

Cass. civ. Sez. Unite, 03 marzo 2010, n. 5029

Svolgimento del processo

1. Con ricorso depositato in data 16 luglio 2003 B.A. R. ed i resistenti indicati in epigrafe esponevano:

a) di essere dipendenti o ex dipendenti della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma (già ente Autonomo Teatro dell'Opera);

b) che, con provvedimenti emessi tra il 4.11.1991 e il 6.3.1992, il predetto Ente aveva inquadrato ciascuno dei ricorrenti a livelli professionali superiori a quelli fino ad allora ricoperti;

c) che con successiva deliberazione dell'11.7.1994 (prot. 7620), l'Ente stesso aveva, in via di autotutela, annullato i provvedimenti stessi e retrocesso i ricorrenti ai livelli precedentemente ricoperti, senza, peraltro, deliberare il contestuale recupero delle somme erogate ai dipendenti in ragione del superiore inquadramento assegnato;

d) che in data 11.5.1998 il Consiglio di Amministrazione dell'Ente (ancora tale, prima della trasformazione in Fondazione di diritto privato) aveva deliberato l'eventuale recupero delle ridette somme;

e) che alcuni di essi ricorrenti avevano subito, tra l'ottobre 1999 e il settembre 2002 illegittime ritenute sulle loro spettanze lavorative;

g) che l'Ente Teatrale, ormai trasformato in Fondazione di diritto privato, aveva comunicato a quelli dei ricorrenti che non avevano subito esborsi, il proprio intendimento di recuperare le somme loro erogate per effetto dell'inquadramento ai livelli superiori;

h) che le trattenute operate e le ventilate (ma non ancora pretese) restituzioni di somme erano illegittime e che in conseguenza di quanto sopra si era venuta a creare una situazione di incertezza del diritto; e instavano affinché il magistrato del lavoro accertasse - ponendo fine alla menzionata incertezza l'illegittimità dei provvedimenti di retrocessione, condannando il Teatro dell'Opera al risarcimento dei danni patiti dai ricorrenti in forza delle retrocessioni subite, alla restituzione di quanto indebitamente trattenuto o riscosso; inoltre accertasse l'illegittimità del dichiarato intento di recupero delle somme percepite dai ricorrenti a titolo di retribuzione e l'inesistenza di qualsivoglia diritto di credito della Fondazione a tal titolo; comunque in subordine l'illegittimità della ripetizione delle somme indipendentemente dalla legittimità dell'atto di annullamento dei reinquadramenti.

Incardinatosi il procedimento, si costituiva la Fondazione eccependo:

a) l'inaammissibilità della domanda per la contemporanea pendenza di analogo giudizio dinanzi al TAR del Lazio;

b) il difetto di giurisdizione dell'A.G.O., poiché trattandosi di questioni anteriori al 30 giugno 1998 il rapporto di lavoro con l'ex - Ente Lirico era interamente devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo;

c) infine l'inammissibilità della domanda per indeterminatezza.

Autorizzato il deposito di note conclusive, il Tribunale di Roma accoglieva l'eccezione sub-b) e dichiarava con sentenza il proprio difetto di giurisdizione.

2. Avverso la sentenza proponevano appello gli originari ricorrenti lamentando violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7* con riferimento alla collocazione temporale dei fatti fondativi della domanda. Illustrando il motivo di impugnazione gli appellanti rilevavano:

a) che la pretesa del Teatro dell'Opera di ottenere la restituzione di parte delle retribuzioni percepite dai ricorrenti nel periodo 1991 - 1994 aveva una collocazione temporale successiva al 30 giugno 1.998;

b) che la domanda di accertamento negativo da essi proposta mirava ad eliminare la situazione incertezza creatasi e perpetuata ben oltre il 30 giugno 1998;

c) che l'azione di accertamento negativo e' ritenuta da costante giurisprudenza imprescrittibile e per tale ragione non soggetta al termine decadenziale del 30 giugno 1998;

e) che ai fini dell'art. 69, comma 7, citato, la collocazione temporale del fatto base della domanda di accertamento negativo era da farsi con riferimento all'oggettiva situazione di incertezza che deve non solo sussistere al momento della proposizione della domanda, ma anche perdurare fino all'emanazione della sentenza.

