

Civile Sent. Sez. 2 Num. 38314 Anno 2021

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: CRISCUOLO MAURO

Data pubblicazione: 03/12/2021

SENTENZA

sul ricorso 32654-2018 proposto da:

AGENZIA ENERGETICA [REDACTED],
ENERGIA [REDACTED], elettivamente
domiciliati in ROMA, VIA [REDACTED], presso
l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che le rappresenta e
difende ope legis;

01/12/21

- *ricorrenti* -

contro

[REDACTED] COOPERATIVA SOCIALE SOCIETA' COOPERATIVA P A,
[REDACTED] elettivamente domiciliati in ROMA, VIA
[REDACTED], presso lo studio dell'avvocato [REDACTED]
[REDACTED], rappresentati e difesi dall'avvocato [REDACTED]
[REDACTED] giusta procura in calce al controricorso;

Corte di Cassazione - Corte di Cassazione

1936/21

del Ministero della Difesa, in assenza della prescritta autorizzazione.

A fondamento dell'opposizione deducevano che l'incarico era stato conferito a tre infermieri, che erano altresì pubblici dipendenti, in quanto a servizio dell'Accademia Militare di Livorno, nell'inconsapevolezza del loro status, atteso che gli stessi si erano presentati vantando la qualità di liberi professionisti, esibendo il certificato di attribuzione della partita IVA, l'iscrizione all'albo professionale ed alla relativa Cassa di Previdenza.

Il Tribunale di Pisa con la sentenza n. 215/2013, riunite le opposizioni, le accoglieva, stante la mancanza dell'elemento soggettivo della colpa, atteso il ricorrere di un errore di fatto scaturente da concreti elementi idonei a determinare un'errata percezione della realtà.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'Agenzia delle Entrate di Pisa, cui resistevano gli opposenti.

La Corte d'Appello di Firenze, con la sentenza n. 777 del 4 aprile 2018 ha rigettato l'appello.

Rilevava che l'art. 53 citato, a tutela del carattere di esclusività che riveste il rapporto del pubblico dipendente, vieta il cumulo di impieghi ed incarichi dei pubblici dipendenti, in assenza di una preventiva autorizzazione da parte della stessa PA, ma non indica quale sia lo specifico onere imposto al datore di lavoro privato onde assicurare il controllo sulla qualità del soggetto cui conferisce l'incarico.

La norma, infatti, presuppone la richiesta di preventiva autorizzazione nel caso in cui il soggetto abbia previamente dichiarato al datore di lavoro privato la sua qualità di dipendente pubblico.

Corte di Cassazione - Sezione II - Roma

Ove però il lavoratore si presenti munito di partita IVA, omettendo di riferire la sua qualità di dipendente, ciò determina un'induzione in errore del datore di lavoro privato, che legittima l'applicazione dell'art. 3 della legge n. 689/1981.

Infatti, il rilascio di partita Iva è incompatibile con la qualità di dipendente pubblico, e solo una effettiva conoscenza dello status dei tre infermieri avrebbe permesso alla cooperativa di ottemperare agli obblighi imposti dalla norma.

Era invece onere dell'Accademia Militare avvedersi della violazione posta in essere dai propri dipendenti.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'Agenzia delle Entrate sulla base di un motivo, cui resiste gli intimati con controricorso.

La ricorrente ha depositato memorie in prossimità dell'udienza. Con ordinanza interlocutoria del 27/1/2021 la causa è stata rimessa alla pubblica udienza, in vista della quale le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con il motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione del D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 53, comma 7, 10 ed 11, nonché dell'art. 3 della legge n. 689/1981 e degli artt. 2697, 2927 e 2929 c.c. e 115 c.p.c. I giudici di appello avrebbero errato affermando che fosse sufficiente per la cooperativa ricevere le dichiarazioni dei dipendenti, senza che fossero imposti ulteriori controlli a carico del datore di lavoro privato. Al contrario deve ritenersi che le norme impongano uno specifico onere di indagine a carico del datore di lavoro privato, come appunto confermato dalla giurisprudenza di legittimità, sicché non può reputarsi soddisfattiva di tale onere di diligenza la mera ricezione delle dichiarazioni rese dagli stessi dipendenti. Inoltre, non appare corretta l'applicazione fatta

dell'art. 3 della legge n. 689/1981 dai giudici di merito, dovendosi escludere che si stia offerta la prova liberatoria, posto che la cooperativa non ha compiuto alcuna autonoma attività di verifica circa la veridicità di quanto riferito dagli infermieri assunti. Il motivo è fondato.

Questa Corte ha anche di recente ribadito che, e proprio in relazione ad una fattispecie per molti versi assimilabile a quella ora in esame (assunzione da parte di una cooperativa di alcuni infermieri che erano dipendenti dell'amministrazione militare dello Stato e che si erano presentati al datore di lavoro privato in possesso di partita IVA) in tema di pubblico impiego privatizzato, l'esperimento di incarichi extraistituzionali retribuiti da parte di dipendenti della P.A. è condizionato al previo rilascio di autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, con un onere di verifica dell'assenza delle condizioni che ne impongono la richiesta posto a carico dell'ente pubblico economico o del datore di lavoro privato conferenti dall'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, senza che detta verifica possa essere surrogata dalle dichiarazioni dei lavoratori che attestino la superfluità dell'autorizzazione, in quanto inidonee ad elidere la colpevolezza della condotta del conferente (Cass. n. 25752/2016).

