

Somministrazione irregolare, fraudolenta e appalto illecito: differenze e compatibilità

Roberto Scaramella *Avvocato in Milano*



Approfondimento sugli elementi distintivi delle diverse fattispecie interpositorie che vengono spesso contestate contestualmente ed indiscriminatamente in sede di ispezione sul lavoro

Sovente accade che gli enti ispettivi durante lo svolgimento della attività di vigilanza, riscontrando delle fattispecie interpositorie, tendano a contestare contestualmente ed indiscriminatamente tutte le ipotesi di reato previste dalla legge n. 276/2003, senza effettuare alcuna distinzione tra una fattispecie e l'altra. La somministrazione irregolare e fraudolenta viene spesso contestata unitamente alla violazione prevista dall'art. 21, legge n. 646 del 13.9.1982, quando l'attività ispettiva interessa appalti pubblici. In verità, sono richiesti dalla norma comportamenti ed elementi differenti e spesso divergenti, perché si perfezionino le varie fattispecie di reato su richiamate. Si rende necessario, quindi, al fine di cogliere le differenze tra i reati, un approfondimento sugli elementi che distinguono il reato della somministrazione illecita, previsto dall'art. 18, comma 5, Dlgs n. 276/2003, dalla somministrazione fraudolenta, art. 28, comma 1, del Dlgs n. 276/2003, rispetto alla violazione della normativa sugli appalti ex art. 21, legge n. 646/1982.

Infatti, diverse sono le condotte e gli elementi soggettivi ed oggettivi necessari per il perfezionarsi delle su indicate ipotesi di reato.

Somministrazione illecita

Art. 18, comma 5-bis, Dlgs 10.9.2003, n. 276

Nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

Somministrazione di lavoro illecita se occultata da un appalto

Detta fattispecie sanzionata dalla legge n. 276/2003 si perfeziona ogni qualvolta sia posta in essere una attività di somministrazione di mere prestazioni di lavoro, occultata da un contratto di appalto.

Perché possa essere riscontrata in sede di attività ispettiva detta violazione è necessario che nello svolgimento dell'appalto o del subappalto il supposto *appaltatore o subappaltatore sia privo di autonomia imprenditoriale, utilizzi macchinari e attrezzature della committente e sia sostanzialmente assente l'autonoma gestione dell'appalto da parte dell'appaltatrice o subappaltatore* (in tal senso Tribunale di Roma, sez. lav., 24 maggio 2007, n. 10135, Cass., 19.7.2005, n. 15166), ed è necessario che detta attività sia posta in essere da un soggetto privo della autorizzazione prevista per lo svolgimento di attività di somministrazione.

Perché detta fattispecie criminosa possa essere oggetto di contestazione non è necessario invece l'elemento psicologico del dolo essendo sufficiente la semplice colpa od omissione.

Non è, quindi, necessario che la condotta illecita sia posta in essere con un intento elusivo ma è sufficiente che le modalità di gestione dell'attività lavorativa all'interno dell'appalto

siano quelle su descritte, non assumendo, in tal caso, alcuna rilevanza il fatto che il ricorrente abbia scientemente o volontariamente eluso norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. In tali casi le conseguenze saranno quelle dell'applicazione della pena dell'ammenda di euro 50,00 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, pena obblazionabile a norma dell'art. 162 c.p.

Somministrazione fraudolenta

Art. 28, Dlgs 10.9.2003, n. 276

Ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore ed utilizzatore

sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione.

La somministrazione fraudolenta, pur essendo anch'essa un reato contravvenzionale, si caratterizza per un *quid pluris* rispetto all'ipotesi di reato della somministrazione illecita, ovvero, per la presenza del dolo, elemento psicologico indispensabile per la contestazione della predetta fattispecie criminosa.

Perché si perfezioni detta ipotesi di reato è necessaria, infatti, la presenza del dolo specifico, ovvero, occorre che l'agente abbia piena coscienza del fatto materiale e che agisca con lo specifico scopo di eludere norme inderogabili di legge o di contratto.

Affinché possa essere effettuata da parte degli enti ispettivi la predetta contestazione, non è sufficiente, quindi, che l'accertatore fornisca prova del fatto contestato, ma deve altresì fornire prova dell'elemento psicologico presente a monte di tale comportamento.

