

Rubrica legale



a cura di **Mauro Gnaccarini**

Responsabile Ufficio Legale

TRASPARENZA E MOTIVAZIONE

La nuova figura giuridica della “perdita di *chance*”

Molto più lavoro e grande attenzione sono richiesti al sindacalista nei periodi in cui non si rinnovano i contratti, così come quello corrente, pure di particolare durata per determinazione di legge, con la quale si è buttato via con un gesto il futuro, rilegificando vetustamente i rapporti contrattuali nelle PP.AA.. In un contesto di tal genere, di fronte alla tumultuosa evoluzione del quadro normativo generale dettata dalle ineludibili esigenze di contenimento della spesa, ci si trova a dover affrontare quotidianamente ogni singola situazione di disagio, se non di illegittimità, non essendo data la possibilità di intervenire nella sana dialettica contrattuale al fine di cercare e trovare soluzioni adeguate per una condivisa riorganizzazione del lavoro che eviti innanzitutto l'esplosione del contenzioso, nelle amministrazioni locali e in quelle sanitarie in particolare. Le aziende sanitarie locali e specificamente il personale delle medesime, dato l'impatto della spesa sanitaria pubblica, subiscono, infatti, oggi i più rilevanti effetti della cosiddetta *spending review*, anche in termini di

azioni e provvedimenti adottati in modo spesso lineare e “scriteriato” da parte di direzioni generali che agiscono da “commissari liquidatori” di parte del SSN, senza appunto la preventiva e invece auspicabile adozione di criteri, possibilmente anche condivisi, ma certamente trasparenti e oggettivi, quale presupposto tanto più necessario nei procedimenti di riorganizzazione inevitabilmente destinati a “comprimere diritti”.

Pare dunque utile, in questo momento e in chiusura di un difficile anno 2013, affrontare uno dei temi alla base di numerosi quesiti pervenuti all'Ufficio legale, la cui matrice comune risiedeva sempre nella conduzione, da parte delle Amministrazioni, di procedimenti finalizzati a verifiche, valutazioni, conferma o assegnazione di incarichi, anche di nuova tipologia e natura, giuridica e fattuale, anche di diversa e inferiore qualificazione, nonché nell'adozione dei conseguenti provvedimenti, senza che potesse ravvisarsi la necessaria oggettività e trasparenza nelle motivazioni; talora senza nemmeno, di fatto, la presenza di motivazioni dignitosamente qualificabili come tali.

In ogni atto di ciascuna amministrazione pubblica, la trasparenza e la motivazione sono inscindibilmente il presupposto essenziale di ogni procedimento di giudizio, verifica, valutazione, affidamento o revoca e dei conseguenti provvedimenti.

L'affermazione nasce ed è connotata nel consolidato dettato della nostra Carta, laddove sono state dettate dai “padri costituenti” le “esigenze” di buon andamento, trasparenza e imparzialità della pubblica amministrazione, vale a dire nell'art. 97 della Costituzione; prima che una discutibile cessione di sovranità nazionale portasse a inserire “obblighi economici” (il “pareggio di bilancio”) quale indicazione che, non pare a caso, precede ora, nel primo comma del richiamato articolo, l'anzidetto storico dettato, “sciolto” al secondo comma. Ma, nonostante tale recente “innovazione”, gli anzidetti obblighi di trasparenza e motivazione sono stati ribaditi innumerevoli volte dal legislatore, se non prima “organicamente”, certamente nell'ultimo ventennio, a partire dalla Legge 241/1990 (norme in materia di pro-

cedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) fino a giungere alle recentissime disposizioni in materia appunto di trasparenza e di contrasto alla corruzione e ai conflitti d'interesse di cui alla Legge 190/2012 e ai Decreti legislativi n. 33/2013 e 39/2013; norme senza le quali, ci è stato detto - non senza enfasi demagogica, che il Paese non era dotato di strumenti adeguati ai fini indicati, dimenticando per l'ennesima volta come il nostro ordinamento spesso abbia già disposto in modo esauritivo, purtroppo nell'incapacità attuativa di chi doveva provvedere all'efficace esecuzione della norma; sicché ancora una volta, invocando la semplificazione si è praticata la "complicazione".

