

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAROTTA Caterina - Presidente

Dott. DE MARINIS Nicola - Consigliere

Dott. BUCONI Maria Lavinia - Consigliere Rel.

Dott. CAVALLARI Dario - Consigliere

Dott. SARRACINO Antonella Filomena - Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 28744/2019 R.G. proposto da:

ASL (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. AU.CH. ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. GI.BU. in Roma, Via (...)

- ricorrente -

contro

Pe.An., rappresentata e difesa dall'Avv. CA.SA., con domicilio digitale come da pec Registri Giustizia;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1111/2019 della Corte d'Appello di Napoli, depositata in data 08.05.2019, N.R.G. 13/2013.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 18.04.2024 dal Consigliere Dott.ssa MARIA LAVINIA BUCONI.

RILEVATO CHE

1. La Corte di Appello di Napoli ha riformato la sentenza del Tribunale di Nola, che aveva rigettato la domanda di Pe.An., volta ad ottenere l'accertamento dello svolgimento delle mansioni superiori di avvocato dal 1 gennaio 2001 al 31 agosto 2004, riconducibili alla categoria di dirigente, con conseguente condanna al pagamento in suo favore delle differenze retributive, quantificate in Euro 113.223,77 oltre accessori.

2. La Corte territoriale ha ritenuto che la delibera del D.G. n. 776/97 costituisse l'atto organizzativo presupposto con il quale l'ente aveva previsto all'interno dell'Area Affari Legali una pianta organica con cui era stata introdotta una struttura di due dirigenti avvocati e di un dirigente procuratore legale.

3. Il giudice di appello ha evidenziato che all'interno della pianta organica prevista per l'Ufficio Legale della ASL, la figura del dirigente avvocato costituisce un profilo tipicizzato nel quale la posizione dirigenziale non implica la responsabilità della struttura o un quid pluris rispetto allo svolgimento delle attività professionali.

4. Richiamata la giurisprudenza di legittimità secondo cui ai fini del riconoscimento dello svolgimento di mansioni dirigenziali è dirimente l'istituzione della posizione dirigenziale nella pianta organica, ha rilevato che ai sensi dell'art. 26 del D.Lgs. n. 65/2001, la qualifica di dirigente può discendere anche dall'inserimento

in ruoli di natura professionale, che nel caso di un dirigente avvocato coincidono con le attività tipiche che connotano tale professione.

5. Ha ritenuto pacifica e documentalmente dimostrata la circostanza che l'Avv. Pe. abbia continuativamente svolto attività di avvocato in favore dell'ente, assicurando la difesa e la rappresentanza della ASL Napoli 3 Sud nei molteplici giudizi nei quali l'ente era stato parte nel periodo oggetto della domanda, ed ha pertanto riconosciuto il diritto della Pe. alla percezione delle differenze retributive relative al periodo dal 1 gennaio 2001 al 31 agosto 2004.

6. Avverso tale sentenza la ASL (...) ha proposto ricorso per cassazione, articolato in due motivi, illustrati da memoria.

7. La Pe. ha resistito con controricorso, illustrato da memoria.

CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo, il ricorso denuncia error in procedendo ed in iudicando per ingiustizia ed infondatezza della pronuncia di accoglimento dell'appello, stante l'ingiustizia dell'inquadramento nel ruolo dirigenziale e del riconoscimento dell'espletamento delle relative mansioni; omessa ed insufficiente motivazione in ordine a fatti controversi e decisivi per il giudizio; difetto di istruttoria; violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost.; eccesso di potere (travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti); violazione di legge.

Evidenzia che la Pe. era stata assunta dalla USL n. (...) della Campania dopo avere superato il concorso per Collaboratore Amministrativo, VII qualifica funzionale (attuale categoria D), che sin da subito la Pe. era stata assegnata, a seguito dell'istituzione della ASL (...), al Servizio Affari Legali, poi trasformato in "Area Funzionale Affari Legali" e che curava il contenzioso amministrativo con rappresentanza e difesa dell'Azienda, coadiuvata da An.Se., (anch'esso inquadrato nel Ruolo Amministrativo) e da altri dipendenti con la medesima qualifica funzionale.

