

## Ispezioni

# Illecita interposizione, somministrazione fraudolenta e reazione degli organi ispettivi

Andrea Rapacciulo - Ispettore del lavoro in Milano

Gian Luca Bongiovanni - Consulente del lavoro

### **La dissociazione del rapporto datore/lavoratore**

Il persistere della crisi economica e dell'assenza di politiche capaci di condurre l'economia nazionale verso una crescita soddisfacente, porta con sé una costante ricerca, da parte dei soggetti economici, di soluzioni efficaci per ottenere i profitti desiderati; l'economia classica ci insegna che ciò si dovrebbe tradurre in investimenti per l'innovazione e in maggiore efficienza dei fattori produttivi, ma spesso si verifica un mero contenimento del costo del lavoro decentrando i processi aziendali o realizzando forme di flessibilità nell'utilizzo della manodopera.

In particolare, quest'ultimo è un tema sociale ed economico di attualità caratterizzato da fenomeni che si pongono anche oltre il confine del lecito, interponendo un soggetto terzo fra il datore di lavoro effettivo e il prestatore dell'opera con la finalità di realizzare una sorta di scudo per occultare gli effetti del rapporto di lavoro in termini di titolarità e responsabilità.

Cionondimeno si deve ricordare che il diritto prevede alcune fattispecie di interposizione assolutamente lecite: l'appalto, il distacco e la somministrazione autorizzata rappresentano le uniche tre ipotesi espressamente previste e disciplinate dal nostro ordinamento per mezzo delle quali si può verificare una dissociazione fra il datore di lavoro titolare e il soggetto utilizzatore / fruitore della prestazione lavorativa.

La dissociazione in argomento realizzata per mezzo di strumenti che non rispettano i requisiti richiesti dalle norme vigenti danno origine ad operazioni quali la somministrazione di manodopera illecita e/o fraudolenta; le pesanti sanzioni,

anche di natura penale, previste in questi casi costituiscono un grave rischio alla sopravvivenza dei piccoli imprenditori poco informati o attratti da sostanziose riduzioni di costo: in questo senso, un'ulteriore opera di informazione su questo tema, senza dubbio complesso e articolato, è quantomeno opportuna.

### **Appalto irregolare o illecito**

Come noto, l'appalto è un contratto tipico a prestazioni corrispettive, previsto dall'articolo 1655 codice civile, che svolge un'utile funzione nella regolamentazione dei rapporti economici fra gli imprenditori, nella filiera della produzione di molteplici settori. Ai fini giuslavoristici occorre però mettere in luce che in talune circostanze, caratterizzate da un'incidenza rilevante della componente "lavoro" rispetto all'organizzazione e ai mezzi utilizzati per la realizzazione dell'opera oggetto del contratto, l'istituto dell'appalto rischia di perdere la sua natura e di assumere connotazioni illecite: in assenza dei requisiti formali e sostanziali richiesti dalla legge e dalla giurisprudenza si configura una somministrazione illecita di manodopera il cui utilizzo da parte del committente è certamente vietato.

Il problema, riscontrabile anche da una semplice analisi comparata della disciplina del contratto di appalto e della somministrazione di manodopera, è ben noto: sin dall'abrogazione della legge n. 1369/1960 e dalla formulazione dell'articolo 29, Decreto legislativo n. 276/2003, il legislatore si è premurato di definire i criteri di distinzione fra l'appalto e la somministrazione di lavoro, ponendo l'attenzione in modo particolare sull'organizzazione che l'appaltatore in quanto imprenditore

# Approfondimenti

deve possedere. La lettura della norma non lascia dubbi: qualsiasi ipotesi di pseudo appalto nella quale lo pseudo appaltatore si limita a mettere manodopera a disposizione della controparte è ricordata alla somministrazione.

Anche la Giurisprudenza ha avuto modo di esprimere i principi guida e di mettere in luce gli indici sintomatici dell'appalto fittizio in molteplici occasioni; fra le tante, si segnalano la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1571 e svariate pronunce della Cassazione civile, sez. lav., fra le quali la n. 7898 del 6 aprile 2011, la n. 23522 del 16 ottobre 2013, la n. 7796 del 27 marzo 2017.

Sintetizzando, si può affermare che i problemi interpretativi sono presenti in modo particolare nei cosiddetti "appalti endo-aziendali", che comportano lo svolgimento delle lavorazioni all'interno della azienda committente. Evidentemente, in simili circostanze è più complessa la definizione dei ruoli, delle competenze e delle responsabilità ricadenti sul committente piuttosto che sull'appaltatore, ed è quindi assolutamente necessario prevedere modalità di coordinamento tra le due imprese; l'assenza di misure che evitino la commistione e l'interferenza tra i lavoratori costituisce senza dubbio un indice di non genuinità dell'appalto in questione.

