

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCIARELLI Guglielmo - Presidente

Dott. DE RENZIS Alessandro - Consigliere

Dott. CURCURUTO Filippo - rel. Consigliere

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 32248-2006 proposto da:

AZIENDA OSPEDALIERA "(OMISSIS)", in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 284, presso lo studio dell'avvocato RUSSO VALENTINI ROSARIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PESCIERELLI MILENA, giusta mandato a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

D.E.;

- intimato -

sul ricorso 1535-2007 proposto da:

D.E., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE ANGELICO 35, presso lo studio dell'avvocato D'AMATI DOMENICO, che lo rappresenta e difende, giusta mandato in calce al controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

AZIENDA OSPEDALIERA "(OMISSIS)", in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 284, presso lo studio dell'avvocato RUSSO VALENTINI ROSARIA, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PESCIERELLI MILENA, giusta mandato a margine del ricorso;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 5977/2005 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 24/11/2005 r.g.n. 5524/05;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/02/2010 dal Consigliere Dott. FILIPPO CURCURIUTO;

udito l'Avvocato ANNA MARIA MIRANDA per delega MARIA ROSARIA RUSSO VALENTINI;

udito l'avvocato GIOVANNI D'AMATI per delega DOMENICO D'AMATI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MATERA MARCELLO, che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

Svolgimento del processo

L'Azienda Ospedaliera (OMISSIS) ha licenziato il dottor D.E., dirigente medico, con l'addebito di assenze arbitrarie dal lavoro, anche dopo la timbratura del cartellino. Su ricorso del D..

Il Tribunale di Benevento ha dichiarato nullo il recesso perchè non adottato dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, come previsto dal *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55*, e, sul presupposto della continuità giuridica del rapporto, ha ordinato la reintegra del sanitario nel posto di lavoro, condannando l'azienda a corrispondergli le retribuzioni maturate dal recesso alla reintegra.

La Corte di appello di Napoli ha riformato in parte la sentenza, rigettando la domanda di reintegra, per avere il D. raggiunto il sessantacinquesimo anno di età nelle more del giudizio, e limitando a tale momento la condanna al pagamento delle retribuzioni.

La Corte di merito, ritenuta applicabile anche alla dirigenza sanitaria la disposizione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 21* ha espresso l'avviso che quest'ultima consenta al contratto collettivo di configurare la responsabilità disciplinare del dirigente e che in tal senso avesse disposto l'art. 36 del c.c.n.l. 5 dicembre 1996 confermato dal successivo contratto collettivo, prevedendo la sanzione espulsiva irrogabile con determinate garanzie procedurali, analoghe a quelle apprestate dal *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55*.

La Corte di merito ha considerato intrinsecamente disciplinare il licenziamento del sanitario perchè fondato su di una condotta colpevole nello svolgimento dei propri compiti ed ha ritenuto che, conformemente alle norme in tema di procedimento disciplinare contenute nel *D.Lgs. n. 165 del 2001*, applicabili per il loro carattere generale anche alla dirigenza, e non derogabili dalla contrattazione collettiva, abilitata in materia alla sola definizione della tipologia ed entità delle sanzioni, il recesso, a pena di nullità, dovesse esser intimato dall'ufficio per i procedimenti disciplinari previsto dall'art. 55, comma 4, cit. *D.Lgs.*, e non, come avvenuto nella specie, dal Direttore generale dell'Azienda. In ordine alle conseguenze del recesso la Corte per quanto ancora rileva ha osservato che in favore del D. non poteva essere emessa una pronuncia di reintegra, avendo egli compiuto nelle more del giudizio i sessantacinque anni, così raggiungendo l'età per il collocamento in quiescenza.

Quanto alle retribuzioni - secondo la Corte - esse erano dovute sino al 65 anno, perchè l'opzione per il proseguimento del rapporto per un biennio era stata manifestata successivamente anzichè, come previsto dal *D.Lgs. n. 503 del 1992, art. 16*, anteriormente, mentre non spettava al D. la facoltà di restare in servizio fino al 70 anno, introdotta dal *D.L. 28 maggio 2004, n. 136*, dopo il raggiungimento da parte sua del limite di età.