Proprio nel complicato e complesso sistema normativo e contrattuale vigente si collocano ora i procedimenti per i quali, nella gestione dei rapporti di lavoro fra ASL e dirigenti medici e veterinari, possiamo e dobbiamo pretendere almeno trasparenza e motivazione, con la capacità di illustrare agli "amministratori" il danno emergente, sia dalla resistenza ai provvedimenti non compresi perché incomprensibili, sia dal possibile correlato contenzioso, unitamente alla conseguente responsabilità erariale che potrebbe essere invocata in capo a chi ostinatamente procedesse nei propri apodittici convincimenti. Premesso ancora che il requisito di trasparenza e motivazione non può evidentemente prescindere dai più generali principi di correttezza e buona fede, l'applicazione del vigente dettato contrattuale nazionale e la declinazione dello stesso nei contratti integrativi locali e nei regolamenti aziendali, per le ragioni dianzi indicate, deve trovare corrispondenza nella lettera, nella *ratio* e nella fattuale attuazione degli stessi.

Sicché non dovrebbero invero trovar luogo né procedimenti disciplinari istruiti men che correttamente nel merito e nel metodo, né sistemi e procedimenti di valutazione annuale

degli obiettivi di budget e di verifica poliennale degli obiettivi di mandato basati su elementi di metodo e merito errati o inconferenti, né procedimenti di affidamento o revoca di incarichi o di "selezione" anche interna, soprattutto ove legati a mobilità "imposta", men che trasparenti, motivati e basati su criteri oggettivi e preventivamente validati. Invece dette temibili - e illegittime - carenze risultano assai frequenti.

La difficile interlocuzione sindacale in sede locale, legata anche alla necessità di trattare molteplici situazioni individuali piuttosto che poter dirimere in radice le nuove criticità attraverso la contrattazione collettiva, resa ancor più ostica dalla demagogica delegittimazione delle organizzazioni sindacali derivante da una malintesa (malintenzionata?) attuazione della riforma delle PP.AA., induce spesso a contenziosi che, per molteplici motivazioni già indicate in questa rubrica, occorre evitare - per quanto possibile - che si concludano in sede giurisdizionale.

Affinché ogni esperibile e "preventiva" azione sindacale possa contribuire nel perseguire tale obiettivo, alla luce di quanto sopra esaminiamo sinteticamente le principali criticità dei suddetti procedimenti, concludendo con una breve disamina della nuova figura giuridica della "perdita di chance", di recente creazione giurisprudenziale, ma già confermata anche in ambito giuslavoristico; ritenendo che il riconoscimento più frequente di tale fattispecie di danno possa costituire anche un buon motivo per giungere a più ragionevoli posizioni dialettiche da parte delle Amministrazioni nella veste di datore di lavoro.

Le situazioni in cui sono emerse ed emergono le più frequenti criticità, in termini di trasparenza e motivazione, sono risultate correlabili ai procedimenti di valutazione annuale, di verifica a scadenza incarico, di "selezione" per la proposta di assegnazione di nuovi incarichi, disciplinari, di affidamento di incarichi di

sostituzione e/o di "facente funzioni", di revoca di incarichi anche e in particolare con riferimento all'attuazione di mobilità.

Nel caso della valutazione annuale circa il raggiungimento degli obiettivi cosiddetti "di budget", si deve sottolineare come molte Amministrazioni incorrano maggiormente nei seguenti vizi procedurali cui una buona azione sindacale dovrebbe poter porre freno o rimedio, già in via preventiva e comunque allorquando si determinino illegittimi danni al valutato:

1) gli obiettivi non risultano assegnati in tempo utile. Infatti, perché possa essere pretesa corretta corrispondenza da parte del dirigente a quanto richiesto, gli obiettivi per un determinato anno dovrebbero risultare assegnati e sottoscritti dai dirigenti non oltre il 31/12 dell'anno precedente; mentre nella maggior parte delle Aziende sanitarie il procedimento di assegnazione si conclude nell'anno stesso di riferimento, talora anche nel secondo semestre e perfino nel quarto trimestre (!!);

2) Gli obiettivi non risultano assegnati mediante un corretto procedimento negoziale (*rectius*: basato su formale trattativa) né nei confronti del titolare del centro di costo (di norma la SC) né tanto meno nei confronti dei dirigenti afferenti tale struttura; sicché l'accettazione diventa un fatto pedissequo e acritico, salvo sviluppare contenzioso nel momento di una successiva valutazione non favorevole;

3) L'assegnazione degli obiettivi avviene senza formale esplicitazione, discussione e accettazione di indicatori, pesi, target e corrispondenti remunerazioni; e le conseguenti criticità corrispondono a quanto indicato al punto precedente;

4) Il sistema di valutazione e il momento valutativo stesso non danno luogo al formale e fattivo coinvolgimento del valutato in un contraddittorio valido e costruttivo che, spesso, è comunque minato dall'utilizzo di "schede" che contemplan

la valutazione di elementi inconferenti, come quelli che dovrebbero essere strettamente oggetto della responsabilità disciplinare (ma vd. anche *infra*) ovvero altri che attengono alla più generale verifica di lungo periodo riguardante lo svolgimento delle funzioni proprie dell'incarico affidato al dirigente.

Nel caso della verifica a scadenza dell'incarico emergono invece principalmente alcune difficoltà, talora foriere di contenzioso, legate al fatto che, in moltissime Aziende sanitarie del Paese, ai dirigenti medici e veterinari sono stati assegnati un incarico e una posizione economica con atti "impropri" quali una lettera d'incarico o una deliberazione (magari collettiva), nei quali non sono contemplati i necessari e obbligatori elementi di cui all'art. 13 CCNL 8/6/2000, dal momento che in dette numerose situazioni non si è mai proceduto alla proposizione del contratto individuale, seppure obbligatorio fin dalla vigenza del richiamato dispositivo contrattuale nazionale; sicché il momento valutativo, quando non anche viziato dai suddetti elementi di invalido contraddittorio, può trovare frizioni (o perfino contenziosi) nella precedente inidonea formalizzazione delle funzioni e delle responsabilità affidate al dirigente nonché dei modi e dei luoghi in cui attendere a tale mandato, ovvero nell'inadeguata preventiva individuazione dei criteri di verifica, seppure si tratti di elementi e prerequisiti tutti contrattualmente obbligatori.

Nel caso dei procedimenti tesi alla proposta e all'affidamento di nuovi incarichi ovvero di incarichi di sostituzione o di "facente funzioni", se da un lato possono già trovare negativa incidenza i suddetti vizi procedurali dai quali fossero scaturiti giudizi negativi in momenti precedenti, dall'altro emerge spesso come ai diversi livelli vengano disattesi sia il dettato contrattuale nazionale sia i più generali principi costituzionali sopra richiamati, a causa di rilevante

insufficienza di pubblicità del procedimento e di carenze sostanziali di motivazione nei conseguenti provvedimenti. Talora perfino con tentativi di negazione alle istanze di accesso alla documentazione formulate da parte dei soggetti che si ritengono lesi da talune scorrettezze procedurali (di metodo) o valutative (di merito); rispetto alle quali ancora *infra* si dirà. Nel caso delle fasi di avvio e di istruttoria dei procedimenti disciplinari come normati a partire dalla vigenza dei nuovi artt. 55 *bis* e seguenti del D.lgs. 165/2001, si rilevano invece frequenti vizi di metodo e di merito, cui corrispondono provvedimenti fallaci, legati essenzialmente a due criticità: da un lato la difficoltà procedimentale oggettivamente creata dalla nuova normativa a carico di dirigenti non amministrativi, ma pur sempre medici, ai quali si chiede invece di ottemperare a dispositivi che richiedono conoscenze specifiche del procedimento amministrativo, senza nemmeno che agli stessi sia fornita adeguata formazione; dall'altro diffuse malintese posizioni di salvaguardia personale per la quale si procede scaricando e attribuendo formalmente ad altri responsabilità cui si vuole evitare di corrispondere per la parte invece di competenza, quando non anche la ricerca di una specifica rivalsa a carattere prevalentemente personale.

