

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VIDIRI	Guido	- Presidente -
Dott. VENUTI	Pietro	- Consigliere -
Dott. MAISANO	Giulio	- Consigliere -
Dott. BERRINO	Umberto	- Consigliere -
Dott. GARRI	Fabrizia	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 333-2008 proposto da:

AZIENDA SANITARIA LOCALE N. (OMISSIS) DI NUORO (OMISSIS) in
persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO GRAMSCI 24, presso lo studio
dell'avvocato MASINI MARIA STEFANIA, rappresentata e difesa
dall'avvocato MOCCI ANGELO, giusta delega in atti;
- ricorrente -

contro

F.C. C.F. (OMISSIS), S.A. C.F.
(OMISSIS) domiciliati in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la
CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi
dall'avvocato BACCHIS MARCO, giusta delega in atti;
- controricorrenti -

e contro

D.M., C.L.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 343/2007 della CORTE D'APPELLO di CAGLIARI,
depositata il 19/10/2007 r.g.n. 315/06 + altre;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
06/03/2013 dal Consigliere Dott. FABRIZIA GARRI';

udito l'Avvocato MOCCI ANGELO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
SEPE Ennio Attilio, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO La Corte d'appello di Cagliari ha confermato la sentenza del Tribunale di Oristano che aveva accolto le domande proposte da M. D., F.C., C.L. e A. S., tutti dipendenti dell'Azienda Sanitaria Locale n. (OMISSIS) di Nuoro - provenienti dalla USL (OMISSIS) di Sorgono ed in servizio presso il presidio ospedaliero (OMISSIS) con la qualifica di infermieri generici - ed accertato l'avvenuto svolgimento delle mansioni proprie della qualifica di "infermiere professionale" nel periodo dal 1.7.1998 al 11.8.2004 per sopperire a carenze organizzative e di personale ed assicurare il servizio dovuto. Per l'effetto aveva condannato la convenuta al pagamento delle differenze retributive chieste avuto riguardo da un canto alla categoria BS loro riconosciuta e dall'altro alle mansioni riconducibili alla categoria C, di infermiere professionale, effettivamente svolte.

La Corte d'appello ha verificato e confermato che, in esito all'istruttoria espletata in primo grado, era risultato provato lo svolgimento delle mansioni in relazione alle quali erano rivendicate le differenze retributive.

Ha poi accertato che sulla base della contrattazione collettiva 1998- 2001 la figura dell'infermiere generico, rivestita dai lavoratori era conservata ad esaurimento mentre era prevista come categoria generale la figura dell'infermiere professionale, categoria C, e quella del collaboratore

professionale, categoria D. Ha quindi sottolineato che la domanda era stata ridotta alle differenze retributive dovute in relazione allo svolgimento delle mansioni riconducibili alla categoria C, escludendo che a ciò fosse d'ostacolo la mancanza di un formale atto di assegnazione essendo sufficiente la prova dello svolgimento in concreto di mansioni che peraltro non era stato negato, nella sua materialità, dall'azienda che in primo grado si era limitata a contestare la riconducibilità di quei compiti alla qualifica rivendicata.

Quindi esaminate comparativamente, alla luce delle declaratorie legali e, poi, di quelle collettive (D.P.R. 14 marzo 1974, n. 225 e ccnl comparto sanità pubblica 1998- 2001, art. 28) le mansioni proprie delle due qualifiche, ne ha evidenziato, per taluni aspetti, la coincidenza ed ha confermato la correttezza dell'accertamento che le mansioni svolte, sotto il profilo qualitativo e quantitativo davano diritto ai compensi chiesti atteso che non erano riconducibili alla qualifica di infermiere generico rivestita ed avevano il necessario carattere della continuità e prevalenza.

Quanto alla pretesa "inconsapevolezza" dell'azienda appellante del concreto svolgimento delle dette mansioni, asseritamente prestate su un piano meramente volontario, la Corte di merito ne ha escluso la credibilità stante la loro durata extraquinquennale ed il concreto coinvolgimento del personale nell'organizzazione dei turni di assistenza.

