

Civile Ord. Sez. L Num. 17360 Anno 2019

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: MAROTTA CATERINA

Data pubblicazione: 27/06/2019

ORDINANZA

sul ricorso 20099-2014 proposto da:

MISTRETTA ISIDORO, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA GIUSEPPE PRINA 24,
presso lo studio dell'avvocato CRISTINA
MERCOGLIANO, rappresentato e difeso
dall'avvocato ALBERTO GATTUCCIO;

- *ricorrente* -

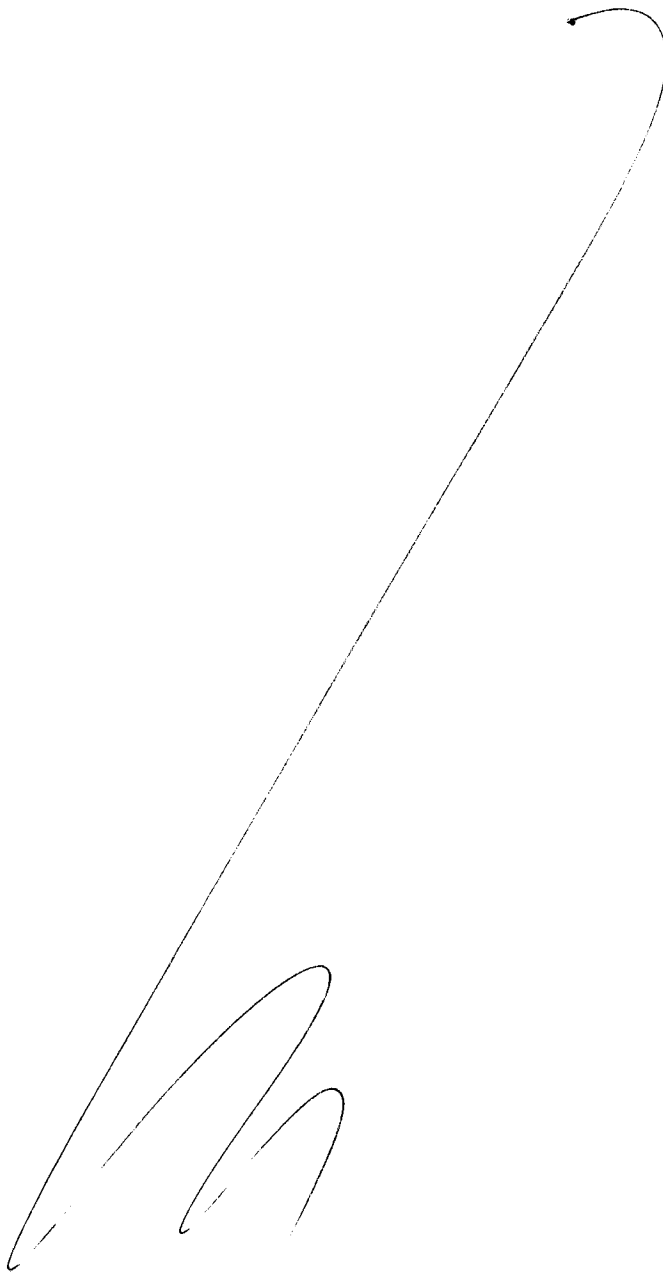
contro

2019 COMUNE DI TERRASINI, in persona del Sindaco
1765 *pro tempore*, elettivamente domiciliato in
ROMA, VIA G. ARIMONDI 5/E, presso lo studio
dell'avvocato FABIO MARIANTONI, che lo

rappresenta e difende unitamente
all'avvocato SALVATORE ORLANDO;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 74/2014 della CORTE
D'APPELLO di PALERMO, depositata il
19/03/2014 R.G.N. 259/12.

A handwritten signature, possibly 'M. B.', is located at the bottom left. A large, thin, curved line starts from the signature area and extends upwards and to the right, ending near the top right of the page.