L'Azienda chiede la cassazione di questa sentenza con ricorso per due motivi.

Il D. resiste con controricorso e propone ricorso incidentale per un motivo.

L'Azienda resiste con controricorso al ricorso incidentale.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

Preliminarmente occorre riunire i ricorsi, proposti contro la stessa sentenza (art. 335 c.p.c.).

Con il primo motivo del ricorso principale è denunciata violazione del *D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15, comma 2 e art. 15 ter, comma 3* e successive modificazioni ed integrazioni; falsa applicazione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 21*; falsa applicazione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55, comma 4 (D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 59)*, violazione e falsa applicazione dell'art. 36 contratto collettivo nazionale di lavoro della dirigenza medica e veterinaria del servizio sanitario nazionale 5 dicembre 1996, e art. 23 del contratto collettivo nazionale di lavoro della dirigenza medica e veterinaria del servizio sanitario nazionale 8 giugno 2000; omessa motivazione su un punto decisivo della controversia.

Si addebita anzitutto alla sentenza impugnata di non aver considerato che il rapporto di lavoro dei dirigenti medici ha carattere speciale e che ad essi si applica la disciplina del *D.Lgs. n. 165 del 2001* solo se non contrastante con la disciplina di settore dettata dal *D.Lgs. n. 502 del 1992* successive modificazioni. Sulla base dell'art. 15 ter, di tale D.Lgs. le conseguenze della responsabilità del dirigente medico sono solo la revoca e il licenziamento mentre nulla è previsto circa sanzioni o circa la connotazione disciplinare della revoca o del recesso. Sotto il secondo profilo, in ogni caso l'applicazione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 21* non condurrebbe a conclusioni diverse perchè tale art. indica come solo eventuale la responsabilità disciplinare demandandone la regolamentazione ai contratti collettivi, i quali però nel caso di specie prevedono genericamente l'ipotesi del recesso ma non contemplano forma di responsabilità disciplinare. Quindi la sentenza ha erroneamente esaminato l'art. 36 del contratto collettivo separandolo dalla disciplina di settore e collegandolo al *D.Lgs. n. 165, art. 21*, mentre avrebbe dovuto considerare in proposito il *D.Lgs. n. 502 del 1992, sopraccitato art. 15 ter*.

Sotto un ulteriore profilo la sentenza ha poi trascurato che l'art. in ult. cit., prevedendo che il recesso venga intimato dal Direttore generale dell'azienda prevale, come norma speciale, sulla diversa previsione dell'art. 55 del D.Lgs. circa la competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, del quale significativamente peraltro il contratto collettivo del 1996 nulla dice, in coerenza con la non configurabilità di una responsabilità disciplinare per la categoria dirigenziale medica, a garanzia della quale è previsto, per ogni ipotesi di recesso, il parere obbligatorio e vincolante del Comitato dei Garanti contemplato all'art. 23 del contratto collettivo nazionale di lavoro 2000, a soddisfazione delle medesime esigenze di imparzialità che stanno alla base della previsione dell'ufficio per i procedimenti disciplinari. Quindi richiedere in tale ipotesi ha anche l'intervento di quest'ultimo ufficio determinerebbe duplicazione di garanzie.

Da ultimo, la sentenza non ha considerato la palese incompatibilità, nel caso di specie, fra il procedimento delineato dal D.L. n. 165 del 2001, art. 55 e la posizione di capo struttura del dirigente, che sarebbe tenuto ad auto segnalare le proprie mancanze.

Con il secondo motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione del *D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter, comma 3* e successive modificazioni ed integrazioni, nonché dell'art. 36 del contratto collettivo nazionale di lavoro dirigenza medica e veterinaria del servizio sanitario nazionale 5 dicembre 96.

Si addebita alla sentenza impugnata di non aver considerato che l'azienda aveva comunque applicato le norme contrattuali e di legge in materia, contestando il fatto al dirigente ed intimando il licenziamento con provvedimento del proprio direttore generale.

