

Civile Sent. Sez. L Num. 8141 Anno 2018

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Data pubblicazione: 03/04/2018

SENTENZA

sul ricorso 17376-2013 proposto da:

BERTO MASSIMO BRTMSM71S06L736A, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI GRACCHI 39, presso lo studio dell'avvocato EMANUELE SPATA, che lo rappresenta e difende giusta delega in atti;

- ricorrente -

2018

102

contro

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE C.F. 80078750587, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso l'Avvocatura

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Centrale dell'Istituto, rappresentato e difeso dagli avvocati FRANCESCA FERRAZZOLI, ELISABETTA LANZETTA, CHERUBINA CIRIELLO, GIUSEPPINA GIANNICO, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 787/2012 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 31/01/2013 r.g.n. 439/2011; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/01/2018 dal Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. STEFANO VISONA', che ha concluso per l'accoglimento del terzo motivo del ricorso;

udito l'Avvocato CHERUBINA CIRIELLO.

A large, handwritten signature in black ink is written across the lower half of the page. To the right of the signature, there is a large, handwritten question mark in black ink.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte di Appello di Venezia ha respinto l'appello principale proposto dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e l'impugnazione incidentale di Massimo Berto avverso la sentenza del locale Tribunale che aveva parzialmente accolto il ricorso del dipendente dell'Istituto e, accertato lo svolgimento nel periodo 10 dicembre 2003/5 dicembre 2005 di mansioni riconducibili alla categoria professionale C, profilo economico C 4, aveva condannato l'Inps al pagamento delle differenze retributive, senza includere espressamente nelle stesse l'indennità di posizione organizzativa, sebbene richiesta.

2. La Corte territoriale ha premesso che la selezione indetta dall'ente per l'attribuzione dell'incarico di Responsabile Team di Sviluppo Professionale, alla quale Massimo Berto aveva partecipato, prevedeva, dopo la frequenza di un corso di sei mesi, un periodo di tirocinio in affiancamento di ulteriori 24 mesi, all'esito del quale, in caso di valutazione positiva, sarebbe stato attribuito il profilo economico superiore. In realtà, a causa della carenza dell'organico, l'appellato aveva in autonomia svolto tutte le mansioni del Responsabile di Team, descritte dalla circolare n. 143/2002 con la quale l'Istituto aveva adattato all'organizzazione della funzione Formazione la declaratoria delle aree prevista dalla contrattazione collettiva. Correttamente, pertanto, il Tribunale, valorizzando anche la mancata contestazione delle allegazioni contenute nell'atto introduttivo, aveva ritenuto fondata la domanda volta ad ottenere le differenze retributive maturate nel periodo sopra indicato.

3. Il giudice di appello, peraltro, ha escluso che Massimo Berto potesse rivendicare anche l'indennità di posizione organizzativa, disciplinata dal contratto integrativo, dall'art. 18 del C.C.N.L. per il personale degli enti pubblici non economici 1998/2001, dalle circolari INPS nn. 2 e 188 del 2001. Ha evidenziato al riguardo che il diritto a percepire detta indennità presuppone il conferimento dell'incarico di posizione e, quindi, non sorge per il solo fatto di avere svolto mansioni di Responsabile di team di sviluppo professionale.

4. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso Massimo Berto sulla base di quattro motivi, illustrati da memoria ex art. 378 cod. proc. civ., ai quali l'Inps ha resistito con tempestivo controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso denuncia ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ. «omessa motivazione circa un fatto decisivo della controversia» e rileva che la Corte territoriale avrebbe dovuto accogliere l'appello incidentale perché l'Istituto non aveva mai contestato la spettanza dell'indennità di posizione organizzativa, richiesta con l'atto introduttivo del giudizio di primo

grado. Il ricorrente richiama giurisprudenza di questa Corte per sostenere che nel rito del lavoro devono considerarsi pacifici i fatti che non siano stati espressamente contestati dal resistente nella memoria difensiva. Nel caso di specie, pertanto, non poteva il giudice di appello ritenere non provato il diritto a percepire la rivendicata indennità, posto che quest'ultima scaturisce da presupposti di fatto non espressamente contestati.