Rilevato che:

1. con sentenza n. 74/2014, pubblicata in data 19 marzo 2014, la Corte d'appello di Palermo, in riforma della decisione del locale Tribunale, rigettava la domanda proposta da Isidoro Mistretta nei confronti del Comune di Terrasini intesa ad ottenere l'accertamento della illegittimità dei trasferimenti interni disposti nei suoi confronti dall'amministrazione comunale e della dequalificazione che ne era derivata, con condanna del Comune alla reintegra nelle funzioni di responsabile dell'Area 'Economico Finanziaria' ed al risarcimento del danno per perdita della posizione organizzativa nonché del danno da demansionamento;

2. il Mistretta, inquadrato nella qualifica di Istruttore Direttivo Contabile cat. D2, già incaricato delle funzioni di Responsabile dell'Area II 'Economico Finanziaria' (denominata anche, a quanto si evince, dalla descrizione del fatto contenuta nel ricorso per cassazione, Area II 'Finanza e Contabilità') poi destinato in data 18/11/2004 all'Area V 'Lavori Pubblici e Manutenzione' e in data 16/6/2005 all'Area IV 'Vigilanza', aveva allegato l'esistenza di un disegno ritorsivo ai suoi danni, legato al dissenso espresso nei confronti di una proposta portata avanti dall'amministrazione comunale e volta alla stabilizzazione di un certo numero di lavoratori socialmente utili ed aveva lamentato che i trasferimenti interni disposti dal Comune avessero comportato una sua dequalificazione rispetto alla posizione prima ricoperta e l'assegnazione a mansioni di livello puramente esecutivo;

3. il Tribunale aveva ritenuto integrato il demansionamento nell'aver il Comune assegnato il Mistretta a mansioni di mero supporto collaborativo rispetto al livello raggiunto dal dipendente

ed alla posizione occupata nella pregressa fase del rapporto ed aveva pertanto condannato il Comune al pagamento di euro 28.654,69 a titolo di perdita della posizione organizzativa nonché ad euro 30.000,00 per danno da demansionamento;

4. la Corte d'appello di Palermo, invece, riteneva fondata la doglianza del Comune incentrata sulla violazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001;

4.1. in particolare, dopo aver premesso che la sentenza di primo grado non aveva inteso attribuire alcuna rilevanza ai fini della decisione, implicitamente disattendendoli, all'accampato movente ritorsivo ed alla dedotta violazione dello Statuto dei lavoratori in relazione all'obbligatorio nullaosta dell'O.S. di appartenenza, essendosi incentrata sulla violazione contrattuale dell'obbligo di garantire la professionalità acquisita dal dipendente nell'esercizio delle pregresse funzioni apicali, e dopo aver rilevato che il dipendente non aveva riproposto il motivo concernente l'illiceità della determinazione datoriale (illiceità che, peraltro, non emergeva dalla documentazione relativa alla tormentata vicenda amministrativa), riteneva che la comparazione delle mansioni dovesse essere effettuata assegnando rilievo al solo criterio dell'equivalenza formale in relazione alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi, indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita;

4.2. rilevava che il Mistretta non aveva contestato l'equivalenza formale dei profili di cui agli incarichi come mutati nel tempo, essendosi limitato a fondare le proprie doglianze sulla non corrispondenza delle mansioni di cui ai provvedimenti di

trasferimento impugnati con la 'specifica' professionalità del medesimo quale responsabile dell'Area finanziaria;

5. per la cassazione di tale decisione ha proposto ricorso Isidoro Mistretta, affidando l'impugnazione ad otto motivi;

6. ha resistito con controricorso il Comune di Terrasini successivamente illustrato da memoria.

Considerato che:

1. con il primo motivo il ricorrente denuncia nullità della sentenza o del procedimento ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ. in relazione agli artt. 347 cod. proc. civ. e 123 *bis* delle disp. att. cod. proc. civ. in tema di acquisizione del fascicolo d'ufficio di primo grado;

2. con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. in relazione agli artt. 347 cod. proc. civ. e 123 *bis* delle disp. att. cod. proc. civ. in tema di acquisizione del fascicolo d'ufficio di primo grado nonché in relazione all'art. 116 cod. proc. civ. in tema di valutazione delle risultanze istruttorie;

3. con i suddetti due motivi si duole il ricorrente della mancata acquisizione del fascicolo d'ufficio di primo grado e dunque del mancato esame di due note depositate dal Comune in data 23 ottobre 2007 su ordine di esibizione del Tribunale ed acquisite a tale fascicolo d'ufficio;

4. i motivi sono infondati;

4.1. come da questa Corte già affermato (v. Cass. 7 agosto 2018, n. 20631; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1678; Cass. 19 gennaio 2010, n. 688; Cass. 29 marzo 2006, n. 7237; Cass. 21 aprile 1995, n. 4492) l'acquisizione del fascicolo d'ufficio è

affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice dell'impugnazione e ha funzione meramente sussidiaria, sicché l'omessa acquisizione, cui non consegue un vizio del procedimento di secondo grado né della relativa sentenza, bensì, al più, il vizio di difetto di motivazione, a condizione che si adduca che il giudice di appello avrebbe potuto o dovuto trarre dal fascicolo stesso elementi decisivi su uno o più punti controversi della causa, non rilevabili *aliunde* e specificamente indicati dalla parte interessata;

