

Civile Ord. Sez. L Num. 27932 Anno 2020

Presidente: TORRICE AMELIA

Relatore: MAROTTA CATERINA

Data pubblicazione: 07/12/2020

ORDINANZA

sul ricorso 1960-2015 proposto da:

BELLIN VIA MATTEO, BALLARINO GIUSEPPE, BARCA
ANTONINO, BERTINO GRAZIELLA, BUCOLO CARMELO,
CANNULI FRANCESCO, CATALANO MARGHERITA, CATANIA
SALVATORE, CRISAFULLI CONCETTO, DE GRAZIA LETTERIA,
DE PASQUALE FRANCESCO, FLORAMO CONCETTA, LA SPADA
ROCCO, MAIORANA ROSA BIAGIA, MAIORANA SANTO,
MANDANICI ANNA, MANURI SANTINO, MIRAGLIA ROSALIA,
MUNAFO' NATALE, PINO FRANCESCO, PIRRI DIEGO
CARMELO, PREVITI GIOVANNA, SALAMONE ANTONINO, tutti
elettivamente domiciliati in ROMA, VIA F. CORRIDONI

2020

1904

23, presso lo studio dell'avvocato ENZO ANTONUCCI,
rappresentati e difesi dall'avvocato MAURIZIO RAO;

- ricorrenti principali -

contro

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI MESSINA, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIANGIACOMO
PORRO, 26, presso lo studio dell'avvocato CESARE
SANZI, rappresentata e difesa dall'avvocato
GIOVANNI MONFORTE;

- controricorrente - ricorrente incidentale -

nonchè contro

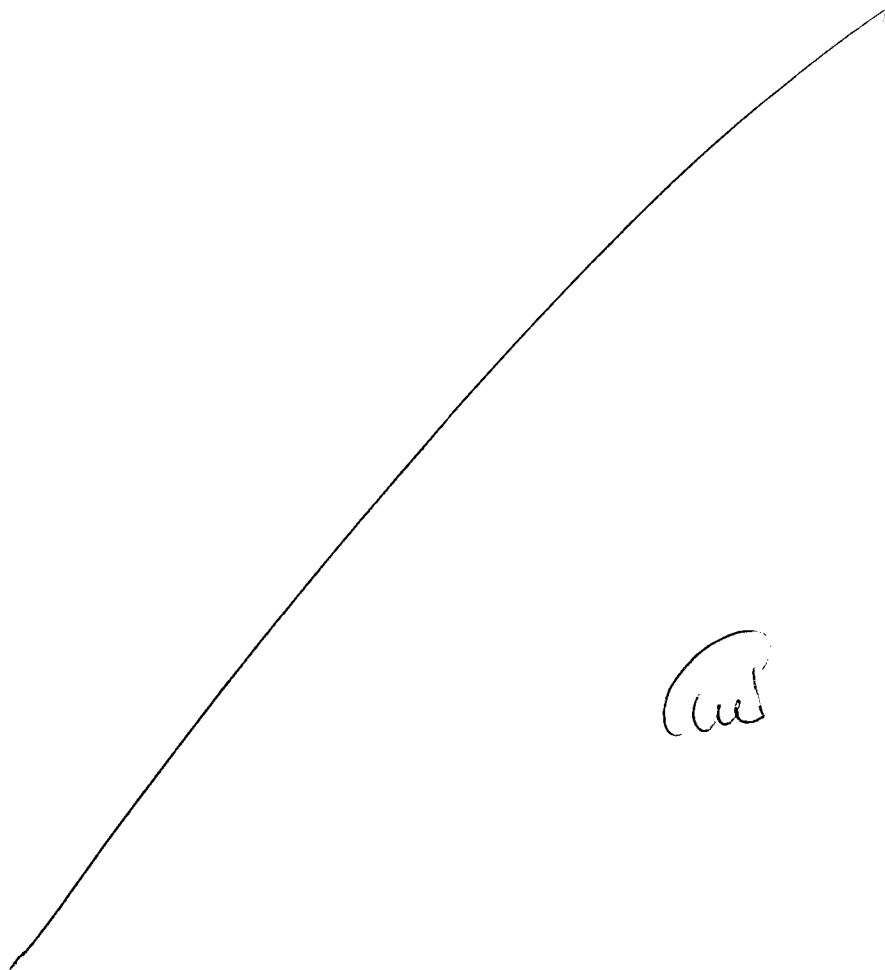
BELLINVIA MATTEO, BALLARINO GIUSEPPE, BARCA
ANTONINO, BERTINO GRAZIELLA, BUCOLO CARMELO,
CANNULI FRANCESCO, CATALANO MARGHERITA, CATANIA
SALVATORE, CRISAFULLI CONCETTO, DE GRAZIA LETTERIA,
DE PASQUALE FRANCESCO, FLORAMO CONCETTA, LA SPADA
ROCCO, MAIORANA ROSA BIAGIA, MAIORANA SANTO,
MANDANICI ANNA, MANURI SANTINO, MIRAGLIA ROSALIA,
MUNAFO' NATALE, PINO FRANCESCO, PIRRI DIEGO
CARMELO, PREVITI GIOVANNA, SALAMONE ANTONINO;