2. La seconda censura lamenta la violazione dell'art. 437 cod. proc. civ., perché la Corte territoriale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'eccezione sollevata dall'Inps solo in grado di appello.

3. Il terzo motivo rubricato «violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» addebita alla sentenza impugnata di avere in modo contraddittorio ed illogico, da un lato, accertato lo svolgimento di mansioni riconducibili al livello economico C 4 ed al profilo di Responsabile di Team di Sviluppo professionale e, dall'altro, escluso il diritto a percepire la corrispondente indennità. Aggiunge che le circolari INPS n. 2/2001 e n. 143/2002 stabiliscono che i responsabili di team «sono (e non possono che essere) inquadrati in C 4 e sono (e non possono che essere) titolari della posizione organizzativa di "responsabile di team di sviluppo professionale"» e conseguentemente hanno diritto a percepire oltre allo stipendio tabellare anche l'indennità di posizione, che non presuppone lo svolgimento di mansioni diverse ed ulteriori né l'esplicito conferimento dell'incarico.

4. La quarta critica denuncia la contraddittorietà della motivazione in relazione ad un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Il ricorrente insiste nel sostenere che il Responsabile di Team è necessariamente titolare di una posizione organizzativa sicché la relativa indennità deve essere corrisposta, nel rispetto della previsione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, al lavoratore che abbia svolto di fatto le mansioni corrispondenti all'incarico.

5. I primi due motivi di ricorso, logicamente e giuridicamente connessi, presentano profili comuni di inammissibilità, perché formulati senza il necessario rispetto degli oneri di specificazione e di allegazione di cui agli artt. 366 n. 4 e 369 n. 6 cod. proc. civ..

Questa Corte ha già affermato che «il motivo di ricorso per cassazione con il quale si intenda denunciare l'omessa considerazione, nella sentenza impugnata, della prova derivante dalla assenza di contestazioni della controparte su una determinata circostanza, deve indicare specificamente il contenuto della comparsa di risposta avversaria e degli ulteriori atti difensivi, evidenziando in modo puntuale la genericità o l'eventuale totale assenza di contestazioni sul punto» (Cass. 22.5.2017 n. 12840). Il ricorrente, pertanto, non poteva limitarsi a dedurre che la spettanza della specifica indennità prevista per la posizione organizzativa non era stata oggetto di contestazione da parte dell'INPS, ma avrebbe dovuto riportare il contenuto della



memoria difensiva ed anche del ricorso, perché il principio invocato opera solo limitatamente alle circostanze di fatto che siano state espressamente dedotte dall'attore.

Si aggiunga che la denuncia di un *error in procedendo*, che attribuisce alla Corte di cassazione il potere-dovere di procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali, non dispensa la parte dall'onere di allegazione degli atti rilevanti, che deve essere assolto o con il deposito degli stessi unitamente al ricorso o, quantomeno, con la specifica indicazione, ai fini di un controllo mirato, dei luoghi del processo ove è possibile rinvenirli, necessaria anche nell'ipotesi in cui ci si riferisca ad atti che entrano a far parte del fascicolo di ufficio (fra le più recenti Cass. 4.7.2014 n. 15367, Cass. S.U. 22.5.2012 n. 8077; Cass. 10.11.2011 n.23420).

Il mancato rispetto delle regole del rito è, dunque, assorbente ed impedisce lo scrutinio nel merito delle censure.

6. E', invece, fondato il terzo motivo di ricorso.

Occorre premettere che la disciplina contrattuale delle posizioni organizzative trova fondamento nell'art. 45, comma 3, del d.lgs. n. 29/93, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 396/1997, con il quale il legislatore aveva previsto che "per le figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione.... sono stabilite discipline distinte nell'ambito dei contratti collettivi di comparto".

La disposizione è stata integralmente trasfusa nell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 e sulla stessa il legislatore è intervenuto con il d.lgs. n. 150/2009 che ha modificato il terzo comma del richiamato art. 40, prevedendo che «nell'ambito dei comparti di contrattazione possono essere costituite apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità».

