chi trasgredisce

Vitantonio Lippolis - Coordinatore delle aree della vigilanza presso l'ITL di Modena

Contestazione del reato di somministrazione fraudolenta anche alle agenzie di lavoro autorizzate e cumulo dell'ammenda con la sanzione prevista in caso di appalto illecito. Sono queste alcune delle novità previste dall'Ispettorato nazionale del lavoro con la circolare n. 3/2019 in virtù della quale l'Agenzia fornisce, al proprio personale ispettivo, specifiche indicazioni operative. In virtù di questi chiarimenti, il quadro punitivo complessivo subisce un apprezzabile aggravamento della posizione dei trasgressori.

Appalto genuino

Il punto di partenza della disamina non può che essere la definizione - sulla base della vigente disciplina normativa nonché dei consolidati orientamenti giurisprudenziali - del perimetro di licetità all'interno del quale è consentito agli operatori economici di muoversi, vale a dire la definizione del cosiddetto appalto genuino.

Per fare ciò occorre necessariamente prendere le mosse dalla definizione contenuta nell'art. 1655, Codice civile secondo cui "*l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*".

Per distinguere l'appalto lecito da quello illecito questa definizione va attualizzata in base alla successiva disciplina contenuta nell'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 in virtù della quale "*il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655, Codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte del-*

l'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Dal raffronto delle due norme si evince come i criteri che contraddistinguono e legittimano il c.d. **appalto genuino** sono:

- 1) l'organizzazione di mezzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto;
- 2) l'esercizio, da parte dell'appaltatore, del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- 3) l'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa.

In definitiva un appalto può essere definito "genuino" quando l'appaltatore non risulti essere un intermediario, ma un vero e proprio imprenditore che, come tale, impieghi una propria organizzazione produttiva ed assuma i rischi della realizzazione dell'opera, o del servizio pattuito. L'appalto, invece, maschera una interposizione illecita di manodopera, quando l'interposto si limita a mettere a disposizione del pseudo committente le mere prestazioni lavorative dei propri dipendenti.

Conseguenze previste in caso di appalto illecito

Sotto il fronte della punibilità degli illeciti va registrato, nel recente passato, un atteggiamento ambiguo da parte del legislatore. Difatti, l'abro-

Approfondimenti

gazione della somministrazione fraudolenta (1), la depenalizzazione di gran parte delle condotte interpositorie criminose previste dalla legge Biagi (2) (con conseguente derubricazione ad illecito amministrativo delle violazioni) e la previsione di un tetto massimo della relativa sanzione amministrativa ha, di fatto, provocato un incremento delle condotte illecite.

Resosi probabilmente conto del preoccupante dilagare di questo fenomeno ed allo scopo di rafforzare l'attività di contrasto, il legislatore ha parzialmente invertito la rotta reintroducendo il reato di somministrazione fraudolenta (3) e prevedendo una maggiorazione del 20% sugli importi dovuti per le sanzioni dell'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 (4).

In assenza degli elementi sostanziali e formali dell'appalto, si configura un'ipotesi di somministrazione abusiva a carico dello pseudo appaltatore, ed una conseguente utilizzazione illecita a carico dello pseudo committente.

Sotto il profilo civilistico il lavoratore interessato, può richiedere, mediante ricorso giudiziale *ex art. 414 c.p.c.*, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo committente.

Per l'appalto privo dei requisiti è prevista, inoltre a carico tanto dell'utilizzatore quanto dello pseudo appaltatore, la sanzione amministrativa di 60 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di irregolare occupazione (la violazione non è diffidabile *ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004* e, nell'importo complessivo, non può essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro). Al riguardo va evidenziato come la maggiorazione del 20% introdotta dalla legge di bilancio 2019, a fronte del congelamento della soglia massima, non produrrà effetti dissuasivi rilevanti in quanto il trasgressore, avvalendosi della possibilità del pagamento in misura ridotta previsto dall'*art. 16, legge n. 689/1981*, nella peggiore delle ipotesi si troverà a pagare comunque una sanzione amministrativa pari ad euro 16.666,66. Qualora venga accertato lo sfruttamento di minori nell'ambito dell'appalto illecito, il legislatore

ha previsto un aggravamento delle conseguenze sanzionatorie contemplando, a carico dei contravventori, la pena dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda fino a 360 euro per ogni giorno e per ciascun lavoratore minore illecitamente impiegato. In tal caso non è ovviamente prevista la procedura premiale della prescrizione obbligatoria.

