

udito l'Avvocato [REDACTED];

udito l'Avvocato [REDACTED].

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'Appello di Roma, adita dall'Azienda Unita' Sanitaria Locale di [REDACTED], ha riformato la sentenza del Tribunale che aveva accolto il ricorso di [REDACTED] e degli altri litisconsorti indicati in epigrafe, tutti dirigenti medici, ed aveva condannato la Ausl a corrispondere le differenze di retribuzione di posizione, calcolate sulla base dei parametri indicati negli atti deliberativi aziendali, nonche' l'indennita' di pronta disponibilita' nella misura di Euro 41,32 per ciascun turno, superiore a quella stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale.

2. La Corte territoriale, per quel che ancora rileva in questa sede, ha premesso che i dirigenti medici avevano agito in giudizio ponendo a fondamento della domanda, oltre alla disciplina dettata dalla contrattazione collettiva, le Delib. n. 1822 del 1998 e Delib. n. 3265 del 2001, con le quali l'Azienda aveva graduato le posizioni dirigenziali, individuando il relativo trattamento accessorio. Nel ricorso, peraltro, non erano state fornite indicazioni in ordine agli incarichi ricoperti, alla natura ed alla durata degli stessi, e pertanto la domanda, per cio' solo, doveva essere disattesa, in quanto il dirigente medico con oltre cinque anni di attivita' non ha alcun diritto soggettivo al conferimento di uno degli incarichi previsti dall'articolo 27 del CCNL, diverso da quello professionale. Il consulente tecnico d'ufficio aveva quantificato le somme dando atto della carenza delle allegazioni contenute nell'atto introduttivo ed aveva riconosciuto agli originari ricorrenti l'importo della retribuzione di posizione variabile prevista dalle delibere aziendali solo dopo avere acquisito presso la Asl documentazione ed atti deliberativi non prodotti dalle parti, inerenti sia ai criteri di determinazione dell'indennita' che alla posizione dei ricorrenti.

3. Quanto all'indennita' di pronta disponibilita' il giudice d'appello ha rilevato che con Delib. 21 luglio 1999, n. 1873 l'importo unitario era stato elevato rispetto alla quota minima prevista dal c.c.n.l. ma a condizione che ci fosse la necessaria capienza finanziaria, condizione pacificamente non verificatasi nel periodo 2001/2011. La Corte romana ha escluso che l'elemento accidentale del contratto potesse essere qualificato meramente potestativo, e come tale affetto da nullita', perche' la capienza del fondo e' legata a fattori estrinseci, variabili, contingenti ed imponderabili e non deriva da un'esclusiva ed arbitraria scelta dell'amministrazione.

4. Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso i litisconsorti indicati in epigrafe sulla base di quattro motivi, ai quali ha opposto difese la AUSL di [REDACTED].

5. Con nota del 17 luglio 2019 la controricorrente, che gia' nel controricorso aveva rappresentato l'avvenuta definizione in sede transattiva della controversia quanto alla retribuzione di posizione, ha depositato verbali di conciliazione sottoscritti da alcuni ricorrenti, all'esito di accordi raggiunti in sede

sindacale in date 24 novembre e 1 dicembre 2016. Ulteriori atti conciliativi sono stati depositati in copia dall'Azienda il 5 dicembre 2019 ed in allegato alla memoria illustrativa ex articolo 378 c.p.c..

6. A loro volta i ricorrenti, nella memoria del 12 novembre 2019, hanno dato atto dell'avvenuta definizione della lite, quanto alla domanda volta ad ottenere la riliquidazione della retribuzione di posizione, e la dichiarazione e' stata ribadita da entrambe le parti nel corso della discussione orale.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia" ed assumono che la Corte territoriale non ha adeguatamente considerato che la AUSL di ██████████ con la Delib. n. 1882 del 1998, invocata dai dirigenti medici sin dal ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, aveva provveduto a graduare gli incarichi dirigenziali, quantificando fra un minimo ed un massimo la retribuzione di posizione variabile aziendale. Il Tribunale, sulla scorta della consulenza tecnica d'ufficio, aveva riconosciuto il diritto degli originari ricorrenti, privi di un incarico formale di natura professionale, a percepire le differenze fra la misura minima indicata nella richiamata deliberazione ed il compenso erogato dall'azienda.

