Civile Ord. Sez. L Num. 26615 Anno 2019
Presidente: TORRICE AMELIA
Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA
Data pubblicazione: 18/10/2019

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA CC

sul ricorso 8681-2014 proposto da:

UNIVERSITA' DEL SALENTO già Università degli Studi di Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso i cui Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI n.12;

- ricorrente -

contro

2019

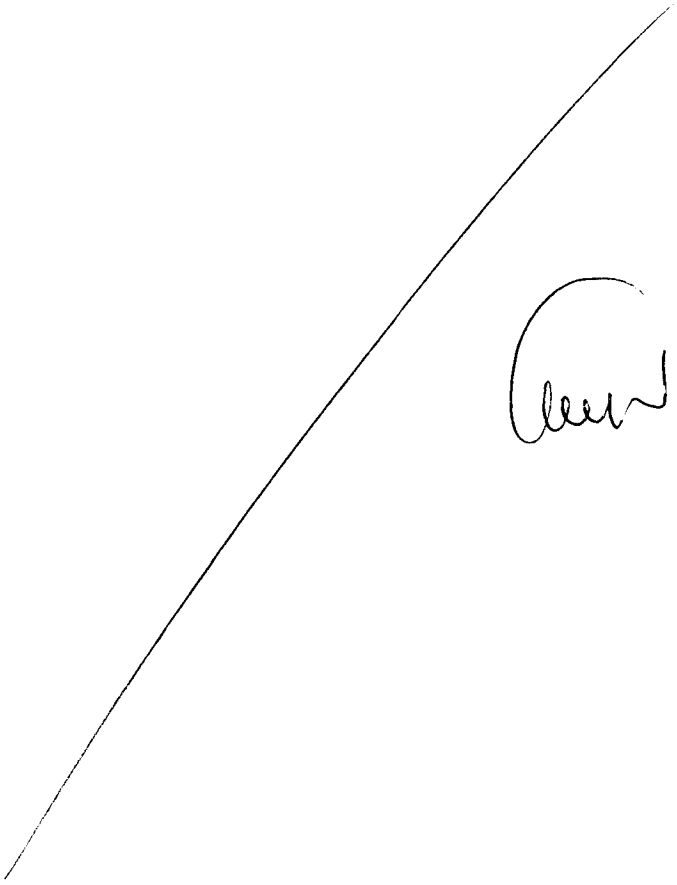
2853

BASCIA' GIOVANNA, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO n. 11, presso lo studio dell'avvocato VALERIA

PELLEGRINO, che la rappresenta e difende;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1252/2013 della CORTE D'APPELLO di LECCE, depositata il 02/04/2013 R.G.N. 3619/2011.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RILEVATO CHE

1. la Corte d'Appello di Lecce, pronunciando sull'appello principale proposto da Giovanna Bascià e sull'impugnazione incidentale dell'Università del Salento, ha riformato in parte la sentenza del Tribunale della stessa sede che aveva accolto solo parzialmente le domande della lavoratrice e ha dichiarato «il diritto della Bascià di percepire la retribuzione di posizione per gli anni 2000, 2001, 2002 e 2003 nella misura massima prevista per il personale collocato nella 2ª classe di cui alle delibere consiliari nn. 177/2002 e 244/2004, nonché la retribuzione di risultato per gli stessi anni nella misura massima del 30% della retribuzione di posizione spettante», respingendo, di conseguenza, l'appello incidentale dell'Università, condannata a corrispondere alla dipendente le relative differenze retributive;

2. la Corte territoriale ha premesso che la Bascià, in occasione della costituzione del Sistema Bibliotecario d'Ateneo disposta con d.P.R. n. 556/2000, era stata nominata responsabile della Biblioteca Interfacoltà, ruolo, questo, comportante particolari responsabilità gestionali, svolte d'intesa con il Presidente ed il Consiglio Direttivo;

