

**Corte di Cassazione, sez. lavoro,
sentenza del 9 gennaio 2013, n. 355**

Svolgimento del processo

Con ricorso al Giudice del lavoro del Tribunale di Roma del 16-4-2007 B.E., premesso di essere stato assunto dall'Agenzia delle Entrate quale "dirigente di seconda fascia" con contratto a tempo determinato dal 23-1-2006 per un periodo di cinque anni e di aver cessato tale incarico anticipatamente per recesso dell'Agenzia D.L. n. 262 del 2006, ex art. 2 comma 161, conv. in L. n. 286 del 2006, con conseguente rientro nel Corpo della Guardia di Finanza (con una retribuzione mensile di Euro 2.865,72), deduceva l'illegittimità dell'anticipata cessazione dell'incarico, sollevando questione di legittimità costituzionale della norma citata e chiedeva il risarcimento del danno pari alla differenza tra quanto avrebbe percepito in esecuzione del contratto a termine fino alla pattuita data di cessazione e la minor somma a lui spettante presso l'amministrazione di provenienza e del danno per la cessazione dell'incarico di ispettore antidoping UNIRE (incompatibile con l'attività di maggiore della Guardia di Finanza), oltre al risarcimento del danno alla professionalità e del danno esistenziale (il tutto per complessivi Euro 312.236,77).

L'Agenzia delle Entrate si costituiva e resisteva al ricorso.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Roma, con sentenza del 6/3/2008, respingeva il ricorso e compensava le spese.

Avverso la detta sentenza il B. proponeva appello, chiedendone la riforma, allegando l'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 2008, con riferimento alla normativa applicata nella fattispecie.

L'Agenzia delle Entrate si costituiva in giudizio deducendo l'inapplicabilità della sentenza della Consulta al caso di specie e resistendo al gravame.

La Corte d'Appello di Roma, con sentenza depositata il 24-5-2010, in riforma della pronuncia di primo grado, accoglieva in parte la domanda e condannava l'Agenzia delle Entrate al pagamento in favore del B. della somma di Euro 157.274, oltre interessi legali, oltre alla metà delle spese processuali del doppio grado rigettando ogni ulteriore domanda risarcitoria.

In sintesi la Corte territoriale, alla luce della intervenuta sentenza della Corte Costituzionale, ritenuta direttamente applicabile nella fattispecie, accertava la illegittimità della cessazione anticipata dell'incarico ed accoglieva la domanda risarcitoria, nella misura pari alla differenza tra la retribuzione che il B. avrebbe percepito fino alla scadenza dell'incarico e la retribuzione percepita nell'amministrazione di appartenenza. La Corte d'Appello rigettava, poi, le altre domande.

Per la cassazione di tale sentenza l'Agenzia delle Entrate ha proposto ricorso con tre motivi.

Il B. ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente, posto che (dato pacifico) al B. era stato conferito un incarico dirigenziale ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 6, in sostanza lamenta che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello la sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 2008 non riguardava affatto la fattispecie in esame, in quanto, per dichiarare la illegittimità costituzionale del D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 161, in relazione all'art. 19 comma 6 in oggetto, la Corte Costituzionale è intervenuta con l'ulteriore autonoma pronuncia n. 81 resa il 5/3/2010.

In specie la ricorrente rileva che la cessazione automatica dell'incarico dirigenziale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 161/2008 "esclusivamente con riferimento al personale non appartenente al ruolo dei dirigenti dell'amministrazione conferente (di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 23) ma appartenenti al ruolo dirigenziale di altra amministrazione, ossia a coloro ai quali è stato conferito un incarico ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 5bis", per cui "rimaneva del tutto estranea alla declaratoria di incostituzionalità la parte della disposizione che prevede la cessazione automatica degli incarichi conferiti ai sensi del successivo comma 6". Soltanto, quindi, con la successiva pronuncia n. 81 del 5-3-2010 (intervenuta successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte d'Appello) la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale del D.L. n. 262 del 2006, art. 2 comma 161, nella parte relativa agli incarichi conferiti a personale di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 6.

Con il secondo motivo, posto che la disposizione, sulla base della quale l'Agenzia delle Entrate aveva posto in essere la cessazione anticipata dell'incarico conferito al B., era rimasta vigente fino al 5-3-2010, la ricorrente deduce che la pronuncia di incostituzionalità ha effetto retroattivo ma tale effetto non consente di qualificare come illecito il comportamento dell'amministrazione antecedentemente alla pronuncia che ne abbia sancito l'incostituzionalità ed è pertanto inidonea a fondare la pretesa risarcitoria con cui si rivendichi il ristoro di conseguenze dannose che siano asseritamente derivate, non essendo l'ipotetico danno "imputabile al comportamento dell'amministrazione".