2. La seconda censura addebita alla sentenza impugnata "violazione ed errata applicazione delle norme di diritto - articoli 13 e 27 CCNL. dirigenza medica - articolo 3 Regolamento incarichi dirigenziali Asl di ██████████ - Decreto Legislativo n. 502 del 1992, articolo 15, comma 4 - omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione". Si sostiene che il giudice d'appello non ha considerato che, sulla base delle disposizioni di legge e contrattuali richiamate nella rubrica il datore di lavoro pubblico ha l'obbligo di attribuire un incarico di natura professionale al dirigente medico e pertanto il diritto a percepire i maggiori importi indicati nella Delib. n. 1822 del 1998 non poteva essere escluso per il fatto che i dirigenti medici avevano svolto solo in via di fatto l'incarico medesimo.

3. Il terzo motivo denuncia, oltre al vizio motivazionale, la violazione ed errata applicazione degli articoli 1312, 1355, 1358, 2697 c.c., nonché dell'articolo 51 CCNL dirigenza medica. Assumono i ricorrenti che l'indisponibilità del fondo sul quale grava l'indennità di pronta disponibilità doveva essere provata dall'Azienda, che si era solo limitata ad eccepire l'incapienza, senza dimostrarla. Aggiungono che il giudice d'appello erroneamente ha escluso il carattere meramente potestativo della condizione posta dal regolamento aziendale, atteso che l'ammontare dei fondi dipende non da fattori estranei, bensì dall'attività di programmazione contabile del datore di lavoro pubblico. Sostengono che qualora al contratto venga apposto un canone di correttezza e buona fede e, pertanto, la Asl avrebbe dovuto dimostrare, non solo la mancata realizzazione della condizione, ma anche che la circostanza non era dipesa da una causa imputabile alla stessa Azienda. Infine ribadiscono che l'appellante non aveva assolto all'onere della prova sulla stessa gravante, perché non aveva in alcun modo dimostrato che l'ammontare del fondo aziendale non consentisse di corrispondere l'indennità nell'importo maggiorato previsto dalla contrattazione integrativa.

4. Con il quarto motivo i ricorrenti tornano a denunciare il vizio motivazionale e si dolgono della violazione ed errata applicazione dell'articolo 17 c.c.n.l. area dirigenza medica 3/11/2005, con il quale

e' stato disapplicato l'articolo 20 del c.c.n.l. 5/12/1996, che collegava la misura dell'indennita' "ai limiti del fondo annuale". Sostengono che la disposizione di riferimento andava individuata nell'articolo 51 del c.c.n.l. 8/6/2000 che, al comma 4, consente alla contrattazione integrativa di rideterminare l'importo dell'indennita' di pronta disponibilita', fissata nella quota minima di Lire 40.000, integrando il fondo per il trattamento accessorio oppure destinando i relativi risparmi alla maggiorazione. Di questa facolta' l'Azienda si era avvalsa e pertanto era tenuta a corrispondere l'importo previsto nel regolamento aziendale.

5. Deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere limitatamente ai primi due motivi di ricorso, riguardanti la retribuzione di posizione, in ordine alla quale le parti hanno dichiarato, nelle memorie ex articolo 378 c.p.c. e nel corso della discussione orale, di avere raggiunto un accordo transattivo, preceduto da intese sindacali.