- ricorrenti principali - controricorrenti

incidentali -

avverso la sentenza n. 2352/2013 della CORTE
D'APPELLO di MESSINA, depositata il 09/01/2014
R.G.N. 251/2009;

udita la relazione della causa svolta nella camera
di consiglio del 30/09/2020 dal Consigliere Dott.
CATERINA MAROTTA.



Rilevato che:

1. la Corte d'appello di Messina, in accoglimento dell'impugnazione dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina, respingeva la domanda proposta con separati ricorsi - successivamente riuniti - dagli odierni ricorrenti, infermieri professionali, intesa ad ottenere il pagamento delle differenze retributive per la progressione economica di cui all'art. 30, comma 1 lett. *b* del c.c.n.l. 1998/2001, asseritamente attivata con la stipula del contratto collettivo integrativo aziendale del 24/5/2001 in base al quale, a decorrere dall'1/1/2002, sarebbero dovuti avvenire i passaggi alla fascia superiore;

il giudice di primo grado aveva accolto la domanda dopo aver disposto consulenza contabile e verificato che non vi fossero ostacoli al riconoscimento della pretesa in relazione alle disponibilità economiche del fondo di cui all'art. 39 del c.c.n.l. 1998/2001, sussistendo già nel 2002 le somme sufficienti per attribuire a tutti i ricorrenti l'incremento di fascia per il biennio 2002 e 2003;

proponeva impugnazione l'ASP "contestando le conclusioni cui era giunto il consulente", "ritenendo comunque impossibile pretendere l'applicazione dell'accordo dall'1/1/2002 sulla base di un accordo integrativo del 24/5/2001 ed in base ad una situazione residuale del fondo ex art. 39 al 31/12/2002", assumendo "la correttezza del bilancio al 31/12/2002 il cui estratto dimostrava una situazione negativa ai fini dell'attribuzione di una fascia", contestando, poi, la pronuncia "nella parte in cui era stato ritenuto che gli incrementi di fascia potessero essere erogati a pioggia nei confronti di tutti i ricorrenti";

la Corte territoriale, pur dando atto che, contrariamente alla tesi dell'ASP, vi fosse la prova dell'esistenza di somme utili per il finanziamento delle fasce retributive, riteneva risolutiva la circostanza che l'attribuzione della fascia orizzontale superiore potesse essere riconosciuta solo all'esito di una procedura che, tenendo conto di tutti gli elementi indicati dalla contrattazione, individuasse i soggetti destinatari del relativo incremento e definisse l'entità dell'attribuzione economica, esclusa essendo ogni possibilità di automatismo;

evidenziava che i ricorrenti avrebbero potuto solo esercitare un'azione risarcitoria in relazione al non corretto comportamento dell'azienda, con conseguenti diversi oneri probatori, e che, invece, non sussistesse alcun

diritto all'aumento direttamente scaturente dalla norma invocata che prevedeva solo la possibilità di incremento condizionata all'espletamento della prevista procedura;

