

Civile Sent. Sez. 5 Num. 24588 Anno 2014

Presidente: MERONE ANTONIO

Relatore: CHINDEMI DOMENICO

Data pubblicazione: 19/11/2014

SENTENZA

sul ricorso 6126-2008 proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

2014

2935

BASTIANELLI DI BASTIANELLI MAURIZIO & MAURO SNC in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA TACITO 50, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO ROMITI, rappresentato e difeso dall'avvocato SALVATORE

FINOCCHI giusta delega a margine;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 112/2007 della COMM.TRIB.REG.

di PERUGIA, depositata il 07/12/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica

udienza del 01/10/2014 dal Consigliere Dott. DOMENICO

CHINDEMI;

udito per il ricorrente l'Avvocato BACOSI che si
riporta;

udito per il controricorrente l'Avvocato ROMITI, il
Pres. MERONE autorizza di verbalizzare la presenza del
difensore arrivato in ritardo al termine della
discussione del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. GIOVANNI GIACALONE che ha concluso per
l'accoglimento del ricorso.

R.G. 6126/2009

Fatto

La Commissione tributaria regionale della Umbria, con sentenza n. 112/3/2007, depositata il 7.12.2007, confermava la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Perugia, n. 78/08/2005, che, accogliendo il ricorso della società Bastianelli s.n.c. di Bastianelli Maurizio e Mauro, riteneva legittima l'irrogazione delle sanzioni dal giorno dell'accertamento e non dal primo gennaio del medesimo anno, essendo stata rilevata, a seguito i accertamento Inps conseguente a ispezione in data 7.5.2004, la presenza di 2 lavoratrici irregolarmente occupate.

Proponeva ricorso per cassazione l'Agenzia delle Entrate deducendo i seguenti motivi:

- a) violazione e falsa applicazione dell'art. 7 D.lgs 546/92, in relazione all'art. 360, n.3,c.p.c., avendo erroneamente ritenuto la CTR la valenza probatoria delle sole dichiarazioni delle lavoratrici e del datore di lavoro, senza riscontri esterni;
- b) violazione e falsa applicazione dell'art 20 D.P.r. 1124/1965, in relazione all'art. 360, n.3,c.p.c., avendo erroneamente affermato la CTR che "non vi era obbligo di comunicare prima l'assunzione" dovendo, invece, tenere un libro matricola con l'iscrizione del lavoratori prima dell'ammissione al lavoro;
- c) contraddittorietà della motivazione, in relazione all'art. 360, n.5,c.p.c., avendo riconosciuto valore probatorio alle dichiarazioni delle lavoratrici in quanto "soggetti estranei alla parte interessata" e "rese nell'immediatezza del fatto".

La società si è costituita con controricorso.

Il ricorso è stato discusso alla pubblica udienza del 1.10.2014, in cui il PG ha concluso come in epigrafe.

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato.

1.in relazione al primo e terzo motivo di ricorso, esaminati congiuntamente in quanto logicamente connessi, va rilevato che l' art. 3, comma 3, D.L. 22 febbraio 2002, n. 12, (nel testo originario, introdotto dalla Legge di Conversione 23 aprile 2002 n. 73, applicabile alla specie *ratione temporis*, è stata dichiarato incostituzionale, per "lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.", dalla Consulta (sentenza 12 aprile 2005 n. 144) "nella parte in cui non consente al datore di lavoro di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata constatata la violazione".

Tale norma è stato introdotta per inasprire ulteriormente il trattamento sanzionatorio per coloro che continuino ad impiegare lavoratori irregolarmente, nonostante le agevolazioni di varia natura volte ad incentivare l'emersione del lavoro sommerso. Il predetto meccanismo presuntivo esclude

qualsiasi obbligo dell'ente, che irroga la sanzione, di provare l'effettiva prestazione di attività lavorativa subordinata per il periodo intermedio compreso tra il giorno di accertamento dell'infrazione ed il primo gennaio dello stesso anno e prescrive al medesimo ente di commisurare la sanzione a quella durata, fino a prova contraria, facente carico all'autore della violazione. (Cass. Sez. U, del 13/01/2010 n. 356)

Non opera più, a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 144/2005, il diverso meccanismo di determinazione della sanzione fondato su una presunzione assoluta, divenuta relativa, comminandosi la sanzione in base al tempo intercorso tra l'inizio dell'anno e la constatazione della violazione, fatta salva la prova contraria da parte del datore di lavoro.

