



Somministrazione irregolare e obbligo contributivo

di Gianmauro Zannini

Tag: #lavoro #somministrazione #obbligocontributivo

Dal 25 giugno 2015 l'ordinamento si arricchisce di una nuova versione del sistema sanzionatorio applicabile ai fenomeni interpositori nei rapporti di lavoro. L'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, nel quadro della legge delega n. 183/2014, c.d. *Jobs Act*, determina infatti una sostanziale rivisitazione della materia a più di 10 anni dal d.lgs. n. 276/2003.

Il legislatore, con il recente decreto delegato del *Jobs Act*, ha abrogato (art. 55) una serie di disposizioni, tra cui gli artt. 18 commi 3-3-*bis*, gli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276/2003.

Il quadro sanzionatorio in caso di violazione delle norme in materia di somministrazione di lavoro ne risulta profondamente modificato, anche se restano più che attuali alcune considerazioni sugli effetti dell'accertamento dell'illegittimità della somministrazione nei confronti dei soggetti terzi portatori di interessi specifici.

In particolare, **il legislatore nulla prevede di innovativo in materia di obbligo contributivo nel caso di somministrazione irregolare.**

Per chiarezza il d.lgs. n. 81/2015 dedica alla somministrazione di lavoro gli artt. da 30 a 41.

All'art. 38 sotto la rubrica *Somministrazione irregolare* viene **recepita esplicitamente l'ipotesi di costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore in caso di somministrazione di lavoro in assenza di forma scritta**, contemplando la nullità della somministrazione e la chiara volontà di attribuzione dell'azione giudiziaria connessa a chiunque vi abbia interesse, tra cui il soggetto terzo costituito dall'ente previdenziale.

All'ipotesi di nullità della somministrazione per carenza di forma scritta (comma 1), il legislatore al comma 2 giustappone la somministrazione al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 31 comma 1 e 2, 32 e 33 comma 1 lettere a) b) c) e d), ribadendo l'opzione del lavoratore di azionare giudizialmente nei confronti anche solo dell'utilizzatore, la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, dall'inizio della somministrazione.

Il legislatore delegato palesa dunque ancora una volta questo intendimento: qualora la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti quantitativi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero insista su una delle ipotesi vietate, ovvero il contratto di somministrazione non contenga le indicazioni di cui all'art. 33 comma 1 (estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, numero di lavoratori da somministrare, indicazione della presenza di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e misure di prevenzione adottate, data di inizio e durata della somministrazione) il lavoratore può agire giudizialmente per la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione.

Al comma 3 dell'art. 38, con formule già presenti nei previgenti meccanismi sanzionatori, **viene ribadito l'effetto liberatorio dei pagamenti a titolo retributivo e contributivo** effettuati dal somministratore a favore dell'effettivo utilizzatore, nel caso il lavoratore agisca giudizialmente nei suoi confronti per la costituzione del rapporto di lavoro.

Il quadro delineato dal d.lgs. n. 81/2015 nell'ipotesi di somministrazione irregolare di cui al comma 2 dell'art. 38 **ripropone in sostanza un'azione costitutiva con legittimazione esclusiva del lavoratore illegittimamente somministrato.**

Una simile rappresentazione ha degli evidenti tratti di discontinuità con il sistema prefigurato dall'art. 1 comma 5 della l. n. 1369/1960 che consentiva un'azione di accertamento per la quale i lavoratori venivano considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore, proponibile da chiunque vi avesse interesse.

Da questa prospettiva deriverebbe come conseguenza rilevante che nella novella, come peraltro nel d.lgs. n. 276/2003, soggetti terzi quali INPS e INAIL che agissero per i contributi o premi nei confronti dell'utilizzatore, effettivo datore di lavoro, potrebbero sentirsi opporre la mancata costituzione del rapporto di lavoro in difetto di un'azione giudiziale promossa dal lavoratore.

A tal riguardo va in ogni caso osservato che il d.lgs. n. 276/2003 e l'attuale d.lgs. n. 81/2015 regolando specificamente il rapporto di lavoro, **nulla hanno innovato circa la generale disciplina del rapporto previdenziale e circa l'autonomo potere dell'INPS e dell' INAIL** di farne accertare i presupposti e dunque l'esistenza.

Questo principio già presente ad esempio nella pronuncia n. 996/2007 della S.C. ha come corollario che *quando l'istituto assicurativo faccia valere la sua qualità di soggetto autonomo del correlativo rapporto – per fonte, causa, soggetti e contenuto differente da quello pur connesso di lavoro – non soggiace al giudicato di inesistenza del rapporto di lavoro subordinato intervenuto tra il lavoratore e il suo datore di lavoro, rimane pertanto autonomamente legittimato a chiedere l' accertamento del proprio diritto.*

Il tema della continuità tra la vecchia e la nuova disciplina sanzionatoria è stata affermata da alcune pronunce della S.C., seppur riguardanti la previgente normativa.

