

LA SUBORDINAZIONE NON PUO' BASARSI SOLO SUL RAPPORTO RETRIBUTIVO

di Francesco DI BONO*

Tribunale di Bari - Terza Sezione Civile
Sentenza del 27/02/2014 n. 1084
(Giudice dott. Francesco Agnino)

Le sanzioni amministrative conseguenti all'accertamento ispettivo non possono basarsi su mere deduzioni circa la tipologia della prestazione lavorativa. Nel caso di domanda diretta ad accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro, l'ente accertatore che ne deduce l'esistenza deve dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti della subordinazione non essendo sufficiente provare l'esistenza di un rapporto retributivo tra le parti. Non può valere la presunzione di subordinazione nelle ipotesi in cui vi sia la sola prova certa di un rapporto retributivo tra il datore di lavoro ed i lavoratori in mancanza di ulteriori elementi.

[Omissis]

Fatto e diritto

Con ricorso depositato il 5.10.2006, P.L. chiedeva che fosse, in via cautelare, sospesa l'esecutività e, nel merito, annullata e/o revocata l'ordinanza di ingiunzione emessa dal Direttore della D.P.L. (ora D.T.L.) di Bari, prot. 11.9.2006, n. 13474, con cui gli veniva ingiunto il pagamento della somma complessiva di euro 5.353,97 a titolo di sanzione amministrativa, in relazione ai rapporti di lavoro ritenuti sussistenti con M.G. , A.F. e C.V., ed in particolare, per la violazione delle disposizioni di cui agli artt.: 9 bis, comma II, l. n. 608/1996 (per aver omesso di comunicare entro 5 gg. l'assunzione dei lavoratori indicati); 9 bis, comma III, l. n. 608/1996

* Ispettore del lavoro presso la DTL di Bari.

(per non aver consegnato all'atto di assunzione una dichiarazione sottoscritta contenente i dati delle registrazioni); 21, comma 1, l. n. 264/1949 (per non aver comunicato alla SCICA la cessazione del rapporto di lavoro degli stessi dipendenti); 1 e 3, l. 4/1953 (per aver omesso di consegnare il prescritto prospetto paga); 3 e 4 l. 112/1935 (per aver eseguito registrazioni inesatte o incomplete sul libretto di lavoro degli stessi lavoratori); 14, Il comma, d.lgs. 38/2000 (per non aver comunicato all'INAIL il codice fiscale dei lavoratori assunti).

A sostegno di tali richieste, l'opponente deduceva:

- 1) in via preliminare, l'intervenuta abrogazione delle disposizioni richiamate nell'ordinanza di ingiunzione;
- 2) nel merito, l'insussistenza dei rapporti di lavoro subordinato riguardanti i soggetti per i quali era applicata la sanzione;

L'opponente, in particolare, eccepiva l'incompletezza ed atipicità del verbale di accertamento (perché basato su fatti non accertati direttamente dai verbalizzanti) e l'assenza di prova fornita dalla Direzione D.P.L di Bari, in merito alla effettiva sussistenza dei ravvisati rapporti di lavoro subordinato.

Con decreto del 26.10.2006 il g.u. sospendeva l'esecuzione del provvedimento impugnato, concorrendo gravi motivi e rinviava la causa all'udienza del 29.5.2007.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata il 10.5.2007 si costituiva la D.P.L. di Bari, chiedendo che fosse dichiarata inammissibile l'opposizione, perché infondata in fatto ed in diritto e che, per l'effetto, l'opponente fosse condannato al pagamento integrale della somma di cui all'ordinanza-ingiunzione impugnata, oltre alle spese del giudizio.

A fondamento di tali istanze, la D.P.L. convenuta rilevava:

- a) che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, le norme individuate dall'ordinanza-ingiunzione, avendo natura sostanziale, dovevano applicarsi ai fatti ravvisati, essendo pienamente vigenti al momento della commissione delle contestate violazioni;
- b) che i fatti posti a fondamento della sanzione erano stati gi accertati dalla Guardia di Finanza, con verbale del 30.10.2002 (da ritenersi atto pubblico ex art. 2700 c.c.) e dall'INPS, con verbale del 25.05.2003;
- e) che, pertanto, doveva ritenersi pienamente efficace e valida l'ordinanza-ingiunzione emessa dal servizio ispettivo della D.P.L sulla base dell'accertamento svolto dalla Guardia di Finanza e dall' INPS;

Istruita la causa, le parti, all'udienza del 27.2.2014, precisavano in forma orale le conclusioni in modo conforme agli scritti introduttivi e la causa veniva riservata per la decisione.