Ad avviso di chi scrive, non è sufficiente, quindi, che vengano riscontrati, in uno pseudo contratto di appalto, semplicemente gli elementi caratterizzanti la mera somministrazione di manodopera, l'assenza da parte dell'appaltatore di una propria autonomia imprenditoriale, l'utilizzo dei mezzi di produzione della committente ed il fatto che il personale dell'appaltatore sia di fatto sotto il controllo e la direzione del committente (elementi questi sufficienti perché intervengano le contestazioni di cui all'art. 18, comma 5-bis, Dlgs n. 276/2003) ma è necessario che vi sia prova della specifica volontà da parte dell'agente di aggirare le norme di legge e di contratto poste a tutela dei diritti del lavoratore.

Fornire gli elementi probatori necessari a comprovare tale specifico elemento psicologico è cosa ben ardua.

Infatti, se è vero che potrebbero essere tratti, durante l'accertamento, degli indici rivelatori o quantomeno indicativi di una attività fraudolenta, quale la sistematica costituzione ed il periodico scioglimento di enti giuridici rivolti esclusivamente allo scopo di costituire da soggetto intermediario e consentire l'utilizzo di personale, di fatto sottoposto alle direttive della committenza, ma gestito con un trattamento normativo e contrattuale in grado di garantire dei costi del lavoro più bassi; è vero anche che di tale intento e tale sistematica attività di elusione l'ente ispettivo deve fornire concreta prova e non semplici costruzioni

Somministrazione di lavoro fraudolenta se c'è anche dolo

giuridiche o ricavare comportamenti standard da cui fare derivare la predetta contestazione.

Ad avviso di chi scrive, la piena prova su detti comportamenti potrà essere fornita dietro specifica confessione o in base a dichiarazioni testimoniali in grado di comprovare che le parti coinvolte erano a conoscenza dell'illiceità del comportamento assunto e che lo stesso faceva parte di uno schema contrattuale scientemente adottato al solo scopo di eludere le norme di legge.

Malgrado sia piuttosto arduo, quindi, fornire prova specifica della frodolenza della somministrazione, molto spesso alcuni enti ispettivi tendono a contestare indistintamente ambedue le fattispecie criminose senza fornire, di fatto, sufficienti elementi per distinguere una fattispecie dall'altra.

Appalto illecito

Art. 21, legge 13.9.1982, n. 646

Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente, è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo di valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto.

Quando la somministrazione illecita e fraudolenta vengono riscontrate durante verifiche su appalti soggetti alla disciplina di cui alla legge n. 646 del 13.9.1982 può accadere che alla contestazione della somministrazione illecita e fraudolenta si accompagni anche la contestazione della violazione prevista dall'art. 21, legge n. 646 del 13.9.1982. Pur avendo, in passato, la Suprema Corte

(Cass. 29.10.1996, n. 10310) ritenuto astrattamente compatibile la contestazione della fattispecie criminosa della intermediazione di manodopera (n. 1369/1960) con la violazione dell'art. 21, legge n. 646 del 13.9.1982 (ovvero il subappalto di servizi pubblici senza autorizzazione) in quanto norme rivolte a perseguire diverse finalità (l'una rivolta alla tutela dei diritti dei lavoratori e l'altra a prevenire l'infiltrazione all'interno degli

appalti pubblici di aziende non conosciute alla amministrazione), seri dubbi sorgono circa la compatibilità dei comportamenti necessari perché si perfezionino le tre fattispecie criminose. Infatti, a parere di chi scrive, da un'analisi della normativa, è quantomeno difficile poter procedere con la contestazione della somministrazione irregolare e fraudolenta, contestando contestualmente l'assegnazione in subappalto a terzi di attività non consentite.

Ci troviamo, infatti, dinanzi alle prime due fattispecie in tutti i casi in cui il supposto *appaltatore (subappaltatore nel caso di specie) sia privo di autonomia imprenditoriale, utilizzi macchinari e attrezzature della committente e sia sostanzialmente assente l'autonoma gestione dell'appalto da parte della subappaltatrice*. Mentre ci troviamo dinanzi ad un subappalto nei casi in cui l'attività viene effettuata dal subappaltatore con mezzi e attrezzature proprie sotto la propria esclusiva ed autonoma direzione. Peraltro la Suprema Corte (Cassazione penale, sez. III, 29 novembre 2007, n. 792), specifica che, affinché si possa configurare un appalto non consentito ai sensi dell'art. 21, legge n. 646 del 13.9.1982 è necessario che parte del lavoro, ed in particolare i lavori dichiarati come non appaltabili, siano stati affidati a terzi «che abbiano effettuato l'attività con propri mezzi e con propri dipendenti ed in materia autonoma, realizzando in tal modo lo stesso risultato che si sarebbe conseguito stipulato un formale contratto di subappalto».

