

14 DIC 2021

40004/21

Oggetto

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

R.G.N. 10795/2015

Dott. ANTONIO MANNA

- Presidente -

Cron. 40004

Dott. PAOLO NEGRI DELLA TORRE

- Consigliere - Rep.

Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO

- Consigliere -

Ud. 10/11/2021

Dott. CATERINA MAROTTA

- Consigliere -

PU

Dott. FRANCESCA SPENA

- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 10795-2015 proposto da:

COMUNE DI CAMPI BISENZIO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II N.18, presso lo STUDIO GREZ, rappresentato e difeso dall'avvocato FEDERICO DE MEO;

- ricorrente - principale -**contro**

, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II n. 18, presso lo studio dell'avvocato GIAN MARCO GREZ, rappresentata e difesa dall'avvocato FRANCESCO D'ADDARIO;

- controricorrente - ricorrente incidentale -**nonchè contro**

2021

3435

COMUNE DI CAMPI BISENZIO;

- ricorrente principale - controricorrente

incidentale -

avverso la sentenza n. 825/2014 della CORTE D'APPELLO
di FIRENZE, depositata il 25/02/2015 R.G.N. 440/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 10/11/2021 dal Consigliere Dott.
FRANCESCA SPENA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. RITA SANLORENZO che ha concluso per il
rigetto del ricorso principale e rigetto del ricorso
incidentale;

udito l'Avvocato FEDERICO DE MEO;

udito l'Avvocato FRANCESCO D'ADDARIO.

RILEVATO CHE

1. La Corte d'Appello di Firenze, in riforma della sentenza del Tribunale della stessa sede, accoglieva la domanda proposta da dirigente del COMUNE DI CAMPI BISENZIO (in prosieguo: il COMUNE) cessata dal servizio dall'1 aprile 2004 — e dichiarava irripetibile la somma indebitamente corrisposta dal COMUNE negli anni 2001-2003 per retribuzione di posizione e di risultato, pari ad € 49.203,03.

2. La Corte territoriale respingeva *in limine* le difese della circa la prescrizione quinquennale del diritto del COMUNE alla restituzione, la illegittimità del recupero per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, la mancanza di prova di un errore essenziale e riconoscibile nel pagamento dei compensi (ex articolo 1431 cod. civ.), la violazione dei principi di correttezza ed affidamento. Su quest'ultimo punto il giudice dell'appello, aderendo al principio enunciato da Cass. 8 aprile 2010 nr. 8338, affermava che nel pubblico impiego privatizzato la ripetibilità delle retribuzioni corrisposte indebitamente non può essere esclusa dalla buona fede dell'*accipens*, che, a norma dell'articolo 2033 cod. civ., rileva soltanto per la restituzione dei frutti e degli interessi.

3. Nel merito, osservava che la contrattazione dell'ente comunale aveva violato la disposizione dell'articolo 26 CCNL dirigenza Enti Locali 1998/2001, in quanto aveva dapprima determinato le retribuzioni dei dirigenti e, all'esito, previsto l'adeguamento del fondo per l'erogazione della retribuzione accessoria, senza tener conto delle risorse finanziarie utilizzabili e superando la disponibilità individuata sulla base del contratto nazionale.

4. Ne derivava la nullità della contrattazione decentrata, ai sensi dell'articolo 40, comma tre, D.Lgs. 165/2001, vigente *ratione temporis* e la sussistenza di un indebito oggettivo.

5. Nelle more del giudizio era tuttavia entrato in vigore il D.L. 6 marzo 2014 nr. 16, conv. con L. 2 maggio 2014 nr. 68, articolo 4, il quale, al comma tre, disponeva che per le regioni e gli enti locali, in presenza delle condizioni previste dalla norma, non si applicavano le disposizioni del comma 3-quinquies dell'articolo 40 D.Lgs. nr. 165/2001 agli atti di costituzione e di utilizzo dei fondi, comunque costituiti, per la contrattazione

decentrata adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'articolo 65 D.Lgs. nr. 150/2009 e successive modificazioni.

6. Ad avviso della Corte territoriale nel caso di specie ricorrevano le condizioni di applicabilità della sanatoria; né era rilevante il fatto che fosse prevista la disapplicazione del comma 3-quinquies dell'articolo 40 D.Lgs. nr. 165/2001, che non disciplinava *ratione temporis* la vicenda di causa, in quanto la disposizione operava non solo per gli atti di costituzione, ma anche per gli atti di utilizzo dei fondi, comunque costituiti.