Per mezzo della circolare n. 10/2018 l'INL ha ribadito (5) che gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto di lavoro s'intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione con conseguente preclusione, per gli ispettori in questi casi, di applicare la maxi-sanzione per lavoro "nero" e le altre sanzioni amministrative legate agli adempimenti di costituzione e gestione del rapporto di lavoro o del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale.

Somministrazione fraudolenta

La legge n. 96/2018 (6) ha reintrodotto, a far tempo dal 12 agosto 2018, il reato di somministrazione fraudolenta (7) che si realizza quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore.

In tal caso le conseguenze a carico dei contravventori saranno evidentemente più gravi. Difatti per questa violazione il legislatore ha previsto, in aggiunta alle sanzioni contemplate per la fattispecie dell'appalto illecito, l'ulteriore pena dell'ammenda di euro 20 per ogni lavoratore impiegato e per ogni giorno di lavoro. Diversamente da quanto accade per le sanzioni dell'*art. 18, D.Lgs. n. 276/2003*, in questo caso la sanzione è proporzionale e non sono previste soglie minime e massime.

Inoltre, come già in passato evidenziava la circolare ministeriale n. 7/2005, il contratto stipulato con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo deve - a prescindere dall'esistenza o meno di una forma scritta - ritenersi nullo per frode alla legge ai sen-

(1) Art. 28, D.Lgs. n. 276/2003, abrogato dall'*art. 55, D.Lgs. n. 81/2015*.

(2) Art. 1, c. 1, e 6, D.Lgs. n. 8/2016.

(3) Art. 38-bis, legge n. 96/2018.

(4) Art. 1, c. 445, lett. d), legge n. 145/2018.

(5) Cfr. pure Mips interpello n. 27/2014.

(6) Conversione del D.L. n. 87/2018 (cosiddetto "Decreto Dignità").

(7) Il reato era già previsto dall'*art. 28, D.Lgs. n. 276/2003* ma, dal 25 giugno 2015, è stato abrogato dall'*art. 55, D.Lgs. n. 81/2015*.

Approfondimenti

si del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c., con le conseguenze oggi previste dall'articolo 38, D.Lgs. n. 81/2015 secondo cui “*il contratto di somministrazione è nullo ed i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*”. Tale conclusione risulta, peraltro, coerente con la necessità di tutelare l’interesse pubblico protetto dalle norme inderogabili di legge e dalla contrattazione collettiva, vantaggio che i singoli lavoratori coinvolti potrebbero non avere interesse o la possibilità di difendere.

Riprendendo, quindi, un precedente orientamento (8), l’INL ha confermato che il personale ispettivo, a fronte di tale violazione, adotterà il provvedimento di prescrizione obbligatoria (9) intimando, ad entrambi i soggetti, la cessazione della condotta illecita. Più in particolare all'utilizzatore verrà imposta l'assunzione diretta di tutti i lavoratori illecitamente impiegati con decorrenza dall'inizio dell'appalto fraudolento. Di converso, la prescrizione dell'organo ispettivo al somministratore s'incentrerà sulla tenuta di una condotta idonea ad agevolare l'assunzione dei suddetti lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore.

In caso di ottemperanza alla prescrizione entro il termine assegnato, il procedimento sanzionatorio si concluderà col pagamento, entro trenta giorni, di una sanzione amministrativa pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione (nel caso di specie euro 5,00/lavoratore/giornata) ed il reato si estinguerà. In caso di non ottemperanza, invece, verrà data comunicazione dell'inadempimento all'A.G. ed al contravventore stesso ed il procedimento penale, nel frattempo sospeso, riprenderà il suo corso.

(8) cfr. Mlps circ. n. 5/2011.

