

La recente riforma dei contratti di lavoro ha inciso notevolmente sull'attività ispettiva e sanzionatoria. In particolare, il d.lgs. n. 81/2015 ha innovato in tutti i settori dell'ordinamento sanzionatorio: civile, amministrativo ed anche penale. Gli istituti di maggior rilievo appaiono, rispettivamente, le collaborazioni "etero-organizzate" di cui all'art. 2 del decreto menzionato, la nuova sanzione amministrativa prevista per il contratto a termine, ed infine la nuova disciplina penalistica della somministrazione, ora priva della figura della somministrazione fraudolenta.

Le collaborazioni etero-organizzate

L'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ha già suscitato un ampio dibattito in dottrina, soprattutto in relazione alla sua incerta natura giuridica. In questa sede rilevano, più limitatamente, i suoi riflessi sull'attività ispettiva e cioè l'utilizzo a fini accertativi di tale nuovo strumento da parte degli organi di vigilanza. Da questo punto di vista, peraltro trascurato sinora nei dibattiti dottrinali, l'art. 2 menzionato appare la disposizione specificamente deputata, nel contesto del riordino dei contratti, a perseguire l'obiettivo «di rendere più efficiente l'attività ispettiva» di cui all'art. 1, comma 7 della legge delega n. 183/2015.

Stabilendo che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applica ai rapporti di collaborazione alle condizioni previste, la tecnica legislativa tesa al disvelamento delle collaborazioni fittizie sembra superare il previgente sistema delle presunzioni – anche se il punto non è pacifico –, di cui al d.lgs. n. 276/2003 ed alla legge n. 92/2012, per optare per un congegno tendenzialmente privo dei margini di incertezza e complessità che caratterizzava il precedente regime. Invero, la legge stabilisce d'imperio, disinteressandosi della relativa natura giuridica e dei profili qualificatori, che le collaborazioni aventi le caratteristiche da essa indicate devono essere assoggettate alla disciplina protettiva della subordinazione. Lo strumento repressivo, così fornito al personale ispettivo, semplifica e potenzia certamente l'azione accertativa di quest'ultimo nella misura in cui consente di prescindere dall'indagine circa la natura subordinata del rapporto di lavoro ed in particolare circa l'elemento fondamentale dell'eterodeterminazione, spesso di arduo riscontro in sede ispettiva. Invero, accertare la sussistenza in concreto del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro ispezionato sul personale presente in azienda è compito tutt'altro che agevole nei tempi solitamente ristretti di una visita ispettiva. Viceversa, la nuova disposizione fa leva sull'elemento dell'etero-organizzazione, che – per come da essa concepito in relazione al riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro – presenta l'indubbio vantaggio di essere suscettibile di individuazione *prima facie*, anche in costanza di accesso ispettivo.

Tale tecnica, nondimeno, se per quanto considerato semplifica l'attività accertativa, d'altra parte non può evitare l'operazione, nella quale consiste l'attività di qualificazione, di confronto tra rapporto concreto realizzato tra le parti e gli indici previsti dalla legge. Da questo punto di vista, infatti, si può osservare come gli elementi menzionati dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 cit., siano essi idonei o meno alla creazione di una nuova fattispecie normativa, presentino margini di opinabilità che si riflettono sull'operazione di applicazione al rapporto concreto. Sul piano del merito, i caratteri delle prestazioni lavorative che l'organo ispettivo dovrà verificare sono dunque:

1. la personalità
2. la continuità
3. l'etero-organizzazione del committente.

Per come formulata, la proposizione normativa invita a ritenere che tali caratteri debbano coesistere nel rapporto di lavoro oggetto di indagine. Ne consegue che la prestazione lavorativa mancante di uno dei requisiti tipici non sarebbe assoggettata alla disciplina protettiva della subordinazione, ma a quella delle "redive" collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c. - che rivivono a causa del superamento del contratto a progetto (art. 52 del d.lgs. n. 81 cit.) -, o comunque all'eventuale schema atipico predisposto dalle parti.

Sul piano ispettivo, l'elemento maggiormente critico appare quello della continuità delle prestazioni. In primo luogo, invero, detto indice impedisce di "smascherare" le non rare, nella pratica, collaborazioni "occasionalì" - variamente denominate nelle prassi negoziali - le quali, pur potendo essere etero-organizzate, difetterebbero del requisito in parola. Inoltre, esso collide con l'impostazione pretoria che sostiene l'irrelevanza qualificatoria della durata delle prestazioni e, quindi, dell'indice della continuità richiesto dalla novella (Cass. 7 gennaio 2009, n. 58 e 1° agosto 2008, n. 21031). In questo quadro, l'attività repressiva dell'ispettore dovrebbe arrestarsi, ad es. innanzi ad un collaboratore perfettamente inserito nell'organizzazione produttiva aziendale, quanto a mezzi di lavoro, orari e luogo delle prestazioni, ma del quale non si riesca ad accertare la continuità dell'attività lavorativa.

