

Civile Ord. Sez. L Num. 3513 Anno 2024  
Presidente: DI PAOLANTONIO ANNALISA  
Relatore: CAVALLARI DARIO  
Data pubblicazione: 07/02/2024

### **ORDINANZA**

sul ricorso n. 17930/2018 proposto da:

Marion Kristine Verdi, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Eugenio Pini e Marco Livi ed elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, via della Giuliana 82;

**-ricorrente-**

**contro**

Azienda Policlinico Umberto I Roma, in persona del legale rappresenta p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Paola Baglio ed elettivamente domiciliata in Roma, viale del Policlinico 155;

**-controricorrente-**

avverso la SENTENZA della Corte d'appello di Roma, n. 4827/2017, pubblicata il 5 dicembre 2017.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio dell'11/01/2024 dal Consigliere Dario Cavallari.

## **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con ricorso depositato il 27 marzo 2013 Marion Kristine Verdi, premesso di essere dirigente medico e di essere transitata con mobilità volontaria, in seguito a provvedimento del 15 febbraio 2007, presso l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma, ha esposto di non avere percepito l'indennità di posizione parte variabile in quanto l'Azienda citata aveva disposto la sospensione del pagamento della stessa per il personale assunto dopo il 1° gennaio 2007 in attesa di una rideterminazione degli incarichi.

Essa ha chiesto la condanna di controparte a pagare l'indennità dovuta, oltre al risarcimento dei danni morali.

Il Tribunale di Roma, nel contraddittorio delle parti, ha rigettato il ricorso.

Marion Kristine Verdi ha proposto appello che la Corte d'appello di Roma, nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 4827/17, ha rigettato.

Marion Kristine Verdi ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Umberto I ha resistito con controricorso.

## **MOTIVI DELLA DECISIONE**

**1)** Con il primo motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost., dell'art. 24 d.lgs. n. n. 165 del 2001 e degli artt. 24 CCNL Area Dirigenza medico veterinaria del 17 ottobre 2008 e 9 CCNL Area Dirigenza medico veterinaria del 6 maggio 2008.

Essa espone che la P.A. non avrebbe potuto esimersi dal corrispondere il trattamento variabile richiesto, ma avrebbe dovuto individuare i criteri tramite i quali attribuirlo.

Nello specifico, evidenza che i suoi colleghi continuavano a percepire la somma in questione in mancanza di uno specifico atto di incarico e che, in questo modo, era stato violato il principio della parità di trattamento.

Inoltre, la condotta della P.A., che non aveva provveduto alla graduazione delle funzioni, sarebbe stata contraria a buona fede, con conseguente suo diritto al risarcimento del danno.

In particolare, la P.A. avrebbe scorrettamente sospeso l'erogazione della parte variabile dell'indennità di posizione solo con riferimento alla posizione dei dirigenti immessi in servizio dal 1° gennaio 2007, mentre avrebbe continuato ad erogarla automaticamente e senza fare distinzioni agli altri.

La doglianza merita accoglimento nei limiti che seguono.

L'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 prescrive che:

«La retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità. La graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio è definita, ai sensi dell'art. 3, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti, ferma restando comunque l'osservanza dei criteri e dei limiti delle compatibilità finanziarie fissate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica».

L'art. 51 del CCNL 5 dicembre 1996 dispone, poi, che le aziende od enti, in relazione alle articolazioni aziendali individuate dal d.lgs. n. 502 del 1992, dalle leggi regionali di organizzazione e dagli eventuali atti di indirizzo e coordinamento del Ministero della Sanità, determinano la graduazione delle funzioni dirigenziali cui è correlato il trattamento economico di posizione, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 29 del 1993. L'individuazione delle funzioni viene effettuata nel rispetto di quanto previsto dall'art. 53 e 54 e sulla base di una serie di criteri e parametri di massima che le aziende ed enti menzionati possono integrare con riferimento alla loro specifica situazione organizzativa e nel rispetto delle citate leggi regionali. Le aziende ed enti, in base alle risultanze della detta graduazione, attribuiscono ad ogni posizione dirigenziale prevista nel proprio assetto organizzativo un valore economico secondo i parametri di riferimento di

cui agli artt. 56 e 57, previa informazione alle rappresentanze sindacali di cui agli artt. 10 e 11, seguita, su richiesta da un incontro. A parità di struttura organizzativa e corrispondenza delle funzioni, alle posizioni è attribuita la stessa valenza economica. Alla retribuzione di posizione, sulla base dei criteri e parametri stabiliti dal menzionato art. 51, si provvede mediante un apposito Fondo - costituito presso ogni azienda o ente al fine di assegnare ai dirigenti un trattamento economico correlato alle funzioni dell'incarico attribuito ed alle connesse responsabilità - e finanziato con le modalità di cui agli artt. 60 e 61 e dell'art.63, comma 2, lett. a) del CCNL 5 dicembre 1996.