Inoltre il giudice di appello ha motivatamente escluso che la coincidenza di talune mansioni tra i due profili valesse ad attrarle nel profilo inferiore ed ha respinto l'interpretazione data dall'azienda alla disciplina dettata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52 (già D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56) avendo accertato da un canto che non si era trattato di una sostituzione momentanea di lavoratori con diritto alla conservazione del posto ed escludendo che si possa ravvisare una violazione dell'art. 2126 c.c. tenendo conto del fatto che l'azienda ha "tollerato" l'organizzazione del lavoro nel pronto soccorso con adibizione di personale privo di una specifica qualificazione come infermiere professionale, per oltre cinque anni prima di intervenire con un ordine di servizio che ripristinasse la regolarità delle attribuzioni al personale infermieristico.

Per la cassazione della sentenza ricorre la Azienda sanitaria Locale n. (OMISSIS) di Nuoro sulla base di un solo motivo.

Resistono con controricorso F.C. ed S.A. mentre gli altri resistenti sono rimasti intimati.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE Con un unico motivo di ricorso viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 2126 c.c. in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3.

Sostiene la ASL ricorrente che ai lavoratori non potevano essere riconosciute le differenze retributive chieste atteso che, nel caso in cui per lo svolgimento di mansioni superiori sia necessario il possesso di uno specifico titolo di studio o di una particolare abilitazione professionale (nella specie infermiere professionale), sono ravvisabili quei profili di illiceità nello svolgimento delle mansioni che non consentono l'applicazione dell'art. 2126 c.c..

Nè ad avviso della ricorrente sarebbe risultato provato nel corso del giudizio che l'attività sarebbe stata svolta con il consenso del datore di lavoro posto che, al contrario, dalla documentazione versata in atti si evincerebbe che il Direttore Sanitario aveva provveduto a diffidare i dipendenti dallo svolgimento

di mansioni non riconducibili a quelle proprie di inquadramento.

Aggiunge poi la ASL che, ove pure si ammettesse una tolleranza dell'esercizio di una attività riconducibile ad una qualifica superiore, ciò non autorizzerebbe comunque il riconoscimento delle differenze retributive stante il carattere illecito dell'attività svolta.

A conclusione della censura formula il seguente quesito:

"Dica la Corte, con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 2126 c.c., se lo svolgimento con carattere di continuità e di prevalenza da parte di infermieri generici di attività rientranti nel profilo di un infermiere professionale sia da considerarsi illecita perchè derivante da violazione di norme imperative attinenti all'ordine pubblico e poste a tutela non del prestatore ma bensì del diritto alla salute, costituzionalmente garantito in via preminente alla generalità dei cittadini e, conseguentemente, dia o meno titolo per ottenere il pagamento delle relative differenze retributive anche nel caso in cui ciò fosse avvenuto su disposizione e/o con il consenso del datore di lavoro".

La censura è destituita di fondamento.

Occorre preliminarmente ricordare che nell'ambito della c.d.

contrattualizzazione o privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la materia dello svolgimento delle mansioni superiori è stata disciplinata dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 56 che è stato novellato con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 25 e, quindi, ancora nel D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15, comma 6.

La disposizione, così complessivamente modificata, è stata, poi, testualmente riprodotta nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52 (norme generali dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) che ha confermato, anche nell'ambito del nuovo regime del lavoro dei pubblici dipendenti, il principio secondo cui l'"esercizio di fatto di mansioni diverse da quelle della qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore (...)" (art. 52, ultima parte del comma 1).

Con riguardo alle modifiche apportate nel tempo, questa Corte ha in più occasioni affermato che "nel pubblico impiego privatizzato il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, comma 6 - come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25 - è stato soppresso dal D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del comma 6, ultimo periodo disposta dalla nuova norma è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporal, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e quindi in modo idoneo a incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. La portata retroattiva della disposizione risulta peraltro conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost. nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonchè alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali" (cfr. Cass. 4.2.2008 n. 2611 e già Cass. 8.1.2004 n. 91).

Individuati i casi in cui è legittima l'assegnazione temporanea a mansioni superiori (art. 52, comma 2), precisate le caratteristiche che lo svolgimento

delle mansioni superiori deve avere per essere considerato tale (comma 3 della citata norma) il quinto comma prescrive quindi che "Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore".