Ma si pensi anche alla scarsa attitudine identificativa dell'esclusività della prestazione personale, che caratterizza anche la prestazione autonoma occasionale di cui all'art. 2222 c.c..

La sanzione amministrativa per il contratto a termine

L'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015 conferma la reazione sanzionatoria già introdotta dal dl n. 34/2014, convertito dalla legge n. 78/2014, punendo il datore di lavoro con una sanzione pecuniaria amministrativa stabilita in importo variabile in base al numero di lavoratori eccedenti il limite di contingentamento legale o contrattuale. L'innovazione maggiore consiste nell'esclusione espressa della trasformazione dei contratti a termine in sovrannumero in contratti a tempo indeterminato. La disposizione prevede, dunque, che il superamento del limite di contingentamento comporta l'applicazione per il datore di lavoro di una sanzione amministrativa commisurata al 20% della retribuzione per un solo lavoratore assunto in sovrannumero e al 50% della retribuzione quando il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale è superiore a uno.

La sanzione si applica per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro. Quanto alla misura della sanzione, il personale ispettivo con il verbale unico dovrà notificare l'ammontare della sanzione amministrativa non soltanto nella misura fissa prevista dal legislatore (20% e 50% della retribuzione come detto), ma anche nella misura ridotta che il trasgressore potrà pagare entro 60 giorni al fine di estinguere completamente l'illecito amministrativo: la sanzione ridotta irrogata con il verbale unico, pertanto, sarà pari al 6,67% della retribuzione nel caso del primo occupato oltre il limite e pari al 16,67% per gli occupati a tempo determinato fuori limite in numero superiore a uno. La circolare n. 18/2014 del Ministero del lavoro ha affermato, in proposito, che la retribuzione da prendere in considerazione ai fini del calcolo della sanzione è la retribuzione lorda mensile riportata nel singolo contratto di lavoro ovvero a quella tabellare prevista nel CCNL applicato (o applicabile). Su tale base di calcolo andrà operata l'applicazione della percentuale sanzionatoria, con arrotondamento all'unità superiore (per un valore decimale pari o superiore a 0,5), da moltiplicarsi per ciascun lavoratore per il numero dei mesi (o frazioni superiori a 15 giorni), mentre per periodi di occupazione inferiori ai 16 giorni la sanzione non è applicabile.

La sanzione in esame, sul piano strutturale, costituisce un'indubbia anomalia nel sistema sanzionatorio concepito dalla legge n. 689/1981, ed in particolare dagli artt. 10 e 11 che prevedono ordinariamente la fissazione della misura punitiva tra un minimo ed un massimo edittali.

Circa la violazione del limite di contingentamento contrattuale, è pacifico che la sanzione amministrativa in discorso si applichi anche a tale ipotesi, come espressamente affermato anche nella citata circolare 18/2014. Come da regola generale di cui all'art. 51 del d.lgs. 81 cit., i contratti collettivi che derogano al limite di contingentamento legale possono appartenere anche al secondo livello. Essendo "aperta" la clausola di salvaguardia della contrattazione collettiva, la facoltà di

deroga può orientarsi sia verso l'aumento sia verso la diminuzione del limite legale; inoltre, può prevedere anche periodi diversi da quello legale per il calcolo della percentuale.