In particolare la ricorrente rileva che la retroattività delle pronunce di illegittimità costituzionale riguarda la antiggiuridicità delle disposizioni (o norme) investite, non più applicabili (dal giorno successivo alla pubblicazione delle pronunce della Corte Costituzionale ex art. 136 Cost.), neanche ai rapporti pregressi, non ancora "esauriti", ma non consente di "configurare retroattivamente, quanto fittiziamente, la "colpa" del soggetto che, prima della declaratoria di incostituzionalità, abbia "conformato" il proprio comportamento alle disposizioni (o norme), solo successivamente, investite da quella declaratoria", con la conseguenza che erroneamente la Corte d'Appello ha riconosciuto fondata la pretesa risarcitoria del B. a fronte di un comportamento dell'Agenzia immune da profili di imputabilità per il periodo antecedente alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che ha disposto la cessazione degli incarichi in oggetto, avvenuta soltanto il 5-3-2010.

Sotto altro profilo, poi, la ricorrente, con la seconda censura del secondo motivo, lamenta che erroneamente la Corte d'Appello ha applicato al

caso in esame il principio fissato da Cass. 13980/2008, ritenendo, peraltro, configurabile la situazione di mora accipiendi del datore di lavoro nella richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione "avente unicamente effetti processuali".

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta vizio di motivazione in ordine alla configurazione in concreto della messa in mora nella richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, non contenendo la stessa una offerta della prestazione e neppure una manifestazione di volontà del lavoratore di proseguire il rapporto.

Il primo motivo è fondato e va accolto.

Osserva il Collegio che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 161 de) 2008 ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 161, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2006, n. 286, art. 1, comma 1, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 23, conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

In particolare la Corte, partendo dalle "modalità di conferimento degli incarichi di dirigenza generale dello Stato" ha evidenziato: a) che "innanzitutto, i predetti incarichi possono essere attribuiti a personale inserito nel cosiddetto ruolo dei dirigenti, istituito presso ciascuna amministrazione statale e articolato in due fasce (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 23)"; b) che "in secondo luogo, le funzioni dirigenziali possono essere conferite, entro il limite del 10 per cento della dotazione organica

dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'art. 23, e del 5 per cento della dotazione organica di quelli di seconda fascia, "anche ai dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo art. 23", purchè dipendenti da "altre" amministrazioni pubbliche (citato D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 5-bis), vale a dire da amministrazioni dello Stato diverse da quelle nel cui ambito è collocato il posto da conferire"; c) che "infine, è prevista la possibilità che ciascuna amministrazione attribuisca la titolarità di tali uffici dirigenziali, a tempo determinato, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, in possesso dei requisiti specificamente previsti dal comma 6 dello stesso art. 19".

Con esplicito riferimento, poi, alla seconda tipologia indicata (incarichi di cui all'art. 19, comma 5 bis, citato), che veniva in rilievo in quella sede, la Corte, sulla scia della precedente pronuncia n. 103 del 2007 (concernente la declaratoria di incostituzionalità della L. n. 145 del 2002, art. 3, comma 7) ha affermato che la norma denunciata "prevedendo la immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del D.L. n. 262 del 2006, in mancanza di riconferma", parimenti violava "in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa". "Ciò in quanto la previsione di una anticipata cessazione ex lege del rapporto in corso - in assenza di una accertata responsabilità dirigenziale - impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità ad un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione, disegnato dalle recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, che misura l'osservanza del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati

che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita". Al riguardo la Corte ha richiamato altresì la necessità di garantire "la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni - connesse alle pregresse modalità di svolgimento del rapporto anche in relazione agli obiettivi programmati dalla nuova compagine governativa - per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato", il tutto anche in ragione del rispetto dei "principi del giusto procedimento".