I due motivi, fra loro connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

La Corte ritiene che essi siano ammissibili, non condividendo l'eccezione di inammissibilità formulata dal controricorrente in relazione alla mancata produzione del testo contrattuale e alla mancata critica circa il modo in cui il giudice di merito avrebbe violato i relativi canoni di ermeneutica.

La tesi del controricorrente vale infatti per i contratti integrativi contemplati dal *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 40*, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria, mentre quanto ai contratti collettivi di lavoro nazionali relativi al

pubblico impiego privatizzato pure disciplinati nel cit. art., la regola posta dello stesso *D.Lgs. n. 165, art. 63*, consente di denunciarne direttamente in sede di legittimità la loro violazione o falsa applicazione (per tutte, v., fra le molte, Cass. 28859/2008).

I motivi sono tuttavia infondati.

Il *D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502* (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma della *L. 23 ottobre 1992, n. 421, art. 1*) nell'art. 15 comma 2 fissa il principio secondo cui:

"2. La dirigenza sanitaria è disciplinata dal *D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, e successive modificazioni, salvo quanto previsto dal presente decreto".

Il comma 4 del testo in esame dispone circa gli incarichi conferibili al dirigente sanitario all'atto della prima assunzione, e dopo un quinquennio di attività.

Il successivo comma 6 definisce il contenuto dell'incarico di direzione di struttura complessa.

Il *D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter* dedicato secondo la rubrica agli "Incarichi di natura professionale e di direzione di struttura" fissa nei primi due commi le modalità di conferimento degli incarichi di cui all'art. 15, comma 4 e di conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa.

Il successivo comma 3 dello stesso art., che è opportuno riportare testualmente nella sua integrità, stabilisce, a seguito delle modifiche apportatevi dal *D.Lgs. 28 luglio 2000, n. 254, art. 8, comma 2, lett. b)*, che:

"3. Gli incarichi di cui ai commi 1 e 2 sono revocati, secondo le procedure previste dalle disposizioni vigenti e dai contratti collettivi nazionali di lavoro, in caso di: inosservanza delle direttive impartite dalla direzione generale o dalla direzione del dipartimento; mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati;

responsabilità grave e reiterata; in tutti gli altri casi previsti dai contratti di lavoro. Nei casi di maggiore gravità, il direttore generale può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Il dirigente non confermato alla scadenza dell'incarico di direzione di struttura complessa è destinato ad altra funzione con il trattamento economico relativo alla funzione di destinazione previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro;

contestualmente viene reso indisponibile un posto di organico del relativo profilo".

Il *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 21, comma 1* rubricato "Responsabilità dirigenziale", (ora modificato dal *D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 41, comma 1, lett. a)*) nel testo vigente all'epoca dei fatti stabiliva quanto segue:

"1. Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui al *D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 5*, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

Dal confronto dei due testi normativi in ultimo cit. risulta che l'art. 15 ter contempla come causa di possibile revoca dell'incarico dirigenziale l'inosservanza delle direttive, il mancato raggiungimento degli obiettivi, la responsabilità grave e reiterata e gli eventuali altri casi eventualmente previsti nel contratto e riserva il recesso alle ipotesi di maggiore gravità.

L'art. 21 prevede in sostanza ipotesi analoghe, di mancato raggiungimento degli obiettivi e di inosservanza delle direttive come fattispecie preclusive del rinnovo dell'incarico e nei casi gravi gradua le conseguenze fra la revoca dell'incarico e il recesso.

L'analisi consente quindi di riscontrare una sostanziale somiglianza di disciplina fra i due testi e di escludere che nel *D.Lgs. n. 502 del 1992* si trovino norme in materia di responsabilità del dirigente sanitario tali da precludere l'applicazione delle norme del *D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29* e

successive modifiche, oggi raccolte nel *D.Lgs. n. 165 del 2001*.

A tal fine sarebbe infatti necessario un divieto esplicito, o comunque chiaramente individuabile, della possibilità, lasciata aperta dal *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 21*, di regolare profili di responsabilità disciplinare, ma l'analisi dell'art. 15 ter non permette di evidenziare una siffatta regola, come in sostanza ha ritenuto la sentenza qui impugnata.

