Il reato di somministrazione fraudolenta

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** *clicca qui*
Per entrare nella ***Scuola di ADAPT*** *e nel progetto* **Fabbrica dei talenti**
scrivi a: selezione@adapt.it

Nel corpo del 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, è stata disposta la reintroduzione del reato contravvenzionale di "somministrazione fraudolenta".

A tre anni di distanza dall'abrogazione dell'articolo 28 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 che lo disciplinava, infatti, l'art. 2, comma 1-bis, del 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 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18 del decreto legislativo n. 276/2003.

Caratteristiche del reato

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 decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8, colpiscono la somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita, con la sola eccezione del rilievo penale della condotta che coinvolge lavoratori minori non occupabili.

In effetti, non costituisce più ipotesi di reato, per effetto del decreto legislativo n. 8/2016, la somministrazione abusiva (art. 18, comma 1, decreto legislativo 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. Rimane penalmente sanzionata, invece, 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.

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 del decreto legislativo 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

Con riferimento all'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", senza alcuna specificazione, quindi anche all'agenzia effettivamente autorizzata, rispetto alla quale, quindi, il nuovo articolo 38-bis del 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 etero-organizzati, con trattamenti retributivi e previdenziali (contributivi e assicurativi) senza dubbio meno garantistici rispetto a quelli che sarebbero 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 del decreto legislativo n. 81/2015 (introdotto dall'art. 2, comma 1-bis, del 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, la 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 del contratto di somministrazione che viene specificamente finalizzato alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali.

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 connoti 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 "bypassare" gli obblighi normativi generali in materia di assunzione e di collocamento della manodopera, oltreché 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 (anche nelle forme dell'appalto o del distacco illeciti), ma che di fatto opererà concretamente soltanto nei casi in cui la magistratura inquirente e 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.

Tuttavia, vale la pena segnalare, sotto un piano squisitamente pratico, 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 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 la intimazione nelle forme della prescrizione obbligatoria (di cui all'art. 15 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124) 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.

D’altra parte, come si accennava, le ipotesi in cui il nuovo articolo 38-bis del decreto legislativo n. 81/2015 (introdotto dall’art. 2, comma 1-bis, del d.l. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018) sembra avere più peso, 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 alla 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 alla 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, rivolgendosi alla 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 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, con trattamento retributivo inferiore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 13, comma 1, lettera b), del 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.

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 del decreto legislativo n. 276/2003, senza alcuna distinzione fra quello di natura penale (ormai, come detto, 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.

Quanto al criterio che occorre adottare ai fini del calcolo corretto della pena applicabile, la quantificazione dell'ammenda deriva da una doppia moltiplicazione, dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente: si pensi ad una somministrazione fraudolenta che coinvolge cinque lavoratori

per cinque 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 del decreto legislativo n. 81/2015 è, di fatto, oblazionabile (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 del 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, del 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 del decreto legislativo n. 124/2004, che in questo caso trasforma la pena in sanzione amministrativa ed estingue il reato soltanto perché, ed in quanto, il soggetto riconosciuto autore e responsabile della violazione penalmente sanzionata si sia riconosciuto colpevole procedendo, nel termine assegnato dagli Ispettori del Lavoro, a regolarizzare, riconducendola a norma sotto un profilo lavoristico, la situazione illecitamente posta in essere.

Pierluigi Rausei

ADAPT Professional Fellow

Docente di Diritto sanzionatorio del lavoro

Dirigente dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (*)

@RauseiP

(*) Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.

Scarica il **PDF**