



43571-22

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE PENALE

Composta da:

SERGIO DI PAOLA

- Presidente -

Sent. n. sez. 1454

MARIA DANIELA BORSELLINO

CC - 14/09/2022

PIERLUIGI CIANFROCCA

R.G.N. 13921/2022

GIUSEPPE COSCIONI

- Relatore -

FABIO DI PISA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis)

avverso l'ordinanza del 23/03/2022 del TRIB. LIBERTA' di MONZA

udita la relazione svolta dal Consigliere GIUSEPPE COSCIONI;

lette le conclusioni del PG FELICETTA MARINELLI, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

letta la memoria del difensore del ricorrente

(omissis)

che ha

insistito per l'accoglimento del ricorso;

S. Geronzi

RITENUTO IN FATTO

1. In data 25 febbraio 2022 il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Monza disponeva il sequestro preventivo nei confronti della (omissis) s.r.l. ovvero di (omissis) della somma di € 2.748.937,04 (o il sequestro per equivalente di beni nella disponibilità della società o dell'indagato fino alla concorrenza di tale valore), pari al profitto dei reati di cui agli artt. 640 comma 2 n.1 cod.pen. e 2 d.lgs. n.74/²⁰⁰⁰~~1999~~, avverso tale provvedimento proponeva istanza di riesame (omissis) in proprio e quale legale rappresentante della (omissis) s.r.l., che veniva rigettato dal Tribunale di Monza con ordinanza del 23 marzo 2022.

1.1 Avverso l'ordinanza ricorre per Cassazione il difensore di ^d(omissis), in proprio e quale amministratore d(omissis)s.r.l., eccependo l'apparenza della motivazione relativamente al requisito del *fumus commissi delicti*, individuato nella certezza della falsità dei contratti di distacco transnazionale sul presupposto della inesistenza della (omissis) rumena: era proprio la normativa comunitaria recepita in quella nazionale che consentiva e legittimava la descritta struttura societaria e i rapporti tra le due società, e (omissis) non era stato –come ritenuto dal Tribunale del Riesame– amministratore di fatto della società rumena, bensì amministratore di diritto fino al 5 gennaio 2021, data dalla quale era subentrata nella carica la madre ed egli era stato nominato referente in Italia della società rumena; la motivazione che attribuiva al collegamento tra le due società valore indiziante era in aperto contrasto con la disciplina dei contratti di distacco.

1.2 Il difensore lamenta l'omessa considerazione dei documenti prodotti, ed in particolare dei bilanci della società da cui risultava un reddito tassabile in Romania, avente ad oggetto contratti per lavori edili con enti rumeni, ovverossia contratti pubblici, per partecipare ai quali era necessaria la presenza di specifici requisiti tecnico-professionali; non era poi stato considerato che tutti i lavoratori distaccati erano in possesso, oltre che di regolare busta paga rumena, anche di documento rilasciato da altro paese comunitario in ottemperanza alla legge comunitaria che regola l'istituto del distacco transazionale (formulario A) rilasciato da ente rumeno; né l'inattività della (omissis) rumena poteva essere comprovata dalle sommarie informazioni testimoniali rese dai lavoratori, trattandosi di 5 lavoratori sui 50 distaccati.

Il difensore osserva che il Tribunale aveva sostenuto l'assenza di allegazione atta a comprovare un legame organico effettivo tra i lavoratori e la società di diritto rumeno in forza della circostanza che alcuni lavoratori distaccati risiedessero sul territorio nazionale in data antecedente al distacco: l'aggettivo indefinito "alcuni" non era indice di nulla ed era stato offerto in produzione il documento n.4 da cui si evinceva la doppia residenza di lavoratori impiegati a mezzo dei contratti di

distacco, circostanza che emergeva anche dai documenti di indagine, da cui risultava che 9 lavoratori non erano affatto residenti in Italia, ma erano soltanto stati identificati sul territorio nazionale; non si era neppure considerato che unica condizione che deve essere rispettata ai fini della legittimità della procedura di distacco è che il lavoratore, prima dell'assunzione, risulti iscritto da almeno un mese al regime assicurativo dello stato membro.