7. Restavano assorbiti gli ulteriori motivi dell'appello principale e l'appello incidentale.

8. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza il COMUNE, articolato in sei ragioni di censura, cui ha resistito con controricorso contenente ricorso incidentale, affidato a dieci motivi. Il COMUNE ha resistito al ricorso incidentale. Le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO CHE

1. Ritiene la Corte che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2033 cod. civ. per violazione degli articoli 11 e 117 Cost. in relazione all'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte EDU.

SULLA RILEVANZA

2. L'incidente di costituzionalità è pregiudiziale alla decisione sul quarto motivo del ricorso incidentale, con il quale la dipendente ha sottoposto a critica la statuizione della Corte territoriale che ha respinto l'eccezione di irripetibilità dell'indebito, opposta sotto il profilo della buona fede e del legittimo affidamento.

3. Va preliminarmente escluso che l'esame del motivo possa restare assorbito dal rigetto del ricorso principale — proposto dall'amministrazione avverso la statuizione che ha ritenuto sanato sotto il profilo oggettivo l'indebito originario — o dall'esame delle altre ragioni del ricorso incidentale.

4. Infatti, il primo motivo del ricorso principale, proposto dal Comune — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — per contestare l'applicabilità

nella fattispecie di causa del D.L. 6 marzo 2014 nr. 16, convertito, con modificazioni dalla legge 2 maggio 2014 nr. 68, articolo 4, comma tre, è fondato.

5. È in discussione l'ambito temporale di applicazione del suddetto articolo 4, comma tre, a tenore del quale:

«Fermo restando l'obbligo di recupero previsto dai commi 1 e 2, non si applicano le disposizioni di cui al quinto periodo del comma 3-quinquies dell'articolo 40 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agli atti di costituzione e di utilizzo dei fondi, comunque costituiti, per la contrattazione decentrata adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'articolo 65 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e successive modificazioni, che non abbiano comportato il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale, adottati dalle regioni e dagli enti locali che hanno rispettato il patto di stabilità interno, la vigente disciplina in materia di spese e assunzione di personale, nonché le disposizioni di cui all'articolo 9, commi 1, 2-bis, 21 e 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni».

6. La norma disapplicata dispone, per i contratti integrativi decentrati, che

« Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile».

7. Secondo l'interpretazione sostenuta dal Comune nel proprio ricorso, la sanatoria è temporalmente limitata, nel *dies a quo*, agli atti di costituzione e di utilizzo dei fondi successivi alla entrata in vigore del D.Lgs. nr. 150/2009, i soli regolati, *ratione temporis*, dalla norma disapplicata (articolo 40, comma 3-quinquies, quinto periodo, D.Lgs. nr. 165/2001); si contesta, dunque, la statuizione della Corte territoriale secondo cui essa opera anche in relazione a vicende anteriori, senza una soglia temporale iniziale.

8. La Corte ritiene di dovere confermare l'orientamento già espresso con le ordinanze del 4 aprile 2019 nr. 9496 e del 12 aprile 2019 nr. 10411, secondo cui la retroattività della sanatoria è temporalmente limitata agli atti di costituzione e di utilizzo dei fondi adottati in epoca successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. nr. 150/2009.

9. In tal senso depone il dato letterale, in quanto i precisi riferimenti normativi in esso contenuti sarebbero del tutto sovrabbondanti se la disposizione avesse inteso operare una sanatoria generalizzata delle nullità della contrattazione di regioni ed enti locali in qualsiasi tempo verificatesi. Né appare decisivo il riferimento testuale della norma, valorizzato nella sentenza impugnata, agli atti di utilizzo dei fondi «comunque costituiti»; non si tratta di una espressione di tempo bensì di modo, tale da comprendere le forme eterogenee con le quali regioni ed enti locali avevano provveduto all'utilizzo dei fondi per il finanziamento della retribuzione accessoria, anche in assenza di contrattazione integrativa entro l'anno di riferimento.

