

Civile Sent. Sez. L Num. 7426 Anno 2016

Presidente: BRONZINI GIUSEPPE

Relatore: BOGHETICH ELENA

Data pubblicazione: 14/04/2016

SENTENZA

sul ricorso 1520-2011 proposto da:

COMUNE DI FRANCAVILLA AL MARE P.I. 00110400694, in
persona del Sindaco pro tempore, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA SAVOIA 78, presso lo studio
dell'avvocato CINZIA DI MARCO, rappresentato e difeso
dall'avvocato DIEGO DE CAROLIS, giusta delega in atti;

- ricorrente -

2016

407

contro

ROSITO GIOVANNI C.F. RSTGNN45L05L113Z, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA DI PRISCILLA 35/2, presso lo
studio dell'avvocato CARLO PICARDI, rappresentato e

difeso dall'avvocato VINCENZO DI LORENZO, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 1316/2010 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 28/10/2010 R.G.N. 981/2010; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 02/02/2016 dal Consigliere Dott. ELENA BOGHETICH;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RITA SANLORENZO che ha concluso per l'accoglimento del terzo motivo del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato al Tribunale di Chieti, Giovanni Rosito, dipendente del Comune di Francavilla al mare, avendo raggiunto 40 anni di anzianità lavorativa, chiedeva che fosse affermato il proprio diritto a permanere in servizio per altri due anni oltre il 65 anno di età, ai sensi dell'art. 16 d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, avendo – l'ente territoriale – dapprima accolto (con delibera n. 210 del 18.9.2009) e successivamente revocato (con delibera n. 349 del 17.12.2009) la richiesta presentata in data 6.7.2009.

Il Tribunale respingeva la domanda che, su appello dell'ente, veniva, invece, accolta dalla Corte di appello di L'Aquila con sentenza depositata il 28.10.2010.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre il Comune di Francavilla al mare con tre motivi.

Resiste il Rosito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - L'ente territoriale ricorrente deduce, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1328 e 1372 c.c., dell'art. 16, comma 1, del D.Lgs. n. 503 del 1992 come modificato dall'art. 72, comma 11, del D.L. n. 112 del 2008, dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001, della L. n. 241 del 1990 avendo – la Corte territoriale – erroneamente ritenuto che il lavoratore sessantacinquenne vantasse un diritto soggettivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro sino all'età di sessantasette anni, trattandosi, invece, di mera facoltà rimessa all'apprezzamento dell'amministrazione, prevista da norme speciali, senza possibilità di interferenza con la disciplina generale dettata dal codice civile in materia di contratti.

2. - Con il secondo motivo l'ente deduce, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1372 c.c., 17, commi 35 *novies* e *decies*, del D.L. n. 78 del 2009 convertito nella L. n. 102 del 2009, 5 del D.Lgs. n. 165 del 2001, L. n. 241 del 1990 avendo – la Corte territoriale – erroneamente ritenuto che la proroga del rapporto di lavoro tra le parti costituisse stipulazione di un nuovo contratto insuscettibile di recesso unilaterale, dovendosi, invece, ritenere che ricorreva una specifica ipotesi di risoluzione prevista dalla legge nell'ambito di un rapporto di lavoro di pubblico impiego.

3. - Con il terzo motivo l'ente deduce, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2059, 2697 c.c. avendo – la Corte – contraddittoriamente ritenuto, da una parte, che non era stato assolto l'onere della prova circa la sussistenza di un danno a favore del dipendente e, dall'altra, avendo peraltro proceduto a condannare in maniera "meramente esemplare" l'ente al risarcimento del danno pari a euro 1.000,00.



4. - I primi due motivi, che possono essere trattati congiuntamente attenendo all'istituto del trattenimento in servizio dei pubblici dipendenti, sono fondati.

Come questa Corte ha già affermato (Cass. n. 4355/2005), nel caso di specie non vengono in considerazione né il potere di recesso del datore di lavoro, né quello spettante ai lavoratori (dimissioni), discutendosi soltanto della cessazione automatica, al verificarsi di determinati eventi, di un rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione. In particolare, il collocamento a riposo di ufficio, al compimento delle età massime previste dai diversi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche, costituisce un istituto fondamentale del lavoro pubblico, tanto di quello rimasto assoggettato allo statuto pubblicistico, quanto di quello contrattualizzato, siccome i precetti dettati dall'art. 97 Cost. non sarebbero compatibili con un sistema che consentisse alle amministrazioni pubbliche di protrarre *sine die* il servizio di taluni dipendenti, secondo una libera scelta, sottratta in pratica al sindacato del giudice. Invero, anche a seguito della c.d. privatizzazione del pubblico impiego (attuata con le norme ora raccolte nel d.lgs. n. 165 del 2001), il rapporto di lavoro pubblico presenta caratteri salienti (dovuti essenzialmente all'applicazione dei principi di cui all'art. 97 Cost.) che lo sottraggono all'applicazione integrale dei principi e delle regole valevoli per il lavoro subordinato privato, e ciò con particolare riguardo sia alla costituzione del rapporto sia alla sua estinzione. Il comma 2 dell'art. 2 d.lgs. 165 del 2001, nella parte in cui recita che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del c.c. e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, deve essere, secondo una lettura costituzionalmente necessitata, inteso nel senso che sono fatti salvi i principi fondamentali del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di derivazione costituzionale, ancorché non tutti esplicitati dalle norme raccolte nel decreto in questione. Ne consegue l'inapplicabilità della regola generale del lavoro subordinato privato, secondo la quale la tipicità e la tassatività delle cause di estinzione del rapporto escludono^{le} risoluzione automatica al compimento di determinate età, ovvero in coincidenza con il raggiungimento di requisiti pensionistici, ancorché contemplate dalla contrattazione collettiva (cfr. Cass. n. 1297/2006, Cass. n. 13715/2004).