Le Sezioni Unite hanno recentemente affermato che "nel caso in cui nel corso del giudizio di legittimita' le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, la Corte deve dichiarare cessata la materia del contendere, con conseguente venir meno dell'efficacia della sentenza impugnata, non essendo inquadrabile la situazione in una delle tipologie di decisione indicate dall'articolo 382 c.p.c., comma 3, articolo 383 c.p.c. e articolo 384 c.p.c. e non potendosi configurare un disinteresse sopravvenuto delle parti per la decisione sul ricorso e, quindi, una inammissibilita' sopravvenuta dello stesso" (Cass. S.U. 11 aprile 2018 n. 8980).

Il principio opera anche nell'ipotesi in cui la cessazione della materia del contendere, riferendosi solo ad una delle domande azionate, spieghi effetti limitatamente ad uno o piu' motivi di ricorso, perche' egualmente, in tal caso, non e' predicabile un disinteresse sopravvenuto delle parti le quali "vogliono che sul ricorso si decida e postulano che lo si faccia....dando atto che sulla materia da esso dedotta davanti alla Corte...e' intervenuto a regolare la situazione fra le parti l'accordo negoziale, individuato o meno che sia".

6. Il terzo ed il quarto motivo, da trattare unitariamente in ragione della loro connessione logico-giuridica, sono infondati.

Occorre premettere che il Decreto del Presidente della Repubblica n. 384 del 1990, articolo 110 nell'affermare la perdurante vigenza delle indennita' previste dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 270 del 1987, articolo 82 al comma 6 fissava in Lire 40.000 lorde l'importo di quella di pronta disponibilita'.

6.1. Il CCNL 5.12.1996 per la dirigenza medica e veterinaria del Servizio Sanitario Nazionale, all'articolo 20, disciplinava il servizio di pronta disponibilita', prevedendo, al comma 5, che lo stesso desse diritto alla corresponsione, per ogni dodici ore, di un'indennita', della quale non quantificava l'ammontare, precisando solo, al comma 6, che al pagamento del compenso si doveva provvedere con il fondo disciplinato dall'articolo 62 dello stesso contratto.

Quest'ultima disposizione, oltre ad indicare le modalita' di costituzione del fondo e le finalita' dello stesso, stabiliva che "la misura dell'indennita' di pronta disponibilita', ai sensi dell'articolo 20, comma 5, viene rideterminata - rispetto al valore indicato nel Decreto del Presidente della Repubblica n. 384

del 1990, articolo 110, comma 6 - in sede di contrattazione decentrata in base ai modelli organizzativi adottati per la ristrutturazione aziendale, nei limiti del fondo annuale di cui al comma 1".

6.2. In questo contesto e' intervenuta la deliberazione n. 1873 del 21 luglio 1999 con la quale la ASL di ████████, nell'adottare il regolamento per l'Area della dirigenza medica e veterinaria, all'articolo 49 ha previsto che "ai sensi dell'articolo 62, comma 6 del CCNL il compenso per ogni turno di disponibilita' intero viene stabilito nella misura minima di Lire 80.000 purché sia compatibile l'onere complessivo con le disponibilita' del relativo fondo cui fa carico".

6.3. Successivamente con il CCNL 8.6.2000, articolo 51, le parti collettive hanno confermato il fondo previsto dal richiamato articolo 62, fissandone l'ammontare in quello consolidato al 31.12.1997, ed al comma 4 hanno previsto che "la contrattazione integrativa, in base ai modelli organizzativi adottati dall'azienda con riguardo alla razionalizzazione dell'orario di lavoro, servizi di guardia medica e pronta disponibilita' che abbiano carattere di stabilita', potrà integrare il fondo di cui all'articolo 50 ovvero destinare i relativi risparmi a rideterminare l'importo dell'indennita' di pronta disponibilita', fissato nella quota minima di Lire 40.000".

6.4. Sulla materia della pronta disponibilita' e', poi, intervenuto il CCNL 3.11.2005 che, all'articolo 17, ha rivisto la disciplina "sostanziale" dell'istituto, disapplicando l'articolo 20 del CCNL 5.12.1996, ed ha stabilito che al pagamento dell'indennita' si dovesse provvedere con il fondo per il trattamento accessorio legato alle condizioni di lavoro disciplinato dall'articolo 55, che a sua volta rinvia all'articolo 51 del già richiamato CCNL 8.6.2000, di cui conferma, in particolare, il comma 4 relativo all'ammontare della indennita' di pronta disponibilita' ed ai poteri concessi al riguardo alla contrattazione integrativa.