La domanda è fondata e merita accoglimento, per quanto di ragione

Va rigettata la domanda formulata in via preliminare dal ricorrente. E' pacifico, infatti, che le norme richiamate dall'ordinanza-ingiunzione non hanno natura penale, e pertanto non trova al caso di specie applicazione la disciplina eccezionale di cui all'art. 2 c.p. In tale direzione si è espressa pure la Corte di Cassazione, con sentenza Sez. I., n. 5210, 4.3.2009, secondo cui: "in materia di sanzioni amministrative, i principi generali di legalità ed irretroattività trovano applicazione anche rispetto a disposizioni abrogative di sanzioni, restando irrilevante il carattere più favorevole della disposizione sopravvenuta. Ne consegue che l'art. 85 del d.lgs. 276 del 2003, che dispone l'abrogazione degli artt. 9-bis, comma 3, e 9-quater, comma 4 e 18. del d.l. 510 del 1996, conv. in legge n. 608 del 1996, in tema di obblighi del datore di lavoro per l'assunzione di personale, ha carattere irretroattivo". Deve, inoltre, precisarsi che, avendo le norme in questione carattere sostanziale e non processuale, esse continuano ad applicarsi per tutti i fatti (come nel caso di specie) verificatisi prima dell'intervenuta abrogazione, secondo la comune disciplina di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. In tale ottica, dunque, assume rilievo il giorno della (accertata) commissione del fatto commesso e non quello della irrogazione della sanzione o quello successivo del sindacato del giudice precedente a seguito di opposizione. Tanto osservato in via preliminare, occorre precisare che nell'odierno giudizio, avente ad oggetto opposizione ad ordinanza-ingiunzione, per pacifica

giurisprudenza della Corte di Cassazione è l'Amministrazione opposta ad assumere il ruolo di attrice sostanziale e ad avere, ex art. 2697 c.c., l'onere di provare la sussistenza di tutti gli elementi necessari per l'applicazione della sanzione.

Sul punto, ex multis, giova richiamare Cass., Sez. I, 7.3.2007, n. 5277, secondo cui: "nel procedimento di opposizione al provvedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, l'Amministrazione, pur essendo formalmente convenuta in giudizio, assume sostanzialmente la veste di attrice; spetta, quindi, ad essa, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., fornire la prova dell'esistenza degli elementi di fatto integranti la violazione contestata e della loro riferibilità all'intimato, mentre compete all'opponente, che assume formalmente la veste di convenuto, la prova dei fatti impeditivi o estintivi". Nonché, Cass., Sez. II, 10.8.2007, n. 17615, per cui: "in tema di sanzioni amministrative, l'onere di provare tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito amministrativo sanzionato con l'ordinanza ingiunzione opposta grava sull'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, escluso il ricorso a presunzioni legali che non possono ritenersi stabilite a favore della stessa autorità se non quando i fatti sui quali esse si fondano siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come la conseguenza del fatto noto, alla stregua di canoni di ragionevole probabilità".

Orbene, nel caso di specie, l'Amministrazione, al fine di provare i presupposti applicativi delle sanzioni, ha depositato in atti copia dell'ordinanza di ingiunzione impugnata, nonché copia dell'accertamento INPS del 26.5.2003 e copia della segnalazione della G.d.F. di Bari del 12.11.2002.

La motivazione dell'ordinanza-ingiunzione impugnata è fatta mediante rinvio per relationem al rapporto n. 15701 del 19.3.2004 ed ai verbali di accertamento INPS e della G.d.F. (in atti). A sua volta, la motivazione del verbale di accertamento INPS è fatta mediante rinvio per relationem agli esiti dell'accertamento della G.d.F. Deve, quindi, desumersi, che sia l'ordinanza ingiunzione impugnata che il verbale di accertamento INPS si fondano esclusivamente sull'accertamento condotto dalla G.d.F. di Bari.

Sul punto, deve, tuttavia, constatarsi che l'accertamento della G.d.F. di Bari non si basa su una verifica diretta del rapporto lavorativo compiuta dagli agenti accertatori, ma su mere deduzioni ricavate a seguito del rinvenimento di due agendine personali del P.L., sulle quali erano annotati i nomi dei tre lavoratori e gli importi delle relative retribuzioni. All'atto del rinvenimento di tali agendine, il P.L. aveva tuttavia espressamente specificato, con dichiarazione verbalizzata dagli accertatori, che i lavoratori in questione non erano suoi dipendenti, ma meri collaboratori occasionali, privi di vincolo di subordinazione.

