

CORTE DI CASSAZIONE

SEZ. III, 26 GENNAIO 2004, N. 2583

(UD. 11 NOVEMBRE 2003)

Svolgimento del processo

1. - Con sentenza del 20 novembre 2002, il Tribunale monocratico di Vicenza, in sede di opposizione a decreto penale, dichiarava Renzo Marinig colpevole del reato di cui all'art. 1 legge 23 ottobre 1960 n. 1369, perché - quale legale rappresentante della Cooperativa Aster - aveva fornito 50 lavoratori alla Spa AFV Acciaierie Beltrame.

Per l'effetto, considerata la pena edittale dell'ammenda di lire 10.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (50 operai per 925 giorni), e riconosciute le attenuanti generiche, il giudice condannava il Marinig alla pena (sospesa) dell'ammenda di euro 159.2450 (lire 462.500.000, pari a euro 238.861, diminuite di un terzo).

In estrema sintesi, osserva il tribunale che la Cooperativa Aster, la quale assumeva appalti presso molte società, aveva ricevuto in appalto dalla società Beltrame il servizio di movimentazione dei laminati e di gestione del magazzino, utilizzando all'uopo il capannone della ditta appaltante, munito di un impianto di otto carri ponte. Per conseguenza, era integrata la fattispecie contravvenzionale contestata, giacché per legge ricorre l'appalto vietato di mere prestazioni di lavoro quando l'appaltatore impieghi capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, anche se - come nel caso della Cooperativa Aster - l'appaltatore utilizzi una autonoma gestione aziendale e assuma un limitato rischio di impresa.

2. - I difensori dell'imputato hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo tre motivi a sostegno.

2.1. - Col primo lamentano inosservanza degli artt. 1, 3 e 5 della legge 1369/1960 e del D.P.R. 18 aprile 1994, nonché mancanza e/o manifesta illogicità di motivazione sul punto.

In sostanza sostengono che il giudice di merito non ha considerato: a) che a fronte della disciplina generale dell'appalto vietato di mere prestazioni di lavoro, di cui all'art. 1 della legge, per il facchinaggio all'interno dell'azienda appaltante eseguito con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, esiste una disciplina specifica dettata dall'art. 3; b) che la Cooperativa Aster era munita dell'autorizzazione preventiva dell'Ispettorato del lavoro, prevista dall'art. 5 per le imprese di facchinaggio che impiegano il personale dipendente presso più aziende contemporaneamente; c) che la fattispecie del facchinaggio era anche disciplinata specificamente prima della legge 3 maggio 1955 n. 407 e ora del D.P.R. 18 aprile 1994 n. 342.

2.2. - Col secondo motivo i ricorrenti lamentano ancora inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 1, 3 e 5 legge 1639/1960, nonché manifesta illogicità di motivazione sul punto, giacché il tribunale non ha adeguatamente valorizzato la circostanza che la Cooperativa Aster aveva l'autonoma organizzazione e gestione del servizio e assumeva il rischio (non limitato) di impresa.

2.3. - Col terzo motivo, infine, si lamenta ancora inosservanza o erronea applicazione degli artt. 1 e 3 della legge 1639/1960, nonché manifesta illogicità di motivazione sul punto, giacché la sentenza impugnata non ha considerato che se la proprietà degli immobili (capannone e carri ponte bitrave), la quale non ha rilievo in virtù del disposto dell'art. 3, apparteneva alla società Beltrame, la proprietà di tutte le attrezzature mobili apparteneva alla Cooperativa Aster.

2.4. - Con memoria aggiuntiva ritualmente depositata, i difensori rilevano che ora tutta la materia è regolata dal D.L.vo 10 settembre 2003 n. 276 (che è entrata in vigore il 24 ottobre 2003). Questo decreto da una parte (art. 29) distingue la somministrazione di lavoro dall'appalto, in base alla organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché in base all'assunzione del rischio di impresa da parte del medesimo appaltatore; dall'altra abroga tutta la legge 23 ottobre 1960 n. 1369.