(9) La prescrizione obbligatoria è un provvedimento impartito dal personale ispettivo dell'INL nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, conseguente all'accertamento di violazioni che costituiscono reato e si applica non soltanto quando l'inadempienza può essere sanata, ma anche nelle ipotesi di reato a "condotta esaurita" (vale a dire nei reati istantaneei, con o senza effetti permanenti), nonché nelle fattispecie in cui il reo abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all'emanazione della prescrizione. In origine l'istituto riguardava solo i reati in tema d'igiene e sicurezza del lavoro (v. art. 20, D.Lgs. n. 758/1994); successivamente (v. art. 15, D.Lgs. n. 124/2004) questo istituto è stato esteso a tutti i reati contravvenzionali in materia di lavoro e legislazione sociale puniti con la sola ammenda o con l'ammenda in alternativa all'arresto. La finalità di questo istituto è quella di eliminare i pericoli gravi e immediati per la sicurezza o per la salute dei lavoratori anche mediante l'individuazione in positivo delle misure atte a garantire la regolarizzazione. La prescrizione è definita dalla legge come "obbligatoria" in quanto deve essere formulata in ogni caso venga

Nell'ambito di un generale aggravamento del sistema repressivo delle violazioni per interposizione di manodopera, la legge di bilancio 2019 ha trascurato (almeno per il momento) l'ammenda di cui all'art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 anche se ha contemplato una sorta di "delega in bianco" a favore del Ministro del lavoro per l'individuazione, mediante apposito decreto, di ulteriori disposizioni in materia di lavoro e legislazione sociale la cui violazione comporterà l'applicazione di una sanzione maggiorata del 20% (10).

Pur essendo possibile imputare tutti gli atti compiuti dal somministratore/appaltatore per la costituzione o la gestione del rapporto all'utilizzatore/committente (11), sotto il profilo economico e normativo il lavoratore avrà inoltre diritto, per tutta la durata della somministrazione illecita/fraudolenta, ad un trattamento non inferiore a quello garantito ai lavoratori dipendenti in via diretta dell'utilizzatore/committente. Tale equiparazione potrà consentire agli ispettori del lavoro l'adozione, a carico dell'utilizzatore, del provvedimento di diffida accertativa ex art. 12, D.Lgs. n. 124/2004, sulla scorta del Ccnl da quest'ultimo applicato. Come ulteriore conseguenza del ripristino della fattispecie penale si ritiene, infine, che gli ispettori del lavoro debbano riferire all'Autorità Giudiziaria, ai sensi dell'art. 347 c.p.p., l'accertamento del reato in parola (con relativa adozione del provvedimento di prescrizione obbligatoria) anche in presenza di un eventuale ***contratto certificato***, senza alcuna necessità di seguire la preventiva procedura conciliativa postulata dall'art. 80, D.Lgs. n. 276/2003.

accertata, da parte dell'organo preposto, una violazione contravvenzionale punita con la pena dell'ammenda o con l'ammenda in alternativa all'arresto (come accade proprio per la violazione in esame). Resta comunque l'obbligo, in capo all'accertatore, di riferire all'autorità giudiziaria la notizia di reato ai sensi dell'art. 347 c.p.p. Con la prescrizione l'ispettore impatisce al contravventore, con atto scritto, le direttive per porre rimedio alle irregolarità riscontrate, fissando un termine (*max.* 6 mesi) per la relativa regolarizzazione. Entro 60 gg. dalla scadenza del termine prescritto l'organo di vigilanza verifica se la violazione è stata eliminata nei modi e nei termini indicati nella prescrizione. In caso di ottemperanza alla prescrizione il procedimento sanzionatorio si conclude col pagamento, entro 30 gg., di una sanzione amministrativa pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione ed il reato si estingue. In caso di non ottemperanza da parte del trasgressore, invece, viene data, entro 90 gg., comunicazione dell'inadempimento all'A.G. ed al contravventore stesso ed il procedimento penale (nel frattempo sospeso) riprende il suo corso.

(10) Art. 1, c. 445, lett. d), legge n. 145/2018.

(11) Cfr. art. 38, c. 3, D.Lgs. n. 81/2015.