Il successivo art. 55 afferma, quindi, che la retribuzione di posizione è una componente del trattamento economico dei dirigenti di I e II livello dell'area medico - veterinaria che, in relazione alla graduazione delle funzioni prevista dall'art. 51, comma 3, è collegata all'incarico agli stessi conferito dall'azienda o ente. Essa è composta di una parte fissa e di una parte variabile, la cui somma complessiva corrisponde al valore economico degli incarichi attribuiti in base alla graduazione delle funzioni, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 29 del 1993, e compete per tredici mensilità. La componente variabile della retribuzione di posizione, salvo quanto previsto dal comma 7, è determinata in sede aziendale sulla base della graduazione delle funzioni in conformità degli incarichi di cui agli artt. 56 e 57 e con le procedure previste dagli artt. 53 e 54. Dal 1° dicembre 1995 e sino al conferimento degli incarichi di cui al comma 6, la retribuzione di posizione dei dirigenti, è costituita dai valori indicati per le due componenti - fissa e variabile - nella tabella allegata n. 3 del CCNL 5 dicembre 1996. Alla corresponsione della retribuzione di posizione nelle sue componenti - fissa e variabile - si provvede con i fondi di cui agli artt. 60 e 61.

L'art. 39 del successivo CCNL 8 giugno 2000, dopo avere confermato, ai commi 1 e 2, che la retribuzione di posizione è una componente del trattamento economico dei dirigenti che, in relazione alla graduazione delle funzioni prevista dall'art. 51, comma 3 del CCNL 5 dicembre 1996, è collegata all'incarico agli stessi conferito ai sensi dell'art. 27, ed è composta da una parte fissa e una parte variabile e compete per tredici mensilità, ha previsto, ai commi da 5 a 7, che:

<<5. In prima applicazione del CCNL del 5 dicembre 1996 come integrato dal CCNL del 2 luglio 1997, il valore economico minimo contrattuale della retribuzione di posizione - parte fissa e variabile - per il personale già in servizio all'entrata in vigore del contratto medesimo - è stato indicato nella tabella all. 1 del CCNL relativo al II biennio economico, secondo le posizioni funzionali od economiche di provenienza dei dirigenti. 6. La componente fissa della retribuzione di posizione stabilita dalla tabella indicata nel comma 5 non è modificabile, mentre l'incremento della componente variabile minima contrattuale della medesima tabella - sulla base della graduazione delle funzioni di cui all'art. 26, è competenza delle singole aziende in relazione alle risorse disponibili nell'apposito fondo. Di conseguenza la retribuzione di posizione dei dirigenti, fermo rimanendo il principio che, a parità di graduazione delle funzioni, deve essere identica, si colloca - in base alla tipologia degli incarichi conferiti - nelle fasce economiche degli artt. 56 e 57 del CCNL 5 dicembre 1996. 7. Il valore economico complessivo dell'incarico determinato ai sensi del comma 6 è la risultante della somma del minimo contrattuale del comma 5 e della quota aggiuntiva variabile definita aziendalmente. Detto valore, a parità di funzioni, si ottiene mediante i relativi conguagli sulla parte variabile rispetto al minimo contrattuale in godimento fino al raggiungimento del valore economico complessivo>>.

