

## **CORTE DI CASSAZIONE**

**Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 7762**

**(ud. 29 gennaio 2004)**

**Pres. Savignano - Est. Novarese - P.M. D'Angelo (diff.) - Ric. Pagoni**

### **Svolgimento del processo**

- Pagoni Luigi ha proposto appello qualificato ricorso per Cassazione avverso la sentenza del Tribunale di Sondrio, emessa il 14 gennaio 2003, con la quale veniva condannato per il reato di appalto di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera fornita dalla ditta appaltatrice di tal Sergio Ferrario, deducendo quali motivi l'erronea determinazione della pena finale, giacché si trattava dell'impiego di soli cinque lavoratori e non di otto, e la carenza di motivazione, poiché non è stato dato conto dell'arco temporale preso in considerazione, da ritenersi elemento costitutivo del reato, in quanto sullo stesso è parametrata la pena proporzionale.

### **Motivi della decisione**

- Il ricorso è fondato per ragioni del tutto diverse da quelle addotte, anche se i motivi, soprattutto l'ultimo, non appaiono manifestamente infondati, pur se non accoglibili, sicché è possibile tener conto della mutata normativa in base al D.L.vo n. 276 del 2003, onde la sentenza deve essere annullata senza rinvio perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Infatti, secondo quanto appare dall'impugnata pronuncia la responsabilità del ricorrente a titolo di concorso è stata ritenuta per l'effettuazione di un appalto di manodopera, perché sul luogo di lavoro non esistevano attrezzature particolari riferibili al subappaltatore (ditta Ferrario) e nel relativo contratto «non vi è alcun riferimento alle attrezzature che quest'ultima doveva mettere a disposizione per la realizzazione delle opere di scavo che erano state commissionate».

Orbene, un'importante decisione delle Sezioni Unite di questa Corte (Cass., Sez. Un., 16 giugno 2003, n. 25887, Giordano ed altri, RV 224607) ha affermato che in tema di successione di leggi penali l'applicazione dell'art. 2 c.p. va verificata in base al criterio di coincidenza strutturale fra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo, senza che sia necessario, di regola, fare ricorso ai criteri valutativi del bene tutelato o delle modalità dell'offesa.

Inoltre, prestigiosi teorici in vari saggi hanno affermato che «il bene giuridico non può e non deve assumere alcuna rilevanza nella definizione delle leggi successive: non può, perché la specialità della nuova fattispecie non può che ruotare nell'orbita della precedente disposizione generale; non deve, perché la soluzione di un problema di legalità formale (qual è quello posto da una vicenda successiva) non deve dipendere da un... giudizio di valore «sostanziale».

Pertanto questa pronuncia, sebbene non assuma alcun effetto tranciante di precedenti decisioni delle stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 7 novembre 2000 n. 27, Di Mauro ed altro; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2001 n. 35,

Sagone e Cass., Sez. Un., 11 settembre 2001 n. 3539, Donatelli), supera il criterio del mutamento del bene giuridico protetto per accertare l'abrogazione o la continuità normativa di disposizioni, recependo le critiche avanzate da illustri giuristi in alcune monografie al criterio assunto dalle due sentenze in tema di reati tributari, anche se, in contrasto con quanto asserito da significative voci dottrinali, asserisce che pure in base ad un esame logico-strutturale delle norme in successione poteva desumersi l'assenza di continuità normativa per i reati di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti inserite in dichiarazioni ai fini Iva, poiché per quelle immesse nella dichiarazione dei redditi dispone già l'art. 4, lett. f), L. n. 516 del 1982 (cfr. contra la possibilità di configurare il reato Cass., sez. II, 27 gennaio 2003 n. 27849, Casale, RV 225856 e Cass., sez. III, 3 luglio 2000 n. 7632, Bosco, RV 216994), e della contravvenzione di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi ed Iva, da parecchi studiosi, ritenuta in continuità normativa con il delitto di cui all'art. 5 D.L.vo n. 74 del 2000, limitatamente ad alcune ipotesi.

Infatti, secondo quanto del resto assume la indicata sentenza del 2003 delle Sezioni Unite, la successione di leggi si configura pure nel caso in cui la legge posteriore sia speciale per aggiunta vale a dire per la presenza in essi di elementi ulteriori ed eterogenei.

