



Direzione generale

Agli Ispettorati interregionali e territoriali del lavoro

Al Comando Carabinieri per la Tutela del Lavoro

*All'INPS
Direzione centrale entrate e recupero crediti*

*All'INAIL
Direzione centrale rapporto assicurativo*

e p.c.

*Al Ministero del lavoro e delle politiche sociali
Direzione generale dei rapporti di lavoro e
delle relazioni industriali*

Al Comando generale dell'Arma dei Carabinieri

Al Comando generale della Guardia di Finanza

Alla Provincia Autonoma di Bolzano

Alla Provincia Autonoma di Trento

All'Ispettorato regionale del lavoro di Palermo

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 del 2015 – somministrazione fraudolenta – indicazioni operative.

Il 12 agosto u.s. è entrata in vigore la L. 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* del 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 del D.Lgs. n. 276/2003, successivamente abrogato dall'art. 55 del 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 maturate 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, del 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 contratto (art. 32, D.Lgs. n. 81/2015) o, ancora, specifici limiti alla somministrazione (artt. 31 e 33 del 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 anti giuridica** 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 correntezza 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 "*specificità 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 dell'art. 38 *bis* ("*ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*"), il personale ispettivo dovrà contestare la violazione amministrativa di cui all'art. 18 del 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 antigiuridica 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 del D.Lgs. n. 124/2004, così come già chiarito nella circolare ML n. 6/2016, trovando applicazione esclusivamente l'art. 16 della L. 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 del 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* dell'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* del 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), del D.Lgs. 81/2015), troverà applicazione esclusivamente la sanzione di cui all'art. 38 *bis* del decreto 81, con conseguente adozione della prescrizione obbligatoria e del provvedimento di diffida accertativa nei confronti dell'utilizzatore.

Appare altresì possibile applicare il disposto di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 (e 29, comma 3 *bis*, del 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* del 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 del D.Lgs. n. 136/2016.

Va, inoltre, considerato che la natura non genuina del distacco transnazionale comporta – ai sensi dell'art. 3, comma 4, del 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 del 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 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 stabilite"*) e 2, comma 1, (*"nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato"*) del 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 del 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 del D.Lgs. n. 276/2003.

IL DIRETTORE GENERALE
Leonardo ALESTRA