10. La *ratio* della disposizione è quella di sanare i contratti integrativi sottoscritti e gli atti di utilizzo dei fondi compiuti da regioni ed enti locali dopo l'entrata in vigore del D.Lgs nr. 150/2009, in una particolare situazione di incertezza interpretativa dovuta al blocco della contrattazione nazionale (articolo 9, comma 17, del D.L. 78/2010) e all'obbligo della contrattazione integrativa di conformarsi autonomamente e immediatamente — (nel rispetto del tetto della «spesa storica», fissato dallo stesso articolo 9 D.L. 78/2010, al comma due *bis*) — alle disposizioni della riforma del 2009 sui nuovi ambiti della contrattazione collettiva e sui nuovi presupposti della retribuzione premiale.

11. Nell'anno 2011, il D.Lgs. 1 agosto 2011, n. 141, articolo 5, comma uno, di interpretazione e autentica dell'articolo 65 D.Lgs. nr. 150/2009, aveva confermato l'obbligo della contrattazione integrativa successiva all'entrata in vigore del D.Lgs nr. 150/2009 di conformarsi immediatamente alle disposizioni della riforma, chiarendo che il termine di adeguamento concesso dalla norma interpretata si riferiva soltanto ai contratti integrativi in corso al 15 novembre 2009.

12. Il D.L. nr. 16 del 2014 è dunque intervenuto, *ex post*, a sanare gli effetti derivanti dall'eventuale mancato adeguamento della contrattazione integrativa decentrata, di fatto riallineando, quanto al periodo temporale di tolleranza, la contrattazione successiva al D.Lgs. nr.150/2009 a quella vigente al momento della sua entrata in vigore.

13. Si è voluta, comunque, escludere dall'intervento sanante, come dall'*incipit* dell'articolo 4, comma tre, DL nr. 16/2014, l'ipotesi della violazione di vincoli finanziari.

14. Da quanto esposto discende l'erroneità della sentenza impugnata, per avere applicato il D.L. nr. 16/2014, articolo 4, comma tre, ad una fattispecie *ratione temporis* non disciplinata dalla norma.

15. Restano assorbiti il secondo, il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale, con i quali parimenti si sostiene, sotto altri profili, l'irrilevanza della sanatoria (assumendo: con il secondo motivo, che la nullità degli accordi integrativi, già verificatasi, non verrebbe meno ex D.L. nr. 16/2014; con il terzo, che il diritto al recupero deriverebbe, comunque, dagli atti con i quali il Comune nell'anno 2006 aveva disapplicato gli accordi decentrati; con il quarto, che il diritto al recupero ex articolo 2033 cod. civ. non sarebbe inciso dall'articolo 4, comma tre, D.L. nr. 16/2014).

16. Vanno invece respinti i motivi quinto e sesto del ricorso principale e il primo motivo del ricorso incidentale, che investono, secondo prospettive opposte, la statuizione sul termine di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitto (quinto motivo del ricorso principale e primo del ricorso incidentale, proposti ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ.) e sulla sua decorrenza (sesto motivo del ricorso principale, proposto ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 e nr. 5 cod. proc. civ.).

17. Correttamente il giudice dell'appello ha applicato il termine di prescrizione decennale al diritto della pubblica amministrazione a ripetere le retribuzioni corrisposte indebitamente. L'imprescrittibilità dei diritti indisponibili sancita dall'articolo 2934, comma due, cod. civ., invocata dal Comune con il quinto motivo, si traduce nell'impossibilità della perdita totale del diritto in ragione del suo mancato esercizio, mentre resta soggetto alla prescrizione ordinaria il credito pecuniario per la restituzione delle singole mensilità corrisposte senza titolo. L'applicabilità del termine quinquennale di cui all'articolo 2948 cod. civ., alla quale si appella con il primo motivo la ricorrente incidentale, è stata già esclusa da questa Corte (Cass. sez. lav., 05/11/2019, n.28436), giacché l'unica fattispecie regolata dall'art. 2948

cod. civ. nr. 4 è quella in cui la cadenza periodica del credito sia prevista *ex ante*, in relazione al titolo dell'obbligazione.

18. Il momento di decorrenza del termine decennale di prescrizione coincide, nella specie, con il momento stesso del pagamento, *ab origine* soggetto a ripetizione in quanto privo di titolo (per la nullità degli atti di costituzione del fondo); sul punto la statuizione del giudice dell'appello è immune dalle censure mosse con il sesto motivo del ricorso principale.