La Cassazione ha, infatti, chiarito che «sussiste il reato di cui all'art. 21, legge 13 settembre 1982, n. 646, come modificato dall'art. 8, legge 19 marzo 1990, n. 55, allorché la materiale esecuzione dell'opera oggetto dell'appalto sia effettuata, in tutto o in parte, non direttamente dall'appaltatore, anche tramite i propri dipendenti prestatori d'opera, ma per mezzo di soggetti che, rispetto all'attività imprenditoriale dell'appaltatore, operino in maniera autonoma, non intrattenendo con questi alcun rapporto di lavoro subordinato. Cassazione penale, sez. I, 27 ottobre 1993, Vacca, Cass. pen., 1995, 1971 (s.m.) *Mass. pen. cass.* 1994, fasc. 10, 3.

Il presupposto, invece, per la contestazione delle altre due fattispecie di reato, come abbiamo visto, è esattamente l'opposto, ovvero che non vi sia stata organizzazione imprenditoriale ed autonomia gestionale posta in essere da parte del terzo «somministratore» e che il personale utilizzato abbia svolto l'attività sotto la direzione ed il controllo dell'«utilizzatore», al punto che la norma stessa

prevede che il personale, in tal modo impiegato, sia da considerarsi *ab origine* dipendente di chi ne ha utilizzato le prestazioni.

Stante a quanto esposto sarebbe astrattamente difficile poter procedere con tutte e tre le contestazioni.

Quantomeno, ciò sarebbe possibile nel caso in cui il personale adibito all'appalto, se pur assunto dalla committente o appaltatrice principale, andasse a svolgere l'attività lavorativa sotto il controllo e la direzione di una subappaltatrice non autorizzata.

In detto caso, ci troveremo dinanzi ad una fattispecie compatibile con la contestazione sia degli illeciti di cui agli artt. 18, comma 5-bis, e 28 della legge n. 276/2003 che con l'illecito di cui all'art. 21, legge n. 646/1982.

Infatti, in tal caso i lavori sarebbero effettivamente svolti sotto la direzione ed il controllo di un subappaltatore non autorizzato, che svolge la predetta attività in maniera autonoma, non intrattenendo con questi alcun rapporto di lavoro subordinato; e nello stesso tempo si verificherebbe all'interno dello stesso appalto una fattispecie sanzionabile come somministrazione illecita in quanto il personale formalmente assunto dall'appaltatore principale si troverebbe a svolgere la propria attività sotto la direzione ed il controllo del subappaltatore.

Più difficile sarebbe la possibilità di contestazione di tutte e tre le fattispecie criminose in altre situazioni rinvenibili nella normale attività di vigilanza, ovvero i casi in cui il personale formalmente assunto da un terzo svolga l'attività sotto la direzione ed il controllo del committente o dell'appaltatore principale.

Quanto esposto salvo che l'accertatore non tenda ad equiparare la contestazione della somministrazione irregolare o fraudolenta in sede di appalto pubblico con un cottimo non autorizzato.

In tal caso, essendo il cottimo caratterizzato, per sua natura, da una inferiore autonomia nella gestione della attività, la contestazione di tutte e tre le fattispecie sarebbe più agevole.

Trattandosi però di norme penali in cui trova applicazione il principio del *favor rei* e le cui conseguenze hanno una notevole incidenza sulla vita di una azienda, in quanto le contestazioni si possono accompagnare anche ad inibitorie alla partecipazione di appalti pubblici, si ritiene che per l'accertatore la cautela nell'effettuare dette contestazioni sia d'obbligo e che l'analisi delle fattispecie di reato prima della contestazione debba essere effettuata con la dovuta prudenza.

Difficile contestare l'appalto illecito insieme alle altre due fattispecie