Sulla base dei dedotti motivi di impugnazione, gli appellanti chiedevano che la Corte territoriale dichiarasse la giurisdizione dell'A.G.O. a conoscere della controversia con i consequenziali provvedimenti *ex art. 353 c.p.c.*

La Fondazione si costituiva con comparsa nella quale sosteneva in particolare che la giurisdizione era dell'A.G.A. e non dell'A.G.O. in quanto le questioni prospettate dai dipendenti della Fondazione si riferivano a fatti anteriori al 23 maggio 1998.

La Corte d'appello di Roma con sentenza del 20 dicembre 2007 - 5 gennaio 2009 ha accolto l'appello dei dipendenti del Teatro dell'Opera, salvo quello proposto da L.A. che in vece ha rigettato; ha dichiarato la giurisdizione del giudice del lavoro a conoscere della domanda di tutti gli altri dipendenti, assegnando i termini di legge per la riassunzione del giudizio dinanzi al Tribunale di Roma.

3. Tale sentenza, notificata il 22 gennaio 2009, e' stata impugnata dalla Fondazione con ricorso del 16 marzo 2009.

Resistono con controricorso gli intimati ed il L. ha anche proposto ricorso incidentale, al quale ha resistito la Fondazione con controricorso.

Motivi della decisione

1. Il ricorso principale e' articolato in due motivi.

Il primo, che reca la denuncia della violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 45* e del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69*, si conclude con il seguente principio di diritto: "Dica la Suprema individuare il discrimine Corte se, temporale per tra ai giurisdizione ordinaria e amministrativa, sensi del *D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 45* e del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69*, si debba fare riferimento al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze posti a fondamento della pretesa fatta valere e se, quindi, nel caso in cui vengono annullati provvedimenti di inquadramento in un livello superiore e venga, successivamente, disposto a carico del dipendente il recupero delle maggiori somme ad esso corrisposte in conseguenza del superiore inquadramento, vi sia giurisdizione del giudice amministrativo in quanto il fatto da cui ha origine la pretesa fatta valere - l'annullamento del superiore inquadramento - e' precedente alla data di aprile 1998".

Il secondo motivo, con cui la Fondazione ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione delle medesime disposizioni (il *D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 45* e il *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69*, in relazione all'*art. 360 c.p.c.*, n. 3), si conclude con il seguente quesito di diritto: "Dica la Corte se in tema di lavoro cosiddetto privatizzato, la norma contenuta nel *D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 45* e nel *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7*, secondo cui "sono attribuite al ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'*art. 63 del 2001, n. giudice presente decreto*, relative alle questioni attinenti al periodo di lavoro successivo al 30 giugno 1998", mentre "le controversie relative a questioni attinenti al periodo di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000" si debba interpretare nel senso che il discrimine temporale tra giurisdizione amministrativa deve essere individuato con riferimento non ad un atto giuridico o al momento di instaurazione della controversia, bensì al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste alla base della pretesa avanzata. Dica pertanto la Corte se, nel caso di specie, in cui nel 1994 sono stati annullati i provvedimenti di inquadramento dei ricorrenti nel superiore livello e nel maggio del 1998 sono state effettuate le ritenute somme corrisposte in virtù di tale superiore livello, per individuare la giurisdizione occorra fare riferimento alla prima data.". 2. Anche il ricorso incidentale del L. e' articolato in due motivi.

Il primo si conclude con il seguente quesito di diritto: "Dica la Corte se appartiene alta giurisdizione del giudice ordinario ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7*, conoscere della domanda di accertamento negativo dell'esistenza di un diritto di credito di un Ente Pubblico privatizzato dal *D.Lgs. n. 165 del 2001*, proposta dal dipendente dell'Ente stesso allorquando la pretesa creditoria dell'Ente, sebbene si fondi su un provvedimento modificativo del rapporto di lavoro del dipendente emesso in epoca anteriore al 30 giugno 1998 persista anche in epoca successiva a tale data, in quanto l'interesse del dipendente ad ottenere l'accertamento negativo delle pretese del datore di lavoro è sempre posto nel periodo del rapporto di lavoro all'attualità, indipendentemente dal momento in cui il datore di lavoro ritiene sorto il titolo della propria pretesa".