Occorre quindi verificare se le fonti collettive abbiano dettato norme in materia disciplinare, aprendo in tal modo la strada alla applicazione della disciplina legislativa contenuta nel cit. *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55*.

Il Contratto collettivo nazionale di lavoro 5 dicembre 1996 per l'area della dirigenza medica e veterinaria parte normativa quadriennio 1994-97 e parte economica biennio 1994-95 nell'art. 36 dispone, per ciò che interessa, quanto segue:

"ART. 36 Recesso dell'azienda o ente.

1. Nel caso di recesso dell'azienda o ente ai sensi *dell'art. 2118 c.c.* quest'ultima deve comunicarlo per iscritto all'interessato, indicandone contestualmente i motivi e rispettando, salvo che nel caso del comma 2, i termini di preavviso.

2. In caso di recesso per giusta causa si applica *l'art. 2119 c.c.*

La giusta causa consiste in fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da non consentire la prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro.

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, l'azienda o ente, prima di recedere dal rapporto di lavoro, contesta per iscritto l'eventuale addebito all'interessato convocandolo, non prima che siano trascorsi cinque giorni dal ricevimento della contestazione, per sentirlo a sua difesa. Il dirigente può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un procuratore di sua fiducia. Se l'azienda o ente lo ritenga necessario, in concomitanza con la contestazione, può disporre la sospensione dal lavoro del dirigente per un periodo non superiore a trenta giorni mantenendo la corresponsione del trattamento economico complessivo in godimento e la conservazione dell'anzianità di servizio.

4. La responsabilità particolarmente grave e reiterata, accertata secondo le procedure dell'art. 59, costituisce giusta causa di recesso. L'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente, disciplinata dall'art. 59, comma 5 e seguenti, fa venire meno gli effetti del recesso.

5. Il dirigente non è soggetto alle sanzioni disciplinari conservative previste dalla *L. n. 300 del 1970, art. 7, commi 4 e 5*. 6. Le disposizioni del presente art. si applicano anche nei confronti dei dirigenti di 2° livello. Rimane fermo il disposto del *D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15* riguardante la verifica complessiva dell'espletamento dell'incarico conferito al termine del quinquennio, ai fini del rinnovo dell'incarico stesso; in tal caso il mancato rinnovo produce gli effetti di cui al citato art. 15. 7. In relazione alla specificità della professione medica ed al possibile conflitto tra direttive aziendali e deontologia professionale le parti concordano di costituire una Commissione composta da rappresentanti dell'A.R.A.N. e delle organizzazioni sindacali firmatarie del presente contratto da istituirsi entro il 31 ottobre 1996 allo scopo di proporre eventuali soluzioni di integrazione della normativa contrattuale sulla risoluzione del rapporto di lavoro anche alla luce di eventuali casi di recesso nei quali si siano verificati i conflitti di cui sopra. La Commissione concluderà i propri lavori entro il 1 dicembre 1997".

Particolarmente significativi ai fini del decidere sono in questo articolato testo contrattuale il comma 2, seconda proposizione, il comma 5 ed il comma 4.

Nella prima delle cit. disposizioni si evoca con chiarezza un tipo di responsabilità che, riconnettendosi a fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, non presenta collegamenti con i tipici profili dell'incarico dirigenziale. Nella seconda è espressamente disposta la non soggezione del dirigente alle sanzioni disciplinari conservative, il che significa, se non si vuole rinunciare a dare senso a questa clausola - del tutto inutile se si muove dal presupposto che il dirigente non sia soggetto ad alcuna sanzione disciplinare - che escluse quelle conservative può essere irrogata la sanzione espulsiva. Nella terza, attraverso il richiamo alla disposizione del contratto collettivo regolatrice della valutazione dei dirigenti si rende ancor più evidente la

differenziata e specifica disciplina del recesso in relazione ad ipotesi di grave responsabilità dirigenziale rispetto alle fattispecie di responsabilità disciplinare regolate nei commi 2 e 5.