Ritiene questa Corte che la disposizione citata costituisca norma speciale rispetto alla disposizione generale contenuta nell'art. 2126 c.c. (che nell'ultimo alinea del comma 1 prevede che, ove la nullità del contratto di lavoro derivi da una "illiceità dell'oggetto o della causa", la prestazione di fatto resa non produca alcun effetto). Per tale ragione è infondata la tesi della ASL ricorrente, che sostanzialmente reclama l'applicazione della norma generale in luogo di quella speciale dettata dal più volte richiamato art. 52, disposizione che, nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico privatizzati, ha una portata generale. Peraltro le domande giudiziali nel caso in esame fanno riferimento ad un'attività prestata in un periodo in cui la disciplina era entrata pienamente in vigore trattandosi di attività prestate successivamente alla data di decorrenza dell'efficacia del c.c.n.l. per il comparto sanità stipulato il 7.4.1999 (G.U. 19 aprile 1999), ma relativo, dal punto di vista normativo, al quadriennio 1998-2001.

Che poi l'intento del legislatore fosse inteso a bilanciare il diritto costituzionalmente garantito ad una retribuzione proporzionata (art. 36 Cost.) alla quantità e qualità dell'attività lavorativa svolta con il dovere per l'amministrazione di procedere nel rispetto dei principi di "buona amministrazione" dettati dall'art. 97 Cost. è confermato dalla disposizione di chiusura dell'art. 52 che all'u.c. prevede, a maggior garanzia di comportamenti imprudenti da parte di coloro ai quali è demandata la corretta organizzazione dei servizi, la responsabilità personale del dirigente che ha disposto l'assegnazione in relazione ai maggiori oneri sostenuti dall'Amministrazione, ove si accerti che questi ha agito con dolo e colpa grave.

A parte dunque la recisa esclusione del conseguimento del diritto all'inquadramento nella qualifica superiore (che rimane ferma pur dopo i numerosi interventi del legislatore sulla norma), l'art. 56 contiene dunque due diversi ordini di disposizioni.

In primo luogo si indicano i casi in cui è legittima la temporanea assegnazione a mansioni superiori, con la precisa specificazione dei relativi presupposti e dei limiti temporali e la previsione del diritto del lavoratore al trattamento previsto per la qualifica superiore, per il periodo di effettiva prestazione. In secondo luogo si prende in considerazione l'ipotesi dell'assegnazione "a mansioni proprie di una qualifica superiore" al di fuori delle condizioni previste dalle precedenti disposizioni, per stabilire da un lato la nullità di detta assegnazione e dall'altro il diritto del lavoratore alla differenza di trattamento economico con la qualifica superiore (comma 5).

Peraltro l'espressione "una qualifica superiore" utilizzata dalla norma ha valore generico e omnicomprensivo, e non può ritenersi equivalente alla dizione "qualifica immediatamente superiore" utilizzata dal secondo comma nel delineare i presupposti dell'assegnazione legittima a mansioni superiori. Da tanto consegue che sarebbe dovuta la retribuzione corrispondente anche per il caso in cui le mansioni di fatto svolte non siano necessariamente ricollegabili alla qualifica immediatamente superiore. Tale conclusione è giustificata dalla

lettera della disposizione in esame e dalla sua ratio, che, lo si ricorda nuovamente, è quella di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost..

Il rapporto di specialità esistente tra la disciplina specifica del pubblico impiego privatizzato e quella comune dettata dall'art. 2126 c.c. in tema di svolgimento di fatto di attività lavorativa, ad avviso della Azienda ricorrente, incontrerebbe, con riferimento al diritto alla maggiore retribuzione, il limite dell'esistenza di una "illiceità dell'oggetto o della causa" che esonererebbe l'amministrazione al pari del datore di lavoro privato dall'obbligo di pagamento delle differenze retributive.

Ritiene la Corte che tuttavia, anche sotto tale profilo la norma specifica appresti, per le illegittime assegnazioni a mansioni superiori che danno luogo a carichi economici, rimedi specifici a tutela del corretto esercizio dell'attività amministrativa.

La scelta è quella di gravare della responsabilità del pregiudizio economico sofferto dall'amministrazione coloro che sono investiti del dovere di corretta attuazione delle regole per l'attribuzione delle mansioni, anche sotto il profilo del controllo delle modalità con le quali si svolge l'attività amministrativa.