Con la successiva sentenza n. 81 del 2010 la Corte Costituzionale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, art. 2, comma 161, convertito, con modificazioni, nella L. 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 19, comma 6, conferiti prima del 17 maggio 2006, "cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

In particolare la Corte, "in continuità logica" con quanto affermato nelle precedenti pronunce (n. 103 del 2007 e n. 161 del 2008), con espresso

riferimento alla tipologia di incarichi indicata specificamente nel comma 6 dell'art. 19 citato, ha affermato che, le medesime ragioni valgono "anche quando l'incarico dirigenziale esterno sia stato conferito non a dirigenti dipendenti da altre amministrazioni, ma a soggetti privi di status dirigenziale, che abbiano particolare e comprovata qualificazione professionale, che non sia rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione". "Anche in presenza di tali incarichi", infatti, l'amministrazione "è tenuta a garantire la distinzione funzionale tra attività di indirizzo politico amministrativo e attività gestionale, in attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione dei pubblici poteri".

Tanto rilevato è evidente che, trattandosi nella fattispecie di incarico conferito del D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 19, comma 6 (dato pacifico in causa), soltanto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 81 del 2010 è stato dichiarato incostituzionale il presupposto legislativo della risoluzione anticipata del rapporto de quo.

La precedente sentenza n. 161 del 2008, infatti, ha riguardato soltanto gli "incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 23", rientranti nella seconda tipologia sopra richiamata, contemplata dal citato D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 5 bis.

Del resto se così non fosse stato e se la pronuncia del 2008 avesse riguardato anche gli incarichi ex art. 19, comma 6, dello stesso D.Lgs., la Corte Costituzionale nel 2010, anzichè provvedere come sopra, avrebbe semplicemente dichiarato inammissibile la relativa questione di illegittimità costituzionale, in quanto priva di oggetto.

Peraltro il Tribunale di Roma, nell'ordinanza di rimessione del 24/2/2009, già aveva evidenziato che al di là del mero tenore letterale della parte dispositiva, l'esame complessivo della precedente sentenza n. 161 del 2008 rivelava chiaramente come la Corte Costituzionale avesse inteso "avere esclusivo riguardo al personale comunque dipendente di amministrazioni pubbliche di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 1, comma 2, e munito di status dirigenziale (sebbene non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23), cui si riferisce il comma 5 bis dell'art. 19" dello stesso D.Lgs..

Soltanto, quindi, con la sentenza n. 81 del 2010 si è completato il quadro relativo alla incostituzionalità dello spoils system transitorio o una tantum, di cui al d.l. 286/2006, con riferimento agli incarichi come quello ricoperto dal B. (per lo spoils system a regime, con riferimento all'art. 19, comma 8, citato, nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150 del 2009, art. 40, v. le successive C. Così n. 124/2011 e n. 246/2011;

per la legittimità, invece, dello spoils system riguardante i dirigenti apicali o comunque assegnati agli uffici di diretta collaborazione legati da un rapporto strettamente fiduciario con l'organo di governo v. C. Cost. n. 304/2010).

In tali sensi va quindi accolto il primo motivo.

Parimenti fondata risulta, poi, la prima censura del secondo motivo, con conseguente assorbimento delle altre censure (contenute nella seconda parte del secondo motivo e nel terzo motivo).

Premesso che nella fattispecie è stata avanzata soltanto la mera pretesa risarcitoria del danno conseguente alla illegittimità della risoluzione ante tempus del rapporto a termine relativo all'incarico dirigenziale e parametrato alle differenze retributive fino alla scadenza del previsto termine (senza richiesta alcuna in ordine alla prosecuzione del rapporto stesso), rileva il Collegio che questa Corte già con la sentenza delle Sezioni Unite 21-8-1972 n. 2697, ha affermato il principio secondo cui "nel campo dell'illecito, inteso in senso lato, la retroazione della pronuncia d'incostituzionalità è limitata in quanto se può riconoscersi efficacia retroattiva alla cosiddetta antigiridicità, non può ammettersi che si configuri retroattivamente la cosiddetta colpevolezza. Pertanto la colpa, intesa quale atteggiamento psichico del soggetto, mentre non può sussistere riguardo ad un comportamento autorizzato od imposto da una norma cogente, anche se incostituzionale, fino a che essa sia in vigore ed efficace; peraltro non viene in essere retroattivamente per la caducazione della norma stessa posto che in tale ipotesi la retroazione della dichiarazione d'incostituzionalità si risolverebbe nella statuizione di una inammissibile finzione di colpa".