Sul punto è intervenuto in maniera decisiva l'art. 24 del CCNL 3 novembre 2005 il quale, interpretando autenticamente l'art. 55 del CCNL 5 dicembre 1996 e l'art. 39 del CCNL 8 giugno 2000, ha chiarito che, in materia di trattamento economico del personale dirigente amministrativo sanitario, l'art. 51 del CCNL 5 dicembre 1996 dell'area dirigenza dei ruoli sanitario, professionale tecnico ed amministrativo del SSN, nel prevedere, da parte delle aziende, la determinazione della graduazione delle funzioni dirigenziali attribuendo ad ogni relativa posizione un valore economico complessivo, riconosce ai dirigenti una retribuzione di posizione complessiva, che è composta da una quota stabilita tabellarmente in sede contrattuale, divisa in una parte fissa e in una variabile, nonché da un'ulteriore quota, parimenti variabile e definita in sede aziendale, collegata all'incarico conferito sulla base della graduatoria delle funzioni, fermo

restando che, sino al conferimento degli incarichi, deve essere corrisposta una retribuzione di posizione minima, costituita dalle componenti, fissa e variabile, della quota tabellare, destinata ad essere riassorbita nel valore economico complessivo successivamente attribuito all'incarico conferito in quanto mera anticipazione prevista dal contratto collettivo (al riguardo, in giurisprudenza, può citarsi Cass., Sez. L, n. 22934 del 10 novembre 2016).

La composizione complessiva della retribuzione di posizione dopo la graduazione delle funzioni è, quindi, la seguente:

- 1) Parte fissa della quota tabellare stabilita in sede contrattuale;
- 2) Parte variabile della quota tabellare stabilita in sede contrattuale;
- 3) Variabile definita in sede aziendale dipendente dalla graduazione delle funzioni.

L'art. 60 del CCNL 5 dicembre 1996 prescrive, per la parte che qui rileva, che al finanziamento della retribuzione di posizione dei dirigenti di I e II livello si provvede mediante l'utilizzo di un fondo, costituito a decorrere dal 1° dicembre 1995 ed a valere sulla competenza 1996 senza alcun pregiudizio sugli aumenti del biennio successivo. Tale fondo annuale deve essere integralmente utilizzato. Eventuali risorse che, a consuntivo, fossero ancora disponibili nel citato fondo annuale sono temporaneamente utilizzate nel fondo per la retribuzione di risultato relativo al medesimo anno e, quindi, riassegnate al fondo di cui al presente articolo a decorrere dall'esercizio finanziario dell'anno successivo.

Analoga previsione è contenuta nell'art. 50 del CCNL dell'8 giugno 2000.

Quanto alla procedura da seguire per giungere a determinare la parte variabile di retribuzione di posizione definita in sede aziendale dipendente dalla graduazione delle funzioni, l'art. 4, CCNL 8 giugno 2000, riguardante la contrattazione collettiva integrativa, nello stabilire che essa si svolge utilizzando le risorse dei fondi di cui agli artt. 50 (Fondi per la retribuzione di posizione, equiparazione, specifico trattamento, indennità di direzione di struttura complessa) 51 (Fondo del trattamento accessorio legato alle condizioni di lavoro) e 52 (Fondo della retribuzione di risultato e premio per la qualità della prestazione individuale), individua, fra gli oggetti di tale contrattazione, anche la rideterminazione della parte variabile della indennità di posizione.

Il ruolo fondamentale di tale livello di contrattazione, per quel che qui rileva, è confermato dalla regola, anch'essa contenuta nel citato art. 4 del contratto in esame, secondo cui, in sede integrativa, le parti definiscono i criteri generali per «la distribuzione tra i fondi degli artt. 50 e 52 delle risorse aggiuntive assegnate» e «lo spostamento di risorse tra i fondi di cui agli artt. 50, 51 e 52 ed al loro interno, in apposita sessione di bilancio, la finalizzazione tra i vari istituti nonché la rideterminazione degli stessi in conseguenza della riduzione di organico derivante da stabili processi di riorganizzazione previsti dalla programmazione sanitaria regionale».

Secondo l'art. 5, comma 2, del medesimo CCNL 8 giugno 2000, rubricato «Tempi e procedure per la stipulazione o il rinnovo del contratto collettivo integrativo» l'azienda provvede a costituire la delegazione di parte pubblica abilitata alle trattative entro trenta giorni da quello successivo alla data di stipulazione del detto contratto e a convocare la delegazione sindacale di cui all'art. 10, comma 2, per l'avvio del negoziato, entro quindici giorni dalla presentazione delle piattaforme. Il precedente art. 4 dello stesso contratto stabilisce, per quanto rileva, che «... decorsi trenta giorni dall'inizio delle trattative senza che sia raggiunto l'accordo tra le parti, queste riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e di decisione. D'intesa tra le parti, il termine citato è prorogabile di altri trenta giorni». Le dette regole procedurali attribuiscono diritti e doveri alle parti stipulanti e non ai singoli dipendenti, ai quali il contratto si applica per effetto delle previsioni normative contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001.

