

Civile Ord. Sez. 2 Num. 19756 Anno 2024

Presidente: ORILIA LORENZO

Relatore: BERTUZZI MARIO

Data pubblicazione: 17/07/2024

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

Agenzia delle Entrate, in persona del direttore, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n.12.

Ricorrenti

contro

Don Franco Baroni Onlus, con sede in Lucca, in persona del legale rappresentante sig. Paolo Mandoli, **e Mandoli Paolo**, rappresentati e difesi per procura alle liti in calce al ricorso dagli Avvocati Gianluca Baldi e Valerio Cioni, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via degli Scipioni n. 268/A.

Controricorrenti

avverso la sentenza n. 2019/2019 della Corte di appello di Firenze, depositata il 12. 8. 2019.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 14 maggio 2024 dal consigliere Mario Bertuzzi.

Fatti di causa e ragioni della decisione

1. Con sentenza n. 2019 del 12. 8 2019 la Corte di appello di Firenze, rigettando l'appello principale proposto dall'Agenzia delle Entrate, confermò la statuizione di primo grado che aveva accolto le opposizioni avanzate dall'associazione Don Franco Baroni Onlus e da Mandoli Paolo, suo legale rappresentante, avverso l'ordinanza ingiunzione che aveva loro elevato una sanzione pecuniaria per la violazione dell'art. 53, comma 9, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per avere l'associazione conferito, nel corso degli anni dal 2009 al 2012, diversi incarichi retribuiti a dipendenti pubblici di Unità sanitarie locali (USL 2 di Lucca ed altre) senza la preventiva autorizzazione delle amministrazioni di loro appartenenza; accolse invece l'appello incidentale relativo alla disposta compensazione delle spese di giudizio, al cui pagamento condannò la convenuta opposta.

La Corte di meritò motivò tale decisione affermando, in adesione alla pronuncia di primo grado, che l'autorizzazione prevista dall'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001 può essere anche implicita e quindi può ravvisarsi anche in comportamenti concludenti dell'Amministrazione, laddove essi implicino una valutazione della rispondenza dell'incarico conferito ai suoi dipendenti con i propri interessi, e che nel caso di specie, in relazione alla utilizzazione dei dipendenti della USL 2 di Lucca, tale autorizzazione implicita era desumibile dalle numerose convenzioni, di durata annuale, stipulate dalla predetta USL con l'associazione, dal 1997 al 2013, in forza delle quali essa metteva a disposizione di quest'ultima propri dipendenti, che essa stessa individuava e che venivano retribuiti con fondi somministrati dalla stessa USL, per prestazioni domiciliari in favore di malati oncologici terminali. Con riferimento alla utilizzazione dei dipendenti delle altre USL di Lucca, la Corte ritenne, invece, che l'assenza di qualsiasi autorizzazione, anche implicita, non rendesse la loro utilizzazione sanzionabile, essendo il comportamento dell'associazione generato da un affidamento incolpevole circa la sussistenza della autorizzazione, atteso che anche in questo caso i nominativi dei dipendenti incaricati venivano forniti direttamente dalla USL 2 di Lucca.

2. Per la cassazione di questa sentenza, con atto notificato il 29. 1. 2020, ha proposto ricorso l'Agenzia delle Entrate, affidandolo ad un unico motivo.

L'associazione Don Franco Baroni Onlus e Mandoli Paolo hanno notificato controricorso.

3. Con l'unico motivo di ricorso l'Agenzia delle Entrate denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ., censurando la sentenza impugnata per avere ritenuto che l'autorizzazione prevista dalla predetta disposizione possa essere anche implicita ovvero desumersi da comportamenti concludenti, in contrasto con i principi che governano l'attività delle pubbliche amministrazioni e con lo stesso dettato normativo, che prevede una rigida procedimentalizzazione dell'*iter* autorizzatorio, tale da non consentire una conclusione diversa da quella della necessità del suo rilascio formale. Il comma 6 della disposizione in esame, si sostiene, prevede un'ipotesi di nullità testuale di tutti gli atti e provvedimenti adottati dalle amministrazioni di appartenenza in contrasto con il presente comma. Ne discende l'irrilevanza, sotto il profilo della necessità della autorizzazione, delle convenzioni intervenute tra l'associazione e la USL 2 di Lucca e, altresì, la non configurabilità nei confronti della prima di un affidamento incolpevole.