Nel caso infine, sempre più frequente, di mobilità, pure se in termini "soltanto" di sede *infra* aziendale o di disciplina, determinata talvolta da urgenza oppure dalla "revisione" degli incarichi, se non da una più ampia revisione del POA (Piano di Organizzazione Aziendale), si rilevano non di rado procedimenti almeno irrivalenti, ma spesso anche non rispettosi della legge né, soprattutto, del pur vigente CCNL - 10/2/2004 Capo III (ancora ben valido per le suddette fattispecie, minato invece da alcune note innovazioni legislative nei casi, rari per le nostre professionalità, di locale esubero, da gestire comunque

nel rispetto delle nuove norme). Ne conseguono frequentemente atti discutibili se non censurabili, spesso nella forma di ordini di servizio, come tali da ottemperare perlomeno in via transitoria, nelle more delle opportune azioni di contrasto, nonostante siano ravvisabili evidenti contenuti illegittimi. Il "presidio" sindacale, a livello locale, dove si può avere preventiva e tempestiva cognizione delle menzionate eventualità, può risultare in tali casi molto più efficace di quanto risulti qualsivoglia intervento *ex post*, per quanto di chiara legittimità.

Esperita la generale, ma sintetica disamina di cui sopra, pare ora interessante e utile, per le ragioni summenzionate, concludere la trattazione del tema qui in esame, ponendo all'attenzione del lettore come i comportamenti procedurali della P.A., in veste di datore di lavoro nei confronti dei dipendenti, in particolare se di livello dirigenziale, qualora viziati, per le prevalenti carenze di trasparenza e motivazione, quando non anche per violazione di legge o del dettato contrattuale (elementi di peso ancora maggiore), possano risultare produttivi non solo di danni concretamente computabili in termini economici perché quantificabili come effetto diretto del procedimento illegittimo, ma anche del danno cosiddetto "da perdita di *chance*", che il Giudice verrà chiamato a determinare "in via equitativa" sulla base degli elementi che di seguito sinteticamente si espongono.

Premettiamo che la perdita di *chance* può sussistere sia come danno da mancato accesso, per i detti vizi procedurali, a posizioni diverse o superiori, non necessariamente remunerate maggiormente, ma legittimamente attese o attendibili in termini probabilistici (vd. *infra*), sia come danno da immotivata "menomazione" del proprio profilo professionale derivante da giudizi viziati (iscrizione di provvedimenti negativi indebiti a fascicolo personale) da cui

possa derivarne l'eventualità di cui sopra. La perdita di chance può tuttavia sussistere ed essere invocata con successo solo nei limiti finora fissati dalla stessa giurisprudenza che ha invero creato *ex novo* tale figura giuridica.

Il Giudice chiamato alla valutazione del danno da perdita di chance dovrà tenere conto di quanto statuito in materia dalla Suprema Corte già nel 2009 (Cassazione - Sez. Unite, n. 1859/2009), la quale ha affermato che **il danneggiato** «*che voglia ottenere, [omissis], anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta*» (Cass., sez. I, 20 giugno 2008, n. 16877, m. 603883, Cass., sez. III, 28 gennaio 2005, n. 1752, m. 578787).