2. i dipendenti hanno proposto ricorso per la cassazione della sentenza, affidato a tre motivi;

3. l'ASP di Messina ha resistito con controricorso e formulato, altresì, ricorso incidentale affidato a due motivi cui i ricorrenti principali hanno resistito con controricorso;

4. entrambe le parti hanno depositato memorie.

Considerato che:

1. con il primo motivo i ricorrenti principali denunciano violazione o falsa applicazione dell'art. 345, comma 2, cod. proc. civ.;

censurano la sentenza impugnata per avere, da un lato, confermato l'accertamento svolto dal giudice di *prime cure* quanto alla sussistenza delle disponibilità finanziarie del fondo ex art. 39 c.c.n.l. 1998/2001 e, dall'altro, vanificato le pretese dei ricorrenti accogliendo una eccezione formulata dalla difesa dell'AUSL solo in appello e quindi tardivamente;

rilevano che di tale eccezione non vi era traccia nella comparsa di costituzione dell'Azienda in primo grado;

2. con il secondo motivo i ricorrenti principali denunciano violazione o falsa applicazione dell'art. 342, comma 2, cod. proc. civ.;

sostengono che la Corte territoriale ha accolto l'impugnazione dell'ASP sulla base di una eccezione nuova in appello e definita dalla stessa Corte marginale e di riflesso generica, così sostituendosi alla parte appellante nella creazione del motivo di appello e che ciò costituisce fatto aberrante sotto il profilo processualistico, specie alla luce delle nuove stringenti maglie fissate dal così detto filtro in appello;

3. con il terzo motivo i ricorrenti principali denunciano violazione o falsa applicazione delle norme del c.c.n.l. 1998/2001 comparto sanità (artt. 30, 35 e 39) e delle norme del c.c.i.a. area comparto 1998/2001 (artt. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27);

censurano la sentenza impugnata per la ricostruzione e la lettura delle norme contrattuali (peraltro in modo autonomo e non su impulso di parte appellante);

criticano la decisione della Corte territoriale laddove ha ritenuto "né certa né determinabile" la somma da attribuire per le progressioni economiche atteso che sono le stesse norme contrattuali a prevedere l'automatismo dell'attribuzione alla fascia superiore ogni qualvolta le risorse presenti nel fondo siano sufficienti ad erogare la fascia a tutti i lavoratori dell'Azienda sanitaria;

contestano la lettura del contratto integrativo aziendale operata dalla Corte territoriale e sostengono che la selezione è strettamente funzionale a garantire l'attribuzione delle progressioni nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, con la conseguenza di non risultare necessaria tutte le volte i cui tali risorse siano, come nella specie, sufficienti a garantire la progressione;

4. con il primo motivo di ricorso incidentale l'ASP di Messina denuncia la violazione dell'art. 342, comma 1, cod. proc. civ. nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012;

censura la sentenza impugnata per aver definito marginale il motivo di appello dell'ASP poi accolto;

5. con il secondo motivo ricorso incidentale l'ASP denuncia la violazione e falsa applicazione delle norme del c.c.n..l. e del c.c.i.a. nonché omesso esame;

sostiene che l'esistenza o la disponibilità o meno delle risorse andava accertata alla data del 31 dicembre 2001 e che per fare tale accertamento andavano utilizzate in primo luogo le risultanze del bilancio consuntivo dell'azienda e solo quando tali risultanze fossero state ritenute errate si sarebbe potuto disapplicare il bilancio e procedere ex novo in luogo dell'azienda a determinare il fondo ex art. 39;