In particolare merita attenzione la pronuncia n. 22910/2006 delle SS.UU. della S.C. laddove a proposito della nuova disciplina di cui alla d.lgs. n. 276/2003 si precisa che *la indicata disciplina, pur presentandosi come una innovazione, seppur rilevante, si configura anche nell'attuale assetto normativo come una eccezione non suscettibile né di applicazione analogica, né di interpretazione estensiva, cosicché, allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la suddetta disarticolazione (cioè dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore) si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi somministrazione irregolare ex art. 27 (d.lgs. n. 276/2003) o di comando in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30; fattispecie che giusto quanto sostenuto in dottrina continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera.*

Dunque la nullità della somministrazione o dello pseudo appalto e la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'utilizzatore/ committente potranno esser fatti valere dall'ente previdenziale non a tutti i possibili effetti, ma ai limitati fini necessari a fondare la sua pretesa contributiva, secondo la c.d. nullità virtuale, di matrice dottrinarica.

Va ricordato che se sotto il vigore della l. n. 1369/2060, del d.lgs. n. 276/2003 e da ultimo il d.lgs. n. 81/2015, l'utilizzatore subentra nei rapporti così come costituiti e gestiti dall'interposto,

beneficiando di atti solutori altrui, è anche vero che in ragione dell'efficacia retroattiva della pronuncia giudiziale è chiamato a rispondere in proprio, tra l'altro di eventuali differenze per crediti retributivi maturati nel periodo precedente, così come di eventuali differenze per contributi e premi assicurativi.

Va chiarito che l'art. 38 comma 2, 2° periodo del recente d.lgs. nulla ha innovato sul punto, concentrandosi esclusivamente sul preciso arco temporale tra la cessazione della "missione" del lavoratore irregolarmente somministrato e la pronuncia giudiziale di illegittimità della somministrazione, ha richiamato la natura risarcitoria degli effetti retributivi e contributivi dell'indennità prevista.

Sussiste dunque un interesse degli enti previdenziali a far emergere casi di interposizione nei rapporti di lavoro, quanto meno quando la formalizzazione soggettiva dei rapporti di lavoro abbia determinato un differente versamento di contributi e premi previdenziali.

A sostegno della tesi della piena legittimazione dell'ente previdenziale depongono i principi di effettività, di autonomia del rapporto previdenziale nonché di indisponibilità degli obblighi previdenziali da parte dei soggetti del rapporto tri latero: ente previdenziale, datore di lavoro, lavoratore.

In base al principio ermeneutico generale di effettività, la sostanza prevale sulla forma, con la conseguenza che la disciplina applicabile è quella normativamente prevista per la tipologia del rapporto di lavoro posto concretamente in essere e non quella del contratto adottato simulatamente o fraudolentemente dalle parti.

In base ai principi di autonomia del rapporto previdenziale, che informa il nostro sistema di welfare, **le obbligazioni contributive del datore di lavoro nei confronti dell'ente previdenziale non si conformano pedissequamente alle obbligazioni**, afferenti il rapporto di lavoro subordinato, scaturenti dalle leggi, dalle disposizioni collettive e dalle pattuizioni individuali, costituendo un *alterum genus*.

Com'è noto la contribuzione è calcolata sulla c.d. retribuzione parametro, declinata dall'art 1 l. n. 389/1989, indipendentemente dall'accettazione da parte del lavoratore di un trattamento economico inferiore a quello legale o contrattuale e dal contratto collettivo concretamente applicato dal datore di lavoro, ed è dovuta anche in caso di mancata erogazione della retribuzione.

Dalla combinazione di detti principi può trarsi la conseguenza che **qualora non si realizzi una dissociazione tra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, autorizzata dalla legge, l'effettivo datore di lavoro acquista o riacquista la titolarità di tutte le situazioni giuridiche** soggettive passive, come di quelle attive, correlate al rapporto di lavoro, fatta salva l'espressa regolamentazione normativa di taluni aspetti particolari sul versante privatistico o pubblicistico.

In altri termini, premesso che in genere la predetta dissociazione è vietata, salvi i casi espressamente previsti dalla legge ed entro i precisi limiti tipizzati, qualora si esorbiti dalla disciplina derogatoria si torna all'ordinaria disciplina legale salvo che la legge non preveda per taluni aspetti una diversa disciplina che anche in tal caso non può esser applicata estensivamente o analogicamente, in quanto derogatoria dei principi generali.

Perciò quanto espressamente previsto per il rapporto di lavoro non può avere ripercussioni sul rapporto previdenziale.

Ne consegue che la mancata iniziativa del lavoratore che può dipendere da fattori di coazione della sua libertà di auto determinazione, non può inibire le pretese dell'ente previdenziale.

Sostenere come in varie occasioni è successo che il lavoratore è l'unico soggetto legittimato a determinare non solo la sorte del suo rapporto di lavoro, ma anche la portata degli obblighi legali consequenziali, gli conferirebbe una capacità dispositiva dei contributi previdenziali.

Il rapporto di lavoro, a causa dell'inerzia del lavoratore, potrà mantenere la sua apparenza fittizia, ma sotto il profilo previdenziale la reale situazione potrà riemergere ad iniziativa dell'Istituto interessato, senza tema, tra l'altro, di indebiti arricchimenti da parte dell'Inps, in quanto la contribuzione è dovuta una sola volta, in conformità alla effettività dei rapporti.

Gianmauro Zannini