Il secondo quesito di diritto consiste nel l'interrogativo: "Ai sensi della *L. n. 450 del 1987, art. 3* la giurisdizione sul rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti lirici in quanto assimilati agli enti pubblici economici appartiene al giudice ordinario?". 3. I giudizi promossi con il ricorso principale e con quello incidentale vanno riuniti avendo ad oggetto la stessa sentenza impugnata.

4. Il ricorso principale - i cui due motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto attengono entrambi alla giurisdizione - è infondato.

4.1. In disparte il rilievo che l'unico precedente di questa Corte richiamato in ricorso dall'Avvocatura di Stato (Cass., sez. un., 27 gennaio 2009, n. 1875) è chiaramente inconferente perchè riguarda la giurisdizione a conoscere un'azione d'indebito arricchimento nei confronti della p.a., conseguente all'assenza di un valido contratto d'opera tra la pubblica amministrazione ed un professionista, va innanzi tutto considerato che non trova applicazione la disciplina - invocata dall'Avvocatura - posta dal *D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7* (già *D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 45, comma 17*), che trasferisce al giudice ordinario le controversie in materie di pubblico impiego privatizzato e fissa il discrimine temporale per il passaggio dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria, alla data del 30 giugno 1998, con riferimento al momento storico dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta controversia. Tale disposizione infatti riguarda le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui al *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 1, comma 2*; ossia rapporti di impiego che alla data suddetta vedevano come datore di lavoro una pubblica amministrazione. La disposizione invece non riguarda i rapporti di lavoro per i quali alla data suddetta la pubblica amministrazione, datrice di lavoro, era già stata trasformata in un ente pubblico economico o in una società di diritto privato o, più in generale, in un soggetto di diritto privato.

In questa diversa fattispecie opera invece il *D.L. 6 maggio 1994, n. 269, art. 1* convertito in *L. 4 luglio 1994, n. 432* (recante appunto norme sul riparto della giurisdizione in tema di controversie di lavoro del personale degli enti pubblici trasformati in enti pubblici economici o società) che prevede: "Nel caso di trasformazione di enti pubblici in enti pubblici economici o in società di diritto privato, continuano ad essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro svoltosi anteriormente alla trasformazione"; disposizione questa poi sostanzialmente ripresa - per la diversa fattispecie in cui nessuna trasformazione sia intervenuta - dal cit. *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 1*, che prevede: "Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000".

Il criterio di attuazione di questi due distinti discrimini temporali è in vero lo stesso (cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2007, n. 11560, proprio con riferimento al rapporto di lavoro con gli enti lirici);

ma la data rilevante è diversa giacché nella prima fattispecie (quella del *D.L. n. 269 del 1994*) occorre far riferimento - non già alla data del 30 giugno 1998 - bensì a quella della trasformazione dell'ente pubblico in un soggetto di diritto privato.

4.2. Ciò premesso in generale, venendo alla fattispecie particolare della trasformazione degli enti lirici occorre considerare che la *L. 14 agosto 1967, n. 800, art. 5* (recante il nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali) prevedeva che gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate avevano personalità giuridica di diritto pubblico.

Successivamente il *D.L. 11 settembre 1987, n. 374, art. 3, comma 1*, primo periodo convertito in legge, con modificazioni, con la *L. 29 ottobre 1987, n. 450, art. 1, comma 1* ha previsto - quanto al rapporto di lavoro del personale - che ai dipendenti degli enti autonomi lirici ed istituzioni concertistiche assimilate si applicasse la normativa vigente per i dipendenti degli enti pubblici economici.

Questa assimilazione di disciplina aveva però solo natura sostanziale senza incidenza sulla giurisdizione: ossia veniva contrattualizzato il rapporto di lavoro secondo gli schemi privatistici, ma rimaneva la giurisdizione del giudice amministrativo perchè perdurava la qualificazione degli enti lirici come enti pubblici non economici. Cfr. Cass., sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10705, che affermato che la natura di

enti pubblici non economici degli enti autonomi lirici, con la consequenziale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative al rapporto di lavoro con il personale, non è venuta meno con l'entrata in vigore del *D.L. 11 settembre 1987, n. 374*, cit., il quale, pur rendendo applicabile a tale rapporto la normativa vigente per i dipendenti degli enti pubblici economici, non ha inciso sulla detta qualità (di enti pubblici non economici) degli enti lirici;

