

Civile Ord. Sez. L Num. 32950 Anno 2021

Presidente: MANNA ANTONIO

Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Data pubblicazione: 09/11/2021

ORDINANZA

sul ricorso 10354-2015 proposto da:

DI STEFANO GIROLAMA, GIUNTA GIOVANNI e GIUNTA PAOLO, nella qualità di eredi di GIUNTA DOMENICO, e da SPINELLA DENARO ROSA, tutti elettivamente domiciliati in ROMA, VIA ALBERICO II n.4, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO BORGIA, rappresentati e difesi dagli avvocati ANDREA LO CASTRO e CONCETTA BOSURGI;

- ricorrenti -

2021

2259

contro

COMUNE DI MESSINA, in persona del Sindaco *pro tempore*, domiciliato *ope legis* in ROMA PIAZZA



CAVOUR presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE DI
CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato
ARTURO MERLO;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 505/2014 della CORTE
D'APPELLO di MESSINA, depositata il 10/04/2014
R.G.N. 264/2011;

udita la relazione della causa svolta nella camera
di consiglio del 23/06/2021 dal Consigliere Dott.
ANNALISA DI PAOLANTONIO.



AM

RILEVATO CHE

1. la Corte d'Appello di Messina ha respinto l'appello di Rosa Spinella Denaro e di Domenico Giunta, entrambi direttori di sezione amministrativa inquadrati nell'area D - posizione economica D3, avverso la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva rigettato la domanda, proposta nei confronti del Comune di Messina, di pagamento della retribuzione di posizione e di risultato prevista dal CCNL 31.3.1999 e dal CCNL 22.1.2004 per i dipendenti del comparto regioni autonomie locali in favore dei titolari di posizione organizzativa di alta professionalità;
2. la Corte territoriale, richiamata la disciplina contrattuale, ha evidenziato che gli appellanti ne avevano invocato l'applicazione sostenendo di aver svolto attività comportanti funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e, pertanto, riconducibili alla previsione dell'art. 8, lettera a), del CCNL 31.3.1999 per il personale del comparto autonomie locali;
3. il giudice d'appello ha accertato, in punto di fatto, che in realtà l'ente nel periodo in discussione non aveva ancora completato l'iter procedimentale previsto dalla contrattazione collettiva per l'istituzione delle posizioni organizzative ed ha aggiunto, richiamando giurisprudenza di questa Corte, che il diritto soggettivo può sorgere solo alle condizioni previste dal C.C.N.L. e quindi, prima dell'istituzione e del conferimento formale, il dipendente non può domandare né la retribuzione di risultato e di posizione né il risarcimento del danno da perdita di *chances*;
4. per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso Rosa Spinella Denaro e gli eredi di Domenico Giunta sulla base di due motivi, illustrati da memoria, ai quali ha resistito con controricorso il Comune di Messina.

CONSIDERATO CHE

1. il ricorso denuncia, con il primo motivo, violazione ed errata dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, dell'art. 36 Cost., degli artt. 8 e 9 del CCNL 31.3.1999, dell'art. 10 del CCNL 22.1.2004 perché ha errato la Corte territoriale nel ritenere che la domanda dovesse essere respinta per il solo fatto che non fossero state ultimate le procedure previste dalla contrattazione collettiva in relazione alla istituzione ed al conferimento delle posizioni organizzative;
 - 1.1. i ricorrenti, sulla premessa dell'applicabilità alla fattispecie dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 36 Cost., sostengono di avere agito per ottenere la retribuzione adeguata alla qualità e quantità del lavoro prestato e di avere invocato i CCNL succedutisi nel tempo solo come parametro di riferimento per la quantificazione del compenso



aggiuntivo, che andava riconosciuto, a prescindere dal conferimento dell'incarico con atto formale, in ragione della maggiore complessità dell'attività prestata e della più incisiva responsabilità che dalla stessa derivava;

2. la seconda censura, ricondotta al vizio di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., addebita al giudice d'appello l'omesso esame circa un fatto decisivo della controversia oggetto di discussione tra le parti nonché la violazione dei principi di cui all'art. 111, comma 7, Cost. in una lettura integrata con l'art. 6 CEDU;

2.1. assumono i ricorrenti che la Corte territoriale ha del tutto omesso di considerare che l'iter amministrativo era stato già avviato e si trovava in una fase avanzata in quanto l'ente, oltre a deliberare l'istituzione delle posizioni organizzative, aveva anche individuato i criteri generali per la valutazione ed aveva istituito il Nucleo di valutazione;

