

IL RISCHIO DELLA RESTITUZIONE DI QUOTE DI RETRIBUZIONE DEI PUBBLICI DIPENDENTI GIUNGE INNANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

A cura del prof. Carmine Russo

La delicata questione della ripetibilità da parte delle amministrazioni pubbliche di quote di retribuzione erogate erroneamente giunge alla fine innanzi alla Corte Costituzionale.

Già nel luglio dello scorso anno, il tema era stato affrontato da una importante sentenza della seconda sezione del Consiglio di Stato (n. 5015 del 1/7/2021) che lo aveva risolto in modo convincente affermando l'illegittimità della richiesta di restituzione nei casi in cui ricorressero i requisiti individuati da una sentenza della Corte Europea dei diritti umani.

I casi che si presentano nel mondo del lavoro pubblico italiano sono molti e alcuni anche di diretto interesse sindacale, come ad esempio le richieste di restituzione in conseguenza del cosiddetto “danno da contrattazione”, oppure i casi di richiesta di restituzione di quote di retribuzione accessoria per lavoratori in distacco sindacale.

Finora solo parzialmente e nemmeno i tutti i casi si era riusciti, a volte con provvedimenti legislativi “ad hoc”, a tamponare una richiesta di restituzione che comportava per il lavoratore un danno economico immediato che poteva riguardare anche molti anni addietro.

Richiamiamo nei successivi punti l'evoluzione della giurisprudenza recente in materia per vedere come e perché sia stata ora investita la Corte Costituzionale.

A) La legislazione italiana infatti (art. 2033 c.c.) è molto rigida in materia perché obbliga il datore di lavoro a richiedere la restituzione, senza considerare le conseguenze sull'interesse del lavoratore.

E invece proprio un “interesse economico sufficientemente riconosciuto e significativo” del lavoratore era stato valorizzato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in verità, si adeguava ad una sentenza della Corte Europea dei diritti umani (CEDU, sezione I, 112 febbraio 2021 n. 4893/13) che richiama il “*Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*” che all'art. 1 dichiara “*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*”.

Ripercorrendo, sulla base di queste nuove indicazioni, le argomentazioni del Consiglio di Stato, che richiama la citata sentenza CEDU, il giudice amministrativo aveva affermato che l'aver percepito in buona fede una quota retributiva per un prolungato periodo di tempo deve farla considerare come parte della “proprietà” del

lavoratore e, di conseguenza, ogni richiesta di restituzione contrasta con l'art. 1 del Protocollo.

Questa tutela rafforzata dell'interesse economico del lavoratore si realizza in presenza di determinate condizioni che comportano l'impossibilità da parte dell'amministrazione di richiedere la restituzione. Tali condizioni sono:

a) il pagamento di un assegno deve essere effettuato a seguito di una richiesta del beneficiario che agisce in buona fede [...] o, in assenza di tale richiesta, dalle autorità che procedono spontaneamente;

b) il versamento in questione deve essere effettuato da un ente pubblico, amministrazione centrale dello Stato o altro ente pubblico, sulla base di una decisione presa al termine di un processo amministrativo e presumibilmente corretta [...];

c) deve essere basato su una disposizione legale, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la "fonte" del pagamento [...], e anche identificabile nel suo importo;

d) è escluso il pagamento manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto;

e) deve essere eseguito per un periodo sufficientemente lungo da far sorgere una ragionevole convinzione che sia definitivo e stabile [...]; l'assegno versato non deve essere riconducibile ad un'attività professionale una tantum e "isolata" ma deve essere collegato all'attività ordinaria;

f) infine, il pagamento in questione non deve essere stato effettuato con menzione di una riserva di ripetizione.

Punti delicati da considerare sono:

1. **non deve trattarsi di attività professionale "una tantum e isolata" (lettera e).** Questo significa che la voce retributiva deve essere stata erogata in modo continuativo e stabile. Da questo punto di vista, ad esempio la retribuzione di produttività o di performance non ha i caratteri della **occasionalità**, trattandosi di erogazione periodica basata su criteri noti e stabili; proprio tali caratteristiche normative dotano la retribuzione di produttività di **natura retributiva** in quanto in possesso dei caratteri di obbligatorietà, continuità, costanza, determinatezza o determinabilità.

2. **il pagamento non deve essere stato fatto con riserva di restituzione (lettera f).** Il Consiglio di Stato ritiene che vada considerato un accettabile punto di equilibrio l'applicazione a questi casi della disciplina sui pagamenti automatizzati che in base alla normativa nazionale (l. n. 428/1985 e dpr 429/1986) devono essere considerati provvisori e quindi dotati di una clausola di "riserva di ripetizione" solo per la durata di un anno dalla richiesta

di restituzione in modo da consentire solo in questo termine limitato il diritto dell'amministrazione a effettuare gli eventuali controlli, comunque con esclusione degli interessi secondo quanto disposto dall'art. 2033 c.c.

In sintesi, dalla giurisprudenza che abbiamo esaminato si ricava il seguente principio di diritto: ***“La costante attribuzione nel tempo senza riserva di un emolumento, avente carattere retributivo non occasionale, ad un lavoratore in buona fede, operato dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, ingenerante il legittimo affidamento del lavoratore sulla spettanza delle somme, impedisce la ripetizione di tale emolumento (benché indebito ai sensi delle disposizioni nazionali), in quanto tale ripetizione comporterebbe la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione”***.

B) Con la sentenza 14 dicembre 2021 n. 40004, la sezione Lavoro della Corte di Cassazione è ritornata sull'argomento in parte rettificando il tiro della precedente sentenza del Consiglio di Stato.

In verità, la novità introdotta dalla Corte di Cassazione non riguarda il merito della questione da risolvere, quanto piuttosto il sistema delle fonti nel rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale; ma essa è ugualmente rilevante per i rischi che potevano insorgere in fase di interpretazione della pronuncia del Consiglio di Stato.

Per chiarire bene il punto, bisogna ricordare che il Consiglio di Stato, adeguandosi alla giurisprudenza della CEDU, aveva disapplicato l'art. 2033 c.c. richiamando le relazioni tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale che consentono al giudice nazionale di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con quella comunitaria; principio richiamato peraltro dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9/2018 e da quelle della Corte Costituzionale 384/1994 e 482/1995.

La sentenza della Corte di Cassazione 40004/2021 ritiene invece che a tutela del lavoratore di non vedersi richiedere quote retributive e per garantire la piena operatività del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione CEDU (vedi sopra al punto A) - dal quale deriva la sua giurisprudenza - nell'ordinamento italiano non sia sufficiente né possibile la disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma in contrasto, dal momento che la Convenzione CEDU non rientra tra le fonti del diritto europeo vincolanti per i giudici dei paesi membri.

In altri termini, il contrasto tra l'art. 2033 c.c. e i principi dell'ordinamento europeo non è sanabile in via meramente interpretativa e potrebbe dar luogo a orientamenti giurisprudenziali diversi che finirebbero per minare la generalizzazione dell'orientamento più favorevole al lavoratore.

Per evitare questo rischio, la sentenza della Corte di Cassazione 40004/2021 rimette alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 2033

c.c. “per contrarietà agli artt. 11 e 117 Cost., in rapporto all’art. 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 una ingerenza non proporzionata nel diritto dell’individuo al rispetto dei suoi beni”.