Dovere questo che non è altro che una esplicitazione, in un'ottica costituzionalmente orientata di garanzia di "buona amministrazione", dell'esigenza di provvedere a legittime e consentite assegnazioni a mansioni superiori.

Non può poi sostenersi sotto altro versante la tesi della ricorrente, secondo la quale lo svolgimento di fatto di un'attività per la quale è richiesta una particolare qualificazione professionale (nella specie il conseguimento del titolo per lo svolgimento della professione di infermiere professionale) sarebbe illecito perchè contrario "all'ordine pubblico" e che, conseguentemente le relative prestazioni non potrebbero essere retribuite.

Deve in contrario osservarsi che, secondo accreditata dottrina, l'ordine pubblico svolge una funzione preterlegale di repressione di abusi del diritto, di frodi alle norme giuridiche per non essere i valori del vivere sociale regolati unicamente dalle fonti legali. Si è infatti sostenuto che nell'ampia nozione dell'ordine pubblico va compreso l'insieme dei principi fondamentali immanenti nel sistema ordinamentale e desumibili da esso, e che l'applicazione del principio codicistico dell'ordine pubblico di cui all'art. 1343 c.c. è funzionale alla protezione dei diritti di dimensione sociale ed alla garanzia dei valori fondamentali ed essenziali della collettività e del vivere civile, ponendo in tal modo principi non derogabili dall'autonomia negoziale.

Alla luce di tali premesse nella fattispecie scrutinata non si rinviene una violazione dell'ordine pubblico ed una illiceità della causa nel senso denunziato dalla ricorrente.

Va al riguardo evidenziato che la Corte territoriale ha con puntualità accertato, sulla base delle declaratorie professionali contenute nel ccnl 1998/2001, che il profilo di "infermiere generico" (rivestito dagli odierni intimati) è mantenuto ad esaurimento nel livello economico Bs ed è destinato a scomparire. Al contrario la qualifica prevista a regime dal contratto è quella di collaboratore professionale sanitario, nella quale è confluito il precedente ruolo di "infermiere professionale", che si articola in due categorie, la C e la D, le quali si

differenziano in relazione alla maggiore autonomia e professionalità richiesta per la categoria D rispetto alla C. Sostanzialmente la norma collettiva, adeguandosi alla mutata realtà sociale che nel tempo ha visto una professionalizzazione e specializzazione sempre maggiore per l'accesso alle professioni sanitarie, ha riprodotto lo schema già esistente adeguandolo, nell'accesso, alla mutata realtà ma riproducendo, nella sostanza, il medesimo rapporto di cooperazione tra livelli diversi nell'ambito della medesima area professionale.

Nel caso di specie non è ravvisabile nello svolgimento di compiti propri della superiore qualifica professionale, tenuto in particolare conto il complessivo contesto fattuale nonché le notorie modalità di svolgimento, sotto il continuo ed immancabile controllo del personale medico, delle attività in pronto soccorso, quel pericolo per la salute pubblica che potrebbe in ipotesi giustificare, per la gravità della violazione, anche il mancato riconoscimento della relativa retribuzione.

Per concludere nel caso in esame si è retutamente ritenuto che ricorresse l'ipotesi di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 5, in relazione alla quale è stato più volte affermato che, nella materia dell'pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscersi nella misura indicata dal citato D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 5 non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, nè all'operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, 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 Cost. (cfr. Cass. Cass. 20.2.2013 n. 4190, 18 giugno 2010 n. 14775 nonché, negli stessi termini, Cass. 11 giugno 2009 n. 13597, Cass. 3 febbraio 2009 n. 4367 e Cass. 11 dicembre 2007 n. 25837). Per le esposte considerazioni il ricorso, per essere infondato, va rigettato e le spese, liquidate in dispositivo, vanno regolate secondo il criterio della soccombenza. Nulla sulle spese in relazione alle parti non costituite.

PQM

P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio in favore delle parti costituite che liquida in Euro 3000,00 per compensi professionali ed in Euro 50,00 per esborsi oltre accessori come per legge. Così deciso in Roma, il 6 marzo 2013.

Depositato in Cancelleria il 7 agosto 2013