Deduce che solo con la deliberazione del DG n. 1186 del 14.5.1999 e fino al luglio 1999, alla Pe. era stato conferito l'incarico di Responsabile dell'Area Funzionale Affari Legali, revocato all'Avv. Ca., mentre con delibera del DG n. 1758 del 19.7.1999, il Direttore Amministrativo della ASL n. 4, Dott. Si.Vi., era stato inquadrato nel Ruolo Amministrativo - Profilo Dirigente Amministrativo - IX qualifica funzionale.

Aggiunge che con successive disposizioni di servizio del Direttore Amministrativo della ASL n. 4 alla Pe. era stato assegnato il compito di curare il contenzioso amministrativo ed il contenzioso civile, che con deliberazione n. 3025 del 23.12.1999 il DG aveva preso atto dello svolgimento, da parte della Pe., delle funzioni di Avvocato Responsabile dell'Area Funzionale Affari Legali del settore contenzioso amministrativo, nonché di quelle di Responsabile dell'Area Funzionale Affari Legali a far data da 14.5.1999; evidenzia che tale atto, unitamente agli altri atti concernenti il riconoscimento e conferimento di mansioni superiori alla Pe., era stato annullato con deliberazione del D.G. n. 1791 del 9.5.2003 (avverso la quale la Pe. aveva proposto ricorso innanzi al TAR Campania, che lo aveva dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione).

Precisa che una successiva disposizione di servizio aveva stabilito che la Pe. continuasse a svolgere l'attività necessaria a rappresentare e difendere l'ASL (...) nelle procedure giudiziarie e stragiudiziali e che solo a seguito del superamento del concorso bandito dalla ASL (...) con delibera n. 3520 del 2.10.2003 l'Avv. Pe. era stata immessa in servizio presso l'Area Funzionale Affari Legali, con la posizione funzionale di Dirigente Avvocato in prova, a decorrere dal 6.9.2004 (era stata poi confermata in servizio dopo il periodo di prova con deliberazione n. 474 del 6.4.2005).

Sostiene che nel caso di specie difettano tutti i presupposti per il riconoscimento all'Avv. Pe. della retribuzione corrispondente alle mansioni dirigenziali atteso che l'unico incarico dirigenziale a lei formalmente affidato era stato di durata inferiore ai 60 giorni, dal maggio al luglio 1999, mentre gli altri incarichi, conferiti tramite mere disposizioni di servizio, erano venuti meno a seguito dell'annullamento intervenuto con la delibera n. 1791 del 9.5.2003, non impugnata innanzi al giudice competente dopo la sentenza del TAR.

Richiama la giurisprudenza amministrativa e di merito sulla necessità di un atto formale di adibizione a mansioni superiori e sulla necessaria prova del loro effettivo esercizio.

2. Con il secondo motivo, il ricorso denuncia error in iudicando per ingiustizia ed infondatezza della pronuncia di accoglimento dell'appello, stante la corretta valutazione del giudice di prime cure circa la mancata ottemperanza all'assoluzione dell'onere probatorio, nonché conflitto di giudicati che richiede la rimessione della questione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ..

Evidenza che la Pe. non ha descritto i compiti svolti, le competenze, le responsabilità, né il grado di iniziativa di cui godeva, e che non ha pertanto provato lo svolgimento delle mansioni superiori.

Sostiene inoltre che i crediti azionati sono prescritti.

In ragione della complessità e dell'obiettiva controvertibilità delle questioni affrontate, nonché della peculiarità della fattispecie oggetto del giudizio, riconosciute dalla sentenza del Tribunale di Torre Annunziata n. 1855 del 19.6.2019, sollecita la rimessione della questione di diritto alle Sezioni Unite, al fine di evitare contrasti tra giudicati.