Motivi della decisione

3. - Va premesso che il monopolio pubblico del collocamento, stabilito dalla legge 29 aprile 1949 n. 264 e ribadito dalla legge 1369 del 23 ottobre 1969, è stato progressivamente superato nell'ordinamento italiano, anche sulla spinta del diritto e della giurisprudenza comunitaria.

Dapprima la legge 24 giugno 1997 n. 196 ha legittimato, in determinati casi, le imprese private iscritte in apposito albo nazionale (c.d. fornitrici) a mettere a disposizione di altre imprese (c.d. utilizzatrici) l'opera di prestatori di lavoro temporaneo assunti dalle prime, ai quali era assicurato il trattamento retributivo e previdenziale vigente nelle seconde. Nei confronti delle imprese che fornivano o utilizzavano prestazioni di lavoro al di fuori dei casi e dei limiti previsti dalla legge, peraltro, continuava ad applicarsi la legge 1369/1960 (art. 10 D.L.vo 196/1997).

In seguito, il D.L.vo 23 dicembre 1997 n. 469, con l'art. 10, ha consentito che l'attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro fosse esercitata da imprese con determinati requisiti, previa autorizzazione del Ministero del lavoro. Se però la mediazione era esercitata da imprese non autorizzate trovava ancora applicazione la legge 1369/1960 (cfr. Cass., sez. III, n. 1055 del 14 gennaio 2003, P.M. in proc. Vezzoli, RV 223228).

Infine il recente D.L.vo 10 settembre 2003 n. 276, emanato in forza della legge delega 14 febbraio 2003 n. 30, attuando una generale riforma del mercato del lavoro (c.d. riforma Biagi), ha abrogato - tra l'altro, l'art. 27 della legge 264/1949, tutta la legge 1369/1960, i primi undici articoli della citata legge 196/1997, nonché tutte le disposizioni legislative e regolamentari incompatibili col decreto stesso.

In particolare, la riforma ha istituito un albo ministeriale delle agenzie per il lavoro, articolato in cinque sezioni (agenzie di somministrazione di lavoro a tempo determinato, agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, agenzie di intermediazione, agenzie di ricerca e selezione del personale, agenzie di supporto alla ricollocazione professionale); e ha dettagliatamente disciplinato il contratto di somministrazione di lavoro, distinguendolo dall'appalto di servizi e dal distacco.

L'esercizio abusivo delle attività riservate alle agenzie iscritte all'albo è sanzionato penalmente (art. 18); mentre quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, il somministratore e l'utilizzatore del lavoro sono puniti con un'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione (art. 28).

4. - Riprendendo il contenuto della legge 196/1997, il D.L.vo 276/2003, all'art. 20, definisce il contratto di somministrazione di lavoro, che si distingue essenzialmente dal contratto di somministrazione di cose di cui all'art. 1559 c.c. appunto per la diversità dell'oggetto.

Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo delle impresa utilizzatrice.

La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. Mentre la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è specificamente ammessa per alcuni particolari servizi (servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, servizi di pulizia, custodia, portineria, servizi di trasporto di persone o di trasporto e movimentazione di macchinari e merci, servizi di installazione o smontaggio di impianti e macchinari, e simili).

Nella somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, i lavoratori rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore.

A garanzia dei lavoratori è previsto un regime di solidarietà a carico del somministratore e dell'utilizzatore in ordine agli obblighi retributivi e previdenziali (art. 23).

Con l'art. 29 vengono ribaditi i criteri distintivi tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di opera o di servizio di cui all'art. 1655 c.c., che sono identificati nell'organizzazione dei mezzi necessari e nell'assunzione del rischio d'impresa in capo all'appaltatore.

Come già accennato, ogni attività non autorizzata di somministrazione di lavoro è punita con l'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro; mentre l'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione è punito con l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda da 1.500 a 7.500 euro, e con l'ammenda da 500 a 2.500 euro se non vi è scopo di lucro (art. 18).