Quando dunque l'operazione si concretizza in una mera messa a disposizione di forza lavoro (obbligazione di dare) e non in un impegno a realizzare l'opera o il servizio (obbligazione di fare), gli organi ispettivi sono chiamati alla contestazione dell'operazione e ad applicare le sanzioni previste dalla legge. A questo proposito, il Ministero del lavoro si è espresso numerose volte, sia durante il periodo in cui le sanzioni erano "depenalizzate" (circolare 11 febbraio 2011, n. 5), sia di recente in seguito alla reintroduzione di sanzioni di carattere penale a carico dei soggetti che realizzano l'operazione con finalità fraudolenta (circolari 11 luglio 2018, n. 10 e 11 febbraio 2019, n. 3).

## **Distacco non genuino**

Il secondo istituto giuridico che ammette, a determinate condizioni, la dissociazione fra il titolare del rapporto di lavoro e il beneficiario della prestazione del lavoratore è il distacco, disciplinato dall'articolo 30, D.Lgs. n. 276/2003. Me-

diante il distacco, il lavoratore dipendente viene temporaneamente inviato a svolgere la propria prestazione presso un altro datore di lavoro (soggetto distaccatario) il quale, pur non titolare del rapporto, utilizza la prestazione del soggetto distaccato inserendolo a pieno titolo nella propria organizzazione.

La condizione cardine per la liceità del distacco è l'esistenza di uno specifico interesse da parte del soggetto distaccante nel dare vita ad una simile operazione, apparentemente realizzata ad esclusivo vantaggio del distaccatario; la presenza dell'interesse specifico rende però lecita l'operazione purché esso (l'interesse) sia rilevante, specifico, persistente e concreto rendendo in tal modo palese che la causa dell'operazione non consiste in ragioni puramente economiche, ossia nel corrispettivo pagato dal distaccatario per le prestazioni fornite dal distaccato.

L'interesse può derivare da ogni tipo di esigenza, potendo fondarsi persino su opportunità di formazione a favore del lavoratore distaccato o su finalità di conservazione dei livelli occupazionali (articolo 8, comma 3, D.L. n. 148/1993).

Anche il rilievo temporale assume importanza relativa: il distacco non può avere un termine indefinito, ma può anche riguardare un lungo periodo di tempo (la "temporaneità" non significa "brevità") a condizione che il distacco si concluda una volta che l'interesse è soddisfatto o vengono meno le condizioni iniziali.

La mancanza di un interesse configura l'illiceità del distacco, ovvero una somministrazione di manodopera senza autorizzazione, in presenza della quale gli ispettori intervengono irrogando le sanzioni amministrative previste dall'articolo 18, D.Lgs. n. 276/2003: l'importo di 60 euro per ogni giornata lavorativa e ogni lavoratore interessato è comprensivo della rivalutazione del 20% decorrente dal 1° gennaio 2019, disposta dall'articolo 1, comma 445, legge n. 145/2018.

## **Somministrazione illecita o irregolare**

L'esempio più comune di dissociazione fra il titolare del rapporto di lavoro e il soggetto fruitore della prestazione lavorativa porta il nome di somministrazione ed è prevista dal D.Lgs. n. 276/2003. L'attuale formulazione è l'evoluzione della storica riforma contenuta nel "pacchetto Treu" (legge n. 196/1997) che permise di realizz-

# Approfondimenti

zare un'architettura derogatoria rispetto a molti intoccabili principi fino a quel momento imperanti: per la prima volta fu consentito ad un soggetto economico di esercitare l'attività di "affitto di manodopera", ma per raggiungere tale scopo si rese necessario prevedere una serie di condizioni e di requisiti che si sostanziano nel possesso di adeguata struttura organizzativa, solidità finanziaria e il possesso di elevati valori morali da parte del soggetto autorizzato.

In buona sostanza, la condizione di liceità è assai evidente: l'occupazione di un lavoratore deve avvenire nel rispetto di tutte le condizioni economico-normative obbligatorie, in modo che al lavoratore somministrato non possa essere recato alcun danno derivante dalla semplice circostanza di non essere stato assunto direttamente dal soggetto utilizzatore ma dall'intermediario: la retribuzione, la contribuzione e la sicurezza sociale garantite al lavoratore somministrato dovevano (e devono) essere le medesime applicate al suo collega già dipendente dall'impresa utilizzatrice. È proprio la violazione di questi principi di egualianza fra i lavoratori nell'ambito delle garanzie previste dall'ordinamento che genera la somministrazione irregolare e il guadagno illecito dell'intermediario non autorizzato.