3. ha richiamato le deposizioni testimoniali nonché le disposizioni regolamentari per evidenziare che la direzione della Biblioteca Interfacoltà, costituente secondo l'organizzazione dell'ente un «Centro di Responsabilità», era stata connotata da una notevole autonomia gestionale, tenuto conto delle dimensioni della struttura e della obiettiva importanza dell'attività di raccordo con le altre biblioteche e con le diverse Facoltà;

4. il giudice d'appello ha ritenuto insufficiente e, comunque, non giustificata la bassa graduazione della votazione attribuita alla Bascià ai fini dell'attribuzione delle indennità di posizione e di risultato e, richiamati i criteri di valutazione delle posizioni organizzative adottati con le delibere n. 177/2002 e n. 244/2004, ha evidenziato che:

a) all'appellante principale non era stato attribuito alcun punteggio in relazione al parametro «esperienza globale», nonostante la lunga esperienza maturata nel settore bibliotecario;

b) non era stata riconosciuta «esperienza di posizione», sebbene la Bascià nei due anni precedenti avesse già rivestito lo specifico incarico di responsabile della Biblioteca Interfacoltà;

c) quanto al parametro «competenze - profondità delle competenze» il punteggio riconosciuto era quello minimo previsto per gli atti ripetitivi mentre dalla prova testimoniale era emerso che l'attività della ricorrente comportava l'adozione di «atti conclusivi»;

d) anche in relazione agli altri criteri valutativi l'Università non aveva tenuto in debito conto l'importanza rivestita dalla Biblioteca Interfacoltà all'interno dell'Ateneo, l'ampia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

autonomia decisionale, gestionale ed organizzativa attribuita alla ricorrente, i giudizi positivi espressi sull'operato di quest'ultima;

5. il giudice d'appello ha ritenuto, pertanto, che la valutazione espressa, seppure discrezionale, potesse e dovesse essere sindacata in sede giudiziale, in quanto l'amministrazione nell'esprimere il giudizio non si era «comportata con la dovuta linearità, omettendo di valutare nella maniera adeguata o, addirittura, non valutando affatto i parametri di giudizio da lei stessa posti pur in presenza di obiettivi elementi che avrebbero dovuto condurre a ben diversa valutazione»;

6. per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso l'Università del Salento sulla base di due motivi, ai quali Giovanna Bascià ha replicato con tempestivo controricorso, illustrato da memoria ex art. 380 bis 1 cod. proc. civ..

CONSIDERATO CHE

1. con il primo motivo, formulato ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., l'Università del Salento denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 61, commi 1 e 3, e 62, comma 2, del C.C.N.L. 9/8/2000 per il personale del comparto Università, nonché degli artt. 1175 e 1375 cod. civ.;

1.1. la ricorrente sostiene, in sintesi, che le parti collettive hanno inteso conferire ampia discrezionalità agli Atenei quanto alla graduazione delle funzioni ed alla conseguente quantificazione della retribuzione di posizione prevista per ciascuna tipologia di incarico, discrezionalità esercitata dall'amministrazione dopo avere previamente indicato i criteri di valutazione, predeterminati con le delibere nn. 177/2002 e 244/2004;

1.2. il giudice d'appello, nel rilevare una «mancanza di linearità» del giudizio espresso, ha inammissibilmente sindacato il merito della valutazione e si è sostituito al datore di lavoro, attribuendo alla Bascià un diverso punteggio, pur essendo quest'ultimo legato a valutazioni discrezionali e non a criteri automatici;

2. con la seconda censura l'Università si duole, sempre ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., della violazione del comma 5 dell'art. 61 del CCNL 9.8.2000 e del comma 3 dell'art. 62 dello stesso CCNL e, ribadita l'inammissibilità di un sindacato di merito sulle valutazioni espresse dal datore di lavoro, evidenzia che la retribuzione di risultato è legata a presupposti diversi rispetto a quelli previsti per l'indennità di posizione, alla quale è solo commisurata quanto all'ammontare;