Ciò porta ad escludere, con riguardo agli incarichi conferiti ai dipendenti delle USL diverse da quella di Lucca 2, che possa ricorrere l'ipotesi della non punibilità per affidamento incolpevole, non avendo l'Associazione fornito prova ulteriore della sua buona fede e dell'assenza di colpa, come invece era suo onere ex art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689. La tesi proposta, del resto, è avallata dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, che ha escluso la possibilità di provvedimenti orali o impliciti sostitutivi del provvedimento formale previsto dall'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001.

4.1. Il motivo è solo parzialmente fondato.

Preliminarmente merita precisare che la decisione impugnata, nel confermare l'annullamento della ordinanza ingiunzione, ha adottato una diversa motivazione per gli incarichi conferiti dalla Associazione ai dipendenti della USL 2 di Lucca rispetto a quelli conferiti a lavoratori di altre USL, ritenendo che per i primi vi fosse stata una autorizzazione tacita e per i secondi che la condotta posta in essere non fosse punibile per assenza di colpa.

Il ricorso, con un unico motivo, solleva censure distinte in relazione alle due diverse statuizioni, che necessitano, di conseguenza, di una separata trattazione.

4.2. Con riferimento agli incarichi conferiti ai dipendenti della USL 2 di Lucca, la Corte di appello ha affermato che l'autorizzazione della amministrazione di appartenenza del dipendente pubblico a svolgere incarichi retribuiti presso enti pubblici economici o soggetti privati, prevista dall'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, può essere anche implicita e derivare da comportamenti concludenti, da cui si desuma una valutazione da parte dell'amministrazione degli interessi pubblici coinvolti, analoga a quella da svolgere ai fini del rilascio della autorizzazione.

Questa conclusione è errata, scontando un evidente contrasto con la disciplina positiva, la quale prevede che l'autorizzazione sia richiesta dal soggetto, pubblico o privato, che intende conferire l'incarico e che su di essa si pronunci l'amministrazione di appartenenza, aggiungendo che, decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, salvo se richiesta per incarichi conferiti da amministrazioni pubbliche, si intende definitivamente negata (art. 53, comma 10). Ora, la previsione di un provvedimento di autorizzazione e della scansione del relativo procedimento, articolato in una richiesta dell'interessato ed in una risposta dell'amministrazione, portano senz'altro a ritenere che l'autorizzazione debba manifestarsi in un atto formale, e quindi ad escludere che essa possa ritenersi implicita in comportamenti della amministrazione da cui desumere che essa sia stata accordata, tanto più che il silenzio o inerzia sulla richiesta equivale, per espressa previsione normativa, a rigetto dell'istanza (Cass. n. 29348 del 2022).

Si ritiene tuttavia che il rilevato errore di diritto in cui è incorsa la sentenza impugnata non comporti di per sé l'epilogo della sua cassazione, ben potendo questa Corte fondare la sua decisione anche su una ragione giuridica diversa da quella indicata dalla sentenza, correggendone la motivazione (art. 384, comma 4, cod. proc. civ.), sulla base degli stessi fatti in essa accertati.

Ora, dalla lettura della sentenza impugnata e dallo stesso ricorso e controricorso risulta pacifico che gli incarichi di cui si discute vennero affidati dalla

associazione in attuazione di convenzioni di durata annuale stipulate tra la stessa e l'amministrazione di appartenenza dei dipendenti utilizzati, la USL 2 di Lucca, dal 1997 al 2013, e quindi in vigore negli anni in cui erano stati svolti gli incarichi attenzionati dall'ordinanza ingiunzione opposta. Tali convenzioni in particolare prevedevano che alcuni dipendenti della USL, individuati dalla stessa e non dall'associazione, venissero messi a disposizione di quest'ultima per lo svolgimento di prestazioni di assistenza domiciliare a malati oncologici, prevedendosi altresì che per la loro retribuzione fossero utilizzati fondi a ciò destinati dalla stessa USL. Il conferimento degli incarichi suddetti non partì pertanto da una iniziativa propria ed unilaterale dell'associazione, ma venne concordata, con convenzioni formali, con la stessa amministrazione di appartenenza dei lavoratori, per prestazioni chiaramente integrative o sussidiarie all'attività di cura ed assistenza sanitaria che costituisce com'è noto il fine istituzionale della USL. Il contesto fattuale in cui gli incarichi furono conferiti, in particolare la sussistenza di convenzioni a monte tra il soggetto conferente e l'amministrazione di appartenenza aventi ad oggetto proprio la utilizzazione dei lavoratori pubblici, porta allora a ritenere che la condotta sanzionata con l'ordinanza ingiunzione opposta si ponga al di fuori dello spazio di applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, per rientrare nel diverso ambito degli accordi e convenzioni che l'ente pubblico decida di stipulare con altri soggetti al fine di realizzare gli interessi pubblici cui è preposto. Ed invero a ciò spinge la stessa previsione contenuta nella citata disposizione, laddove articola la sequenza del procedimento nella richiesta di autorizzazione del soggetto che intende avvalersi dell'attività del dipendente pubblico e nella successiva risposta dell'amministrazione, ancorando quindi la sfera della sua applicazione al caso in cui l'iniziativa muova dal privato e l'utilizzazione del lavoratore si dispieghi sul terreno dei suoi interessi, non anche quando il conferimento dell'incarico nasca da un precedente accordo sottoscritto dalla stessa amministrazione al fine del perseguimento dell'interesse pubblico, come nel caso di specie è dimostrato dalla messa a disposizione da parte di essa di fondi destinati alla retribuzione dei lavoratori (in questo senso si richiama la sentenza di questa Corte n. 33121 del 2023, che ha deciso un ricorso della

