

AULA 'B'



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ANTONIO MANNA - Presidente -

Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Consigliere -

Dott. CATERINA MAROTTA - Consigliere -

Dott. IRENE TRICOMI - Consigliere -

Dott. FRANCESCA SPENA - Rel. Consigliere -

Oggetto

Retribuzione di posizione organizzativa
Assenze dal servizio
Comparto regioni ed autonomie Locali

R.G.N. 21373/2015

Cron.

Rep.

Ud. 23/02/2022

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 21373-2015 proposto da:

COMUNE DI (omissis) , in persona del Sindaco

pro tempore, elettivamente domiciliato in (omissis)

, presso lo studio dell'avvocato (omissis)

, che lo rappresenta e difende;

- **ricorrente principale** -

contro

(omissis) , elettivamente domiciliato

in (omissis) , presso lo studio

2022

700



Legale (omissis) , rappresentato e difeso
dall'avvocato (omissis) ;

**- controricorrente - ricorrente incidentale -
contro**

COMUNE DI (omissis) ;

**- ricorrente principale - controricorrente
incidentale -**

avverso la sentenza n. 2009/2015 della CORTE
D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 23/06/2015
R.G.N. 2016/2011;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 23/02/2022 dal Consigliere
Dott. FRANCESCA SPENA;

il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. RITA SANLORENZO visto l'art. 23,
comma 8 bis del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137,
convertito con modificazioni nella legge 18
dicembre 2020 n. 176, ha depositato conclusioni
scritte.



FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza del 23 giugno 2015 la Corte d'Appello di Napoli confermava la sentenza del Tribunale di Benevento che, in parziale accoglimento della domanda proposta da (omissis) — dipendente del COMUNE di (omissis) (in proseguo: il COMUNE) sino al maggio 2009, inquadrato da ultimo in categoria D, posizione economica D2 — aveva condannato il COMUNE al pagamento della indennità di posizione organizzativa maturata dall'1 dicembre 2007 al pensionamento.

2. La Corte territoriale esponeva essere in contestazione il provvedimento sindacale del 20 dicembre 2007, che aveva sospeso il pagamento al (omissis) dall' 1 dicembre 2007 della indennità di posizione organizzativa percepita come responsabile del I settore; tanto in attuazione dell'articolo 7 del regolamento generale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi — come modificato con delibera di Giunta del 9 luglio 2007 nr. 190 — che aveva previsto la sospensione dell'indennità in caso di assenza prolungata dal servizio (eccedente i trenta giorni consecutivi).

3. Nel merito, condivideva la valutazione del Tribunale di illegittimità del provvedimento sindacale, osservando che nel rapporto di pubblico impiego privatizzato, ai sensi degli articoli 2,40 e 45 D.Lgs. nr. 165/2001 la disciplina del trattamento economico era riservata alla contrattazione collettiva; la disciplina della indennità di posizione organizzativa era stabilita dagli articoli 8 e seguenti del CCNL dei dipendenti del comparto REGIONI ED AUTONOMIE LOCALI 31 marzo 1999, senza delega alcuna alla potestà regolamentare dell'ente locale, salvo che per la determinazione del valore economico della posizione organizzativa.

4. A giudizio della Corte territoriale, una conferma di tale interpretazione si rinveniva nell'articolo 24, comma due, D.Lgs. nr. 165/2001.

5. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza il COMUNE, articolato in un unico motivo di censura, cui ha resistito (omissis) con controricorso, contenente ricorso incidentale condizionato, parimenti affidato ad un unico motivo. Il COMUNE ha resistito con controricorso al ricorso incidentale.



6. La causa proviene dall'udienza pubblica dell'8 giugno 2021, cui era stata rinviata dalla camera di Consiglio del 12 ottobre 2021.

7. Le parti hanno depositato memoria.

8. Il PG ha depositato conclusioni scritte, chiedendo l'accoglimento del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo del ricorso principale il COMUNE ha dedotto — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — la violazione e falsa applicazione del D.Lgs nr. 165/2001, articoli 2 — commi due e tre — 45— comma due — e 24 — in relazione agli articoli 8 e seguenti CCNL 31 marzo 1999 — nonché degli articoli 1362 e seguenti codice civile, anche in relazione all'articolo 97 Cost.

2. La censura coglie la dichiarazione di illegittimità della norma del regolamento comunale che prevedeva, in caso di assenza dal servizio, la sospensione della titolarità della posizione organizzativa e della relativa indennità.