Il Tribunale aveva poi sostenuto che la documentazione avrebbe dovuto essere custodita presso la società rumena, non considerando che la stessa era legittimamente detenuta da (omissis) in forza della sua qualifica di amministratore anche della società rumena e di referente della società rumena in Italia: tali argomentazioni eliminavano la forza indiziante delle conversazioni whatsapp, alla luce della legittimità del reclutamento di nuovi operai da parte di (omissis) anche nella veste di amministratore della società rumena (peraltro, i lavoratori oggetto delle menzionate conversazioni nemmeno rientravano in quelli distaccati); del tutto priva di forza indiziante era l'ulteriore considerazione del Collegio circa l'esclusività del centro di interessi italiano del ricorrente; il Tribunale si era limitato ad affermare l'inesistenza dei contratti di distacco solo da un punto di vista formale.

1.2 Il difensore, premesso che in ipotesi accusatoria la truffa ai danni dello stato sarebbe stata integrata dalla stipulazione fittizia di contratti di distacco transnazionale di lavoratori al solo fine di eludere le imposte e gli oneri contributivi in proprio e quale sostituto di imposta dei lavoratori interessati, permettendo così alla (omissis) s.r.l. di ottenere un ingiusto profitto consistente nel contenimento dei costi del lavoro e causando un danno patrimoniale consistente nel mancato versamento delle ritenute fiscali IRPEF in qualità di sostituto di imposta, nonché nel mancato versamento degli oneri previdenziali, osserva che nulla aveva motivato il Tribunale del Riesame in ordine alla sussistenza di indici comprovanti il danno erariale: a fronte della omessa corresponsione di contributi previdenziali, infatti, l'INPS non aveva erogato alcuna prestazione previdenziale in favore dei lavoratori che, proprio in forza dei contratti di distacco che si assumevano fittizi, erano dipendenti di una società rumena, che aveva provveduto alla relativa contribuzione presso il preposto ente previdenziale, che avrebbe provveduto alla relativa erogazione del servizio; nulla era stato chiesto all'INPS italiano, che quindi non aveva subito alcun danno.

1.3 Il difensore eccepisce la violazione degli artt. 2 D.Lgs. 74/2000, 125 e 131 cod.proc.pen.: sebbene il capo di incolpazione n.2 prevedesse un'incolpazione per fatture oggettivamente inesistenti, era dato pacifico che la (omissis) s.r.l. italiana avesse corrisposto alla (omissis) rumena un importo forfettario, comprensivo del pagamento per le indennità di distacco, per il costo degli stipendi in Romania e per la corrispondente quota di contribuzione INPS dovuta all'ente rumeno: la

detrazione fiscale che (omissis) aveva ottenuto attraverso fatture soggettivamente inesistenti risultava sovrapponibile, quantomeno con riferimento alle indennità di trasferta, a quella che avrebbe ottenuto attraverso la detrazione dei costi del lavoro derivanti da contratti stipulati in Italia, per cui il relativo conteggio delle somme sequestrabili risultava eccedente rispetto all'effettivo ingiusto profitto, tutt'al più ravvisabile nelle ulteriori voci indicate in fattura rispetto alle indennità di trasferta; veniva evidenziata una discrasia nei conteggi, assunti acriticamente come corretti dal Tribunale del Riesame.

1.4 Il difensore rileva che nei motivi di gravame era stata eccepita l'illegittimità del provvedimento di sequestro per mancanza di motivazione in ordine alla pertinenzialità tra somme sequestrate e reati contestati, ma che sul punto il Tribunale aveva omissis la motivazione, argomentando sulla sussistenza del *periculum in mora*, non considerando che mancava la prova della pertinenzialità al reato delle somme presenti sui conti, atteso che il supposto profitto non poteva identificarsi in un accrescimento del patrimonio dell'indagato; ciò a maggior ragione con riferimento al (omissis) acceso presso il (omissis) e della Brianza ed alla somma ivi depositata, in relazione alla quale era stata provata l'assenza di pertinenzialità, trattandosi del pagamento del prezzo di un contratto di appalto, venuto in essere dopo la commissione dei reati in contestazione e addirittura dopo l'esecuzione del provvedimento di sequestro.