Lo stesso legislatore individua alcune fattispecie di somministrazione irregolare: si va dalla mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione (o degli elementi obbligatori richiesti dall'articolo 33, D.Lgs. n. 81/2015), al superamento dei limiti numerici previsti (il 20% dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto), alla sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero. Finalità antielusive vietano l'assunzione presso unità produttive nelle quali si è proceduto, nei sei mesi precedenti, al licenziamento collettivo di lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, oppure ove è operante una sospensione o una riduzione dell'orario per Cig riguardante lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, mentre costituisce una forma di sanzione indiretta il divieto previsto nei confronti dei datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi prevista dalle norme di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

L'esercizio della somministrazione in violazione dei citati divieti comporta l'applicazione, sia in capo al somministratore che all'utilizzatore, delle sanzioni amministrative previste dall'articolo 18, D.Lgs. n. 276/2003: l'importo è di 60 euro per ogni giornata lavorativa e ogni lavoratore interessato.

Per la sanzione amministrativa non è ammessa la procedura di diffida *ex art. 13*, D.Lgs. n. 124/2004 (1/4 della sanzione in misura fissa oppure minimo edittale), ma è applicabile esclusivamente l'articolo 16, legge n. 689/1981 (1/3 della sanzione in misura fissa oppure somma più favorevole tra il doppio del minimo e 1/3 del massimo edittale).

## **Somministrazione illecita: l'approccio seguito dagli ispettori**

Innanzitutto occorre osservare che la costituzione del rapporto di lavoro nei confronti dell'effettivo utilizzatore della prestazione non è conseguenza automatica dell'ispezione ma è rimessa al Giudice del lavoro cui può rivolgersi il lavoratore formulando apposita domanda ai sensi dell'articolo 414 c.p.c.

In assenza della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore per mancato esercizio dell'azione da parte del lavoratore, il rispetto delle previsioni di legge e di contratto per quanto riguarda i profili retributivi può essere raggiunto mediante un provvedimento di diffida accertativa emesso dall'organo ispettivo nei confronti dello pseudo appaltatore riguardante le retribuzioni non correttamente corrisposte rispetto a quanto previsto dal Ccnl di riferimento e può essere adottato solamente nei confronti di quest'ultimo. Diversamente, nel caso il lavoratore avesse ottenuto l'assunzione da parte dell'utilizzatore, la diffida accertativa sarà emessa nei confronti dell'utilizzatore.

In alternativa al riconoscimento della titolarità del rapporto di lavoro, l'articolo 1676 c.c. consente al lavoratore di agire direttamente contro il committente per i crediti retributivi fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore.

Per quanto riguarda gli aspetti contributivi, l'unico rapporto di lavoro rilevante per l'ente previdenziale è quello con il datore di lavoro effettivo: una volta accertato che la prestazione lavorativa

# Approfondimenti

è resa in favore dell'utilizzatore, gli obblighi di natura pubblicistica gravano su quest'ultimo quale datore di lavoro di fatto.

Per la costituzione del rapporto tra il datore di lavoro e l'Ente previdenziale è sufficiente l'instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro e, come tale, non è conseguente alla stipula di un atto di

natura negoziale: il medesimo rapporto è indifferente alle eventuali vicende processuali lavoratore-datore, essendo del tutto sottratto alla disponibilità delle parti e non condizionato dalla scelta del lavoratore di esercitare l'azione per veder riconosciuto il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

	<b>Somministratore</b>	<b>Utilizzatore</b>	<b>Lavoratore</b>
<b>Appalto illecito</b>	Sanzione amministrativa di € 60 per ogni giorno e per ogni lavoratore	Sanzione amministrativa di € 60 per ogni giorno e per ogni lavoratore	Costituzione NON automatica del rapporto di lavoro in capo al committente/utilizzatore:
<b>Distacco illecito</b>	Non inferiore a € 5.000 e non superiore a € 50.000	Non inferiore a € 5.000 e non superiore a € 50.000	Art. 414 c.p.c. Art. 1676 c.c.
<b>Somministrazione illecita</b>	La diffida non è applicabile	La diffida non è applicabile	

## Somministrazione fraudolenta

Esiste la possibilità che le tre figure contrattuali sopra esposte (l'appalto, il distacco e la somministrazione di manodopera) risultino affette da patologie così rilevanti da comportare non solo l'irregolarità civilistica e amministrativa ma anche l'illiceità penale come reato di somministrazione fraudolenta: ciò avviene quando il negozio giuridico in questione viene posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore.

