

Somministrazione fraudolenta con accordo tra utilizzatore e agenzia

DECRETO LAVORO

Il nuovo reato presuppone che sia provata l'esistenza di un dolo specifico

L'illecito scatta quando c'è il fine di eludere norme di legge o del Ccnl

Pagina a cura di

Daniele Colombo

La somministrazione di lavoro è fraudolenta se lo scopo del somministratore e dell'utilizzatore è quello di eludere le norme previste dalla legge o dai contratti collettivi applicate al lavoratore.

Tra le novità introdotte dal decreto estivo (Dl 87/2018 convertito dalla legge 96/2018) c'è il riordino delle regole sulla somministrazione di lavoro. Il decreto ha reintrodotto il reato di somministrazione fraudolenta, già previsto dall'articolo 28 del Dlgs 276/2003 (la cosiddetta legge Biagi) e successivamente abrogato con il Codice dei contratti (Dlgs 81/2015).

Il perimetro del reato

Si tratta di una vera e propria contravvenzione unitaria che vede nel somministratore e nell'utilizzatore due soggetti attivi dell'unica fattispecie di reato. La somministrazione fraudolenta costituisce, dunque, un reato plurisoggettivo proprio, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta elusiva.

La somministrazione fraudolenta, poi, rientra tra i reati di pericolo: l'illecito penale potrà considerarsi realizzato ogniqualvolta la finalità elusiva dell'azione risulterà provata, a prescindere da qualsi-

asi danno o pregiudizio.

Con riferimento all'autore del reato, accanto al soggetto che utilizza il lavoratore, si pone la figura del somministratore che può essere individuato sia nel soggetto che esercita la somministrazione di lavoro in assenza di autorizzazione, sia nell'agenzia iscritta all'Albo.

Questa lettura "estensiva" sembra trovare conferma nel riferimento letterale del testo legislativo che, senza distinzioni, parla di mero «somministratore». Nell'ottica di una lettura letterale della norma, quindi, pare preferibile propendere per l'estensione della fattispecie all'agenzia, sia autorizzata, sia non autorizzata.

La norma stabilisce, inoltre, che, ferme restando le sanzioni previste dall'articolo 18 del Dlgs 276/2003, il reato si consuma laddove la somministrazione di lavoro sia messa in atto con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore. La somministrazione fraudolenta, quindi, richiede la prova (ardua) dell'esistenza di un dolo specifico. In questo senso rileva non solo l'intenzionalità del reato, ma anche la specifica finalità dello stesso. Deve esserci un'intesa fra utilizzatore e somministratore o, quanto meno, la effettiva consapevolezza di eludere norme imperative di legge o di contratto applicate al lavoratore.

I comportamenti a rischio

A titolo esemplificativo, potrebbe configurarsi il reato di somministrazione fraudolenta nel caso in cui il datore di lavoro utilizzi, quali lavoratori somministrati a termine, nei periodi di stop and go tra un contratto a termine e quello successivo, gli stessi lavoratori già assunti a tempo determinato.

Un'altra ipotesi a rischio di fraudolenza è l'utilizzo, alla scadenza del contratto a termine di 24 mesi, degli stessi lavoratori assunti, questa volta, con contratto di somministrazione a termine, anziché con contratto a tempo indeterminato o con un nuovo contratto a termine sottoscritto presso l'Ispettorato del Lavoro.

Potremmo essere in presenza di una somministrazione fraudolenta anche nell'ipotesi in cui un datore di lavoro, allo scopo di eludere la normativa sulla regola che impone la causale, al termine dei 12 mesi, si avvalga ciclicamente di diverse agenzie per il lavoro per l'utilizzo dello stesso dipendente.

La sanzione

In caso di somministrazione fraudolenta, sia il somministratore sia l'utilizzatore sono puniti con l'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione (articolo 38-bis del Dl 87/2018). Si tratta quindi di un vero e proprio reato contravvenzionale per il quale non sono stabiliti limiti di importo minimi o massimi.

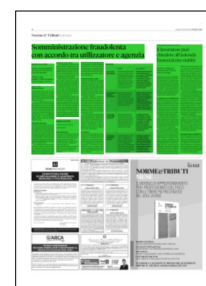
© RIPRODUZIONE RISERVATA

PAROLA CHIAVE

Somministrazione fraudolenta

Reato ripristinato

In base al nuovo articolo 38-bis del Codice dei contratti (Dlgs 81/2015, modificato dal decreto estivo) si verifica la somministrazione fraudolenta tutte le volte in cui il somministratore e utilizzatore mettono in atto una somministrazione con lo scopo di eludere le norme stabilite dalla legge o dalla contrattazione collettiva.