2. Il Procuratore generale depositava conclusioni scritte, con le quali chiedeva rigettarsi il ricorso.

3. Il difensore depositava memoria scritta nella quale insisteva per l'accoglimento del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato quanto al terzo e quarto motivo.

1.1 Relativamente al primo motivo di ricorso, premesso che per lavoratore distaccato si intende, ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. 136 del 2016 "il lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia" (si veda anche l'art. 14 par.1 del Regolamento n.1408/71: "Il lavoratore occupato nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente e distaccato da questa impresa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto di quest'ultima, rimane soggetto alla legislazione del primo Stato, a condizione che la durata prevedibile del lavoro non superi i dodici mesi e che egli non sia inviato in sostituzione di un altro lavoratore giunto al termine del suo periodo di distacco"),

si deve rilevare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è costante nel sostenere che soltanto qualora l'istituzione dello Stato membro nel quale i lavoratori sono stati distaccati abbia investito l'istituzione che ha emesso certificati E 101 di una domanda di riesame e di revoca degli stessi, sulla scorta di elementi raccolti nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria dalla quale è emerso che tali certificati sono stati ottenuti o invocati in modo fraudolento, e l'istituzione emittente non abbia tenuto conto di tali elementi ai fini del riesame della correttezza del rilascio dei suddetti certificati, il giudice nazionale può, nell'ambito di un procedimento promosso contro persone sospettate di aver fatto ricorso a lavoratori distaccati servendosi di tali certificati, ignorare questi ultimi se — sulla base di detti elementi e in osservanza delle garanzie inerenti al diritto a un equo processo che devono essere accordate a tali persone — constati l'esistenza di una tale frode (vedi Corte di Giustizia Europea C-359-16)

La Corte di Giustizia n.C-620-15 ha infatti precisato che "un certificato E 101, rilasciato dall'istituzione designata dall'autorità competente di uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97, come modificato dal regolamento (CE) n. 647/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2005, vincola tanto le istituzioni di sicurezza sociale dello Stato membro in cui l'attività lavorativa viene svolta quanto i giudici del medesimo Stato membro, anche qualora questi ultimi rilevino che le condizioni di svolgimento dell'attività del lavoratore interessato esulino palesemente dalla sfera di applicazione *ratione materiae* di tale disposizione del regolamento n. 1408/71."

Nella motivazione della citata sentenza si legge che relativamente al cosiddetto certificato E 101 rilasciato da un Stato membro, in cui si attesta che il lavoratore interessato è soggetto alla legislazione di detto Stato, la commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, con la decisione n. 181 del 13 dicembre 2000, ha precisato che il dovere di collaborazione impone: a) all'organismo competente del paese d'invio di procedere ad una valutazione corretta dei fatti pertinenti per l'applicazione degli articoli 14, paragrafo 1, 14 bis, paragrafo 1, e 14 ter, paragrafi 1 e 2, del regolamento [n. 1408/71] e 11, e 11 bis, del regolamento [n. 574/72] e quindi di garantire la corretta compilazione dei punti che figurano nel formulario E 101; b) all'istituzione competente del paese di occupazione e di qualsiasi altro Stato membro di considerarsi vincolato dal formulario E 101 per tutto il tempo in cui non sarà stato ritirato o dichiarato invalido dall'istituzione competente del paese d'invio; c) all'istituzione competente del paese d'invio di riconsiderare la fondatezza del rilascio di questo formulario e di ritirare eventualmente tale formulario quando l'istituzione del paese di occupazione presenta dubbi circa l'esattezza dei fatti alla base di tale formulario;

in caso poi di disaccordo persistente, ogni organismo competente interessato può presentare alla Commissione amministrativa, tramite il rappresentante di governo, una nota che sarà esaminata nel corso della prima riunione successiva al ventesimo giorno dopo l'introduzione di tale nota, per tentare di conciliare i punti di vista divergenti per quanto attiene alla legislazione applicabile nel caso specifico.