Per il comparto degli enti pubblici non economici la disciplina delle posizioni organizzative è stata dettata dagli artt. 17 e 18 del CCNL 16/2/1999 (il cui contenuto è stato poi ripreso dagli artt. 16 e 17 del CCNL 1.10.2007), con i quali le parti collettive, hanno innanzitutto previsto che « Nell'ambito dell'area C gli enti, sulla base dei propri ordinamenti ed in relazione alle esigenze di servizio, possono conferire ai dipendenti ivi inseriti incarichi che, pur rientrando nell'ambito delle funzioni di appartenenza, richiedano lo svolgimento di compiti di elevata responsabilità, che comportano l'attribuzione di una specifica indennità di posizione organizzativa», di ammontare correlato alle disponibilità finanziarie del fondo per i trattamenti accessori e, comunque, compreso fra un minimo ed un massimo fissati dalla contrattazione nazionale

Il contratto ha, poi, individuato i settori nei quali è possibile l'istituzione delle posizioni organizzative (art. 17, comma 2, che suddivide le posizioni in funzioni di direzione di unità organizzativa, caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzativa; attività- ivi comprese quelle informatiche- con contenuti di alta professionalità o richiedenti

specializzazioni correlate al possesso di titoli universitari e/o di adeguati titoli connessi all'esercizio delle relative funzioni; attività di staff e/o di studio, di ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo, caratterizzate da elevata autonomia ed esperienza); ha subordinato l'istituzione alla previa ridefinizione delle strutture organizzative e delle dotazioni organiche, all'attivazione del nucleo di valutazione ed alla fissazione dei criteri generali e delle procedure per il conferimento (art. 18, comma 1); ha previsto che quest'ultimo debba avvenire «con atto scritto e motivato tenendo conto dei requisiti culturali, delle attitudini e delle capacità professionali dei dipendenti in relazione alle caratteristiche dei programmi da realizzare» (art. 18, comma 2); ha tipizzato i casi nei quali può essere disposta la revoca dell'incarico (art. 18, comma 3) ed infine ha stabilito che quest'ultima «comporta la perdita della indennità di posizione e la riassegnazione del dipendente alle funzioni del profilo di appartenenza».

6.1. Questa Corte ha già avuto modo di pronunciare sulla natura delle posizioni organizzative e sulle condizioni che devono ricorrere affinché la relativa indennità possa essere rivendicata dal dipendente e, da un lato, ha evidenziato che condizione imprescindibile perché il diritto possa venire ad esistenza è l'istituzione delle posizioni stesse, da effettuare all'esito delle procedure previste dalle parti collettive (per il comparto degli enti pubblici non economici il principio è stato affermato da Cass. 15.10.2013 n. 23366 e Cass.18.12.2015 n. 23366); dall'altro, quanto alla natura dell'istituto, ha rilevato che «la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, ne' un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico. Si tratta, in definitiva, di una funzione ad *tempus* di alta responsabilità la cui definizione - nell'ambito della classificazione del personale di ciascun comparto - è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva.» (Cass. S.U. 18.6.2008 n. 16540 e Cass. n. 20855/2015 in tema di posizioni organizzative per il comparto degli enti locali).

6.2. Detti principi, condivisi dal Collegio, orientano anche nella soluzione del caso che qui viene in rilievo.

Occorre innanzitutto rilevare che la stessa natura della posizione organizzativa, connessa allo svolgimento di compiti di elevata responsabilità, induce a disattendere la tesi dell'Istituto, il quale insiste nel sostenere che, essendo il formale conferimento dell'incarico condizione imprescindibile per il riconoscimento dell'indennità, quest'ultima, in caso di assegnazione in via di mero fatto a mansioni superiori, non potrebbe essere apprezzata ai fini della quantificazione del differenziale di cui all'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001.