Tanto evidenziato, deve osservarsi che tutte le sanzioni per cui si procede hanno come loro presupposto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra lavoratore e datore di lavoro.

Tuttavia, non risulta esser stata fornita da parte dell'Amministrazione una sufficiente prova in ordine all'effettiva sussistenza del vincolo di subordinazione tra i dipendenti individuati e l'odierno ricorrente. Giova, sul punto, rammentare che, per costante orientamento della Corte di Cassazione, da ultimo ribadito Con Sentenza Sez. Un., 28.4.2006, n. 9919, "nel giudizio di opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione amministrativa, il verbale di accertamento dell'infrazione fa piena prova, fino a querela di falso, con riguardo ai fatti attestati dal pubblico ufficiale rogante come avvenuti in sua presenza e conosciuti senza alcun margine di apprezzamento o da lui compiuti, nonché quanto alla provenienza del documento dallo stesso pubblico ufficiale ed alle dichiarazioni delle parti, mentre la fede privilegiata non si estende alla verità sostanziale di tali dichiarazioni o alla fondatezza di apprezzamenti o valutazioni del verbalizzante. In riferimento a tali ultimi contenuti il documento non è tuttavia privo di efficacia probatoria, dovendo il giudice di merito prenderli comunque in esame e, facendo uso dei poteri discrezionali di apprezzamento della prova che la legge gli attribuisce, valutarli nel complesso delle risultanze processuali".

Nel caso di specie, in particolare, con il verbale della G.d.F. risulta esser stata provata (ed

ammesso) il rapporto retributivo ed il rapporto lavorativo; non risulta, però, in alcun modo dimostrata la sussistenza di un effettivo vincolo di subordinazione tra i lavoratori ed il ricorrente. Il rapporto di subordinazione, infatti, era stato dedotto dai verbalizzanti unicamente sulla base del rapporto retributivo accertato, e non mediante un diretto riscontro in ordine alla effettiva tipologia del lavoro svolto dai dipendenti ed al concreto controllo esercitato dal datore di lavoro. In assenza, dunque, di adeguata prova circa i presupposti applicativi della sanzione, stante pure la dichiarazione in senso opposto svolta dal ricorrente in sede di accertamento, deve ritenersi fondata la domanda spiegata in via principale dall'opponente.

A tal proposito, appare il caso di rammentare che, con sentenza Sez. lav., 8.2.2010 n. 2728, la Corte di Cassazione ha affermato che: "in caso di domanda diretta ad accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro, qualora la parte che ne deduce l'esistenza non abbia dimostrato la sussistenza del requisito della subordinazione - ossia della soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che discende dall'emanazione di ordini specifici oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa - non occorre, ai fini del rigetto della domanda, che sia provata anche l'esistenza del diverso rapporto dedotto dalla controparte (nella specie, di associazione in partecipazione), dovendosi escludere che il mancato accertamento di quest'ultimo equivalga alla dimostrazione dell'esistenza della subordinazione, per la cui configurabilità è necessaria la prova positiva di specifici elementi che non possono ritenersi sussistenti per effetto della carenza di prova su una diversa tipologia di rapporto".

Alla luce di quanto innanzi evidenziato, ai sensi dell'art. 6, comma XI, d.lgs. n. 150/2011 l'opposizione deve esser accolta, non sussistendo sufficienti prove circa la responsabilità dell'opponente.

P. Q. M.

Il Tribunale di Bari, sez. III civile, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione disattesa:

- Accoglie l'opposizione, non sussistendo sufficienti prove in ordine alla responsabilità del ricorrente;
- Annulla l'ordinanza-ingiunzione opposta

[Omissis]

NOTA

Sommario: 1. La vicenda processuale. 2. Il valore probatorio del verbale ispettivo. 3. Lavoro subordinato qualificato su mere deduzioni degli accertatori.

1. La vicenda processuale

Con ricorso depositato presso il Tribunale di Bari, il titolare di una ditta individuale conveniva in giudizio la Direzione Territoriale del Lavoro di Bari (già D.P.L.) perché fosse annullata l'ordinanza emessa a suo carico con la quale si ingiungeva il pagamento della somma di € 5.353,97 per avere violato le disposizioni di legge in ordine alla regolare assunzione di tre lavoratori cd. "a nero".