4.2. ed allora, anche a voler ritenere, al di là di quanto indicato nella rubrica dei motivi all'esame, che con gli stessi sia stata pure, in sostanza, censurata la motivazione della sentenza impugnata, tuttavia si ritiene che una siffatta doglianza non sia stata comunque proposta nei limiti ristretti ora consentiti per far valere vizi motivazionali, perché il ricorrente non lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo bensì sollecita una diversa valutazione delle risultanze istruttorie, non consentita in sede di legittimità;

4.3. peraltro il ricorrente non ha neppure trascritto nel loro contenuto le note che assume essere state acquisite agli atti del fascicolo d'ufficio (essendosi limitato a riportare, a pag. 44 del ricorso per cassazione, una personale sintesi di tale contenuto) al fine di consentire a questa Corte di valutare la decisività delle stesse;

5. con il terzo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. degli artt. 416 cod. proc. civ. e 437 cod. proc. civ., art. 2697 cod. civ.;



lamenta che la Corte territoriale avrebbe accolto le tesi difensive del Comune tardivamente sostenute in sede di gravame e così quella relativa alla dedotta falsa applicazione dell'art. 3 del c.c.n.l.;

6. il motivo è infondato;

6.1. risulta dallo stesso ricorso per cassazione (v. pagg. 11 e 12) oltre che dal controricorso (pagg. 6-8) che sin dalla costituzione nel giudizio di primo grado il Comune avesse sostenuto l'equivalenza delle mansioni specificamente deducendo che tutte le mansioni assegnate al Mistretta fossero riconducibili alla medesima categoria (D) del c.c.n.l. di riferimento e che pertanto le stesse, in quanto professionalmente equivalenti, fossero esigibili;

6.2. ciò porta a ritenere che il motivo di gravame in realtà fosse del tutto in linea con tale iniziale posizione e ad escludere che con l'atto di appello fosse stato violato il divieto di *'nova'*, ex art. 437 cod. proc. civ.;

6.3. non vi era stata, infatti, alcuna eccezione nuova ma neppure una contestazione in punto di fatto non esplicita in primo grado tale da modificare il tema di indagine (trasformando il giudizio di appello da *'revisio prioris instantiae'* in *'iudicium novum'*, estraneo al vigente ordinamento processuale) e da alterare la parità delle parti, essendosi il Comune appellante limitato a prospettare deduzioni volte alla contestazione dei fatti costitutivi e giustificativi allegati dalla controparte a sostegno della pretesa e che, come tali, solo corroboravano sul piano difensivo eccezioni già ritualmente formulate (v. Cass. 16

novembre 2012, n. 20157; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4854; Cass. 19 luglio 2018, n. 19274);

6.4. peraltro l'equivalenza formale degli incarichi ricoperti per effetto dei disposti trasferimenti è stata ritenuta un fatto pacifico ed infatti la Corte territoriale, senza specificamente porre a confronto le declaratorie contrattuali, ha sostenuto che lo stesso Mistretta non avesse giammai posto in discussione tale equivalenza;

7. omessa pronuncia ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ. in violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. in relazione alla proposta eccezione dell'appellato di inammissibilità delle difese avversarie in quanto tardive e di inammissibilità e tardività della documentazione prodotta in grado di appello ai sensi degli artt. 416 cod. proc. civ., 420 cod. proc. civ. e 437 cod. proc. civ.;

8. il motivo è da respingere;

8.1 va preliminarmente rilevato un profilo di inammissibilità in quanto il vizio di omissione di pronuncia non è configurabile su questioni processuali o di rito (v. Cass. 25 gennaio 2018, n. 1876; Cass. 11 ottobre 2018, n. 1876);

8.2. in ogni caso il motivo è assorbito per le ragioni evidenziate ai punti da 6.1. a 6.4. che precedono: la Corte territoriale non ha posto a base della decisione deduzioni tardivamente prospettate;

8.3. né si evince la rilevanza della documentazione che si assume tardivamente prodotta considerato che il ricorrente non indica di quali atti si trattasse e non offre elementi per consentire a questa Corte di valutare la decisività degli stessi;

9. con il quinto motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ. degli artt. 346 e 436 cod. proc. civ. in relazione alla affermata mancata riproposizione da parte dell'appellante delle allegazioni relative all'intento ritorsivo e di rappresaglia della dequalificazione operata dall'amministrazione;