Tale principio è stato costantemente ribadito da questa Corte e le stesse Sezioni Unite (v. Cass., S.U. 30-7-1993 n. 8478) hanno anche chiarito che la c.d. retroattività delle pronunce di incostituzionalità "è limitata alla "antigiridicità" delle disposizioni (o norme), che ne siano investite. Queste, infatti, non sono più applicabili - a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione delle pronunce della Corte (art. 136 Cost.) (non solo ai rapporti giuridici futuri, ma) neanche ai rapporti pregressi, che non siano ancora "esauriti". Le pronunce stesse, tuttavia, non consentono di configurare - retroattivamente, quanto fittiziamente (vedi

S.U. 2767-72) - la "colpa" del soggetto che - prima della declaratoria di incostituzionalità - abbia "conformato" il proprio comportamento alle disposizioni (o norme), solo successivamente, investite da quella declaratoria. Esula, pertanto, la responsabilità - per tale comportamento - ove la "colpa" dell'agente, appunto, sia elemento essenziale dell'illecito, che ne risulti configurabile.

Infatti è, proprio, il difetto della "colpa" che - pur ricorrendone tutti gli altri requisiti essenziali - esclude la stessa configurabilità - in comportamenti "conformi" a disposizioni (o norme), solo successivamente, dichiarate incostituzionali - non solo della responsabilità (ex art. 1224 c.c.), per inadempimento di obbligazioni pecuniarie. ma anche di qualsiasi illecito contrattuale od extracontrattuale (vedi, per tutte, S.U. 2767-72, cit., 1576-71, sez. lav. 2249-87), nonchè dell'inadempimento legittimante la risoluzione del contratto (vedi sez. 3, n. 4195-74). Ad opposta conclusione devesi, invece, pervenire ove la "colpa" dell'agente non sia elemento essenziale della fattispecie considerata" (come in quel caso di specie relativo agli interessi sui crediti previdenziali).

In tale quadro si è, quindi, sviluppata la giurisprudenza successiva, così più volte riaffermandosi il principio secondo cui "l'efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di una norma, se comporta che tali pronunzie abbiano effetto anche in ordine ai rapporti svoltisi precedentemente (eccettuati quelli definiti con sentenza passata in giudicato e le situazioni comunque definitivamente esaurite) non vale a far ritenere illecito il comportamento realizzato, anteriormente alla sentenza di incostituzionalità, conformemente alla norma

successivamente dichiarata illegittima, non potendo detto comportamento ritenersi caratterizzato da dolo o colpa" (v. Cass. 26- 7- 1996 n. 6744, cfr. Cass. 3-2-1999 n. 941, Cass. 10-2-1999 n. 1138, Cass. 14-4-1999 n. 3702, Cass. 5-6-2000 n. 7487, Cass. 12-11-2002 n. 15879, Cass. 4-5-2004 n. 8432, Cass. 22-7-2004 n. 13731, Cass. 13-11- 2007 n. 23565).

A tale indirizzo il Collegio intende dare continuità, trattandosi nella fattispecie di semplice pretesa risarcitoria da illecito contrattuale, in relazione alla quale non è certamente ravvisabile una ipotesi (pur sempre eccezionale) di responsabilità che prescindendo dalla colpa, (elemento che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana, seppure la prima abbia un particolare diverso regime probatorio - art. 1218 c.c., rispetto all'art. 2043 c.c.).

Ciò ancor più se si considera che la pubblica amministrazione (nella specie Agenzia delle Entrate) era comunque tenuta a conformarsi alla norma di legge fino alla pronuncia di incostituzionalità, ai sensi degli artt. 97 e 136 Cost..

Pertanto, atteso che, in generale, in caso di illegittima risoluzione anticipata del rapporto di lavoro a termine spetta al lavoratore il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni che lo stesso avrebbe maturato fino alla scadenza del termine (v. fra le altre Cass. 8-6- 1995 n. 6439, Cass. 1-7-2004 n. 12092, Cass. 22-12-2008 n. 29936) e considerato che nella fattispecie l'illecito è imputabile ed il danno è risarcibile solo dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 81 del 2010, deve ritenersi che siano dovute

al B. soltanto le differenze retributive che sarebbero spettate da tale giorno fino alla scadenza del termine previsto in contratto (23-1-2011).

Tanto basta per accogliere, in tali sensi, il ricorso, risultando assorbite le altre censure riguardanti le questioni relative alla configurabilità della messa in mora, in astratto e in concreto, nella richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione (irrilevanti nella fattispecie, nella quale, per la natura della domanda, neppure "entra in gioco" il principio di corrispettività delle prestazioni).

L'impugnata sentenza va, pertanto, cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione, la quale, statuendo anche sulle spese di legittimità, provvedere attenendosi ai principi sopra riaffermati.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese, alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 15 novembre 2012.

Depositato in Cancelleria il 9 gennaio 2013