Approfondimenti

Fonte Normativa	Illecito	Norma sanzionatoria	Conseguenze sanzionatorie
Art. 18, c. 1 e 2, D.Lgs. n. 276/2003	Somministrazione abusiva e utilizzazione illecita di manodopera;	Art. 1, c. 1, e 6, D.Lgs. n. 8/2016; Art. 1, c. 445, lett. d), legge n. 145/2018;	s.a. di 50 euro (+ € 10 di maggiorazione) per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione a carico del somministratore e dell'utilizzatore; (1) (2) <i>Violazione non diffidabile ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004;</i>
Art. 18, c. 5-bis, D.Lgs. n. 276/2003	Appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003	Art. 1, c. 1, e 6, D.Lgs. n. 8/2016; Art. 1, c. 445 lett. d), legge n. 145/2018;	s.a. di 50 euro (+ € 10 di maggiorazione) per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di illecita occupazione a carico del pseudo committente e del pseudo appaltatore; (1) (2) <i>Violazione non diffidabile ex art. 13, D.Lgs. n. 124/2004;</i>
Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015	Somministrazione fraudolenta: quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore	Art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015	Ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003, somministratore e utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione; <i>Violazione prescrivibile ex art. 15, D.Lgs. n. 124/2004;</i>

(1) La violazione resta penalmente sanzionata nel caso di accertato sfruttamento di minori con applicazione della pena dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda aumentata fino al sestuplo.
(2) La sanzione applicata non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro.
La maggiorazione del 20% prevista dall'art. 1, c. 445, legge n. 145/2018 si applica alle condotte che si realizzano a partire dall'1 gennaio 2019.
La suddetta maggiorazione verrà raddoppiata laddove, nei 3 anni precedenti, il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni amministrative o penali per i medesimi illeciti.

Le indicazioni operative dell'INL

Per mezzo della recente circolare n. 3/2019 l'INL ha fornito, al proprio personale ispettivo, alcune rilevanti indicazioni operative in merito alla reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta. In particolare, l'Agenzia ha puntualizzato quanto segue:

- vi sono degli **elementi sintomatici del reato** in questione che, una volta accertati, sono idonei a dimostrare la condotta fraudolenta. Difatti, si legge nella nota, il ricorso all'appalto illecito costituisce, di per sé, elemento sintomatico di una finalità fraudolenta, che il legislatore ha inteso individuare nell'elusione di "norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore". Fra queste norme, ad esempio, possono esservi quelle che stabiliscono la determinazione degli imponibili contributivi (art. 1, c. 1, D.L. n. 338/1989), o quelle che introducono divieti alla somministrazione di lavoro (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015), ovvero che prevedono determinati requisiti per la stipula del contratto (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o, ancora, specifici limiti alla somministrazione (artt. 31 e 33, D.Lgs. n. 81/2015). Nell'ambito di un appalto, afferma l'INL, "il conseguimento di effettivi risparmi sul costo del

lavoro derivanti dalla applicazione del trattamento retributivo previsto dal Ccnl dall'appaltatore e dal connesso minore imponibile contributivo, così come una accertata elusione dei divieti posti dalle disposizioni in materia di somministrazione, risulta sicuramente sufficiente a dimostrare quell'idoneità dell'azione antigiuridica che disvela l'intento fraudolento". La presenza di tali circostanze dovrà comunque essere supportata con l'acquisizione, da parte del personale ispettivo, di idonei elementi istruttori che si possono desumere anche dalla consultazione delle banche dati degli istituti previdenziali (verifica della correttezza contributiva) o dello stesso Ispettorato (es. pregresso ricorso al lavoro nero);

- in caso di appalto fraudolento, **l'ammenda di euro 20/lavoratore/giorno si aggiunge alla sanzione amministrativa di euro 60/lavoratore/giorno** prevista dall'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 per la somministrazione illecita. In tal caso il personale ispettivo dovrà, con distinti provvedimenti, contestare la violazione amministrativa e adottare la prescrizione obbligatoria nei termini sopra indicati;
- oltre che per mezzo dello schema negoziale dell'appalto, il reato di somministrazione fraudolenta può concretizzarsi anche per mezzo della

Approfondimenti

somministrazione effettuata da parte di agenzie autorizzate (art. 4, D.Lgs. n. 276/2003 e artt. 31, c. 1 e 2, 32 e 33, c. 1, lett. *a*, *b*, *c* e *d*), D.Lgs. n. 81/2015), tramite pseudo distacchi (art. 30, D.Lgs. n. 276/2003) o per mezzo di distacchi transnazionali illeciti (dell'art. 3, D.Lgs. n. 136/2016);