Fermo restando il suddetto onere di prova, è parimenti rilevante quanto ancora più recentemente affermato in materia sempre dalla Suprema Corte (Cass. sent. 5/4/2013 n. 8443), anche perché trattasi di sentenza di ambito lavoristico pubblico; nella quale, per quanto qui interessa, sostanzialmente viene confermato il giudizio della Corte d'Appello di Salerno (sent. del 7/3/2008). In particolare risulta chiarito come il riconoscimento del danno da perdita di chance (nel caso di un lavoratore escluso da un procedimento interno a P.A. finalizzato a "avanzamenti di carriera") trovi ben fondamento nei vizi di correttezza, trasparenza e motivazione del procedimento di valutazione. Infatti, la Corte ha sancito

che, nel caso di procedimenti selettivi basati sulla valutazione di particolari elementi di capacità e di merito, anche al fine di corrispondere ai più generali principi di correttezza e buona fede, il provvedimento del datore di lavoro deve essere motivato tanto da consentire al lavoratore di contestare specificatamente l'atto e, in caso di mancanza di motivazione (adeguata), l'atto del datore di lavoro diventa arbitrario non permettendo alcun controllo sui criteri applicati. L'illegittimo svolgimento delle procedure, determinato da gravi carenze nel motivare le valutazioni e nel manifestare le ragioni delle scelte operate, secondo la Corte determinava indubbiamente l'insorgenza in capo al ricorrente di un danno da qualificarsi come perdita di opportunità per l'avanzamento in carriera di cui si discuteva (danno da perdita di chance). La liquidazione equitativa del danno risultava poi necessaria, dovendosi escludere la certezza di un futuro miglior trattamento economico e tuttavia dovendosi parimenti valutare la concreta possibilità che un idoneo procedimento valutativo potesse determinare l'avanzamento effettivo del ricorrente.

A evitare ogni fraintendimento, o - peggio - illusione, affinché possa essere favorevolmente invocato il danno da perdita di chance, sottolineiamo ancora come l'illegittimo inadempimento della P.A. debba determinare la perdita di una opportunità a conseguire un beneficio che si configuri come concreta ed esistente possibilità (esclusa ogni mera aspettativa); in altri termini e come altrimenti affermato sempre dalla Corte di Cassazione (sent. n. 21619/2007), la lesione della chance non si configura ove si ravvisi una «*mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato*», ma quando risulti concreto il «*sacrificio della possibilità di conseguirlo*», dunque quando emerga come diritto attuale di poter acquisire un vantaggio futuro.

In ultimo, affinché possano essere ragionevolmente certi i presupposti di

un'eventuale pretesa risarcitoria per "perdita di chance", poiché a tal fine deve essere compiutamente valutata tutta la documentazione del procedimento che voglia essere messo in discussione, rammentiamo come il dipendente della P.A. abbia l'inconfutabile diritto di accesso a tali atti. Ferma la già univoca giurisprudenza meno recente, segnaliamo ancora in proposito la recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. VI - n. 892 del 13/2/2013) nella quale si conferma come, in dette situazioni, la posizione giuridica soggettiva di chi espliciti la possibile lesione di una chance, quale interesse diretto, concreto e attuale, legittima ampiamente alla pretesa di accesso a tutta la documentazione procedimentale, dovendosi viceversa escludere iniziative che abbiano carattere meramente esplorativo; ivi si afferma altresì come l'Amministrazione pubblica, atteso l'obbligo di conservazione per quarant'anni dei documenti e atti inerenti la gestione del personale compresi quelli di natura organizzativa, ove intendesse opporre l'impossibilità di reperire gli atti richiesti, dovrebbe «*darne pienamente conto esplicitando in modo dettagliato le ragioni concrete di tale impossibilità*».

Tutto quanto sopra considerato, è auspicabile che una dialettica sindacale locale "preparata" possa evitare inutili e dannosi contenziosi. Dannosi peraltro anche per le Amministrazioni, nei confronti delle quali occorrerà stigmatizzare, pure presso la magistratura contabile, quei comportamenti pervicaci, traducibili nell'affermazione "avrete pure ragione, ma fatemi causa e pagherò quando lo dirà il Giudice", propri di chi, ancora troppo spesso, si trincerava nella consuetudine per dissimulare una scarsa attenzione sia nei confronti dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sia nei confronti del dipendente, talora pure artata quando invece risultino ben noto il dettato normativo e chiara ogni possibile interpretazione.