7. La contrattazione collettiva nazionale succedutasi nel tempo, pur consentendo alla contrattazione integrativa di rideterminare in aumento l'importo dell'indennita' di pronta disponibilita', ha sempre condizionato l'esercizio di detto potere alle disponibilita' del fondo aziendale destinato a far fronte al relativo onere, perché chiaro in tal senso e' l'articolo 62, comma 6, del CCNL 5.12.1996, al quale l'articolo 51 del CCNL 8.6.2000 espressamente rinvia, con la conseguenza che il potere conferito alla contrattazione integrativa dal comma 4 trova anche in tal caso un limite nella complessiva disponibilita' del fondo in questione, fissata inderogabilmente "nell'ammontare consolidato al 31.12.1997" (CCNL 6.6.2000) ed al 31.12.2001 (CCNL 3.11.2005).

8. Al riguardo occorre evidenziare che il principio di conservazione di cui all'articolo 1367 c.c. impone di interpretare le clausole contrattuali rifuggendo da esegesi che potrebbero determinare l'invalidita' o l'inefficacia della disposizione, sicché nella fattispecie l'interpretazione va condotta alla luce dei principi fissati dal Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 40 che, a partire dalla sua versione originaria e sino alla riscrittura operata dal Decreto Legislativo n. 150 del 2009, al comma 3, dopo avere imposto alle pubbliche amministrazioni l'obbligo del rispetto dei vincoli di bilancio, prevedeva che le stesse non potessero sottoscrivere contratti integrativi in contrasto con le previsioni

dei contratti nazionali o comportanti oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.

9. La Corte territoriale ha correttamente ritenuto che l'aumento dell'indennita' di pronta disponibilita' fissato dalla Delib. n. 1873 del 1999 fosse condizionato alla disponibilita' del fondo, e che, pertanto, i ricorrenti non potessero rivendicare il pagamento del maggior importo, non essendosi realizzata, nel periodo oggetto di causa, la condizione sospensiva.

Il ricorso, nella parte in cui addebita alla sentenza impugnata di avere erroneamente posto a carico dei dirigenti medici l'onere della prova, che Invece gravava sull'Azienda, non coglie pienamente la ratio della decisione, perche' il giudice d'appello non ha deciso la controversia facendo applicazione della regola residuale fissata dall'articolo 2697 c.c., bensì ha ritenuto dimostrata l'incapienza del fondo per effetto della non contestazione delle difese della ASL inerenti l'assenza di adeguate risorse (pag. 13, punto 16).

Al riguardo va rammentato che nel giudizio di legittimita' la violazione dell'articolo 2697 c.c. puo' essere denunciata ex articolo 360 c.p.c., n. 3 solo qualora il giudice del merito, a fronte di un quadro probatorio incerto, abbia fondato la soluzione della controversia sul principio *attore non probante reus absolvitur* ed abbia errato nella qualificazione del fatto, ritenendolo costitutivo della pretesa mentre, in realta', lo stesso doveva essere qualificato impeditivo. In tal caso l'errore condiziona la decisione, poiche' fa ricadere le conseguenze pregiudizievoli della incertezza probatoria su una parte diversa da quella che era tenuta, secondo lo schema logico regola-eccezione, a provare il fatto incerto.