Peraltro, non assumono un rilievo particolare l'affermata abrogazione della legge n. 1369 del 1960 ad opera dell'art. 85 del D.L.vo n. 276 del 2003 né le considerazioni di qualche commentatore sulle «nuove» sanzioni previste dal citato decreto legislativo, attuativo di una «rivoluzione copernicana», e sulla differente filosofia cui è senza dubbio ispirata la c.d. riforma Biagi, giacché si potrebbe essere in presenza di un fenomeno di abolitio sine abrogatione non infrequente in quest'ultimo periodo, nonostante venga messa in discussione la centralità del divieto di interposizione nel funzionamento complessivo del sistema, anche se la coincidenza tra titolarità del rapporto di lavoro ed utilizzazione della prestazione non può essere fittizia.

Ed invero, secondo quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. III, 23 gennaio 2003 n. 3162, Hoxha, in Guida dir. 2003, n. 7, 76) e confermato in maniera chiara dalla decisione delle Sezioni Unite su riferita, ai fini del fenomeno della successione delle leggi nel tempo e dell'applicazione dell'art. 2 c.p., da considerare in maniera globale, non rileva neppure il mutato bene giuridico o atteggiamento del legislatore ma la struttura della fattispecie.

Pertanto appare opportuno procedere ad un rapido excursus della recente normativa di cui alla legge delega n. 30 del 2003, attuata con il D.L.vo n. 276 del 2003 con riferimento alla fattispecie in esame, al fine di comprendere se si è in presenza di un'abrogazione espressa totale o di una successione di leggi nel tempo regolata dal terzo comma dell'art. 2 c.p.

La predetta legislazione ha introdotto il contratto di somministrazione di manodopera, che nell'ipotesi a tempo determinato di cui al D.L.vo n. 368 del 2001 si pone in alternativa con l'assunzione a termine di personale ed in continuità normativa con la disciplina del lavoro interinale di cui alla legge n. 196 del 1997, in quanto l'attuale impianto legislativo ha realizzato un adattamento ed una semplice riscrittura dei principi e delle logiche della fornitura di lavoro temporaneo in funzione della costruzione di una figura unitaria di somministrazione di lavoro, anche se ha trasformato un istituto eccezionale rispetto al regime predisposto dalla legge n. 1369 del 1960 in un rapporto caratterizzato dalla separazione del lavoro dall'impresa.

Ed invero nel contratto di somministrazione di lavoro a termine, a differenza di quanto stabilito dalla legge n. 196 del 1997, è prevista la riferibilità a ragioni oggettive anche all'ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20 quarto comma D.L.vo cit.) e, rispetto al precedente impianto normativo, viene meno il rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione dei casi di somministrazione a tempo determinato, ampliando le ipotesi di applicazione, ormai senza alcun limite, ma confermando il regime autorizzatorio ai fini dell'abilitazione a detta attività.

Pertanto sotto questo profilo e con i necessari adattamenti, derivanti pure dalla limitazione del controllo giurisdizionale dei moventi di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 20 D.L.vo cit. esclusivamente all'accertamento

dell'esistenza delle ragioni che giustificano la somministrazione di lavoro, non potendosi estendere fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore, potrebbe essere richiamata quella giurisprudenza formata dopo l'entrata in vigore della legge n. 196 del 1997 sull'applicabilità della legge n. 1369 del 1960 (Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2000 n. 1209, in Dir. prat. lav. 2000, n. 13, 1027 con nota di richiami cui adde Cass., sez. III, 14 gennaio 2003 n. 1055, P.M. in proc. Vezzosi ed altro, RV 223228), qualora il soggetto che fornisce i prestatori non sia munito di autorizzazione ministeriale abilitata all'attività di fornitura di prestazione di lavoro temporaneo prescritta dall'art. 2 L. n. 196 del 1997 con l'avvertenza che detta violazione ora è espressamente contemplata dai commi primo e secondo dell'art. 18 D.L.vo n. 276 del 2003, ravvisandosi in questa ipotesi soltanto la continuità normativa.

In sostanza con i primi due commi dell'art. 18 D.L.vo cit. si conferma, solo sotto il profilo formale, il regime sanzionatorio penalistico previsto dalla legge n. 1369 del 1960 e soprattutto dalla legge n. 196 del 1997 per la fornitura di lavoro interinale attraverso la conferma della medesima pena pecuniaria, strutturata in modo identico a quella contemplata dall'art. 2 L. cit. del 1960, pur se basata soltanto sull'assenza di autorizzazione senza considerare gli aspetti sostanziali per i quali è, invece, comminata una semplice sanzione amministrativa.