In motivazione questa Corte ha affermato che la violazione di cui all'art. 53 in esame, sarebbe priva di effettività se nessun onere sussistesse a carico del datore di lavoro in ordine alla verifica dell'assenza delle condizioni per cui è prevista l'autorizzazione. Nè quanto richiesto al datore di lavoro dal citato comma 9, può essere trasferito a carico del lavoratore (come invece nuovamente sostenuto in controricorso, secondo cui sarebbe quest'ultimo a dovere informare il datore di lavoro

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

della propria qualità di dipendente pubblico, per cui, in mancanza di ciò, nessun addebito potrebbe essere mosso al datore di lavoro).

Ed infatti, anche il lavoratore concorre all'attuazione della disciplina sulla incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, ma la norma di riferimento per quest'ultimo, va individuata nell'art. 53, comma 7, che prende in esame le conseguenze per il lavoratore della mancanza di autorizzazione a svolgere l'incarico extra-istituzionale.

E' stato di recente ribadito che l'esperimento di incarichi extraistituzionali retribuiti da parte di dipendenti della P.A. è condizionato al previo rilascio di autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, con un onere di verifica dell'assenza delle condizioni che ne impongono la richiesta posto a carico dell'ente pubblico economico o del datore di lavoro privato conferenti dall'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, senza che detta verifica possa essere surrogata dalle dichiarazioni dei lavoratori che attestino la superfluità dell'autorizzazione, in quanto inidonee ad elidere la colposità della condotta del conferente (Cass. n. 9289/2020).

Risulta quindi erronea l'affermazione della Corte d'Appello che ha ritenuto soddisfatte le condizioni di cui all'art. 3 della legge n. 689/1981 per escludere la responsabilità degli opposenti, per il solo fatto che i lavoratori avessero taciuto la loro qualità di dipendenti pubblici, producendo l'iscrizione alla partita IVA, ma sul presupposto che la norma sanzionatoria applicata non preveda uno specifico dovere di controllo a carico del datore di lavoro privato, e sostenendo che fosse invece onere della stessa PA avvedersi dell'illegittima attività posta in essere dai propri dipendenti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Il possesso di una partita IVA, che ben potrebbe essere stata rilasciata in vista dello svolgimento, in questo caso autorizzato, di prestazioni di lavoro autonomo da parte dei dipendenti, non può reputarsi che elida ogni ulteriore attività di controllo da parte del datore di lavoro privato, sebbene non ne siano tipizzate le modalità, ma dovendosi escludere che tale onere possa esaurirsi nel rimettersi unicamente a quanto eventualmente dichiarato sponte sua dal lavoratore (in senso analogo si veda anche Cass. n. 25752/2016; si veda altresì Cass. n. 30869/2019 che ha disatteso le critiche mosse avverso la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità del privato che aveva conferito incarico ad infermieri pubblici dipendenti, non reputando idonea ad escludere la responsabilità la dichiarazione dei dipendenti stessi ed il fatto che questi fossero muniti di partita IVA).

Nè tale conclusione contrasta con quanto previsto dalla legge n. 689 del 1981, art. 3, in quanto questa Corte ha avuto modo di affermare (Cass. n. 19759 del 2015), in tema di violazioni amministrative, ^{la} l'errore sulla liceità del fatto giustifica l'esclusione della responsabilità solo quando risulti inevitabile, occorrendo a tal fine un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della stessa liceità, oltre alla condizione che, da parte sua, sia stato fatto tutto il possibile per osservare la legge e che nessun rimprovero possa essergli mosso, così che l'errore sia stato incolpevole, non suscettibile, cioè, di essere impedito dall'interessato con l'ordinaria diligenza.

Anche di recente è stato ribadito che (Cass. n. 17777/2020) il principio posto dall'art. 3 della legge n. 689 del 1981 secondo il quale, per le violazioni amministrativamente sanzionate, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva od



omissiva, sia essa dolosa o colposa, postula una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, non essendo necessaria la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente, sul quale grava, pertanto, l'onere della dimostrazione di aver agito senza colpa e che (Cass. n. 2139/2020) tale prova va distinta da quella della buona fede, che rileva, come esimente, solo se l'agente è incorso in un errore inevitabile, per essere incolpevole l'ignoranza dei presupposti dell'illecito e dunque non superabile con l'uso della normale diligenza (conf. Cass. n. 720/2018; Cass. n. 16320/2010, che chiarisce come occorra a tal fine un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della sopra riferita liceità, oltre alla condizione che da parte dell'autore sia stato fatto tutto il possibile per osservare la legge e che nessun rimprovero possa essergli mosso, così che l'errore sia stato incolpevole, non suscettibile cioè di essere impedito dall'interessato con l'ordinaria diligenza; Cass. n. 10477/2006).

In relazione al momento dell'assunzione, i giudici di merito hanno nella sostanza ritenuto che potesse legittimare il riconoscimento della buona fede in capo alla cooperativa ed ai suoi legali rappresentanti, la sola circostanza che fosse mancata una dichiarazione da parte dei dipendenti ed il possesso di una partita Iva, anche questa ricollegabile ad un'attività dei dipendenti, senza però individuare uno specifico elemento oggettivo idoneo ad ingenerare la convinzione della liceità della condotta, assumendo altresì la superfluità di ogni ulteriore attività di verifica, in contrasto con gli insegnamenti di questa Corte.

Corte di Cassazione - copia non verificata



Il ricorso deve quindi essere accolto e la sentenza cassata con rinvio per nuovo esame alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione.

Il giudice di rinvio terrà altresì conto dell'intervento nelle more della sentenza della Corte Costituzionale (Sentenza n. 98/2015) che ha dichiarato illegittimo l'art. 53 co. 15 del D. Lgs. n. 165/2001, quanto alla sanzione prevista per l'omessa comunicazione dei corrispettivi per l'espletamento di incarichi non autorizzati dall'amministrazione di appartenenza (illecito parimenti contestato nell'ordinanza opposta).

Il Giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Firenze, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 2^a Sezione Civile, in data 8 settembre 2021.