Ove quest'ultima non riesca a conciliare le diverse posizioni degli organi competenti in merito alla legge applicabile al caso di specie, lo Stato membro nel cui territorio il lavoratore interessato svolge un'attività lavorativa ha quanto meno facoltà, senza pregiudizio degli eventuali rimedi giurisdizionali esistenti nello Stato membro a cui appartiene l'organo emittente, di promuovere un procedimento per inadempimento ai sensi dell'articolo 259 TFUE, al fine di consentire alla Corte di esaminare, nell'ambito di un tale ricorso, la questione della normativa applicabile a detto lavoratore e, di conseguenza, l'esattezza delle indicazioni figuranti nel modello E 101 (sentenza del 10 febbraio 2000, FTS, C 202/97, EU:C:2000:75, punto 58).

Pertanto, fino a quando non venga revocato o invalidato, il modello E 101 vincola l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro in cui il lavoratore dipendente si reca per svolgere un'attività lavorativa e, pertanto, vincola i suoi organi (v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2006, Herbosch Kiere, C 2/05, EU:C:2006:69, punto 31); ne deriva che un giudice dello Stato membro ospitante non è legittimato a conoscere della validità di un modello E 101 con riguardo agli elementi in base ai quali esso è stato rilasciato.

La Corte di Giustizia ha quindi precisato che le istituzioni degli Stati chiamati ad applicare i regolamenti nn. 1408/71 e 574/72 devono attenersi alla procedura medesima, anche nel caso in cui risultasse che le condizioni di svolgimento dell'attività dei lavoratori interessati non rientrano manifestamente nella sfera di applicazione *ratione materiae* della disposizione sulla base della quale il certificato E 101 sia stato rilasciato.

Tutto ciò premesso, l'impostazione del ricorso (più precisamente nei motivi aggiunti, nei quali la questione viene sviluppata) è corretta da un punto di vista giuridico, ma non considera che la questione su eventuali richieste formulate dall'istituto di previdenza italiano a quello rumeno involge un accertamento di fatto non esperibile nella presente sede; in altri termini, la censura avrebbe dovuto essere sollevata nell'ambito del giudizio di merito, unica sede nella quale era possibile l'accertamento sopra indicato.

1.2 Fondata è, invece, la censura sulla mancanza di motivazione del *fumus* del reato tributario.

Il Tribunale, infatti, trattando congiuntamente le questioni sui reati contestati, si è limitato ad affermare (pag.5 ordinanza impugnata) che dalla

procedura di "finto" distacco derivasse automaticamente la falsità delle fatture, senza però spiegare perché tali fatture sarebbero inesistenti; appare fondata anche l'eccezione contenuta a pag. 11 del ricorso, secondo cui l'indennità di distacco calcolata ai fini contributivi sia superiore rispetto a quella indicata ai fini del calcolo dell'evasione fiscale.

1.3 Dal tenore della ordinanza impugnata non emerge neppure una motivazione sul nesso di pertinenzialità tra i reati contestati e le somme sequestrate; in altri termini, a fronte della contestazione secondo cui il sequestro ha interessato indistintamente tutti i saldi attivi presenti sui conti correnti della (omissis) il Tribunale non ha motivato in ordine alla pertinenzialità, non chiarendo neppure in che modo sia stato determinato il profitto sequestrabile.

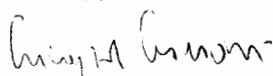
L'ordinanza deve essere pertanto annullata, con rinvio al Tribunale di Monza per nuovo esame sui punti sopra evidenziati

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Monza competente ai sensi dell'art. 324 co.5 c.p.p.

Così deciso il 14/09/2022

Il consigliere estensore
Giuseppe Coscioni



Il Presidente
Sergio Di Paola



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SECONDA SEZIONE PENALE

il 16 NOV. 2022



CANCELLIERE
Claudia Ricelli