19. Neppure coglie nel segno il secondo motivo del ricorso incidentale, teso a sostenere, ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ., l'illegittimità del recupero per mancanza della comunicazione di avvio del procedimento; ed invero, il recupero da parte del datore di lavoro pubblico delle retribuzioni corrisposte indebitamente è interamente disciplinato dall'articolo 2033 cod. civ. e non costituisce atto di esercizio di potestà amministrativa.

20. Va altresì respinto il terzo motivo, egualmente diretto, ex articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ., ad escludere la ripetibilità delle retribuzioni, sotto il profilo della mancanza di prova di un errore essenziale e riconoscibile nel pagamento. La rilevanza dell'errore del *solvens* non può essere ipotizzata nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato giacché il datore di lavoro pubblico, a differenza del datore di lavoro privato, non ha il potere di disporre del trattamento economico fissato dalla contrattazione collettiva, neppure in senso migliorativo, ai sensi degli articoli 24 (per il lavoro dirigenziale) e 45 D.L.gs nr. 165/2001; l'eventuale volontà della pubblica amministrazione di attribuire al dipendente un trattamento di miglior favore resterebbe, dunque, a differenza che nel lavoro privato, del tutto irrilevante (si veda per tutte: Cassazione civile sez. lav., 04/05/2021 nr. 11645; 10/03/2021, n.6715 e giurisprudenza ivi citata; Cass. SU nr. 21744/2009).

21. Il quinto motivo, con il quale si contesta, a monte — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — la statuizione di nullità della costituzione del fondo, è inammissibile.

22. La questione posta dalla ricorrente incidentale, benché formalmente dedotta come vizio di violazione delle norme della contrattazione nazionale (CCNL dirigenza Regioni ed Enti Locali 23.12.1999, artt. 4, 26, 27, 28), in realtà non attiene all'interpretazione della disposizione contrattuale ma,

piuttosto, al mancato esame di fatti storici, sulla base dei quali, nell'assunto della ricorrente incidentale, risulterebbe che l'entità del fondo rispettava i vincoli finanziari della contrattazione nazionale, essendosi provveduto ad un aumento delle risorse fisse nei modi previsti dall'articolo 26, comma tre, del CCNL dell'Area dirigenziale.

23. Osserva la Corte che l'accertamento del fatto che l'entità del fondo negli anni 2001-2003 eccedeva i limiti fissati dal suddetto articolo 26 costituisce accertamento storico sindacabile da questo giudice di legittimità nei limiti di deducibilità del vizio di cui all'articolo 360 nr. 5 cod. proc. civ., che però è qui *in limine* precluso - ai sensi dell'articolo 348-ter, commi 4 e 5, cod. proc. civ. - dalla doppia pronuncia di merito conforme sul punto.

24. È, poi, infondato il sesto motivo del ricorso incidentale, con il quale si assume, ex articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ., che l'obbligo di recupero delle retribuzioni corrisposte sulla base del contratto integrativo decentrato affetto da nullità sarebbe stato previsto per la prima volta dall'articolo 40, comma 3-*quinquies*, D.Lgs 165/2001, non applicabile retroattivamente.

25. Ed invero, dalla previsione di nullità delle clausole della contrattazione integrativa decentrata in contrasto con i vincoli posti nella sede nazionale — già contenuta nel testo dell'articolo 40, comma tre, D.Lgs nr. 165/2001 vigente fino al 15 novembre 2009 e, ancor prima, nell'art. 45, comma quattro, D.Lgs. nr. 29/1993 — derivava, anche prima dell'intervento legislativo del 2009, il carattere indebito dei pagamenti avvenuti sulla base delle clausole affette da nullità e l'obbligo della amministrazione di agire per la ripetizione. La novità della riforma del 2009 consiste, piuttosto, nell'aver previsto, nelle ipotesi di nullità per violazione di vincoli finanziari, anche un obbligo di recupero in sede di negoziazione collettiva.

26. I motivi ottavo e nono — proposti ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ.— che pongono la questione di giurisdizione della Corte dei Conti sulla domanda di accertamento della nullità del contratto decentrato, sono inammissibili.

27. Non risulta dalla sentenza impugnata né è stato dedotto specificamente in questa sede — attraverso l'esposizione dei contenuti del

relativo motivo di appello — che la statuizione del Tribunale fosse stata impugnata in punto di giurisdizione, sicché deve ritenersi formato il giudicato interno implicito sull'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario rapportata alla decisione di merito (cfr., *ex aliis*, Cass. SU nr. 16458/2020).