10. il motivo è infondato;

10.1. la Corte d'appello ha correttamente ritenuto che non fosse stata riproposta la domanda volta ad accertare il comportamento ritorsivo;

10.2. dalla stessa memoria di costituzione in appello, riprodotta nel contenuto dal ricorrente per cassazione, si evince che vi era stata una ricostruzione della vicenda dell'avvenuta stabilizzazione degli Isu (che, a quanto si legge, aveva visto la ferma opposizione del Mistretta nel suo ruolo di Responsabile dell'Area Finanza e Contabilità) e che sulla stessa, "allegata e documentata come quale motivo di palese ritorsione nei confronti del lavoratore, in sede di memoria di costituzione in primo grado, il Comune non ha speso neppure una riga" ed ancora che era stato richiamato quanto evidenziato dal Mistretta in sede di ricorso di primo grado e nelle successive memorie, e cioè che "attraverso i trasferimenti punitivi attuati il Comune ha di fatto neutralizzato un dipendente palesemente scomodo, non disposto ad assecondare passivamente operazioni finanziarie contrarie alle norme di legge poste a tutela del patrimonio comunale";

10.3. tuttavia non si rileva che a detta narrazione in fatto fosse associata anche una specifica richiesta di pronuncia sul comportamento asseritamente ritorsivo, come tale esulante dalla

problematica del demansionamento (ed introducente un tema d'indagine di fatto completamente diverso, con l'onere della prova a carico del lavoratore), per esservi stata l'illiceità del motivo unico e determinante del trasferimento;

10.4. va ricordato che, come da questa Corte già affermato (v. Cass. 29 gennaio 2018, n. 2091), la parte vittoriosa in primo grado che abbia visto, però, respingere taluna delle sue tesi od eccezioni, ovvero alcuni dei suoi sistemi difensivi, pur non avendo l'onere di proporre appello incidentale per chiederne il riesame, è tenuta, comunque, a manifestare in maniera esplicita e precisa la propria volontà di riproporre la domanda o le eccezioni rigettate, onde superare la presunzione di rinuncia e, quindi, la decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ.;

10.5. peraltro la Corte territoriale, con ulteriore *ratio decidendi*, ha sottolineato che la dedotta illiceità della determinazione datoriale non emergesse dalla documentazione relativa alla tormentata vicenda amministrativa che non evidenziava alcun palese abuso del potere organizzativo del datore di lavoro;

11. con il sesto motivo il ricorrente denuncia omessa e insufficiente motivazione ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ. in ordine ad un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti;

lamentava che la Corte territoriale avrebbe del tutto trascurato di considerare l'intento ritorsivo e di rappresaglia sotteso al trasferimento ed alla dequalificazione del ricorrente;

12. il motivo è infondato per le stesse ragioni evidenziate ai punti da 10.1. a 10.5. che precedono;

12.1. in ogni caso non vi è stato alcun omesso esame avendo, come detto, la Corte territoriale esaminato la domanda anche sotto il profilo della illiceità del motivo posto a base della determinazione datoriale con motivazione che, pur sintetica, supera il 'minimo costituzionale' richiesto dall'art. 111, sesto comma Cost., individuabile nei casi, che si convertono in violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. 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', alla cui esclusiva verifica è attualmente circoscritto (oltre alla possibilità di deduzione del vizio di motivazione 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) il sindacato di legittimità sulla motivazione (Cass. 12 ottobre 2017, n. 23940);

12.2. sicché, a fronte di un percorso argomentativo a sostegno della decisione assunta, il mezzo di impugnazione consiste in un'evidente contestazione della valutazione probatoria del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità (Cass. 19 marzo 2009, n. 6694; Cass. 16 dicembre 2011, n. 27197; Cass. 4 novembre 2013, n. 24679; Cass. 10 giugno 2016, n. 11892);

13. con il settimo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 e 3 c.c.n.l. 31/3/1999 personale comparto Regioni Enti Locali;

rileva che la Corte territoriale non avrebbe fatto corretta applicazione delle disposizioni indicate e non avrebbe considerato che l'equivalenza formale delle mansioni non può spingersi al punto da rendere insindacabile lo svuotamento dell'attività lavorativa come avvenuto nel caso di specie;

14. il motivo è infondato;