Detta evenienza non si verifica allorché il giudice, all'esito della valutazione delle risultanze di cause, ritenga provati i fatti allegati da una delle parti, a prescindere dal rilievo se gli stessi fossero costitutivi o impeditivi del diritto. In quest'ultima ipotesi, infatti, la doglianza sulla valutazione espressa, in quanto estranea all'interpretazione della norma, va ricondotta al vizio di cui all'articolo 360 c.p.c., n. 5 e, quindi, puo' essere apprezzata solo nei limiti fissati dalla disposizione che, nel testo applicabile *ratione temporis*, assegna rilievo unicamente all'omesso esame di un fatto storico, oggetto di discussione fra le parti e decisivo ai fini di causa, non ravvisabile nella fattispecie perche' il fatto, ossia l'assenza delle necessarie risorse economiche, e' stato apprezzato e valutato dalla Corte territoriale.

9.1. A detto rilievo si deve aggiungere che qualora l'acquisto di un diritto sia sottoposto a condizione sospensiva e, quindi, dipenda dal verificarsi di un evento futuro ed incerto rimesso al comportamento volontario di una delle parti (condizione sospensiva potestativa semplice), l'adempimento della condotta determinativa del fatto in questione e' elemento costitutivo della fattispecie negoziale attributiva del diritto, sicche' l'onere di provare l'avveramento dell'evento condizionante, in applicazione del principio generale di cui all'articolo 2697 c.c., grava su colui che intende far valere quel diritto (Cass. n. 25597/2016).

9.2. Le deduzioni contenute nel ricorso ed ulteriormente sviluppate nella memoria difensiva circa l'obbligo per il contraente di adeguare il proprio comportamento, in pendenza della condizione, al rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede sono inammissibili perche' pongono una questione, implicante accertamenti di fatto, alla quale non fa cenno la sentenza impugnata.

Va ribadito il principio, da tempo consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui "qualora una questione giuridica - implicante un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che la proponga in sede di legittimità, onde non incorrere nell'inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, per consentire alla Corte di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la censura stessa." (Cass. n. 32804/2019 e la giurisprudenza ivi richiamata).

10. Infine il ricorso è infondato nella parte in cui censura la sentenza impugnata per avere escluso il carattere meramente potestativo della condizione.

Da tempo questa Corte ha affermato che la condizione è "meramente potestativa" quando consiste in un fatto volontario il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte, svincolato da qualsiasi razionale valutazione di opportunità e convenienza, si' da manifestare l'assenza di una seria volontà della parte di ritenersi vincolata dal contratto, mentre si qualifica "potestativa" quando l'evento dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e di convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche l'interesse proprio del contraente, soprattutto se la decisione è affidata al concorso di fattori estrinseci, idonei ad influire sulla determinazione della volontà, pur se la relativa valutazione è rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato (Cass. n. 8390/2000; Cass. 20290/2005; Cass. n. 11774/2007; Cass. n. 18239/2014; Cass. n. 30143/2019).

È evidente che quest'ultima ipotesi ricorre nella fattispecie poiché la quantificazione del fondo da destinare al trattamento accessorio, dipende da una pluralità di fattori, e principalmente dall'ammontare complessivo delle risorse poste a disposizione dell'Azienda, e non può essere ritenuta frutto di arbitrio del datore di lavoro pubblico.

11. Le considerazioni che precedono sono assorbenti rispetto ad ogni altra questione, ivi compresa quella sviluppata nella memoria difensiva circa la perdurante vigenza, pur dopo la sottoscrizione di un nuovo contratto collettivo nazionale, dell'impegno assunto con la Delib. n. 1873 del 1999.

In via conclusiva, ferma restando l'intervenuta cessazione della materia del contendere quanto ai primi due motivi, il ricorso deve essere per il resto rigettato.

La complessità e la novità della questione giuridica trattata nonché l'intervenuta definizione in via transattiva della lite, quanto all'ammontare della retribuzione di posizione, giustificano l'integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater, come modificato dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, deve darsi atto della ricorrenza delle condizioni processuali previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto dai ricorrenti.

P.Q.M.

La Corte dichiara cessata la materia del contendere limitatamente ai primi due motivi e rigetta per il resto il ricorso. Compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater da' atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del cit. articolo 13, comma 1-bis.