Ed invero, se l'impresa utilizzatrice di tali prestazioni non osserva le disposizioni dell'art. 1, secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 1 L. n. 196 del 1997, rinvenibili pure nel D.L.vo n. 276 del 2003, o non è stabilita alcuna sanzione in virtù dell'ampliamento statuito rispetto all'art. 1 terzo comma L. cit., esteso anche all'agricoltura ed all'edilizia, e del venir meno del rinvio alla contrattazione collettiva, contemplato dal secondo comma dell'art. 1 L. cit., per detta somministrazione di lavoro a termine oppure sono previste sanzioni civili (art. 21 quarto comma D.L.vo n. 276 del 2003) o amministrative (ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 1 L. cit. in relazione all'art. 18 terzo comma D.L.vo n. 276 del 2003).

Tale difformità sanzionatoria, pur se non del tutto razionale, tradisce la precipua preoccupazione di incrementare gli spazi di flessibilità e di articolazione delle strutture produttive, ma, a parere del collegio, non può dar adito ad una questione di legittimità costituzionale sia perché sarebbe inammissibile in quanto additiva in malam partem (Corte cost. n. 330 del 1996) sia perché la Consulta ha sempre considerato con pari dignità le sanzioni amministrative e penali, non ritenendo queste ultime le uniche idonee a determinazione un'idonea protezione del bene tutelato (Corte cost. n. 331 del 1996), tanto più che è previsto il reato di somministrazione fraudolenta.

L'aspetto di maggiore innovazione in tema di somministrazione di manodopera è la previsione della fattispecie a tempo indeterminato c.d. staff leasing, per la quale il legislatore delegato tipizza una serie di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che consentono ex lege la stipula di detto contratto, rinviando anche alla contrattazione collettiva, nazionale e territoriale, il compito di individuare, anche in relazione ad attività non marginali del ciclo produttivo dell'utilizzatore, ulteriori ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (art. 20 terzo comma D.L.vo cit.), comportando l'irrogazione di sanzioni amministrative (art. 18 terzo comma D.L.vo cit.) e penali nel caso di mancanza di autorizzazione.

Pertanto si distinguono sotto il profilo sanzionatorio la somministrazione irregolare (art. 27 in relazione all'art. 18 terzo comma D.L.vo n. 276 del 2003), quella con vizi formali, quella abusiva, punita con le sanzioni penali di cui ai commi primo e secondo dell'art. 18 D.L.vo cit. e l'altra fraudolenta di cui all'art. 28 D.L.vo cit.

Non interessa soffermarsi su detta ultima fattispecie sia perché nella sentenza non si fa riferimento alla specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore tramite il contratto di somministrazione di lavoro sia perché il «nuovo» reato appare difficilmente configurabile per le situazioni pregresse, già oggetto di giudizio e non nella fase delle indagini preliminari per la difficoltà di rinvenire in atti conoscibili dall'imputato ed in sentenza richiami al dolo specifico richiesto, giacché le precedenti contravvenzioni prescindevano da ogni intento fraudolento, sicché non è proficuo rievocare quel condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui la violazione del principio della correlazione fra accusa contestata e fatto ritenuto in sentenza non sussiste quando episodi ulteriori o collegati con quello oggetto della contestazione sono stati adottati all'accusa o dalla difesa ad integrazione o delucidazione di proprie istanze probatorie o in genere difensive

(Cass., sez. III, 29 maggio 2000 n. 6228, Bellavia, RV 217015 e 217016; Cass., sez. VI, 18 settembre 1997 n. 8417, Brescia, RV 209108 e Cass., sez. VI, 18 maggio 1995 n. 5777, Sica, RV 201673, cui si rinvia per evitare ridondanze di trattazione) e l'imputato è stato, quindi, posto in grado di difendersi.

Questa fattispecie criminosa dimostra sotto il profilo penale che non si è voluto liberalizzare del tutto l'affitto di manodopera, assicurando che, nell'ottica della tutela del mercato del lavoro e dell'impresa invece del rapporto di lavoro, la somministrazione di manodopera rimanga un'attività regolamentata e, quindi, esercitabile dai soggetti appositamente abilitati (cfr. su questo aspetto le sanzioni penali dei primi due commi dell'art. 18 D.L.vo cit.) e tipizzando la nozione di appalto lecito (art. 29 D.L.vo cit.) da distinguere dal contratto di somministrazione, mentre il riferimento alla lesione dei diritti inderogabili di legge o del contratto collettivo non vuole configurare un *tertium genus* di interposizione lecita, ma solo aggiungere altri connotati di illiceità, in quanto il fulcro, anche se un po' evanescente, è il concreto esercizio dei poteri direttivi, di controllo e gerarchici da parte dell'appaltatore.