Le risultanze finali a cui era giunta la D.T.L. prendevano le mosse da un accertamento condotto dalla Guardia di Finanza nei confronti della medesima ditta individuale nel corso del quale erano state rinvenute due agendine personali del titolare riportanti i nomi dei tre lavoratori e gli importi delle relative retribuzioni ad essi corrisposte.

Sulla base esclusiva di questa prova documentale, l'Inps, prima e la D.T.L. di Bari, poi, rilevavano che la ditta individuale aveva occupato in maniera irregolare, in qualità di lavoratori

subordinati, i tre lavoratori individuati originariamente dalla Guardia di Finanza, con conseguente scoperta contributiva.

Nel merito, l'opponente deduceva l'infondatezza dell'ordinanza di ingiunzione contestando, *in primis*, la veridicità del verbale della Guardia di Finanza e, conseguentemente, le violazioni contestate rispettivamente dall'Inps nonché dalla D.T.L., ciascuno nell'ambito della propria competenza istituzionale.

2. Efficacia probatoria del verbale ispettivo

Preliminarmente è opportuno rilevare che l'onere della prova dei fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria o contributiva della pubblica amministrazione grava sulla stessa nei giudizi di opposizione ad ordinanza di ingiunzione nei quali il titolare della pretesa, pur convenuto in senso formale, assume la posizione di attore in senso sostanziale¹.

In questo contesto si pone il problema centrale del valore probatorio del verbale della Guardia di Finanza sulla cui scorta sono state conseguentemente irrogate le sanzioni amministrative da parte della D.T.L..

Secondo il tradizionale insegnamento giurisprudenziale, il verbale dell'organo accertatore costituisce atto pubblico ai sensi dell'art. 2699 c.c., è quindi atto redatto dal pubblico ufficiale che conferisce pubblica fede a quanto in esso attestato. Da tale natura del verbale discende il suo particolare regime probatorio, c.d. efficacia probatoria privilegiata, contemplato dall'art. 2700 c.c.. E' pacifico, infatti, che il verbale fa piena prova fino a querela di falso solo per i fatti percepiti direttamente dall'organo ispettivo² ma non anche delle valutazioni dell'ispettore o dei fatti non percepiti direttamente ma affermati in base ad altri fatti³. Pertanto il convincimento in fatto e in diritto dell'accertatore non solo non costituisce prova privilegiata ma resta assolutamente irrilevante nel processo quale atto di parte costituente mero opinamento nell'ambito del procedimento amministrativo circa la fondatezza della propria pretesa.

Sul punto preme evidenziare che il processo di cognizione non attiene alla validità del verbale le cui conclusioni, valutative, non costituiscono una situazione tipica da cui possa presumersi la fondatezza della pretesa della pubblica amministrazione rimessa all'accertamento del giudice. Com'è noto, il legislatore è intervenuto sul tema, stabilendo all'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 124/2004, che i verbali ispettivi fanno prova secondo le leggi vigenti, in relazione agli elementi di fatto acquisiti e documentati⁴ con ovvia esclusione delle valutazioni e deduzioni da parte dei soggetti accertatori.

In buona sostanza, la norma richiamata considera quali elementi estrinseci del verbale ispettivo tutte le circostanze che non sono oggetto di diretta percezione da parte del verbalizzante bensì frutto di accertamento indiretto e/o di valutazione. Ne consegue che tali elementi e dati fattuali siano situati ad un livello diverso rispetto ai dati coperti da valenza probatoria assoluta o privilegiata.

A questo punto bisogna chiedersi quali siano le capacità di questi elementi per così dire «di secondo livello» di assolvere all'onere probatorio e di orientare e fondare, anche autonomamente, la decisione del giudice.

Secondo una risalente linea interpretativa, questi dati fattuali sono dotati di un certo grado di

¹ Cass. 14 dicembre 1987, n. 9262; Cass. 22 marzo 1989, n. 1435; Cass. 15 maggio 1989, n. 2323; Cass. 8 novembre 1995, n. 11622; Cass. 13 settembre 2003, n. 13467.

² Principio ripetuto fin da Cass. civ., SS.UU., n. 12545/1992.

³ Cass. civ. SS:UU., 25 novembre 1992, n. 12545; Cass. 10 agosto 1999, n. 8578; Cass. 14 marzo 2007, n. 5913; Cass. 19 gennaio 2010, n. 794; Cass. 18 maggio 2010, n. 1218; Cass. 9 novembre 2010, n. 22743.

