AULA 'B'

ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DIRITTI

10 APR 2018

08784.18

Oggetto

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

R.G.N. 5450/2013

Cron. 8784

Rep.

Ud. 23/01/2018

CC

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO - Presidente -

Dott. AMELIA TORRICE - Consigliere -

Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Consigliere -

Dott. CARLA PONTERIO - Consigliere -

Dott. ALFONSINA DE FELICE - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 5450-2013 proposto da:

A.S.L. AZIENDA SANITARIA LOCALE (omissi) AVEZZANO SULMONA-L'AQUILA C.F. (omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis), giusta delega in atti;

- ricorrente -

2018

274

contro

(omissis) C.F. (omissis), (omissis) C.F. (omissis), (omissis) C.F. (omissis), (omissis) C.F. (omissis), tutte elettivamente domiciliate in

(omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , rappresentate e difese dall'avvocato (omissis) , giusta delega in atti;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 729/2012 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 25/09/2012 R.G.N. 1237/10;

RILEVATO

1. **Che** la Corte d'Appello di L'Aquila, in riforma della sentenza del Tribunale di Sulmona, ha accolto il ricorso di (omissis) e altre tre, rivolto al riconoscimento del diritto alla corresponsione della retribuzione relativa allo svolgimento di mansioni superiori. Che le appellanti, tutte dipendenti dell'Ospedale di (omissis) inquadrate con la qualifica di "infermiere generico" svolgevano di fatto le mansioni di infermiere professionale, alternandosi con questi ultimi in ragione della cronica carenza di personale.
2. **Che** la Corte territoriale, avendo ritenuto raggiunta la prova dello svolgimento delle superiori mansioni mediante l'escussione dei testimoni, ha rilevato che l'Asl aveva specificamente contestato non già il fatto in sé, quanto la circostanza che lo svolgimento delle mansioni superiori si fosse realizzato in assenza di un atto formale di conferimento delle stesse da parte dell'amministrazione sanitaria. Che tuttavia, tale carenza formale non poteva ritenersi ostativa all'estensione dell'art. 2126 cod. civ. nei confronti degli appellanti, in base alla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, la quale considera pienamente applicabile il diritto alla corresponsione della maggiore retribuzione per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, al pubblico impiego contrattualizzato.
3. **Che** avverso tale decisione interpone ricorso per cassazione l'Asl (omi Avezzano con due censure, cui resistono con tempestivo controricorso (omissis) (omissis) e le sue litisconsorti.
4. **Che** entrambe le parti hanno presentato memoria.

CONSIDERATO

5. **Che** con la prima censura formulata ai sensi dell'art. 360, co. 1, n.3 cod. proc. civ. si contesta "Violazione degli artt. 52 d.lgs. n.165/2001 e 2126 cod. civ." Parte ricorrente ritiene che la Corte territoriale abbia compiuto una falsa applicazione dell'art. 52, co.5 del d.lgs. n.165/2001, là dove questo sancisce che, al di fuori dei casi contemplati dal comma 2 della stessa norma (vacanza del posto in organico e sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto), il diritto alla retribuzione per l'esercizio di fatto di

mansioni superiori spetta al pubblico dipendente soltanto in presenza di una causa di nullità nell'assegnazione delle stesse. Che in particolare, stante la specialità delle disposizioni in materia sanitaria, l'adibizione a mansioni superiori in capo al personale non medico dell'area può essere disposta soltanto in presenza di obiettive ragioni di servizio, in via eccezionale e per non più di sessanta giorni, previo provvedimento formale d'incarico e, comunque, con esclusione del diritto alle retribuzioni superiori (art.29, co.2, d.P.R. n.761/1979). Che non essendovi stato alcun provvedimento di incarico, mancherebbe il presupposto stesso del diritto alla retribuzione superiore. Che l'art. 2126 cod. civ. rimarrebbe, pertanto, escluso dalla portata applicativa della normativa speciale, riducendosi, l'eventuale adibizione di fatto al di fuori dei confini tracciati, ad una fattispecie illecita.

6. **Che** con la seconda, censura formulata ai sensi dell'art. 360, co. 1, n.5 cod. proc. civ. l'Asl lamenta "Omessa e/o insufficiente motivazione circa diversi punti e fatti decisivi ai fini della corretta risoluzione della controversia". Che la Corte territoriale avrebbe omesso di considerare gli effetti della carenza di un atto formale d'incarico sull'asserito diritto alla retribuzione superiore. Che in ordine a tale punto decisivo per la controversia il Giudice d'Appello avrebbe motivato in modo sfuggente ed astratto, dando soltanto atto che il diritto rivendicato sarebbe riconosciuto dall'ordinamento in capo ai dipendenti pubblici contrattualizzati in modo incondizionato e non soggetto ad alcun presupposto di legittimità.
7. **Che**, sotto altro profilo, sussisterebbe altresì illogicità della motivazione per non aver considerato, il Giudice dell'Appello, decisiva la carenza, in capo ai dipendenti, degli specifici requisiti abilitanti l'esercizio della disciplina infermieristica e dell'iscrizione all'albo pubblicistico della professione.
8. **Che** la prima censura è infondata.
9. **Che** questa Corte ha deciso che nel pubblico impiego contrattualizzato "Il diritto a percepire una retribuzione commisurata alle mansioni effettivamente svolte in ragione dei principi di rilievo costituzionale e di diritto comune non è condizionato all'esistenza, né alla legittimità di un provvedimento del superiore gerarchico, salva l'eventuale responsabilità del dirigente che abbia disposto l'assegnazione con dolo o colpa grave. Il diritto trova un limite nei casi in cui l'espletamento di mansioni superiori sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'Ente (*invito o prohibente domino*) oppure allorquando

sia il frutto della fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente..." (Cass.n. 24266/2016).