3. Nell'assunto dell'ente comunale l'intervento realizzato con la norma regolamentare — per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione ex articolo 97 Cost. — sarebbe conforme a diritto, giacché l'indennità di posizione organizzativa è emolumento strettamente legato alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa.

4. Si evidenzia che anche l'articolo 24 del D.Lgs nr. 165/2001, norma richiamata nella sentenza impugnata, distingue per la dirigenza un trattamento economico fondamentale ed un trattamento accessorio, quest'ultimo collegato al livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione (retribuzione di posizione) ed ai risultati conseguiti (retribuzione di risultato).

5. Con l'unico motivo del ricorso incidentale condizionato (omissis)

ha denunciato — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — la violazione e falsa applicazione: degli articoli 21 e 22 del CCNL 6 luglio 1995 del



comparto del personale delle Regioni - Autonomie locali nonché degli articoli 21 e 22 dello Statuto Comunale e dell'articolo 117 Cost.

6. Il ricorrente incidentale ha dedotto che era incontestato in causa il numero delle assenze per malattia dovute a causa di servizio, come da prospetto prodotto e che per tali assenze, a tenore degli articoli 21 e 22 del CCNL 6 luglio 1995, il dipendente aveva diritto alla conservazione del posto ed alla intera retribuzione.

7. Si deduce che, considerando i periodi di assenza per malattia dovuta a causa di servizio, non sussisteva il presupposto di fatto della assenza prolungata dal servizio, previsto dal regolamento degli uffici e dei servizi del COMUNE come causa di sospensione della indennità di posizione organizzativa.

8. Con l'odierna censura il ricorrente incidentale si duole che tale questione sia stata posposta a quella concernente la possibilità del regolamento comunale di incidere sulla disciplina della indennità di posizione organizzativa.

9. Sul punto si aggiunge, comunque, in replica al ricorso principale, che la assenza di potere regolamentare del Comune derivava dalla riserva alla legislazione esclusiva statale, ex articolo 117 Cost., della materia dell'«ordinamento civile», nella quale rientra la disciplina del trattamento economico dei dipendenti pubblici.

10. Il ricorso principale è fondato, seppure sulla base di principi di diritto diversi da quelli richiamati dal Comune ricorrente.

11. È pacifica in causa la titolarità da parte del (omissis) di una posizione organizzativa, come responsabile di settore.

12. Il COMUNE ha basato la sospensione della retribuzione di posizione organizzativa sull'articolo 21, comma sette, del Regolamento degli Uffici e dei servizi — nel testo modificato con delibera di Giunta del 9 luglio 2007 nr. 190 — a tenore del quale (si veda il testo del regolamento riportato alla pagina 9 del ricorso) «nel caso di assenza dal servizio del Responsabile di settore incaricato di P.O per trenta giorni consecutivi per qualsiasi causa si procederà alla sospensione dell'incarico di posizione organizzativa e delle relative indennità economiche per il periodo eccedente i trenta giorni».



13. Correttamente la sentenza impugnata ha affermato che il regolamento comunale degli uffici e dei servizi non può intervenire sulla materia delle posizioni organizzative, disciplinata dal contratto collettivo. Invero, l'articolo 2, comma uno, del D.Lgs. nr. 165/2001 — il cui testo non è stato interessato dagli interventi normativi di riforma del pubblico impiego privatizzato — ha riservato agli atti unilaterali della amministrazione pubblica — adottati sulla base dei principi generali fissati da disposizioni di legge e secondo i rispettivi ordinamenti — le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, la individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e dei modi di conferimento della loro titolarità, la determinazione delle dotazioni organiche complessive.

14. La disciplina del rapporto di lavoro è stata riservata, invece, alla legge ed alla contrattazione collettiva; in particolare, a quest'ultima è stata attribuita dall'articolo 45 D.Lgs. 165/2001 (e per i dirigenti dall'articolo 24 del medesimo decreto legislativo) la disciplina del trattamento economico, fondamentale ed accessorio.

15. Il Comune non poteva, pertanto, prevedere attraverso il regolamento degli uffici e dei servizi ipotesi di «sospensione della posizione organizzativa»; la disciplina delle posizioni organizzative era contenuta, nel periodo di causa, negli articoli da 8 ad 11 del CCNL 31 marzo 1999 (di revisione del sistema di classificazione professionale del comparto Regioni e Autonomie locali) e negli articoli 10, 11 e 15 del CCNL di comparto del 22 gennaio 2004, relativo al quadriennio 2002/2005.