5. - Posto che il D.L.vo 276/2003 è entrato in vigore il 24 ottobre 2003, si tratta ora di stabilire se, ai sensi del secondo comma dell'art. 2 c.p., i fatti puniti dalle norme abrogate non costituiscono più reato ai sensi delle norme sopravvenute, ovvero se, ai sensi del terzo comma dello stesso art. 2, i fatti puniti dalle norme abrogate sono ancora punibili a norma della legge sopravvenuta.

Questa Suprema Corte ha già ritenuto che le sezioni penali previste dalla legge 264/1949 (art. 27) e dalla legge 1369/1960 (art. 2) continuano a trovare applicazione, anche dopo che la legge 196/1997 e il D.L.vo 469/1997 hanno incisivamente riformato la disciplina della intermediazione del lavoro, abolendo il monopolio pubblico in materia degli uffici territoriali del Ministero e affiancando ad essi soggetti privati debitamente autorizzati (sent. Vezzoli succitata). Ma il problema si ripropone in termini nuovi ora che il D.L.vo 276/2003, perfezionando la precedente riforma, ha espressamente abrogato le norme sanzionatorie previste nelle citate leggi 264/1949 e 1369/1960, sostituendole con nuove ipotesi incriminatrici.

Vanno al riguardo applicati i principi da ultimo affermati dalle Sezioni Unite in materia di continuità normativa (n. 25887 del 16 giugno 2003, Giordano e altri, che ha precisato e parzialmente corretto le precedenti sentenze 7 novembre 2000, Di Mauro, e 13 dicembre 2000, Sagone), secondo cui ricorre una abrogatio sine abolitione se i fatti costituenti reato secondo la legge anteriore siano tuttora punibili secondo la legge posteriore, mentre se alcuni fatti puniti dalla legge anteriore restano fuori dal perimetro normativo della nuova fattispecie penale ricorre una abrogazione con effetto solo parzialmente abolitivo.

5.1. - A questa stregua, secondo una valutazione di tipo strutturale delle fattispecie tipiche, non sembra dubbio che la fattispecie di illecita mediazione nella fornitura di manodopera punita dall'art. 27 legge 264/1949 è solo parzialmente abrogata dalla fattispecie di esercizio abusivo della intermediazione di cui all'art. 18, comma primo,

secondo e terzo periodo, D.L.vo 276/2003. Infatti, l'area della intermediazione abusiva era molto più ampia quando l'intermediazione legittima era monopolizzata dagli uffici ministeriali di collocamento, e diventa molto più ristretta quando l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro è attribuita - a partire dalla legge 196/1997 - anche a soggetti privati debitamente autorizzati: sicché i fatti di intermediazione commessi da soggetti privati non formalmente autorizzati, che erano punibili secondo la legge precedente, restano punibili anche con la nuova legge, con la conseguenza che si applicherà ad essi il principio della legge più favorevole di cui al terzo comma dell'art. 2 c.p.; mentre altri fatti di intermediazione, che sono diventati legittimi con le leggi di riforma del mercato del lavoro, restano fuori dalla nuova fattispecie incriminatrice e non possono essere puniti neppure se commessi sotto il vigore della vecchia norma abrogata.

5.2. - Più complesso il rapporto tra la fattispecie penale di cui agli artt. 1 e 2 legge 1369/1960, ora abrogata, e quella introdotta dall'art. 18, primo comma, primo periodo, e secondo comma, primo periodo, D.L.vo 276/2003, giacché qui appare di più incerta applicazione il criterio della coincidenza strutturale tra le due fattispecie.

Data l'ampissima formulazione dei divieti previsti dai primi due commi dell'art. 1 legge 1369/1960, la fattispecie abrogata puniva (con un'ammenda proporzionale al numero dei lavoratori e alle giornate lavorative) sia il committente che l'appaltatore che ricorressero a qualsiasi esecuzione di prestazioni lavorative mediante impiego, sotto qualsiasi forma, di manodopera assunta dall'appaltatore ma di fatto operate alle dipendenze del committente.