6. i primi due motivi del ricorso principale sono inammissibili in quanto formulati senza il necessario rispetto degli oneri di specificazione e di allegazione di cui agli artt. 366 n. 6 e 369 n. 4 cod. proc. civ., perché non riportano, quantomeno nelle parti essenziali, il contenuto degli atti processuali rilevanti, non prodotti in questa sede e rispetto ai quali non vengono fornite

indicazioni in ordine alla loro allocazione nei fascicoli d'ufficio dei diversi gradi del giudizio di merito o nei fascicoli di parte;

occorre al riguardo rammentare che, anche qualora venga dedotto un *error in procedendo*, rispetto al quale la Corte è giudice del «fatto processuale», l'esercizio del potere/dovere di esame diretto degli atti è subordinato al rispetto delle regole di ammissibilità e di procedibilità stabilite dal codice di rito, in nulla derogate dall'estensione ai profili di fatto del potere cognitivo del giudice di legittimità (Cass., Sez. Un., 22 maggio 2012, n. 8077);

la parte, quindi, non è dispensata dall'onere imposto dall'art. 366 n. 6 cod. proc. civ. di indicare in modo specifico i fatti processuali alla base dell'errore denunciato e di trascrivere nel ricorso gli atti rilevanti, non essendo consentito il rinvio *per relationem* agli atti del giudizio di merito, perché la Corte di Cassazione, anche quando è giudice del fatto processuale, deve essere posta in condizione di valutare *ex actis* la fondatezza della censura e deve procedere solo ad una verifica degli atti stessi non già alla loro ricerca (v., fra le più recenti, Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2019, n. 34469; Cass., Sez. Un., 25 luglio 2019, n. 20181; Cass. 5 agosto 2019, n. 20924);

è necessario, inoltre, che il ricorrente assolva al distinto onere previsto, a pena di improcedibilità, dall'art. 369 n. 4 cod. proc. civ., indicando la sede nella quale l'atto processuale è reperibile, perché l'art. 366 cod. proc. civ., come modificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 40 del 2006, richiede che al giudice di legittimità vengano forniti tutti gli elementi necessari per avere la completa cognizione della controversia, senza necessità di accedere a fonti esterne, mentre la produzione è finalizzata a permettere l'agevole reperibilità del documento o dell'atto la cui rilevanza è invocata ai fini dell'accoglimento del ricorso (fra le tante, sulla non sovrapposibilità dei due requisiti, Cass. 28 settembre 2016, n. 19048);

a tanto i ricorrenti non hanno provveduto, pur avendo fondato entrambe le censure sul contenuto di atti processuali (appello, memoria difensiva dell'AUSL 5 di Messina depositata nel giudizio di primo grado) dai quali si sarebbe evinta la tardività dell'eccezione formulata dall'azienda solo in sede di giudizio di secondo grado e comunque la genericità della stessa;

peraltro si trattava di verificare (anche *ex officio*) la presenza di tutti i presupposti per il riconoscimento del preteso diritto;

si ricorda che, nel processo civile, le eccezioni in senso lato consistono nell'allegazione o rilevazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., con cui sono opposti nuovi fatti o temi di indagine non compresi fra quelli indicati dall'attore e non risultanti dagli atti di causa: esse si differenziano dalle mere difese, che si limitano a negare la sussistenza o la fondatezza della pretesa avversaria, sono rilevabili d'ufficio - non essendo riservate alla parte per espressa previsione di legge o perché corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva - e sono sottratte al divieto stabilito dall'art. 345, comma 2, cod. proc. civ., sempre che riguardino fatti principali o secondari emergenti dagli atti, dai documenti o dalle altre prove ritualmente acquisite al processo e anche se non siano state oggetto di espressa e tempestiva attività assertiva (cfr., *ex multis*, tra le più recenti Cass. 6 maggio 2020, n. 8525);

7. è da respingere il terzo motivo del ricorso principale;

