

La Suprema Corte riafferma il diritto del dirigente medico al risarcimento del danno per la perdita di chance in caso di mancata corresponsione della retribuzione di posizione parte variabile

di M. Aiello - 18 Gennaio 2024

La Suprema Corte, nell'ordinanza *de qua* (27 settembre 2023, n. 27513) ritorna sulla «*vexata quaestio*» della retribuzione di posizione parte variabile spettante ai dirigenti medici per gli incarichi e le funzioni attribuite ai sensi dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 29/1993 che così prevede: «*La graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio è definita ai sensi dell' articolo 3, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti (...)*».

In particolare, l'ordinanza in commento consolida i principi già statuiti in recenti pronunce (Cass., 9 marzo 2023, n. 7110, Cass. 9724/2023, Cass., 27 marzo 2023, n. 8663) e riafferma il diritto del dirigente medico al risarcimento del *danno da perdita di chance* qualora non abbia percepito, a causa dell'inerzia dell'amministrazione, nell'adozione del provvedimento di pesatura e graduazione degli incarichi, la retribuzione di posizione – parte variabile.

La specificità del settore e la concorrenza di più fonti nella disciplina della materia rendono necessaria una preliminare ricostruzione del contesto legislativo e contrattuale dal quale si evincono in modo inequivocabile l'obbligo delle pubbliche amministrazioni, nel caso di specie Aziende Sanitarie, di attivare l'iter procedimentale finalizzato alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi, condizione necessaria alla successiva attribuzione della retribuzione di posizione parte variabile a cui è dedicato un apposito Fondo costituito presso ogni azienda o ente. L'amministrazione interessata adempie a tale obbligo nella misura in cui attua, in ossequio alla tempistica fissata dalla contrattazione collettiva, la partecipazione sindacale, «*finalizzata anche a determinare l'ammontare delle risorse destinate al pagamento della quota variabile della retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni*» e provvede alla formazione e gestione del fondo dedicato a tale retribuzione, restando comunque onerata ex art. 1218 c.c. nell'ipotesi di eventi imprevedibili che ne impediscono l'attuazione.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello, territorialmente competente, conferma la sentenza del giudice di prime cure, accoglie la domanda di risarcimento del danno del dirigente medico, con incarico di responsabile di struttura semplice (ex art. 27, lett. B, del c.c.n.l. 8.6.2000), liquida in via equitativa il danno da mancato pagamento della retribuzione di posizione parte variabile, configura a carico del datore di lavoro un'ipotesi di responsabilità da inadempimento

contrattuale, conseguente all'inerzia nell'esecuzione dei sopra prescritti adempimenti, e a favore del dirigente medico un diritto soggettivo alla graduazione delle funzioni.

Ricorre in cassazione il datore di lavoro lamentando, la violazione di differenti norme legislative e contrattuali, in ordine alla natura della situazione giuridica vantata dal dirigente medico, qualificabile come interesse legittimo pretensivo alla graduazione delle funzioni e alla erronea liquidazione del danno per difetto di prova e ricavata *per relationem* ed infine lamenta la dubbia configurabilità in capo al datore di lavoro di un inadempimento colposo in contrasto con la previsione che *«la determinazione e l'attribuzione della componente variabile dell'indennità di posizione, prevista per gli incarichi di alta specializzazione, configura il momento finale di un procedimento amministrativo di macro-organizzazione, finalizzato a calibrare sulle singole posizioni professionali, in relazione al livello di responsabilità attribuito, le spettanze retributive dovute»*.

La Suprema Corte si è già più volte pronunciata su fattispecie analoghe (Cass., n. 7110/2023 e Cass. 9724/2023) e in linea con tali pronunce enuncia i seguenti principi di diritto a tutela della dirigenza medica del settore sanitario pubblico nell'ipotesi di mancata adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi che abbia generato un danno da perdita di chance.

In conclusione, la Corte ribadisce la sussistenza dell'obbligo della PA, anche nel caso di mancato rispetto dei termini interni, di omessa conclusione delle trattative nel termine fissato dal contratto collettivo e di eventuali problematiche concernenti il fondo dedicato alla quantificazione della quota variabile, di graduazione delle funzioni nonché la rilevanza della *«fase di consultazione sindacale e sancisce altresì, nel caso di violazione del suddetto obbligo «il diritto del dirigente medico al risarcimento del danno per perdita della chance di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione»* se allega la fonte legale o convenzionale del proprio diritto e l'inadempimento della controparte. Al datore spetta l'onere della prova dei fatti estintivi o impeditivi dell'altrui pretesa o della dimostrazione che il proprio inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile. La tutela del dirigente medico non contempla dunque il diritto di ottenere il pagamento del debito conseguente all'adozione del provvedimento di graduazione e pesatura, ossia una tutela in forma specifica in ragione della natura discrezionale ed infungibile del provvedimento di graduazione delle funzioni.

In tema di risarcibilità dei danni conseguiti all'inadempimento datoriale, inoltre, la Suprema Corte sottolinea che tale tipologia di danno di perdita di chance può essere liquidato anche in via equitativa *«se il dipendente allega l'esistenza di tale danno e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta»* previa valutazione di apprezzabilità, consistenza e serietà, e *«del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale»*. Quest'ultimo inteso in modo da ricomprendere *«anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale»*.

Orbene, nel caso di specie, la prova idonea e sufficiente del danno deriva dalla mancata attivazione della PA della procedura di graduazione delle funzioni che priva il dirigente della retribuzione di posizione parte variabile e la scelta di liquidare in via equitativa il danno sofferto è resa possibile per un danno, quello in esame, consistente non nella perdita di un vantaggio economico bensì nella mera possibilità di conseguirlo. Sulla base di tali considerazioni

«il giudizio equitativo è quindi sorretto da razionalità intrinseca e non consente di ravvisare nella sentenza impugnata alcun vizio di legittimità».

Maria Aiello, primo tecnologo CNR, responsabile Istituto di bioimmagini e fisiologia molecolare, sede di Catanzaro

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 27 settembre 2023, n. 27513](#)