La fattispecie introdotta dalla nuova legge punisce (sempre con un'ammenda proporzionale al numero dei lavoratori e alle giornate lavorative) sia chiunque eserciti attività non autorizzate di somministrazione di lavoro, sia l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di lavoro fornita da soggetti non abilitati o comunque al di fuori dei casi previsti dalla legge [art. 4, comma 1, lett. b), in relazione all'art. 20, comma 3, lettera da a) ad h)].

Se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore nella soggetta materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il nomen iuris loro assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi ribadita dall'art. 29 D.L.vo 276/2003, per cui sussiste l'appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa sono intestati all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni, se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge.

Per conseguenza, quello che secondo la legge abrogata era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, perché l'appaltatore impiegava capitali, macchine e attrezzature fornite dal committente (art. 1, comma 3, legge 1369/1960), è ora qualificato come somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori delle ipotesi previste dalla nuova legge. In questo senso, secondo i parametri precisati dalla ultima giurisprudenza delle Sezioni Unite, anche nella ipotesi in esame si verifica una abrogazione parziale della fattispecie penale precedente, giacché solo alcuni fatti puniti dalla legge abrogata non costituiscono più reato secondo la legge sopravvenuta (le somministrazioni di lavoro da parte di agenzie private abilitate e nei casi consentiti), mentre altri fatti continuano ad essere puniti come reato (le somministrazioni di lavoro da parte di soggetti non abilitati o fuori dei casi consentiti, che la legge abrogata puniva come appalti di mere prestazioni di lavoro).

6. - Tanto premesso, ne consegue che il fatto tipico contestato al legale rappresentante della Cooperativa Aster - aver fornito 50 lavoratori alla società Acciaierie Beltrame - non è stato depenalizzato dal D.L.vo 276/2003. E infatti gli stessi difensori non hanno sostenuto la tesi che il fatto non è più preveduto come reato ai sensi dell'art. 2, comma 2 ma hanno argomentato nella memoria aggiuntiva a sostegno della diversa tesi dell'applicazione della legge successiva asseritamente più favorevole ex art. 2, comma 3, c.p.

Resta però da vedere se il fatto contestato integrava gli estremi del reato di appalto di mano d'opera, previsto dalla legge abrogata nella parte che sopravvive all'abrogazione, ovvero se integra gli estremi del reato di somministrazione illecita previsto dalla nuova legge.

In linea di fatto è risultato che la Cooperativa Aster, la quale svolgeva i suoi servizi presso molte aziende, aveva avuto l'incarico di movimentare i laminati e di gestire il magazzino della società Beltrame. Giova sottolineare che il servizio così assunto rientra perfettamente tra quelli per cui la nuova legge ammette la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (art. 20, comma 3, lett. c) D.L.vo 276/2003, che si riferisce a servizi di trasporto e movimentazione di macchinari e merci da e per lo stabilimento).

Data la natura dell'incarico, da eseguirsi almeno in parte all'interno dell'azienda Beltrame, è evidente che la cooperativa prestava il suo lavoro anche dentro i capannoni dello stabilimento della società committente, dove erano impiantati alcuni carri ponti necessari per la movimentazione del materiale.

È certo comunque che, a parte questi beni immobili di proprietà del committente, la cooperativa gestiva il servizio con mezzi mobili di sua pertinenza (un locotratte di notevole valore economico per la movimentazione dei vagoni, scale per salire e scendere dalle cataste di laminati, attrezzi e mezzi antinfortunistici, ecc.); inoltre dirigeva autonomamente i lavoratori dipendenti; e infine assumeva il rischio dell'impresa, giacché veniva compensata in base al materiale movimentato, con una penale di 100.000 lire per ogni tonnellata di materiale movimentato in meno rispetto allo standard giornaliero pattuito.

Che poi la penale fosse limitata al 7% del corrispettivo annuo fatturato dalla cooperativa non escludeva il rischio, come invece ritiene il giudice di merito. Laddove pretende che il rischio essenziale per la sussistenza di un regolare appalto di servizi debba essere «totale», il tribunale monocratico non tiene conto che in un rapporto di appalto è normale che la disciplina contrattuale non escluda mai una delle parti dal rischio di una esecuzione più o meno favorevole ai suoi interessi. Una cosa infatti è il rischio attinente all'organizzazione imprenditoriale - che è quello rilevante ai fini della configurazione di un legittimo appalto - altra cosa è il rischio conseguente al rapporto contrattuale.