Il procedimento di negoziazione ha, infatti, un significato prevalentemente politico-sindacale. Se ne ricava che le scansioni previste per tale procedimento non hanno funzione simile a quelle di un ordinario procedimento amministrativo e che l'inosservanza del termine per la costituzione della delegazione di parte pubblica e per la convocazione dei sindacati, come pure la mancata conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto, non costituiscono di per sé inadempimento da parte dell'Azienda ai suoi obblighi contrattuali verso i dipendenti (Cass., SU, n. 7768 del 31 marzo 2009).

Non risulta che la regolamentazione sopra descritta abbia subito, da parte della contrattazione collettiva sottoscritta fino all'epoca della vicenda in esame, modifiche tali da incidere sulla ricostruzione degli istituti e della procedura *de quibus* qui operata (si vedano, al riguardo, gli artt. 3 ss. e 33 ss. del Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'area della dirigenza medico - veterinaria del Servizio sanitario nazionale parte normativa quadriennio 2002/2005 e parte economica biennio 2002/2003 del 3 novembre 2005).

Dalle disposizioni sopra elencate si ricava che il provvedimento di graduazione delle funzioni è atto riservato all'organo di vertice delle amministrazioni, riconducibile, come generalmente ritenuto, alle previsioni dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, quale atto di macro-organizzazione, e che dalla sua adozione dipende la determinazione della retribuzione di posizione.

L'Azienda provvederà ad effettuare la graduazione delle funzioni e la pesatura degli incarichi e, quindi, a determinare la componente variabile della retribuzione di posizione distinta dalla quota tabellare stabilita in sede contrattuale utilizzando le risorse di cui al fondo menzionato dall'art. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e dall'art. 50 CCNL 8 giugno 2000.

Sempre dalle disposizioni legislative e contrattuali citate si evince che, a carico della P.A., vi è un obbligo di procedere alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi, discendente dalla necessità di quantificare una quota della retribuzione spettante ai medici per l'attività da loro svolta e dal dovere di attivare la contrattazione collettiva che la concerne alle scadenze previste.

Per giungere a questo esito, però, occorre seguire uno specifico *iter*, in quanto la concreta individuazione della voce retributiva in esame richiede un'attività finale esclusivamente riservata all'amministrazione datrice di lavoro e una fase preparatoria negoziale che coinvolge i sindacati.

In seguito all'espletamento di detta fase preparatoria la P.A. provvederà ad attingere dalle risorse dei fondi menzionati e a predisporre il provvedimento conclusivo.

Si evince da ciò che prima della graduazione delle funzioni e della pesatura degli incarichi vi è una obbligatoria fase procedimentale che non coinvolge il lavoratore e rispetto alla quale quest'ultimo è indifferente. Tale fase



procedimentale è governata da termini il cui mancato rispetto, però, non esonera l'Azienda dall'obbligo di porre in essere l'attività necessaria per giungere alla graduazione delle funzioni e alla pesatura degli incarichi. Allo stesso modo, eventuali problematiche concernenti il fondo ex artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000 non comporteranno di per sé il venire meno dell'obbligo de quo. L'attività negoziale preliminare che coinvolge i sindacati e la stessa formazione e gestione del fondo citato rientrano fra gli atti esecutivi dell'obbligazione e di adempimento della stessa, che devono essere realizzati dalla P.A. nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Una volta scaduti i termini fissati dalla contrattazione collettiva per coinvolgere le parti sociali e costituitasi la provvista nel fondo, l'Azienda ha l'obbligo di attivare il procedimento che condurrà alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi.

Se non lo fa è inadempiente.

Con riferimento al fondo previsto dagli artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000 la contrattazione collettiva pone un dovere di integrale utilizzo annuale delle relative risorse e, quindi, la P.A. non potrà opporre, in linea di principio, al dipendente la propria volontà di non utilizzarle per il fine al quale sono destinate.