16. Allo stesso modo, il regolamento degli uffici e dei servizi non poteva incidere sul trattamento economico delle assenze dal servizio, oggetto di riserva alla contrattazione collettiva nonché di specifiche disposizioni legislative.

17. Tuttavia, dall'illegittimità del regolamento comunale la Corte territoriale non poteva far direttamente discendere il diritto del (omissis) a percepire l'indennità di posizione organizzativa (dalla data della sua sospensione sino al pensionamento); il giudizio, infatti, non aveva ad oggetto la impugnazione del regolamento ma l'accertamento, previa disapplicazione del regolamento, del



diritto soggettivo alla retribuzione di posizione organizzativa e, dunque, dei suoi fatti costitutivi.

18. *In limine* va chiarito che il trattamento economico dei titolari della posizione organizzativa, ai sensi dell'articolo 10 CCNL 31 marzo 1999, si compone di una retribuzione di posizione e di una retribuzione di risultato; solo la prima è legata unicamente alla posizione ricoperta mentre la seconda dipende dalla assegnazione di obiettivi e dall'effettivo esito positivo della valutazione annuale in ordine al loro raggiungimento.

19. Essendo pacifico tra le parti che nel periodo di causa il (omissis) era assente dal servizio, il diritto a percepire la retribuzione di posizione organizzativa dipendeva, altresì, dalle ragioni dell'assenza e dalla relativa disciplina economica, come fissata dalla legge e dal contratto collettivo.

20. Il COMUNE ha dedotto (pagina 7 del ricorso principale e pagina 10 del controricorso al ricorso incidentale) che il (omissis) fino alla data del 30 settembre 2008 era stato in aspettativa «senza retribuzione», per essergli stato affidato l'incarico di comandante della Polizia Municipale presso i comuni di (omissis) e di (omissis) (documento allegato 4 alla memoria del primo grado); in caso di rituale allegazione e prova di tale circostanza da parte del Comune, sarebbe evidente l'assenza del diritto del (omissis) a percepire il trattamento economico legato alla posizione organizzativa.

21. L'accoglimento del ricorso si impone anche nel caso di assenza dal servizio dovuta a malattia.

22. La disciplina del trattamento economico di malattia, a livello contrattuale, è contenuta negli articoli 21 e 22 del CCNL 6 luglio 1995 del comparto Regioni ed Autonomie locali, relativo al quadriennio 1994/1997.

23. Secondo l'articolo 21 del suddetto CCNL al dipendente in malattia spetta il seguente trattamento:

a) intera retribuzione fissa mensile, comprese le indennità pensionabili, con esclusione di ogni altro compenso accessorio, comunque denominato, per i primi 9 mesi di assenza. Nell'ambito di tale periodo per le malattie superiori a quindici giorni lavorativi o in caso di ricovero ospedaliero e per il successivo periodo di convalescenza post ricovero, al dipendente compete anche il



trattamento economico accessorio come determinato nella tabella n. 1 allegata al presente contratto.

b) 90 % della retribuzione di cui alla lettera "a" per i successivi 3 mesi di assenza;

c) 50 % della retribuzione di cui alla lettera "a" per gli ulteriori 6 mesi del periodo di conservazione del posto previsto nel comma 1;

d) i periodi di assenza previsti dal comma 2 (ovvero successivi ai diciotto mesi: ndr) non sono retribuiti.

24. In sostanza, ciò che rileva ai fini della corresponsione di un compenso durante la malattia è il carattere fisso e mensile del compenso, dal momento che per i dipendenti pubblici tutti i trattamenti accessori sono divenuti pensionabili dal 1° gennaio 1996, per effetto dell'art. 2, co. 9, della legge n. 335/1995. Tale articolo ha previsto che tutte le voci accessorie percepite dal dipendente pubblico, a titolo retributivo, nel rapporto di lavoro, entrano a far parte della base che concorre alla determinazione dell'importo della pensione (nella misura prevista dal comma 10 ed utilizzata — secondo quanto disposto dal comma 11 dello stesso art. 2 — per la sola quota di pensione relativa alle anzianità contributive acquisite dopo il primo gennaio 1993- quota "B", come indicata dall'art.13, comma 1, lettera b, del d. lgs. n. 503/1992).