6.1. - A rigore, non rileva ai fini penali che il fatto così accertato rientrasse o meno nei lavori di facchinaggio di cui all'art. 3 o all'art. 5 della legge 1369/1960. Se vi rientrava (come pure appare verosimile) l'unica conseguenza sarebbe che ai sensi dell'art. 3 la società Beltrame era tenuta in solido con la Cooperativa Aster ad assicurare ai dipendenti di quest'ultima un trattamento retributivo e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti della prima; ovvero che, ai sensi dell'art. 5, questo regime solidale non era applicabile a condizione che la Cooperativa Aster fosse stata effettivamente autorizzata dall'Ispettorato del lavoro territorialmente competente.

Quel che soltanto rileva ai fini penali è se il rapporto configurava un legittimo appalto di servizi, oppure una illecita somministrazione di mere prestazioni lavorative, cioè il c.d. appalto di mano d'opera vietato dall'art. 1 legge 1369/1960 (pseudoappalto). Orbene, a norma del terzo comma dello stesso art. 1, ricorrevano nella fattispecie l'elemento distintivo del legittimo appalto di servizi, giacché la Cooperativa Aster organizzava il lavoro con propri mezzi e macchinari, eccetto - e non poteva essere altrimenti - la sede materiale attrezzata dove il servizio doveva essere contrattualmente eseguito, che era di proprietà del committente che utilizzava il servizio stesso.

A quest'ultimo riguardo già la giurisprudenza civile ha chiarito che «l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo a una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie (pseudoappalto) vietata dall'art. 1, primo comma, della legge n. 1369 del 1960 solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore» (Cass., sez. lav., n. 4585 dell'11 maggio 1994, Federico Antonio c. Enel, RV 486567; Cass., sez. lav., n. 6579 del 26 aprile 2003, De Liso c. Autoservizi Maggiore Spa, RV 562475).

Posto che questa comparazione ponderale tra i due conferimenti va condotta in relazione al contenuto concreto del contratto intercorso tra i due imprenditori, non v'è dubbio che la organizzazione dei mezzi produttivi nella fattispecie de qua faceva capo alla Cooperativa Aster in misura qualificante, considerato che l'apporto della società Beltrame era limitato ai beni immobili in cui la prima doveva necessariamente svolgere il servizio.

6.2. - Se poi si assumono i parametri formulati dalla nuova normativa (che all'art. 29 D.L.vo 276/2003 ha meglio definito la distinzione tra appalto di servizi e somministrazione di lavoro, recependo anche l'elaborazione giurisprudenziale in materia) qualsiasi dubbio eventuale sulla qualificazione della fattispecie concreta non è più consentito. Infatti i criteri distintivi codificati per configurare il legittimo appalto diventano due: 1) l'organizzazione dei mezzi produttivi da parte dell'appaltatore, che può essere desunta anche dalla direzione dei lavoratori da parte dello stesso appaltatore; 2) il rischio d'impresa in capo a quest'ultimo.

Nel caso di specie, per le considerazioni già svolte, il rischio d'impresa gravava sulla Cooperativa Aster (senza con ciò escludere che un rischio incombesse anche alla impresa Beltrame come controparte contrattuale), e inoltre la direzione e gestione dei lavoratori impiegati nel servizio, da cui poteva desumersi anche la completa organizzazione dei mezzi produttivi, facevano capo sempre alla stessa cooperativa appaltatrice.

Si trattava quindi in concreto di un legittimo appalto di servizi e non di illecita fornitura di lavoro, sicché l'imputato doveva essere assolto perché il fatto a lui contestato non sussiste, né ai sensi della legge 1369/1960 né - a maggior ragione - ai sensi del D.L.vo 276/2003. (Omissis).