

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MACIOCE Luigi - Presidente

Dott. TORRICE Amelia - Consigliere

Dott. BLASUTTO Daniela - Consigliere

Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa - Consigliere

Dott. TRICOMI Irene - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 10048-2015 proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE, C.F. (OMISSIS), in persona del Direttore pro tempore,
rappresentata e difesa ex lege dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, presso i cui
Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI N. 12;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS) ONLUS;

- intimata -

Nonche' da:

(OMISSIS) ONLUS, c.f. (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentata e difesa
dall'avvocato (OMISSIS), giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, C.F. (OMISSIS);

- intimata -

avverso la sentenza n. 607/2014 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, depositata il 15/10/2014 R.G.N. 344/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/10/2016 dal Consigliere Dott. IRENE TRICOMI;

udito l'Avvocato (OMISSIS);

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SANLORENZO Rita, che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La Corte d'Appello di Ancona, con la sentenza n. 607/14, pronunciando

sulla impugnazione proposta dalla Agenzia delle Entrate, Direzione provinciale di Ancona, nei confronti di (OMISSIS), avverso la sentenza emessa, tra le parti dal Tribunale di Ancona n. 1288/13, in parziale riforma della sentenza appellata, riduceva la sanzione (Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, commi 9, 11 e 15, per avere conferito incarico per lo svolgimento di prestazioni infermieristiche a (OMISSIS), dipendente della Marina militare, senza autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza e senza successiva comunicazione dei compensi corrisposti negli anni 2005 e 2006) irrogata con l'ordinanza ingiunzione n. 132940/2010/AC3/T6, emessa dall'Agenzia delle Entrate di Ancona in data 3 ottobre 2010, dalla somma di Euro 69.247,70, all'importo di complessivi Euro 34.001,14 (somma degli importi di Euro 7.552,34 e di Euro 26.448,80, irrogati per l'omissione della richiesta di autorizzazione).

2. La Corte di Appello affermava che l'omissione della richiesta di autorizzazione era punita anche a titolo di colpa, per cui per escluderne la sussistenza occorreva che l'ignoranza della qualita' del dipendente non fosse colpevole, e riteneva che l'omessa comunicazione dei compensi fosse assorbita dall'omessa richiesta di autorizzazione, e quindi ricompresa nella sanzione prevista per la prima omissione.

3. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre l'Agenzia delle Entrate, prospettando un motivo di ricorso.

4. Resiste la (OMISSIS) con controricorso e ricorso incidentale articolato in tre motivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Collegio ha autorizzato la redazione della sentenza in forma semplificata, ai sensi del decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione in data 14 settembre 2016.

2. Con l'unico motivo di ricorso l'Agenzia delle Entrate ha dedotto la violazione e/o falsa applicazione del Decreto Legge n. 331 del 1993, articolo 66, comma 6-bis, convertito dalla L. n. 427 del 1993, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3.

Benche', come sopra riportato, nell'epigrafe del motivo sia richiamata disciplina dettata in materia di imposte di bollo e di registro prevista, tra l'altro, per le societa' cooperative, le argomentazioni della censura e, dunque, la censura stessa, attengono come precisato nelle conclusioni del motivo medesimo, alla errata applicazione del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, commi 9, 11 e 15.

La ricorrente, infatti, censura la statuizione con la quale la Corte d'Appello ha ridotto la sanzione irrogata alla Cooperativa ritenendo che la mancata comunicazione dei compensi fosse assorbita dalla mancata comunicazione di autorizzazione.

Ed infatti, ad avviso dell'Agenzia si tratterebbe di due distinte sanzioni.

3. Il motivo non e' fondato e deve essere rigettato in ragione di quanto statuito dalla Corte costituzionale e da questa Corte, come di seguito precisato.

Con la sentenza n. 98 del 2015, intervenuta successivamente alla proposizione del ricorso principale per cassazione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimita' costituzionale del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, comma 15, nella parte in cui prevede che "I soggetti di cui al comma 9 che omettono le comunicazioni di cui al comma 11 incorrono nella sanzione di cui allo stesso comma 9".