10. **Che** la seconda censura è fondata.

11. **Che** l'orientamento espresso da questa Corte e sopra richiamato, aggiunge che un possibile condizionamento al riconoscimento delle superiori retribuzioni può essere legato ad ipotesi "...in cui si riscontri una situazione di illiceità per contrasto con norme fondamentali e generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento"(Cass.n.24266/2016 cit.). Che la Corte territoriale, nell'omettere di valutare le conseguenze del mancato possesso del titolo abilitativo in capo agli infermieri svolgenti mansioni superiori, ha effettivamente mancato di motivare se, alla luce della particolare rilevanza pubblicistica delle professioni sanitarie dovuta alla valenza costituzionale degli interessi coinvolti, il *thema decidendum* avrebbe potuto ritenersi soddisfatto dall'approdo interpretativo meno rigoroso tra quelli possibili, consistente nel riconoscimento incondizionato delle pretese retributive a prescindere dalla qualifica formale degli appellanti.

12. **Che** deve rilevarsi che per le professioni sanitarie, la carenza del titolo abilitativo specifico e della relativa iscrizione all'albo producono la totale illiceità dello svolgimento di fatto di mansioni superiori e rendono inesigibile il diritto alla corrispondente maggiore retribuzione ai sensi dell'art. 2126 cod. civ. Che, la differenza della valutazione del legislatore si apprezza nel confronto con altre professioni a rilevanza pubblicistica, quale quella giornalistica, impropriamente menzionata dai controricorrenti, dove la mancanza di licenza o abilitazione non va ad incidere sull'oggetto o sulla causa del contratto, ma si limita a caratterizzare una forma di illegalità derivante dalla carenza di un requisito estrinseco.

13. **Che**, d'altronde, questa Corte ha già avuto modo di evidenziare lo stretto legame esistente tra la richiesta del titolo di studio abilitante da parte della legge e l'incidenza dell'attività sanitaria sulla salute e sicurezza pubblica e sulla tutela dei diritti fondamentali della persona. Che, ribadendo un principio, peraltro consolidato nella giurisprudenza amministrativa sotto il previgente regime del pubblico impiego, ha affermato che "...qualora il contenuto e le mansioni di una qualifica discendano dalla legge professionale, in ordine al possesso di un determinato titolo di studio per l'esercizio di una professione, non può considerarsi utile ai fini del conseguimento di una tale qualifica

(superiore) l'espletamento di mansioni che la legge professionale stessa riservi esclusivamente a chi è in possesso di quello specifico titolo di studio, atteso che, con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2126 cod. civ., l'attività eventualmente svolta si pone come illecita perché in violazione di norme imperative attinenti all'ordine pubblico e poste a tutela della generalità dei cittadini non già del prestatore di lavoro." (Cass. n.15450/2014)

14. **Che**, pertanto, nel caso in esame, il diritto alla maggiore retribuzione non può dirsi spettante, perchè l'attività del personale infermieristico risulta regolata da specifiche norme di legge attinenti a profili di ordine pubblico (ancora Cass. n.15450/2014 cit.).

15. **Che** nella specie, erroneamente la Corte territoriale ha ritenuto che agli appellanti, chiamati a svolgere l'attività di infermiere professionale senza averne il titolo abilitante (diploma universitario, iscrizione all'albo professionale per l'abilitazione all'esercizio della professione), spettasse la maggiore retribuzione, in quanto, ribadendo l'orientamento di questa Corte, in ipotesi di adibizione di fatto alle mansioni di infermiere specializzato non ricorrono le condizioni per l'applicabilità dell'art. 2126 cod. civ. per l'accertata illiceità dell'oggetto e della causa dell'obbligazione.

16. **Che** in definitiva, essendo la seconda censura fondata e la prima infondata, il ricorso va accolto. La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti, la causa va decisa nel merito, *ex* art. 384, co.2, cod. proc. civ., con rigetto dell'originaria domanda. Che la sopravvenienza recente del richiamato indirizzo induce a compensare le spese.

17. **Che** la fondatezza del ricorso rende inapplicabile l'art. 13, co.1 *quater* del d.P.R. n.115/2002

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e decide la causa nel merito, rigettando l'originaria domanda. Compensa tra le parti le spese dell'intero processo.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater* del d.P.R. n.115 del 2002, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13.

Così deciso all'Adunanza Camerale del 23/01/2018

(Il Presidente)

(dott. Giuseppe Napoletano)

Il Funzionario Giudiziario
Dott. Giovanni RUELLO

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
IV Sezione [redacted] LAVORO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi 1 0 APR 2018
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni Ruello