7.1. tale motivo è innanzitutto inammissibile laddove è denunciata come violazione di legge l'errata e falsa applicazione del contratto collettivo integrativo aziendale;

la giurisprudenza di questa Corte, infatti, è consolidata nell'affermare che la regola posta dall'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, che consente di denunciare direttamente in sede di legittimità la violazione o falsa applicazione dei contratti ed accordi collettivi, deve intendersi limitata ai contratti ed accordi nazionali di cui all'art. 40 del predetto d.lgs., con esclusione dei contratti integrativi contemplati nello stesso articolo, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria (v. Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3681; Cass. 9 giugno 2017, n. 14449), ora nei ristretti limiti imposti dal novellato n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., così come rigorosamente interpretato da Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054;

si è anche precisato al riguardo che la violazione delle regole di ermeneutica contrattuale non può dirsi esistente sul semplice rilievo che il giudice di merito abbia scelto una piuttosto che un'altra tra le molteplici interpretazioni del testo negoziale, sicché, quando di una clausola siano possibili due o più interpretazioni, non può la parte, che aveva proposto l'interpretazione disattesa dal giudice, limitarsi a denunciare in sede di legittimità il fatto che ne sia stata privilegiata un'altra (Cass. 10 maggio 2018, n. 11254), occorrendo, invece, che il ricorrente, oltre a fare esplicito riferimento alle norme asseritamente violate ed ai principi in esse contenuti, precisi in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia dagli stessi discostato (cfr. fra le più recenti Cass. 11 novembre 2017, n. 27136);

nel caso di specie i ricorrenti, senza denunciare espressamente la violazione di precise regole di ermeneutica contrattuale, si sono limitati ad opporre all'interpretazione della Corte territoriale una propria lettura delle disposizioni di cui al contratto integrativo aziendale (ed in particolare degli artt. 22, 23, 24 e 25, peraltro neppure trascritti integralmente in ricorso) asseritamente più coerenti con la 'logica sistematica' ed a sostenere che l'intento delle parti contraenti sarebbe stato quello di prevedere l'espletamento delle procedure selettive solo qualora le disponibilità finanziarie non fossero state sufficienti a garantire la progressione di tutti i dipendenti interessati;

si tratta, però, di mera contrapposizione interpretativa inidonea a scalfire il ragionamento della Corte di merito basato sulla indefettibilità dell'attivazione delle procedure selettive, disciplinate dal contratto collettivo integrativo quanto a modalità e criteri, al fine di ottenere il beneficio economico previsto per fascia di appartenenza finale, che solo avrebbe consentito di conseguire il risultato di una corretta distribuzione delle somme disponibili (ragionamento, peraltro, coerente con le previsioni di cui al c.c.n.l., v. *infra*);

7.2. per il resto il motivo è infondato;

la contrattazione collettiva ha disciplinato in norme distinte i criteri per la progressione economica orizzontale (art. 35) e le modalità di finanziamento

delle fasce retributive, delle posizioni organizzative, della parte comune dell'ex indennità di qualificazione professionale e dell'indennità professionale specifica (art. 39);

nella scelta delle parti contraenti il collegamento tra gli uni e le altre è nel senso che le aziende devono pianificare le progressioni tenendo conto delle risorse presenti nel fondo - a consuntivo - al 31 dicembre di ciascun anno precedente e che il numero dei dipendenti che acquisiscono la fascia economica secondo le procedure descritte nell'art. 35 è stabilito in funzione delle risorse finanziarie disponibili;

questo, però, non vuol dire che in caso di capienza del Fondo idonea a soddisfare le esigenze di tutti i dipendenti teoricamente interessati alle progressioni si possa prescindere dal percorso selettivo specificamente individuato;

del resto, nel rapporto di pubblico impiego, l'istituto della progressione economica orizzontale è uno degli strumenti organizzativi cardine del processo di riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con l'obiettivo del miglioramento dell'efficienza ed efficacia dei servizi;

esso si fonda essenzialmente sul sistema premiante connesso alla valutazione dell'apporto individuale passato e potenziale del lavoratore;