Il Giudice delle Leggi ha tra l'altro statuito "La sanzione, in altri termini, per la violazione di un obbligo che appare del tutto "servente" rispetto a quello relativo alla comunicazione del conferimento di un incarico - previsto in funzione delle esigenze conoscitive della pubblica amministrazione, connesse, come si e' piu' volte sottolineato, al funzionamento della anagrafe delle prestazioni, tenuto anche conto delle modifiche apportate al Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53 ad opera della L. 6 novembre 2012, n. 190, articolo 1, comma 42, (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalita' nella pubblica amministrazione) viene a sovrapporsi irragionevolmente - perequando fra loro situazioni del tutto differenziate, per gravita' e natura - a quella prevista per la violazione di un obbligo di carattere sostanziale".

Questa Corte, con la sentenza n. 13474 del 2016, ha, quindi, gia' affermato che in materia di sanzioni amministrative, l'omessa comunicazione dei corrispettivi per l'espletamento di incarichi non autorizzati dall'amministrazione di appartenenza non e' soggetta alla sanzione di cui alla Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, comma 15, attesa l'intervenuta declaratoria di illegittimita' costituzionale della norma (Corte cost., n. 98 del 2015) per essere la condotta gia' ricompresa nel divieto di conferimento di incarichi senza autorizzazione, risolvendosi la sua autonoma sanzionabilita' in una duplicazione racciordata ad un inadempimento meramente formale.

4. Pertanto, il ricorso principale deve essere rigettato.

5. Con il ricorso incidentale, e' censurata attraverso piu' motivi, la statuizione con la quale la Corte d'Appello ha affermato che la disciplina legislativa punisce l'omissione della richiesta di autorizzazione per il conferimento dell'incarico a dipendente pubblico e la fattispecie e' punita anche a titolo di colpa.

Per escluderne la sussistenza, dunque, occorre che l'ignoranza della qualita' di dipendente pubblico non sia a sua volta colpevole, mentre la mancata specificazione dei mezzi di accertamento di tale circostanza significa solo che la parte deve adibire la diligenza concretamente esigibile ed e' discolpata solo ove dimostri che, nonostante questa, non ha avuto conoscenza della qualita' dell'incarico e, dunque, della sussistenza del proprio obbligo.

La Corte d'Appello ha affermato, altresì, che non sono trascurabili i limiti alla rilevanza della buona fede in materia di elemento soggettivo dell'illecito amministrativo e la conseguenza della ripartizione degli oneri probatori.

Ha concluso, quindi, che la mancata tipizzazione dei mezzi per compiere la dovuta verifica implicava che essi, pur non tipizzati astrattamente, dovevano essere apprezzati in termini di esigibilita', che le supposizioni fatte dall'opponente non adempivano all'obbligo di diligente verifica

delle condizioni che escludevano la comunicazione, e che nella specie non risultavano neppure richieste specifiche dichiarazioni ai soggetti cui si conferiva l'incarico, ne' assunte informazioni in altro modo.

6. Con il primo motivo del ricorso incidentale e' prospettata la violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, commi 9, 11 e 15, con riferimento alla L. n. 689 del 1981, articoli 1, 2 e 3, anche in riferimento all'articolo 25 Cost..

Ad avviso della ricorrente l'articolo 53 non vieta di assumere, tout court, ai soggetti pubblici o privati, pubblici dipendenti, ma si limita a porre una prescrizione, e cioe' che occorre chiedere il nulla osta. Cio' presuppone la consapevolezza della qualita' del lavoratore quale dipendente pubblico.

Poiche' ai sensi della L. n. 689 del 1991, articolo 3 per la violazione colpita da sanzione amministrativa occorre la coscienza e volonta' della condotta attiva o omissiva, l'obbligo in questione sussiste solo quando l'incarico sia conferito ad un soggetto che sia dipendente pubblico e si qualifichi come tale.