⁴ A. GUADAGNINO, *I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il D.Lgs. n. 124/2004*, in *LPO*, 2005, n. 1, 6.

attendibilità superabile, tuttavia, dall'esperimento di prova contraria; sono dunque elementi liberamente valutabili dal giudice che potrà considerare raggiunta la prova dei fatti riferiti al pubblico ufficiale, qualora il loro specifico contenuto o il concorso di altri elementi renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori⁵. Ne consegue che il giudice deve procedere ad un proprio autonomo accertamento sull'esistenza del diritto a prescindere dall'accertamento amministrativo senza focalizzarsi sulle valutazioni dell'ispettore verbalizzante. Alla luce di questo orientamento prevalente, nel caso di specie è da chiedersi se le valutazioni a cui sono giunti i finanziari, i quali hanno riconosciuto un rapporto di lavoro subordinato tra il datore di lavoro ed i tre lavoratori, i cui nomi erano riportati sulla agendina rinvenuta in azienda, possa rappresentare l'elemento unico su cui basare la fattispecie sanzionatoria, in assenza di ulteriori riscontri.

3. Lavoro subordinato qualificato su mere deduzioni degli accertatori

Il Giudice unico ha fortemente criticato il *modus operandi* dei militari della Guardia di Finanza i quali all'atto dell'accesso ispettivo si sono limitati ad esaminare quanto riportato su una agendina privata del titolare della ditta individuale: in buona sostanza, i finanziari hanno ritenuto che l'indicazione dei nomi di tre lavoratori, a cui era stato corrisposto un importo di denaro, fosse prova sufficiente a dimostrare che gli stessi avessero lavorato "a nero" alle dipendenze della ditta ispezionata in qualità di lavoratori subordinati. Un primo profilo critico attiene alla tecnica ispettiva adottata dai finanziari i quali non hanno trovato i tre lavoratori intenti al lavoro né tantomeno hanno effettuato i cd. riscontri incrociati, attraverso l'assunzione di dichiarazioni da parte di altri dipendenti della medesima ditta individuale, al fine di contestualizzare la prestazione resa dagli stessi in un arco temporale certo qualificandola come lavoro subordinato.

Appare, pertanto, del tutto condivisibile la conclusione a cui è giunto il giudice in ordine al fatto che le sanzioni amministrative, conseguenti all'accertamento ispettivo, non possono basarsi su mere deduzioni circa la tipologia della prestazione lavorativa (nel caso di specie lavoro subordinato), bensì devono poggiare le fondamenta su elementi certi e provati inconfutabilmente quali l'inquadramento professionale e la mansione svolta dai lavoratori, l'osservanza di un prestabilito orario di lavoro, l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, oltre che la corresponsione della retribuzione.

Un secondo profilo di analisi punta l'attenzione sul fatto che i finanziari non hanno tenuto conto della circostanza che, in occasione dell'accesso ispettivo, il titolare della ditta individuale aveva loro specificato, in apposita dichiarazione verbalizzata, che i tre lavoratori in questione non erano suoi dipendenti ma meri "collaboratori occasionali", privi di vincolo di subordinazione. Siffatta dichiarazione avrebbe dovuto costituire un campanello d'allarme spingendoli ad approfondire la sussistenza o meno di una serie di elementi che consentissero di qualificare il rapporto di lavoro come subordinato e non occasionale.

Come detto in precedenza, tale riscontro non è stato effettuato in quanto i militari hanno considerato sufficiente la prova documentale rappresentata dalla agendina. Alla luce di quanto sopra, la sentenza è di particolare rilievo in ragione del fatto che il giudice, accogliendo il ricorso, supera la presunzione di subordinazione nelle ipotesi in cui vi sia la sola prova certa di un rapporto retributivo tra il datore di lavoro ed i lavoratori, in mancanza di ulteriori elementi.

Tale decisione rappresenta, pertanto, un precedente di non poco conto in quanto evidenzia

⁵ Cass. n. 3525/2005.

che, nel caso di domanda diretta ad accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro, l'ente accertatore che ne deduce l'esistenza deve dimostrare la sussistenza di tutti i requisiti della subordinazione ossia la soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa, non essendo sufficiente limitarsi a provare l'esistenza di un rapporto retributivo tra le parti. Infine, il terzo ed ultimo profilo di analisi induce ad evidenziare che nelle ipotesi in cui gli enti accertatori della pubblica amministrazione non riescano a fornire la prova della subordinazione circa i presupposti applicativi della sanzione irrogata, non occorre che il ricorrente dimostri l'esistenza di un diverso rapporto di lavoro, come nel caso di specie di tipo occasionale.

Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.