Del resto la disciplina stabilita dalla legge n. 1369 del 1960 era stata valutata positivamente da una parte considerevole della dottrina, perché consisteva nello strumento per individuare l'effettivo datore di lavoro in ogni situazione di utilizzazione indiretta della manodopera, non limitava l'organizzazione aziendale, né imponeva un certo modello di ciclo produttivo, ma presentava aspetti di modernità e di flessibilità di fronte alle mutevoli esigenze organizzative dell'attività imprenditoriale, criticandosi semmai alcuni aspetti di rigidità rinvenibili in approdi ermeneutici con riferimento alla fornitura di manodopera specializzata ed in genere a tutte quelle situazioni in cui l'uso di manodopera non configgeva con istanze di difesa dei lavoratori ed essendosi pervenuti sul piano normativo ad escluderle con la previsione del lavoro interinale (L. n. 196 del 1997) e del contratto di subfornitura (L. n. 192 del 1998).

Il riferimento a queste due discipline, se, da un lato, è espressione del mutato atteggiamento del legislatore nei confronti del decentramento produttivo, dall'altro dimostra la flessibilità della legge n. 1369 del 1960, il cui campo di applicazione viene ad essere ridisegnato dalle citate normative, rimanendo sempre centrale la necessità dell'effettiva autonomia dell'appaltatore, anche se in prospettiva di debolezza nei confronti della distinta impresa committente (contratto di subfornitura), e divenendo decisivi l'organizzazione in proprio dei fattori della produzione ed il rischio di impresa.

Pertanto queste discipline, che vengono rielaborate e profondamente modificate dal D.L.vo n. 276 del 2003, specificano le fattispecie interpositive vietate dalla legge del 1960 e limitano i rischi di un'indiscriminata penalizzazione di alcune forme di legittimo decentramento produttivo.

Del resto, negli anni novanta sono stati attuati altri specifici interventi legislativi (ex. gr. art. 12 L. n. 68 del 1999 sull'inserimento temporaneo al lavoro dei disabili; L. n. 84 del 1994, modificata dalle leggi n. 647 del 1996 e n. 186 del 2000 sul lavoro portuale; art. 53 L. n. 144 del 1999, che legittimava nelle attività sociosanitarie a determinate condizioni la sospensione del divieto), che hanno attenuato o modificato l'originario divieto di fornitura di manodopera sia pure in casi specifici e ben delineati (cfr. Cass. 20 febbraio 1999 n. 1495, in Dir. lav. 1999, II, 534).

Queste normative, che si innestavano nell'interposizione ed intermediazione di manodopera, dimostravano la forza logico espansiva della legge n. 1369 del 1960, neppure disconosciuta dalla legge delega n. 30 del 2003 e dal decreto attuativo, nonostante la formale abrogazione.

Certamente i contorni sono stati ridefiniti e dilatati nell'alveo delle normative cardine del 1997 e del 1998, ma la disciplina della somministrazione e dell'appalto, pur edulcorandolo, non può pretermettere il principio ispiratore della legge n. 1369 del 1960.

Ed invero, la somministrazione di lavoro si distingue dall'appalto di manodopera, giacché quest'ultimo, cui si riferisce la sentenza impugnata, è caratterizzato dall'organizzazione dei mezzi necessari, che possono essere immateriali e risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati

nell'appalto, da parte dell'imprenditore e nell'assunzione del rischio di impresa, mentre nel contratto di somministrazione l'agenzia si limita a fornire personale all'utilizzatore e lascia a quest'ultimo il potere organizzativo, non assumendo alcun rischio, sicché, secondo un'icastica differenziazione, si distingue tra fornitura di lavoro «da organizzare» (somministrazione) ed «organizzato» (appalto di manodopera).