- nel caso in cui la condotta fraudolenta venga posta in essere da parte di un'agenzia di somministrazione autorizzata, troverà applicazione esclusivamente la sanzione di cui all'art. 38-bis D.Lgs. n. 81/2015 (e non anche quella di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003), con conseguente adozione della prescrizione obbligatoria nei confronti dell'utilizzatore (a causa di una probabile

dimenticanza, nella nota non si fa cenno anche all'agenzia come contravventore).

Essendo la somministrazione fraudolenta un reato di tipo permanente, l'Ispettorato, infine, chiarisce che - per le condotte che hanno avuto inizio prima della data di entrata in vigore della legge n. 96/2018 e che si siano protratte successivamente a tale data - il reato di cui all'art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 si può configurare solo a decorrere dal 12 agosto 2018, con conseguente commisurazione della relativa sanzione per le sole giornate successive (per il periodo antecedente resta applicabile soltanto la sanzione di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003).

INL, circolare n. 3/2019

Oggetto: legge 9 agosto 2018, n. 96 di conversione del D.L. 12 luglio 2018, n. 87, recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese" - art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 - somministrazione fraudolenta - indicazioni operative.

Il 12 agosto u.s. è entrata in vigore la legge n. 96/2018 che ha convertito con modifiche il D.L. n. 87/2018. La legge di conversione ha tra l'altro reintrodotto, all'art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015, il reato di somministrazione fraudolenta che si configura in tutti i casi in cui "la somministrazione di lavoro è posta in essere **con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore**".

L'illecito in questione è punito con la sanzione penale dell'**ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione**, restando tuttavia ferma l'applicazione dell'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 che punisce con sanzione amministrativa le ipotesi di somministrazione illecita.

La somministrazione fraudolenta era già prevista, con formulazione identica, dall'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003, successivamente abrogato dall'art. 55, D.Lgs. n. 81/2015. Su tale formulazione il Ministero del lavoro e delle politiche sociali aveva già avuto occasione di esprimersi fornendo indicazioni al personale ispettivo, in particolare in relazione alla configurabilità dell'illecito nei casi di utilizzo dello schema negoziale dell'appalto (cfr. ML circ. n. 5/2011).

Tanto premesso, si ritiene opportuno tornare in argomento su tali tematiche al fine di fornire ulteriori indicazioni operative al personale ispettivo, anche ad integrazione della recente circolare n. 10 dell'11 luglio 2018 in materia di appalto illecito.

Appalto illecito e somministrazione fraudolenta

Come anticipato, la citata circolare ML n. 5/2011 aveva già affrontato il tema dell'applicazione dell'art. 28, D.Lgs. n. 276/2003 alle ipotesi di appalto stipulato in assenza dei requisiti di cui all'art. 1655 c.c., al fine di eludere norme inderogabili di legge o contrattuali.

A fronte di tale illecito, la circolare autorizzava gli ispettori del lavoro **all'adozione della prescrizione obbligatoria** nei confronti:

- dello pseudo committente e dello pseudo appaltatore, attraverso l'intimazione alla **immediata cessazione dell'azione antidoverosa**;
- del committente fraudolento alla **regolarizzazione alle proprie dipendenze dei lavoratori impiegati**, chiarendo altresì che, nei confronti del medesimo committente-utilizzatore fraudolento, poteva essere adottato il provvedimento di **diffida accertativa per le somme maturette dai lavoratori impiegati nell'appalto a titolo di differenze retributive non corrisposte**.

Occorre in proposito anzitutto evidenziare che il ricorso ad un appalto illecito - e quindi alla somministrazione di lavoro in assenza dei requisiti di legge - già costituisce, di per sé, **elemento sintomatico** di una finalità fraudolenta, che il legislatore ha inteso individuare nella elusione di "norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore".

Tali norme possono individuarsi, a titolo esemplificativo, in quelle che stabiliscono la determinazione degli imponibili contributivi (art. 1, comma 1, D.L. 338/1989) o, più direttamente, in quelle che introducono divieti alla somministrazione di lavoro (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o prevedono determinati requisiti per la stipula del con-

Approfondimenti

tratto (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o, ancora, specifici limiti alla somministrazione (artt. 31 e 33, D.Lgs. n. 81/2015).