La norma, infatti, prescrive di chiedere il nulla osta, ma non di accertare lo status di dipendente pubblico del lavoratore, con la conseguenza che non si puo' richiedere in capo al datore di lavoro di dimostrare la buona fede incolpevole.

7. Con il secondo motivo di ricorso e' dedotta la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2697 c.c., in relazione all'applicazione del combinato disposto della L. n. 689 del 1981, articolo 3, e del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, commi 9 e 11. Errato riparto dell'onere della prova.

Assume la ricorrente che il nulla osta non e' stato richiesto non per errore scusabile, ma perche' ha come presupposto un accertamento che nessuna norma pone a carico al datore di lavoro.

8. Con il terzo motivo del ricorso incidentale e' dedotta la violazione dell'articolo 2697 c.c..

Spettava all'Amministrazione dimostrare che, nonostante il datore di lavoro fosse a perfetta conoscenza dello status di dipendente pubblico del lavoratore, ometteva di chiedere il nulla osta.

9. I suddetti motivi devono essere trattati congiuntamente in ragione della loro connessione. Gli stessi non sono fondati.

Il Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 53, comma 9, primo periodo, sancisce "Gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi". Il terzo periodo del medesimo comma stabilisce che "In caso di inosservanza si applica la disposizione del Decreto Legge 28 marzo 1997, n. 79, articolo 6, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni".

La L. n. 689 del 1981, articolo 3, comma 1 stabilisce che "Nelle violazioni cui e' applicabile una sanzione amministrativa ciascuno e' responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

Osserva il Collegio che nel pubblico impiego contrattualizzato l'articolo 53, nel suo insieme, non vieta l'esperimento di incarichi extraistituzionali retribuiti, ma li consente solo ove gli stessi siano "conferiti" dall'Amministrazione di provenienza ovvero da questa preventivamente autorizzati, rimettendo al datore di lavoro pubblico la valutazione della legittimita' dell'incarico e della sua compatibilita', soggettiva ed oggettiva, con i compiti propri dell'ufficio.

All'applicazione di tale disciplina concorre il comma 9 dell'articolo 53, che fa carico agli enti pubblici economici e ai datori di lavoro privato di chiedere la preventiva autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza del lavoratore.

Tale previsione, la cui violazione da luogo a sanzione amministrativa, sarebbe priva di effettività se, come deduce la ricorrente, nessun onere sussistesse a carico del datore di lavoro in ordine alla verifica dell'assenza delle condizioni per cui è prevista l'autorizzazione. Né, quanto richiesto al datore di lavoro dal citato comma 9, può essere trasferito a carico del lavoratore (assumendo la ricorrente che sarebbe quest'ultimo a dover informare il datore di lavoro 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'articolo 53, comma 7, che prende in esame le conseguenze per il lavoratore della mancanza di autorizzazione a svolgere l'incarico extraistituzionale.

Correttamente, quindi, la Corte d'Appello, ha affermato che sussiste a carico del datore di lavoro, con relativo onere della prova, senza che ne siano tipizzate le modalità, un obbligo di verifica delle condizioni che escludono la richiesta di autorizzazione, non potendosi lo stesso rimettere unicamente a quanto eventualmente dichiarato sponte sua dal lavoratore.

Né ciò contrasta con quanto previsto dal Decreto Legislativo n. 689 del 1981, articolo 3. Come questa Corte ha avuto modo di affermare (Cass., n. 19759 del 2015), in tema di violazioni amministrative, 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.

Nella specie, tale obbligo, afferma la Corte d'Appello, con statuizione che non è stata adeguatamente censurata, non è stato adempiuto, atteso che non risultavano richieste specifiche dichiarazioni ai soggetti cui si conferiva l'incarico, né assunte informazioni in altro modo.

10. Il ricorso incidentale deve essere rigettato.

11. In ragione della reciproca soccombenza le spese del presente giudizio sono compensate tra le parti.

12. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1-quater, da atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

P.Q.M.

La Corte rigetta i ricorsi. Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1-quater, da atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.