In particolare, l'istituto del trattamento in servizio del dipendente pubblico c.d. privatizzato è stato oggetto di una serie di modifiche legislative che si sono affastellate nel tempo.

Secondo l'art. 3, lett. b), della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 e l'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (di attuazione della delega) il dipendente pubblico aveva la facoltà di permanere in servizio oltre i limiti di età per un periodo massimo di un biennio, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della legge n. 421 del 1992. Tale facoltà poteva essere esercitata dall'interessato in ogni tempo antecedente alla risoluzione automatica del

rapporto per il compimento dell'età massima di servizio; era sufficiente comunicare l'opzione al datore di lavoro, in tal modo impedendo l'estinzione del rapporto di lavoro al compimento dell'età anagrafica ordinariamente prevista.

L'art. 16 del decreto legislativo n. 503 del 1992 (che è stato successivamente integrato dal decreto legge n. 136 del 2004, convertito nella legge n. 186 del 2004) era del seguente tenore: "1. È in facoltà dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti.

1-bis. Per le categorie di personale di cui all'articolo 1 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, la facoltà di cui al comma 1 è estesa sino al compimento del settantacinquesimo anno di età".

Pur se esorbitante dal periodo temporale interessato dal caso di specie, va incidentalmente osservato che la disposizione è stata successivamente abrogata dal decreto legge n. 90 del 2014 convertito nella legge n. 114 del 2014.

L'art. 72 del decreto legge n. 112 del 2008 (convertito dalla legge n. 133 del 2008) ha, successivamente, disposto che la facoltà per i dipendenti pubblici di permanere in servizio per un biennio oltre i limiti di età previsti per il collocamento a riposo fosse rimessa all'apprezzamento dell'amministrazione, la quale avrebbe valutato le istanze sulla base delle proprie esigenze organizzative e funzionali, tenendo altresì conto della particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente richiedente in determinati o specifici ambiti e in funzione dell'efficiente andamento dei servizi pubblici.

Il tenore testuale della norma era il seguente: "All'articolo 16 comma 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, e successive modificazioni, dopo il primo periodo sono aggiunti i seguenti: "In tal caso e' data facolta' all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di accogliere la richiesta in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La domanda di trattenimento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di eta' per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento."

La domanda di trattenimento in servizio doveva essere proposta dai 24 ai 12 mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dall'ordinamento cui si apparteneva; le amministrazioni dovevano riconsiderare, alla luce della nuova normativa del 2008, i trattenimenti in servizio già disposti per il 2009 mentre decadevano - e quindi

andavano ripresentate le domande entro i termini previsti dalla norma - gli eventuali trattenimenti in servizio disposti con decorrenza 1.1.2010.

Pertanto, in forza della novella legislativa del 2008, diventava discrezionale la decisione dell'amministrazione di mantenere in servizio il dipendente dopo il compimento del 65° anno di età, ad esclusione di coloro che al raggiungimento di tale soglia non avevano ancora maturato il requisito minimo di anzianità contributiva per il diritto a pensione.

Emerge perciò, alla luce dell'*excursus* normativo effettuato e delle considerazioni esposte, che la Corte territoriale ha omesso di inquadrare la fattispecie esaminata nell'alveo della disciplina speciale dettata per i dipendenti pubblici, applicando istituti negoziali non applicabili al caso di specie. Invero, la richiesta di prosecuzione dell'attività lavorativa è stata presentata - 12 mesi prima del compimento dell'età di 65 anni - dal Rosito in data 6.7.2009, nella vigenza del decreto legislativo n. 503 del 1992 così come modificato dal decreto legge n. 112 del 2008, che, come innanzi evidenziato, prevedeva la decadenza di tutti i trattenimenti in servizio disposti per l'anno 2010 e la facoltà dell'amministrazione di accogliere la suddetta richiesta in base alle sue esigenze organizzative e funzionali.

5. - Il terzo motivo può ritenersi assorbito, non potendo in ogni caso conseguire - a fronte di un comportamento legittimo dell'ente pubblico in quanto ossequioso delle disposizioni legislative vigenti - alcun risarcimento del danno a favore del dipendente.

6. - Ne consegue che, in accoglimento del ricorso, la sentenza va cassata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti in punto di fatto, la causa può essere decisa nel merito ex art. 384 c.p.c., comma 2, con il rigetto della domanda proposta da Giovanni Rosito di essere trattenuto in servizio oltre il compimento del sessantacinquesimo anno di età.

7. - Le spese di lite sono compensate tra le parti considerate le alterne decisioni assunte con riguardo al trattenimento in servizio del Rosito determinate dalle sopravvenute modifiche legislative.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi due motivi del ricorso, assorbito il terzo; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e, decidendo nel merito, rigetta la domanda proposta da Giovanni Rosito. Compensa le spese dell'intero processo.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 2 febbraio 2016