Il reato di somministrazione fraudolenta era già stato previsto con una formulazione identica all'attuale dall'articolo 28, D.Lgs. n. 276/2003 "legge Biagi", successivamente abrogato dal "Jobs Act" (articolo 55, D.Lgs. n. 81/2015) e infine reintrodotto dalla legge n. 96/2018 di conversione del "Decreto dignità", in vigore dal 12 agosto 2018, con la previsione del nuovo articolo 38-bis all'interno D.Lgs. n. 81/2015.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali aveva già avuto occasione di esprimersi su questo tema con la circolare n. 5/2011 fornendo indicazioni al personale istruttivo con particolare riguardo alla configurabilità dell'illecito nei casi di utilizzo dello schema negoziale dell'appalto anche se, come abbiamo visto, esso può essere rinvenuto anche in una somministrazione o un distacco illecito; più recentemente, il Ministero è tornato sul tema fornendo ulteriori importanti

chiarimenti con la circolare n. 3 dell'11 febbraio 2019.

Nel documento di prassi l'Ispettorato individua, a titolo di esempio, le norme inderogabili che, se violate, danno origine alla somministrazione fraudolenta:

- l'articolo 1, D.L. n. 338/1989 riguardante l'imponibile previdenziale;
- l'articolo 32, D.Lgs. n. 81/2015 che definisce i divieti alla somministrazione;
- gli articoli 31 e 33, D.Lgs. n. 81/2015 relativi ai requisiti e ai limiti della somministrazione.

Si tratta evidentemente di una elencazione meramente esemplificativa, in linea con la finalità operativa della circolare in commento.

La fattispecie della somministrazione fraudolenta si caratterizza come reato doloso per l'elemento soggettivo rappresentato dalla partecipazione psicologica dell'utilizzatore e del somministratore, che esprime la consapevolezza dolosa degli stessi psicologicamente orientata da parte dei due soggetti ad eludere il sistema normativo di protezione apprestato dall'ordinamento a favore del lavoratore, rappresentato dalle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (c.d. dolo specifico); in tal caso si fa riferimento al c.d. *consilium fraudis* quale effettiva consapevolezza dell'utilizzo illecito di manodopera. Elemento caratterizzante della fraudolenza è dunque la piena coscienza di chi agisce, con la volontà di porre in essere l'operazione vietata al fine di eludere il sistema legale o contrattuale posto a protezione del lavoratore.

# Approfondimenti

## Appalto illecito e somministrazione fraudolenta

In presenza di appalto non genuino, la circostanza che il committente realizzi, come avviene frequentemente ad esempio negli appalti “human intensive”, un effettivo risparmio sul costo del lavoro in virtù dell’applicazione alle maestranze dell’appaltatore di condizioni retributive e contributive a lui più favorevoli, è sufficiente per dimostrare la sussistenza della condotta elusiva e, conseguentemente, a configurare la somministrazione fraudolenta. In altri termini, la sussistenza di un contratto di appalto non genuino, costituisce, di per sé, un elemento sintomatico della finalità di eludere la legge, con particolare riferimento alle norme in materia di somministrazione di lavoro, ovvero quelle relative alla determinazione degli imponibili contributivi.

Sotto il profilo operativo, il personale ispettivo è chiamato ad accertare l’eventuale sussistenza dell’intento elusivo verificando, tra l’altro, la precarietà della condizione economica del committente mediante la verifica degli adempimenti previdenziali ovvero il ricorso agli ammortizzatori sociali. Inoltre, anche in assenza di una condizione di sofferenza dell’impresa committente, può assumere rilevanza sotto il profilo probatorio il valore del fatturato aziendale, laddove sia palesemente non congruo a sostenere il costo del personale necessario per lo svolgimento della propria attività.

L’applicazione integrale delle indicazioni operative rende la fattispecie dell’appalto illecito del tutto residuale, avendo elevato ad indici sintomatici della fraudolenza quelli che prima erano considerati indizi del carattere non genuino dell’appalto.

## Somministrazione illecita e somministrazione fraudolenta

La circolare del Ministero del lavoro n. 3/2019 precisa che nel caso in cui la somministrazione fraudolenta sia ipotizzata nei confronti di un’Agenzia per il lavoro autorizzata, in caso di ricorso alla somministrazione con il formale rispetto delle norme di cui al D.Lgs. n. 81/2015, la sussistenza della fraudolenza debba essere suffragata da un impianto probatorio più rigoroso.