E' agevole a questo punto sottolineare, così come già fatto dal giudice di merito, la natura intrinsecamente disciplinare del licenziamento intimato all'attuale controricorrente, posto che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, qui condivisa, il licenziamento motivato, come nella specie, da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore indipendentemente dalla sua inclusione o meno tra le misure disciplinari nella specifica disciplina del rapporto, deve essere considerato di natura disciplinare (Cass. Sez. un. 4823/1987; 9302/87; Cass. 8576/1987;

5262/1988; 4677/1989; 5365/1989; 17652/2007).

Da ciò la necessaria applicazione del principio secondo cui nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del *D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 59, comma 4*, trasfuso nel *D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 55*, tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (u.c.p.d.), il quale è anche l'organo competente alla irrogazione delle sanzioni disciplinari, ad eccezione del rimprovero verbale e della censura, con la conseguenza che il procedimento instaurato da un soggetto o organo diverso dal predetto ufficio, anche se questo non sia ancora stato istituito, è illegittimo e la sanzione irrogata è, in tale caso, affetta da nullità, risolvendosi in un provvedimento adottato in violazione di norme di legge inderogabili sulla competenza e con la ulteriore precisazione che la previsione legislativa non è suscettibile di deroga ad opera della contrattazione collettiva, sia per l'operatività del principio gerarchico delle fonti, sia perchè l'art. 59 cit., comma 3 attribuisce alla contrattazione collettiva solo la possibilità di definire la tipologia e l'entità delle sanzioni e non anche quella di individuare il soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare (Cass. 2004/2168; conf. 2009/20981).

Nè in senso contrario può valere la previsione dell'art. 23 del successivo CCNL 1998-2001 concernente il necessario intervento del Comitato dei Garanti, il quale, secondo l'Azienda ricorrente, risolvendosi in duplicazione delle garanzie, somministrerebbe argomenti in favore della inconferenza del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55*.

E' stato infatti recentemente chiarito da questa Corte (v. Cass. 8 aprile 2010, n. 8329, deliberata il 24 novembre 2009) che dal *D.Lgs. n. 165 del 2001, artt. 21 e 22* si ricava il principio secondo cui l'intervento del Comitato dei Garanti (il cui ruolo è stato peraltro profondamente modificato ora dal *D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 42, comma 1*) riguarda le ipotesi di responsabilità dirigenziale, salva la sua estensione - come affermato nella sentenza 3929/2007 di questa Corte - anche ai casi di indissolubile intreccio fra tale tipo di responsabilità e quella, tipicamente disciplinare, per mancanze, con l'ulteriore precisazione che si tratta di principio non derogabile dai contratti collettivi secondo il meccanismo (ora non più operante) di cui all'art. 2, comma 2, stesso *D.Lgs. cit.* essendo quest'ultimo per definizione estraneo al tipo di atto normativo rispetto alla quale era ammessa la deroga da parte dell'autonomia collettiva. Si è ulteriormente puntualizzato, d'altra parte che il richiamato art. 23 del contratto collettivo in esame non impone di ritenere necessario l'intervento di detto Comitato anche nelle fattispecie di recesso per motivi puramente disciplinari, visto che esso fa riferimento ad altre clausole collettive nelle quali oltre a quella disciplinare è contemplata la responsabilità dirigenziale, sicchè è plausibile una interpretazione, di carattere conservativo, unica alternativa ad una declaratoria di nullità della previsione contrattuale per contrasto con norme poste da fonti di rango superiore, che restringa il ruolo del Comitato al solo recesso fondato su detta responsabilità.

Si è infine escluso che siffatta necessità derivi dai due "CCNL di interpretazione autentica dell'art. 23 del c.c.n.l. 8 giugno 2000 dell'area medico veterinaria" stipulati dalle parti il 24 ottobre 2001 e il 29 settembre 2004, fonti anch'esse, al pari di quelle interpretate, direttamente conoscibile da questa Corte di legittimità (*D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 5*).