La prospettazione difensiva è già stata disattesa, in fattispecie non dissimili da quella oggetto di causa, da questa Corte (Cass. 30.6.2016 n. 13453 e Cass. 4.7.2016 n. 13579 nonché, in relazione al comparto degli enti di cui all'art. 70 del d.lgs. n. 165/2001, da Cass.25.10.2016 n. 21524 e Cass. 4.11.2016 n. 22470) che, richiamati i principi affermati

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 25837 dell'11.12.2007 e n. 3814 del 16.2.2011, ha evidenziato che, ove il dipendente venga chiamato a svolgere le mansioni proprie di una posizione organizzativa, previamente istituita dall'ente, e ne assuma tutte le connesse responsabilità, la mancanza o l'illegittimità del provvedimento formale di attribuzione non esclude il diritto a percepire l'intero trattamento economico corrispondente alle mansioni di fatto espletate, ivi compreso quello di carattere accessorio, che è comunque diretto a commisurare l'entità della retribuzione alla qualità della prestazione resa.

A detto orientamento il Collegio intende dare continuità, posto che sul piano dei principi la fattispecie non è dissimile da quella nella quale viene in rilievo l'assegnazione di fatto a mansioni dirigenziali, in relazione alla quale si è ritenuta spettante la retribuzione di posizione, anche in assenza di atti formali, in quanto collegata «al livello di responsabilità conseguente alla natura dell'incarico, all'impegno richiesto, al grado di rilevanza, alla collocazione istituzionale dell'ufficio» (Cass. 10.6.2014 n. 13062 che richiama in motivazione la citata Cass. S.U. n. 3814/2011), dati, questi, che non possono non rilevare ai fini del giudizio di proporzionalità di cui all'art. 36 cost., del quale l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 costituisce attuazione.

6.3. La portata applicativa del principio non può essere limitata al solo caso in cui le mansioni superiori vengano svolte in esecuzione di un provvedimento di assegnazione, ancorché nullo.

Questa Corte (cfr. Cass. n.22470/2016, che richiama Cass. S.U. 11.12 2007 n. 25837), sulla base dei principi espressi dalla Corte Costituzionale, ha rilevato come l'obbligo di integrare il trattamento economico del dipendente nella misura della qualità del lavoro effettivamente prestato prescinda dalla eventuale irregolarità dell'atto o dall'assegnazione formale a mansioni superiori e come il mantenere, da parte della pubblica amministrazione, l'impiegato a mansioni superiori, oltre i limiti prefissati per legge, determini una mera illegalità, che però non priva il lavoro prestato della tutela collegata al rapporto - ai sensi dell'art. 2126 c.c. e, tramite detta disposizione, dell'art. 36 Cost. - perché non può ravvisarsi nella violazione della mera legalità quella illiceità che si riscontra, invece, nel contrasto "con norme fondamentali e generali e con i principi basilari pubblicistici dell'ordinamento", e che, alla stregua della citata norma codicistica, porta alla negazione di ogni tutela del lavoratore (Corte Cost. 19 giugno 1990 n. 296 attinente ad una fattispecie riguardante il trattamento economico del personale del servizio sanitario nazionale in ipotesi di affidamento di mansioni superiori in violazione del disposto del D.P.R. n. 761 del 1979, art. 29, comma 2).

La Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato l'applicabilità anche al pubblico impiego dell'art. 36 Cost. nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, non ostando a tale riconoscimento, a

norma dell'art. 2126 c.c., l'eventuale illegittimità del provvedimento di assegnazione del dipendente a mansioni superiori rispetto a quelle della qualifica di appartenenza (cfr. Corte Cost. sent n. 57/1989, n. 296/1990, n. 236/1992, n. 101/1995, n. 115/2003, n. 229/2003).

Le uniche ipotesi in cui può essere disconosciuto il diritto alla retribuzione superiore devono essere circoscritte ai casi in cui l'espletamento di mansioni superiori sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'ente (*invito o proibente domino*) oppure allorquando sia il frutto della fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente (cfr. Cass. n. 27887 del 2099), o, infine, qualora la prestazione sia stata resa in violazione di principi basilari pubblicistici dell'ordinamento (Cass. 29.11.2016 n. 24266), ma dette ipotesi pacificamente qui non ricorrono, perché neppure allegate dalla difesa dell'INPS.