2.1. aggiunge che con la delibera n. 244/2004 il Consiglio d'Amministrazione, nell'approvare i criteri per la valutazione dei risultati, aveva previsto, in caso di giudizio positivo, l'attribuzione del 30% della retribuzione di posizione solo per i dipendenti di prima classe mentre per quelli di seconda classe la percentuale era stata indicata nel 20%;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2.2. ha, quindi, errato la Corte territoriale nella quantificazione dell'indennità di risultato in quanto la stessa Corte ha escluso che l'incarico potesse essere ricondotto alla prima fascia, non avendo la Biblioteca interfacoltà completa autonomia nella gestione delle risorse finanziarie;

3. il primo motivo di ricorso è fondato nella parte in cui addebita al giudice di merito di avere inammissibilmente sostituito la propria valutazione a quella espressa dal datore di lavoro, in relazione ad atti di gestione del rapporto connotati da discrezionalità;

3.1. occorre premettere che il CCNL 9.8.2000 per il personale del comparto università, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, all'art. 61 attribuisce alle amministrazioni il potere di «conferire al personale della categoria EP incarichi comportanti particolari responsabilità gestionali ovvero funzioni professionali richiedenti l'iscrizione ad ordini professionali o, comunque, alta qualificazione e specializzazione» e all'art. 62, dopo aver precisato che il trattamento economico accessorio di detto personale è composto, oltre che dall'indennità di ateneo, dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato, prevede, al comma 2, che la retribuzione di posizione, spettante nella misura minima a tutti i dipendenti inquadrati nella categoria EP, per la parte eccedente deve essere correlata alla graduazione delle funzioni, riservata a ciascuna amministrazione e rapportata alla «tipologia di incarico previamente individuata»;

3.2. nell'interpretare le disposizioni di analogo tenore dettate dal successivo CCNL 16.10.2008 questa Corte con la sentenza n. 426/2019 ha evidenziato che l'individuazione degli incarichi e del correlato trattamento economico rientra nell'attività discrezionale dell'Amministrazione, la quale deve tener conto delle proprie esigenze organizzative, ed ha conseguentemente ritenuto applicabile il principio, più volte affermato in tema di posizioni organizzative, secondo cui il diritto del pubblico dipendente a percepire la retribuzione di posizione sorge solo se la P.A. ha istituito e graduato la posizione stessa (cfr. fra le tante Cass. n. 4890/2018; Cass. 28085/2017; Cass. n. 14639/2016);

3.3. dalla natura discrezionale degli atti che qui vengono in rilievo, peraltro, non deriva, come pretenderebbe l'Università ricorrente, l'assoluta insindacabilità degli atti stessi, perché il datore di lavoro, pubblico e privato, è tenuto ad osservare le regole procedimentali al cui rispetto l'esercizio del potere è subordinato ed inoltre deve garantire nell'esecuzione delle obbligazioni che derivano dal contratto l'osservanza degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.;

3.4. al riguardo è stato affermato che è configurabile un inadempimento nei casi in cui la valutazione discrezionale, sebbene insindacabile nel merito, persegua intenti discriminatori o di ritorsione, sia basata su motivazioni non ragionevoli, appaia manifestamente illogica o irrazionale, si ponga in contrasto con i criteri predeterminati che devono presiedere alle operazioni valutative (cfr. fra le tante Cass. S.U. n. 13176/2013; Cass. n. 24984/2016; Cass. n. 2141/2017);

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

3.5. sul piano delle tutele, peraltro, si è precisato che nelle ipotesi sopra indicate il prestatore, titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative (Cass. n. 23424/2004), può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione (cfr. fra le più recenti Cass. n. 268/2019), e può agire per il risarcimento del danno anche da perdita di chance, ma non può domandare al giudice di esprimere una diversa e più favorevole valutazione, perché la predeterminazione di criteri valutativi non trasforma in attività vincolata il giudizio discrezionale (Cass. n. 20979/2009), con la conseguenza che l'attribuzione di un diverso punteggio può essere consentita nel solo caso in cui lo stesso datore di lavoro, per autonoma iniziativa o pattiziamente, abbia vincolato la propria discrezionalità rapportando il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o, più in generale, di un determinato presupposto fattuale (Cass. n. 18198/2005);