Quanto poi al problema rappresentato dalle eventuale coincidenza fra capo della struttura, cui l'art. 55 demanda la segnalazione disciplinare e il soggetto nei cui confronti la segnalazione deve essere fatta, oltre alla considerazione che di tratta di rilievi superabili attraverso una interpretazione adeguatrice che individui, in tal caso, nel dirigente al vertice dell'ente il soggetto deputato a tali segnalazioni (v. al riguardo ora il *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55* come sostituito dal *D.Lgs. n. 150 del 2009, art. 68*) vale osservare che da essi, siccome inconvenienti di natura pratica, non potrebbe mai trarsi un argomento decisivo per la non applicabilità di un fondamentale strumento di garanzia.

In base ai precedenti rilievi non è quindi fondata l'affermazione, contenuta nel secondo motivo di ricorso, di aver intimato il licenziamento "secondo le norme contrattuali e di legge in materia", essendo non condivisibile la ricostruzione del quadro normativo operata dall'Azienda. In conclusione, il ricorso principale è infondato.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale è denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 2118 c.c., della L. n. 604 del 1966, art. 2, del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 nonies e del D.Lgs. n. 503 del 1992, art. 16, si addebita alla sentenza impugnata di aver escluso la sussistenza delle condizioni per l'eventuale proseguimento del rapporto di lavoro del D. oltre il sessantacinquesimo anno di età.

Secondo il ricorrente l'Azienda per far cessare il rapporto al raggiungimento di detto limite di età avrebbe dovuto comunicare per iscritto il recesso, valendo anche per i dipendenti pubblici il principio per cui il rapporto di lavoro non si estingue automaticamente per raggiungimento del limite di età.

In ogni caso la sentenza ha negato efficacia alla dichiarazione del D., effettuata dopo la declaratoria di nullità del licenziamento, senza considerare che nelle more del giudizio di impugnazione il D. non essendo in servizio non poteva chiedere di esservi mantenuto.

Infine la sentenza ha escluso erroneamente che la dichiarazione del D. di voler esser mantenuto in servizio fino al settantesimo anno di età comprendesse anche quella di esservi mantenuto fino al sessantasettesimo anno, non essendovi nella norma di riferimento alcuna espressa previsione che condizioni l'efficacia della richiesta alla precisa indicazione del periodo di mantenimento in servizio.

Il motivo è infondato.

Quanto al primo profilo, vale osservare che in tema di collocamento a riposo d'ufficio, al compimento delle età massime previste dai diversi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche, è inapplicabile la regola generale del lavoro subordinato privato, secondo la quale la tipicità e tassatività delle cause d'estinzione del rapporto escludono risoluzioni automatiche al compimento di determinate età, ovvero con il raggiungimento di requisiti pensionistici, ancorchè contemplate dalla contrattazione collettiva. Al contrario, l'art. 97 Cost. impone che sia prevista per il lavoro pubblico, sulla base di disposizioni di legge non derogabili dalla contrattazione collettiva, l'estinzione del rapporto al compimento di un'età massima, salve le ipotesi di protrazione per periodi definiti a domanda del dipendente e, eventualmente, con il consenso dell'amministrazione. (Cass. 4355/2005; conf. Cass. 26377/2008).

Quanto agli altri rilievi, deve ricordarsi che il diritto al trattenimento in servizio per un biennio, previsto dal D.Lgs. n. 503 del 1992, art. 16 sorge con il tempestivo - ossia anteriore al raggiungimento dell'età pensionabile - esercizio dell'opzione, nel momento in cui la relativa comunicazione giunge al datore di lavoro (Cass. 15337/2008) nè vi sono ostacoli di natura giuridica all'esercizio di tale diritto da parte del dipendente che abbia impugnato il licenziamento, subordinatamente all'annullamento dello stesso.

Nel caso di specie, come accertato nella sentenza, il D. ha compiuto 65 anni il 16 gennaio 2004 ed ha esercitato l'opzione in data 10 marzo 2005, sicchè il giudizio di intempestività formulato dalla Corte di merito è del tutto giustificato.

In conclusione, deve esser rigettato anche il ricorso incidentale.

Spese compensate, data la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi e li rigetta; compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 9 febbraio 2010.

Depositato in Cancelleria il 17 giugno 2010