Simile circostanza può verificarsi, ad esempio, nel caso in cui un imprenditore, dopo aver licen-

ziato un proprio dipendente, lo riassume di fatto per mezzo di un contratto di somministrazione con un’agenzia debitamente autorizzata, avente ad oggetto la fornitura di prestazioni di lavoro eseguite proprio dal lavoratore precedentemente licenziato.

Dal punto di vista sanzionatorio, il caso porta con sé evidenti finalità di elusione di norme di legge e/o di contratto collettivo ma determina l’insussistenza di eventuali differenze retributive; si applica dunque esclusivamente la sanzione dell’art. 38-bis (ammenda di euro 20) con conseguente adozione della prescrizione obbligatoria ex art. 15, D.Lgs. n. 124/2004 e del provvedimento di diffida accertativa ex art. 12, D.Lgs. n. 124/2004.

## Distacco illecito e somministrazione fraudolenta

Parimenti rispetto a quanto previsto per la somministrazione, anche per il distacco non genuino dovrà essere prestata attenzione alla natura dell’operazione avendo riguardo alle modalità di svolgimento delle prestazioni così come all’aspetto documentale con l’analisi dell’accordo tra le aziende cosiddetta “letterbox company”.

## Somministrazione fraudolenta: l’approccio degli ispettori

Sebbene sia caratterizzante del reato di somministrazione fraudolenta, gli ispettori del lavoro quali Ufficiali di Polizia giudiziaria non devono indagare l’elemento psicologico della condotta ma sono tenuti a raccogliere e a documentare gli elementi di fatto utili a supportare sia l’adozione della prescrizione obbligatoria ai sensi dell’articolo 15, D.Lgs. n. 124/2004, sia l’eventuale processo penale, dove potranno consentire l’indagine giudiziaria in merito al grado di partecipazione psicologica dei due soggetti agenti.

Il provvedimento di prescrizione obbligatoria nei confronti del committente/utilizzatore e dell’appaltatore/somministratore è finalizzata da un lato alla cessazione della condotta illecita accertata, dall’altro nei confronti del solo committente/utilizzatore, anche alla regolarizzazione (assunzione) alle proprie dipendenze dei lavoratori impiegati, in quanto gli stessi sono considerati alle sue dirette dipendenze.

# Approfondimenti

Entro 30 giorni dall'ottemperanza il contravvenitore può essere ammesso al pagamento della sanzione in forma agevolata (pagamento di  $\frac{1}{4}$  dell'ammenda massima): l'estinzione in sede amministrativa può essere disposta solo se il committente dimostra non soltanto di aver cessato dall'appalto non conforme alle previsioni di legge ma anche di aver proceduto alla regolarizzazione retributiva, contributiva e amministrativa dei lavoratori interessati mediante l'assunzione degli stessi per tutta la durata dell'appalto.

La circolare ministeriale prevede inoltre che in presenza dell'ipotesi di somministrazione fraudolenta, nei confronti del committente/utilizzatore possa essere adottato anche il provvedimento della diffida accertativa *ex art. 12, D.Lgs. n. 124/2004* che sarà calcolata sulle differenze retri-

butive maturate per effetto degli importi tabellari contrattuali previsti dal Ccnl applicato dal committente stesso e la retribuzione percepita nello stesso periodo dal soggetto appaltatore/somministratore.

Val la pena sottolineare che la sussistenza di un'ipotesi di fraudolenza comporta la sommaria della suddetta sanzione penale (20 euro di ammenda per ogni lavoratore e per ogni giornata) con quella amministrativa: le due sanzioni, specifica bene la circolare, si cumulano.

Infine si evidenzia che le conseguenze contributive sono le stesse sia in presenza di fraudolenza sia in assenza della stessa: i contributi vengono imputati direttamente al committente che come reale utilizzatore è l'unico datore di lavoro identificato dall'Ente previdenziale.

	<b>Somministratore</b>	<b>Utilizzatore</b>	<b>Lavoratore</b>
<b>Somministrazione fraudolenta</b>	Sanzione amministrativa di € 60 per ogni giorno e per ogni lavoratore Ammenda di € 20 per ogni giorno e per ogni lavoratore Prescrizione obbligatoria	Sanzione amministrativa di € 60 per ogni giorno e per ogni lavoratore Ammenda di € 20 per ogni giorno e per ogni lavoratore Prescrizione obbligatoria Diffida accertativa	Costituzione automatica del rapporto di lavoro in capo al committente / utilizzatore