L'appalto nell'art. 29 del D.L.vo cit. è contraddistinto da un enfatico riferimento al potere direttivo dell'imprenditore-appaltatore per avvalorare quella giurisprudenza, soprattutto civile, che di recente (Cass. 19 aprile 2001 n. 5737; Cass. 25 giugno 2001 n. 8643; Cass. 12 dicembre 2001 n. 15665, vedi un accenno in Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 1993 n. 11595, Miccoli, RV 196067 e Cass., sez. III, 9 ottobre 1997 n. 9139, Gasparoli, RV 209362, anche se, in questo caso, è stata ampliata la fattispecie penale) aveva ritenuto lecito l'appalto di opere e servizi, espletato con mere prestazioni di manodopera, purché costituissero un servizio in sé svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, relegando in secondo ordine l'utilizzazione di beni strumentali del committente e le presunzioni di cui al terzo comma dell'art. 1 L. n. 1369 del 1960, purché l'appaltatore ed i suoi lavoratori fossero dotati delle specifiche professionalità necessarie per realizzare le prestazioni tecniche dedotte in contratto, in tal modo focalizzando il discorso sull'organizzazione autonoma della prestazione di lavoro e sul rischio d'impresa come previsto dalla nuova disciplina (cfr. Cass. 19 dicembre 2002 n. 18098 e Cass. 26 aprile 2003 n. 6579).

L'utilizzazione di macchine ed attrezzature di proprietà del committente, nella nuova definizione, non assume alcuna valenza e costituisce il recepimento e l'ampliamento di recenti indirizzi giurisprudenziali nel settore civile su indicati e la definitiva sconfessione di quelli che tendevano ad assegnare una presunzione assoluta di illiceità dell'appalto quando l'appaltatore risultava sfornito di mezzi strumentali ovvero utilizzava quelli del committente, in realtà confortati dal dettato normativo interpretato in senso letterale (Cass., sez. III, 23 giugno 1994 n. 730, P.M. in proc. Azzimi, RV 198206, cui adde Cass., sez. III, 25 giugno 1999 n. 8289, Alfano ed altro, RV 213800) oppure non valorizzava le idee e le conoscenze a discapito delle risorse strumentali.

Tale approdo, logicamente, potrebbe essere modificato dalla disciplina predisposta all'art. 84 secondo comma D.L.vo n. 276 del 2003, giacché, anche se il potere di individuare le buone pratiche e gli indici presuntivi in tema di interposizione illecita e appalto genuino, i quali tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio tipico di impresa, è attribuito al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, il decreto ministeriale dovrà recepire, ove esistenti, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.

Peraltro, a parere del collegio, se sarà meglio ridisegnato il generico riferimento al potere organizzativo e direttivo e verrà indicato in maniera più chiara in che cosa consista il rischio di impresa, non sembra che possa essere introdotta una presunzione assoluta di appalto illecito, ove si utilizzino i mezzi e le attrezzature del committente.

Non interessa soffermarsi sulle differenze rispetto alla disciplina della legge n. 1369 del 1960 sul versante civilistico e sulla tutela dei lavoratori in detto settore, dovendosi, invece, rilevare come l'appalto apparente di mere prestazioni di manodopera costituisca ancora reato, giacché realizza una fornitura illecita di prestazioni lavorative, nonostante le difficoltà fattuali per ritenere sussistente la precedente contravvenzione, già illustrata.

Pertanto, esaminando il rapporto fra le fattispecie costituenti contravvenzioni secondo le norme abrogate e quelle introdotte dalla normativa in esame può sostenersi che l'attività di fornitura o di somministrazione abusiva e quella fraudolenta così come il caporalato continuano ad essere penalmente rilevanti sia pure con alcuni adattamenti, giacché si è verificata soltanto la c.d. modificazione di disciplina, mentre il fatto costituente reato continua ad essere considerato tale, seppure in poche ipotesi difficilmente rapportabili con la pregressa normativa.

Peraltro, nella fattispecie concreta in esame, assumono valore decisivo la motivazione della sentenza e la contestazione dell'imputazione incentrate tutte sulla mancanza di macchinari ed attrezzature idonee ai lavori, che

i dipendenti dell'appaltatore stavano svolgendo, senza alcun riferimento ai poteri organizzativi e direzionali di questi ed al rischio di impresa, mentre dalle argomentazioni svolte per pronunciare l'assoluzione nei confronti dell'odierno ricorrente per il reato di occupazione di manodopera extracomunitaria priva del permesso di soggiorno si apprende che lo stesso non seguiva gli operai dell'appaltatore e sconosceva persino la presenza di lavoratori extracomunitari, sicché la condanna pronunciata si fonda solo sull'utilizzazione di macchinari ed attrezzature del committente, ormai irrilevante ai fini di un'illecita interposizione di manodopera e di un appalto di mere prestazioni di lavoro. (Omissis).