3. I motivi presentano profili di inammissibilità e nella restante parte sono infondati.

4. In ordine alla censura contenuta nel primo motivo e riguardante l'insufficienza della motivazione, deve infatti rammentarsi che in seguito alla riformulazione dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., disposta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, il sindacato di legittimità sulla motivazione resta circoscritto alla sola verifica della violazione del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, sesto comma, Cost., individuabile nelle ipotesi - che si convertono in violazione dell'art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c. e danno luogo a nullità della sentenza- di "mancanza della motivazione quale requisito essenziale del provvedimento giurisdizionale", di "motivazione apparente", di "manifesta ed irriducibile contraddittorietà" e di "motivazione perplessa od incomprensibile", mentre al di fuori di tali ipotesi il vizio di motivazione può essere dedotto solo per omesso esame di un "fatto storico", che abbia formato oggetto di discussione e che appaia "decisivo" ai fini di una diversa soluzione della controversia (Cass. n. 7090/2022; Cass. n. 22598/2018; Cass. n. 23940/2017).

Inoltre il primo motivo richiama una sentenza del TAR ed una serie di delibere e ordini di servizio non menzionati dalla sentenza impugnata, senza peraltro trascriverne il contenuto, e senza localizzarli.

Questa Corte ha da tempo chiarito che nel giudizio di cassazione, che ha per oggetto solo la revisione della sentenza in rapporto alla regolarità formale del processo e alle questioni di diritto proposte, non sono proponibili nuove questioni di diritto o temi di contestazione diversi da quelli dedotti nel giudizio di merito, tranne che si tratti di questioni rilevabili di ufficio o, nell'ambito delle questioni trattate, di nuovi profili di diritto compresi nel dibattito e fondati sugli stessi argomenti di fatto dedotti (Cass. SU n. 19874/2018; Cass. n. 2190/2014; Cass. n. 4787/2012; Cass. n. 8993/2003; Cass. n. 3881/2000; Cass. n. 5845/2000; Cass. n. 12020/1995); pertanto, nel caso in cui il ricorrente per cassazione proponga una determinata questione giuridica che implichi un accertamento in fatto e non risulti in alcun modo trattata nella sentenza impugnata, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura deve denunciarne l'omessa pronuncia indicando, in conformità con il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, in quale atto del giudizio di merito abbia già dedotto tale questione, per dar modo alla Corte di controllare ex actis la veridicità e la ritualità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la relativa censura (hanno richiamato Cass. n.1273/2003; Cass. n. 6542/2004; Cass. n. 3664/2006; Cass. n. 20518/2008; Cass. n. 2190/2014; Cass. n. 18719/2016).

5. Anche il secondo motivo presenta profili di inammissibilità, in quanto non deduce né dimostra che l'eccezione di prescrizione, peraltro nemmeno minimamente argomentata, sia stata riproposta in appello.

La censura prospetta, poi, impropriamente un contrasto di giudicati, atteso che la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata n. 1855/2019 (peraltro non prodotta, né localizzata) non è stata emessa tra le stesse parti del presente giudizio, ed ha rigettato la domanda volta al riconoscimento per difetto di prova, mentre nel caso di specie la sentenza impugnata ha ritenuto dimostrato lo svolgimento, da parte dell'Avv. Pe., delle attività tipiche che qualificano la figura del "dirigente avvocato" nel periodo indicato nel ricorso.

In particolare, la Corte territoriale ha ritenuto pacifica e documentalmente dimostrata la circostanza che l'Avv. Pe. abbia continuativamente svolto attività di avvocato in favore dell'ente, assicurando la difesa e la rappresentanza della ASL Napoli 3 Sud nei molteplici giudizi nei quali l'ente è stato parte nel periodo oggetto della domanda, provvedendo in particolare alla materiale redazione degli atti, alla scelta difensiva ritenuta adeguata rispetto alla pretesa e alle attività di istruzione e discussione della causa, e tali statuizioni non sono state censurate.

Sono rimaste parimenti incensurate le statuizioni secondo cui la figura del dirigente avvocato costituisce un profilo tipizzato nel quale la posizione dirigenziale non implica la responsabilità della struttura o un *quid pluris* rispetto allo svolgimento di attività professionali.

6. Nelle restanti parti le censure, che deducono l'insussistenza di un incarico formale nei confronti della Pe., sono infondate, in quanto non considerano che le domande proposte dalla Pe. sono volte ad ottenere la condanna della ASL al pagamento delle differenze retributive, e non l'attribuzione della qualifica superiore.