25. L'articolo 22 del CCNL 6 luglio 1995 prevede che in caso di assenza dovuta ad infortunio sul lavoro o a malattia riconosciuta dipendente da causa di servizio, il dipendente ha diritto all'intera retribuzione di cui all' art. 21, comma 7, lettera a), comprensiva del trattamento accessorio come determinato nella tabella n. 1 allegata al contratto, per l'intero periodo previsto dai commi uno e due del precedente articolo 21 (complessivi 36 mesi).

26. Su tale assetto contrattuale ha tuttavia inciso il DL 25 giugno 2008 nr. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 71. Il comma uno del suddetto articolo 71 ha previsto che per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale, con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque



denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio.

27. La norma ha cioè previsto la decurtazione durante i primi giorni dei periodi di assenza per malattia dei trattamenti accessori. Tale previsione non è derogabile dai contratti ed accordi collettivi, come disposto dal successivo comma sei dello stesso articolo 71.

28. La disposizione dell'articolo 71 DL. nr. 112/2008 comporta la cessazione di efficacia delle clausole contrarie dei contratti collettivi vigenti al momento della entrata in vigore del decreto-legge. I rapporti tra una disposizione di legge sopravvenuta relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche ed il contratto collettivo previgente trovano generale disciplina nell'articolo 2, comma due, D.Lgs. nr. 165/2001. La norma, anche nella formulazione vigente prima della riforma del 2009, prevede la sostituzione della legge alla contrattazione, salvo l'intervento della contrattazione collettiva successiva, nella fattispecie di causa tuttavia escluso dalla previsione di inderogabilità dell'articolo 71.

29. La Corte costituzionale, con sentenza nr. 120/2012, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 71 DL nr. 112/2008, sollevata in riferimento agli art. 3, 32, 36 e 38 Cost., osservando che la disposizione censurata — che prevede inderogabilmente la detrazione delle competenze accessorie dal trattamento dovuto al lavoratore in malattia per i primi dieci giorni — trova la propria *ratio* in un quadro di misure dirette alla riduzione dei giorni di assenza per malattia dei dipendenti pubblici, al fine di «riportare il tasso di assenteismo del settore pubblico nei limiti di quello privato» e con l'effetto dichiarato di utilizzare i risparmi in tal modo realizzati per il miglioramento dei saldi di bilancio delle pubbliche amministrazioni, senza alcuna confluenza nei fondi per la contrattazione integrativa.

30. La retribuzione di posizione organizzativa costituisce un trattamento accessorio (a norma dell'articolo 10 CCNL 1998/2001 la retribuzione di posizione organizzativa e la retribuzione di risultato assorbono tutte le competenze accessorie ed indennità previste dal medesimo CCNL, compreso il compenso per



il lavoro straordinario), sicché essa rientra nella decurtazione prevista dal suddetto articolo 71 nei primi dieci giorni di ogni periodo di malattia.

31. Il comma uno dell'articolo 71 fa tuttavia salvo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio (oppure a ricovero ospedaliero o a *day hospital*, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita).

32. Di qui la rilevanza della eventuale dipendenza della malattia da causa di servizio, come dedotto nel ricorso incidentale.

33. Resta da aggiungere che nei Comuni privi di posizioni dirigenziali non trova applicazione, ai fini del pagamento della retribuzione di posizione e risultato ai titolari di posizione organizzativa, il comma cinque dello stesso articolo 71 DL nr. 112/2008 — (vigente *ratione temporis* ed abrogato dall'articolo 17, comma 23, lettera d, D.L. nr. 78/2009 conv. con mod. in L. nr. 102/2009) — secondo il quale le assenze dal servizio non sono equiparate alla presenza ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa. Infatti, l'articolo 11 del CCNL di comparto 31 marzo 1999 e l'articolo 17 lettera c) CCNL 1 aprile 1999 stabiliscono che nei Comuni privi di posizioni dirigenziali non viene costituito un fondo per il pagamento della retribuzione di posizione e risultato e le risorse finanziarie gravano direttamente a carico del bilancio dell'ente.

34. Conclusivamente, il ricorso principale deve essere accolto e la sentenza impugnata cassata. La causa va rinviata alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione affinché proceda alla verifica delle ragioni della assenza dal servizio del (omissis) nel periodo di causa ed all'applicazione del relativo trattamento economico, secondo i principi di diritto sin qui esposti.

35. Le ragioni dell'accoglimento del ricorso principale assorbono il ricorso incidentale condizionato.

36. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del presente grado

PQM



La Corte accoglie il ricorso principale, assorbito l'incidentale. Cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto e rinvia — anche per le spese — alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione.

Così deciso in Roma, alla udienza del 23 febbraio 2022

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