l'effetto di tale progressione è di consentire, al lavoratore meritevole, una carriera economica mediante incrementi di posizione retributiva senza alcun mutamento delle mansioni;

così, attraverso l'istituto della progressione economica orizzontale si riconoscono differenziali retributivi, a parità di mansioni, fondati sull'effettivo valore della prestazione in base a criteri meritocratici e non esclusivamente su elementi automatici, come l'anzianità di servizio, da attribuire solo a una percentuale limitata di lavoratori valutati come i migliori;

il tutto, evidentemente, nel rispetto delle disponibilità di bilancio;

le indicate disposizioni della contrattazione collettiva non hanno fatto altro che sviluppare tali principi, prevedendo, da un lato, criteri di valutazione e di selezione dei lavoratori meritevoli per l'attribuzione dei benefici economici premianti (secondo un sistema da attivarsi con la stipulazione del contratto

collettivo integrativo) e, dall'altro, fissando il limite delle disponibilità del Fondo;

tanto emerge chiaramente dal contenuto dell'art. 35 del c.c.n.l. 1998-2001 che, al primo comma, ha previsto che la progressione economica prevista dall'art. 30, comma 1 lett. b) del medesimo c.c.n.l., da effettuarsi nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31 comma 3 e nel limite delle risorse finanziarie esistenti e disponibili nel fondo di cui all'art. 39, deve essere svolta con i seguenti criteri (da integrare in sede di contrattazione integrativa): a) per i passaggi alla prima, seconda e terza fascia retributiva, previa valutazione selettiva in base ai risultati ottenuti, alle prestazioni rese con più elevato arricchimento professionale, all'impegno e alla qualità della prestazione individuale; b) per i passaggi all'ultima fascia di ciascuna categoria, previa valutazione selettiva basata sugli elementi di cui al precedente punto a), utilizzati anche disgiuntamente, che tengano conto: - o del diverso impegno, manifestato anche in attività di tutoraggio e di inserimento lavorativo dei neo assunti, della qualità delle prestazioni svolte, con particolare riferimento ai rapporti con l'utenza;- o del grado di coinvolgimento nei processi aziendali, di capacità di adattamento ai cambiamenti organizzativi, di partecipazione effettiva alle esigenze di flessibilità, con disponibilità dimostrata ad accettare forme di mobilità programmata per l'effettuazione di esperienze professionali plurime collegate alle tipologie operative del profilo di appartenenza; - o dell'iniziativa personale e della capacità di proporre soluzioni innovative o migliorative dell'organizzazione del lavoro ovvero richiedano la definizione in piena autonomia di atti aventi rilevanza esterna;

trattasi, come è evidente, della previsione di una procedura selettiva imprescindibile e rispetto alla quale le disponibilità di bilancio fungono solo da limite esterno;

8. da tanto consegue che il ricorso principale deve essere rigettato;

9. nel rigetto di tale ricorso è assorbito l'esame del ricorso incidentale dell'ASP di Messina;

ed infatti una volta respinto il ricorso principale (con conseguente conferma della sentenza d'appello che, in riforma della decisione di primo

grado, ha respinto le domande degli originari ricorrenti) l'interesse della controricorrente deve ritenersi venuto meno, non sussistendo la possibilità di una pronuncia in suo danno;

10. in applicazione del principio della soccombenza i ricorrenti vanno condannati al pagamento, in favore dell'ASP di Messina, delle spese del presente giudizio di legittimità;

11. ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla l. 24.12.12 n. 228, deve darsi atto, ai fini e per gli effetti precisati da Cass., Sez. Un., n. 4315/2020, della ricorrenza delle condizioni processuali previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale, assorbito l'incidentale; condanna i ricorrenti principali al pagamento, in favore dell'ASP di Messina, delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in euro 200,00 per esborsi ed euro 10.000,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge e rimorso forfetario in misura del 15%.

Ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater* dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti principali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-*bis*, se dovuto.

Roma, così deciso nella Adunanza Camerale del 30 settembre 2020.