3.6. i richiamati principi, condivisi e ribaditi dal Collegio, sebbene affermati in fattispecie nelle quali si discuteva della legittimità delle procedure selettive finalizzate alla progressione di carriera o all'attribuzione delle posizioni organizzative, ben possono essere estesi a tutti i casi nei quali venga in rilievo l'esercizio di un potere discrezionale del datore di lavoro pubblico, perché la discrezionalità non può legittimare scelte arbitrarie, che mortifichino immotivatamente ed ingiustificatamente l'interesse del prestatore e che, nell'impiego pubblico contrattualizzato, finiscano per risolversi nella violazione, oltre che dei canoni generali di correttezza e buona fede, dei principi di imparzialità e trasparenza imposti dall'art. 97 Cost.;

3.7. ne discende che la sentenza impugnata è conforme a diritto nella parte in cui, esclusa l'assoluta insindacabilità dell'atto di graduazione, ha verificato la rispondenza della valutazione espressa ai criteri fissati dal Consiglio di Amministrazione, pervenendo alla conclusione che l'Università non si fosse «comportata con la dovuta linearità omettendo di valutare nella maniera adeguata o addirittura non valutando affatto i parametri di giudizio da lei stessa posti, pur in presenza di obiettivi elementi che avrebbero dovuto condurre a ben diversa valutazione»;

3.8. all'esito di detto accertamento, peraltro, la Corte territoriale non poteva sostituire la propria valutazione a quella espressa dal datore di lavoro e ritenere che la retribuzione di posizione dovesse essere riconosciuta nella misura massima, perché in tal modo il giudice d'appello ha disatteso il principio richiamato al punto 3.5., in fattispecie nella quale l'attribuzione dei punteggi implicava una valutazione discrezionale, seppure ancorata a parametri predeterminati;

3.9. il primo motivo di ricorso è quindi fondato *in parte qua* e la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo, che procederà ad un nuovo esame attenendosi al principio di diritto di seguito enunciato: «la graduazione della retribuzione di posizione in rapporto a ciascuna tipologia d'incarico prevista dall'art. 62 del CCNL 9.8.2000 per il personale del comparto università ha natura

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

discrezionale e non può essere sindacata nel merito dal giudice perché in sede giudiziale il controllo è limitato al rispetto delle regole procedimentali e dei parametri valutativi nonché degli obblighi di correttezza e buona fede, i quali implicano il divieto di perseguire intenti discriminatori o di ritorsione e di determinarsi sulla base di motivazioni non ragionevoli. In tali casi il dipendente può reagire all'inadempimento dell'amministrazione esercitando l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della procedura valutativa, o domandando il risarcimento del danno, perché il giudice non può sostituirsi al datore di lavoro nell'espressione del giudizio ed attribuire il punteggio negato, salva l'ipotesi in cui lo stesso datore abbia limitato la propria discrezionalità prevedendo punteggi fissi da attribuire in relazione a titoli oggettivamente predeterminati»;

4. l'accoglimento del primo motivo assorbe la seconda censura, riguardante la retribuzione di risultato il cui ammontare è percentualmente collegato a quello della retribuzione di posizione;

5. alla Corte territoriale è demandato anche il regolamento delle spese del giudizio di legittimità;

6. non sussistono le condizioni di cui all'art. 13 c. 1 quater d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo. Cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte d'Appello di Lecce in diversa composizione.

Così deciso nella Adunanza camerale del 19 settembre 2019

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA
Depositato in Cancelleria
18 OTT. 2019
Oggi, ...
Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA

Corte di Cassazione - copia non ufficiale