Ciò posto, va notato che la contrattazione collettiva delle varie categorie prevede spesso limiti di contingentamento che derogano verso il basso il limite legale. Ad es. il CCNL "Elettrici" contempla il limite del 7%, quello "Tessili e abbigliamento" prevede il limite del 10% dei lavoratori a tempo indeterminato per le aziende fino a 70 dipendenti; ed addirittura il 5% per le aziende con oltre 70 dipendenti; il CCNL "Carta aziende industriali" prevede il 16 % in media annua dei dipendenti occupati a tempo indeterminato in azienda al 31 dicembre dell'anno precedente; il CCNL "Cemento aziende industriali" contempla il 12% dei dipendenti a tempo indeterminato per ciascuna unità produttiva. Anche nel livello decentrato il fenomeno è tutt'altro che trascurabile: l'integrativo aziendale *Sgm* prevede la percentuale dell'8%, quello *Flame spray* del 10 %, quello *Peg Perego* del 15 %, e così via (si rimanda allo studio [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), Working Paper ADAPT, n. 153/2014). In tali ipotesi la sanzione dovrebbe essere applicata in caso di violazione del limite negoziale, che è inferiore a quello legale del 20%. A questo proposito, è interessante osservare come nel citato documento di prassi ministeriale non è reiterata la tesi, sostenuta nella circolare n. 8/2005 in tema di orario di lavoro, della funzione scriminante delle clausole contrattuali – nel senso che queste si applicano solo se più favorevoli al datore di lavoro –, con conseguente applicazione "ovvia" del solo limite legale ai fini sanzionatori quando la previsione contrattuale, come nei casi segnalati, comporti un trattamento punitivo peggiore. In considerazione della precedente presa di posizione del Dicastero, il più recente silenzio sul punto genera non lievi dubbi applicativi, perché delle due l'una: o si ritiene che la successiva circolare abbia superato la precedente impostazione, ed allora la clausola contrattuale può sempre modificare anche *in pejus* – ai fini sanzionatori – il precetto di legge, oppure si deve ritenere estensibile l'assunto della circolare n. 8/2005 cit. anche al regime sanzionatorio del novellato contratto a termine e sanzionare il superamento del solo limite legale o di quello superiore contrattuale.

L'abolizione della somministrazione fraudolenta

La riforma, come detto, incide anche sul sistema penale. Nello specifico, l'innovazione maggiormente significativa riguarda l'abolizione della *figura criminis* della somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003. Tale disposizione stabiliva, a carico di somministratore e utilizzatore, l'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun

giorno di somministrazione quando la somministrazione di lavoro fosse posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore.

Tale abolizione ha un verosimile intento semplificatorio, nella misura in cui supera una fattispecie che aveva dato luogo a vari dilemmi qualificatori ed applicativi. In primo luogo, non era pacifico se il reato in argomento poteva, o meno concorrere con quello, tuttora in vigore, di somministrazione illecita di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003. Ma la maggiore criticità derivava, più in generale, proprio dal non chiaro rapporto tra le due fattispecie. In questo senso, posto che nella pratica spesso i trattamenti normativi ed economici assicurati ai prestatori utilizzati nella somministrazione non regolare sono peggiori di quelli di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore, si poneva il costante dubbio di quale fattispecie fosse applicabile al caso concreto. A ciò si aggiungeva una difficoltà accertativa: posto che il reato era in gran parte strutturato in relazione all'elemento soggettivo, e per di più sul dolo specifico – la «specifica finalità» –, incombeva sull'organo accertatore l'onere di dimostrare quest'ultimo, sicché non era sufficiente accertare il trattamento deteriore dei prestatori sul piano oggettivo.

È altresì vero che l'abolizione del reato in argomento crea indubbie criticità sul piano delle tutele dei lavoratori coinvolti negli appalti fittizi (per tale impostazione, cfr. A. Asnaghi, P. Rausei, *Il Jobs Act e quel piccolo, pericoloso, "cadeau" ai mercanti di braccia*, in *Boll. ADAPT*, n. 8/2015). Infatti, la disciplina della somministrazione fraudolenta consentiva al personale ispettivo, attraverso il combinato disposto con l'art. 1344 c.c., di attribuire in via autoritativa, mediante l'istituto della prescrizione (art. 15 del d.lgs. n. 124/2004), i rapporti di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore, senza necessità dell'azione giudiziale a carico del lavoratore. Infatti, il Ministero del lavoro, dapprima con circ. n. 7/2005 («se il contratto di somministrazione di lavoro è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, il contratto, concluso in frode alla legge, è nullo e [...] i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore»), poi, più esplicitamente con la circ. n. 5/2011, aveva disposto che il personale ispettivo adottasse la prescrizione per intimare all'utilizzatore fraudolento di regolarizzare alle proprie dipendenze il personale impiegato. Viceversa, la detta azione giudiziale è richiesta dall'art. 27 del d.lgs. n. 276 nel caso della somministrazione illecita. Da questo punto di vista, l'*abolitio criminis* in oggetto si risolve in una drastica riduzione di tutele per i prestatori, oltre che in un incentivo per la concorrenza sleale tra imprese.

In luogo della rigida soluzione abrogativa, si sarebbe potuto optare per una riforma della fattispecie, eliminando il requisito del dolo specifico, che avrebbe potuto essere tradotto in termini oggettivi, ad esempio incentrando il reato sull'effettiva inferiorità dei trattamenti economici o normativi dei

prestatori impiegati nello pseudo-appalto rispetto a quelli cui hanno diritto i dipendenti dell'utilizzatore.

Carmine Santoro

Scuola di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

ADAPT, Università degli Studi di Bergamo

@carminesantoro

Scarica il pdf 