Qualora, poi, si verificano eventi imprevedibili che incidano su questa fase procedimentale, impedendone l'instaurazione e lo svolgimento, perché ostacolano la negoziazione sindacale o perché, quanto al fondo de quo, lo privano di risorse o lo rendono inattivo, sempre la stessa P.A. sarà gravata ex art. 1218 c.c. dall'onere di allegare e provare detti eventi; il medesimo onere di allegazione e prova graverà sull'amministrazione in ordine a qualunque eccezione. Il creditore lavoratore deve, invece, dimostrare solo la fonte (negoziale o legale) del proprio diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento dell'amministrazione. A tali conclusioni si perviene applicando le ordinarie regole civilistiche sulla ripartizione dell'onere probatorio nelle obbligazioni contrattuali, così come delineate da consolidata giurisprudenza (da Cass., SU, n. 13533 del 30 ottobre 2001 in poi).

Nella specie, risulta, dalla sentenza di appello, che la P.A. controricorrente attribuiva ai dirigenti in servizio presso la stessa la retribuzione di posizione variabile (evidentemente, non quella contrattuale) in via automatica.

Questa condotta, indubbiamente, non è conforme alla normativa indicata, in quanto la parte di retribuzione di posizione variabile collegata all'atto di graduazione delle funzioni e pesatura degli incarichi non può essere assegnata in assenza di detto atto, con l'effetto che il relativo pagamento, ove avvenuto, è indebito e deve essere recuperato dalla P.A. interessata, con tutte le conseguenze del caso.

Con determinazioni del Direttore generale n. 29 dell'11 ottobre 2006 e n. 31 del 30 novembre 2006 è stata sospesa, infine, l'attribuzione automatica della retribuzione di parte variabile, a decorrere dal 1° gennaio 2007.

Questa sospensione ha interessato proprio la ricorrente che, quindi, non ha percepito, diversamente dai suoi colleghi in servizio prima di quest'ultima data, la somma in questione.

Al riguardo, si osserva che non può essere accolta la censura della ricorrente nella parte in cui denuncia la violazione del principio di parità di trattamento.

Indubbiamente, costituisce principio generale del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato che la spesa per il personale deve essere evidente, certa e prevedibile nella evoluzione (art. 8 del d.lgs. n. 165 del 2001) e che il trattamento economico allo stesso riservato - ivi compreso quello accessorio - debba essere definito, secondo il canone della parità di trattamento (art. 45 del d.lgs. n. 165 citato), dai contratti collettivi. Ne deriva che, in base al CCNL del Comparto Sanità 1998-2001 del 7 aprile 1999, che determina l'indennità di funzione in misura variabile tra un minimo ed un massimo, rimettendo alla contrattazione integrativa la determinazione di un fondo per il relativo finanziamento, è inammissibile l'attribuzione dell'indennità in misura preventiva ed indeterminata nella misura massima, a prescindere da ogni disponibilità di bilancio e da ogni determinazione parametrica tra il minimo ed il massimo (Cass., Sez. L, n. 8002 del 4 aprile 2014).

Peraltro, il principio invocato da Marion Kristine Verdi non può giustificare l'attribuzione alla stessa di un importo che, alla stregua della normativa e della

contrattazione collettiva non le sarebbe spettato, ancorché il medesimo importo sia stato riconosciuto ad altri colleghi che, egualmente, non ne avevano diritto.

Infatti, la ricorrente, come emerge dalla decisione impugnata, non era titolare di incarichi che potessero giustificare il pagamento di quanto domandato.

La corte territoriale ha commesso, comunque, degli errori in diritto.

In particolare, Marion Kristine Verdi era sicuramente titolare di un diritto soggettivo a che la P.A. datrice di lavoro ponesse in essere l'attività necessaria all'adozione dell'atto di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi.

A ciò consegue che essa ben poteva agire per ottenere il risarcimento del danno (richiesto, in effetti, con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, come si evince dalla lettura del ricorso).

Come già precisato dalla S.C., in materia di dirigenza pubblica, il provvedimento di graduazione delle funzioni integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione, con il risultato che, in sua mancanza, detta componente non può essere determinata né con riferimento soltanto all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale (Cass., Sez. L, n. 20480 del 28 settembre 2020).

Pertanto, il semplice accertamento della violazione dell'obbligo, gravante sulla P.A. controricorrente, non poteva comportare l'accoglimento della domanda di pagamento (ossia di adempimento) della ricorrente.