14.1. non vi è dubbio che, come da questa Corte più volte affermato (v. Cass. 21 maggio 2009, n. 11835) in materia di pubblico impiego privatizzato, l'art. 52, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che sancisce il diritto alla adibizione alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o ad altre equivalenti, ha recepito - attese le perduranti peculiarità relative alla natura pubblica del datore di lavoro, tuttora condizionato, nell'organizzazione del lavoro, da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse - un concetto di equivalenza 'formale', ancorato alle previsioni della contrattazione collettiva (indipendentemente dalla professionalità acquisita) e non sindacabile dal giudice (v. Cass. 19 agosto 2001, n. 17396; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283; Cass., Sez. Un., 4 aprile 2008, n. 8740; v. anche le più recenti Cass. 26 marzo 2014, n. 7106; Cass. 19 agosto 2016, n. 17214; Cass. 16 luglio 2018, n. 18817);

14.2. resta, comunque, salva l'ipotesi che la destinazione ad altre mansioni abbia comportato il sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa;

trattasi di questione che, infatti, giova rimarcare, esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, integrando la diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego (v. Cass. 21 maggio 2009, n. 11835; Cass. 11 maggio 2010, n. 11405; Cass. 15 gennaio 2014, n. 687);

14.3. nella specie la Corte territoriale ha fatto corretta applicazione dei principi di cui al punto *sub* 14.1. che precede mentre non risulta che abbia formato oggetto di discussione tra le parti l'ipotesi di un eventuale svuotamento di mansioni, avendo i giudici di appello chiaramente evidenziato che l'unica doglianza posta dal Mistretta era stata quella della non corrispondenza delle mansioni di nuova assegnazione con la 'specificità' professionalità del medesimo quale Responsabile dell'Area Finanziaria;

14.4. è pur vero che il ricorrente, a pag. 44 del ricorso, assume che l'attività istruttoria svolta dinanzi al Tribunale avrebbe dimostrato che il medesimo era stato demansionato e addirittura relegato ad uno stato di inattività, tuttavia l'irrilevanza di tali emergenze processuali (peraltro prive di specifici riferimenti a modalità e tempi delle relative acquisizioni) si desume proprio dalle sopra evidenziate affermazioni della Corte d'appello, non idoneamente contrastate dal ricorrente;

15. con l'ottavo motivo il ricorrente denuncia omessa pronuncia ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ. e art. 112 cod. proc. civ. in relazione alla dedotta violazione dell'art. 22 l. n. 300/1970;

deduce che la Corte territoriale avrebbe erroneamente ritenuto che la sentenza di primo grado non avesse inteso attribuire alcuna rilevanza ai fini della decisione, implicitamente disattendendola, alla dedotta violazione dello Statuto dei

lavoratori in relazione all'obbligatorio rilascio del nulla-osta autorizzatorio da parte dell'organizzazione sindacale di appartenenza;

15. il motivo è inammissibile;

15.1. il ricorso per cassazione riproduce solo una parte del ricorso di primo grado e della memoria di costituzione in appello del Mistretta (v. pag. 48 nota 8) che però non consentono a questa Corte di verificare se, a fronte della denunciata adozione da parte del Comune dei provvedimenti di trasferimento in violazione dell'art. 22 dello Statuto dei lavoratori, fosse stata avanzata dinanzi al giudice di *prime cure*, e specificamente riproposta in appello, domanda di declaratoria di illegittimità per mancanza del nulla-osta;

15.2. peraltro a pag. 11 del ricorso per cassazione, ove sono riportate le conclusioni dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, non vi è alcun cenno ad un'autonoma domanda volta a far valere la violazione dell'art. 22;

15.3. il ricorrente neppure esplicita, in base al contenuto della sentenza del Tribunale (non trascritta nella parte eventualmente utile a reggere le censure, ancorché ne risulti indicata, a pag. 14 del ricorso per cassazione, la collocazione processuale), le ragioni per le quali la Corte territoriale avrebbe erroneamente ritenuto che, in tale sentenza, fosse stata implicitamente disattesa la dedotta violazione dell'art. 22 citato;

15.4. non è perciò configurabile il vizio di cui all'art. 112 cod. proc. civ. poiché non risulta che sia stata proposta la domanda su cui si assume l'omessa pronuncia;

16. da tanto consegue che il ricorso deve essere rigettato;

17. la regolamentazione delle spese segue la soccombenza;
18. deve darsi atto della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 13, co. 1 *quater*, d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento, in favore del Comune controricorrente, delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in euro 200,00 per esborsi ed euro 4.500,00 per compensi professionali oltre accessori di legge e rimborso forfetario in misura del 15%.

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

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 9 maggio 2019.