28. Sono, da ultimo, infondati i motivi nono e decimo del ricorso incidentale, con i quali si contesta, ex articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ., la legittimazione passiva del lavoratore sulla medesima domanda di nullità del contratto decentrato.

29. La dichiarazione di nullità delle clausole della contrattazione collettiva ben può essere resa tra le parti del rapporto di lavoro come accertamento incidentale; la possibilità del giudice del lavoro di decidere con sentenza una questione concernente la validità (l'efficacia o l'interpretazione) delle clausole di un contratto o accordo collettivo quando debba decidere una controversia relativa al rapporto di lavoro pubblico privatizzato è il presupposto dell'articolo 64 D.Lgs nr. 165/2001, che detta una procedura speciale in caso di contrattazione di livello nazionale.

30. Da quanto sin qui esposto discende che la decisione sull'azione di ripetizione dell'indebitto, apparendo fondato il primo motivo del ricorso principale, resta legata all'eccezione, oggetto del quarto motivo del ricorso incidentale, sulla rilevanza impeditiva dell'affidamento del lavoratore che, in buona fede, abbia ricevuto dal datore di lavoro pubblico retribuzioni non dovute.

31. La Corte territoriale ha negato l'illegittimità del recupero — opposta dall'odierna ricorrente incidentale sulla base dei principi di tutela dell'affidamento, della buona fede e della correttezza — conformandosi alla giurisprudenza di questa Corte. La statuizione è censurata — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — per violazione e falsa applicazione dell'articolo 2033 cod. civ. e dei principi che regolano la ripetizione dell'indebitto e/o il rapporto di lavoro in generale e il rapporto di pubblico impegno privatizzato. La ricorrente incidentale deduce l'illegittimità del recupero, per il lungo periodo di tempo in cui si è perpetrato l'errore della pubblica amministrazione e per l'evidente incisione che la ripetizione

arrecherebbe al soddisfacimento dei bisogni essenziali della vita, anche in relazione all'imponibile netto annuale percepito.

32. La censura chiama questa Corte a confrontarsi con la sentenza della Corte EDU 11 febbraio 2021, sul ricorso nr. 4893/13, CASARIN c. ITALIA. La Corte europea ha ritenuto violato l'articolo 1 del Protocollo nr. 1 alla Convenzione in una fattispecie in cui, sulla base dell'articolo 2033 cod. civ., la CASARIN, dipendente INPS— transitata dal MINISTERO DELL'ISTRUZIONE per mobilità volontaria — era stata condannata a restituire al datore di lavoro le retribuzioni indebite (€ 13.288,39) percepite nel periodo settembre 1998/febbraio 2004 a titolo di assegno *ad personam* (sottratte erroneamente al riassorbimento).

33. Preliminarmente la Corte EDU ha ritenuto rientrare nel campo di applicazione della norma convenzionale il «legittimo affidamento» della ricorrente, nel senso autonomo della Convenzione, di poter conservare le retribuzioni percepite, acquisito in forza della spontaneità del pagamento, della sua provenienza da un ente qualificato, della sua durata, dell'assenza di una riserva di ripetizione, della buona fede della CASARIN nel percepire le retribuzioni, del tempo trascorso fino alla prima riserva manifestata dall'INPS, nel febbraio 2004.

34. Nel merito, la Corte di Strasburgo, pur ravvisando la legalità dell'ingerenza (trattandosi di misura prevista dalla legge) e la legittimità del suo scopo (in quanto è nell'interesse pubblico che i beni ricevuti in assenza di titolo debbano essere restituiti allo Stato), ha ritenuto carente il requisito della proporzionalità.

35. Nel caso qui in esame, ricorrono tutti gli indici valorizzati nella sentenza della CORTE EDU dell'11 febbraio 2021, tanto in relazione all'esistenza di un legittimo affidamento — nel senso autonomo della Convenzione — quanto al venir meno del giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse pubblico generale e il diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni, dal momento che:

a) il versamento delle retribuzioni di posizione e di risultato è stato effettuato dal COMUNE negli anni 2001-2003 in maniera spontanea, ovvero in assenza di domanda della

b) il versamento è stato effettuato da un ente pubblico, sulla base di un procedimento amministrativo (previsione in bilancio delle risorse, costituzione del fondo per l'erogazione delle retribuzioni accessorie, contrattazione integrativa, liquidazione delle retribuzioni), assistito da una presunzione di conformità a legge;