Allo stesso tempo, però, l'accertata violazione del diritto della dipendente a che la P.A. attivasse la procedura in questione avrebbe potuto eventualmente giustificare l'accoglimento della domanda subordinata di risarcimento del danno avanzata dalla stessa Marion Kristine Verdi. Invero, ove la P.A. sia - come accertato nel caso in esame - inadempiente rispetto al proprio obbligo di avviare la procedura finalizzata all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, il dipendente potrà chiedere non già una tutela in forma specifica - essendo detto provvedimento oggetto di un *facere* discrezionale e infungibile dell'amministrazione - ma una mera tutela per equivalente, ossia risarcitoria. A sua volta, tale risarcimento non potrà che essere *sub specie* di risarcimento del danno da perdita di *chance*. Tale danno va

riconosciuto, ove sussista la prova, fornita anche presuntivamente dal soggetto leso, di una concreta ed effettiva occasione perduta (da valutare in base ai parametri di apprezzabilità, serietà e consistenza) e va liquidato in via equitativa, tenuto conto del grado di probabilità e della natura di danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di ottenerlo. Per l'esattezza, in tema di risarcibilità dei danni da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale (Cass., Sez. 3, n. 15274 del 4 luglio 2006).

La regola per la quale il risarcimento per l'inadempimento dell'obbligazione esige un rapporto causale immediato e diretto fra lo stesso inadempimento e il danno, prevista dall'art. 1223 c.c., pur essendo fondata sulla necessità di limitare l'estensione temporale e spaziale degli effetti degli eventi illeciti, deve essere intesa, dunque, come orientata ad escludere dal risarcimento esclusivamente le conseguenze dell'inadempimento che non siano connesse a questo in maniera giuridicamente rilevante.

In questi termini va interpretata la prescrizione per la quale tale risarcimento deve comprendere la perdita e il mancato guadagno del creditore che di detto inadempimento siano ex art. 1223 c.c. conseguenza propriamente <<immediata e diretta>>.

È compito del giudice di merito accertare la materiale esistenza di un rapporto causale che abbia i menzionati caratteri normativamente richiesti (Cass., Sez. L, n. 9374 del 21 aprile 2006).

Il dipendente è tenuto, allora, ad allegare l'esistenza di un danno da perdita di *chance* e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale (nei termini sopraesposti), fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo un calcolo di probabilità. Una volta fatto ciò, il giudice, che ritenga fornita tale prova, liquida il danno eventualmente in via equitativa.

**2)** Con il secondo motivo la ricorrente contesta la violazione e falsa applicazione dell'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 e la nullità della sentenza per omesso esame di un motivo di ricorso di appello in violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto la corte territoriale non avrebbe tenuto conto della posizione del collega Salazar e del fatto che molti colleghi della medesima ricorrente erano titolari dell'indennità in esame.

La doglianza è infondata, dovendosi ritenere, per le ragioni in precedenza esposte, che la disparità di trattamento denunciata dalla ricorrente non sia, nella specie, rilevante.

**3)** Il ricorso è accolto quanto al primo motivo, rigettato il secondo.

La sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, la quale deciderà la causa nel merito anche in ordine alle spese di legittimità, applicando i seguenti principi di diritto:

«La retribuzione di posizione variabile non contrattuale non può essere corrisposta ai dirigenti medici in assenza di provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi; pertanto, ove la P.A. effettui illegittimamente il relativo pagamento in favore di alcuni di tali dirigenti, gli altri, che da tale pagamento siano stati esclusi, non possono dolersi dell'avvenuta disparità di trattamento, dovendo, piuttosto, il datore di lavoro recuperare quanto indebitamente versato a coloro che non ne avevano diritto»;

«In tema di dirigenza medica, la P.A. ha l'obbligo di attivare e completare il procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, ma la violazione di tale obbligo, cui è correlato un diritto del dipendente, non legittima il dirigente medico interessato a chiederne l'adempimento, bensì a domandare giudizialmente il risarcimento del danno per perdita della *chance* di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione, allegando la fonte legale o convenzionale del proprio diritto e l'inadempimento del datore di lavoro, sul quale grava l'onere di provare i fatti estintivi o impeditivi della pretesa oppure la non imputabilità del menzionato inadempimento».

**P.Q.M.**

La Corte,

- accoglie il primo motivo del ricorso e rigetta il secondo;
- cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto con rinvio alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, alla quale è demandato anche