conseguentemente, le controversie predette restando devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Di tale disposizione (*L. n. 800 del 1967, art. 5*) occorre comunque tener conto perché è vero che essa è stata dapprima abrogata dal *D.Lgs. 23 aprile 1998, n. 134, art. 9* che aveva trasformato ex lege gli enti lirici in fondazioni di diritto privato, ma successivamente la Corte costituzionale (sent. 18 novembre 2000, n. 503) ha dichiarato incostituzionale, perché adottato in assenza di delega, l'intero *D.Lgs. 23 aprile 1998, n. 134* di trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma abrogatrice ha l'effetto di far rivivere la norma abrogata. Quindi l'art.3, comma 1, primo periodo, cit. è ritornato vigente dopo la pronuncia di incostituzionalità e non è stato riprodotto - a differenza di altre disposizioni del *D.Lgs. n. 134 del 1998* nel successivo *D.L. n. 345 del 2000*, infra cit., emanato all'indomani della pronuncia della Corte costituzionale per ripristinare (quasi integralmente) la disciplina dichiarata incostituzionale.

Peraltra tra il *D.L. n. 374 del 1987* ed il *D.Lgs. n. 134 del 1998* si colloca il *D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367* che parimenti prevedeva la trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato (art. 1), ma non *ex lege* (come poi avrebbe fatto il *D.Lgs. n. 134 del 1998*), ma a seguito di deliberazione di trasformazione che avrebbe dovuto essere assunta dall'organo dell'ente competente in materia statutaria, nella forma di atto pubblico, entro il termine di tre anni dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto (art. 5).

Da ultimo il *D.L. 24 novembre 2000, n. 345, art. 1* (recante disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico - sinfoniche), convertito in legge, con modificazioni, dalla *L. 26 gennaio 2001, n. 6, art. 1* ha previsto che gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche, assimilate, già disciplinati dal titolo 2°, della *L. 14 agosto 1967, n. 800*, sono trasformati in fondazione ed acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998. 4.3. In sintesi, anche se alla data del 30 giugno 1998 (tenendo conto della retroattività della cit. pronuncia della Corte costituzionale) gli enti lirici erano ancora enti pubblici non economici, pur caratterizzati dal fatto che il rapporto di lavoro con i dipendenti degli stessi era regolato sulla base della disciplina privatistica applicabile ai dipendenti degli enti pubblici economici, successivamente, ma con efficacia retroattiva al 23 maggio 1998, gli stessi enti lirici sono stati trasformati ex lege in fondazioni di diritto privato dal cit. *D.L. n. 345 del 2000*.

Tale trasformazione intervenuta prima del 30 giugno 1998 ha comportato l'applicazione del cit. *D.L. 6 maggio 1994, n. 269, art. 1*, convertito in *L. 4 luglio 1994, n. 432*. Occorre quindi considerare, ai fini del discrimine temporale, le questioni sorte prima del 23 maggio 1998, che rimangono attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e quelle sorte dopo tale data che invece ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario.

4.4. Ciò posto, va poi affermato che l'art. 1 cit. che trasferisce al giudice ordinario le controversie degli enti pubblici trasformati in enti di diritto privato fissa il discrimine temporale per il passaggio dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria alla data della intervenuta trasformazione con riferimento al momento storico dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta controversia; se però la lesione del - diritto del lavoratore sia prodotta da un atto, provvedimento o negoziale, deve farsi riferimento all'epoca della sua emanazione.

Nella specie l'oggetto della domanda ha come presupposto immediato e diretto il dedotto inadempimento parziale dell'obbligazione retributiva della Fondazione (in cui si è trasformato l'ente lirico Teatro dell'opera di Roma), che, al fine di recuperare maggiori importi (a suo dire erroneamente) corrisposti in passato ai dipendenti, ha erogato una retribuzione inferiore a quella che altrimenti sarebbe stata dovuta.

Il differenziale di retribuzione corrisposta in meno ai dipendenti (la c.d. "trattenuta") si è fattualmente realizzato in epoca successiva al 23 maggio 1998 (così riferisce la sentenza impugnata e tale circostanza non è contestata dalla Fondazione ricorrente).