Questa Corte ha da tempo chiarito che il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscere nella misura indicata nell'art. 52, comma 5, del D.Lgs. n. 165 del 2001, non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 della Costituzione (Cass. n. 19812/2016; Cass. n. 18808/2013), sicché il diritto va escluso solo qualora l'espletamento sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'ente, oppure quando sia il frutto di una fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente, o in ipotesi in cui si riscontri una situazione di illiceità per contrasto con norme fondamentali o generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento (Cass. n. 24266/2016); si è dunque affermato che tali principi operano anche in relazione allo svolgimento di fatto di funzioni dirigenziali (Cass. S.U. n. 3814/2011), a condizione che il dipendente dimostri di averle svolte con le caratteristiche richieste dalla legge, ovvero con l'attribuzione in modo prevalente sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di tali mansioni (Cass. n. 752/2018 e Cass. n. 18712/2016).

Si è inoltre precisato che a tal fine è innanzitutto necessario che l'ente abbia provveduto ad istituire la posizione dirigenziale (Cass. n. 350/2018), perché, sulla base delle previsioni del D.Lgs. n. 165/2001, la valutazione sulla rilevanza degli uffici, sulle risorse umane e finanziarie da assegnare agli stessi e in genere sull'organizzazione è rimessa al potere discrezionale della P.A. che non può essere sindacato nel merito in sede giudiziale.

Tali principi sono stati recentemente ribaditi da questa Corte, la quale ha altresì affermato che la posizione dirigenziale non implica necessariamente la responsabilità della struttura, perché la dirigenza sanitaria può essere solo di tipo professionale, e diviene anche gestionale qualora al dirigente siano conferite funzioni di direzione delle strutture semplici o complesse (Cass. n. 30811/2018, richiamata a pag. 4 della sentenza impugnata) ed ha enunciato il seguente principio di diritto: "Nell'ambito della dirigenza sanitaria del ruolo professionale le aziende sanitarie possono istituire posizioni dirigenziali che, senza attribuzione di responsabilità della struttura, semplice o complessa, comportano l'assegnazione di incarichi di tipo esclusivamente professionale, caratterizzati dall'affidamento di compiti con precisi ambiti di autonomia tecnico - professionale, da esercitare nel rispetto degli indirizzi dati dal dirigente responsabile della struttura, nonché dalla collaborazione con quest'ultimo e dall'assunzione di corresponsabilità quanto alla gestione dell'attività professionale; pertanto, l'assegnazione di fatto del funzionario non dirigente ad una posizione dirigenziale, prevista dall'atto aziendale e dal provvedimento di graduazione delle funzioni, costituisce espletamento di mansioni superiori, rilevante ai fini e per gli effetti previsti dall'art. 52 del D.Lgs. n. 165 del 2001, la cui applicazione non è impedita dal mancato espletamento della procedura concorsuale, dall'assenza di un atto formale e dalla mancanza della previa fissazione degli obiettivi, che assume rilievo, eventualmente, per escludere il diritto a percepire anche la retribuzione di risultato" (Cass. n. 30811/2018, richiamata a pag. 4 della sentenza impugnata; tali principi sono stati recentemente confermati da Cass. n. 2695/2024).

7. La sentenza impugnata, che ha rilevato la sussistenza di un atto amministrativo presupposto che ha introdotto nella pianta organica una struttura di due dirigenti avvocati ed ha accertato in fatto lo svolgimento, da parte della Pe., di mansioni di dirigente avvocato, è dunque conforme alla giurisprudenza di questa Corte.

8. Considerato che la sentenza impugnata è conforme al consolidato orientamento di questa Corte, va disattesa la richiesta di rimessione degli atti alle Sezioni Unite di questa Corte.

9. Il ricorso va pertanto rigettato.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

11. Sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, dell'obbligo, per parte ricorrente, di versare l'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l'impugnazione integralmente rigettata, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in Euro 200,00 per esborsi ed in Euro 3.000,00 per competenze professionali, oltre spese generali in misura del 15% e accessori di legge, con distrazione in favore dell'Avv. Ca.Sa.;

dà atto della sussistenza dell'obbligo per parte ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, di versare l'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l'impugnazione integralmente rigettata, se dovuto.

Così deciso il 18 aprile 2024.

Depositata in Cancelleria il 22 maggio 2024.