3. il primo motivo di ricorso è infondato;

questa Corte ha più volte affermato (cfr. fra le tante Cass. nn. 15902/2018; 4890/2018; 28085/2017; 12724/2017; 12556/2017; 14591/2016; 2550/2015; 11198/2015) che il diritto del pubblico dipendente a percepire l'indennità di posizione sorge solo se la P.A. datrice di lavoro ha istituito la relativa posizione, perché l'istituzione rientra nell'attività organizzativa dell'Amministrazione la quale deve tener conto delle proprie esigenze e soprattutto dei vincoli di bilancio, che, altrimenti, non risulterebbero rispettati laddove si dovesse pervenire all'affermazione di un obbligo indiscriminato;

3.1. è stato precisato anche che l'esclusiva rilevanza da attribuire all'atto costitutivo delle posizioni organizzative, adottato discrezionalmente, comporta che è da escludere che prima dell'adozione di tale atto sia configurabile un danno da perdita di *chance* per il dipendente che assuma l'elevata probabilità di essere destinatario dell'incarico e l'irrilevanza, ai suddetti fini, di eventuali atti preparatori endoprocedimentali nonché dell'espletamento di fatto di mansioni assimilabili a quelle della posizione non istituita;

3.2. i richiamati principi sono stati affermati da Cass. n. 11198/2015 e da Cass. n. 15902/2018 anche in relazione alla disciplina dettata dal CCNL 31.3.1999 di revisione del sistema di classificazione del personale per il comparto delle regioni e delle autonomie locali e si è evidenziato, in continuità con quanto già statuito da Cass. S.U. n. 16540/2008, che l'apparente diversità di formulazione delle disposizioni contrattuali rispetto a quelle relative ad altri comparti non legittima conclusioni diverse, in quanto le esigenze di servizio sono comunque valorizzate nell'art. 9, che subordina l'istituzione delle posizioni organizzate all'attuazione dei principi di razionalizzazione previsti dal d.lgs. n. 29/1993 (all'epoca vigente), alla ridefinizione delle strutture e delle dotazioni organiche dell'ente, all'istituzione e attivazione dei servizi di controllo interno o dei nuclei di valutazione;

3.3. correttamente, pertanto, la Corte territoriale, all'esito dell'accertamento di fatto non censurabile in questa sede, ha escluso la fondatezza della domanda sul rilievo che la pretesa si riferiva alle funzioni esercitate in un arco temporale in cui non esisteva alcuna



R.G. 10354/2015

posizione organizzativa formalmente istituita dal Comune di Messina, perché l'*iter* era stato solo avviato dall'ente ed era ancora in corso, in ragione della complessità degli adempimenti e delle scelte organizzative da compiere;

3.4. i ricorrenti non prospettano argomenti che possano indurre il Collegio a rimeditare l'orientamento già espresso ed erroneamente richiamano il principio di diritto affermato da Cass. n. 8148/2018 che si riferisce a fattispecie non assimilabile a quella oggetto di causa perché in quel caso faceva difetto solo il conferimento formale dell'incarico e le posizioni organizzative erano state formalmente istituite dall'ente, che aveva portato a compimento tutte le procedure, anche quelle inerenti la graduazione degli incarichi, necessario presupposto per l'attribuzione della retribuzione di posizione e di risultato;

4. il secondo motivo è inammissibile, sia perché la censura esula dai limiti del riformulato art. 360 n. 5 cod. proc. civ., come interpretato da Cass. S.U. n. 8053/2014, sia in quanto le argomentazioni svolte sono prive della necessaria specifica attinenza al *decisum*;

la Corte territoriale, infatti, non ha ommesso di considerare che l'*iter* era già stato avviato (pag. 3 della motivazione) bensì ha ritenuto la circostanza non decisiva alla luce dell'orientamento sopra richiamato, alla stregua del quale il diritto soggettivo può sorgere solo una volta ultimate le procedure ed istituite formalmente le posizioni, senza che possano assumere rilevanza «atti preparatori endoprocedimentali» (pag. 5 della motivazione);

5. in via conclusiva il ricorso deve essere rigettato con conseguente condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo;

6. ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla L. 24.12.12 n. 228, si deve dare atto, ai fini e per gli effetti precisati da Cass. S.U. n. 4315/2020, della ricorrenza delle condizioni processuali previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto dai ricorrenti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in € 200,00 per esborsi ed € 5.000,00 per competenze professionali, oltre al rimborso spese generali del 15% ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Così deciso nella Adunanza camerale del 23 giugno 2021

Il Presidente