6.4. Ciò premesso occorre ancora evidenziare che la posizione organizzativa risponde all'esigenza di tener conto in modo adeguato della differenziazione delle attività, che indubbiamente sussiste anche in un sistema fondato sui principi della flessibilità e della equivalenza, sotto il profilo professionale, delle mansioni ricomprese nel medesimo livello di inquadramento.

Nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, infatti, determinate funzioni, pur esprimendo la medesima professionalità che caratterizza l'area di inquadramento più elevata, rivestono un ruolo strategico e di alta responsabilità, che giustifica, come per il rapporto di natura dirigenziale, la sottoposizione alla logica del risultato, l'assoggettamento a valutazione e, correlativamente, il riconoscimento di un compenso aggiuntivo.

La posizione organizzativa, da non confondere con il profilo professionale, descrive, dunque, una funzione alla quale si correlano compiti predeterminati dall'ente, sicché, una volta che la stessa sia stata istituita e si accerti che il dipendente abbia svolto con pienezza di poteri le mansioni connesse all'incarico, assumendone la relativa responsabilità, non è corretto valorizzare quei compiti ai soli fini della comparazione fra i livelli di inquadramento (quello posseduto dal dipendente e quello sotteso alla posizione organizzativa), riconoscendo l'esercizio di fatto delle mansioni superiori, ma escludendo al tempo stesso il conferimento, sempre in via di fatto, della posizione in discussione.

In altri termini, ove il giudizio trifasico venga compiuto comparando le mansioni di fatto accertate, non con la declaratoria generale dell'area e dei livelli, bensì con i compiti e le responsabilità della posizione organizzativa istituita dall'ente, l'esito della comparazione, se favorevole per il lavoratore, dovrà portare a riconoscere il diritto del lavoratore a percepire il differenziale economico che tenga conto, oltre che del trattamento economico previsto per la superiore area di inquadramento sottesa alla posizione, anche dell'indennità stabilita dalle parti collettive in relazione all'espletamento dello specifico incarico.



6.5. La Corte territoriale si è discostata dai principi di diritto sopra indicati perché, a fronte dell'allegazione dell'attuale ricorrente di avere svolto di fatto la posizione organizzativa di responsabile team sviluppo professionale, istituita dall'INPS e per la quale era stata bandita apposita selezione, da un lato ha ritenuto provato, sulla base della documentazione prodotta e della non contestazione dell'INPS, lo svolgimento delle mansioni caratterizzanti l'incarico, dall'altro ha escluso il diritto di Massimo Berto a percepire la relativa indennità.

La sentenza impugnata va, pertanto, cassata con rinvio alla Corte di Appello di Venezia, in diversa composizione, che procederà ad un nuovo esame, provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità, attenendosi ai principi di diritto di cui ai punti che precedono e di seguito sintetizzati: a) la posizione organizzativa si distingue dal profilo professionale e individua nell'ambito dell'organizzazione dell'ente funzioni strategiche e di alta responsabilità che giustificano il riconoscimento di un'indennità aggiuntiva; b) ove il dipendente venga assegnato a svolgere le mansioni proprie di una posizione organizzativa, previamente istituita dall'ente, e ne assuma tutte le connesse responsabilità, la mancanza o l'illegittimità del provvedimento formale di attribuzione non esclude il diritto a percepire l'intero trattamento economico corrispondente alle mansioni di fatto espletate, ivi compreso quello di carattere accessorio, che è diretto a commisurare l'entità della retribuzione alla qualità della prestazione resa.

La fondatezza del terzo motivo comporta l'assorbimento della quarta censura e rende inapplicabile l'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo di ricorso, assorbe il quarto, e rigetta gli altri. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia per un nuovo esame alla Corte di Appello di Venezia in diversa composizione che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Roma, così deciso nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2018

Il Consigliere estensore

Alessandra Di Paolantonio

Il Funzionario Giudiziario
Dott. Giovanni RUBLO

Giovanni Rublo



Il Presidente

[Handwritten signature]