A fronte dell'utilizzo illecito dello schema negoziale dell'appalto, il conseguimento di effettivi risparmi sul costo del lavoro derivanti dalla applicazione del trattamento retributivo previsto dal Ccnl dall'appaltatore e dal connesso minore imponibile contributivo, così come una accertata elusione dei divieti posti dalle disposizioni in materia di somministrazione, risulta sicuramente sufficiente a dimostrare quell'***idoneità dell'azione antigiridica*** che disvela l'intento fraudolento.

Al riguardo, appare in ogni caso opportuno che le circostanze di cui sopra siano suffragate anche dall'acquisizione di elementi istruttori ulteriori quali, ad esempio, la situazione finanziaria non positiva dell'impresa committente (cfr. in proposito Cass. pen. 7 maggio 2015, n. 43813) desumibile anche dalla consultazione delle banche dati degli Istituti previdenziali (si pensi, ad esempio, alla correttezza dei versamenti o alla fruizione di ammortizzatori sociali) o di questo Ispettorato (si pensi ad un pregresso ricorso al lavoro nero).

In questo senso, anche in assenza di una condizione di sofferenza dell'impresa, può assumere rilevanza la considerazione della impossibilità, a fronte del fatturato annuo, di sostenere i costi del personale necessario per far fronte alla propria attività.

Somministrazione fraudolenta al di fuori dei casi di appalto illecito

Il reato di somministrazione fraudolenta può realizzarsi anche al di fuori di una ipotesi di pseudo appalto, addirittura coinvolgendo agenzie di somministrazione autorizzate, oppure nell'ambito di distacchi di personale che comportino una elusione della disciplina di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003 ovvero ipotesi di distacco transnazionale "non autentico" ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. n. 136/2016.

A titolo esemplificativo, potrà ravvisarsi una somministrazione fraudolenta nelle ipotesi in cui un datore di lavoro licenzi un proprio dipendente per riutilizzarlo tramite agenzia di somministrazione, violando norme di legge o di contratto collettivo.

È questa, del resto, una delle ipotesi che l'esperienza ispettiva ha frequentemente evidenziato e che ha trovato una forte diffusione in ragione di evidenti risparmi retributivi e/o contributivi in capo all'utilizzatore ed a scapito dei lavoratori.

In ogni caso, qualora la somministrazione fraudolenta si realizzi per il tramite di una agenzia autorizzata, è indubbio che la prova in ordine alla "specifica finalità" prevista dall'art. 38-bis debba essere più rigorosa.

Sanzioni

Nelle ipotesi di appalto e distacco illecito, con riferimento ai quali siano rinvenuti gli elementi della fraudolenza, stante la lettera, art. 38-bis ("ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18, Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276"), il personale ispettivo dovrà contestare la violazione amministrativa di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 e dovrà altresì adottare, in linea con le indicazioni fornite con la richiamata circolare n. 5/2011, la prescrizione obbligatoria ***volta a far cessare la condotta antigiridica attraverso l'assunzione dei lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore per tutta la durata del contratto***.

Si rammenta che per la sanzione amministrativa di cui all'art. 18 non è ammessa la procedura di diffida ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. n. 124/2004, così come già chiarito nella circolare ML n. 6/2016, trovando applicazione esclusivamente l'art. 16, legge n. 689/1981.

Il calcolo delle giornate, effettuato ai fini della determinazione della sanzione amministrativa, avrà rilevanza anche ai fini della determinazione dell'importo dell'ammenda di cui all'art. 38-bis laddove, evidentemente, le eventuali discordanze non siano legate ai tempi di entrata in vigore del reato.

Sarà, infine, possibile adottare il provvedimento di diffida accertativa ex art. 12, D.Lgs. n. 124/2004 nei confronti del committente/utilizzatore, sulla scorta del Ccnl da quest'ultimo applicato.