A tal fine, il rapporto ispettivo dei funzionari dell'ente previdenziale, pur non facendo piena prova fino a querela di falso, resta, comunque, liberamente valutabile dal giudice in concorso con gli altri elementi probatori. (Cass. Sez. L, Sentenza n. 14965 del 06/09/2012).

Tuttavia non è sufficiente a provare la data di inizio del rapporto di lavoro la sola dichiarazione del dipendente, in mancanza di ulteriori elementi di prova che facciano ritenere plausibile tale affermazione, generalmente interessata, da sola insufficiente a dimostrare l'inizio del rapporto di lavoro (cfr Cass. Sez. 5, Sentenza n. 1960 del 10/02/2012)

Il giudice di merito, in mancanza di ulteriori elementi probatori, non può neanche ritenere sufficiente a integrare la prova contraria prevista dalla legge le sole risultanze del verbale dell'Inps fondate, per lo più, sulle sole dichiarazioni dei lavoratori in nero e/o della parte.

Peraltro il verbale ispettivo da contezza unicamente della situazione riscontrata dagli ispettori al momento dell'accesso e non è finalizzato a individuare la durata dell'illecito ai fini della sanzione in questione, stante la presunzione (relativa) di retrodatazione dell'assunzione (superabile dal datore di lavoro), essendovi una evidente differenza tra i comparti normativi che regolano il recupero dei contributi previdenziali, la repressione degli illeciti connessi all'assunzione e le sanzioni di contrasto alla c.d economia sommersa.

2. Anche il secondo motivo è fondato

L'iscrizione del lavoratore nel libro matricola, che dev'essere obbligatoriamente conservato sul posto di lavoro ed esibito a richiesta, deve avvenire in epoca antecedente all'inizio del lavoro, ai sensi degli articoli 20 e 21 d.p.r. 1124/ 1965.

Al lavoratore, infatti, deve essere consegnata la lettera di assunzione recante il numero progressivo di iscrizione al libro matricola ai sensi dell'art. 9 bis, comma 3, l. n. 608/ 1996.

Ratio della predetta normativa è costituita dal pronto riscontro nel libro matricola della presenza del lavoratore sul luogo di lavoro.

Nel caso di mancata conservazione del registro sul posto di lavoro, ovvero di omessa tempestiva esibizione, il datore di lavoro potrà anche affidarsi ad ulteriore documentazione connessa all'assunzione, a condizione che la stessa risulti munita di data certa, ai sensi dell'articolo 2704 c.c., che ne attesti l'antiorità rispetto alla rilevazione della presenza del lavoratore da parte dell'organo ispettivo.

Alla luce delle predette considerazioni possono costituire prova a discarico:

- a) la lettera di assunzione, purché prontamente esibita all'organo ispettivo recante la corrente indicazione del progressivo del libro matricola successivamente reperito;
- b) la comunicazione all'Inail, purché già inoltrata all'ente previdenziale al momento dell'accesso;
- c) altra documentazione (ad esempio contratto di lavoro), purché munito di data certa.

Poiché la denuncia all'Inail è consentita, a discrezione del datore di lavoro fino al quinto giorno successivo all'assunzione, è inidonea a costituire prova a discarico se posteriore rispetto all'accesso degli ispettori nella struttura produttiva.

Nella fattispecie in esame i lavoratori non risultavano né del libro matricola né da lettere di assunzione con data certa, consegnate agli stessi e la mancata tempestiva esibizione del libro matricola, pur sempre imputabile a colpa del datore di lavoro, consente di ritenere erronea la valutazione del giudice di merito in ordine alla ritenuta regolare presenza di lavoratori, avendo non correttamente affermato "che non vi era obbligo di comunicare prima l'assunzione".

Il datore di lavoro, invece, non ha fornito prova di documentazione attestante la posizione regolare dei lavoratori al momento dell'accesso.

Va, conseguentemente accolto il ricorso, cassata senza rinvio l'impugnata sentenza e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, ex art. 384 c.p.c., rigettato l'originario ricorso introduttivo.

L'evolversi della giurisprudenza in epoca successiva alla presentazione del ricorso costituisce giusto motivo per la compensazione delle spese dell'intero giudizio

PQM

Accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso introduttivo del giudizio.

Dichiara compensate le spese dell'intero giudizio

Così deciso in Roma, il 1.10.2014

Corte di Cassazione - copia non ufficiale