INL: la somministrazione fraudolenta – indicazioni operative

14 Febbraio 2019

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) ha emanato la circolare n. 3 dell'11 febbraio 2019, con la quale fornisce alcuni chiarimenti in merito alla somministrazione fraudolenta, prevista dall'articolo 38-bis del Decreto Legislativo 81/2015.

La somministrazione fraudolenta si realizza allorquando viene posta in essere una somministrazione di lavoro con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. L'illecito è punito con la **sanzione penale** dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

Appalto illecito e somministrazione fraudolenta

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 antigiuridica che disvela l'intento fraudolento.

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 "specifica 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, il personale ispettivo dovrà contestare la violazione amministrativa di cui all'articolo 18 del D.Lgs. n. 276/2003 (non è ammessa la procedura di diffida) e dovrà altresì adottare 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.

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 applicat e di prescrizione obbligatoria. 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 **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.

Pertanto 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 configura 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.

Articolo 38-bis

Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando la somministrazione di lavoro e' posta in essere con la specifica finalita' di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

Fonte: Ispettorato Nazionale del Lavoro