Agenzia delle Entrate avverso una sentenza della Corte di appello di Firenze avente oggetto l'opposizione ad una ordinanza ingiunzione emessa nei confronti della stessa Onlus per l'identica violazione in relazione ad un periodo diverso da quello sanzionato con il provvedimento opposto nel presente giudizio).

Il Collegio ritiene pertanto di non dover dare seguito al recente arresto di questa Corte, di cui all'ordinanza n. 29348 del 2022, che decidendo una causa tra le medesime parti ed avente lo stesso tema, ha ritenuto fondato il ricorso dell'Agenzia delle Entrate, argomentando sulla inammissibilità di una autorizzazione tacita al conferimento degli incarichi. La questione decisiva sembra infatti spostarsi sulla riconducibilità o meno della fattispecie in esame al regime autorizzatorio previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001.

In parte qua il ricorso non appare quindi fondato.

4.3. Appare viceversa fondata la censura che investe il capo della decisione che ha mandato esente da sanzione l'associazione in relazione agli incarichi conferiti ai dipendenti delle USL diverse da quella 2 di Lucca, per le quali non risultavano sottoscritta a monte alcuna convenzione, sulla base della considerazione che tale condotta era giustificata da un affidamento incolpevole della conferente circa la sussistenza dell'autorizzazione, *considerato che i nominativi venivano forniti direttamente dalla USL 2 di Lucca*".

La censura merita accoglimento in quanto muove dalla premessa, che, come si è visto, è errata, che vale a dire l'autorizzazione richiesta dall'art. 53 citato possa essere anche tacita.

In ogni caso la motivazione appare discostarsi dall'orientamento consolidato di questa Corte, secondo cui, in tema di violazioni amministrative, poiché, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689 del 1981, per integrare l'elemento soggettivo dell'illecito è sufficiente la semplice colpa, l'errore sulla liceità della relativa condotta, correntemente indicato come "buona fede", può rilevare in termini di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando esso risulti inevitabile, occorrendo 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,

R.G. N. 5387/2020.

così che l'errore sia stato incolpevole, non suscettibile cioè di essere impedito dall'interessato con l'ordinaria diligenza (Cass. n. 33441 del 2019; Cass. n. 18025 del 2018; Cass. n. 19759 del 2015; Cass. n. n. 16320 del 2010).

In mancanza, come accertato, dell'autorizzazione delle amministrazioni di appartenenza, la semplice circostanza che i dipendenti utilizzati fossero individuati dalla USL 2 di Lucca, con la quale, come detto, sussisteva una specifica convenzione in tal senso, non costituisce presupposto logico e fattuale per poter far supporre che l'associazione fosse convinta che l'autorizzazione per tali incarichi fosse stata rilasciata, né, comunque, che tale convincimento fosse incolpevole, cioè esente da colpa, discendendo l'obbligo di munirsi preventivamente dell'autorizzazione direttamente dalla legge (in questo senso la già citata sentenza di questa Corte n. 33121 del 2023).

5. Il ricorso va quindi accolto nei limiti di cui in motivazione, in relazione agli incarichi conferiti dall'Associazione ai dipendenti delle altre USL di Lucca, diverse dalla USL 2, con conseguente cassazione *in parte qua* della sentenza impugnata e rinvio della causa alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate, cassa in relazione alle censure accolte la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 14 maggio 2024.