c) l'erogazione delle retribuzioni è stata fondata sulle disposizioni della contrattazione decentrata, la cui applicazione poteva essere percepita dalla dipendente come fonte del versamento, individuabile anche nel suo importo;

d) il pagamento non era manifestamente privo di titolo (la verifica del superamento del tetto fissato dal contratto nazionale richiedeva un calcolo complesso delle fonti di finanziamento, fisse e variabili, sulla base di dati di cui soltanto l'amministrazione era in possesso) né era basato su semplici errori di calcolo (tali errori erano, semmai, a monte, nella determinazione del fondo e il calcolo era complesso);

e) la durata dei versamenti, pari a tre anni, era tale da far nascere la ragionevole convinzione del loro carattere definitivo e stabile, specie in ragione del rilevante periodo di tempo decorso fino alla richiesta di restituzione, avvenuta soltanto nel maggio 2011, circa otto anni dopo l'ultimo versamento; i pagamenti, pur riguardando voci della retribuzione accessoria, erano legati all'attività lavorativa ordinaria;

f) il pagamento non era stato effettuato con l'indicazione di una riserva di ripetizione.

36. Sotto il profilo della situazione patrimoniale, la sin dal ricorso introduttivo ha allegato: di essere vedova dall'anno 1994, con due figli ed i suoceri conviventi a carico; di avere sostenuto negli anni 2001-2002 le spese di ricovero del suocero in una RSA a seguito di ictus; di avere contratto un mutuo nell'anno 2002 di € 160.000 per l'acquisto di un appartamento, che aveva parzialmente estinto nell'anno 2010 impiegando ogni propria risorsa; di essere pensionata dall'anno 2004; di avere ancora a proprio carico una rata mensile del mutuo di € 605,56; di sostenere una spesa di oltre € 1.000 mensili per retribuire la badante della madre novantaquattrenne.

37. La situazione di causa appare, in sostanza, del tutto sovrapponibile a quella in relazione alla quale la Corte EDU ha ritenuto che il giudicato di condanna della dipendente, ex art. 2033 cod. civ., alla restituzione delle retribuzioni percepite indebitamente (in quel caso di importo ben inferiore a quello qui in considerazione) ha costituito violazione dell'articolo 1 del protocollo nr. 1 alla Convenzione.

SULLA NON MANIFESTA INFONDATEZZA

38. Preliminarmente la Corte osserva che l'interpretazione offerta dal giudice della Convenzione con la citata sentenza dell'11 febbraio 2021 non è isolata, o comunque non consolidata, trattandosi della coerente applicazione di principi da tempo enunciati in altre pronunce, richiamate dalla sentenza medesima.

39. Nella pronuncia del 26 aprile 2018, Cakarevic c. Croazia, ricorso n. 48921/2013, la Corte EDU, all'unanimità, ha ritenuto rientrare nel campo della tutela garantita dall'articolo 1 protocollo 1 alla CEDU la legittima aspettativa della lavoratrice a trattenere le somme indebitamente percepite per indennità di disoccupazione (per un periodo più lungo del dovuto) ed ha ritenuto che la condanna alla restituzione violasse l'articolo 1 del protocollo 1 alla Convenzione per mancanza del giusto equilibrio tra interesse generale e diritto del singolo individuo, in quanto la ricorrente non era stata informata circa il limite alla durata temporale della prestazione ed aveva continuato a percepire l'indennità sulla base di una decisione delle autorità amministrative.

40. Con la sentenza 15 settembre 2009, sul ricorso nr. 10373/2005, Moskal c. Polonia, la Corte EDU ha qualificato come aspettativa economicamente tutelata ai sensi dell'art. 1, Prot. 1 alla CEDU, la posizione della ricorrente, cui era stato concesso nell'agosto 2001 il pensionamento anticipato, revocato dopo dieci mesi (nel giugno 2002) per carenza dei requisiti (grave situazione di salute del figlio); ha ritenuto, a maggioranza, che la revoca della pensione aveva violato la norma convenzionale per mancanza di proporzionalità. La Corte ha ritenuto decisivo il fatto che si trattasse di un provvedimento adottato per errore commesso dalla stessa p.a., senza corresponsabilità della ricorrente, che si era dimessa dal lavoro

e si era vista privata da un giorno all'altro della sua unica fonte di sostentamento per sé e la famiglia, con il rischio di non trovare un nuovo impiego. L'opinione dissenziente dei giudici di minoranza sul test di proporzionalità era qui basata sul fatto che lo Stato non aveva chiesto la restituzione dei ratei di pensione riscossi ed aveva concesso qualche anno dopo (anni 2004/2005) una nuova pensione anticipata, di importo ridotto del 50% rispetto alla pensione originaria, con decorrenza retroattiva dall'ottobre 2002, liquidando gli arretrati senza interessi .