Nei termini sin qui esposti, vanno quindi aggiornate le indicazioni fornite con circolare n. 10 dell'11 luglio u.s., che risultano ***valide limitatamente ai casi in cui l'appalto non risulti genuino*** in ragione dell'assenza dei requisiti di cui all'art. 1655 c.c.

Laddove, infatti, il personale ispettivo riscontri anche la finalità fraudolenta, sarà possibile adottare altresì il provvedimento di prescrizione obbligatoria e di diffida accertativa.

A tal fine, del resto, non appare ostativa la previsione di cui al comma 3-bis, art. 29 che si riferisce espressamente alle ipotesi di appalto non genuino di cui al comma 1 e non anche alla fattispecie di cui all'art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015.

Infine, nel caso in cui l'intento fraudolento sia ravvisato in ipotesi di somministrazione conforme alle disposizioni normative (art. 4, D.Lgs. n. 276/2003 e artt. 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), D.Lgs. 81/2015), troverà applicazione esclusivamente la sanzione di cui all'art. 38-bis, Decreto 81/2015, con conseguente adozione della prescrizione obbligatoria e del provvedimento di diffida accertativa nei confronti dell'utilizzatore.

Approfondimenti

Appare altresì possibile applicare il disposto di cui all'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015 (e 29, comma 3-*bis*, D.Lgs. n. 276/2003) relativo alla possibilità di imputare tutti gli atti compiuti dal somministratore/appaltatore per la costituzione o la gestione del rapporto all'utilizzatore/committente, atteso che anche nell'ipotesi di somministrazione fraudolenta ricorrono le medesime circostanze di fatto (ovvero comunicazione e registrazioni effettuate dal datore di lavoro formale).

Infine, anche nell'ipotesi di distacco transnazionale "non autentico" troverà applicazione la sanzione dell'art. 38-*bis*, D.Lgs. n. 81/2015, nella misura in cui il distacco, come talvolta avviene, sia funzionale all'elusione delle disposizioni dell'ordinamento interno e/o del contratto collettivo applicato dal committente italiano.

In particolare, perché si possa configurare la violazione dell'art. 38-*bis*, non è sufficiente accertare che la condotta abbia prodotto effetti sotto il profilo della applicazione elusiva del regime previdenziale straniero, ma è necessario altresì accertare la violazione degli obblighi delle condizioni di lavoro ed occupazione di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 136/2016.

Va, inoltre, considerato che la natura non genuina del distacco transnazionale comporta - ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs. n. 136/2016 - l'imputazione del lavoratore in capo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, fatti salvi gli effetti sotto il profilo contributivo connessi al disconoscimento dell'A1.

Nonostante ciò, ai fini sanzionatori, il personale ispettivo impartirà la prescrizione in virtù del disposto generale dall'art. 15, D.Lgs. n. 124/2004 che avrà ad oggetto la cessazione della condotta antigiuridica.

Regime intertemporale

La dottrina e la giurisprudenza (cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 16381/2010 e n. 25313/2015) sono concordi nel ritenere la somministrazione fraudolenta **un reato permanente**, atteso che la condotta risulta caratterizzata da un intento elusivo di norme contrattuali o imperative che trova ragione d'essere in una apprezzabile continuità dell'azione antigiuridica.

La natura permanente dell'illecito, comporta che l'offesa al bene giuridico si protrae per tutta la durata della somministrazione fraudolenta, **coincidendo la sua consumazione con la cessazione della condotta la quale assume rilevanza sia ai fini della individuazione della norma applicabile, sia ai fini della decorrenza del termine di prescrizione**.

Alla luce dei principi di cui agli articoli 1 ("nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilito") e 2, comma 1, ("nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato"), Codice penale nonché dell'orientamento della giurisprudenza di cui alla citata sentenza n. 16831/2010, si deve pertanto ritenere che, **per le condotte di somministrazione fraudolenta che abbiano avuto inizio prima del 12 agosto 2018 e che si siano protratte successivamente a tale data, il reato di cui all'art. 38-bis, D.Lgs. n. 81/2015 si possa configurare solo a decorrere dal 12 agosto 2018, con conseguente commisurazione della relativa sanzione per le sole giornate successive a tale data**.

Per il periodo precedente al 12 agosto 2018, resta invece ferma l'applicazione in via esclusiva delle sanzioni di cui all'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003.