E' questo il dato rilevante al fine del riparto di giurisdizione a nulla rilevando che, per valutare tale inadempimento (ossia la legittimità, o meno, della "trattenuta"), si debba esaminare un atto provvedimentale emanato dal Teatro dell'opera alcuni anni prima (nel 1994), atteso che in generale la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sussiste "ancorchè vengano in questione atti amministrativi presupposti" che eventualmente il giudice ordinario può disapplicare (*D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1*); per la affermata giurisdizione del giudice ordinario in un'analogia fattispecie di ritenute sulla retribuzione effettuate dopo il passaggio della giurisdizione al giudice ordinario, seppur relative a fatti pregressi v, da ultimo Cass., sez. un., 24 novembre 2009, n. 24668.

Peraltro nella specie la legittimità dell'annullamento del precedente avanzamento di qualifica non appare in realtà contestata dai controricorrenti, che mostrano di fondare la loro pretesa all'esatto adempimento a prescindere dalla legittimità dell'atto di riclassificazione in pejus che ha comportato per loro un meno favorevole trattamento retributivo.

Ma ove anche il giudice adito, interpretando la domanda introduttiva del giudizio, ritenesse necessaria tale valutazione, potrebbe farla eventualmente disapplicando l'atto di annullamento in autotutela dell'assegnazione della qualifica superiore (arg. *D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 63, comma 1*, che appunto prevede che quando gli atti amministrativi "presupposti" siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi).

4.5. In conclusione il ricorso principale va rigettato avendo la Corte d'appello correttamente ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario anche se la motivazione della sentenza impugnata e l'esatta individuazione dello scrimine temporale a tal fine rilevante vanno corrette nei termini sopra indicati.

5. Il ricorso incidentale - i cui due motivi possono anch'essi essere esaminati congiuntamente in quanto attengono entrambi alla giurisdizione - è invece fondato.

Giustamente il ricorrente incidentale si duole dell'erronea valutazione in parte qua della sentenza impugnata che - pur riconoscendo (esattamente) la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative a tutti gli altri dipendenti appellanti - ha però confermato, per il solo appellante L., la giurisdizione del giudice amministrativo in precedenza dichiarata (per tutti) dal giudice di primo grado, perchè - osserva la Corte territoriale - non risultava che dopo il 30 giugno 1998 la Fondazione avesse provveduto alle "trattenute" sullo stipendio del L. stesso.

L'impugnata sentenza però non afferma che le "trattenute" per il L., a differenza che per tutti gli altri lavoratori appellanti, siano state effettuate prima del 1 luglio 1998 (in disparte il già rilevato errore nell'individuazione del discrimine temporale che, per quanto sopra argomentato, va fissato nel 23 maggio 1998). Ma si limita ad affermare che le "trattenute" non risultavano fatte dopo tale data; sicchè - deve ritenersi - le stesse erano solo eventuali e tale "eventualità" di trattenute, preannunciate dalla Fondazione ma in realtà non ancora effettuate, comunque si collocava dopo il 30 giugno 1998 e quindi

a maggior ragione dopo il 23 maggio 1998 (data rilevante come discrimine temporale del passaggio della giurisdizione).

Ed allora delle due l'una: o la domanda del ricorrente incidentale deve leggersi come contenente (anche) una richiesta di accertamento negativo della legittimità di una preannunciata trattenuta con la conseguente necessità di verificare la sussistenza dell'interesse ad agire, questione processuale che presuppone la giurisdizione del giudice adito; oppure la domanda, in quanto diretta (come quella degli altri appellanti) solo all'accertamento dell'illegittimità di trattenute in concreto già effettuate, era - per il solo L. - priva di oggetto e quindi inammissibile (o- infondata nel merito) perchè appunto afferente a trattenute non ancora effettuate. Ma in entrambe le ipotesi sussiste la giurisdizione del giudice ordinario perchè la controversia riguarda una questione sorta dopo il 23 maggio 1998. 6. In conclusione il ricorso principale va rigettato, mentre va accolto quello incidentale dichiarandosi la giurisdizione del giudice ordinario anche per la controversia instaurata dal L.; va cassata la sentenza impugnata nei limiti del ricorso incidentale accolto con rinvio, anche per le spese, al tribunale di Roma quale giudice di primo grado che aveva (erroneamente) declinato la sua giurisdizione (ex *art. 353 c.p.c.*).

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale; accoglie il ricorso incidentale e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; cassa la sentenza impugnata nei limiti del ricorso incidentale accolto e rinvia, anche per le spese, al tribunale di Roma.

Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2010.

Depositato in Cancelleria il 3 marzo 2010