41. Nella sentenza 12 dicembre 2019, sul ricorso nr. 32141/10, Romeva c. Macedonia del Nord è stata ravvisata, all'unanimità, la violazione del diritto dell'individuo al pacifico godimento dei propri beni, sempre per l'esito negativo del test di proporzionalità, in un caso di revoca, nell'ottobre 2007, della prestazione pensionistica indebita (pensione di anzianità liquidata sulla base di dati errati riguardo al periodo di occupazione lavorativa) di cui la ricorrente godeva dall'anno 2000, benché fosse stata concessa una nuova pensione nell'anno 2009; in questo caso lo Stato aveva agito anche per la ripetizione dell'indebito. La Corte ha ritenuto che la revoca della pensione non fosse proporzionata, in mancanza di prova della responsabilità della ricorrente per l'errore di liquidazione, trattandosi dell'unica fonte di reddito e di una richiesta di restituzione tale da aggravare un onere già eccessivo.

42. In sostanza, la sentenza della Corte EDU dell'11 febbraio 2021 appare espressione di un orientamento divenuto consolidato.

43. Sotto il profilo della CEDU, l'articolo 1 del protocollo 1 si applica tanto all'indebito previdenziale (e pensionistico) che all'indebito retributivo; nel diritto interno le disposizioni di riferimento sono diverse, in quanto l'indebito previdenziale costituisce oggetto d'una regolamentazione speciale, mentre l'indebito retributivo, in mancanza di una specifica disciplina, ricade nella norma generale di cui all'articolo 2033 cod. civ.

44. Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, nell'impiego pubblico privatizzato nel caso di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da un'amministrazione nei confronti di un proprio dipendente, in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, qualora risulti

accertato che l'erogazione è avvenuta «*sine titulo*», la ripetibilità delle somme non può essere esclusa ex art. 2033 cod. civ. per la buona fede dell'*accipiens*, buona fede che ai sensi della norma medesima vale soltanto ad escludere la restituzione dei frutti e degli interessi maturati prima della domanda giudiziale (Cassazione civile sez. lav., 20/02/2017, n.4323; 4230 del 2016 e n. 4086 del 2016; n. 24835 del 2015; nr. 8338/2010).

45. Tale principio – consolidato nella giurisprudenza di questa Corte – esclude ogni rilevanza, quale fatto impeditivo del diritto al recupero, del «legittimo affidamento» del percipiente. L'unica alternativa all'incidente di costituzionalità appare essere, pertanto, la possibilità di un'interpretazione dell'articolo 2033 cod. civ. convenzionalmente orientata, difforme da quella enunciata nei precedenti citati.

46. Ritiene la Corte che tale alternativa non sia percorribile.

47. A ciò osta in primo luogo il dato letterale.

48. L'articolo 2033 cod.civ. prende specificamente in considerazione lo stato psicologico dell'*accipiens* e limita la rilevanza della sua buona fede alla decorrenza dei frutti e degli interessi. La buona fede, dunque, non incide sulle obbligazioni di restituzione, ma unicamente sul tempo di maturazione delle obbligazioni accessorie.

49. Accogliere un'interpretazione secondo la quale la buona fede dell'*accipiens* osti alla ripetizione dell'indebita determinerebbe un insolubile contrasto con il dato letterale.

50. Soprattutto, occorre considerare che, secondo l'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, non è la semplice buona fede del ricevente ad impedire alla pubblica amministrazione di ripetere l'indebita retributivo, ma il «legittimo affidamento» del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto: pagamento effettuato dalla pubblica amministrazione spontaneamente ovvero su domanda del dipendente in buona fede; apparenza del titolo del pagamento; durata nel tempo dei versamenti; assenza della riserva di ripetizione; buona fede del ricevente. Inoltre – (avendo la Corte EDU riconosciuto la legittimità dell'azione di recupero e la sua rispondenza ad uno scopo parimenti

legittimo) — la violazione del diritto dell'individuo ricorre solo in caso di esito negativo del test di proporzionalità sotteso alla norma convenzionale; a sua volta in tale test rilevano ulteriormente: l'esclusiva imputabilità alle autorità pubbliche dell'errore del pagamento, il pagamento delle retribuzioni indebite quale corrispettivo dell'attività lavorativa ordinaria, la situazione economica dell'*accipiens* al momento della condanna al rimborso (si vedano i punti 72 e 73 della sentenza della CORTE EDU in considerazione).