Gli esempi

	Il caso	La soluzione
L'uso nello stop and go	Un datore di lavoro utilizza, con contratto di somministrazione a termine, nei periodi di cosiddetto stop and go tra un contratto a termine e il successivo, gli stessi lavoratori già assunti direttamente con il contratto a tempo determinato	Il datore non può usare la somministrazione per "coprire" i periodi di interruzione tra un contratto a termine e l'altro. Dovrebbe rispettare il periodo di stop and go o assumere il lavoratore a tempo indeterminato
Il contratto a termine successivo	Un datore di lavoro, al termine del periodo di somministrazione a termine di 12 mesi senza indicazione della causale assume lo stesso lavoratore con un contratto a termine di 12 mesi	Questa soluzione non è vietata . Il contratto usato per proseguire il rapporto non richiede la partecipazione dell'agenzia per il lavoro. Parte della dottrina, tuttavia, fa ricadere l'ipotesi nella somministrazione fraudolenta
L'uso dopo il contratto a termine	Un datore di lavoro, al termine del periodo di contratto a termine di 12 mesi senza indicazione della causale assume lo stesso lavoratore con un contratto di somministrazione di 12 mesi	La legge non vieta questa ipotesi. Tuttavia, qualora la somministrazione non indichi la causale, secondo parte della recente dottrina, potrebbe integrare l'ipotesi della somministrazione fraudolenta
In missione da diverse agenzie	Un'azienda utilizza, d'intesa con un'agenzia per il lavoro, come lavoratori somministrati a termine, gli stessi soggetti già assunti da un'altra agenzia, allo scopo di vedersi "azzerare" il computo dell'anzianità lavorativa e riprendere una nuova missione	L'ipotesi è a rischio di somministrazione fraudolenta. Alla fine della somministrazione non rimane che l'assunzione a tempo indeterminato del lavoratore. È utilizzabile anche la somministrazione a tempo indeterminato

IL QUADRO SANZIONATORIO

Il lavoratore può chiedere all'azienda l'assunzione stabile

Potrebbe configurarsi il principio del contratto in frode alla legge

Sono numerose le ipotesi di illegittimità della somministrazione previste dalla legge che, stratificandosi nel tempo, hanno generato confusione tra gli operatori. Le principali sanzioni sono stabilite nell'articolo 18 del Dlgs 276/2003 e negli articoli 38, 38-bis e 40 del Dlgs 81/2015. Il Dlgs 8/2016 sulle depenalizzazioni ha trasformato poi gran parte dei reati in sanzioni amministrative.

Le sanzioni in caso di illegittimità

L'agenzia per il lavoro non autorizzata che somministra lavoratori è punita con una sanzione di 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione. La sanzione non può comunque essere inferiore a 5mila euro e superare 50mila euro. Alla stessa sanzione è sottoposto anche l'utilizzatore.

L'attività di intermediazione (se non c'è scopo di lucro), ricerca e selezione del personale o supporto alla ricollocazione senza autorizzazione comporta la stessa sanzione, anche se con un limite massimo meno elevato (non oltre i 10mila euro).

L'articolo 40 del Dlgs 81/2015 punisce con una sanzione amministrativa da 250 euro a 1.250 euro alcune condotte diversamente modulate e messe in atto dal somministratore o dall'utilizzatore. L'agenzia e l'utilizzatore saranno assoggettate alla sanzione pecuniaria se il contratto di somministrazione non rispetta i requisiti di forma-contenuto previsti dalla legge o quando siano applicate condizioni economiche e normative inferiori rispetto a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore.

Se la somministrazione viola i

limiti percentuali previsti per l'uso dei lavoratori somministrati, la sanzione è a carico del solo utilizzatore, così come la mancata ottemperanza all'obbligo di informativa annuale ai sindacati del numero di contratti conclusi. L'utilizzatore, poi, sarà sanzionato se ricorre alla somministrazione violando i casi di divieto (ad esempio per sostituire lavoratori in sciopero o nelle unità produttive dove ci sono stati licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti).

Quando la somministrazione di lavoro avviene fuori dai limiti e delle condizioni previsti dagli articoli 31, 32 e 33 del Dlgs 81/2015 (limiti percentuali, casi di divieto e requisiti formali del contratto), il lavoratore può chiedere, anche solo nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetti dall'inizio della somministrazione, oltre alla condanna al pagamento di un'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione.

In caso di somministrazione illegittima perché senza causale (quando necessaria), la responsabilità dell'assunzione dovrebbe ricadere sull'agenzia, anche se non è escluso che - stante il silenzio dell'articolo 38 del Dlgs 81/2015 - la responsabilità contrattuale sia fatta ricadere sull'utilizzatore.

Somministrazione fraudolenta

Nulla è detto a proposito delle conseguenze civilistiche in caso di somministrazione fraudolenta. In attesa di chiarimenti della giurisprudenza, si può affermare che l'utilizzatore rischia la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in virtù dell'applicazione dei principi generali sul contratto in frode alla legge (articolo 1344 del Codice civile).

© RIPRODUZIONE RISERVATA