51. In sostanza, la ricezione nell'ordinamento interno dei principi sottesi all'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU sarebbe l'esito non di una diversa interpretazione dell'articolo 2033 cod. civ. ma, piuttosto, di una vera e propria disapplicazione della disposizione codicistica in favore di una norma diversa — sia quanto all'ambito soggettivo, relativo ai soli pagamenti provenienti dalla pubblica amministrazione, sia nel disposto oggettivo — corrispondente all'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU.

52. Ma la disapplicazione del diritto interno non è consentita in relazione alle disposizioni della CEDU, sprovviste, diversamente dalle norme dell'Unione Europea, di efficacia diretta nell'ordinamento nazionale.

53. Questa Corte — in linea con la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. sent. n. 80 del 2011) — ha costantemente affermato che nel sistema normativo successivo all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non ha modificato la propria posizione nel sistema delle fonti. Il rinvio operato dall'art. 6, par. 3 del Trattato UE alla convenzione (con la qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come principi generali del diritto dell'Unione) non consente al giudice nazionale nelle materie estranee al diritto dell'Unione europea ed in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa (per tutte, Cass. sez. VI 04/12/2013, n.27102).

54. La stessa Corte di Giustizia ha chiarito (CGUE, sentenza 24 aprile 2012 in causa C 571/10 KAMBERAJ, punti 62 e 63) che l'art. 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri; pertanto, il rinvio operato dal suddetto articolo alla CEDU non

impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

55. Per le esposte ragioni questa Corte ritiene di non poter accogliere l'interpretazione dell'articolo 2033 cod. civ. invocata in memoria dalla ricorrente incidentale in senso conforme alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. II, 1 luglio 2021 nr. 5014, che si è direttamente conformata ai principi declinati dal giudice della CEDU nella sentenza del febbraio 2021, ritenendo possibile anche la disapplicazione *ex officio* della norma interna (come nell'ipotesi di contrasto delle norme interne con il diritto eurounitario) collidente con quella convenzionale, il che - come sopra detto - non è consentito.

56. Neppure possono applicarsi all'indebito retributivo nel pubblico impiego privatizzato i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte dei Conti; la regolamentazione della ripetizione dell'indebito pensionistico è tendenzialmente sottratta a quella generale del codice civile, sicché il suddetto art. 2033 cod. civ. non si applica al sottosistema delle pensioni, sia private che pubbliche (Corte dei Conti sez. riun. 2 luglio 2012 nr.2).

57. L'impossibilità di recepire i principi enunciati dalla Corte EDU attraverso un'operazione genuinamente interpretativa dell'articolo 2033 cod.civ. dà luogo all'incidente di costituzionalità dello stesso articolo per violazione degli articoli 11 e 117 Cost., in rapporto all'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU, nella parte in cui, in caso retribuzioni erogate indebitamente da un ente pubblico e di legittimo affidamento, da parte del dipendente pubblico percipiente, nella definitività della attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni (nel senso di cui all'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU).

PQM

La Corte, vista la L. n. 87 del 1953, art. 23;

rimette alla Corte Costituzionale, ritenendone la rilevanza e la non manifesta infondatezza, nei termini di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2033 cod. civ., per contrarietà agli artt. 11 e 117 Cost., in rapporto all'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU, nella parte in cui, in caso di indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di legittimo affidamento del dipendente pubblico percipiente nella definitività dell'attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni.

Sospende il giudizio *a quo* e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone che la presente ordinanza sia notificata, a cura della Cancelleria, alle parti e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e sia comunicata ai Presidenti dei due rami del Parlamento.

Così deciso in Roma, in data 10 novembre 2021.

IL PRESIDENTE



ca

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Pia Giacoia

Il Funzionario Giudiziario
Depositato in Cancelleria
oggi, **14 DIC 2021**
Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Pia Giacoia